



CURSO

DR



# DERECHO PENAL

DICTADO EN LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES POR EL PROFESOR  
TITULAR

DR. JUAN P. RAMOS

COMPILADO  
POR  
ISAURO P. ARGUELLO (h) y PEDRO FRUTOS

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	33.214
UBICACION	E 368 TOMO IV

DOCTRINA Y LEGISLACION POSITIVA

---

Biblioteca Jurídica Argentina  
Superi 1479

---

Tall. Gráf. "Ariel" — Rivadavia 3535  
BUENOS AIRES  
— 1928 —

---

QUEDA HECHO EL  
DEPOSITO LEGAL

---





## ANTECEDENTES HISTORICOS

### SUMARIO:

- I. **Resumen histórico de la legislación penal argentina.** — Antecedentes españoles. Constitución Nacional.
- II. **Proyectos anteriores a 1916.** — Proyecto Tejedor. Id. de 1881. Id. de 1891. Id. de 1906.
- III. **Antecedentes del Código Penal vigente.** — Proyecto de 1916. Id. de 1917.
- IV. **Principios doctrinarios y técnica del Código.** — Generalidades. Exposición y crítica.
- V. **Disposiciones penales contenidas en otras leyes.** — Enumeración general.

### I. — Resumen histórico de la legislación penal argentina

#### ANTECEDENTES ESPAÑOLES

Sumario: 1. Fuero Juzgo. — 2. Partidas. — 3. Leyes de Toro. — 4. Nueva Recopilación. — 5. Leyes de Indias. — 6. Novísima Recopilación. — 7. Apreciación crítica.

1. — Hasta 1887 nuestro país ha sido regido por las leyes penales de España, que vienen desde el Fuero Juzgo a través de las Partidas, de las Leyes de Toro, de la Nueva Recopilación, etc. Nos ocuparemos someramente de estos diversos cuerpos legales.

(a) **Iniciamos en este curso una nueva numeración de capítulos**, a efecto de hacerla coincidir con la numeración de las bolillas del programa respectivo.





En los primeros siglos de formación del nuevo pueblo germano-ibero rigió en la Península la llamada *Lex romana visigotorum*, refundida después en el Fuero Juzgo, que contenía muchas disposiciones de derecho penal, tomadas en gran parte del derecho romano <sup>(1)</sup>.

2. — En 1448 las Cortes de Castilla sancionaron la famosa compilación jurídico-social conocida bajo el nombre de leyes de Partida, obra de Alfonso el Sabio. En los libros iniciales de esta compilación se encuentran algunas disposiciones aisladas sobre derecho penal, pero en la Partida VII se resume toda la legislación penal existente en aquel tiempo. Podríamos decir que es el primer código penal de España.

En el Fuero Juzgo, en la parte no basada en el derecho romano, se encuentra todavía el talión, la composición, etc., instituciones penales que ya hemos analizado <sup>(2)</sup>.

Todo esto desaparece en las Partidas, que asientan, en cambio, el principio de la intervención del Estado en la represión de los delitos.

3. — Este conjunto de leyes españolas formado por el Fuero Juzgo, las Partidas, las cartas de las ciudades, la ley del Espéculo, etc., origina una confusión grande en la jurisprudencia. Para obviar la dificultad, las cortes de Toledo sancionaron en 1502 la compilación llamada Leyes de Toro, de escaso interés en materia penal, pero que resume las leyes anteriores de derecho civil y procesal.

4. — En 1567, para evitar los inconvenientes que se producían, el rey Felipe II promulgó la Nueva Recopilación, vigente en la República Argentina hasta 1887, en cuyo libro VIII se contiene la parte más importante respecto al derecho penal.

Pero el derecho penal de estas leyes españolas es un conjunto de disposiciones sueltas, que señalan cuáles son los delitos y cuáles las penas, sin mayor examen de la materia. Son curiosas solamente para seguir las en la evolución de los conceptos acerca de la inten-

---

<sup>(1)</sup> En la traducción española, Tomo I, del Derecho Penal de Von Liszt, ver el amplio estudio dedicado a este cuerpo legal.

<sup>(2)</sup> Tomo I, N° 183 y sigts.

ción, de la voluntad exigida en los autores de los hechos delictuosos, etc.

5. — Un conjunto de disposiciones más interesante para nosotros lo constituye la llamada Recopilación de las Leyes de Indias, sancionada por Carlos II en 1661. Estas leyes, que han regido en América, tienen en su libro VII disposiciones sobre derecho penal, y, lo que es curioso, algunas parecen inspiradas en una tendencia semejante a la que en el derecho moderno propicia la legislación del estado peligroso, porque imponen castigos a los hombres que viven en la mala vida, de la prostitución, del juego, etc.

6. — Hay también una nueva legislación española que se redactó en el año 1798 y que solamente entró en evigencia en España con Carlos IV en 1806. Se llamó Novísima Recopilación. Resume toda la legislación civil anterior y tiene bastantes disposiciones de derecho penal. Pero para nosotros carece de importancia doctrinaria o jurídica, por la razón sencilla de que esta Novísima Recopilación de 1806, que derogaba o refundía la Nueva Recopilación de Felipe II de 1567, no tuvo aplicación en América, pues no le fué comunicada a la Audiencia de Buenos Aires por las autoridades españolas, que ya estaban envueltas en las complicaciones políticas con Napoleón. Lo extraordinario es que esta Novísima Recopilación regía en España y en América estaba en vigor la Nueva Recopilación.

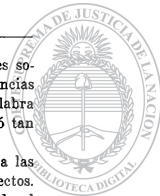
7. — Los autores argentinos estudian este conjunto de leyes españolas en una forma curiosa. Dicen todos ellos, y lo afirma el criterio ambiente, que estas leyes eran malas, que dejaban ancho margen a la arbitrariedad del juez, que establecían distinciones entre nobles y plebeyos, que no eran fijas, que la interpretación de la jurisprudencia podía crear delitos, en una palabra que tenían una serie de inconvenientes que les impedían ser un cuerpo de leyes regulares.

Es positivamente exacto todo eso. ¿Pero acaso no hemos visto que las leyes francesas <sup>(8)</sup> que rigieron hasta la revolución de 1789,

---

(8) Tomo I, N° 297 y sigts.





tenían la misma arbitrariedad, contenían análogas disposiciones sobre el tormento, la aplicación discrecional de las penas, diferencias en su aplicación respecto de nobles y plebeyos, y en una palabra también estaban llenas de todos aquellos defectos que combatió tan eficazmente la voz elocuente de Beccaria?

Entonces no es justo, a nuestro juicio, hacer un reproche a las leyes españolas vigentes en América porque tuvieran esos defectos. Eran defectos del tiempo. Si decimos que eran defectos de todo el derecho penal del mundo, de acuerdo. Pero si los criticamos solamente por estar contenidos en leyes españolas, incurrimos en una injusticia.

#### CONSTITUCION NACIONAL

**Sumario:** 8. Período de 1810 a 1853. — 9. La Constitución y sus disposiciones penales. — 10. Síntesis.

8. — Estallada la revolución de Mayo y separado el país de España, se dictan una serie de disposiciones penales de muy corto alcance, sobre robos, desertiones, etc. Son simples medidas ocasionales que van dictando los gobiernos patrios desde el año 1810 hasta el año 1853.

9. — Nos interesa la Constitución Nacional, que tiene muchas e importantes disposiciones penales, algunas de ellas admirables desde todo punto de vista (\*).

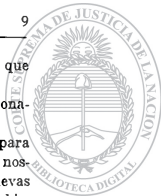
Dice el art. 8º: "La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias".

El art. 14 expresa que todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Es la consagración del principio de la libertad de conciencia.

El art. 15 crea un delito especial: "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución, y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y

---

(\*) Tomo I, Nos. 107 y 108.



venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice”.

El art. 16 dispone que no hay en la República fueros personales, con lo que consagra la igualdad ante la ley penal.

El art. 17: “La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino”. Esto se escribía entre nosotros en 1853. En el año que vivimos, Rusia e Italia, en sus nuevas leyes penales han establecido casos especiales de confiscación de bienes.

El art. 18, que contiene más disposiciones de este orden y es muy conocido: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por leyes especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes”.

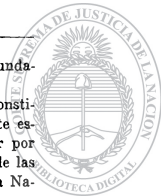
Es sabido que la pena de muerte por causas políticas está siendo restablecida en Europa, como ya lo han hecho Rusia e Italia.

Continúa el art. 18: “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Es indudable que este es un simple principio. Todavía en 1928 no todas las cárceles son sanas ni limpias, y muchas cárceles de territorios constituyen una verdadera vergüenza nacional.

El art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

El art. 22: “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste,



comete delito de sedición". Es otro delito definido en la ley fundamental.

El art. 23 refiriéndose a la suspensión de las garantías constitucionales que significa el estado de sitio, dice: "Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República ordenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino".

El art. 24: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados".

El art. 29: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas Provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del Poder Público, ni otorgarles sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria".

De manera que en la República Argentina nunca un Congreso podría haber dado, por ejemplo, las atribuciones que dió el Parlamento italiano a Mussolini cuando en 1923 pidió las leyes que hoy gobiernan a Italia.

El art. 32: "El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

El art. 45 legisla la forma del juicio político al presidente, vice presidente, a los ministros, a los magistrados en general, por faltas en el cumplimiento de sus deberes o por crímenes comunes.

Los arts. 60, 61 y 62 establecen las inmunidades de los miembros del Congreso, cuestión penal también porque determinan cómo se hace el sumario, si pueden ser arrestados o no en ciertos casos, etc.

El art. 67, inc. 11 da atribución al Congreso para dictar el Código Penal en toda la Nación, agregando: "sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente



te leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y ciudadanía con sujeción al principio de la ciudadanía natural; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados".

El art. 67, inc. 17 establece que el Congreso puede conceder amnistías generales.

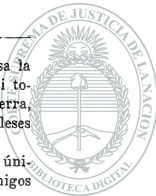
El art. 86, inc. 6º dice que el Presidente de la Nación puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

Oportunamente nos ocuparemos de un conflicto producido entre el Poder Ejecutivo y la Cámara del Crimen a propósito de la interpretación que corresponde dar al mencionado precepto constitucional.

El art. 95: "En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". Es indudable que cuando el Presidente de la República ejerce su facultad de indulto, no se arroga el conocimiento de causas pendientes; pero se establece en realidad una perturbación muy grande en el régimen procesal, porque el indulto no borra el delito ni cuenta a los efectos de la reincidencia.

El art. 102 dice: "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma Provincia donde se hubiese cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

Hasta la fecha no se ha hecho absolutamente nada para establecer entre nosotros el juicio por jurados. Únicamente una ley dictada en el año 1871 encomendó a los doctores Florentino González y Victorino de la Plaza la redacción de un proyecto referente a esa materia. Los nombrados realizaron un esfuerzo muy meritorio y redactaron un gran libro al respecto, pero hasta la fecha no se ha sancionado y tal vez no sea implantado nunca entre nosotros el



juicio por jurados. Tiene algunos partidarios, pero le es adversa la inmensa mayoría del país. Por otra parte, ha fracasado en casi todos los países del mundo donde se ha establecido, menos Inglaterra, que es su país de origen, y asimismo hay muchos autores ingleses que sostienen que el jurado produce serios inconvenientes.

El art. 103 dice: "La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado".

El art. 109, sobre guerra interprovincial, dispone: "Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno Federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley".

10. — Como se ve, la Constitución señala ya una serie de puntos previos en el derecho penal. Muchos de ellos son el resumen, admirablemente bien hecho, de principios generales de la materia; otros chocan, y no podía ser lógicamente de otra manera, con la legislación vigente en ese momento <sup>(\*)</sup>.

## II. — Proyectos anteriores a 1916

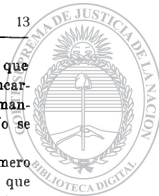
### PROYECTO TEJEDOR

**Sumario:** 11. Antecedentes. — 12. Fuentes. — 13. Bases esenciales: a) clasificación tripartita de los delitos; b) división de la culpa; c) participación criminal; d) modificación del aforismo "non bis in idem"; e) división de penas; f) legislación de menores; g) circunstancias de mayor o menor criminalidad. — 14. Crítica. — 15. Ley federal número 49.

11. — A poco de dictada la Constitución, el Congreso de la Confederación, de la cual estaba separada la provincia de Buenos Aires y que en aquel tiempo sesionaba en la ciudad de Paraná, san-

---

(\*) Véase tomo I, N° 107 y sigts.



ciona la ley número 12, de 30 de Noviembre de 1854, por la que autorizaba el nombramiento de una comisión codificadora encargada de la redacción de los cuatro códigos nacionales que, por mandato constitucional, el Congreso tiene obligación de dictar. No se hizo nada.

Posteriormente, el Congreso de Buenos Aires, por ley número 36, de Junio de 1863, encomienda al gobierno de la Nación que nombre una comisión encargada de redactar el Código Penal y otras leyes.

Para redactar el Código Penal, el gobierno designó al doctor Carlos Tejedor, profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y una de las más interesantes figuras políticas de aquel tiempo.

El doctor Tejedor llenó su cometido de inmediato. Presentó la parte general de su proyecto en Diciembre de 1865, y año y medio después, al promediar 1867, entregó la parte especial.

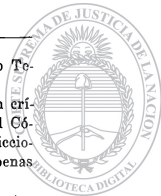
**12.** — El proyecto Tejedor es interesante desde todo punto de vista. Se inspira, en gran parte, en el Código Penal de Baviera de 1813 y en la obra sobre ciencia criminal de Livingston, publicada con motivo de la sanción del Código de Luisiana.

Pero su principal aporte científico lo extrajo de la primera fuente, y éste constituye precisamente el inconveniente mayor que presenta el proyecto Tejedor. En primer lugar, porque el Código Penal de Baviera, redactado para un país pequeño, de costumbres sociales asentadas, de población muy densa, dotado de un gobierno regular que tenía una tradición de siglos, elaborado por Feuerbach, un hombre eminente en la ciencia penal, autor de teorías bastante extremas para su tiempo, no aceptadas por sus mismos contemporáneos, no podía ser aplicable a un país como el nuestro, dotado de características opuestas. En segundo lugar, el doctor Tejedor no conocía el Código de Baviera sino por intermedio de la traducción francesa de Vatel (\*), hecha en 1852, la que no podía darle un conocimiento amplio de la forma en que ese Código había sido aplicado por los tribunales de Baviera ni de las modificaciones que había experimentado en la interpretación dada por sus jueces.

---

(\*) *Code Pénal de Bavière*, París, 1852.





13. — Podríamos resumir las bases esenciales del proyecto Tejedor, de la siguiente manera:

a) *Clasificación tripartita de los delitos.* — Los divide en crímenes, delitos y contravenciones, de acuerdo con el sistema del Código Penal francés, pero no basándose como éste en las jurisdicciones en que se han de juzgar los delitos sino en la clase de penas (aflictivas, correccionales, pecuniarias) que deban merecer.

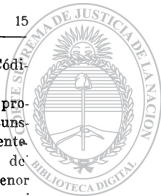
b) *División de la culpa.* — La culpa, a cuyo respecto nuestro Código Penal actual adopta la teoría de la unidad, la divide en culpa grave y ligera, dando en artículos especiales la definición y el concepto de ambas.

c) *Participación criminal.* — Para los diferentes autores principales, instigadores, autores materiales, etc., establece una casi identidad de pena; únicamente dice que a los jefes se les aplicará el máximo de la pena que tenga el Código para ese delito determinado. Los cómplices tendrán pena menor. Y divide a los cómplices de acuerdo con un criterio absurdo, en cómplices de primero, de segundo y de tercer grado, a cada uno de cuyos grados les va aplicando penalidades distintas según su intervención en el hecho, cuando hoy día, precisamente, en muchos casos una doctrina científica está asimilando la penalidad del cómplice a la de los autores principales, por razones que veremos en su oportunidad.

d) *Modificación del aforismo non bis in idem.* — Es sabido que la cosa juzgada cierra completamente toda discusión posterior sobre un delito. Pero en el proyecto Tejedor, cuando se demostraba que por falta de antecedentes el juez había condenado, supongamos, por complicidad a una persona que era autor principal, o cuando se demostraba que una persona había sido condenada por un delito que había originado otro delito que permanecía oculto y se descubriría después, podía reabrirse el proceso para la aplicación de la nueva pena que correspondiese.

e) *División de penas.* — Las penas, que son bastante ineficaces, están divididas en corporales, privativas del honor o humillantes y pecuniarias.

f) *Legislación de menores.* — Tiene una regular legislación de menores. No podía ser avanzada, indudablemente, para su tiempo, porque recién comenzaba a elaborarse en el mundo el derecho



penal de los menores, pero era mucho más adelantada que el Código Penal de 1887.

g) *Circunstancias de mayor o menor criminalidad.* — El proyecto no establece las clásicas atenuantes y agravantes, sino circunstancias que establecen mayor o menor criminalidad en el agente. Muchas de ellas coinciden, literalmente, con las disposiciones del proyecto italiano de 1921 sobre circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siendo indudable desde luego que el doctor Tejedor ni siquiera presintió la teoría de la peligrosidad del delincuente.

14. — El defecto capital del proyecto Tejedor, que lo hizo inaplicable en absoluto, era su régimen general de penas fijas. Era, como se ha dicho con un aforismo exacto, la arbitrariedad legal antepuesta a la arbitrariedad del juez. El juez puede equivocarse al aplicar una pena, pero más se equivocaría la ley al aplicar una pena uniforme para reprimir actos humanos realizados en circunstancias tan diversas, múltiples, complejas y difíciles de precisar.

Este proyecto nunca llegó a ser ley de la Nación. La mayoría de las provincias fueron adoptándolo, de acuerdo con el artículo constitucional que dice que mientras el Congreso no dicte los Códigos generales, las provincias pueden dictar los suyos. La provincia de Buenos Aires lo adoptó por ley del año 1877.

Hasta ese momento regían las leyes españolas. Y aunque pareciera extraordinario, España, cuya legislación de entonces suele llamarse la más atrasada de Europa, tenía un Código Penal sancionado en 1822, ampliamente modificado en 1850 y reformado por tercera vez en 1870. España tenía en ese momento obras que, por deficientes que puedan ser en el derecho penal actual, eran en su tiempo muy interesantes, como la de Pacheco, famoso comentador del Código español. En cambio, en el año 1886 cuando se sancionó el primer Código Penal para toda la Nación, nosotros vivíamos, en algunas provincias, bajo el imperio del proyecto Tejedor, y en el resto bajo leyes con más de siete siglos de existencia. El hecho revela un estado social extraordinario.

15. — Una ley parcial, dictada solamente para la justicia federal, fué la número 49, del año 1863, que se refiere a los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales. Ha estado en

vigencia hasta el año 1922, en que fué derogada por el art. 305 del Código Penal actual.

#### PROYECTO DE 1881

Sumario: 16. Antecedentes. — 17. Código penal de 1887. — 18. Crítica.

16. — El año 1868, a raíz de la presentación del proyecto Tejedor, el presidente Sarmiento nombró una comisión para que lo estudiara. Esta comisión se fué renovando por renunciias de algunos de sus miembros, hasta que al final quedó constituida por los doctores Villegas, Ugarriza y García, quienes presentaron un nuevo proyecto de Código recién en el año 1881, esto es, 13 años después de su designación.

El proyecto Villegas-García-Ugarriza, que circuló profusamente en el país, es en general pobre. Trata de poner de acuerdo el proyecto Tejedor con el Código Penal español de 1870.

17. — El proyecto es remitido a la Cámara de Diputados, que lo estudia nombrando una comisión interna al efecto. Esta comisión interna se expide el año 1885 por la voz del diputado don Bernardo Solveira, aconsejando al Congreso la sanción del proyecto con las modificaciones que ella le había introducido.

El Congreso discute brevemente. Alguien propone la sanción del Código a libro cerrado, hasta que en 1886 se sanciona como Código Penal para 1887.

18. — Inmediatamente de ser publicado este Código, el doctor Rodolfo Rivarola, escribió una obra en tres tomos, que todavía tiene gran valor en la interpretación de nuestros tribunales, titulada *Exposición y crítica del Código Penal argentino*, donde hacía el estudio completo de este Código, y señalaba todo lo que él tenía de malo y deficiente.

Es que el Código Penal de 1887 tenía, puede decirse, todos los defectos posibles. Tan es así que a muy poco tiempo de su sanción, el 7 de Junio de 1890, expresaba el Poder Ejecutivo en un decreto: "El Código Penal vigente adolece de defectos que es indispensable





hacer desaparecer por los peligros que entraña para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación”.

Esta frase, contenida en un decreto del Poder Ejecutivo Nacional a los tres años de la sanción del Código, nos revela cuál era la apreciación general que existía a su respecto.

#### PROYECTO DE 1891

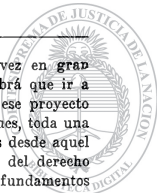
**Sumario:** 19. Antecedentes. — 20. Importancia. — 21. Bases esenciales: a) concordancias; b) derecho penal internacional; c) legislación sobre faltas; d) pena de muerte; e) penas principales y accesorias; f) libertad condicional; g) deportación; h) peculio; i) no imputabilidad; j) menores; k) perversidad; l) reincidencia; m) parte especial. — 22. Discusión legislativa. — 23. Ley número 4189.

19.— Para remediarla, el Poder Ejecutivo nombró una comisión constituida por los doctores Norberto Piñero, profesor de esta Facultad en aquel tiempo; Rodolfo Rivarola, fiscal de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Buenos Aires; y José Nicolás Matienzo, juez entonces en la provincia de Buenos Aires. Esta comisión estaba encargada de redactar un nuevo Código Penal que hiciera desaparecer los inconvenientes del que estaba en vigencia, adaptándolo a las nuevas conquistas de la ciencia penal.

Es menester tener en cuenta que en esos momentos, año de 1890, era el auge de la escuela positiva. Se habían celebrado los Congresos de Roma de 1885, en que la escuela positiva había triunfado sobre sus adversarios, y de París de 1889, que significó un paso atrás en el sentido de la aceptación universal de sus doctrinas. En la República Argentina teníamos la cátedra del doctor Piñero, que para honor de nuestro país, fué una de las primeras cátedras del mundo que inició las enseñanzas de la nueva escuela que conmovió los cimientos del derecho penal. Era lógico; pues, que el Poder Ejecutivo confiara a estas personas la redacción del nuevo proyecto.

El proyecto se redactó inmediatamente y fué presentado en el mes de Junio de 1891.

20.— El proyecto de 1891 reviste la siguiente importancia especial. El Código Penal actual deriva en gran parte, tal vez en más de un noventa por ciento, del proyecto de 1906, y el proyecto



de 1906, que explicaremos en seguida, deriva a su vez en gran parte del proyecto de 1891. Por eso, muchas veces habrá que ir a buscar necesariamente en el texto de los artículos de ese proyecto la razón de ser de más de una institución actual. Es, pues, toda una construcción de ideas que se viene repitiendo en el país desde aquel momento hasta la fecha y formando en los estudiosos del derecho una especie de conciencia científica respecto de los fundamentos del Código Penal.

21. — Veamos, en resumen, las modificaciones principales que introduce el proyecto de 1891.

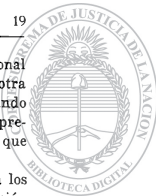
a) *Concordancias.* — Indica las concordancias al pie de cada uno de los artículos, lo que es muy importante para interpretar su texto. En muchos casos, gracias a este sistema, se observa que si bien las palabras de un artículo pueden resultar confusas, las referencias a su fuente principal lo aclaran acabadamente.

b) *Derecho penal internacional.* — Rige, lo que no hacía el Código de 1887, la materia llamada derecho penal internacional, esto es, la aplicación de la ley penal en lo que concierne al territorio, punto de que nos ocuparemos oportunamente.

c) *Legislación sobre faltas.* — Legisla sobre faltas, fijando el máximum de pena que tienen derecho a imponer en materia de contravenciones y de faltas, las provincias, territorios y municipios. El Código Penal actual olvida por completo las faltas y deja librado el monto de las penas que por las mismas corresponda, a las leyes provinciales o municipales, de donde se derivan una serie de consecuencias de extrema gravedad.

d) *Pena de muerte.* — Conserva la pena de muerte, con la novedad de que será aplicada por medio de la electricidad o por fusilamiento, creyendo que eran medios más adecuados para las ejecuciones. Tal vez este precepto era una especie de reacción contra la sentencia que había dictado el juez doctor Martínez en la causa seguida a un delincuente famoso, el cura de Olavarría, a quien había condenado a muerte por la horca.

e) *Penas principales y accesorias.* — Establece dos penas principales y varias accesorias. Establece que la pena de presidio, que era la más grave, se cumpliría en un establecimiento especial situado en una isla en el sur de la República.



f) *Libertad condicional*. — Establece la libertad condicional de dos maneras. Una aplicable a los condenados a presidio, y otra a los condenados a penitenciaría. La primera se cumplía dejando al recluso en libertad en el distrito donde estaba ubicado el presidio; la segunda se cumplía residiendo el liberado en el sitio que le fijara el juez.

g) *Deportación*. — Establece la pena de deportación para los reincidentes graves o para los habituales, fuente de la disposición contenida en el art. 52 del Código Penal actual, que según demostraremos oportunamente se sancionó por un error del Senado.

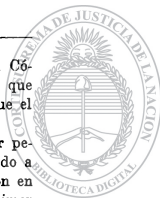
Esa deportación, sin embargo, era más lógica que la actual pena de reclusión del art. 52. Esta se cumple, *como pena*, dentro del presidio de Ushuaia; en cambio, aquella era una verdadera deportación, pues se remitía el penado a la isla de los Estados, donde debía vivir, y donde podía tener su familia, cultivar la tierra, etc. De modo que ese hombre podía desarrollar una actividad más útil para la sociedad que la que pudiera resultar de la actual condena a reclusión para toda la vida a un individuo que muchas veces no es más que un simple degenerado.

h) *Peculio*. — Legisla de una manera completa sobre el peculio de los condenados, de donde derivan las disposiciones actuales sobre la materia. Establece ampliamente la reparación del daño causado por el delito.

i) *No imputabilidad*. — Simplifica muchísimo el criterio de la no imputabilidad. El principal de los inconvenientes que ofrecía el Código de 1887 radicaba en el criterio que sustentaba acerca de la inimputabilidad, cuya vaguedad de redacción se prestaba a todos los equívocos; al mismo tiempo, carecía de sanciones para el individuo que había delinquido en esos estados de perturbación psicológica, de alienación mental, de imbecilidad o de inconsciencia; era, a este respecto, un código simplista: encontraba alienación mental en el delincuente y lo absolvía.

El proyecto de 1891 simplifica el texto, limitándolo a la enfermedad mental, y refiriéndose en otros incisos al sueño hipnótico y a la ebriedad. Pero aplica a los absueltos por estas causas la misma medida de seguridad casi que establece el art. 34 del Código actual.

j) *Menores*. — Eleva la edad de los menores que cometen de-



litos, a los efectos de su imputabilidad, a los 14 años. En el Código de 1887 ese límite era de 10 años, con lo que resultaba que un niño de 11 años podía ser reprimido con la misma pena que el delincuente más inveterado.

Como ese niño podía revelar, por sus antecedentes, un ser peligroso para la sociedad no debiendo por lo tanto ser entregado a la custodia de sus padres, el proyecto autorizaba su internación en establecimientos especiales hasta la edad de 18 años. Es el primer esbozo de una legislación sobre menores que aparece entre nosotros.

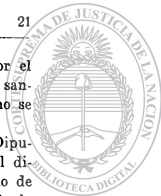
k) *Perversidad.* — El Código de 1887 tenía como medida de la pena las circunstancias agravantes o atenuantes. El proyecto de 1891 establece dos sistemas. En uno, más o menos semejante en su redacción a nuestro actual art. 41, establece el criterio de la mayor o menor perversidad del sujeto en la comisión del delito: es una especie de atisbo en el problema de la peligrosidad, pues trata de graduar la pena no de acuerdo con el mal causado sino con la naturaleza del sujeto. En otro, establece, como lo hacía el proyecto Tejedor, circunstancias de mayor y menor criminalidad, que aumentan o atenúan la pena.

l) *Reincidencia.* — En la legislación sobre reincidencia introduce, por primera vez en la República Argentina, el criterio de la ley francesa de 27 de Mayo de 1885, que remitía a ciertas colonias francesas a delincuentes que se hallaban en determinadas condiciones legales. Desde entonces viene existiendo en nuestro país el criterio de que la única defensa contra la reincidencia es la deportación o la reclusión en los territorios del sud, determinada no por la peligrosidad del sujeto sino de acuerdo con el número de sus condenas.

m) *Parte especial.* — Finalmente, las grandes reformas del proyecto de 1891 están en la parte especial. Rehace casi por completo el Código Penal vigente en ese momento, tomando del Código italiano la mayor parte de las disposiciones referentes a delitos contra las personas, redactando con mayor precisión el contenido de los artículos pertinentes.

22. — El Poder Ejecutivo mandó inmediatamente a la Cámara de Diputados el mencionado proyecto Rivarola-Piñero-Matienzo.

La Cámara de Diputados no lo trató. Recién el año 1895, la



Comisión de Códigos de la mencionada Cámara, presidida por el doctor Francisco A. Barroetaveña, se expidió aconsejando la sanción del proyecto de 1891 con algunas modificaciones. Pero no se hizo nada.

El año 1900 insiste el Poder Ejecutivo, y la Cámara de Diputados considera en un extenso debate el proyecto de 1891. El diputado Argerich se manifestó contrario al proyecto, tratándolo de iluso, diciendo que pretendía introducir principios teóricos de la ciencia en esa cosa práctica que debe ser un código, que no puede concebirse la reforma íntegra de una ley penal, trayendo en su apoyo una frase de Ferri.

El diputado Olivera, lo mismo que el diputado Cullen, se manifestaron favorables al proyecto, pidiendo a la Cámara lo sancionase con las modificaciones introducidas en 1895 por la Comisión de Códigos y algunas más.

La Cámara de Diputados siguió la tesis del diputado Argerich, sancionando una reforma parcial. El proyecto pasa al Senado, pero durante dos años y medio no se ocupan de él. Recién en 1903 se hace un debate en el Senado en el que tiene una parte importantísima el doctor Julio Herrera, senador por Catamarca, de cuyas observaciones sale después ese libro tan interesante y útil en su momento, titulado *La reforma penal*.

**23.**— Sin embargo, a pesar de la crítica científica a fondo que hizo el doctor Herrera, a pesar de los ataques, no sistemáticos pero sí elocuentes, de los diputados Olivera y Cullen, el Congreso argentino sancionó la ley número 4189, el 22 de Agosto de 1903.

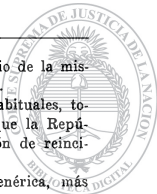
Esta ley contiene algunos preceptos buenos, pero tuvo el gravísimo defecto de introducir en el régimen del Código Penal una gran contradicción entre las nuevas y las viejas disposiciones. Vamos a enumerar los principios que contiene la ley 4189.

a) Suprime los primeros artículos formales del Código de 1887.

b) Asimila el cómplice al autor principal, estableciendo como única limitación que al cómplice no se le puede aplicar el máximo de la pena. A nuestro juicio, era un criterio exacto, más exacto que el del Código actual.

c) Establece el sistema de los atenuantes y agravantes como





medida de la pena, debiendo aplicarse el término medio de la misma en ausencia de aquellas circunstancias calificativas.

d) Establece la pena de deportación para los habituales, tomándola del proyecto de 1891. Hace, pues, 25 años que la República Argentina tiene el régimen actual de deportación de reincidentes <sup>(7)</sup>.

e) Establece el principio de la reincidencia genérica, más científico que el que regía hasta ese momento de la reincidencia específica.

f) Establece la prescripción de la reincidencia a los 10 años.

g) Modifica todo el Código en lo que concierne a los delitos contra la vida, tomando como fuente al Código Penal italiano <sup>(8)</sup>.

h) Crea una nueva legislación para el hurto y el robo, pero al hacerlo incurre en graves errores de doctrina que oportunamente señalaremos.

i) Finalmente, legisla en cada uno de los delitos la hipótesis de que sean cometidos por culpa o imprudencia, inspirándose en el proyecto de 1891. Es el sistema que ha seguido nuestro Código actual, a diferencia del que adoptaba el Código de 1887 que tenía un capítulo general sobre la culpa.

---

<sup>(7)</sup> Poco antes de esa fecha se había sancionado la ley número 3335, llamada ley Bermejo, que establecía que el reincidente por segunda vez cumplía la pena en un territorio del sur; es decir, que si se condenaba, por ejemplo, a un reincidente por segunda vez (tercer delito) a seis meses de penitenciaría, esa pena debía cumplirla en un territorio del sur y no en Buenos Aires. Pero sucedía una cosa que el legislador olvidó: los procesos eran largos, la prisión preventiva se computaba en el monto de la pena y los vapores al sur no eran frecuentes; de manera que en la mayor parte de los casos el condenado terminaba de cumplir la pena en el vapor o al llegar a Usuahia. De modo que, a lo más, hacía un viaje de ida y vuelta. Basta señalar el hecho para destacar la inutilidad de una ley que quería combatir la reincidencia. Pero era el comienzo de nuestra legislación sobre la materia.

<sup>(8)</sup> Desde entonces la doctrina penal argentina introduce la interpretación de los tratadistas italianos en materia de delitos contra las personas.



## PROYECTO DE 1906

Sumario: 24. Antecedentes. — 25. Bases esenciales: a) unificación; b) faltas; c) condena condicional; d) atenuantes y agravantes; e) arbitrio judicial; f) libertad condicional; g) prescripción; h) penas; i) régimen de penas; j) pena de muerte; k) norma especial. — 26. Consideración general. — 26 bis. Nuestra opinión.

24. — Sancionada la ley 4189 sucede lo mismo que cuando se sancionó el Código de 1887: se levantan contra ella críticas generales, señalando los errores que indiscutiblemente contenía.

Entonces el Poder Ejecutivo, en Diciembre 19 de 1904, designa una nueva comisión para que unifique las leyes penales, introduzca una coordinación en todas las disposiciones referentes a las leyes argentinas de fondo y de forma, y trate de armonizar, dentro de lo posible, las leyes nacionales y provinciales. Esta comisión estuvo formada por los doctores Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía, actuando como secretario don José León Duffy.

De la labor de la mencionada comisión surgió el proyecto de 1906, base fundamental de nuestro Código actual. La comisión lo presentó el 10 de Mayo de 1906.

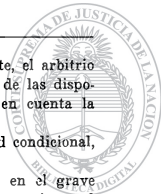
25. — Enumeraremos, a grandes rasgos, sus principales instituciones.

a) *Unificación.* — Trata de unificar todas las leyes penales existentes en el país en un solo texto orgánico.

b) *Faltas.* — Tiene un libro amplísimo sobre faltas.

c) *Condena condicional.* — Crea la condena condicional, que no había sido tenida en cuenta en el proyecto de 1891. Fija como máximo de la pena aplicable al reo, para que proceda la condena condicional, dos años, igual que actualmente; pero fija la prescripción del delito en los cinco años, mientras que el Código actual ha cometido el gravísimo error de igualar el término de prescripción del delito al tiempo necesario para la prescripción de la pena.

d) *Atenuantes y agravantes.* — Suprime la enumeración de atenuantes y agravantes, que era clásica en la legislación argentina, y la reemplaza con un texto sensiblemente equivalente al del art. 41 del Código Penal actual.



e) *Arbitrio judicial*. — Aumenta, de consiguiente, el arbitrio judicial. El juez puede moverse cómodamente dentro de las disposiciones amplias y generales del proyecto, teniendo en cuenta la personalidad del delincuente.

f) *Libertad condicional*. — Legisla sobre libertad condicional, de manera semejante al Código actual.

g) *Prescripción*. — En la prescripción incurre en el grave error de fijar como límite para la prescripción de las acciones el de las penas correspondientes al delito. De manera que el mismo proyecto llegaba a suponer una prescripción de dos meses, lo que era completamente ridículo.

h) *Penas*. — Dice el proyecto que la tendencia moderna en las legislaciones del mundo es la unificación de las penas; en consecuencia, establece sólo dos: el presidio y la prisión, olvidándose que en la exposición de motivos se dedican extensos fundamentos a la individualización de la pena... Y es obvio que si individualizar la pena es adaptar una sanción a un delincuente determinado, cuanto mayor sea el número de adaptaciones posibles, más lógica y científica será la aplicación de la ley penal. Por otra parte, no era exacto lo que decía la comisión de 1906 y ha repetido la exposición de motivos escrita en 1917 para el Código vigente: los códigos modernos, lejos de unificar y reducir las penas, van teniendo cada vez mayor número de sanciones, precisamente con el propósito de alcanzar una mejor individualización de la pena.

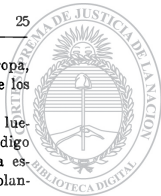
i) *Régimen de penas*. — Deja librado el régimen de las penas a una ley especial. Lo mismo dice nuestro Código actual. De donde deriva esta maravilla: un Código Penal que no da ninguna orientación en cuanto a su régimen penal, a la espera de una ley especial que no se ha dictado todavía; es decir, tenemos una pena sin su régimen correspondiente.

j) *Pena de muerte*. — Conserva la pena de muerte, que prevaleció contra el voto de los doctores Beazley y Rivarola.

k) *Norma especial*. — Finalmente, establece, como corrección del Código vigente en ese momento y del proyecto de 1891, que ninguna pena se redime por dinero.

26. — Es menester tener en cuenta que los proyectos de 1891 y de 1906 tenían el grave inconveniente de desconocer por com-

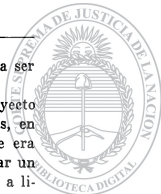
l  
i  
c  
n  
  
d  
d  
  
R  
n  
E  
tu  
m.  
  
de  
el  
“1



pleto el movimiento científico que se estaba operando en Europa, precisamente desde el momento en que se redactó el primero de los proyectos mencionados.

Nuestras comisiones redactoras — cuyos propósitos desde luego no pudieron ser mejores — fueron a buscar el tipo de código ideal en tres fuentes: en algo, nada más, de la doctrina de la escuela positiva, en el Código italiano de 1889 y en el Código holandés, tomando a su vez de otros Códigos aquellas disposiciones particulares que el consenso universal hacía aceptables. Pero por dificultades de idioma especialmente, no se conocía en el país, en esos momentos, y aún hasta muchos años después, la larga elaboración científica que se estaba realizando en Europa con motivo de esa nueva tendencia legislativa que se inicia con la Unión Internacional de Derecho Penal.

26 bis. — El proyecto de 1906 estaba muy lejos de constituir una obra homogénea y armónica de derecho penal. Tenía el defecto capital de haberse adaptado al molde inaceptable del código de 1887, a pesar de las grandes diferencias — más aparentes que reales — que de él lo separaban. Ese ajustamiento al código; esa tendencia a seguir viviendo con la vista vuelta innecesariamente hacia la redacción primitiva de 1887; ese afán de pretender edificar el nuevo monumento de la ciencia penal argentina con los materiales de la vieja construcción que el tiempo mismo — no los hombres — derrumbó; ese olvido sistemático de códigos como el noruego de 1902 y de los proyectos suizos de Stooss que ya eran conocidos en 1906; ese prejuicio constante del ecleticismo que hace decir a la comisión que quería que el código fuese “una obra común que resultara libre de todo espíritu sectario y constituyese una zona franca, a cubierto de cualquier reproche de exclusivismo”, como si fuera posible, actualmente, hablar todavía de clásicos y de positivistas en materia de *derecho penal actual*, para emplear los términos de Silvio Longhi en su erudito libro *Repressione e Prevenzione nel Diritto Penale attuale*; ese casuismo inmotivado de sus disposiciones, en la forma que más adelante indicaremos, y que demuestra que se ha preferido el sistema de poner en la ley lo que no es de ninguna manera posible; todo eso y mucho más, que omitimos, hacían de este proyecto una obra que si bien, jurídicamente, era muy superior a nues



tras leyes penales en vigencia en la época, no estaba llamada a ser el código que nuestro país necesita en estos momentos.

Cuando fué requerida nuestra opinión acerca de este proyecto de 1906 por la comisión especial de la Cámara de Diputados, en 1916, dijimos, después de las consideraciones precedentes, que era preferible en nuestra opinión esperar un tiempo más, y preparar un nuevo código por medio de una nueva comisión, que sancionar a libro cerrado esta obra de legislación penal.

Conocida es la larga elaboración que ha tenido en Suiza — país ponderado y serio — el proyecto originario de 1893 del eminente criminalista Karl Stooss, estudiado, retocado, modificado, ampliado, restringido, etc., en las reformas de 1894, 1896, 1908, 1913, 1915, 1916 y 1918. Veintitrés años de profundos estudios, realizados a base de un proyecto notable desde varios puntos de vista, no han podido decidir a Suiza a darse un código penal que reemplace a la incoherente y contradictoria legislación criminal de sus cantones. Todos los profesores de sus universidades, los más eximios representantes del derecho penal en el extranjero, han aportado su obra de colaboración amplia y desinteresada a la tentativa suiza de darse un código que fuera un verdadero modelo. Desde las publicaciones de Stooss de 1890-1893 referentes a los códigos suizos (\* bis) y a los rasgos fundamentales de su derecho penal (\* ter.) que sirvieron de trabajos preparatorios para el proyecto de 1893-1894, una inmensa bibliografía que llenaría quince nutridas páginas de texto impreso, se ha ocupado con atención de los sucesivos proyectos de la Confederación. La *Revista Suiza de Derecho Penal* (*Schweizerische zeitschrift für Strafrecht*), año por año ha aportado a la reforma de la legislación penal, la valiosa contribución de ciencia y de experiencia de sus colaboradores de Suiza y del extranjero. Lo mismo han hecho las principales revistas penales de Europa. Comisión tras comisión han publicado en Suiza, en alemán y en francés, sus textos reformados sucesivamente, sus exposiciones de motivos, actas de sus sesiones, etc., en una forma que es imposible reseñar aquí por su abundancia bibliográfica. De los proyectos suizos ha tenido también que ocupar

---

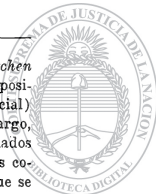
(\* bis) *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben*, Ginebra, 1890.

(\* ter.) *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates verglichen dargestellt*, Ginebra, 1892-1893.



se la ciencia penal en Alemania y en Austria, con motivo de sus respectivos anteproyectos de 1909, inspirados en parte en la gran obra de Stooss. Sin embargo, el código aún no ha sido sancionado porque se ha preferido esperar lo más antes de aprobar un texto que, a pesar de sus incontestables excelencias, no responde del todo a las exigencias de la hora presente en materia de ciencia criminal. No obstante haber dicho del proyecto de 1908 la alta opinión de Silvio Longhi que, salvo variaciones secundarias, será el código tipo de nuestro siglo, siendo Longhi un representante de las teorías ecléticas en derecho penal; no obstante elogios semejantes aparecidos en innumerables trabajos de criminalistas de Europa, la prudencia helvética se resiste a dar valor de ley a tan alta expresión del derecho penal contemporáneo y sigue estudiando el proyecto hasta rematar en el año 1918, que nadie sabe cuando será aprobado por la Confederación.

Las mismas consideraciones pueden aplicarse a los proyectos alemán y austriaco del año 1909. La Unión internacional de derecho penal fundada en 1889 por Prins, Von Liszt y Van Hamel, ha agitado en Europa el estudio de las más trascendentales cuestiones del derecho criminal, por medio de su revista publicada en alemán (*Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*) y en francés (*Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal*), por medio de las obras especiales de sus miembros, de sus Congresos internacionales y nacionales, etc. Las tendencias que predominan en la parte más eminente de sus miembros, han suscitado, especialmente en Alemania, con ocasión de los trabajos de preparación de su proyecto de código de 1909 y contraproyecto de 1911, una intensísima lucha de carácter científico que ha excedido en cuanto se refiere a la bibliografía de la materia, a todo cuanto ha tenido lugar en los demás países europeos, sin exceptuar a Italia en la época de la difusión de las doctrinas de la escuela positiva. En Alemania, clásicos, positivistas, escuelas intermedias, etc., se han trabado en lucha encarnizada por el predominio de sus doctrinas respectivas. El resultado ha sido una polémica enconada y ardiente alrededor del proyecto oficial de 1909 y del contraproyecto de Kahl, Lilien-thal, Liszt y Goldschmidt en 1911. Las bases técnicas para ambos fueron dadas, en gran parte, por la monumental obra de derecho penal alemán y extranjero que publicara el editor Otto Liebman de



Berlín en 16 volúmenes (*Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*), la más grande y completa exposición de derecho penal comparado (parte general y parte especial) que se haya publicado hasta la fecha en país alguno. Sin embargo, los proyectos no han sido sancionados aún, pues parecen destinados a tener una discusión tan a fondo y revisiones tan importantes como las que sufrieran los proyectos primitivos de código civil que se refundieron en el texto definitivo de 1900.

Estos antecedentes, esbozados a grandes rasgos, demuestran cuanta prudencia ponen hoy en día naciones como Alemania, Austria y Suiza, que cuentan, sin embargo, en materia de derecho penal, con todos los medios necesarios de discusión y de crítica (Universidades, revistas, asociaciones internacionales de criminalistas, etc.). Lo mismo, como es sabido, sucedió en Italia, en ocasión de la elaboración de sus proyectos de código que se resumieron en la sanción del de 1889.

¿Por qué no hubiéramos podido hacer lo mismo nosotros con el proyecto de 1906? Este ha tenido muy poca discusión crítica. Con excepción de artículos sueltos de diarios y revistas, la única obra seria que ha inspirado es la del Dr. Julio Herrera, *La reforma penal*, publicada en 1911, la mejor sistematización de los más fundamentales problemas de la ciencia criminal publicada en la Argentina y que fué escrita para oponerse, con toda razón, a la sanción de este proyecto.

Con tan incompletos elementos de juicio no era posible sancionar un código que necesitará años, muchos años quizá, para poder ser nuevamente modificado. Tenemos, en este sentido, la triste experiencia de la ley penal de 1887. Desde el día que entró a regir le fué adversa la opinión común, evidenciada en la excelente obra que publicara en 1890 el Dr. Rodolfo Rivarola (*Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*). Han debido transcurrir, sin embargo, treinta y cuatro años para que fuera derogada.

Teniendo el país hombres muy preparados en ciencia penal, carecemos de revistas especiales, como las innumerables europeas, que sirvan de campo para la crítica científica de las leyes y las doctrinas penales. Y sin crítica, sin discusión, por apasionadas o unilaterales que sean, no hay progresos eficaces en esta importante disciplina jurídica.



### III. — Antecedentes del Código Penal vigente

#### PROYECTO DE 1916

Sumario: 27. Antecedentes. — 28. Despacho de la Comisión de la Cámara de Diputados.

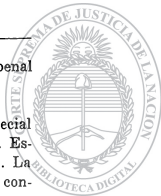
27. — El proyecto de 1906 duernre también durante muchos años en el Congreso argentino. Recién en 1911, cuando el doctor Herrera publica su libro *La reforma penal*, la gente estudiosa vuelve a ocuparse de aquel proyecto.

Sin embargo, sólo en 1916 sale de su sueño, merced a una iniciativa del doctor Rodolfo Moreno, que reproduce el proyecto de 1906, con algunas modificaciones de importancia, entre ellas la supresión de la pena de muerte.

Nuestra legislación penal, como hemos dicho, era pésima. La cátedra, los magistrados de la Nación y de las provincias, los publicistas, la prensa diaria, lo dijeron con rara unanimidad. Sin embargo, la hemos sufrido durante más de 30 años con el paréntesis de la mala e inorgánica reforma de 1903. Sumidos en una inconcebible indiferencia, hemos dejado transcurrir los años, a pesar del convencimiento general de que era menester romper los viejos moldes penales. Ningún ministro, ningún miembro del Congreso consideró como punto capital de su programa de gobierno la sanción de un nuevo código represivo, fuera él el proyecto de 1891 o el de 1906, haciendo uso eficaz y constante de toda su influencia para conseguirlo. Y fué necesario que llegara a la Cámara de Diputados un hombre joven, activo y enérgico, que había sido profesor de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, el doctor Rodolfo Moreno (hijo), para tener la reforma que el país exigía.

Sin embargo, parece imposible la indiferencia en esta materia. Una legislación penal tan deficiente como la nuestra, no solamente tiene influencia sobre los delincuentes sino también sobre el resto de la sociedad. Cuando el código reprime mal, por exceso, por falta o por orientación inadecuada, nos hiere a todos. ¿Cómo, entonces, se puede permanecer indiferente ante este hecho? Por eso ha veni-





do en buena hora, aunque demasiado tarde quizá, la reforma penal argentina, que vamos a analizar.

28. — La Cámara de Diputados nombra una comisión especial encargada del estudio del aludido proyecto del doctor Moreno. Este pone al servicio de su idea todo su empeño y su actividad. La comisión especial se dirigió a todas las personas que creyó en condiciones de responder eficazmente a su encuesta de si el proyecto de 1906 debía o no ser sancionado íntegramente. Todo el mundo creyó que ese proyecto debía ser sancionado con las modificaciones introducidas por el doctor Moreno.

La nuestra fué la única excepción. Dijimos terminantemente que el proyecto de 1906 no debía ser sancionado porque no se ajustaba al estado actual de la ciencia penal en ese momento (\*).

Como decimos, fué la única excepción que desentonó en un coro unánime que se pronunciaba por la aprobación del proyecto de 1906 con modificaciones de mayor o menor importancia. Pero quienes se pronunciaron por esa aprobación, resultaron, en el fondo, más papistas que el Papa, ya que la comisión especial de la Cámara de Diputados redactó un proyecto de código penal que difería bastante del proyecto de 1906, aceptando muchas de las modificaciones que se le aconsejaron y aportando un nuevo criterio. Esta elaboración es lo que se conoce con el nombre de proyecto de código penal de 1917, base del Código vigente.

#### PROYECTO DE 1917

**Sumario:** 29. Apreciación general. — 30. Principios que pueden inspirar una reforma penal. — 30 bis. Supresiones en el proyecto de 1906 y en el Código de 1887 efectuadas por el proyecto de 1917. — 30 ter. Conceptos nuevos o modificaciones fundamentales que introduce. — 31. Estudio y revisión en el Senado. Apreciación crítica. — 31 bis. Sanción del Código Penal de 1921.

29. — En la sesión de 21 de Agosto de 1917, la Cámara de Diputados aprobó a libro cerrado el proyecto de Código Penal que pre-

---

(\*) Véase nuestro libro *La codificación penal argentina. El proyecto de 1906 ante las nuevas tendencias del derecho penal en formación*, Buenos Aires 1917.



sentara a su consideración el 16 de Julio la comisión especial de legislación penal y carcelaria, constituida por los diputados Rodolfo Moreno (hijo), Antonio de Tomaso, Carlos M. Pradere, Jerónimo del Barco y Delfor del Valle.

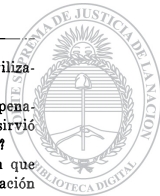
Este proyecto que introduce varias e importantes modificaciones en el presentado por el doctor Moreno en las sesiones de 1916 — pidiendo la aprobación, con pocas variantes, del proyecto originario de 1906 — ha sido redactado previa una revisión minuciosa del texto de 1906 y teniéndose en cuenta las observaciones que formularon las personas que a ese respecto fueron consultadas por la comisión especial en una encuesta que se dirigió a los especialistas, profesores, funcionarios y magistrados que pudieran asesorarla.

El texto de 1917, debido a esta circunstancia, señala un progreso evidente si lo comparamos con los proyectos anteriores que le sirvieron de base. Destruye algunas perjudiciales instituciones de nuestro viejo sistema penal; modifica otras; se asienta en nuevos principios científicos y organiza un conjunto de reglas tutelares que, si bien no alcanzan los límites a que han llegado en otras naciones, permitirán que la república se incorpore a las corrientes del derecho penal en formación.

Cuando contestamos la encuesta a que nos hemos referido, lo hicimos respondiendo a una convicción que no tenía nada de circunstancial. Se nos pedía nuestra opinión sobre el proyecto de 1906, y, como profesor de derecho penal, debimos darla en forma amplia y categórica, sin limitaciones circunstanciales de pensamiento y desde un punto de vista no legislativo sino doctrinal y científico.

De ahí que nuestra crítica fuera hecha al fondo mismo, a la esencia de los principios constitutivos de la legislación, concretándose en esta afirmación final: “el proyecto de Código penal de 1906 no responde, por su sistema, al estado de la ciencia criminal contemporánea. En consecuencia, no debe ser sancionado por el Congreso”.

Fundamos esta opinión en un estudio detenido, aunque a grandes rasgos, del sistema en que se apoyaba dicho proyecto, porque nos creímos obligados a no hacer correcciones de simple detalle en su texto, sino a señalar cuales eran los modelos y los principios penales más dignos de ser tenidos en cuenta en el momento en que nuestro



país aspiraba a darse un código que reflejara su estado de civilización y de progreso científico.

¿Se acerca más a esos modelos y a esos nuevos principios penales el proyecto de 1917, comparado con el texto de 1906, que sirvió de base al proyecto formulado por el diputado Moreno en 1916?

Opinamos que *en algo*, sí, por más que opinemos también que después de la redacción del proyecto suizo de 1916 ninguna nación civilizada tiene el derecho de darse un código penal que sea tan inferior a ese modelo, como resulta el proyecto argentino, considerado en su técnica, en su estructura y en su sistema científico. Por eso afirmamos que el texto de 1917 ha debido y ha podido ser mejor de lo que es.

30. — Tres principios capitales pueden inspirar una reforma penal:

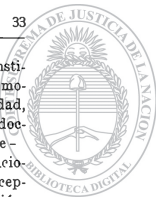
1º Introducir en la ley vigente las modificaciones que la práctica, la técnica y la ciencia hayan aconsejado, dejando más o menos subsistente el fondo y las modalidades de la legislación.

2º Reformar en su totalidad la ley vigente, adoptando un nuevo código que coordine mejor y más científicamente las mismas instituciones penales que existían en el código anterior, con pocas agregaciones, supresiones o modificaciones de carácter fundamental.

3º Redactar un nuevo código que resuma en su articulado las verdaderas conquistas, de carácter positivo, de la ciencia criminal contemporánea y de las legislaciones de los demás países, prescindiendo por completo del molde creado por la ley anterior; pero, sin descuidar el estudio del medio ambiente nacional, en el sentido de adecuar a lo hacedero y posible, la implantación de todo aquello que signifique un nuevo principio o una nueva institución de derecho penal.

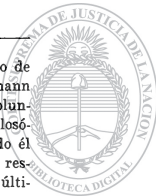
La comisión redactora del proyecto de 1906 se inclinó por el segundo sistema; lo mismo ha hecho la de 1917, por más que su obra haya resultado mejor en su orientación científica general.

Nosotros, en cambio, aceptamos en toda su extensión el tercer principio. De ahí derivan, pues, *ab initio*, nuestras divergencias fundamentales con ese proyecto. Creemos que el derecho civil está más de acuerdo que el derecho penal con la manera de ser esencial que tiene todo pueblo, siendo por eso más raras las grandes modificacio-



nes que pueden introducir las leyes en la organización de las instituciones civiles. Cualesquiera que sean los principios religiosos, morales, filosóficos, que orienten la actividad social de una colectividad, sólo diferencias de concepto jurídico o de técnica legislativa o doctrinaria, separan entre sí a legislaciones de pueblos enteramente diferentes desde otros puntos de vista. El fondo de las instituciones, la trabazón orgánica de la teoría de las obligaciones, el concepto inspirador del derecho a los bienes, de la forma de su transmisión, etc. — que constituyen las principales diferencias entre legislación y legislación — permanece casi inalterable en el tiempo, porque no responde a los principios, que cambian, sino a las modalidades esenciales de todo pueblo, que perduran. ¿Por qué? Porque el derecho civil rige relaciones humanas que no necesitan de la ley para existir; porque el derecho civil sólo aspira a hacer más perfectas, por medio de la ley, las formas que adopta la humanidad para poder desarrollar todas las actividades inherentes a la idea de sociedad organizada. De ahí, que legislar respecto a la forma de los contratos, por ejemplo, no ofrezca variaciones fundamentales de país a país, desde el momento que los intereses que se protegen por la ley son los mismos, casi, en todas las naciones civilizadas del planeta. Lo único que varía, pues, es la técnica, la forma de concebir y de aplicar el conjunto de reglas que darán protección legal a actividades humanas que poco o nada tienen que ver con grandes construcciones sistemáticas de religión, de moral o de filosofía.

No sucede lo mismo con el derecho penal. Así como es posible seguir la larga y lenta evolución de las instituciones civiles desde las sistematizaciones de Justiniano hasta la sanción del código alemán de 1896-1900, no es dado hacer lo mismo con el derecho penal. El príncipe de Schwartzenberg, Beccaria, Feuerbach, Carrara, Lombroso, Modermann, Ferri, Prins, Stooss, legisladores civiles, no hubieran jamás podido revolucionar, con sus códigos, los principios fundamentales del derecho privado; tratadistas de derecho criminal, en cambio, o legisladores penales, han dado a sus doctrinas, a sus códigos y a sus proyectos orientaciones tan fundamentalmente diversas que es imposible concebir la verdad o ventaja de las unas sin negar al mismo tiempo las de las otras. Un mundo separa concepciones de autores que coexisten, sin embargo, en el tiempo y en el espacio. ¿Por qué? Porque en materia penal un solo principio es

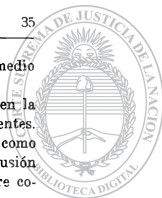


suficiente para transformar en absoluto todo el vasto articulado de un código. Se puede ser determinista convencido como Modernmann y redactar un código fundado sobre la base del criterio de la voluntad en la responsabilidad, pero, ello sucede porque la teoría filosófica del autor no aparece para nada en el código holandés: todo él responde al criterio de la voluntad en la determinación de la responsabilidad penal. Pero supongamos a Prins, después de su último y hermoso libro "*La défense sociale et le Droit Pénal*", redactando un código y tendremos necesariamente que reconocer que él no podría ser semejante, por ejemplo, al proyecto argentino de 1906. ¿Por qué? Porque se puede ser determinista y redactar el código de Holanda, pero, no se puede ser partidario de la individualización de la pena a base del "estado peligroso" de los delincuentes y contribuir a la sanción de un código que se apoye en criterios de la responsabilidad criminal completamente diferentes.

30 bis. — Veamos ahora, en detalle, cuáles son las instituciones y principios que suprime dentro del articulado del Código penal de 1887 y del proyecto de 1906, el proyecto de 1917, como también cuáles son los nuevos que crea en su reemplazo.

*Parte general. Supresiones en el proyecto de 1906 y en el Código de 1887, efectuadas por el proyecto de 1917:*

- a) del proyecto de 1906:
  - 1º La legislación de las faltas;
  - 2º Medidas contra los que hubieren cometido delitos en el extranjero, sin haber sido juzgados, etc.;
  - 3º El criterio de que el procesado o penado debe solicitar la aplicación de la ley que le sea más favorable;
  - 4º La reclusión celular de los condenados a prisión en las horas no destinadas al trabajo;
  - 5º La pena de muerte;
  - 6º La pena de detención;
  - 7º Los accesorios y obligaciones para la pena de deportación, llamada relegación en 1917;
  - 8º El plazo de 15 años para obtener la exoneración de esa pena;
  - 9º La presunción general de la intención criminal;



10. La aplicación a las penas de la regla del término medio entre el máximun y el mínimum;

11. La presunción de que el desistimiento es voluntario en la tentativa, lo mismo que la presunción contraria en los reincidentes.

12. El criterio de que solamente no serán considerados como cómplices las personas que intervienen en la composición y difusión de un artículo impreso, cuando el autor de la publicación fuere conocido y se encontrare en el país;

13. Los delitos militares o políticos o los amnistiados no contribuyen a convertir a una persona en reincidente;

14. La no computación para la deportación de los delitos militares o políticos;

15. El concepto especial de la tentativa de complicidad;

16. El criterio de que es necesaria la buena conducta del imputado para que exista prescripción de la acción penal;

17. El criterio de que es necesaria la buena conducta del condenado para que exista la prescripción de la pena;

18. Otros pequeños detalles.

b) del código de 1887 y de la ley 4189:

1º El concepto general de la culpa o imprudencia;

2º La relación que existe entre el instigador y el ejecutor en la forma de realizar el delito;

3º La legislación especial del complot y de la banda;

4º El concepto de la complicidad tentada;

5º La legislación del encubrimiento junto con la de la participación criminal;

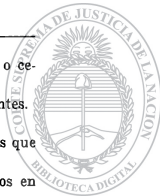
6º La reclusión solitaria del penado en los aniversarios del crimen;

7º La pena de destierro;

8º La exención absoluta de pena para el homicidio o lesiones por infranganti delito de adulterio, como también para el padre y hermano que sorprendan yaciendo con ella al violador o estuprador de su hija o hermana menor de 15 años;

9º La obligación de dar cuenta a la autoridad del hecho cometido en defensa propia;

10. La enumeración de las circunstancias atenuantes y agravantes;



11. Los elementos necesarios para que haya interrupción o cesación de la prescripción;

12. Muchas diferencias de detalle, más o menos importantes.

**30 ter.** — Conceptos nuevos o modificaciones fundamentales que introduce el proyecto de 1917:

1º El criterio de que la Nación reprime delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos;

2º El criterio de que los efectos de retroactividad de la ley más benigna se operan de pleno derecho;

3º La creación de establecimientos especiales en que cumplan su condena los menores de edad y las mujeres;

4º La privación de la patria potestad en el caso de delitos cometidos en perjuicio de los hijos del condenado;

5º El límite que fija el derecho de las provincias para imponer penas por faltas;

6º El límite mínimo de pena y las condiciones para que los establecimientos nacionales puedan recibir penados provinciales;

7º Criterio para transformar la multa en prisión y para impedir la aplicación de ésta;

8º Prohibición de vender los instrumentos decomisados en el delito;

9º La aplicación de la condenación condicional para determinados casos de concurso de delitos;

10. El límite para tener como no pronunciada la condenación condicional;

11º El concepto de la no imputabilidad;

12. La medida de seguridad para los procesados no punibles por inimputabilidad, pero peligrosos;

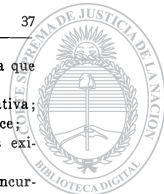
13. El criterio del exceso en la legítima defensa;

14. La legislación de los hechos delictuosos cometidos por menores de 18 años;

15. El criterio de que no hay reincidencia para los menores de 18 años;

16. Privación especial de la patria potestad;

17. La disposición de que el juez deberá tomar conocimiento directo y de *visu* del inculpado;



18. El concepto de que es necesaria la premeditación para que haya tentativa;
19. Una mayor elasticidad en la pena aplicable a la tentativa;
20. Una mayor elasticidad en la pena aplicable al cómplice;
21. El criterio sobre comunicabilidad de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes;
22. Reglas de procedimiento para casos especiales de concurso de delitos.

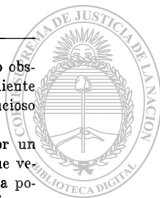
El proyecto viene acompañado de una exposición de motivos, que es fundamental para el conocimiento del mismo, por una razón evidente. Cuando la comisión especial se encontró en situación de resolver si el proyecto de 1906 era bueno o malo, se expidió por un camino intermedio, introduciendo algunas modificaciones de detalle. Debemos decir, en verdad, que no conocía todavía la técnica de los nuevos proyectos que estaban elaborándose en Europa y no tenía tampoco un conocimiento exacto de las instituciones fundamentales que hoy forman el fondo nuclear de la ciencia penal. Ignoraba, en una palabra, la ciencia y la técnica de la peligrosidad del delincuente.

No había estudios científicos en el país que sirvieran de base a la redacción de un código de nuevo tipo social; pero, en cambio, la comisión estaba compenetrada, en tesis general, de la bondad de estas modernas instituciones penales. Entonces la idea general fué incorporada a la exposición de motivos, pero el texto deficiente quedó en el cuerpo del código.

Como hemos dicho, la Cámara de Diputados sancionó a libro cerrado el proyecto de 1917. Esta sanción a libro cerrado de un código, demuestra que la Cámara tuvo confianza en la labor científica realizada por su Comisión especial de legislación penal y carcelaria. Tan es así que el proyecto fué votado inmediatamente después de presentado, a pesar de que algún diputado pidió un plazo brevísimo para poder leer siquiera el texto impreso que se acababa de repartir.

Somos de los que creen que ésto es lo mejor que puede hacer una asamblea legislativa, que es capaz de perjudicar o de echar a perder un proyecto de proyecciones tan vastas y de un conjunto tan necesariamente armónico como es todo código, pero que no está en condiciones de mejorarlo en ningún caso, sea cual fuere la prepara-



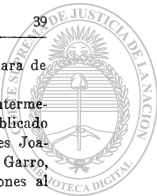


ción especial de la mayoría de sus miembros en esa materia; no obstante lo cual, opinamos que todo apresuramiento es inconveniente cuando el proyecto no ha podido ser sometido al análisis minucioso y severo de la crítica doctrinaria o profesional.

A nuestro entender, la Cámara de Diputados se guió por un error de concepto. Su comisión le presentaba un texto legal que venía acompañado de las contestaciones a una encuesta formulada pocos meses antes y la Cámara creyó, tal vez, que esas contestaciones, favorables en su mayoría al proyecto originario del doctor Moreno, se referían también al texto que le presentaba en ese momento su comisión especial. Y no era así, sin embargo. La comisión había redactado un nuevo proyecto, casi. Aceptando la arquitectura general del proyecto modificado de 1906, lo que daba a su trabajo la apariencia de ser uno con él, había retocado en tal forma sus instituciones fundamentales, que su texto resultaba, en la parte general, una verdadera innovación. Suprimía tantas cosas, modificaba tantas otras, creaba tales instituciones nuevas, que más de una de las personas que manifestaron su conformidad con el proyecto primitivo pudieran tal vez sentirse contrarias al nuevo aspecto con que aparecía ante la Cámara en el texto de 1917.

De ahí que se haya sancionado a libro cerrado un proyecto de código que nadie conocía bien, excluyendo a sus autores. Fué tal el apresuramiento de la Cámara, que no quiso escuchar una sola objeción siquiera. Nadie sabía lo que votaba, lo que no impidió el voto de nadie. Y, sin embargo, nada es tan grave para un pueblo como la sanción de un código penal que pretende abrir nuevos derroteros a la función defensiva y represiva de la sociedad. Nuestro Congreso, en esta materia, no ha conocido términos medios. Ha tolerado con una indiferencia apática, durante 30 años, el régimen de la peor de las legislaciones penales, a pesar de todas las voces que hacían llegar hasta él, día a día, la cátedra, el foro, el tribunal, la ciencia, la prensa, los congresos especiales, la opinión pública; pero después de tanto tiempo, en una sola sesión, sanciona un nuevo código sin querer escuchar un solo eco de la crítica doctrinaria o profesional que ese texto tiene necesariamente que suscitar. El sistema adoptado tiene, así, sus ventajas y sus inconvenientes.

**31. — El proyecto, con la amplia y por lo general bien fundada**



exposición de motivos que hemos mencionado, pasó a la Cámara de Senadores, donde había de permanecer cerca de cuatro años.

El Senado comenzó a llenar su función revisora, por intermedio de su Comisión de Códigos. En un grueso volumen publicado en 1919, la mencionada Comisión, formada por los senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro, presentó, junto con un informe especial, varias modificaciones al proyecto de diputados. He aquí esas modificaciones, en lo que concierne a la parte general, arts. 1 a 78:

1º Suprime en el inc. 1º del artículo 1º todo lo que sigue a la palabra "Argentina", haciendo lo mismo con los incisos 3º y 4º (reforma aprobada).

2º Agrega al final del art. 3º, las palabras: "en cuanto éstas no dispusieran lo contrario" (reforma aprobada, figura en el art. 4º actual).

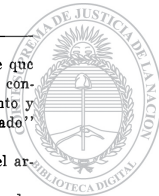
3º Agrega al final del art. 6º, las palabras: "La reclusión temporal no será inferior a un año ni superior a 25 años" (reforma rechazada).

4º Agrega al final del art. 9º las palabras: "La prisión temporal no será inferior a cuatro días ni superior a 25 años". (reforma rechazada).

5º Agrega en el art. 13 después de las palabras *los dos tercios de su condena*, las palabras "y el condenado a reclusión o prisión por menos de tres años que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión" y "previo informe de la dirección del establecimiento", después de las palabras *resolución judicial*. Agrega al final del inc. 2º, las palabras "especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas" y redacta un nuevo inciso, el 5º que dice: "someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes. Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más a contar desde el día de la libertad condicional" (reforma aceptada).

6º Agrega en el art. 16, después de *condena*, las palabras: "o el plazo de cinco años señalado en el art. 13" (reforma aceptada).

7º En el art. 21, apartado 3º, suprime la última oración que comienza con las palabras: "en todos los casos" y agrega como apartados 4º y 5º los siguientes: "Podrá autorizarse al condenado a



amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello”, “También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos según la condición económica del condenado” (reforma aceptada).

8º En el art. 28 suprime el inc. 2º y el apartado final del artículo (reforma aceptada).

9º En el art. 29 sustituye la palabra “ordenará” por “ordenar” (reforma aceptada).

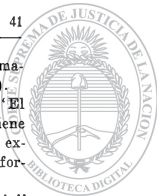
10º En el inc. 2º del art. 41, después de las palabras “determinaron a delinquir”, agrega: “especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos” (reforma aceptada). Además, redacta un nuevo apartado que dice: “Cuando el reo esté acusado de haber cometido un delito castigado con prisión o reclusión mayor de diez años, no podrá pronunciarse la condena antes de que su estado mental sea examinado por un médico especialista” (reforma aceptada en la ley 11.177, como agregado al art. 261 del Código de Procedimientos Penales).

11º Sustituye el art. 42 por el siguiente texto: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44” (reforma aceptada).

12º Agrega al art. 50, después de las palabras *sentencia firme*, las palabras: “a una pena privativa de libertad”. Redacta, además, dos nuevos apartados, que dicen: “La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición”, “A los efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistiados” (reforma aceptada).

13º Agrega al art. 51, como apartado 2º, lo siguiente: “La pena de privación de libertad que el procesado sufrió antes de haber cumplido 21 años, no podrá computársele para la agravación de la pena” (reforma aceptada).

14º Al comienzo del art. 52, sustituye las palabras *La relegación*, por las palabras. “La reclusión en un paraje de los territorios del sur” (reforma aceptada).



15° En el art. 73 suprime en el inc. 2° las palabras “difamación y ultraje”. Suprime también el inc. 4° (reforma aceptada).

16° Agrega al art. 74, dos apartados nuevos que dicen: “El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado no tiene derecho de iniciar la acción”, “La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena” (reforma aceptada).

17° En el art. 75 suprime las palabras “difamación o ultraje” (reforma aceptada).

18° En el art. 78 suprime el apartado sobre banda (reforma aceptada).

He aquí toda la obra reformadora de la Comisión del Senado. Como se ve, no son muchas en la parte general, aunque son muchos menos en la parte especial, donde sólo se ha modificado con criterio de forma los arts. 81, 86, 168, 211, 214 y 226. En cambio, dejaba pasar errores materiales como el del art. 241, que tanto en la redacción de la Cámara de Diputados como en la revisión de la Comisión del Senado cita un art. 257 que era 257 en el proyecto de 1906, pero que es 238 en el texto de 1917 (error ya salvado), y errores graves de interpretación como es el del art. 16 que declaraba extinguida la pena por la expiración del término de la condena, sin decir nada sobre la inhabilitación por mayor tiempo de la condena, establecida en el art. 12 (corrección que se hizo ulteriormente); o el del art. 25, que no decía si llegado el vencimiento de la pena, en tanto que el penado estuviese loco, se le aplicaría o no la medida de seguridad del apartado 3° del inc. 1° del art. 34 (esta corrección se introdujo también ulteriormente).

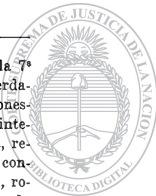
La obra reformadora de la Comisión del Senado, podemos apreciarla de la siguiente manera:

1° Modificaciones *sin importancia*, las que hemos distinguido con los números 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9, 14, 15, 17 y 18.

2° Modificaciones de *verdadera importancia*: 5, 7, 10 y 13.

3° Modificaciones de *importancia relativa*, o que sólo tratan de redactar mejor un texto: 11, 12 y 16.

No vamos a comentar las modificaciones de importancia o de importancia relativa, pues no hacemos un estudio a fondo del proyecto. Sólo manifestamos que la 5° será una útil innovación *cuando se pueda organizar (¿cuándo?) un buen sistema de patronato*, lo que



todavía es un problema en Europa y en Estados Unidos; que la 7ª es digna de toda aprobación y puede estar llamada a prestar verdaderos beneficios a muchos delincuentes ocasionales, hombres honestos y trabajadores; que la 10ª, en su primera parte, si bien es interesante, es tan vieja como institución penal, que ya la Carolina, redactada en Alemania, alrededor de 1525, por Schwartzenberg, consideraba especialmente el caso de *stehlen in rechter Hungersnot*, robar en estado de verdadera necesidad por hambre, y en la segunda parte, si bien la Comisión del Senado la ha tomado, como lo dice, del anteproyecto sueco, lo ha hecho olvidando la razón importantísima de que éste relaciona el examen del delincuente con delitos contra la vida, de naturaleza tan especial que son castigados con reclusión perpetua o con reincidencia en delitos graves, y que la Comisión, en cambio, al establecer el examen médico para todo delincuente pasible de más de 10 años de pena, extiende *inútilmente* esa previsión al duelista (art. 100, inc. 3º y 101, inc. 3º), al pirata (art. 198), al traidor a la patria (art. 214), al miembro del Congreso que concediese facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (art. 227), al falsificador de moneda (art. 282), etc., que son delincuentes en los que nada o poco tendrá que hacer ese examen determinante de responsabilidad; que la 13ª está verdaderamente ajustada a los principios científicos que hoy informan el derecho penal en materia de menores; que la 11ª es una redacción que, sin ser perfecta, es mejor que la de la tentativa que da el proyecto de 1917; que la 12ª está bien fundada, y que la 16ª es una buena precaución legislativa.

Sin embargo, a pesar de estas modificaciones, la Comisión del Senado no realizó la obra completa de revisión que estaba obligada a hacer, pues olvidó muchos defectos del proyecto de 1917. Seguramente por falta de verdadera información científica, su tarea se ha limitado a corregir sólo lo que más saltaba a la vista. Esta falta de información es evidente, siendo sabido además, que no es fácil improvisar en materia penal, con sólo el auxilio de unos cuantos autores que exponen ideas general o relativamente especiales. La Comisión, en cambio, no conocía dos obras que ningún legislador puede dejar hoy de lado y que son: a) *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*. (Exposición comparada del derecho penal alemán y extranjero), obra monumental, la mayor y



más completa del mundo, que se publicó en 16 grandes tomos con motivo de los proyectos penales alemanes; y b) *Procès-verbal de la deuxième commission d'experts*, 9 tomos, impresos en Zürich de 1912 a 1917 y que son la única fuente auténtica de interpretación del proyecto suizo de 1916, porque reproducen toda la discusión jurídica y doctrinaria que ha inspirado su texto y sin la cual no es posible darse cuenta de sus ventajas científicas innegables y de los compromisos forzosos que ha aceptado entre las viejas y las nuevas doctrinas penales.

Posteriormente, en 1921, un grupo de alumnos de esta Facultad hizo que el Senado, a su vez, introdujera nuevas modificaciones en el proyecto, a raíz de la publicación del trabajo de seminario hecho bajo nuestra dirección con el título de *Concordancias del proyecto de código penal argentino de 1917*.

El Senado, en presencia de una obra que le suministraba los elementos de una nueva legislación y le señalaba los defectos que tenía el texto que estaba por sancionar, tuvo el buen juicio de llamar, por intermedio del doctor Joaquín V. González, a una nueva reunión de personas para considerar en parte estas modificaciones que se le sugerían. Y se introdujeron nuevas reformas en el proyecto originario, por desgracia con cierto apresuramiento, sin haberlas sometido al control de una discusión depuradora.

**31 bis.** — En definitiva, en el año 1921, el Congreso argentino sancionó el Código Penal que hoy tenemos en vigencia.

El doctor Peco, profesor de esta casa, escribió como tesis en el año 1920 uno de los trabajos más completos, tal vez, que haya en el país sobre ciencia penal, titulado *La reforma penal argentina*, donde dice terminantemente, con la autoridad que le da un libro macizo, bien fundado: el proyecto de 1917 no debe ser sancionado.

Sin embargo, el Congreso sancionó el proyecto de 1917. Y la exposición de motivos del Senado, ampulosa, llena de frases, pero de poco concepto, ni siquiera cita el libro de un hombre que estudiaba y concordaba minuciosamente, palabra por palabra, diríamos, el proyecto de 1917, dándole bases para una nueva redacción.



#### IV. — Principios doctrinarios y técnica del Código

##### GENERALIDADES

**Sumario:** 32. Bases de un código. — 33. Principios esenciales. — 34. Significación.  
— 35. Principio que acepta nuestra Código.

**32.** — La construcción jurídica de un código se asienta sobre dos grandes bases:

a) los principios científicos, que forman su orientación general;

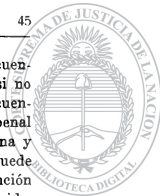
b) la técnica, que es la aplicación de esos principios a la realidad.

Suelen confundirse estos dos puntos de vista cuando se hace la crítica de un cuerpo legal. Sin embargo, un código puede ser muy malo por los principios científicos que sustenta, y puede ser muy bueno por su técnica jurídica; y a la inversa, un código puede ser muy bueno por sus principios científicos y muy deficiente por su técnica.

En nuestra opinión, el Código Penal argentino se acerca más a esta segunda hipótesis, como trataremos de demostrarlo.

**33.** — En términos generales, un Código penal puede basarse en dos principios. Uno individual: la sociedad se defiende contra un individuo determinado que ha causado un mal determinado a otra persona. Otro social: la sociedad reacciona contra el individuo, no porque haya herido un interés privado, sino por haber lesionado el interés social, y en consecuencia, la represión del hecho debe tener carácter eminentemente social.

**34.** — La significación de ambos principios es de importancia indiscutible. Veamos. En el derecho penal vigente en casi todos los pueblos del mundo y entre nosotros antes de la sanción del Código actual, a la persona que cometía un delito se le aplicaba una pena que estaba en relación con la importancia del mal causado. Además, la sociedad tenía organizado un sistema de evaluación de los delitos, según que ellos fueran más o menos graves.



El principio social dice lo contrario. No hay que tener en cuenta la importancia del mal causado ni la gravedad del delito, si no otra cosa más fundamental: la relación de peligro en que se encuentra el delincuente frente a la sociedad. Dentro del sistema penal moderno, que ya ha dejado de ser una aspiración de la doctrina y se está convirtiendo en una realidad legislativa, un hombre puede cometer un delito de mínima importancia y merecer una sanción gravísima. Más todavía: aunque ese hombre no hubiera delinquido, podría ser susceptible de una sanción si estuviera positivamente, para un criterio científico, en estado peligroso <sup>(10)</sup>.

La cuestión es ardua y compleja. Es tan importante el sistema a adoptar en materia de códigos penales, que él es todo en un código. No es posible, en nuestro entender, concebir la existencia de un buen código, basado en un mal sistema. Su articulado puede ser perfecto, perfecta la regulación de las proporciones de pena, etc., pero, si él no responde a la exigencia fundamental de su existencia, el combate contra el crimen, esas perfecciones de técnica legislativa resultan inútiles. Ordenar de una manera admirable cada uno de los delitos que una sociedad necesita reprimir; adaptar exactamente y sin incongruencias de detalles la proporcionalidad legal, es hacer una obra eficaz, pero, tan sólo en tanto en cuanto ella responde a un sistema científico de lucha contra el crimen. Y el crimen no se combate con la pena sola, aplicada dentro de los límites de duración que asigna para cada delito la parte especial de un código. La fuente del crimen, además de las causas de orden físico y social que intervienen en su producción, está en la naturaleza biopsicológica del delincuente. Esta es, pues, la que debe inspirar todo sistema penal. Cegar la fuente es imposible, pues está de por medio un mundo de factores extraños por completo a toda acción de la ley. Sólo es dado, entonces, encauzarla por nuevas vías, persiguiendo un fin de adaptación individual. Corregir, curar o simplemente desviar, debe ser la finalidad concreta de un sistema penal.

¿Cómo? He aquí el problema fundamental de nuestros tiempos. Todas las escuelas buscan su solución en forma aparentemente muy diversa entre sí, pero que responden siempre a los grandes criterios de la prevención general y especial. El primero excluye al segundo,

---

<sup>(10)</sup> Tomo II, N° 595 y sgts.

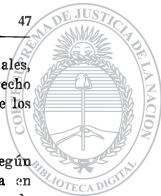




no obstante lo cual el segundo no excluye al primero. La prevención general ha fracasado como sistema, después de haber inspirado a la inmensa mayoría, de los códigos sancionados. Los adelantos de la ciencia, sin embargo, la han hecho ceder poco a poco de su espíritu de exclusividad, manifestado en los dos grandes modelos iniciales, el código francés de 1810 y el código de Baviera de 1812. Instituciones nuevas que iban apareciendo a medida que la ciencia y la observación realizaban sus conquistas, introdujeron sangre joven en el cuerpo viejo. ¿Se llegaba así a la solución? No; la solución no consistía en partir del principio de la retribución o de la intimidación, para llegar a la prevención especial por medio de algunas instituciones aisladas, sino por el contrario, apoyarse en la segunda, que lleva en sí, como inherente, la idea de la prevención general. No es una simple cuestión de palabras, sino una oposición formal entre principios netamente diferenciados en cuanto a su origen y en cuanto a su finalidad.

Siendo esto así, como lo es, resulta evidente que dos códigos penales se diferencian entre sí por algo más que por la perfección literaria y lógica de sus disposiciones y de su articulado. Esto último es secundario, cuestión de simple técnica y de ajustada corrección de texto. Puede existir un código intachable en lo que concierne a deficiencias e incongruencias, sin que por esto resulte eficaz en la lucha constante de la sociedad contra el crimen.

¿Por qué? Porque puede faltarle adaptación a las necesidades reales de la vida. La comprobación la tenemos en la historia del derecho penal posterior a 1810. Todas las sociedades políticas europeas y americanas han partido del principio de la retribución, de la intimidación. Su resultado es que todos los tratadistas proclaman hoy, en forma más o menos amplia, la crisis de la represión, esto es, el aumento de la delincuencia, especialmente en los menores, y el profesionalismo del delito. Es que el principio era falso. Menester era, entonces, sustituirlo. Fué lo que tentó hacer la escuela que se llamó a sí misma, impropriamente, positiva. Su lucha, sin embargo, fué fecunda. De ella nacieron nuevos conceptos. Los recogió una vasta sociedad de hombres, diseminados por toda Europa, cuyas tendencias, por ser diversas, no cabían dentro de los límites de una escuela. Eran simples fuerzas, mentalidades orientadas en un trabajo común: formar la ciencia criminal. De tanto esfuerzo manifestado en



libros, artículos de revistas, congresos internacionales y nacionales, tenía necesariamente que nacer una nueva orientación del derecho penal. Esta se concreta en la luminosa obra de Karl Stooss y de los autores alemanes y austriacos de los proyectos de 1909.

**35.** — Nuestro Código Penal acepta el segundo principio, según lo dice terminantemente la exposición de motivos: “Se tenía en cuenta un punto de vista individual relacionado con la persona de la víctima y con la persona del autor. Pero ese criterio individual no tendía a la aplicación de la pena adecuada, a la necesidad o a la conveniencia social, sino al propósito de infligir al delincuente un sufrimiento, repitiéndose en definitiva y en el fondo, la venganza tradicional.

“La ciencia ha cambiado esos principios y, considerando que el delito es un fenómeno social, ha tomado para las represiones un punto de vista también social. ¿Qué es lo que conviene a la sociedad? ¿Cuáles son sus deberes frente al hecho del crimen? Eso es lo que debe consultarse principalmente, porque, desde el momento que el fenómeno es social, y que se relaciona con causas sociales, el criterio para afrontar las soluciones debe ser también social” <sup>(11)</sup>.

#### EXPOSICION Y CRITICA

Sumario: 36. Número de penas. — 37. Individualización de la pena. — 38. Responsabilidad. — 39. Medida de seguridad. — 40. Imputabilidad de los menores. — 41. Reincidencia. — 42. Libertad condicional. — 43. Condena condicional. — 44. Tentativa y participación criminal. — 45. Apreciación general.

**36.** — Establecido el criterio social que adopta nuestro Código, analicemos los principios científicos en que se inspira.

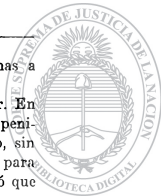
“Sin plantear, por lo tanto, cuestiones relacionadas con escuelas, la Comisión, de acuerdo con los principios más adelantados en materia penal, entiende:

“1º Que el número de penas debe reducirse, porque es innecesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos” <sup>(12)</sup>.

Este primer principio fué aceptado entre nosotros como un ver-

<sup>(11)</sup> Página 104 de la edición oficial.

<sup>(12)</sup> Página 105 de la edición oficial, exposición de motivos.



dadero progreso. El Código Penal argentino redujo sus penas a dos, reclusión y prisión; y todo el mundo quedó satisfecho.

Se trataba, sencillamente, de una reforma carente de valor. En el Código Penal anterior había las penas de muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto y varias otras accesorias. Es sabido, sin embargo, que en el país no había establecimientos suficientes para que ese régimen de penas pudiera funcionar. Entonces se pensó que era más científico salir de esta especie de farsa legal e ir a la realidad, estableciendo sólo dos penas de caracteres perfectamente definidos.

Repetimos que esta reforma fué aceptada como un verdadero progreso, y no lo es. Oportunamente veremos que coinciden casi en absoluto ambas penas de prisión y reclusión <sup>(13)</sup>.

Por otra parte, el Código no ha establecido ese régimen de penas con un criterio de distribución científica uniforme. Así, por ejemplo, en el homicidio puede aplicarse prisión o reclusión, y en la estafa solamente prisión.

La única vez que el Código aplica las dos penas con un carácter verdaderamente diferencial cuya elección está librada a la elección del juez, es en el caso del homicidio por emoción violenta.

37. — “2º Que debe tenderse a la individualización de la pena, en vista de que cada caso es diferente, debiendo estudiarse el hecho, sus circunstancias y el sujeto, para apreciar el peligro social que representa el delincuente”.

“3º Que conviene a esos efectos, consignar penas elásticas y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicarlas dentro de términos bien amplios”.

La realidad del Código es distinta. A pesar de que el art. 41 dice que se tendrán en cuenta las circunstancias que revelen la mayor o menor peligrosidad del procesado, se puede afirmar que nuestro Código no le da al juez esas amplias facultades a que alude la exposición de motivos. En efecto; una persona puede cometer, por ejemplo, cuatro delitos de hurto, y en ningún caso el juez puede llevar la sanción correspondiente a más de los dos años de prisión

(13) La única diferencia real existente entre ambas penas, su cumplimiento en establecimientos diferentes, ha sido borrada por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional; que en su oportunidad analizaremos.



que señala el art. 162. Quiere decir que ahí está restringida la esfera de acción del juez; se encuentra en presencia de un sujeto típicamente peligroso y sin embargo carece de medios para aplicar un criterio verdaderamente defensivo de la sociedad. Y lo mismo sucede en la mayor parte de los delitos. En cambio, en presencia de un delito de homicidio el juez está obligado a aplicar un *mínimum* infranqueable de ocho años de prisión o reclusión (art. 79). Más todavía, al establecer la pena para el homicidio mediando ciertas circunstancias calificativas, el Código lo hace de una manera precisa, absoluta, fatal: se aplicará reclusión perpetua al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son (art. 80, inc. 1º). Ese es el criterio de individualización de la pena a que alude la exposición de motivos.

38. — “4º Que debe variarse el criterio legal de la responsabilidad, sin engolfarse en los tradicionales problemas del libre albedrío que complican una ley sin necesidad”.

Cualquiera tendría el derecho de suponer que el criterio legal de la responsabilidad se encuentra redactado en forma que evita engolfarse en esos tradicionales problemas. No es así, sin embargo, Precisamente la que ha suscitado más graves críticas es la redacción del texto del art. 34, inc. 1º del Código Penal.

Hoy día, existe una prueba irrefutable de que ello es exacto. Una vez, alguien en nuestro país sostuvo que ese texto era de todo punto deficiente y no servía para asentar sobre él un criterio verdadero de la peligrosidad. El doctor Rodolfo Moreno, que había suscripto ese texto al presentar su proyecto de 1917, protestó contra aquella afirmación. Posteriormente, sin embargo, esas dos mismas personas que habían tenido esa especie de controversia, redactaron un proyecto de ley sobre estado peligroso de los delinquentes que modificaba sustancialmente la redacción del art. 34, inc. 1º del Código Penal (14).

Quiere decir que la mayor autoridad que pudiéramos tener para interpretar el alcance de un artículo del Código, ha encontrado que se hacía necesario modificarlo, y modificarlo precisamente en punto referente a la responsabilidad, eje central sobre el cual

---

(14) Tomo II, Nº 645 y sigts.

puede girar toda la teoría individualista o defensorista de un código penal.

39. — “5º Que debe autorizarse la reclusión de los individuos absueltos por razones personales cuando sean peligrosos y hasta que cese la situación de peligro”.

Esto tendía a reformar una vieja institución argentina, que ha producido muchos males al país: el sobreseimiento absoluto de un delincuente, sin mayores consecuencias en cuanto a sus relaciones futuras con la sociedad.

Hoy el Código la ha remediado. Cuando se absuelve a un delincuente que por el estado de sus facultades mentales no podía tener conciencia de su acto ni comprender su criminalidad, se lo somete a un régimen especial, aplicándosele una medida de seguridad (art. 34, inc. 1º).

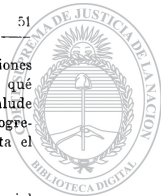
Sin embargo, el Código se ha olvidado de reglamentar la forma en que debe aplicarse la enorme atribución que confiere el art. 34, al disponer la reclusión del procesado absuelto en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso.

Sucede hoy día en la práctica del tribunal, en materia de delitos de sangre, que la defensa del inculcado sistemáticamente se orienta en el sentido de demostrar que el autor del delito se hallaba en las condiciones del art. 34, inc. 1º del Código Penal. Sabe que, de prosperar esa defensa, ese inculcado será sometido a la medida de seguridad de que habla el mismo art. 34, de la que podrá librarlo, en tiempo más o menos breve, el dictamen favorable de un médico, que puede equivocarse de buena o de mala fe. Y si se ha tratado de una simulación de locura, por ejemplo, el individuo no necesita seguir simulando después de la sentencia absolutoria: ésta tiene autoridad de cosa juzgada y no se puede volver sobre ella, aunque al día siguiente de dictada el individuo enviase una carta a los jueces que lo absolvieron poniéndolos en antecedentes de la simulación de locura que puso en práctica.

40. — “6º Que la imputabilidad de los menores debe sujetarse a reglas especiales, teniendo en cuenta el porvenir de los mismos”.

Tendremos ocasión de examinar en el capítulo XIII lo refe-





rente al derecho penal de los menores, y en el XIV, las cuestiones sociales, penales, civiles, etc., que él suscita. Veremos entonces qué deficientes son en nuestro Código esas reglas especiales a que alude la exposición de motivos, por más que entrañen un relativo progreso sobre el Código anterior, y en qué forma tienen en cuenta el porvenir de los menores.

41. — “7º Que la reincidencia debe ser motivo de especial preocupación a fin de impedir en cuanto sea posible, la repetición de delito por el mismo sujeto”.

La reincidencia es un problema fundamental en materia de represión de la delincuencia. Nuestro Código es categórico al respecto: se debe impedir, en cuanto sea posible, la repetición de delito por el mismo sujeto.

Sin embargo, uno de los defectos del Código ha consistido en legislar la prescripción de la reincidencia de una manera que, particularmente en su sanción primitiva anterior a la ley Fe de erratas, echaba por tierra la medida de seguridad del art. 52.

Veamos, someramente, la técnica de la reincidencia en nuestro Código Penal. El caso más sencillo es el del delincuente que comete su segundo delito: el juez va a tener en cuenta, para aplicar la pena, los elementos de juicio que señala el art. 41, pero dentro de los límites infranqueables que el Código tiene para cada delito. ¿Es ese un criterio científico para “impedir, en cuanto sea posible, la repetición de delito por el mismo sujeto”?

La prescripción de la reincidencia, de acuerdo con el agregado introducido al art. 53 por la ley Fe de Erratas, se opera en el tiempo de la pena y otro tanto más. Al disponerlo así, el legislador solamente pensó en el caso normal de prescripción de las penas, en el caso del hombre que condenado a cumplir una pena, no la cumple por fuga o cualquier otra causa, transcurriendo el término de la condena. Al extender esa disposición al caso de la prescripción de la reincidencia, al no fijarse en la institución especial para la que legislaba, al no basar las disposiciones fundamentales que a ésta concernían en una lógica constructiva uniforme, ha incurrido en un grave error de técnica y ha creado un régimen que, socialmente, podría calificarse de monstruoso.

Está bien que la pena se prescriba por el transcurso del tiem-



po que señala una sentencia que no pudo cumplirse. Si el condenado ha vivido durante ese tiempo sin cometer nuevos delitos, existe la presunción de que se ha corregido. Pero la reincidencia, que revela una determinada orientación hacia el delito, ¿cómo puede prescribirse en tiempos tan cortos, cuando se acusa con caracteres evidentes el índice de peligrosidad del sujeto que delinque?

42. — “8º Que la gracia otorgada a los penados irrevocablemente, después que cumplieron con buena conducta una parte de la pena, es más conveniente reemplazarla con la libertad condicional revocable”.

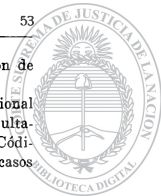
El Código antiguo tenía la institución de la gracia: el delincuente que había cumplido las dos terceras partes de su condena, que había observado buena conducta, etc., tenía el derecho de pedir que se le pusiera en libertad, perdonándosele el resto del cumplimiento de la pena. De manera que si la dirección del penal se equivocaba en el informe y al día siguiente de salir ese penado en libertad se dedicaba a la mala vida o cometía un nuevo delito, no podía obligársele al cumplimiento total de la pena anterior, porque ya la había purgado por completo con la gracia que se le había concedido.

El Código actual modifica ese estado de cosas, mediante la institución de la libertad condicional. Si el penado no cumple las condiciones bajo las cuales se le otorga su libertad condicional, vuelve a la prisión.

Sin embargo, el art. 13 dispone que el condenado a reclusión o prisión por tres años o menos, podrá obtener la libertad cuando hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión. ¿Esto puede llamarse defensa de la sociedad? ¿Es ésto organizar en debidas condiciones una institución de una importancia tan grande como la libertad condicional?

¿A qué condiciones está subordinada esa libertad? Al cumplimiento regular de los reglamentos carcelarios. Nada más.

He ahí, pues, un principio científico, el de la libertad condicional, al que la técnica del Código ha herido en uno de sus puntos más sensibles: en su eficacia.



43. — “9º Que la condena condicional, o sea la suspensión de la pena para delitos leves, es de todo punto necesaria”.

De las instituciones del Código, ésta de la condena condicional es una de las menos mal legisladas. A juicio nuestro, las dificultades que su aplicación ha producido en el país, no derivan del Código sino de los jueces, que no siempre la han decretado en los casos que realmente correspondía.

44. — “10. Que la tentativa y la participación criminal deben legislarse con espíritu moderno, abandonando definiciones vetustas que dificultan la aplicación de la ley a los casos que se presentan”.

Aquí hay más literatura que realidad. No es cierto que el Código haya abandonado definiciones vetustas, porque estamos siempre dentro de ellas para medir la tentativa y para apreciar la complicidad en sus dos formas de cómplice y autor principal.

El proyecto de 1917 quiso embarcarse en una teoría de la tentativa que fracasó lamentablemente en el Senado, que por suerte restituyó las cosas a su antigua situación. No ha habido variación, pues, ni aplicación de ningún principio científico nuevo en esta materia.

45. — Tal es el contenido de los principios científicos expuestos por la comisión redactora del proyecto de 1917, hoy, con muy pocas modificaciones, el Código vigente.

La comisión no ha estado acertada. Hay más innovaciones en el Código que las que ella señala, y muchas de las que ella señala no son verdaderas innovaciones.

El Código vigente ha simplificado la mayor parte de las complicadas instituciones que existían en el Código anterior; ha hecho también un meritorio trabajo de redacción, — que no es propiamente del legislador de 1917, sino de los redactores de los proyectos de 1891 y 1906, — al ajustarla en general a un criterio científico de precisión; y ha hecho una verdadera reforma hasta en la terminología del Código anterior.

La preocupación del legislador ha ido, más que a otra cosa, a la técnica de los delitos especiales. Todo aquello que la jurisprudencia o la crítica de los tratadistas señaló como deficiente en el





Código antiguo, fué corregido con un buen criterio medio por la comisión redactora del proyecto de 1917. Tal acontee con lo relativo a hurto con abuso de confianza, límite de inimputabilidad de los menores, defraudación, ciertas formas de robo, etc. Por eso, en general, podemos decir que la técnica del Código, en lo que se refiere al régimen de los delitos, es buena.

En lo que respecta a la parte general, la técnica es mala; a nuestro juicio, fundamentalmente mala. Y ello por razones de fondo y de forma. Las primeras las hemos enumerado al pasar. Las segundas, son también fundamentales, pero no surgen del Código mismo, sino de su relación con otras leyes, como las procesales, por ejemplo.

Es inconcebible que un país sancione un Código Penal que se dice moderno, avanzado y en consonancia con las mejores tendencias del momento, y mantenga en vigencia un vetusto y deficiente Código de Procedimientos, que no ha podido prever en absoluto el régimen actual.

Por eso podemos afirmar de una manera categórica que nuestro Código Penal es doctrinariamente bueno, de acuerdo con la teoría político-criminalista que lo ha inspirado. No será el tipo de código del porvenir, pero como orientación general, respondió al tipo de código que suponía el momento en que se dictó. Sus graves errores son más de técnica, casi exclusivamente de técnica, que de doctrina. Sus principios científicos inspiradores son casi siempre aceptables desde un punto de vista teórico. No sucede lo mismo con la construcción jurídica de su articulado. Por no haber sido redactado por un solo autor, por haber sufrido modificaciones de detalle, en el curso de una larga elaboración, ha resultado técnicamente malo, que es lo peor que puede sucederle a un código. A cada momento una disposición contradice o destruye una institución fundamental.



## V. — Disposiciones penales contenidas en otras leyes

### ENUMERACION GENERAL

Sumario: 46. Faltas. — 47. Ley número 4097. — 48. Id. número 4144. — 49. — Id. número 4661. — 50. Id. número 8871. — 51. Id. número 11.221 (Fe de erratas). — 52. Id. número 11.309. — 53. Id. número 11.317.

46. — No es solamente el Código Penal lo que actualmente rige en la República Argentina en materia de penas.

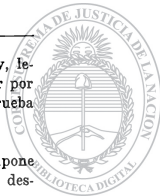
El Código no legisla sobre faltas. De modo que éstas quedan libradas a las respectivas legislaciones provinciales, municipales, de territorios o del Congreso Nacional cuando actúa en su carácter de legislatura local.

47. — Muchas leyes, cuya enumeración sería muy extensa y carecería de utilidad, tratan materias penales. A su respecto dispone el art. 4º del Código: “Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”, Veamos las principales:

*Ley número 4097.* Es la llamada *ley de juegos de azar*; dictada en Buenos Aires para combatir algunos juegos de azar. Impone penas de multa, según los casos, de mil pesos o en su defecto arresto de seis meses, y de dos mil pesos o arresto por un año.

48. — *Ley número 4144.* Es la llamada *ley de residencia*, que se cree por muchos que está derogada por el nuevo Código Penal, pero esa creencia es errónea porque la ley se encuentra en perfecta vigencia. Esta ley se aplica a los extranjeros peligrosos para la tranquilidad pública, los cuales pueden ser deportados por orden del Poder Ejecutivo, sin ninguna intervención de la justicia.

49. — *Ley número 4661.* Sobre descanso dominical; impone pena de multa; y subsidiariamente, de arresto, para el caso de incumplimiento de aquélla. Tiene disposiciones curiosas; por ejemplo: el empleado del Departamento Nacional del Trabajo que va a un al-



macén o a una confitería y comprueba una violación a la ley, levanta un acta, con su sola firma a veces, haciéndose acompañar por un vigilante que firma también, y esa acta tiene valor de prueba formal para los tribunales.

**50. — Ley número 8871.** De elecciones nacionales, que impone penas a las personas que no voten y a las que no concurren a desempeñar sus funciones de autoridades de comicio.

**51. — Ley número 11221.** Es la llamada *Ley Fe de Erratas del Código Penal*, porque efectivamente lo es, pues ha corregido errores que se habían escapado en la sanción de 1921. Pero ha modificado esencialmente al Código en otras cosas. Así, por ejemplo, ha establecido que la prescripción de las acciones penales se interrumpe únicamente por la comisión de un nuevo delito, principio de fondo cuya importancia es fundamental. También ha agregado en el art. 53 una disposición que dobla el tiempo necesario para la prescripción de la reincidencia, debido a que el Congreso comprobó que por el Código de 1921 no había reincidentes, porque cuando el reincidente terminaba su pena había prescripto su reincidencia.

**52. — Ley número 11309.** Posterior al Código, llamada *ley contra los estupefacientes*, que reprime con penas severas a las personas que expendan estupefacientes. Ha sufrido ya dos modificaciones, y en la última redacción se reprime a las personas que tengan en su poder estupefacientes.

**53. — Ley número 11317.** De trabajo de mujeres y de niños, que impone penalidades de multa o de arresto subsidiario, que en algunos casos pueden ser importantes.

---



## CAPITULO II

### APLICACION DE LA LEY PENAL

#### SUMARIO:

- I. En relación con el espacio. Generalidades.
- II. Conflictos de legislación. Exposición. Sistemas.
- III. Aplicación del Código. Sistemas.
- IV. Territorio. Concepto. Mar. Naves. Ríos. Espacio aéreo.
- V. Extradición. Principios generales.
- VI. Asistencia jurídica internacional. Concepto.

#### I. — En relación con el espacio

##### GENERALIDADES

Sumario: 54. Planteamiento.

54. — Si en el mundo existiera una sola ley penal, es indudable que no habría conflictos de ninguna clase. El acto cometido en un país que debiere tener efectos en otro y cuyo delincuente hubiera sido aprehendido en un tercer Estado, no daría lugar a ningún conflicto de aplicación de leyes.

Como eso no sucede, como hay en el mundo tantas legislaciones como Estados, como pueden producirse en determinados casos conflictos entre bienes, personas, jurisdicciones, leyes a aplicar, etc,

ha surgido lo que se llama la aplicación de la ley penal en relación con el espacio, o derecho penal internacional.

Esa posibilidad de conflictos surgirá de los casos que vamos a enumerar por vía de hipótesis.



## II. — Conflictos de legislación

### EXPOSICION

**Sumario:** 55. Hipótesis. — 56. Situación del Estado con relación a la ley penal. — 57. Concepto del derecho penal internacional.

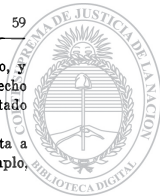
**55.** — Un delito puede afectar de alguna u otra manera:

- a) al sistema jurídico dominante en la legislación interna del país;
- b) al sistema jurídico adoptado en tratados internacionales entre dos o más países;
- c) al concepto nacional del territorio, que puede ser distinto al que sustente el vecino;
- d) al concepto internacional del territorio, distinto del nacional;
- e) a la nacionalidad del autor y de los partícipes;
- f) al lugar donde el hecho se concibe, se prepara, se ejecuta o tiene su finalidad, buscada u ocasional;
- g) a las consecuencias jurídicas del acto;
- h) a los bienes jurídicos que ha lesionado o amenazado;
- i) a cualquiera otra cuestión, concurrente o conexa, derivada de estos puntos de vista.

**56.** — El Estado, en relación con la ley penal, puede encontrarse en diversas situaciones.

a) Aplica su ley penal exclusivamente a un acto cometido en su territorio y cuyos efectos quedan en su territorio. Ahí no hay cuestión ni posibilidad de conflicto.

b) Una segunda situación es la que podríamos llamar forma supletoria de la asistencia social. Un Estado recibe en su seno a



una persona que fuga de un país donde ha cometido un delito, y puede juzgarlo por razones diversas: v. gr., porque no lo ha hecho el Estado de donde provenía. En tal caso, la función del Estado es supletoria de la del Estado en que se cometió el delito.

c) La tercera forma es la asistencia que un Estado presta a otro Estado donde se cometió el delito, entregándole, por ejemplo, el delincuente.

Los conflictos pueden surgir únicamente en el segundo aspecto de la cuestión: cuando el Estado ejerce una función supletoria; también pueden surgir, pero ya solamente como interpretación de textos, cuando ejerce una función cooperadora.

**57.** — El derecho penal internacional, que nace de esta serie de conflictos, tiene diversos aspectos. Un autor argentino, profesor de esta casa, el doctor Carlos Alberto Alcorta, nos ha dado a su respecto una definición excelente. Dice que el derecho penal internacional tiene por objeto determinar la norma aplicable a la acción delictuosa de un sujeto, cuando ella afecta o lesiona el orden jurídico de dos o más Estados.

Es natural que para resolver estos conflictos se han ideado diversas doctrinas, que pueden agruparse en sistemas. Los enumeraremos someramente, porque su estudio intensivo corresponde al curso de derecho internacional privado.

## SISTEMAS

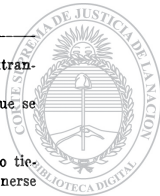
### Territorialidad

Sumario: 58. Concepto. — 59. Bases. — 60. Crítica.

**58.** — El primer principio que aparece es el de la *territorialidad*. Su origen es romano. Significa que dentro del territorio el Estado es absoluto en la ley penal; no hay más que una ley penal aplicable: la del lugar en que se cometió el delito.

**59.** — Las bases esenciales de este sistema de la territorialidad son claras:

1º La ley carece de eficacia fuera del territorio del Estado.



2º La ley penal recae sobre todos, sean nacionales o extranjeros.

3º La incriminación del delito corresponde al país en que se ha cometido.

60. — Aparentemente esta teoría es la más razonable. Pero tiene inconvenientes jurídicos que hacen que no pueda mantenerse íntegramente.

a) Si únicamente debe primar la ley del lugar donde el delito se cometió, ¿cómo se hace en aquellos casos en que un delito ideado en Francia, por ejemplo, debe tener sus efectos en la República Argentina, sobre personas o bienes argentinos? El principio de la territorialidad haría que el Estado se cruzara de brazos.

b) El Estado tampoco reprimiría a su nacional que hubiera cometido delitos en otro Estado y se hubiera refugiado en el suyo propio.

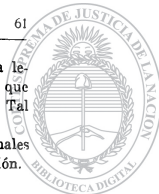
c) No impediría la aplicación del viejo aforismo penal *non bis in idem*. Si una persona cometiera un delito en la República Argentina, y fuera juzgada por ese delito en el extranjero sufriendo la aplicación de una pena, cuando se encontrase en poder del Estado argentino éste le aplicaría su ley penal, con prescindencia de lo que ha podido pasar en el extranjero.

#### Personalidad

Sumario: 61. Concepto. — 62. Eficacia. — 63. Aspectos.

61. — El segundo principio es el de la *personalidad*. Nació después del derrumbe del imperio romano. Lo trajo el individualismo de los países germánicos. En la Edad Media la ley aplicable al hombre era la del Estado bajo cuya soberanía estaba, que lo seguía a todas partes. Así como la patria ampara a sus ciudadanos en cualquier lugar del mundo en que estén, igualmente la patria reprime sus hechos delictuosos, en cualquier lugar del mundo en que estén.

62. — Durante la Edad Media tuvo gran valor este principio de la personalidad. El fué efficacísimo, ya que en esa época el fraccionamiento legislativo hacía que un hombre, en un sólo día de



camino, pasara por una serie de Estados, viéndose sometido a leyes totalmente diversas. En consecuencia, lo más lógico era que hubiera una sola ley en esos casos: la ley nacional del sujeto. Tal es el principio de la personalidad.

Hoy día no tiene el mismo alcance, porque las leyes penales más uniformes de los Estados han llevado a una nueva solución.

**63.**— El principio de la personalidad tiene dos aspectos. El uno se llama principio de la *personalidad activa*. Es amplísimo: el Estado reprime a sus nacionales por los delitos que cometieren en su territorio o en cualquier parte del mundo. El otro es el llamado principio de la *personalidad pasiva*: la ley nacional se aplica al nacional solamente cuando ha cometido un delito en el extranjero que lesiona un bien jurídico nacional existente en el propio país o en el extranjero.

Este principio tampoco puede ser mantenido en su integridad absoluta. Hoy día solamente rige en casos especiales de extradición, en aquellas legislaciones, como la nuestra, que se niegan a entregar al nacional cuando se ha refugiado en su territorio.

#### Cosmopolitismo

Sumario: 64. Concepto. — 65. Aplicación.

**64.**— El tercer principio es el *cosmopolitismo*. Se basa en la solidaridad de los Estados en presencia del delito.

Su enunciación es fácil. Todo Estado en el mundo tiene el deber de reprimir los delitos en cualquier parte en que se hayan cometido. El hombre es uno; la sociedad humana es una. El delito ha herido a la sociedad en la persona de un bien jurídico individual; en consecuencia la ley penal se aplica, sea que el delito se cometa dentro o fuera del territorio de la nación en que se halla el delincuente, sea que el delincuente pertenezca a la nacionalidad del Estado que lo juzga o a un Estado extranjero, sea que el bien jurídico lesionado resulte ser nacional o extranjero.

**65.**— Es el principio de una humanidad inmensamente supe-





rior a la humanidad de nuestros días. Exige un concepto de civilización y de altruismo que todavía está bastante lejos de nosotros.

Hay comienzos de ejecución de este principio en algunas naciones del mundo tratándose de los llamados delitos internacionales, que afectan a varios países, la trata de blancas, por ejemplo. Los proyectos suizos confieren atribuciones a los tribunales de su país para reprimir la trata de blancas en general, con prescindencia de si el delito se ha cometido o no en territorio suizo, por encontrar que es un delito que afecta a la humanidad entera.

Lo mismo sucede con la falsificación de moneda. Muchos países, incluso el nuestro, reprimen hasta la falsificación de moneda de un país extranjero.

Lo mismo sucede con la piratería, que es el delito internacional típico. El pirata no tiene patria ni tiene ley. Cualquier nación del mundo que se apodere de un pirata puede ejecutarle de acuerdo con sus leyes, sin que proceda el reclamo de la nación a la cual pertenece el pirata.

#### Justicia o necesidad social

Sumario: 66. Concepto.

66. — El cuarto principio o sistema es el de la *justicia* o de la *necesidad social*. Todo Estado tiene el derecho de reprimir un delito cometido en el extranjero cuando el delito sea propiamente injusto y obligue a aplicar una sanción la necesidad social.

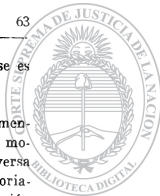
Un extranjero comete un delito en una nación y se asila en otra: ésta lo juzga y lo pena de acuerdo con sus leyes.

#### Real o defensa

Sumario: 67. Concepto. — 68. Apreciación general.

67. — Hay otros principios intermedios. El más típico de todos ellos es el que se llama en derecho penal internacional, el principio *real* o de la *defensa*. Tiene su exponente más alto en Binding.

El Estado tiene el derecho de defender sus bienes jurídicos,



pues estos bienes están bajo el amparo de su soberanía. La base es la nacionalidad del bien jurídico.

68. — Ninguno de estos principios demuestra concluyentemente que el derecho penal internacional pueda apoyarse en él de modo exclusivo. Cada uno ha nacido para responder a una diversa necesidad social. Así, en Roma nació el principio de la territorialidad por la razón evidente de que Roma era la única gran nación en condiciones de imponer su derecho en el mundo. En la Edad Media, el fraccionamiento de la soberanía hace imposible la aplicación de una ley única; en el régimen del feudalismo, Alemania, Francia, Italia, etc., constituyen tantas naciones como señores autónomos hay en su territorio: el único principio jurídico lógico en aquel momento era el de la personalidad de la ley.

Por eso los Códigos Penales, como veremos que lo hace el nuestro, aplican principios tomados a estos diversos sistemas.

### III. — Aplicación del Código

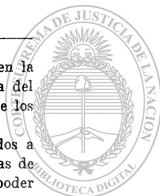
#### SISTEMAS

**Sumario:** 69. Territorialidad. — 70. Personalidad. — 71. Defensa. — 72. Cosmopolitismo. — 73. Crítica a la redacción del art. 1º del Código Penal. — 73 bis. El art. 2º del proyecto de 1906.

69. — De las teorías expuestas, veamos en concreto cuáles son las que aplica nuestro Código.

El principio de la territorialidad se aplica en el art. 1º, inc. 1º, en parte. Expresa esta disposición que el Código se aplicará "por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción". Ahí rige lisa y llana la soberanía del Estado, se aplica exclusivamente su ley.

Se aplica también en el art. 50. El Código dispone que en el cómputo de la reincidencia se tendrán en cuenta las condenas que haya tenido el procesado en país extranjero. Es difícil, sin embar-



go, afirmar terminantemente que este acto está comprendido en la teoría de la territorialidad; lo incluimos en ella porque deriva del principio de la soberanía, que se ejerce en la determinación de los caracteres de la reincidencia.

El art. 145 prescribe: "Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro, o de alistarla en un ejército extranjero".

La realización del hecho delictuoso se realiza en el extranjero, pues dentro de las fronteras del país ha habido solamente el propósito; la persona puede haber sido llevada al extranjero tal vez sin ningún acto de coerción sobre la misma.

El art. 218 establece: "Las penas establecidas en los artículos anteriores se aplicarán también, cuando los hechos previstos en ellos <sup>(1)</sup> fueren cometidos contra una potencia aliada de la República, en guerra contra un enemigo común".

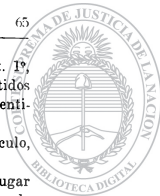
De modo que los actos que cometiera una persona contra una potencia aliada de la República Argentina en momentos de guerra, aunque se hubiesen realizado en el extranjero, caen bajo el imperio de la ley argentina en virtud del principio de la territorialidad.

Podrían también caer dentro del principio real o de la defensa, que es intermedio, pues se aplica cuando las consecuencias de un hecho delictuoso afectan a intereses de la nación que aplica la ley. Las dos teorías son inspiradoras del texto argentino.

70. — El principio absoluto de la personalidad no se aplica en nuestro Código, porque en nuestras leyes no existe la distinción entre nacionales y extranjeros; todos son habitantes del territorio. Pero podríamos decir que la llamada teoría de la personalidad pasiva tiene aplicación, en parte, en el art. 1º, inc. 1º del Código Penal que dice que el Código se aplicará a los delitos cuyos efectos deben producirse en el territorio de la República Argentina. Si el autor del delito es un argentino, se aplicaría el principio de la personalidad pasiva; si es un extranjero, jugaría el principio real o de la defensa.

---

<sup>(1)</sup> Delitos contra la seguridad de la nación (art. 214 y sigts. Cód. Pen.).



71. — El principio real o de la defensa se aplica en el art. 1º, inc. 2º que dice que el Código se aplicará “por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”.

En rigor, podrían aplicarse tres principios en este artículo, según las diferentes situaciones que pueden presentarse:

a) el principio de la territorialidad, si el hecho tiene lugar en la legación; y para citar un caso claro, que no sea de simple enunciación, tenemos el art. 225: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que, encargado por el gobierno argentino de una negociación con un estado extranjero, la condujere de un modo perjudicial a la nación, apartándose de sus instrucciones”.

b) el principio de la personalidad activa, si el delito lo cometiera un ministro de la República Argentina en el exterior; la ley extranjera cedería el paso a la ley argentina;

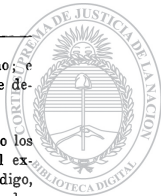
c) el principio real o de la defensa, si el delito lo cometiera un argentino empleado del gobierno nacional.

72. — El principio del cosmopolitismo de la ley penal está en nuestro Código inspirando los arts. 198 y 199, que reprimen la piratería. Es sabido que todas las naciones del mundo pueden apoderarse de un barco pirata; pero se toma al pirata solamente cuando aparece en el territorio de un Estado; la República Argentina no tendría el derecho de ir a apoderarse de un pirata en alta mar y juzgarlo, aunque algún artículo que examinaremos oportunamente pareciera dar a entender lo contrario.

73. — La redacción del art. 1º de nuestro Código Penal ofrece algunas deficiencias. Particularmente con respecto al inc. 2º que alude a delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

No se establece en forma precisa el límite de esta medida; no sabemos qué debe entenderse por *agentes o empleados de autoridades argentinas*, si son propiamente los agentes del gobierno argentino o los empleados de cualquier naturaleza que pueden tomar los *agentes o funcionarios argentinos*.

Es, pues, una redacción muy confusa. Ya la hemos criticado



en 1917, cuando pedimos su eliminación, sin resultado alguno, y e igualmente la ha criticada el doctor Alcorta en sus obras sobre derecho penal internacional (<sup>1</sup> bis).

**73 bis.** — El art. 2º del proyecto de 1906 disponía: “Salvo los casos del artículo precedente, los que hubieren cometido en el extranjero hechos u omisiones calificados de delitos por este código, sin haber sido juzgados y cumplida su condena, serán expulsados del país, si la autoridad extranjera competente, requerida para su extradición, no la verificare. Si quebrantaren la expulsión serán juzgados como si hubieren cometido el delito en el país. No se comprenden en las disposiciones de este artículo a los autores de delitos políticos”.

Este artículo ha sido suprimido en el Código actual y creemos que la comisión de 1917 ha hecho bien en suprimirlo, aunque algo de él ha debido quedar en el nuevo texto. El doctor Herrera combatió su existencia con muy buenas razones, pero de una manera muy general.

Veamos en qué casos puede aplicarse:

- a) El delito es cometido por un argentino;
- b) El delito es cometido por un extranjero;
- c) El delito es cometido contra un extranjero;
- d) El delito es cometido contra un argentino;
- e) El delito es cometido contra el Estado argentino;
- f) El delito es contra las personas o contra los bienes;
- g) El delito es de adulterio, por ejemplo;
- h) El delito es de mucha o relativa gravedad;
- i) El delito es levisimo.

Todos estos casos diferentes, que caben dentro de los términos tan amplios del art. 2º del proyecto de 1906, originarían cuestiones importantes que deberían ser resueltas por el juez, sin que la ley le prestase la menor ayuda en su buena o mala interpretación. Sus redactores no pueden abonar su texto con ninguna autoridad, doctrinaria o legislativa; además, lo han complicado inútilmente con disposiciones tan extravagantes como la de que “si quebrantaren la expulsión serán juzgados como si hubiesen cometido el delito en el país”.

(1) bis *Revista Penal Argentina*, tomo III, pág. 7 y sig.



Pero, si ha debido desaparecer un texto tan sujeto a críticas, algo de él pudo quedar. Por ejemplo, tenemos el caso de los delitos que los juriconsultos suizos llamaron mundiales en la discusión de sus sesiones de 1912, y que comprenden, más o menos, los que hoy reprime el texto del proyecto de 1916:

“Art. 7º — Todo extranjero que hubiera cometido en el extranjero el delito de trata de blancas, de atentado a la vida o la propiedad por medio de explosivos, de fabricación de falsa moneda, de falsificación de moneda, o un delito que la Confederación, por un acuerdo internacional, se ha obligado a reprimir, es punible según la ley suiza, si es detenido en Suiza y no es extraditado al extranjero. Esta disposición no se aplica a los delitos políticos”

Un texto semejante ha debido ser incluido en el proyecto de 1917, lo mismo que una disposición que estableciera la forma de reprimir en la Argentina los delitos cometidos por nacionales y extranjeros, en el extranjero, contra el Estado o contra la defensa nacional. El intenso movimiento inmigratorio de nuestro país no permite que las autoridades se sientan impotentes para tomar medidas contra súbditos extranjeros o ciudadanos argentinos que hayan incurrido en la comisión de esos delitos mundiales o contra el Estado o la defensa nacional. Si es justo que se suprima un artículo como el 2º de 1906 que, sin juicio previo, sin ninguna formalidad legal, pone en manos no se sabe de quién, el derecho enorme de expulsar del país a personas que aún no han sido ni siquiera juzgadas en el extranjero, no es menos justo también que no se deje impunes delitos como los que hemos mencionado.

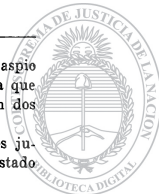
#### IV. — Territorio

##### CONCEPTO

Sumario: 74. Definición y contenido.

74. — En el fondo, el territorio es el espacio dentro del cual se ejerce la soberanía del Estado.

El derecho de soberanía comprende, además de la tierra, los



mares interiores, que pueden tener la importancia del Mar Caspio o del Mar Negro; el espacio aéreo; los ríos internacionales, sea que salgan de un Estado y vayan a morir en otro o que dividan dos Estados; los navíos mercantes, de guerra, etc.

Todo esto forma parte, desde que ha habido fundamentos jurídicos en la humanidad, de lo que se llama territorio del Estado sometido a su derecho de soberanía.

Algunos de estos elementos integrantes del territorio ofrecen interés del punto de vista del derecho penal, por los conflictos que pueden suscitar.

#### MAR

**Sumario:** 75. Libre y territorial. — 76. Concepto del mar territorial. — 77. Medida. — 78. Conclusión.

**75.**— En el mar, como es sabido, hay dos conceptos: mar libre y mar territorial. Respecto al primero, son demasiado conocidas las viejas teorías de los tratadistas Grocio y Selden. Hoy la cuestión está universalmente resuelta: el mar es libre, está en condominio de todos los Estados del mundo.

No sucede lo mismo con el mar territorial. Este es una prolongación del territorio o, mejor dicho, una integración jurídica del concepto de territorio.

Nuestro Código Civil establece los límites del mar territorial. Dice en su art. 2340, inc. 2º: Son bienes públicos los mares adyacentes al territorio de la República hasta la distancia de una legua marina medida desde la línea de la más baja marea; pero el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera (2).

**76.**— El mar territorial no tiene un concepto uniforme en todas las legislaciones. Ante todo, porque puede ser medida esta legua marina desde la más baja o desde la más alta marea; en cos-

---

(2) En términos generales, una legua marina equivale a 5556 metros o a 3 millas marinas.



tas como las nuestras, cercanas a Buenos Aires, la importancia es pequeña, pero es que hay costas de enormes marcas en el Sur argentino y en otras partes del globo en que las mareas suben varios centenares de metros y se retiran también a varios centenares de metros.

En segundo lugar, por la falta de uniformidad en la legislación universal. La misma República Argentina, que tiene esa disposición en su Código Civil, ha suscripto el tratado de Montevideo cuyo art. 12 dice: "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". De modo que se amplía el campo del mar territorial y no se establece desde donde se empieza a contar.

**77.** — La regla general en el mundo, para medida del mar territorial, es la de tres millas marinas.

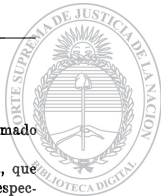
Los tratadistas antiguos tenían diferentes maneras de computar la distancia. Unos tomaban como base el punto hasta donde llegaba la voz humana; otros, hasta donde llegaba una bala de cañón; otros una distancia fantástica de cien o ciento cincuenta millas; otros el recorrido de un buque en un día.

Como se comprende fácilmente, ninguna de estas medidas podría tener hoy un valor real. Sería absurdo, por ejemplo, basar la medida del mar territorial en la distancia a que llega una bala de cañón; esta medida se explicaba en aquellos tiempos como recurso eficaz de protección, ya que se decía que la soberanía del Estado no llegaba sino hasta allí adonde alcanzaba su bala de cañón, que representaba su fuerza; pero con los cañones de grueso calibre de la época moderna, es imposible admitir semejante tesis.

Además, alteran el concepto de mar territorial los cabos, ensenadas, bahías, etc.

**78.** — En conclusión: para el derecho penal, una parte del mar está comprendida en el territorio del Estado, y los hechos delictuosos que suceden en esa faja de agua son reprimidos como si se hubieran cometido en el territorio mismo.





## NAVES

Sumario: 79. Mercantes y de guerra. — 80. Su régimen.

79. — Las naves, por consenso universal, siempre han formado parte del territorio del Estado.

Se dividen en dos tipos generales: mercantes y de guerra, que eran llamadas por los latinos *navis oneraria* y *navis bellica* respectivamente.

80. — Acerca de su régimen, nosotros tenemos dos clases de principios: los principios generales del derecho internacional y los del Tratado de Montevideo; estos últimos forman la médula de la doctrina penal argentina en materia de delitos cometidos en las naves.

El principio general está contenido en el art. 8 del Tratado de Montevideo: "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".

El art. 9 dice: "Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, 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 solo intervinieren individuos no pertenecientes al personal de un buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque".

El art. 10 expresa: "Los delitos cometidos a bordo de un buque de guerra o mercante en las condiciones prescriptas en el art. 2º <sup>(3)</sup> de este Tratado, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuye dicha disposición".

(3) El art. 2º reza así: "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 garantizados por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último".



El art. 11 expresa: "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".

Como se ve, existen principios totalmente distintos según se trate de buques de guerra o mercantes.

El buque de guerra forma parte del territorio del Estado cuya bandera lleva, es una parte integrante del mismo. Si a bordo de él se comete un delito por un hombre de su tripulación contra otro hombre de la tripulación, interviene el Estado a cuya soberanía pertenece, aunque se halle en aguas jurisdiccionales de otro país. En este caso, el principio de la territorialidad cede su derecho y pasa a ejercerlo la soberanía de otro Estado, en virtud de una ficción de derecho internacional.

Si el delito se comete por un hombre de la tripulación sobre un efecto ajeno al país del buque, interviene también la legislación correspondiente a la nacionalidad del buque.

Si el delito lo comete un hombre de la tripulación sobre una persona que no tenga nada que ver con la bandera, entra a actuar nuevamente el principio de la territorialidad, porque en ese caso la tripulación no tiene ninguna inmunidad especial.

Tratándose de naves mercantes, el consenso del derecho universal no es propiamente el que está expresado en el Tratado de Montevideo. Algunos Estados sostienen la teoría que cuando el delito se comete a bordo de un barco mercante y afecta solamente las personas e intereses del barco mercante, no tiene por qué intervenir el Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se comete el delito; interviene, en cambio, si el delito se perpetra en violación de los reglamentos del puerto de este Estado o de sus disposiciones legales, o en perjuicio de alguna persona que no pertenezca a la misma Nación del buque.

## RÍOS

**Sumario:** 81. Clases. — 82. Su Régimen.

**81.** — Nos interesa examinar la cuestión referente a los ríos, porque nuestro país tiene varios e importantes límites fluviales.



Hay tres clases de ríos. Los *nacionales* propiamente dichos, que nacen y mueren en el territorio de un mismo Estado, como nuestro río Salado por ejemplo. Los *internacionales*, que nacen en un Estado y atraviesan otro, v. gr. nuestro río Paraná, que nace en el Brasil y viene a morir en aguas argentinas lindando en parte con el Brasil y con el Paraguay. Los *ríos internacionales limítrofes*, como el Paraguay, el Paraná, el Uruguay, en la parte que lindan con otra nación ribereña.

**82.** — La regla de derecho internacional aplicable varía según la clase de río de que se trate.

Cuando el río es interior exclusivamente, aunque sea navegable — y siéndolo es sabido que la mayor parte pertenecen a la libre navegación — no hay cuestión al respecto, pues se aplica exclusivamente la ley territorial.

Cuando el río pertenece en porciones diversas a dos Estados, tampoco hay cuestión: dentro de una u otra soberanía se ha cometido el delito.

Las cuestiones importantes surgen cuando está de por medio un límite, como en el caso del río Uruguay: ¿quién tiene jurisdicción y hasta dónde se extiende esa jurisdicción?

Es sabido que la línea media del río no puede tomarse como base porque hay casos en que se perjudicaría a un Estado, ya que no siempre el cauce profundo del río sigue la línea media del mismo, sino más bien una línea sinuosa, que se llama en derecho internacional el *thalweg*.

El *thalweg* quiere decir *camino del valle*, la parte más profunda, como si el cauce del río tomara la línea del valle y siguiera sus ondulaciones. Constituye la medida casi universal hoy día. Está aceptada por un tratado que ha firmado la República Argentina y la República del Uruguay el año 1916, como línea divisoria del río Uruguay, pero que todavía no ha sido ratificado por nuestro país.

En el Río de la Plata la cuestión ni siquiera está resuelta por un tratado. Existe con la República del Uruguay un viejo pleito respecto a la jurisdicción de las aguas en ese río. Lo único que tenemos actualmente es una especie de *statu quo* que proviene del año 1910 y que aplica un criterio más o menos amistoso para la solución de los casos que puedan presentarse. En la parte ancha del



río, tanto en Buenos Aires como en Montevideo, no hay cuestión; ésta reside en el nacimiento del río, donde es difícil también aplicar la teoría del *thalweg*.

### ESPACIO AEREO

Sumario: 83. Principios generales.

83. — El espacio aéreo provoca también hoy día cuestiones respecto al derecho penal internacional. Pero son todos problemas que están naciendo, puesto que la misma aviación, por más progresos que haya realizado, está en sus comienzos.

El principio general que se aplica es el del dominio del Estado sobre el espacio aéreo que está encima de su territorio.

Las cuestiones que pueden surgir son fáciles de imaginar. Un delito de lesiones puede cometerse en el espacio aéreo; la jurisprudencia europea presenta abundantes casos de aplicación de la ley penal a delitos contra las personas, contra la propiedad, contra el honor, etc., realizados en el espacio aéreo.

## V. — Extradición

### PRINCIPIOS GENERALES

Sumario: 84. Definición. — 85. Criterios antiguo y moderno. — 86. Régimen. — 87. Sistema argentino. — 88. Nacionalidad del reo.

84. — La extradición ha sido definida por un eminente internacionalista, Alberic Rolin, como “el acto por el cual un Estado entrega una persona acusada de un crimen o delito, o condenada, al Estado que tiene el derecho de juzgarla o castigarla”.

85. — El concepto moderno de la extradición es totalmente distinto al antiguo. Los griegos, por ejemplo, llevaban hasta límites extremos su respeto al derecho de asilo; entregaban un ciudadano



griego a un Estado extranjero, pero no entregaban a un extranjero que se hubiera asilado en el territorio griego en razón del principio de la hospitalidad, que era sagrado. Los países modernos tienen un criterio completamente diferente: entregan al extranjero que se ha acogido a su territorio, pero no entregan al nacional.

**86.** — Como reglas generales de esta institución, la República Argentina aplica los siguientes textos legales:

- a) los tratados celebrados con las diversas naciones del mundo;
- b) la ley número 1612, del año 1885, llamada ley de extradición;
- c) finalmente, el Código de Procedimientos Penales para la Capital Federal en sus arts. 646 y sigts.

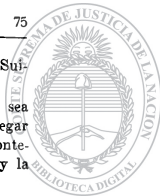
**87.** — Dentro del sistema argentino, y en tesis general, las condiciones para que proceda la extradición, son:

- a) Que se trate de un delito común que según las leyes de la República tenga pena corporal no menor de un año de prisión (teoría de los arts. 2 y 3 de la ley 1612); si el delito tiene pena menor, en la República, la extradición sólo se concederá a condición de que se le imponga la pena menor (art. 667 del Cód. de Proc. Crim.; 2 años por el art. 21, Trat. Mont.).
- b) Que no se trate de delitos políticos o conexos con delitos políticos (art. 3º, inc. 2º de la ley 1612, y principio general del Tratado de Montevideo).
- c) Que el reo sea juzgado solamente por el delito por el que ha sido pedida la extradición. (Tratado de Montevideo y art. 660 del C. de Proc. Crim.).

Pudiera resultar, en efecto, que Francia, v. gr., pidiese la extradición de una persona por un delito de hurto, y una vez en Francia esa persona, se descubriera que había cometido otro delito: no podría ser juzgada por ese otro delito sin consentimiento especial de la República Argentina.

**88.** — Respecto a la nacionalidad de los extraditados, tenemos tres sistemas diferentes en nuestros tratados.

- a) El primero es: la obligación de conceder la extradición no se extiende jamás a los nacionales. Es el principio que hemos incor-



porado a los tratados firmados con Bélgica, España, Holanda, Suiza, Italia.

b) El segundo: la extradición se concede cualquiera que sea la nacionalidad del reo. Nuestro país, en ese caso, debería entregar aún los argentinos. Es el sistema del art. 20 del Tratado de Montevideo, que lo suscribieron Uruguay, Bolivia, Perú, Paraguay y la República Argentina.

c) El tercero: la entrega de los nacionales es facultativa, según el caso especial que aparezca. Es la tesis incorporada a nuestros tratados con Inglaterra y Estados Unidos. El principio es lógico: el hecho puede afectar enormemente al interés del Estado donde se encuentra el reo, y este Estado debe tener facultad para entregarlo o no.

En el Código de Procedimientos en lo Criminal, el principio general que se ha establecido es el consagrado en el art. 699: "A falta de tratados, la extradición no se concede al argentino que prefiriera ser juzgado por los tribunales argentinos".

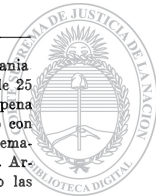
## VI. — Asistencia jurídica internacional

### CONCEPTO

Sumario: 89. Realización práctica.

89. — El principio de la extradición, y algunos otros que todavía no han entrado a formar parte de la legislación universal, integran lo que se conoce con el nombre comprensivo de *asistencia jurídica internacional*.

La asistencia jurídica internacional va desarrollándose cada vez más en el mundo. La extradición llegará a ser un día una institución más defensiva del derecho de los pueblos que actualmente, y llegará también a desaparecer el principio, un tanto violatorio de la esencia del derecho penal, de la no entrega del nacional.



Recientemente ha habido entre nosotros un caso con Alemania. Uno de los autores de un horroroso crimen cometido en la calle 25 de Mayo en la persona de un cambalachero, condenado a una pena grave en nuestro país, en el viaje a Ushuaia, consiguió, junto con otros presos, limar sus grillos y fugar. Era de nacionalidad alemana, y en Alemania fué detenido tiempo después. La República Argentina inició inmediatamente el pedido de extradición; pero las leyes alemanas exigen que ese preso vuelva a ser juzgado en Alemania, y las autoridades de ese país pidieron el envío de todas las piezas originales del proceso, a fin de resolver, a la vista de esos elementos, si ese detenido había sido bien o mal condenado.

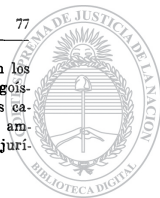
Dentro de los principios generales, esa pretensión, no aceptada por nuestro país, es una enormidad jurídica. La asistencia jurídica internacional exige el respeto de las decisiones judiciales de los países que integran la comunidad civilizada, a fin de poder asentarse en una base amplia, saliendo de este régimen restringido y funesto de no entrega del nacional.

Supongamos el caso de un hombre que ha cometido un delito espantoso en una nación vecina a la nuestra y se refugia en este país, ¿por el simple hecho de estar entre nosotros ha dejado de cometer un delito espantoso, ha dejado de ser un sujeto peligroso para la sociedad? De ninguna manera. Sin embargo, si ese individuo fuese argentino, nuestra ley, en ausencia de tratados, le da opción para ser juzgado por el país que lo reclama o por los tribunales argentinos.

Naturalmente, no siempre las naciones tienen confianza en los tribunales de otras. Los europeos dudan un poco de la justicia americana, no sabemos si con razón o sin ella, y en consecuencia no quieren someter a sus nacionales a esa justicia. Ellos sustentan acerca del nacional un concepto que nosotros no tenemos, porque somos un país de inmigración en el que no hay sino muy pocas personas que puedan decir que no tienen sangre extranjera en su familia.

De modo que, en el fondo, son cosas que provienen de una especie de egoísmo nacional. Pero a medida que se va ampliando el campo del mundo, van apareciendo delitos que hacen necesaria la asistencia social internacional, como la trata de blancas, la falsificación de moneda, las asociaciones internacionales de delincuentes

(que operan en los vapores, en los grandes trenes expresos, en los hoteles de los balnearios, etc.). La aplicación sistemática del egoísmo nacional en las leyes penales hace que prospere en muchos casos esta delincuencia, y que para combatirla se haga necesario ampliar cada vez más las bases sobre que se asienta la asistencia jurídica internacional.



\_\_\_\_\_





### CAPITULO III

#### APLICACION DE LA LEY PENAL

*(Continuación)*

##### SUMARIO:

- I. En relación con el tiempo. Generalidades.
- II. Retroactividad de la ley penal. Concepto. Sistemas.
- III. Casos doctrinarios y legales. Aplicación de la ley más benigna.

#### I. — En relación con el tiempo

##### GENERALIDADES

**Sumario:** 90. Planteamiento.

**90.** — La ley penal, que ofrece inconvenientes en cuanto a su aplicación en el espacio, los ofrece también respecto a su aplicación en el tiempo.

Entre nosotros, sin embargo, la disposición del art. 18 de la Constitución Nacional, que establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, zanja una de las cuestiones más difíciles en materia de aplicación de la ley penal con relación al tiempo: su retroactividad.



## II. — Retroactividad de la ley penal

### CONCEPTO

Sumario: 91. Dificultades. — 92. Hipótesis a considerar

**91.** — La ley, en general, presenta varios caracteres. Uno de ellos es que está destinada al porvenir, es decir, que sus efectos rigen para el futuro, no para el pasado. En materia civil lo dispone así el art. 3º del Código respectivo.

Sucede el caso, sin embargo, de que una ley puede ser modificada parcialmente por otra, o sustituida en virtud de una abrogación total. Pueden originarse, entonces, conflictos de interpretación acerca de cuál es la ley que debe aplicarse.

A primera vista, el caso es sencillo: una ley nueva comienza a regir desde el momento en que se sanciona. Pero en materia penal existen dos factores que hacen difícil la solución de la cuestión:

- a) puede haber procesos pendientes por hechos acaecidos antes de la vigencia de la ley nueva;
- b) puede haber en los establecimientos penales personas que están cumpliendo una pena impuesta por una ley que deja de existir en el momento en que comienza a regir la nueva.

Esto no sucede en materia civil o comercial, en que resuelto un litigio por aplicación de la ley vigente, queda definitivamente terminado. En derecho penal, la función fundamental del Estado, que es la aplicación de la sanción, comienza recién después de la conclusión del juicio, la cual puede ser posterior a la vigencia de la ley antigua o anterior a la vigencia de la ley actual.

**92.** — El problema planteado ha originado en el mundo una serie de teorías diversas respecto a cuáles son los alcances de cada una de estas dos leyes, la derogada o modificada y la nueva, en sus relaciones entre sí.

Hasta la fecha, la regla general en derecho penal, como en derecho civil, ha sido la irretroactividad o no retroactividad de la



ley; pero pueden producirse varios casos que conduzcan a consecuencias distintas.

a) La nueva ley crea *ex novo* delitos que antes no existían. ¿Cuál es la situación de las personas que han realizado esos hechos cuando su incriminación no existía?

Nuestra Constitución establece, en su art. 19, que nadie está privado de hacer lo que la ley no prohíbe. En consecuencia: no habiendo en la época de realización de un acto ninguna disposición que lo prohibiera, él ha podido ejecutarse. Nadie puede violar una ley inexistente; de manera que si en ese momento el acto es lícito o no prohibido, su realización no puede implicar consecuencias penales para el futuro.

b) Hay hechos declarados no punibles por una ley nueva, y que lo eran por una ley anterior. El caso típico es el de la hechicería, los delitos de magia, que las leyes antiguas incriminaban, y en un momento dado, un código los suprimió. ¿Cuáles son los efectos de la ley nueva en relación con esos hechos?

Pueden producirse dos situaciones:

1º que el proceso esté pendiente;

2º que la condena se haya pronunciado y la persona esté ya cumpliendo su pena. En ambos supuestos las soluciones son diversas, como lo veremos oportunamente.

c) La ley nueva modifica la ley precedente. Dentro de nuestra legislación, por ejemplo, el homicidio tenía una pena de 10 a 25 años en el Código derogado; en el nuevo tiene una pena de 8 a 25 años. ¿Cuál de estas dos leyes es la que debe aplicarse?

Dos situaciones también pueden presentarse:

1º que el proceso esté pendiente;

2º que la condena se haya pronunciado.



## SISTEMAS

### Teorías de la escuela clásica

**Sumario:** 93. No retroactividad absoluta. — 94. No retroactividad relativa. — 95. Retroactividad, salvo que ella implique la aplicación de una ley más severa. 96. Retroactividad absoluta. — 97. Retroactividad absoluta de carácter mixto. — 98. Caso de condena pronunciada.

**93.** — Respecto al primer supuesto, de procesos pendientes, los puntos de vista son diversos, y es aquí donde comienzan a actuar todas las teorías que existen sobre la materia.

Primera teoría: no retroactividad absoluta. Debe aplicarse la ley precedente, sea la ley nueva más benigna o más severa que la anterior.

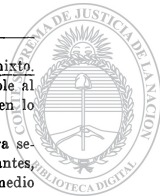
Se basa en que la ley está destinada a regir actos de los hombres; producido el acto, la sanción debe aplicarse de una manera casi mecánica, porque la aplicación de la ley no es otra cosa que una consecuencia del acto libre y voluntario del agente.

**94.** — Segunda teoría: no retroactividad relativa. En general, la ley penal no es retroactiva, pero lo es, como excepción cuando la nueva resulta más favorable.

Es decir que cuando se sanciona una modificación en favor del reo, cuando se disminuyen las condiciones exigidas para cometer un delito, cuando se disminuye la pena, cuando no se incriminan ciertas formas de delito que la ley anterior incriminaba, etc., se aplica la ley más favorable. En el caso de nuestro Código actual respecto al homicidio que lo reprime con pena de 8 a 25 años, modificando el límite del Código anterior que lo reprimía con pena de 10 a 25 años, debería aplicarse aquél y no éste.

**95.** — Tercera teoría: retroactividad, con excepción de que ésta implique la aplicación de una ley más severa. En el fondo, equivale a la anterior; son formas lógicas coincidentes.

**96.** — Cuarta teoría: retroactividad absoluta. En todos los casos se aplica la ley nueva.



**97.** — Quinta teoría: retroactividad absoluta de carácter mixto. Se aplica siempre la ley nueva en lo que tiene de más favorable al procesado, y se aplica también conjuntamente la ley antigua en lo que tiene igualmente de más favorable al procesado.

Ejemplo: el Código argentino derogado contenía una larga serie de disposiciones sobre circunstancias atenuantes y agravantes, en ausencia de las cuales obligaba al juez a aplicar el término medio de la pena; el Código actual suprime esa disposición del término medio, así como las atenuantes y agravantes que enumeraba el texto penal derogado; de modo que hoy, los elementos que forman la cantidad de pena aplicable al reo, dependen de la apreciación judicial. Ahora bien, supongamos un homicidio cometido por un hombre de 17 años: de acuerdo con el régimen anterior, la edad inferior a 18 años constituía una atenuante; en el régimen actual el juez puede considerar más grave el delito cometido por ese menor de 18 años en razón de la precocidad criminal que revela, uno de los índices más precisos de la peligrosidad. Supongamos que ese delito de homicidio se hubiese cometido bajo la vigencia del Código anterior y debiera juzgarse conforme a la nueva ley penal, ¿qué ley se aplicaría según la teoría de la retroactividad absoluta de carácter mixto? Se aplicaría el Código antiguo respecto a la atenuante de la edad y el nuevo respecto a la pena menor del homicidio.

Tales son a grandes rasgos, las teorías sobre retroactividad de la ley penal elaboradas por la escuela clásica, cuando el proceso está aún pendiente.

**98.** — En cuanto al segundo caso, relativo a que la condena se ha pronunciado, las cuestiones son más o menos semejantes. Son fáciles de resolver cuando se elimina un delito o se modifica en menos la pena de un delito. Son difíciles cuando para efectuar la revisión del proceso es menester tener en cuenta casos de agravación o de atenuación en las consecuencias, en los caracteres, etc., del delito.

#### Teoría de la escuela positiva

**Sumario:** 99. Retroactividad absoluta. — 100. Consecuencias. — 101. Objeciones. — 102. Proyecto Ferri. — 103. Proyecto Rocco.

**99.** — La escuela positiva ha partido siempre en su doctrina de



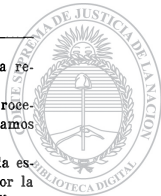
puntos de vista diferentes. La razón es sencilla. La defensa social dice, en términos generales, que la medida de la sanción está dada por el momento especial en que la sociedad considera una peligrosidad específica para ciertas acciones. Lo que nuestra sociedad, en este momento, considera atentatorio a su existencia, es lo que debe primar. La represión debe responder a una valuación actual del peligro sufrido por la sociedad.

Nada importa en absoluto que ese hecho se haya cometido en momentos en que no existía una ley penal, puesto que la sociedad, cuando aplica la sanción y considera a un hombre peligroso, lo hace en el momento en que actúan otros principios en el seno social. En síntesis, la ley penal debería ser retroactiva, sea más benigna o más severa.

**100.** — Las consecuencias de este principio son muy graves. En primer lugar, la ley nueva que declara punibles hechos que antes no lo eran, debería reprimir los hechos inocentes cometidos antes de su sanción, consecuencia que choca indudablemente contra algo que es fundamentalmente humano, como lo reconocen los tratadistas partidarios de esta doctrina, entre ellos Florian, que es quien más decididamente la ha aceptado. No habría seguridad ninguna para la vida de los hombres si existiera este criterio, porque nadie sabría si el acto inocente de hoy podrá ser mañana un acto punible. Al mismo tiempo, está de por medio la gravísima cuestión de la prueba: si la prueba ofrece dificultades ante hechos calificados de delictuosos por la ley, ¿qué no sucedería si se incriminara mañana un acto al que nadie ha dado importancia, cuyas pruebas ya habrían desaparecido parcial o totalmente?

En segundo lugar, se borran los hechos delictuosos anteriores que la ley nueva declara no punibles. Esto es lógico: si un acto era ayer delito y hoy no lo es, quiere decir que hay un nuevo concepto social de ese hecho. Estaríamos plenamente dentro de la tesis positivista.

Finalmente, habría que hacer extensiva esa retroactividad absoluta de la ley penal para los procesos pendientes y para los ya terminados por una condena. Si un hombre estuviese cumpliendo una pena impuesta por la ley anterior, y la ley nueva elevase el monto de esa pena, habría que proceder a la revisión del proceso.



101. — Las objeciones que se formulan a esta teoría de la retroactividad absoluta de la ley penal, son varias.

a) *Idea de justicia.* Se dice: no es justo que el Estado proceda en esa forma, porque la persona juzgada ha contraído, diríamos así, un derecho con la sociedad. El argumento es pobre.

b) *Derecho del delincuente.* Es el que más ha esgrimido la escuela clásica. El delincuente tiene el derecho de ser juzgado por la ley vigente en el momento en que cometió el delito: es la que él conocía y la que debía cuidarse de no violar; si la violó, su derecho exige que sea juzgado de acuerdo con ella.

El argumento también es muy pobre. El delincuente no realiza un contrato con la sociedad, no adquiere un derecho, porque precisamente es todo lo contrario lo que él ha hecho: ha violado la ley penal y ha destruído la norma impuesta por la sociedad, colocándose en el camino de la represión legal del acto. ¿Acaso él ha adquirido un derecho? ¿Acaso se lo hiere en sus derechos de hombre, cuando él, con el acto realizado, ha atacado derechos más fundamentales que son los de la sociedad?

c) *Imperfección de las sociedades humanas.* Es, tal vez, la objeción más fundamental. En nuestro régimen actual, aunque consideráramos teóricamente posible la teoría de la retroactividad, no podríamos aplicarla, por los terribles excesos que sería capaz de provocar. La pasión política de un momento puede incriminar como delito un hecho; el año pasado, a raíz de un atentado contra el primer ministro de Italia, Mussolini, se habló de sancionar la pena de muerte con efecto retroactivo para aquellos atentados contra Mussolini: era una monstruosidad jurídica sólo concebible por la pasión política de un momento de ceguera colectiva.

El principio de la retroactividad absoluta podría ser teóricamente aceptable con algunas pequeñas atenuantes, si admitiéramos que los hombres nunca serían capaces de sancionar una ley atentatoria de los derechos y deberes sagrados del individuo. Pero no siendo así, sabiendo que las sociedades dictan a veces sus leyes penales por causas no siempre científicas o doctrinarias sino derivadas de la pasión, del encono del momento, del miedo <sup>(1)</sup>, o bajo el impulso de una corriente que nadie se atreve a resistir, aquella acepta-

(1) En nuestro país, la ley 7029, que reprime los delitos cometidos por los anarquistas, se sancionó en un momento de miedo.



ción no puede producirse. Estas causas y estos hechos debemos tenerlos en cuenta cuando hablamos de un derecho penal científico en la humanidad; a nuestro juicio, *científico* no es aquello que responde a una teoría perfecta, sino aquello que puede aplicarse en un país en un momento dado. Las leyes penales, desgraciadamente, no siempre nacen del momento científico porque se atraviesa, sino del momento político que se está viviendo.

**102.** — Analicemos algunos textos para ver cómo la misma realidad impone consecuencias que no están en la mente de los doctrinarios.

¿Quién podría negarle a Ferri haber sido el hombre que encauzó la esencia de la escuela positiva en sus reglas de derecho penal? Nadie. Sin embargo, el art. 1º del proyecto de Ferri de 1921 dice lo siguiente sobre la materia que tratamos: “Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley del tiempo en que fué cometido, ni sometido a sanciones que dicha ley no establezca”. Es el mismo principio del Código Penal argentino. Se desecha el principio de la retroactividad penal absoluta de la escuela positiva.

Continúa el art. 1º del proyecto italiano de 1921: “Se aplica la ley posterior, si sus disposiciones son más favorables al imputado, siempre que no se trate de delinquentes habituales. A los alienados y a los menores se les aplica la ley vigente en el momento del juicio”.

Exceptúa, pues, a los habituales de los beneficios de la ley posterior más favorable, por tratarse de individuos que representan un peligro real para la sociedad. En cuanto a las medidas concernientes a los alienados y menores, son dictadas en defensa y protección de ellos y de la sociedad.

Termina el art. 1º: “Si hubiese habido condena por un hecho que una ley posterior no considerase delito, cesan de inmediato la ejecución y los efectos penales”.

**103.** — El proyecto Rocco, que está a estudio en Italia, no acepta estos principios de la escuela positiva. Consagra la teoría general de la no retroactividad de la ley penal; pero agrega una excepción gravísima, al final del art. 2º, al decir: “Esta disposición no se



aplicará cuando se sancionen leyes temporarias o excepcionales". Deja abierta la puerta, en consecuencia, a una medida que podría dictar mañana el Parlamento italiano reprimiendo hechos que anteriormente no fueran punibles, y dictada esa medida con el carácter que indica el artículo tendría efecto retroactivo, siendo así que las leyes de excepción son las más peligrosas de todas las leyes.



### III. — Casos doctrinarios y legales

#### APLICACION DE LA LEY MAS BENIGNA

Sumario: 104. Principios de nuestro Código Penal. — 105. Orficia.

104. — Expuestos los principios generales, veamos las disposiciones que contiene nuestro Código Penal.

Prescribe su art. 2º: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho".

Nuestro Código, pues, acepta el principio de la retroactividad de la ley más benigna y lo extiende a los procesos pendientes y a las condenas ya producidas.

El art. 3º expresa: "En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado".

Este artículo tenía importancia en el momento de la sanción del Código; ya no la tiene hoy. En el Código anterior un día de pena de presidio equivalía a tres días de prisión preventiva; un día de pena de penitenciaría equivalía a dos días de prisión preventiva; en el Código vigente el cómputo es el siguiente: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión (art. 24). También el Código vigente ha reemplazado el presidio por la reclusión. De modo que si suponemos un procesado que hubiese estado 180 días en prisión preventiva, se le computarían, bajo el régimen antiguo, 60 días de

presidio, y bajo el régimen actual, 90 días de reclusión. La solución de la ley actual resulta, pues, más benigna.

105. — Los dos inconvenientes que presenta nuestra ley son los siguientes:

a) El inc. 3º del art. 2º ya citado, nos dice: “En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”. ¿Qué significa *de pleno derecho*?

Entre nosotros se ha discutido mucho al respecto, siendo diversas las interpretaciones. Entendemos, sin embargo, que los términos de la ley son clarísimos, como lo son los términos de la exposición de motivos del proyecto de 1906. Significan que el preso no tiene nada que pedir, que la aplicación de la ley más benigna deben hacerla los tribunales de oficio. Sancionada la ley más benigna deberían reverse, en consecuencia, todas las causas anteriores.

Eso fué lo que la comisión quiso; pero la realidad es otra. Eso fué lo que dispuso el Código Penal, pero los tribunales de la República no pueden moverse en su funcionamiento sino por la ley procesal, que da valor práctico a sus preceptos.

La nueva ley se aplicará de oficio, dice el Código Penal. ¿Pero quién la aplicará de oficio? ¿El juez que dictó la sentencia? ¿La Cámara de Apelaciones que la confirmó o modificó?

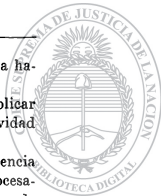
Si la Cámara confirmó la sentencia del juez, no había cuestión: la Cámara debía aplicar de oficio la nueva ley. Pero si la sentencia fué consentida y no medió en consecuencia recurso de apelación, debía ser el juez quien hiciera la aplicación de la ley más benigna.

Por otra parte, los tribunales no proceden nunca de oficio, y menos los tribunales superiores: necesitan que se les entregue el caso a su consideración.

Ahora bien, el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital de la República autoriza un recurso de revisión de los procesos, indica los casos en que procede y la forma en que se debe sustanciar (art. 551 y sigts.) El inc. 4º del art. 551 del Código mencionado autoriza la interposición del recurso “cuando una ley posterior haya declarado que no es punible el acto que antes se consideraba como tal o haya disminuído su penalidad”.

Los tribunales de la Capital estudiaron el caso y decidieron





— con muy buen juicio en nuestra opinión — que lo que debía hacerse era aplicar ese recurso de revisión, y así se hizo.

b) La cuestión más grave surge cuando se pretende aplicar las dos leyes más benignas, esto es, la teoría de la retroactividad absoluta mixta.

Al comenzar a aplicarse el nuevo código, hubo jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal de la Capital diciendo que el procesado tenía derecho a ampararse en las disposiciones más benignas de la ley anterior y de la ley nueva. De ello surgieron casos curiosos de interpretación que aparecen analizados en el proceso La Piedad (2). Según el Juez de 1ª instancia, a un condenado a 15 años de reclusión, la Cámara del Crimen, interpretando el art. 3º del Código Penal que se refiere al cómputo de la prisión preventiva, haría una aritmética penal interesante aplicándole, por el tiempo que le faltase para cumplir la pena, el criterio de cómputo del Código actual, con lo que saldría en libertad a los 5 años, habiendo sido condenado a tres veces más.

Este criterio, a nuestro juicio, carece de todo fundamento científico, si bien podrá tener tal vez un fundamento procesal formal. Si la ley se inspira en un propósito de defensa de la sociedad, ¿realiza ese propósito una sentencia que, amparándose en un casuismo de interpretación, dice que se cumple en 5 años una condena originaria a 15? ¿Si la ley anterior se derogó porque defendía mal los intereses sociales, los defenderá mejor esta absurda interpretación? ¿Acaso se va a proteger al delincuente poniéndolo en libertad en un medio en donde necesariamente volverá a cometer nuevos delitos? La sociedad protege al delincuente cuando lo redime, no cuando lo pone en libertad sin haber modificado sus tendencias criminosas.

Se ha llegado a tales extremos en el camino de estas interpretaciones absurdas, por parte de todos los tribunales del país, que creemos no ha quedado desaguizado sin hacer en materia de aplicación de la teoría mixta de retroactividad de la ley penal, a causa

---

(2) *Gaceta del Foro*, tomo 40, p. 71.

de haberse querido adoptar un criterio de casuismo procesal para aplicar un código basado en la defensa social a delincuentes condenados por un código de tipo clásico. Se vieron las palabras y no las instituciones. De ello no podía surgir sino el caos en materia de revisiones de procesos.

---



**APLICACION DE LA LEY PENAL**

(Fin)

**SUMARIO**

- I. **En relación con las personas.**
- II. **Inmunidades.** Poder Ejecutivo. Id. Legislativo. Id. Judicial. Cuerpo diplomático. Jefes de Estado extranjeros.

**I. — En relación con las personas**

**GENERALIDADES**

**Sumario:** 106. Disposiciones legales.

**106.** — Debemos ocuparnos de la aplicación del derecho penal teniendo en cuenta la calidad de las personas. Nuestro Código Penal no contiene disposiciones orgánicas al respecto; la mayor parte de los códigos penales europeos contienen capítulos especiales sobre la forma de aplicar el derecho penal a las personas.





## II. — Inmunidades

### PODER EJECUTIVO

**Sumario:** 107. Juicio político. — 108. Consecuencias.

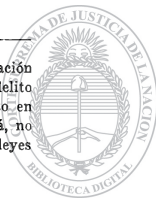
**107.** — Varias personas, por su carácter especial, por su situación en el gobierno del país o por representar a países extranjeros, tienen ciertas inmunidades en derecho penal.

Entre nosotros, todas ellas derivan de la Constitución. El art. 45 dice: "Sólo ella (alude a la Cámara de Diputados), ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente, Vicepresidente, sus Ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás Tribunales inferiores de la Nación en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes".

Es lo que se conoce con el nombre de iniciación del juicio político, que hace la Cámara de Diputados. Los magistrados a que alude el art. 45 de la Constitución no pueden ser procesados directamente por ningún hecho, sea que lo cometan en el ejercicio de sus funciones, sea que se trate de un delito del fuero común. Es la Cámara de Diputados la que hace su acusación ante el Senado y ésta la resuelve de la manera que establece el art. 51: "Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el Presidente de la Nación, el Senado será presidido por el Presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes".

**108.** — Las consecuencias de este fallo las señala el art. 52: "Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aún declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo de la Nación". Recién en ese momento pueden los ma-

gistrados judiciales hacerse cargo del proceso si mediara acusación por delito cometido en el desempeño de sus funciones o por delito del fuero común contra estas personas, conforme a lo dispuesto en la última parte del art. 52: "Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los Tribunales ordinarios".



#### PODER LEGISLATIVO

**Sumario:** 109. Opiniones del legislador en desempeño de su mandato. — 110. Exención de arresto. — 111. Desafuero. — 112. Jurisprudencia.

**109.** — Los miembros del Poder Legislativo también tienen inmunidades en nuestra Constitución, aunque algo diferentes de aquellas a que nos acabamos de referir.

El art. 60 de la Constitución prescribe: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

Este artículo ha tenido ocasión de ser interpretado y discutido entre nosotros muchas veces, porque si bien es cierto que está en la esencia del Poder Legislativo que sus miembros no deben ser molestados por las opiniones que viertan en el desempeño de su mandato, resulta al mismo tiempo inadmisibles que, amparados en ese derecho de respeto a su palabra, puedan hasta cometer delitos (calumnias e injurias, por ejemplo) contra un funcionario o contra una persona cualquiera. Y desgraciadamente ha sucedido en más de una ocasión en nuestro país que, personas que en otra parte no habrían sido capaces de hacer una acusación, la han formulado en la Cámara de Diputados o en el Senado amparadas en que no pueden ser acusadas criminalmente por injurias.

**110.** — El art. 61 agrega: "Ningún Senador o Diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra afflictiva, de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho".



La disposición tiene por objeto garantizar la persona del legislador; de lo contrario, fácilmente un gobierno despótico cualquiera no tendría más que presentarse a acusar a un diputado o a un senador de la comisión de un delito para que se lo procesara o detuviera.

**111.** — El art. 62, objeto de muchas controversias en el país, dice: “Cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier Senador o Diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado, y ponerlo a disposición del Juez competente para su juzgamiento”.

Este artículo es el que más se ha aplicado entre nosotros. El texto permite, a primera vista, que un diputado o senador puedan ser querellados, por un delito común, ante la justicia ordinaria o federal según los casos. La Constitución habla de que se puede formar querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado y que examinado el mérito del sumario en juicio público, la Cámara respectiva resolverá.

Quiere decir, entonces, que la querella es permitida y que esta querella puede llegar hasta formar un sumario, y este sumario sustanciarse hasta el momento necesario para su juzgamiento.

**112.** — Es la tesis que sostienen hoy día los tribunales de la Capital. Los principales argumentos de esta jurisprudencia se encuentran en un caso en que se promovió querella por calumnias contra el director de un diario de la Capital que al mismo tiempo era diputado nacional; el juez doctor Pessagno resolvió, siguiendo la tradición de los tribunales de Buenos Aires, que sus atribuciones llegaban hasta hacer el sumario dictando en él la providencia de *autos*, y que en ese momento debía dirigirse a la Cámara de Diputados pidiendo el desafuero del miembro contra quien se había llevado el sumario. El diputado dijo que él estaba amparado en la disposición del art. 62 de la Constitución y que no podía ser juzgado sin previo desafuero de la Cámara a la cual pertenecía.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal, por mayoría de tres de sus miembros, resolvió de acuerdo con la teoría del juez, estableciendo que efectivamente era exacto que no se violaba la garan-





tía constitucional al proceder en esa forma, pues conforme al art. 62 de la ley fundamental el juez podía realizar todo lo concerniente al proceso, menos fallarlo, pues para esto último sí se requería el previo desafuero (1).

Decía la Cámara, después de fijar el alcance de la palabra *juzgamiento*:

“Se invoca la posibilidad de que las Cámaras del Congreso consideren nulo el procedimiento seguido sin su intervención hasta la providencia de autos. Sería una discrepancia que no cabe suponer fuera tomada como motivo suficiente para negar el allanamiento del privilegio, puesto que siempre subsistiría la querella y los antecedentes que a ella hubieran acompañado, reputados bastantes según la doctrina del recurrente al objeto de solicitar la suspensión del legislador.

“La consideración de que, cuando éste es sometido a juicio en el pleno ejercicio de sus funciones, se encuentra sólo a medias bajo la jurisdicción del Juez, carece de importancia, toda vez que, si llegase a ser necesario proceder contra su persona, se anticiparía el requerimiento conducente a privarlo de la exención de arresto.

“La diferente condición en que se encuentran los miembros del Congreso y los jueces en cuanto a su procesamiento se explica sin mayor esfuerzo confrontando los arts. 62, 45 y 52 de la Constitución y teniendo en cuenta los graves inconvenientes y perjuicios que, para el prestigio de la justicia y hasta para su funcionamiento regular y sereno se originaría fatalmente, si los magistrados de esa rama del Gobierno pudieran ser llevados unos ante otros, sin más trámite, y de oficio o a merced de los intereses particulares, para responder a querellas criminales.

“No es exacto tampoco que el pedido de desafuero hecho después de la providencia de autos, carezca de objeto si el Juez entiende que debe absolver al acusado, pues, no es el único que ha de resolver en la causa, ni es admisible que tal pedido importe un prejuzgamiento, dado que se realiza bajo el concepto de ser una medida impuesta por la ley y eventualmente necesaria para el cumplimiento de la sentencia.

“El desafuero del diputado o senador acusado criminalmente, sólo se justifica ante la necesidad o posibilidad inmediata de proceder contra su persona y no como regla general aplicable desde la iniciación del juicio.

“Ni la dignidad del funcionario, ni el ejercicio de la función, son afectados por los procedimientos comunes, que únicamente tienden a la averiguación de la verdad.”

Tal es la interpretación más constante de nuestros tribunales,

---

(1) *Gaceta del Foro*, tomo 62, pág. 240. Tal es el alcance atribuido al art. 62 por la jurisprudencia de la Suprema Corte: *Gaceta del Foro*, Noviembre 15 de 1921, pág. 81, y Octubre 23 de 1923, pág. 369.



y la que podemos decir es la más correcta y más ajustada al texto de la Constitución. Naturalmente que la impunidad existe siempre, porque los cuerpos colegiados difícilmente llegan a privar de sus prerrogativas a uno de sus miembros, pero eso no impide que el sumario exista.

#### PODER JUDICIAL

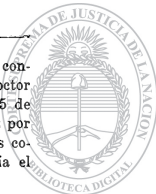
**Sumario:** 113. Disposiciones aplicables. — 114. Jurisprudencia.

**113.** — Sobre el Poder Judicial rigen las mismas disposiciones que ya hemos comentado relativas al Presidente de la República, Vicepresidente y Ministros. Los miembros del Poder Judicial están comprendidos en el mismo texto constitucional (art. 45) y sujetos a las mismas cuestiones.

**114.** — La interpretación más exacta y reciente del mencionado artículo constitucional la da un fallo referente a un caso muy interesante producido en esta Capital <sup>(2)</sup>. El juez de instrucción de la Capital, hoy fallecido, doctor Domínguez, ordenó la detención del diputado Saccone en una incidencia en que éste no quiso declarar como testigo. El diputado Saccone se presentó, entonces, ante el juez en lo correccional doctor Ortega acusando criminalmente al juez doctor Domínguez por violación del art. 61 de la Constitución y del art. 242 del Código Penal, que prescribe: "Será reprimido con multa de quinientos a dos mil pesos e inhabilitación de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas".

El juez doctor Ortega se declaró incompetente para entender en este asunto, basado en el art. 23 del Cód. de Proc. en lo Crim., por considerar que las querellas formadas por causas que afectaban las inmunidades de un diputado correspondían al fuero federal, a quien remitió los autos. El asunto se elevó por apelación a la Cá-

(2) *Gaceta del Foro*, tomo 62, pág. 291.



mara del Crimen, la cual, con el voto de dos de sus miembros, confirmó la resolución del doctor Ortega, con la disidencia del doctor Coll quien dijo que no debía hacerse proceso, porque el art. 45 de la Constitución cerraba todo camino de procesamiento a un juez por actos cometidos en el desempeño de sus funciones o por delitos comunes, y que la querella debía declararse improcedente. Decía el doctor Coll:

“Que la acción iniciada es manifiestamente contraria al principio establecido en los arts. 45, 51 y 52 de la Constitución Nacional. Si en los casos de “in fraganti” delito es admisible la intervención del Juez para reunir los elementos de prueba que posteriormente puedan escapar a la investigación, ello es tan sólo a fin de poner el hecho en conocimiento de la Cámara de Diputados, pues en todos los casos es a ella a quien corresponde conocer en las causas que se intenten contra los magistrados por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones y aún por crímenes comunes. Tal ha sido el principio invariablemente observado en los precedentes nacionales. Sin que ello importe un fuero, el Juez por su investidura no debe estar sometido al imperio de otro Juez en causas criminales, y la sustanciación de un sumario semejante además de no poderse realizar porque es inadmisibles la indagatoria — elemento esencial del sumario — y menos aún la prisión preventiva, importaría un absurdo institucional.

“Los magistrados, ministros de la Corte o jueces de cualquier jurisdicción o instancia llevados por querellas criminales en calidad de procesados y ante otros jueces inferiores en jerarquía, constituye tal evidente anomalía en el orden institucional, que no necesita demostración.

“La pretendida acción afectando la esencia del Poder Judicial, lesiona gravemente la independencia, garantida en forma más absoluta aún que la del legislador. Solamente el juicio político despoja al Juez de su alta investidura, y sólo así, como lo estatuye el art. 52 de la Constitución, la parte condenada, el ciudadano, no el Juez, “quedará sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los Tribunales comunes”.

“Esta cláusula demuestra claramente que sin previo juicio político no es posible procesar al magistrado, y que los hechos que pueden constituir el sumario son los que se someten a la comisión respectiva de la Honorable Cámara de Diputados, con amplias facultades de investigación.

“Que en tal concepto no procede la declaración de incompetencia de oficio, pues, como cuestión fundamental y previa debe plantearse ésta que da lugar a rechazar de plano la acción instaurada, debiendo el querellante ocurrir ante la autoridad competente, tanto más cuanto que el hecho que motiva la querella se halla en conocimiento de la H. Cámara de Diputados y ha dado lugar a la presentación de juicio político, y es el querellante diputado nacional (Diario de Sesiones de mayo 27 de 1925).”



Pasado el asunto a la justicia federal, la Cámara de Apelaciones en lo Federal, por el dictamen de su fiscal, se pronunció aceptando la tesis que había sostenido el doctor Coll en la Cámara del Crimen, que es indudablemente la más exacta dentro de la Constitución, y estableciendo que es diferente la situación de los jueces y la de los miembros del Congreso ante nuestro derecho penal, pues los magistrados judiciales de la Nación no pueden ser juzgados por otros jueces por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o por delitos comunes.

El principio es tan evidente, que parece imposible sostener lo contrario. No sería de ninguna manera compatible con la independencia del Poder Judicial que un juez pudiera ser acusado ante otro juez. Como la jurisdicción depende del delito imputado, podríamos tener mañana el caso de un miembro de la Corte Suprema o de una Cámara de Apelación acusado ante un juez correccional o del crimen, lo que es sencillamente absurdo.

En resumen, dentro de la jurisprudencia actual, no es posible instaurar ni siquiera el sumario contra los magistrados judiciales de la Nación.

#### CUERPO DIPLOMATICO

**Sumario:** 115. Jurisdicción. — 116. Derecho aplicable. — 117. Jurisprudencia.

**115.**— Tienen también inmunidades respecto a la aplicación del Código Penal los miembros del cuerpo diplomático extranjero residente entre nosotros.

El art. 21 del Código de Procedimientos Penales de la Capital, prescribe: “La Suprema Corte Nacional conocerá originariamente: De las causas criminales concernientes a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros; a las personas que compongan la legación, a los individuos de su familia o servidumbre, del modo y en los casos en que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho internacional”.

De manera que, según nuestros textos vigentes, cuando una causa criminal concierne a un ministro diplomático extranjero, interviene originariamente la Corte Suprema, no los tribunales del fuero ordinario, cualquiera que sea el delito.



116. — El texto aparentemente es claro: la Corte Suprema interviene y falla procediendo con arreglo al derecho internacional como corte de justicia. Pero la cuestión es un poco más ardua.

La ley dice que la Corte Suprema fallará como una corte de justicia y de acuerdo con el derecho internacional. ¿Qué establece el derecho internacional? Establece el concepto de la extraterritorialidad. Es decir, que la persona del ministro o del embajador representa a la Nación que lo tiene a su cargo en ese momento. La legación de Francia, por ejemplo, en virtud de una ficción del derecho internacional, constituye una prolongación del territorio de Francia; sobre la base de esa ficción se considera que el delito cometido en la legación francesa lo ha sido en territorio francés.

El derecho internacional ha pretendido reglar estas cuestiones dándoles un carácter especial. En el fondo, las teorías coinciden en que las leyes locales no pueden aplicarse al ministro diplomático o a las personas que forman parte de la legación; debe solicitarse al país del cual depende ese ministro o ese personal que le retire esta especie de inmunidad y lo entregue a los tribunales locales, o bien se le expulsa del país de una manera cortés, retirándole sus pasaportes por ejemplo, o bien se acepta la renuncia que pueda hacer a la inmunidad que lo ampara, y entonces recién se lo somete a los tribunales locales.

117. — Eso es lo que nos dice el derecho internacional, en líneas generales. Es también lo que ha resuelto nuestra Suprema Corte de Justicia desde 1877, en fallo dictado el 6 de Junio de ese año, sentando una jurisprudencia que ha quedado inalterada desde entonces <sup>(\*)</sup>.

La Suprema Corte resolvió en este caso en que intervino el ministro de Chile Barros Arana, lo siguiente: “Los ministros están exentos por el derecho de gentes de la jurisdicción del país en que residen, aunque pueden renunciar a este privilegio y someterse a la jurisdicción local”.

De modo que la Corte se declara competente por la ley argentina, pero incompetente por la ley internacional que aquella le manda aplicar.

---

(\*) Fallos, tomo X, 2ª serie (tomo 19 de la numeración corrida), pág. 108.



**JEFES DE ESTADO EXTRANJEROS**

**Sumario:** 118. Principios aplicables. — 119. Disposición legal.

**118.** — El mismo principio se aplica, indudablemente, a los jefes de Estado extranjeros, aunque nuestra legislación no diga nada al respecto; los códigos europeos generalmente contienen una serie de disposiciones que reglamentan la protección dispensada a la persona de los soberanos extranjeros cuando visitan el país. Entre nosotros, pues, el caso sería equiparable al del ministro diplomático: el jefe de Estado extranjero vendría con las mismas inmunidades que un embajador o un ministro, y en consecuencia se aplicarían análogos principios.

**119.** — El Código Penal argentino contiene al respecto un único precepto, el del art. 221, que dice: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las inmunidades del jefe de un estado o del representante de una potencia extranjera”.

—



## SISTEMA PENAL DEL CODIGO

### SUMARIO

- I. Principios que lo informan. Exposición.
- II. Las penas. Sistema penitenciario. Reclusión y prisión. Inhabilitación. Multa. Legislación sobre faltas.
- III. Medidas de seguridad. Régimen. Crítica.
- IV. Sistema de otros códigos. Proyecto suizo. Id. Ferri. Id. Rocco.
- V. Régimen de la prisión preventiva. Su cómputo.

### I. — Principios que lo informan

#### EXPOSICION

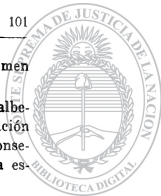
Sumario: 120. a) Fundamento del derecho de reprimir; b) finalidad de la legislación. — 121. Sistemas en materia de régimen de la penalidad. — 122. Sist. de nuestro Código. — 123. Análisis crítico.

**120.** — Los sistemas penales de los códigos se basan:

a) en el *fundamento* del derecho de reprimir que informa legislación de un Estado;

b) en la *finalidad* que se ha propuesto esa legislación.

Según cuales sean estos principios, será también el resto sistema penal.



**121.** — Existen tres sistemas generales en materia de régimen de la penalidad:

a) Cuando la ley penal se basa en el concepto del libre albedrío, la consecuencia necesaria es que la pena resulta una expiación o un castigo. El hombre ha querido el mal del delito y, en consecuencia, recibe el mal de la pena. Este mal de la pena es una especie de compensación o de retribución que da el Estado.

b) Cuando la ley penal se inspira en el criterio de la normalidad psíquica como base de la responsabilidad penal, las consecuencias son diversas. Por un lado existe todavía la pena, como castigo, como mal impuesto necesriamente por el Estado; por otro lado, aparece la necesidad de regular, por medio de disposiciones contenidas en el Código, aquellos estados del individuo que, saliendo de la normalidad, caen en la anormalidad e imponen en consecuencia la existencia de ciertas sanciones o ciertos institutos que la corrijan. Es el sistema de los códigos de la política criminal, que contienen penas y medidas de seguridad.

c) Como tercer principio inspirador de un sistema penal tenemos el de la escuela positiva. La responsabilidad del sujeto deriva del hecho de que vive en sociedad; es la defensa social la que regula la actividad defensiva del Estado. Esas medidas de defensa social que el Estado adopta, en forma de penas o de medidas de seguridad, son las que denomina *sanciones* el proyecto italiano de 1921.

**122.** — Expuesto este punto de vista, guía clara para conocer la orientación de un código, veamos el sistema penal del nuestro.

La comisión redactora ha empleado conceptos que nos permiten concluir que se ha inspirado en la defensa social; y en el articulado de la ley ha empleado, a su vez, conceptos, que nos permiten concluir también que la defensa social no es la base del código.

Este párrafo de la exposición de motivos, es esencial:

“La ciencia ha cambiado esos principios y, considerando que el delito es un fenómeno social, ha tomado para las represiones un punto de vista también social. ¿Qué es lo que conviene a la sociedad? ¿Cuáles son sus deberes frente al hecho del crimen? Eso es lo que debe consultarse principalmente, porque, desde el momento





que el fenómeno es social, y que se relaciona con causas sociales, el criterio para afrontar las soluciones debe ser también social” (1).

Es indudable que este párrafo llena ampliamente los fines de la defensa social contra el delito. Pero, como le ha pasado muchas veces a nuestro código, la intención del legislador ha sido una cosa y la realidad ha sido otra.

**123.** — Ante esa realidad legislativa, podemos afirmar que no es exacto, como lo consigna la exposición de motivos, que el Código se base en los principios de la defensa social.

a) El juez, en presencia de un delincuente de máxima peligrosidad que ha cometido un delito de hurto, sólo puede aplicarle la pena corta del hurto, cuyo máximo es dos años de prisión. ¿Puede basarse en los principios de la defensa social un código que pone en libertad a un delincuente de máxima peligrosidad a los dos años de cometido su delito?

b) ¿De qué medios se vale el Código para cumplir los principios de defensa social en que dice inspirarse?

Expresa la exposición de motivos que ha querido establecer dos penas en el Código, para hacerlas paralelas. El paralelismo significa que el juez puede aplicar una u otra pena, de acuerdo con la gravedad del delito o con los antecedentes del delincuente.

Teóricamente es exacto que dentro de nuestro Código, el juez puede aplicar una u otra pena, con ciertas limitaciones. Sin embargo, en la técnica del Código sucede lo siguiente: los delitos contra la propiedad, que revelan por lo general más fácilmente que otros, la peligrosidad social del sujeto, no tienen más pena que la de prisión. Entonces, ¿cómo podemos hablar de penas paralelas en un sistema penal semejante?

c) Puede sostenerse que un Código se basa en el principio de la defensa social cuando todas sus instituciones están organizadas en el sentido de adecuar a una mayor necesidad de defensa, una mayor gravedad en la sanción.

Eso no sucede entre nosotros, según lo acabamos de evidenciar con la hipótesis de un delincuente de peligrosidad máxima que comete un delito levisísimo.

---

(1) Pág. 104, exposición de motivos, edición oficial.



Nuestro Código no legisla, pues, la peligrosidad del sujeto sino la gravedad del delito, y aplica en consecuencia una medida que está en relación con la gravedad del hecho. Retribuye, en una palabra — para emplear un concepto clásico — el mal del delito con el mal de la pena.

## II. — Las penas

### SISTEMA PENITENCIARIO

**Sumario:** 124. Caracteres. — 125. Enumeración. — 126. ¿El sistema penitenciario debe estar legislado en el Código Penal o en ley especial? — 127. Nuestra opinión. — 128. Obra realizada.

**124.** — Nuestro Código establece varias penas. Señala para cada una de ellas un máximo y un mínimo, rechazando en absoluto la existencia de penas fijas, sean corporales o pecuniarias.

Todas las penas terminan por el transcurso del tiempo, ya sea en virtud de su cumplimiento, ya sea en virtud de la prescripción de la acción o de la pena. Todas, pues, son limitadas.

Las penas son proporcionadas, dentro de lo que es posible y del criterio de peligrosidad del delincuente establecido en el art. 41.

**125.** — El art. 5º, libro I, capítulo II, referente a las penas, dice: “Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”.

**126.** — El criterio de la comisión especial de 1917 en punto a sistema penitenciario está expuesto en la exposición de motivos <sup>(2)</sup>: “Es indispensable reglamentar por medio de una ley especial, complementaria del Código penal, el cumplimiento de las penas, prescribiendo el régimen carcelario. No hay objeto en incorporar esos preceptos al código, porque la penalidad y el sistema para el cum-

---

<sup>(2)</sup> *Proyecto de Código penal para la Nación Argentina*, pág. 38, Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía., 1917.



plimiento de la misma son cosas diferentes. El Código prevé los delitos y fija las represiones, debiendo ser aplicado por los jueces que absuelven o condenan. El régimen penal depende de la autoridad administrativa y se hace efectivo sobre los condenados, que es a quienes se aplica. Es así extraño a los magistrados y al poder judicial”.

El doctor Herrera observó, en particular, que era deficiente y perjudicial la redacción de 1906, porque ella significaba la implantación del sistema auburniano en la aplicación de la pena, con exclusión de todo otro <sup>(3)</sup>. Como la crítica era bien fundada, fué aceptada por la comisión de 1917, la que olvidó, sin embargo, que el doctor Herrera partía del principio general de que el código debía contener las bases del sistema penitenciario aplicable a los condenados y no dejar librado el punto a lo que determinara una ley especial.

Decía el doctor Herrera: “la parte más importante del código, la que debía ocupar con preferencia la atención del legislador, es la que se refiere a la penalidad, pues del acierto en la elección del sistema represivo, de la organización racional y eficaz de la lucha contra el crimen, depende, en gran parte, la solución del problema penal que para nosotros, como para todos los pueblos civilizados, reviste tan capital importancia”. Por eso, aconsejaba que fuera el código y no una ley especial el que estableciera los principios necesarios para que el sistema carcelario argentino fuera una realidad y no un desbarajuste como sucede ahora, en que cada provincia aplica el sistema que quiere, o ningún sistema, mejor dicho.

No creemos, como el doctor Herrera, que la inclusión en el Código de un conjunto científico de disposiciones que rijan la aplicación de un sistema penitenciario, dé mejor resultado que si se sanciona una ley especial que contenga el mismo articulado que debió estar en el Código. El único argumento valedero para ello sería que el Código, por ser ley de fondo, puede ser sancionado por el Congreso para que se cumpla en todas las provincias, lo que no sucedería con la ley, que invadiría atribuciones propias de éstas. ¿Por qué? No es el lugar que ocupa una disposición del Congreso, código o ley, lo que le da valor en el territorio de una provincia,

---

(3) *La reforma penal*, pág. 73.



sino su materia misma. Si la reglamentación nacional de un sistema penitenciario es constitucional en el texto de un código, lo ha de ser también en el texto de una ley, máxime si se sanciona ésta como complemento directo del código. Siendo así, no encontraríamos ningún inconveniente en que se siguiera cualquiera de los dos sistemas, porque los dos nos llevarían al mismo resultado; pero, el hecho es que si las comisiones de 1906 o de 1917, hubieran procedido con el criterio indicado por el doctor Herrera, de incluir en el Código todas las disposiciones necesarias para la implantación de un sistema penitenciario nacional, hoy tendríamos un texto sobre el cual se pudiera opinar, en tanto que, no habiéndolo hecho, a pesar de hacer ya más de seis años que está en vigor el nuevo Código, aunque sus autores nos han presentado las bases para dictar la ley especial que indican como necesaria en su exposición de motivos (\*), ellas demuestran, dado el texto despachado por la comisión, que ésta no ha comprendido bien la gravedad práctica de esta cuestión de tan sencilla presentación teórica.

127. — La Nación debe tener en su Código Penal un sistema penitenciario, dice el doctor Herrera; no, dicen las comisiones de 1906 y de 1917, debe tenerlo por una ley especial. Pero, en tanto se discute, el sistema conveniente, científico y práctico, no lo da el Código ni lo da la ley. ¿Podrían darlo, por otra parte? Es lo que no sabemos. Un sistema penitenciario racional y adecuado a las necesidades de un país, requiere algo más que el pedazo de papel que contendría sus disposiciones. Supongamos que un sabio penalista argentino creara mañana un sistema perfecto, mejor que el filadelfiano, que el auburniano, que el progresivo irlandés o inglés. ¿Podría ser aplicado en la ciudad de Buenos Aires, en las provincias y en los territorios nacionales uniformemente? No. Será por incuria, por mala administración, por falta de medios pecuniarios o materiales, o por lo que sea, el hecho es que hoy cada provincia tiene los establecimientos carcelarios que *puede tener*. ¿Quién puede exigir a Jujuy, a La Rioja, a San Luis, que tengan cárceles modelos en las que los condenados estén sometidos a un tratamiento progresivo por ejemplo, tal como lo concibieron Crofton y Maco-

(\*) El proyecto de la comisión especial sobre régimen carcelario, es de Septiembre 14 de 1917 (orden del día número 90); véase *Infra*, N° 128.



noche? ¿Quién puede exigirlo en la misma ciudad de Buenos Aires? Para ello hace falta, capital, un costoso mantenimiento y un personal especial y seleccionado. Lo primero y lo segundo puede existir en la Capital Federal y en algunas provincias, pero lo tercero en ninguna parte. Pero aún suponiendo que exista, ¿cuál es el sistema mejor? Pensilvania ha dado su nombre, entre otros, al sistema celular, a pesar de lo cual sus cárceles actuales están hoy muy lejos de él. La del Este, por ejemplo, tenía en 1914, 1463 detenidos. Su régimen interno, según uno de los condenados, “es de los más humanos, un modelo digno de ser imitado, no solamente en el país sino en el mundo entero”<sup>(5)</sup>.

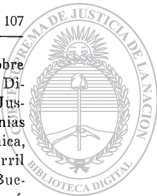
El problema de la pena es capital. No basta con escalonarlas sabiamente en el articulado perfecto de un código y de acuerdo con los principios de la más estricta “proporción penal”, porque ello es, hoy, con los progresos de la ciencia criminal, cuestión de menor cuantía. Es menester estudiar a fondo las funciones de la pena y la manera de realizarlas adecuadamente en la práctica. Para ello hay que llegar, en primer lugar, a la individualización de la pena, a la sentencia indeterminada, a la edificación de nuevas casas de reclusión, al régimen racional del trabajo, a la organización económica de todo ese vastísimo engranaje administrativo, a la carrera de funcionario de cárceles, etc., etc. ¿Cómo cabe todo esto en un código, como lo quiere el doctor Herrera? ¿Cómo cabe en el texto de una ley especial, como la que ha redactado la comisión del proyecto de 1917, que deja para el Poder Ejecutivo la tarea de interpretarla y casi de redactarla de nuevo para aplicarla? La contes- tación es fácil y negativa.

**128.** — Poco se ha hecho, entre nosotros, en los últimos años para remediar en algo la gravedad del problema<sup>(6)</sup>. El 17 de Mayo de 1913 el diputado del Barco repite ante la Cámara un pro-

---

<sup>(5)</sup> *Revue Pénitentiaire*, año 1916, pág. 76.

<sup>(6)</sup> El año 1908, con el título *Tratamiento del delito*, el doctor Juan Angel Martínez publicó un folleto en cuya pág. 57 hay un buen proyecto de ley para los establecimientos carcelarios de la provincia de Buenos Aires. Es un trabajo útil, sin pretensiones y que resuelve bien, sin embargo, algunas cuestiones que afectan fundamentalmente a toda organización penitenciaria que pretenda ser eficaz.



yecto ya presentado en 1908 por él y el doctor Ruiz Moreno, sobre establecimientos penales, del que después nos ocuparemos. En Diciembre 16 de 1913, el doctor Carlos Ibarguren, ministro de Justicia e Instrucción Pública, redacta un decreto creando dos colonias penales en los territorios de Río Negro, isla de Choele-Choele Chiea, y Chaco, entre los kilómetros 100 y 90 de la línea del ferrocarril de Barranqueras a Metán. Del 4 al 11 de Mayo se reunió en Buenos Aires el primer congreso penitenciario argentino, que sancionó, entre otras, varias conclusiones, la 6a., 7a., 8a., 9a., 10, 11, 12, 13, 15, 16, que dicen relación con las penas y su aplicación. En Septiembre 25 de 1915, el director de la Penitenciaría Nacional, doctor Manuel Padilla, presentó al Ministerio de Justicia un proyecto de creación de la escuela de empleados de cárceles. En Septiembre 8 de 1916, el doctor del Barco vuelve a presentar a la Cámara de Diputados, su viejo proyecto de 1908 y 1913. Sobre este proyecto del doctor del Barco se expide la comisión especial en Septiembre 14 de 1917 presentando el suyo con la firma del mismo doctor del Barco; sin embargo, no creemos que el proyecto de la comisión haya mejorado el de dicho diputado. En Agosto 5 de 1918 el diputado Arancibia Rodríguez presenta un nuevo proyecto de ley. Este proyecto aventaja en algunas disposiciones al anterior de la comisión, a pesar de lo cual tiene los mismos inconvenientes prácticos que el de ésta, especialmente en la falta de *autonomía legal* para que la Dirección de prisiones llene su cometido con independencia y eficacia.

El doctor Moreno reprodujo su proyecto de sistema carcelario, y también el diputado Miguez, y volvió a expedirse la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la Cámara de Diputados en dos oportunidades, en 1925 y 1926 <sup>(7)</sup>. Este último despacho dice así:

---

(7) Véase en *Revista Penal Argentina*, tomo V, pág. 244 a 312, el proyecto del doctor Rodolfo Moreno (hijo) y sus extensos fundamentos. Sobre la base de este proyecto, reproduciéndolo en gran parte, se expidió la comisión de legislación penal de la Cámara de Diputados, en los años 1925 y 1926; este último despacho e informe correspondiente puede verse en *Revista Penal Argentina*, tomo VI, pág. 250 y sigts.

## TITULO I

### Régimen de la penalidad

#### I

##### *Pena de reclusión*

Art. 1º — Los establecimientos destinados al cumplimiento de la pena de reclusión sólo se podrán fundar fuera de los centros urbanos.

Art. 2º — Los condenados a reclusión serán sometidos al trabajo obligatorio dentro o fuera del establecimiento.

Art. 3º — Cuando los condenados a reclusión sean empleados en obras públicas, trabajarán separados de los obreros libres.

#### II

##### *Pena de prisión*

Art. 4º — La pena de prisión temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto, dentro o fuera de los centros urbanos.

Art. 5º — Los condenados a prisión trabajarán dentro del establecimiento, en la celda o en común, de acuerdo con los reglamentos respectivos.

Art. 6º — Cuando la pena no excediere de treinta días de prisión podrá cumplirse en los depósitos de contraventores, con la separación correspondiente.

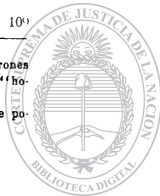
#### III

##### *Disposiciones especiales para determinados condenados*

Art. 7º — En los establecimientos penales de mujeres las menores de 18 años serán rigurosamente separadas del resto de la población penal.

En los mismos establecimientos se destinará una sección especial para las mujeres que tuvieran hijos en estado de lactancia.





Art. 8° — Los establecimientos penales destinados a menores varones tendrán, en cuanto sea posible, el carácter de "colonias agrícolas" y "hogares".

Los que existan actualmente y no tuvieran ese carácter y no fuese posible dárselo, se organizarán como escuelas de artes y oficios.

#### IV

##### *Reclusión para reincidentes*

Art. 9° — Los jueces, en los casos de aplicación del art. 52 del Código Penal deberán determinar en sus fallos el término mínimo en que los reincidentes deben quedar sometidos al régimen de la reclusión en el establecimiento carcelario de los territorios del sur que establezca el Poder Ejecutivo a ese efecto. Después de ese término las autoridades del establecimiento, con aviso al juez de la causa, podrán cuando el condenado haya observado buena conducta y los reglamentos carcelarios, permitirle, dentro del distrito donde se encuentra, que trabaje con particulares, bajo la vigilancia de dicha autoridad que percibirá el jornal considerándolo como peculio.

Cualquiera infracción cometida por el penado lo retrotraerá a la situación anterior.

Durante el primer período de ensayo de trabajo libre, el penado deberá concurrir al establecimiento penal en las horas no destinadas a ese trabajo. Después de dos años de ensayo podrá ser liberado de esa obligación, debiendo quedar en libertad en algunos territorios del sur, bajo el régimen del art. 13 del Código Penal, durante cinco años, régimen que cesará si el penado justifica haber observado buena conducta en todo ese espacio de tiempo.

La cesación sólo podrá ser pronunciada por el juez de la causa con los informes de las autoridades del territorio donde hubiere residido.

#### V

##### *Disposiciones comunes a las diferentes penas*

Art. 10. — Los condenados a las penas de reclusión y prisión serán sometidos al régimen celular individual durante las horas no destinadas al trabajo, a la instrucción y al recreo higiénico indispensable.

Al ingresar al penado al establecimiento en el cual ha de cumplir su condena, y después de adaptarlo al reglamento interno, será sometido a un período de observación durante el cual las autoridades deberán estudiar sus





aptitudes, condiciones, carácter y demás modalidades. Ese período podrá durar hasta seis meses tratándose de condenados a reclusión y hasta tres tratándose de condenados a prisión.

Art. 11. — Dentro de cada establecimiento se harán las clasificaciones de penados que consientan la naturaleza y las condiciones de aquellos. Los reglamentos que se dicten en cumplimiento de la presente ley establecerán las bases a que haya de sujetarse esa clasificación y las diferencias generales de régimen, sin perjuicio de las que deben adoptar las autoridades carcelarias con relación a los distintos individuos.

Art. 12. — Dentro de los sesenta días de la promulgación de la presente ley los directores de los establecimientos penales proyectarán la reglamentación que a cada uno de ellos corresponda, debiendo ser aprobada por el Poder Ejecutivo para que entre en vigor.

Art. 13. — La reglamentación ordenada en el artículo anterior deberá sujetarse a los siguientes principios:

a) En cuanto al trabajo: que sea útil, concordante con las exigencias de orden económico del medio social, compatible con las condiciones personales de los penados y con la clase de pena que cumplieren; y que asegure la formación de un peculio para los condenados. La duración de la jornada será determinada por los reglamentos, no pudiendo exceder de ocho horas. El trabajo no será considerado ni aplicado como castigo;

b) En cuanto a la instrucción: que tenga carácter eminentemente práctico, utilitario y moral. El Poder Ejecutivo establecerá los planes correspondientes;

c) En cuanto a la disciplina: que asegure el cumplimiento estricto de las disposiciones reglamentarias, mediante un sistema combinado de castigos y recompensas y tratando de que estas últimas importen motivos de estímulo material y moral para los penados de buena conducta.

Art. 14. — Los condenados a reclusión y prisión llevarán el traje penal del establecimiento.

Las relaciones de los penados con personas ajenas al establecimiento en que se encuentran se permitirán teniendo siempre en cuenta la conducta del penado.

La correspondencia de los penados y para los mismos será vigilada cuidadosamente.

Los penados tendrán derecho a verse con los miembros de su familia en el tiempo y la forma determinada por los reglamentos.

Art. 15. — Los condenados podrán expresar a las autoridades del establecimiento en que cumplan su condena preferencia por trabajos determinados y aquellos deberán tener en cuenta las aptitudes respectivas a tales efectos, salvo que la dirección conceptúe que por las condiciones del sujeto deba contrariarse la preferencia o aptitud y adjudicarle otras tareas.



## VI

*Penados provinciales*

Art. 16. — A los efectos de la segunda parte del art. 18 del Código Penal se considerará que las provincias no disponen de establecimientos adecuados para la ejecución de las penas, cuando los que tuvieran no se encontraren en las condiciones requeridas para la efectividad de los preceptos consignados en esta ley.

Art. 17. — Los absueltos por tribunales provinciales por las causales expresadas en el inc. 1º del art. 34 del Código Penal, serán enviados a los manicomios o establecimientos nacionales adecuados cuando no existieren en la provincia respectiva.

## VII

*Encausados*

Art. 18. — Los encausados en ningún caso serán puestos en los mismos establecimientos en que se encuentren los condenados, no debiendo tampoco permanecer en ellos una vez que quede ejecutoriada la sentencia condenatoria. Mientras se establezcan los penales, cárceles o casas de corrección necesarias para el debido cumplimiento de esta ley y del Código Penal, los condenados a penas leves podrán conservarse y cumplirla en las cárceles de encausados con la debida separación de éstos.

## VIII

*Peculio*

Art. 19. — El Poder Ejecutivo a propuesta de las direcciones de los respectivos establecimientos carcelarios, fijará la remuneración del trabajo de los penados. Esa remuneración no será inferior a la tercera parte de la que devenguen por ese trabajo los obreros de la industria privada de la región en que se encuentren situados dichos establecimientos. En cuanto sea posible, se adoptará el sistema de remuneración por pieza.

Art. 20. — Los salarios que ganen los condenados constituirán el peculio de éstos, el cual aplicará a los fines establecidos en el art. 11 del Código Penal.



## IX

*Accidentes del trabajo en los establecimientos carcelarios*

Art. 21. — El Poder Ejecutivo asegurará contra los riesgos del trabajo a los penados que practiquen el trabajo obligatorio en los establecimientos carcelarios. Las indemnizaciones que puedan percibir los penados formarán parte de su peculio, y se registrarán de acuerdo a las disposiciones de la ley 9688.

## TITULO II

*Dirección general de establecimientos penales*

Art. 22. — El Poder Ejecutivo organizará una Dirección general de establecimientos penales, con funciones directivas para las cárceles nacionales y de fiscalización en los establecimientos provinciales.

Art. 23. — La Dirección general vigilará el estricto cumplimiento de las penas que se impongan de acuerdo con el Código Penal, y la aplicación uniforme del régimen de la penalidad en toda la República, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Art. 24. — Las autoridades de provincia se entenderán directamente con la Dirección de establecimientos penales en todo lo referente a la remisión de los presos indicados en los arts. 18 y 34, inc. 1º, del Código Penal, como así mismo en todo lo que se relaciona con el cumplimiento de la presente ley.

La Dirección general podrá dirigirse a las autoridades provinciales recabando la adopción de medidas que tengan por objeto el cumplimiento del régimen penal establecido.

Art. 25. — Esta ley se tendrá como complementaria del Código Penal (ley 11.179).

Expresando, en síntesis nuestra opinión acerca del despacho transcripto, diremos que mantenemos, en lo fundamental, la crítica ya formulada, por cuanto no establece ningún principio no contenido ya en el Código Penal y abandona todo a reglamentos a dictarse en el futuro y a normas que resultarán del carácter de los establecimientos existentes. No crea tampoco los “órganos neces-



rios ni los fondos de que no puede disponerse sin la ley carcelaria<sup>129</sup>, como lo dice el decreto de 29 de Noviembre de 1922.

El proyecto es deficiente en cuanto no crea el régimen indispensable para el cumplimiento de las instituciones del art. 34, inc. 1º del Código Penal.

Respecto del art. 7º, creemos que conviene primero crear las cárceles para mujeres, y respecto del 8º la ley debiera señalar las características de los establecimientos para menores.

Por lo que hace al *período de observación* a que alude el art. 10, si el régimen a que estuviesen sometidos los reclusos durante ese período, no los eximiese de la obligación del trabajo, no alcanzamos a comprender su objeto, ya que el penado debe estar sometido durante todo el tiempo de la condena a la observación de las autoridades carcelarias. En cuanto a las clasificaciones mencionadas en el art. 11, ellas debieran ser fijadas por la ley.

El art. 18 es verdaderamente imperativo y propio de una ley como la que se necesita, pero lo lamentable es que no existan cárceles de encausados donde pueda ser aplicado.

Los arts. 22, 23 y 24 deberían establecer las funciones de dirección y fiscalización, así como los medios y manera de ejecución, y determinar a qué autoridades de provincia se refieren y si es sólo a las penales.

De todo esto, nada se ha traducido en una sola sanción legislativa. Parece como si las autoridades nacionales creyeran que el asunto no vale un momento de atención. Los años pasan y todo sigue la mismo. Ante semejante inercia, ante una despreocupación tan evidente, ¿no hay derecho para suponer que es el país entero el que no siente la necesidad de poner diques reales a la delincuencia, previniendo, reprimiendo, enmendando con perseverancia y eficacia?

#### RECLUSION Y PRISION

**Sumario:** 129. Tendencia de la comisión reformadora. — 130. Elementos y caracteres. — 131 y 132. Decretos del Poder Ejecutivo Nacional. — 133. Crítica. — 134. Conclusión. — 135. Disposiciones especiales. — 136. Accesorios. — 137. Locura sobreviniente. — 137 bis. Penados provinciales.

**129.** — La comisión tomó como base de su sistema la reducción



del número de penas. Comenzó por eliminar la pena de muerte, en lo que hizo perfectamente bien, y dijo que la tendencia de la ciencia penal contemporánea se encaminaba hacia la reducción de las penas, citando ejemplos del código de Noruega y otros casos. Ello la autorizaba a tratar la materia legislable del código con solamente la imposición de dos penas: reclusión y prisión.

**130.** — Veamos los elementos y caracteres de estas penas, y las consecuencias han de surgir por sí solas en cuanto al conocimiento de la obra realmente realizada por el legislador argentino.

El art. 6º del Código dispone: “La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares”.

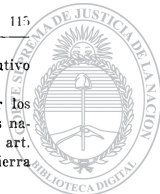
El art. 9º prescribe: “La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos”.

Comparando las dos penas, se advierte que exactamente el mismo régimen es el que las gobierna: ambas se cumplirán con trabajo obligatorio. ¿Qué es lo único en que varían? En el establecimiento en que deben cumplirse; y en que los condenados a la pena de reclusión podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con tal que no sean contratadas por particulares.

Es una diferencia, indudablemente, pero que no se aplica en el hecho, porque en nuestro país no se hace ninguna obra pública con penados. De manera que el régimen de ambas penas es exactamente el mismo, y lo único diferente son los establecimientos en que deben cumplirse.

**131.** — Podría decirse que de acuerdo con esa diferencia de establecimientos las penas pueden ser diversas, porque como la misma comisión lo quería en su exposición de motivos, el régimen de cumplimiento de la pena de reclusión puede ser hecho sobre la base de reglamentos mucho más severos que los que rigen el cumplimiento de la pena de prisión.

Sin embargo, veamos lo que ha dicho el Poder Ejecutivo, llamado a cumplir el código en su carácter de ejecutor de las leyes.



Por decreto de 29 de Noviembre de 1922, el Poder Ejecutivo resolvió (\*) :

“Art. 1º — Los condenados a la pena de reclusión, por los tribunales nacionales, por los de la capital federal y territorios nacionales, y los que remitieren las provincias de acuerdo con el art. 18 del Código Penal, cumplirán su condena en la Cárcel de Tierra del Fuego (Ushuaia).

“Art. 2º — Los condenados a la pena de prisión cumplirán su condena en la actual Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, pudiendo mantenerse en la respectiva cárcel de cada territorio, cuando la pena no pasare de cinco años y se tratare de sujetos de buena conducta.”

Entre los fundamentos del decreto, se dice:

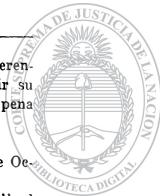
“Que los antecedentes legislativos del Código Penal, demuestran un concepto uniforme en la apreciación de las penas, condensado en el siguiente párrafo del despacho de la comisión de códigos del Honorable Senado, que resume el sentir general al respecto: “La prisión — decían los autores del proyecto de 1906 en su informe —, tal como está organizada después de la ley de reformas, es decir, con la obligación del trabajo, no difiere de la penitenciaría, que establece el código vigente, sino en cuanto a su duración y a otros detalles de menor importancia, y en el hecho hasta se sufre en los mismos establecimientos penales. Teniendo en cuenta estas circunstancias, y que en realidad son penas completamente equivalentes, por cuya razón no hay objeto alguno en mantener las dos, hemos optado por la prisión, dándole la extensión de la actual de penitenciaría...” y “La misma razón, que tuvieron los autores del proyecto de 1906 para substituir la pena de penitenciaría por la de prisión, existe para reemplazar la de presidio por reclusión, como lo hizo la comisión especial de legislación penal y carcelaria de la Honorable Cámara de Diputados”. (*Exposición de motivos*, pág. 231, ed. oficial).

“Que en igual sentido se articula el proyecto sobre régimen carcelario presentado en 1917 por la referida comisión especial de legislación penal y carcelaria.”

De manera que el gobierno entendió que las dos penas son to-

---

(\*) *Revista Penal Argentina*, t. IV, pág. 133.



talmente distintas y deben cumplirse en establecimientos diferentes, pues todo individuo condenado a reclusión debía cumplir su pena en Ushuaia y todo condenado a prisión debía cumplir su pena en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires.

132. — Pero pasó muy poco tiempo y por decreto de 10 de Octubre de 1923, dice el mismo Poder Ejecutivo (\*):

“Visto el artículo publicado en el diario local “La Razón”, el 6 del corriente, por el diputado nacional doctor Alfredo L. Spinetto, y la concordante nota de la Comisión de superintendencia de cárceles y establecimientos de corrección, tendientes a obtener una modificación en el régimen penitenciario.

“Y considerando: 1º Que la aplicación estricta del Código Penal, es imposible sin caer en injusticia o contradicción con los fines elevados que lo informan, por la carencia de establecimientos penitenciarios o penales que, dentro del precepto del art. 18 de la Constitución Nacional, sirvan para una eficaz aplicación diferencial de la prisión y la reclusión;

“2º Que el principio fundamental de la individualización de la pena, que nuestro código consagra en su art. 40, se cumplirá mejor distribuyendo la población de penados entre la Penitenciaría Nacional y la Cárcel de Tierra del Fuego, sin distinción de prisión o reclusión, sino atendiendo a las características personales del penado, el tiempo de su condena, la conducta observada, etc.;

“3º Que esta solución de emergencia estará supeditada a la realización de un plan de reglamentación y construcción carcelaria, cuyo estudio está confiado por el Poder Ejecutivo a una comisión de expertos.

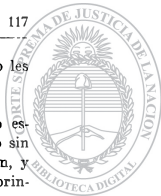
“Por ello y concordantes de las exposiciones citadas en el exordio, el Presidente de la Nación Argentina, decreta:

“Art. 1º — Cualquiera que sea la calidad de la pena, los condenados pueden permanecer en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, siempre que observen, en ella, una conducta concordante con las exigencias del sistema reformativo implantado en la misma.

“Art. 2º — Que si la conducta observada no se ajustara a las exigencias de dicho régimen, los condenados, cualquiera que sea su

---

(\*) *Revista Penal Argentina*, t. IV, pág. 136.



pena, sean trasladados a la cárcel de Tierra del Fuego, cuando les faltare para extinguirla no menos de un año.”

**133.** — La reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establece, pues, que no es posible aplicar estrictamente el Código sin caer en injusticia o contradicción con los fines que lo inspiran, y que en la forma ordenada por el decreto se cumplirá mejor el principio fundamental de la individualización de la pena.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo no tiene atribuciones para entender que se cumpla mejor el Código Penal mediante una reglamentación que establece lo contrario de lo que el Código Penal dispone. El criterio de la conveniencia, en que se apoya el Poder Ejecutivo, es algo completamente distinto al criterio de interpretación de un texto legal.

Por este decreto, que es el que está en vigencia actualmente, la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires tiene condenados a reclusión y a prisión; por este decreto, un condenado a prisión, que observa mala conducta en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires (lo cual no tiene nada que ver con el Código, ni con la pena, ni con el delito), es remitido a Ushuaia para que cumpla allí la pena en un establecimiento de reclusión.

De modo que la contradicción entre ambos decretos del Poder Ejecutivo, dictados a menos de un año de diferencia, es evidente. Por el del año 1923, la cárcel de Ushuaia, que es cárcel de reclusión en la realidad, y así la consideraba el decreto de 1922, se transforma en cárcel de prisión para los condenados de la Penitenciaría Nacional que observen mala conducta; a su vez, la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, cárcel de prisión por el decreto de 1922, es cárcel de prisión y de reclusión por el decreto de 1923.

Como decíamos, esta disposición reglamentaria será todo lo conveniente que se quiera, pero no es el cumplimiento de lo que el Código ha ordenado. Nos imaginamos fácilmente la perplejidad de un comentarista europeo explicando el sistema de penas paralelas del Código Penal argentino, a quien un oyente le dijera que un decreto del Poder Ejecutivo ha establecido un sistema contrario, en el que no se tiene en cuenta para nada el régimen de cumplimiento de la pena, ni las peculiaridades del delito, ni los antecedentes y características del delincuente...





**134.** — De lo expuesto se desprende que, en el fondo, hay en la República Argentina una sola pena, puesto que la única diferencia que señala el Código es la relativa a la diversidad de establecimientos en que deben cumplirse y los establecimientos en que se cumplen son los mismos.

**135.** — El art. 7º, legisla un caso especial: “Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.” (Esta última parte, a partir de “no debiendo”, se aceptó por nuestra indicación).

Dispone el art. 10: “Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias.” Propusimos en este artículo un agregado, que el Senado aceptó, pero no la Cámara de Diputados, así concebido: “El juez podrá acordar lo mismo, cuando se trate de personas de muy honestos antecedentes”.

**136.** — La reclusión y prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, conforme a lo preceptuado en el art. 12º “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan, además, la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”.

Son todas medidas claras, que no ofrecen dificultad. Es indudable que el penado no puede realizar actos entre vivos, no puede hacer contratos, sino en la forma que podría hacerlo un incapaz, por intermedio de su curador. Los derechos de que la ley no priva al penado son, por ejemplo, los de testar, reconocer hijos naturales, etc.

Este artículo, en la sanción de la Cámara de Diputados, tenía una defectuosa redacción, pues decía:

“La reclusión y la prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres



años más, según el caso y a juicio del tribunal. Importa también la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio "in extremis". El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces.

"La privación de la patria potestad corresponderá a todos los casos cuando el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos."

La redacción actual fué propuesta por nosotros a la comisión del Senado y aceptada en ambas Cámaras.

**137.** — El art. 25 prevé el caso de que el penado se volviese loco durante la condena, disponiendo que en ese supuesto el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inc. 1º del art. 34.

La parte final: "sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3º del inc. 1º del art. 34", fué agregada a nuestra indicación.

**137 bis.** — Dispone el art. 18: "Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados".

La disposición se explica por sí sola, puesto que tiende a que el régimen penitenciario se aplique uniformemente en el país, evitando que por carencia de locales adecuados ese régimen sea letra muerta en algunas provincias.

## INHABILITACION

### Absoluta

Sumario: 138. Efectos. — 139. Análisis.

**138.** — La inhabilitación es una pena que puede ser principal, es decir, única para ciertos delitos, o accesoria, para otros en relación a las penas principales con que se reprimen.



El art. 19 regula los efectos de la inhabilitación absoluta:

“La inhabilitación absoluta importa:

1º La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;

2º La privación del derecho electoral;

3º La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4º La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase. Si el penado tuviese esposa, hijos menores de cualquier clase o padres ancianos y desvalidos, corresponderá a éstos el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío. En caso contrario, su importe se destinará a aumentar los fondos provenientes de la aplicación del artículo 11.”

A nuestra iniciativa fué agregado en el senado el último párrafo del inc. 4º

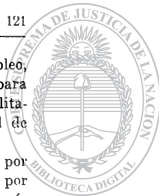
**139.** — Estas disposiciones son generales e importantes. Merece una referencia especial la citada en el inc. 4º. El Código derogado privaba al penado, en este supuesto, de toda jubilación o goce de montepío, y sucedía que en ciertos casos quien sufría las consecuencias no era el penado sino su familia, privada muchas veces no solamente de la protección del jefe de la misma, sino también de la única entrada de que disponía. La disposición resultaba así completamente injusta. Por eso el proyecto de 1917 recogió esta idea, que le fué sometida oportunamente, y adoptó el principio consagrado hoy.

Cuando no hay familia, no es el Estado quien debe beneficiarse con esta ganancia que le produce el delito del penado, sino que esa pensión o jubilación debe entrar a formar parte del capital con el cual contribuye a resarcir los daños producidos por el delito, que legisla el art. 11 de que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

#### **Especial**

**Sumario:** 140. Efectos. — 141. ¿Le es aplicable la condena condicional? Jurisprudencia. — 142. Análisis crítico.

**140.** — El art. 20 regula los efectos de la inhabilitación espe-



cial: "La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere".

Es la inhabilitación que acompaña a los delitos cometidos por culpa o imprudencia, como el derrumbe de una casa producido por incapacidad de su arquitecto o constructor. La ley aplica, además de la multa o pena corporal correspondiente, una inhabilitación especial que llega a varios años.

**141.** — Debemos señalar aquí otro defecto de técnica de nuestro Código al introducir disposiciones esenciales de otras leyes sin coordinarlas entre sí con el conjunto de las demás. Nuestros tribunales han tenido que aplicar más o menos bien un Código Penal deficiente, y las interpretaciones muchas veces han ido al azar de las circunstancias que presentaban los casos a resolver.

Un día aparece en los tribunales de Buenos Aires el caso de un chauffeur que había cometido un homicidio por imprudencia y a quien el juez aplicaba la penalidad de un año de prisión y cinco o seis de inhabilitación especial. Ese hombre tenía más derecho que otros delincuentes a gozar del beneficio de la condena condicional establecida por el art. 26, ya que se trataba de un delincuente primario no peligroso para la sociedad. Con respecto a la pena corporal no había dudas ni dificultades; pero con respecto a la inhabilitación especial el Código no dice nada, y no diciéndolo los tribunales de la Capital no se atrevieron a aplicar una disposición distinta a la general que ordena que en caso de duda la interpretación debe hacerse en favor del procesado, e hicieron extensivo también el beneficio de la condena condicional a la inhabilitación especial <sup>(10)</sup>.

De manera que a este chauffeur se le daba el derecho de seguir manejando su automóvil, cuando posiblemente lo que la ley ha querido es lo contrario, ya que aquél ha podido evidenciar con su delito una absoluta incapacidad para ese manejo. Tal es, sin embargo, la norma de jurisprudencia, aplicada en numerosos casos y que ya

---

(10) *Gaceta del Foro*, tomo 46, pág. 231; *Jurisprudencia Argentina*, tomo 14, pág. 951.

es casi imposible rever, por más esfuerzos que se han intentado al respecto.

**142.** — La interpretación ofrece caracteres de justicia y de injusticia, porque los casos evidentemente pueden presentar aspectos diferentes que deberían imponer soluciones también diversas.

La inhabilitación especial ha sido puesta en la ley con el objeto de dar una defensa a la sociedad. El silencio del Código a los efectos de saber si es susceptible o no de gozar del beneficio de la condena condicional, como la pena corporal y la multa, le ha quitado ese carácter.

#### Multa

**Sumario:** 143. Principio general. — 144. Régimen legal. — 145. Cuestiones interpretativas. Jurisprudencia. — 146. Abono de la multa.

**143.** — El régimen de la pena de multa en el Código Penal vigente difiere del establecido en el anterior derogado. En éste, por más que fué modificado por la reforma del año 1903 (ley número 4189), ciertos delitos reprimidos con pena de arresto podían ser compensados con dinero. Se pagaba así la pena corporal con dinero, lo que resultaba de una evidente injusticia.

Para el Código actual no existe esa compensación en ninguna forma. Es a la inversa, la multa, la que a veces origina una pena de prisión.

**144.** — Dice el art. 21, apartados 1º, 2º y 3º: “La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

“Si el reo no pagase la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

“El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.”





De manera que la multa no es un principio mecánico en el Código actual. El juez la aplicará de acuerdo con las características del sujeto revelada en los términos generales del art. 40, aunque podría haber dicho el Código, para ser más preciso, arts. 40 y 41. Y se tiene en cuenta, principalmente, la situación económica del penado para aplicarle el máximo o el mínimo. Son principios científicos avanzados y excelentes en materia de régimen de penas pecuniarias.

Igualmente lo son los contenidos en los apartados 4º y 5º del mismo artículo:

“También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas.

“El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.”

**145.** — Algunos de estos principios han originado cuestiones en nuestros tribunales, especialmente el contenido en el párrafo 3º. En ciertos delitos es una especie de juego el que se hace por ciertas personas, cuando se aplica una pena pequeña, como ocurre por ejemplo con la ley número 4661 sobre descanso dominical. Como la sentencia es optativa, y aplica 100 pesos de multa o en su defecto 7 días de arresto, los condenados se han presentado varias veces a los tribunales correccionales optando por la pena corporal, pero solicitando cumplirla en sus domicilios por motivos de enfermedad. El juez recibe la solicitud, envía al médico, éste no siempre va el mismo día sino el siguiente; pasa el tiempo; el médico certifica que está o no enfermo. Lo cierto es que ese individuo, detenido en su domicilio, ha seguido atendiendo su negocio y recibiendo todas sus visitas.

Esta práctica irregular y contraria a la ley, aceptada muchas veces por los tribunales correccionales, ha sido sistemáticamente rechazada por la Cámara de Apelaciones.

Decimos que la práctica no se ajusta al texto de la ley, porque el Código establece que el juez, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. En tales casos, la verdadera interpretación de la ley es ejecutar al condenado por el pago de la multa, y en caso de falta de bienes para el pago, vendría la aplicación de la pena.



146. — Prescribe el art. 22: “En cualquier tiempo que se satisficere la multa el reo quedará en libertad. Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido”.

#### LEGISLACION SOBRE FALTAS

**Sumario:** 147. ¿Debe ser nacional o provincial? — 148. Nuestra opinión. — 149. Importancia social de determinadas faltas. — 150. Contradicción de la comisión redactora del proyecto de 1917. — 151. Conclusión.

147. — El proyecto de 1906, siguiendo el sistema del de 1891, estableció un libro especial sobre faltas, en la creencia, perfectamente justificada, de que el Congreso Nacional “tiene por la Constitución la facultad... para incluir en ese Código todos los actos u omisiones que en cualquier parte del territorio de la Nación se consideran ilícitos y merecedores de una pena”, agregando que “las provincias conservarán siempre el poder de crear y reprimir faltas de carácter local, y como es este poder el único que constitucionalmente les corresponde en esta materia, es evidente que sus autonomías no sufren cercenamiento alguno porque el Congreso legisle sobre faltas de carácter general”.

La inclusión, pues, de la legislación de las faltas, en ambos proyectos, era perfectamente lógica, de acuerdo con el postulado de su constitucionalidad. Lógica, también, ha sido su exclusión en el proyecto de 1917 y Código actual, y eso por simples razones personales. El doctor Rodolfo Moreno (hijo), que tan directa intervención ha tenido en él, sostuvo en un libro <sup>(1)</sup> anterior que “la legislación sobre faltas debe ser local y no nacional”, dado que “las faltas no pueden ser legisladas de la misma manera en los distintos puntos de la República, porque son muy diferentes sus necesidades y sus grados de adelanto”. Según este criterio, era natural que la última reforma legislativa suprimiera ese capítulo, considerado como repugnante a la esencia de nuestro sistema federal de gobierno y a las modalidades ético-culturales de nuestro pueblo. De

---

<sup>(1)</sup> *La ley penal argentina*, 2ª ed., pág. 76.



ahí que se haya seguido en 1917 un sistema opuesto al de 1906, consignándose en su art. 4º la disposición siguiente: "La represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años y multa hasta cuatro mil pesos moneda nacional". El sistema que adoptaba el proyecto de 1917, como se ve, no confirmaba el criterio legislativo general de 1906, pero no dejaba tampoco a las provincias el derecho que hoy pueden ejercer ampliamente, desde que no lo restringe ni limita ningún texto del Código Penal, de dictar penalidades arbitrarias en una materia que la Constitución ha reservado, en su art. 67, inc. 11, al Congreso de la Nación.

**148.** — Es indudable que son muy diferentes entre sí las necesidades y el grado de adelanto de las distintas regiones del país. En materia de costumbres y de cultura social hay gradaciones importantes, si consideramos el medio ético en que desenvuelven sus actividades hombres de la ciudad de Buenos Aires, peones ganaderos del sur de la provincia, colonos agricultores de otras partes, elementos trashumantes del Neuquén o indios de la puna de Jujuy. Pero, de que ello sea indudable, no se infiere la consecuencia de que debe desaparecer del Código toda legislación nacional de las faltas. El proyecto de 1906 se refería en sus arts. 321 a 326, a muchas cosas que tienen tanta importancia para el país, en general, como para cada provincia en particular. Por ejemplo, son tenidos como autores de faltas, entre otras cosas:

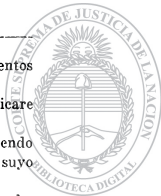
Art. 322, inc. 2º, "el que removiere las señales puestas para indicar un peligro en el tránsito público";

Art. 322, inc. 7º, "el que en paraje poblado dispare un arma de fuego, o arrojar un fuego cualquiera con peligro para las personas o las cosas";

Art. 322, inc. 10, "el que infringiere los reglamentos u ordenanzas sobre la elaboración, tenencia, custodia o transporte de materias explosivas, inflamables o corrosivas, o productos químicos que puedan causar estragos";

Art. 322, inc. 12, "el médico, cirujano, partera o flebotomo que, sin causa justificada, rehusare o demorare prestar el servicio profesional que se le solicitare en caso urgente, y el farmacéutico





que rehusare o demorare, sin causa justificada, los medicamentos prescritos por los médicos”;

Art. 323, inc. 3º, “el que siendo capaz de trabajar se dedicare a la vagancia”;

Art. 323, inc. 4º, “el que por holgazanería o avaricia, siendo capaz de trabajar, mendigase o enviare a mendigar a un hijo suyo o a persona confiada a su cuidado, protección o vigilancia”;

Art. 324, inc. 7º, “el que ejerciere profesión, funciones o derechos de que estuviere inhabilitado por sentencia”;

Art. 325, inc. 1º, “el que se encontrare en un lugar público, en estado manifiesto de embriaguez”;

Art. 325, inc. 2º, “el que en sitio público o casa abierta al público sirviere bebidas alcohólicas a un niño menor de 14 años o a una persona ebria o en un estado anormal por debilidad o alteración de sus facultades mentales”;

Art. 324, inc. 7º, “el que se ocupare en interpretar sueños, hacer pronósticos o adivinaciones, o abusare de la credulidad pública de otra manera semejante”.

¿Hay nada que se oponga, constitucional, racional o doctrinariamente, a que alguno de los incisos que hemos enumerado figure en el Código Penal para toda la Nación? ¿Tienen, acaso, más importancia *todos* los delitos que contiene el Código actual en su extenso y minucioso articulado? Los arts. 94, 96, 105, 108, 128, 129, 153, 155, 157, 159, 161, 175, inc. 1º, 206, 208, 243, 247, etc., ¿legislan casos de delitos de tal gravedad que no han podido ser dejados al criterio punitivo que predomine en cada provincia, de acuerdo con sus características sociales?

149. — He aquí preguntas a las que difícilmente podría contestar la comisión redactora del Código. Empeñada en sostener la tesis del doctor Moreno, relativa a la conveniencia de que sean las provincias las que establezcan su régimen propio de faltas o contravenciones, no ha querido ver que muchas de las que figuraban en el libro III del proyecto de 1906 son verdaderos casos de interés nacional, no puramente local. ¿Por qué ha de ser provincial la legislación de la vagancia, de la mendicidad, de la embriaguez, de la adivinación, del curanderismo, del juego? Nosotros, por lo menos, no lo comprendemos. Todos estos son males que afectan al país en-

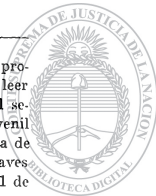


tero, resultando, en consecuencia, inconcebible que algunas provincias los repriman y otras no. Se sabe bien, por estudios europeos, perfectamente aplicables a nuestro medio social, en especial al urbano, qué estrecha relación tienen con el delito la vagancia y la mendicidad. Nuestro país, que carece de los minuciosos registros de vecindad europeos, cuya población está tan inmensamente diseminada y es tan inestable en su radicación que es imposible compararla con la de cualquier nación del viejo mundo, tiene en la vagancia y en la mendicidad problemas capitales que no pueden pasar desapercibidos para nadie, y menos para el legislador en estos momentos de previsión social. Aquí en Buenos Aires, en medio de la indiferencia del pueblo, de las autoridades, de la prensa, viven miles de niños menores de diez años que tienen la *limosna* como único medio de vida. Creciendo en un ambiente en el que por fuerza han de relajarse todos los vínculos morales, si no son los futuros delincuentes, son por lo menos, los futuros parásitos de la sociedad. Sus padres o guardadores o torturadores, viven en la holganza, recibiendo sin hacer nada el resultado diario de la mendicidad del menor. El espectáculo ha llegado a ser tan habitual en Buenos Aires, que ya no lo vemos. Ante un niño mendigo hay siempre miles de almas caritativas que, sin pensar en las funestas consecuencias de su caridad, les dan el dinero necesario para que viva cómodamente una familia entera de delincuentes, prostitutas y vagos.

He aquí un estado digno de haber sido estudiado por el Código Penal. Sin embargo, de acuerdo con su teoría, para dejar a cada provincia el derecho de establecer qué es lo que debe ser una falta, se descarta una cuestión que es grave en Buenos Aires, Rosario, Córdoba y otras ciudades del interior. Concretándonos a la vagancia, es bien conocido el esfuerzo que se realiza en todas partes para combatirla con un criterio diferente del que evidencia nuestro proyecto. Henderson, por ejemplo, dice refiriéndose a los Estados Unidos <sup>(12)</sup>: "Se está reconociendo que la vagancia no es absolutamente un problema local sino nacional. Tal vez aún más que para cualquier otro tipo de transgresores a la ley, el tratamiento racional y eficaz del problema requiere la cooperación en la acción de parte de varias comunidades".

---

(12) *Preventive Agencies and methods*, pág. 253, New York, 1910.



En Francia siempre se ha reconocido la importancia del problema de la vagancia. Respecto a la de los menores, se puede leer en la *Revue Pénitentiaire* <sup>(18)</sup>, a propósito de un proyecto del senador Flandin: "El pavoroso aumento de la criminalidad juvenil constituye, en efecto, dice en su segundo informe (anexo al acta de la sesión de 1º de Marzo de 1917), uno de los motivos más graves de inquietud para el porvenir. En nuestro primer informe de 21 de Marzo de 1911 hemos producido estadísticas estableciendo cómo, en tres cuartos de siglo, la criminalidad juvenil había aumentado entre nosotros en un 150 por ciento, con esta característica que la progresión se manifestaba principalmente en las infracciones calificadas crímenes y, en particular, en los crímenes contra las personas. La misma comprobación se encuentra, por lo demás, en casi todos los países del antiguo y del nuevo mundo. La vagancia, todos los criminalistas lo proclaman, es una de las causas iniciales, y aún la causa dominante del mal que es necesario remediar. La vagancia es, para el niño, la escuela primaria del delito, declara con su alta autoridad el señor ministro de estado Le Jeune, el ilustre promotor de la legislación belga para la regeneración de la infancia culpable. Vagancia, mendicidad, prostitución, robo, son las etapas sucesivas que hacen del niño delincuente el adulto criminal. En estas condiciones, es necesario fortificar en el más alto grado, la acción de nuestras leyes penales contra la vagancia de los menores".

En Prusia fué sancionada en Octubre 1º de 1912 una ley que establece el trabajo obligatorio para quienes viven de la caridad pública, debiendo permanecer en un asilo un año por lo menos.

En Portugal se sancionó, en 3 de Abril de 1896, una ley por la cual en razón de orden de la autoridad pública judicial, el vagabundo o mendigo ocioso o el que viva a cargo de prostitutas pueden ser puestos a la disposición del gobierno, para su cuidado en un asilo de mendicidad y durante un período de trabajo de dos a cinco años.

Tenemos en Bélgica la excelente ley de Noviembre 27 de 1891, sobre vagancia y mendicidad, que es una de las que mayores resultados prácticos han tenido en Europa y que se propone la reducción de esas plagas con medios eliminatorios y de asistencia so-

---

(18) *Revue Pénitentiaire*, año 1917, pág. 70.



cial, esto es, mediante establecimientos de corrección, depósitos de mendicidad y casas de refugio, como también mediante institutos de beneficencia destinados a los mendigos incapaces de trabajar.

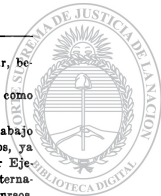
Todos estos antecedentes y muchos más que la doctrina o la legislación ofrecen, demuestran la importancia que conceden a estos problemas las naciones europeas, aunque nos indican, también, que aún no han sido resueltos satisfactoriamente sino en Alemania y en Bélgica. Por eso, sería mucho pretender que los resolviera, entre nosotros, el Código Penal, dado que el mejor remedio no es la represión de un estado social, que en sí no es un delito, sino la prevención por el estudio y eliminación de sus factores determinantes; pero, como nos encontramos en presencia de un código modernísimo, que viene a innovar el viejo concepto nuestro de que el derecho penal sólo contiene penas, tenemos derecho a exigirle que, como una medida de seguridad que se agregue a las pocas medidas de seguridad que él crea, disponga algo sobre la mendicidad y la vagancia. Bien está que suprima el concepto de los incs. 3º y 4º del art. 323 del proyecto de 1906, porque es excesivo castigar con penas cortas en un país que carece de cárceles o prisiones buenas en la mayor parte de las provincias y de los territorios; pero, de ahí a suprimir lisa y llanamente toda disposición preventiva sobre vagancia o mendicidad, so pretexto de que su legislación penal, por ser faltas, corresponde a las provincias, es ignorar la gravedad del problema y de todo lo que interesa a la ciencia criminal contemporánea. Y sin embargo, no la ignoraba la comisión redactora del proyecto de 1917.

150. — En efecto, el 21 de Agosto de ese año aprueba la Cámara de Diputados el proyecto que suprimía las faltas del texto de 1906, y el 11 de Septiembre siguiente, el diputado Moreno, autor de la reforma, presentaba un proyecto de ley sobre represión de la vagancia y de la mendicidad, que dice así:

Art. 1º — El que mendigare, teniendo salud y aptitudes para el trabajo, será castigado con prisión desde ocho días hasta tres meses.

Art. 2º — El que mendigare simulando enfermedad o deficiencias personales de cualquier orden con el objeto de provocar la compasión, sufrirá prisión hasta seis meses.

Art. 3º — Incurrirá en las penas del artículo anterior:



a) El que se sirviera de un menor de diez y ocho años para mendigar, beneficiando o participando de las limosnas;

b) El que teniendo sobre un menor de diez y ocho años autoridad, como padre, tutor o guardador, permitiera que éste ejerciese la mendicidad.

Art. 4° — Los que no tuvieran aptitudes ni condiciones para el trabajo y ejercieran la mendicidad, serán reclusos en establecimientos apropiados, ya sean del Estado o de instituciones particulares o subvencionados. El Poder Ejecutivo deberá concordar con estas últimas una acción que permita la internación en asilos de todos los inválidos para el trabajo, que carecen de recursos.

Art. 5° — El Poder Ejecutivo queda autorizado para tomar todas las medidas indicadas en la última parte del artículo anterior, con respecto a los ebrios consuetudinarios.

Art. 6° — Los mendigos y ebrios que después de ser asilados, de acuerdo con lo establecido en los arts. 4° y 5°, se fugaren de los establecimientos en que estuvieren, serán castigados con las penas establecidas en el art. 2°, sin perjuicio de ser internados de nuevo una vez cumplidas aquellas.

Art. 7° — En todos los casos de internación en asilos, éste se mantendrá mientras dure la invalidez.

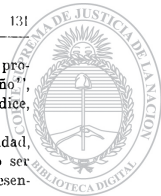
Art. 8° — El Poder Ejecutivo fijará el régimen en los establecimientos nacionales y concordará con las direcciones de los particulares y subvencionados, el que deberá seguirse con éstos, vigilando su cumplimiento.

Art. 9° — El que siendo capaz de trabajar se entregare a la vagancia, será castigado con prisión desde ocho días hasta tres meses.

Art. 10. — Rigen para la presente ley las disposiciones de la parte general del Código Penal, con excepción de las relativas a la reincidencia.

Art. 11. — En las causas que se iniciaren como consecuencia de la presente ley, intervendrán los jueces correccionales y aplicarán el procedimiento señalado para los asuntos en que intervienen, por el Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional para la Capital de la República.

Este proyecto, aparte de ciertos defectos técnicos, demuestra dos cosas: primero, que la comisión redactora del Código de 1917 ha suprimido el título de las faltas de 1906, sin mayor criterio que el de considerar que las faltas, por ser faltas, debían ser reprimidas por las provincias y no por la Nación; segundo, que, en consecuencia, uno de sus mismos autores, se ve obligado a presentar un proyecto de ley por el que la Nación, y no las provincias, reprimen la vagancia y la mendicidad, lo cual implica una evidente contradicción de principios. Si la vagancia y la mendicidad son faltas, su juzgamiento debe ser dejado a las autoridades locales; esto dice el proyecto de código de Agosto 21, hoy Código Penal. No, dice el proyecto del doctor Moreno, de Septiembre 11, *esta falta* debe ser legislada por la Nación, a pesar de que el art. 4° del proyecto de



1917 disponía que "la represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año", etc. ¿En qué quedamos? ¿O es que este proyecto, lo que él no dice, se aplicaría sólo a la Capital y Territorios?

Este proyecto de represión de la vagancia y de la mendicidad, ya que es hoy presentado para que se convierta en ley, pudo ser incluido en el texto de 1917 con toda facilidad. Su simple presentación demuestra la importancia de la materia que legisla. Y como lo mismo sucede con muchas otras de las faltas que contenía el texto de 1906, dentro de poco tiempo vamos a encontrarnos de nuevo en la incómoda situación que quisieron evitar los autores de dichos proyectos de código, esto es, tener una ley penal de conjunto y una infinidad de leyes parciales, de la Nación o de las provincias. ¿Con qué objeto? Sería excesivo pretender que ello responde a un criterio teórico sobre las faltas, porque entonces el doctor Moreno no ha debido presentar su proyecto nacional de Septiembre 11. Queda en pie, pues, nuestra crítica, de que la comisión redactora no ha procedido con un método científico o racional en esta materia.

**151.** — Resumiendo nuestra opinión, la concretamos así:

La comisión redactora ha podido suprimir el título 3º, arts. 321 a 326 del proyecto de 1906, pero no ha debido suprimir todo lo que él contenía.

Varias de las faltas legisladas en esa parte del proyecto de 1906, han debido ser incluidas en el Código Penal, porque se refieren, como la vagancia y la mendicidad, a problemas o cuestiones de interés nacional y no solamente local, como ser, por ejemplo, los incs. 2º, 7º, 10º, 12º, del art. 322, el inc. 7º del 324, los incs. 1º, 2º, 7º del 325, sin contar con otros casos de faltas que otros códigos contienen y que será tal vez conveniente reglamentar también en la República Argentina <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(14)</sup> A pesar de contener casos de muy difícil aplicación entre nosotros, puede consultarse la ley noruega de Mayo 30 de 1900, vid. en *Nouveau Code Pénal Norwegien*, Paris, 1903, pág. 129. Ver también *Code Pénal Suisse, Avant projet* 1916, Zürich.



### III. — Medidas de seguridad

#### REGIMEN

**Sumario:** 152. Penas y medidas de seguridad. — 153. Sistemas. — 154. Nuestro Código.

**152.** — En síntesis, la diferencia doctrinaria que existe entre la pena y la medida de seguridad, es la siguiente <sup>(15)</sup>. La pena se aplica a los hombres normales, a los que están en condiciones de conocer la acción de la pena y de sufrir la coerción que ella significa. La medida de seguridad se aplica a aquellas personas que han sido llevadas al delito por un estado físico o psíquico que las hace inaptas para el cumplimiento de la pena; esas personas deben ser sometidas a un tratamiento de curación, de prevención, de custodia, de trabajo o de simple mejoramiento parcial.

**153.** — Existen en esta materia dos sistemas:

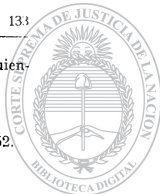
a) El uno aplica la medida de seguridad englobando a la pena; al delincuente que comete un delito en estado anormal, se le aplica una pena y después la medida de seguridad. Es el régimen de nuestro art. 52 para los delincuentes habituales.

b) El otro, establece que no hay científicamente ninguna diferencia entre la pena y la medida de seguridad: ambas son sanciones de defensa social. Es el criterio de la escuela positiva y es el criterio que sustentamos con el doctor Coll, en nuestro carácter de representantes argentinos al Congreso de Bruselas, en una ponencia que desgraciadamente fué objetada por el mismo Ferri <sup>(16)</sup>.

**154.** — Nuestro Código ha aceptado el principio, que se debatía en los momentos en que se estaba redactando, de las medidas de seguridad inclinándose al primer sistema de los dos enumerados, que es el preconizado por la escuela de la política criminal.

<sup>(15)</sup> Las medidas de seguridad han sido tratadas en general en el tomo III, cap. XXXIII.

<sup>(16)</sup> *Revista Penal Argentina*, tomo VI, pág. 129.



Su ensayo es tímido y deficiente, pues se reduce a las siguientes medidas de seguridad:

- a) las contenidas en el art. 34, inc. 1º;
- b) las concernientes a menores;
- c) la que se aplica a los reincidentes en virtud del art. 52.

#### CRITICA

**Sumario:** 155. Opinión del doctor Herrera. Refutación. — 156. El Código frente al proyecto argentino de estado peligroso de 1926. — 157. Cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en el Código. — 158. Duración.

**155.** — En el año 1922 el doctor Julio Herrera pronunció unas conferencias en esta Facultad sosteniendo que el nuestro era uno de los mejores códigos del mundo y que respondía ampliamente a las últimas conquistas de la ciencia penal contemporánea <sup>(17)</sup>. No estamos de acuerdo, en absoluto, con esta opinión; y existe hoy una prueba terminante de que aquella afirmación del doctor Herrera estaba muy lejos de ser exacta: el doctor Rodolfo Moreno, que fué el alma del Código en todo sentido, el que ideó el sistema de medidas de seguridad que consagra, lo encontró más tarde incompleto y deficiente, como lo demuestra el hecho de haber firmado el proyecto de estado peligroso en el delito, de que nos hemos ocupado ya con detención <sup>(18)</sup>, y que modifica sustancialmente las medidas de seguridad del Código vigente.

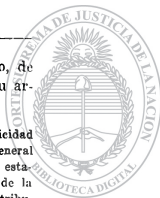
**156.** — Dice el art. 34 del Código: “En caso de enajenación (se refiere a alienación mental) el tribunal podrá ordenar la reclusión judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe así mismo o a los demás.

“En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.”

<sup>(17)</sup> Conferencias (28 de Junio y 4 de Julio), Buenos Aires, 1922.

<sup>(18)</sup> Tomo II, N° 645 y sigts.





En el proyecto argentino de estado peligroso en el delito, de 1926, estos textos se reemplazan por otros distintos. Veamos su artículo 35:

“a) El autor de un delito, que viva en estado de vagancia o mendicidad habitual o en la práctica o beneficio de la prostitución, del juego y en general de la mala vida, será condenado a reclusión o prisión o detenido en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado no menor del máximo de la pena correspondiente al delito cometido. En caso de penas perpétuas el tribunal decidirá, después de 25 años, si debe aplicarse o no el inc. c) de este artículo.

“b) El que no siendo alienado hubiere cometido un delito a causa de grave anormalidad psíquica, o en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado, no menor de la mitad del máximo de pena establecido para el delito o 20 años en el caso de prisión o reclusión perpétuas, salvo que la autoridad judicial en la sentencia, o posteriormente, en caso de no ser conveniente o necesaria su permanencia en el establecimiento especial, resuelva su internación en un establecimiento penal.

“c) El que hubiere sido objeto de las sanciones de los apartados a) y b) de este artículo, sólo podrá ser liberado condicionalmente al vencimiento del término mínimo fijado en cada una de ellas, por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento, que funde la presunción de que ha adquirido hábitos de trabajo y, separadamente, de peritos oficiales que determinen la cesación de su estado peligroso. El auto de soltura será dictado bajo las condiciones señaladas en los incisos 1º al 5º del art. 13, las que regirán por un término de dos años, a contar del día de la liberación. Esta podrá ser revocada por la violación de cualquiera de ellas, en cuyo caso será necesario el transcurso de otros dos para que pueda ser concedida de nuevo en las mismas condiciones de aplicación y de revocación.”

157. — Quien lea en el extranjero el art. 34 de nuestro Código Penal pensará que la República Argentina cumple con las medidas preconizadas por la política criminal: establecimiento de casas especiales para la internación, custodia, mejoramiento, de ciertos individuos en estado peligroso.

Sin embargo, ¿dónde se cumplen estas medidas de seguridad de que habla el art. 34? Cuando un tribunal argentino absuelve a un individuo porque ha cometido, por ejemplo, un homicidio en estado de alienación mental, lo interna como peligroso en una sala especial para delincuentes alienados que existe en el Hospicio de las Mercedes; pero cuando se trata de un semi-alienado, de un inconsciente, de un imbecil, esto es, en aquellos casos más graves y



a los que va más directamente la institución de la medida de seguridad, el Estado argentino lo manda a la cárcel de encausados sometiéndolo a un régimen de encierro, con todos sus inconvenientes.

De modo que en vez del régimen de curación preconizado por la ciencia penal y la ciencia psiquiátrica contemporánea, en este segundo caso nuestro país adopta el régimen de encierro en una mala cárcel de encausados...

Basta señalar este hecho para comprender que las medidas de seguridad no existen en la realidad.

**158.**— La prueba de que las medidas de seguridad que establece nuestro Código son insuficientes, la suministra el mismo texto de la ley. Tomemos el caso del habitual del art. 52; la ley lo condena a sufrir, como pena accesoria de reclusión, una medida de seguridad que dura toda su vida. En nuestro régimen penal todo condenado tiene derecho a pedir la libertad condicional sobre que legisla el art. 13; pero como el beneficio de la libertad condicional no se acuerda a los reincidentes (art. 14), y como la medida del art. 52 solamente se aplica a los reincidentes, quiere decir que ella dura toda la vida si no viene un indulto del Poder Ejecutivo a ponerle término.

¿Y si ese hombre estuviera reformado a los 10 o a los 15 años? ¿Si ese hombre quedara en la completa imposibilidad material de poder cometer mañana nuevos delitos? Por nuestro Código debe seguir cumpliendo su pena indefinidamente. Lo cual demuestra lo poco científico del criterio legal.

En cambio, tratándose de las medidas de seguridad del art. 34, el Código pone exclusivamente en manos del juez y de peritos médicos declarar su cese una vez comprobada la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso. Basta que se equivoquen el juez y los peritos médicos y sea puesto en libertad como normal el hombre que estaba protegido por la medida de seguridad, para que la sociedad considere cosa juzgada, y en consecuencia intangible, ese hecho.

En el proyecto de estado peligroso a que nos hemos referido, se corrige esa disposición estableciendo un período de prueba de dos años; si dentro de ese plazo de dos años de prueba en el seno de la vida libre de la sociedad, el individuo sometido a la medida

de seguridad no ha revelado por ninguno de sus actos que estaba todavía en condiciones peligrosas, recién queda firme esta sanción.



#### IV. — Sistema de otros códigos

##### PROYECTO SUIZO

**Sumario:** 159. Casa de internación. — 160. Casa de educación para el trabajo. — 161. Asilo para bebedores. — 162. Apreciación general.

**159.** — Al lado de la forma en que nuestro Código organiza las medidas de seguridad, veamos los sistemas adoptados por otros códigos o proyectos de código, que responden a distintas doctrinas penales.

El proyecto suizo de 1916, que es el más completo en esta parte, aunque hay otro posterior, organiza diferentes clases de instituciones. Basta transcribir los tres artículos pertinentes para que de la simple enumeración de las condiciones que exige para las medidas de seguridad, se adviertan las diferencias esenciales que lo separan de nuestra ley penal <sup>(19)</sup>.

“Art. 42. — 1º Cuando un delincuente que ha sufrido ya numerosas penas privativas de libertad, incurre, por razón de un delito, en una nueva condena a una pena privativa de libertad, y cuando manifiesta inclinación al delito, a la inconducta o a la holganza, el juez podrá ordenar su envío a una casa de internación. La internación reemplaza a la pena;

2º La internación tiene lugar en un establecimiento exclusivamente afectado a este destino.

Los internados llevan el traje y reciben el trato ordinario del establecimiento.

El internado no podrá recibir visitas, escribir o recibir cartas sino en una medida restringida;

3º El internado está obligado al trabajo que le ha sido asignado por el establecimiento;

---

(19) Véase tomo I, Nº 640 y sigts.



4º El internado es puesto en celda durante la noche;

5º El internado permanecerá en la casa de internación durante toda la duración de la pena pronunciada, y en todo caso cinco años por lo menos. Pasado este término, la autoridad competente, después de haber pedido el aviso previo de los funcionarios de la casa, podrá liberarlo condicionalmente por tres años, si estima que está enmendado;

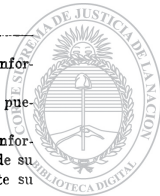
6º La autoridad competente someterá al liberado a un patronato. Podrá imponerle ciertas reglas de conducta (art. 38, ch. 2). Si, en los tres años que siguen a su liberación condicional, comete una nueva infracción, si a pesar de la advertencia formal de la autoridad del patronato persiste en infringir las reglas de conducta que le han sido impuestas, o si se sustrae obstinadamente al patronato, la autoridad competente podrá ordenar su reintegración al establecimiento;

7º Si el liberado se conduce bien durante tres años, su liberación se convertirá en definitiva;

8º Si el internamiento no ha podido ser puesto en ejecución antes que la pena esté prescripta, no será ejecutado. Si han transcurrido más de diez años desde la condena, la autoridad competente decidirá si hay lugar a ejecutar la pena pronunciada, o el internamiento.”

Vemos que la medida de seguridad se aplica a quienes han incurrido ya en *numerosas* penas privativas de libertad; no se limita su número, como lo hace nuestro Código. Y agrega: que hayan manifestado inclinación al delito, a la inconducta o a la holganza, basándose así en elementos constitutivos e indicativos de una personalidad y no en simples factores numéricos, como los que toma en cuenta el art. 52 de nuestro Código Penal.

**160.** — El art. 43 del proyecto suizo de 1916 está así concebido: “1º Cuando un condenado a prisión por delito, vivía en la inconducta o en la holganza, y cuando el delito está en relación con este género de vida, el juez, si el condenado es capaz de trabajar y parece poder ser destinado al trabajo, podrá suspender la ejecución de la pena y ordenar el envío del delincuente a una casa de educación para el trabajo exclusivamente afectada a este destino. El juez hará previamente examinar el estado físico y mental del



condenado, lo mismo que su capacidad de trabajo, y tomará informes precisos sobre su educación y sus antecedentes.

Ningún delincuente que haya sufrido la pena de reclusión puede ser enviado a una casa de educación para el trabajo;

2º Cada condenado hará el aprendizaje de un trabajo conforme a sus aptitudes y que le permita ganarse la vida después de su liberación. Su educación intelectual y física, y principalmente su instrucción profesional, serán desarrolladas por la enseñanza.

Los condenados estarán aislados durante la noche;

3º El condenado permanecerá un año al menos y tres años como máximo en la casa.

Sin embargo, si la experiencia de los tres primeros meses demuestra que un condenado es incapaz de aprender a trabajar, la autoridad competente podrá requerir del juez que ordene la ejecución de la pena pronunciada;

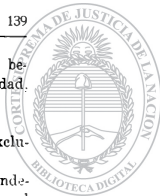
4º Al cabo de un año, la autoridad competente después de haber pedido el aviso previo de los funcionarios del establecimiento, podrá liberar condicionalmente al condenado por un año, si lo estima apto y dispuesto a trabajar. Ella lo someterá a un patronato y podrá imponerle ciertas reglas de conducta (art. 38, ch. 2);

5º Si, durante el término de plazo, el liberado se entrega de nuevo a la inconducta o a la holganza, si a pesar de una advertencia formal de la autoridad del patronato, persiste en infringir las reglas de conducta que le han sido impuestas, o si se sustrae obstinadamente al patronato, la autoridad competente podrá ordenar su reintegración a la casa; podrá también requerir del juez que ordene la ejecución de la pena pronunciada;

6º Si el liberado se ha conducido bien hasta la expiración del término de prueba, su liberación se convertirá en definitiva. La pena queda extinguida;

7º Todo envío no puesto en ejecución durante cinco años no podrá ser ejecutado más."

**161.** — El art. 44 establece: "1º Cuando pronuncie una condena a prisión por delito contra un bebedor habitual, el juez, si el delito está en relación con la inclinación a la bebida, podrá ordenar que después de la ejecución de la pena, el condenado sea enviado a un asilo para bebedores.



El juez podrá igualmente ordenar el envío a un asilo para bebedores de todo bebedor habitual que, a causa de irresponsabilidad, haya sido absuelto o beneficiado por un sobreimiento;

2º El juez consultará peritos médicos;

3º El tratamiento tiene lugar en un edificio afectado exclusivamente a este destino;

4º La autoridad de vigilancia ordenará la libertad del condenado desde que esté curado. En ningún caso la permanencia en el asilo podrá exceder de dos años;

5º La autoridad competente someterá al condenado a un patronato. Le ordenará la abstención de bebidas alcohólicas durante determinado plazo. Podrá también imponerle otras reglas de conducta. Si, a pesar de la advertencia formal de la autoridad del patronato, el condenado contraviene las órdenes de esta autoridad, o si se sustrae obstinadamente al patronato, la autoridad competente podrá ordenar su reingraciación al asilo;

6º Todo envío no puesto en ejecución durante cinco años no podrá ser ejecutado más.”

162. — Estas tres medidas de seguridad, pues, que organiza el proyecto suizo de una manera completa, son bien diferentes a las que esboza nuestro Código. En primer lugar, no se aplican automáticamente; en segundo lugar, conciernen a una serie de personas en razón del estado anormal que presentan y del carácter de peligro que ofrecen para la sociedad. Nuestro Código, en ninguna de sus medidas de seguridad habla de estas cosas.

La enorme superioridad del texto suizo es evidente. Nuestro Código, por ejemplo, obliga a aplicar la pena al reincidente y después la medida de seguridad del art. 52. En el proyecto suizo, el juez podrá ordenar una cosa u otra; y la medida especial que dispone en razón del peligro específico que el delincuente presenta, no es uniforme ni de cumplimiento fatal, sino que depende del mejoramiento que puede tener el condenado una vez que sea sometido a ese sistema especial. Se le envía a un establecimiento donde solamente podrá haber personas en las condiciones en que él está; entre nosotros, los habituales que van a Ushuaia por aplicación de la medida del art. 52, se encuentran allí con otros condenados primarios

que han sido trasladados a Ushuaia por mala conducta observada en el establecimiento carcelario de Buenos Aires <sup>(20)</sup>.

La falla principal del proyecto suizo radica en el límite de tiempo que establece a estas medidas de seguridad. Poniendo un máximun es indudable que en los casos especiales en que un individuo ofrezca caracteres de grave peligrosidad, vencido el máximun será menester ponerlo en libertad.

#### PROYECTO FERRI

Sumario: 163. Exposición general.

**163.**— El proyecto Ferri de 1921 contiene un sistema totalmente diferente al nuestro, y sólo lo reseñaremos a grandes rasgos porque lo hemos comentado en diversas oportunidades <sup>(21)</sup>.

Para la escuela positiva italiana, en su proyecto de 1921, lo fundamental no es que haya penas ni medidas de seguridad; hay solamente sanciones.

El juez, de acuerdo con la clasificación establecida en la parte general, aplica al delincuente, según la anormalidad o normalidad que el sujeto presente, una de las veinte y tantas sanciones que el proyecto ha creado.

Por función de la justicia misma, el condenado que ha cometido, por ejemplo, su delito llevado por la intoxicación alcohólica, cumplirá la sanción que corresponde a esa clase específica de peligrosidad; el delincuente normal cumplirá la sanción en el establecimiento pertinente.

---

(20) Y es bien sabido, por observaciones recogidas en todos los penales del mundo, que los delincuentes más peligrosos son los que ofrecen mejores caracteres de conducta. Ello es fácilmente explicable, porque las reacciones que produce el régimen penitenciario son diferentes según se trate de hombres no acostumbrados a él o de habituales que saben que les conviene portarse bien. En nuestro sistema, todos esos matices o variaciones de hombre a hombre, desaparecen.

(21) Véase tomo I, N° 612 y sigts.





## PROYECTO ROCCO

Sumario: 164. Medidas administrativas de seguridad. Aplicación en el tiempo. — 165. Aplicación a las personas. — 166. Oportunidad en que se decretan. — 167. Duración. — 168. Enumeración. — 169. Extensión. — 170. Peligrosidad en la culpa.

**164.** — El proyecto italiano de Rocco de 1927 crea un sistema diverso al proyecto de Ferri de 1921. En su art. 200 y siguientes establece los caracteres de las *medidas administrativas de seguridad*, de las cuales haremos un extracto. <sup>(22)</sup>.

En primer lugar, y como principio nuevo que introduce este proyecto: las medidas administrativas de seguridad se rigen por la ley en vigor en el momento de su ejecución. Quiere decir que si la ley existente en el momento en que se cometió el delito no contenía estas medidas de seguridad y las contuviera el proyecto Rocco sancionado cuando la condena se pronunciare, se aplicaría el proyecto Rocco aunque fuese mucho más grave en sus efectos para los condenados. Es una disposición importantísima y de gran eficacia científica.

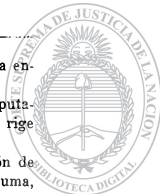
**165.** — Las medidas administrativas de seguridad no pueden ser aplicadas sino a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho considerado por la ley como delito, es decir, establece el sistema de la peligrosidad delictual.

La persona es *socialmente peligrosa* cuando sea de temer que pueda cometer nuevos delitos. El proyecto ha introducido, pues, en su articulado lo esencial de la definición de Grispigni sobre el estado peligroso <sup>(23)</sup>. Es esta característica esencial la que ha olvidado en absoluto nuestro Código, que si bien contiene la palabra *peligrosidad*, la contiene sin saber qué es lo que ha querido significar. En el proyecto Rocco se establece perfectamente cuál es el carácter de la peligrosidad: debe temerse que la persona pueda cometer nuevos delitos y ese temor debe ser razonablemente fundado, debe sur-

<sup>(22)</sup> Véase tomo I, N° 679 y sigts.

<sup>(23)</sup> Véase tomo II, N° 602.





gir de los informes de los peritos, de los antecedentes de la vida entera del sujeto que se encuentra en presencia del juez.

Estas medidas se aplican aunque los sujetos no sean imputables y no sean punibles. Es el principio general, que también rige en el sistema suizo y en el nuestro.

Estas medidas son ordenadas por el juez previa estimación de la peligrosidad del autor del hecho, salvo que la ley la presuma, como en el caso especial de los habituales por ejemplo.

**166.** — El juez ordena las medidas y puede hacerlo en casos legales antes de la condena o de la absolución. Esto es importantísimo. Entre nosotros, por ejemplo, la medida del art. 34 solamente puede ser decretada por el juez una vez producida la absolución, y la medida del art. 52 una vez producida la condena. En el proyecto Rocco puede hacerse antes, cuando la situación del sujeto y sus características evidencien la necesidad de la aplicación de la medida de seguridad, protectora de la sociedad y del individuo mismo.

**167.** — Estas medidas, siguiendo las bases más avanzadas de la ciencia penal contemporánea, se aplican por tiempo indeterminado: dependen de la duración de la peligrosidad del sujeto, cesan con la peligrosidad después de nuevos exámenes. El proyecto legisla sobre la ordenación de esos exámenes, cómo se efectúan y con qué garantías y requisitos son puestas en libertad provisional las personas sometidas a la medida administrativa de seguridad.

**168.** — El proyecto establece dos clases de medidas administrativas de seguridad:

- a) medidas detentivas;
- b) medidas no detentivas.

Detentivas son aquellas que toman la persona del delincuente en estado socialmente peligroso. Son:

- a) el envío a una colonia agrícola;
- b) el envío a una casa de trabajo;
- c) la internación en una casa de curación y de custodia;
- d) la internación en un manicomio judicial;
- e) la internación en un reformatorio judicial.

Es decir, cinco tipos generales de instituciones que van todas



a dar al delincuente socialmente peligroso el medio de mejorarse, de curarse; y a la sociedad una garantía de no comisión de delitos.

Las medidas no detentivas son:

- a) la libertad vigilada;
- b) la interdicción de residencia en ciertos lugares;
- c) la prohibición de frecuentar tabernas;
- d) la exclusión de funciones públicas;
- e) la expulsión de extranjeros peligrosos para el Estado.

No son novedosas. La mayor parte están en el Código italiano actual.

**169.** — Los artículos siguientes del proyecto indican con una gran precisión de detalle los delincuentes a quienes se aplican estas medidas. Hay una gran variedad que se extiende desde el anormal completo, desde el alienado puro, hasta los casos especiales de simples manías peligrosas.

**170.** — Establece también hasta categorías especiales para la peligrosidad en la culpa. Es el primer proyecto de código penal que conocemos que legisla la peligrosidad en la culpa, es decir, en aquellos casos en que si bien no interviene la voluntad, existe reiterada falta de precaución, o una incoordinación de ciertas facultades en el sujeto, o una falta de inhibición en ciertos momentos, en cuya virtud el proyecto italiano, muy sabiamente, les atribuye un criterio de peligrosidad especial que realmente existe.

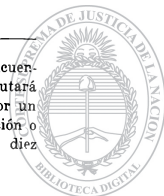
## V. — Régimen de la prisión preventiva

### SU COMPUTO

**Sumario:** 171. Disposiciones legales. — 172. Comentario de la exposición de motivos.

**171.** — Dispone el art. 3º del Código Penal que “en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado”.

Ya hemos comentado esta disposición en el capítulo III, Nº 104.



En cuanto al cómputo a que alude el art. 3º citado, se encuentra especificado en el art. 24: "La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre cuatro y diez pesos".

**172.** — Comentando este cómputo decía la comisión redactora en la exposición de motivos <sup>(24)</sup>: "Cuando la condena fuere a prisión, computamos la prisión preventiva a día por día y sólo cuando fuese a reclusión, la prisión preventiva se computa a razón de dos días por uno de la pena aplicada. La naturaleza de este castigo, la clase de delitos a que se aplica y el régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados a la misma, justifica lo establecido en el proyecto.

"Se fijan también con criterio amplio las demás equivalencias, dejando la mayor amplitud posible a los magistrados que deben aplicar la ley. Debe tenerse también en cuenta que colocándose la reclusión y la prisión en casi todos los casos graves, como penas alternativas, los jueces pueden decidir en sus sentencias, según a qué pena condenen, la forma de verificar los cómputos".

---

<sup>(24)</sup> Pág. 129, ed. oficial.



## CAPITULO VI

## RESARCIMIENTO DE DAÑOS

## SUMARIO:

- I. Concepto. — Contenido y alcance.
- II. Sistemas doctrinarios y legales. — Exposición. Legislación argentina. Reparación del error judicial.
- III. Instrumentos del delito. — Destino.
- IV. Peculio del condenado. — Distribución.

## I. — Concepto

## CONTENIDO Y ALCANCE

Sumario: 173. Consecuencias patrimoniales del delito. — 174. El art. 29 de nuestro Código Penal. — 175. Daño material y moral. — 176. ¿El cumplimiento de la reparación pecuniaria debe ser coercitivo?

173. — El delito tiene ciertas consecuencias patrimoniales. Las unas afectan a la víctima, las otras al autor del delito, y algunas se refieren a los instrumentos o a los medios de que se ha valido el delincuente para cometerlo. Estos tres órdenes de consecuencias han sido legislados en diversos artículos del Código Penal y revisten mucha importancia doctrinaria.

Si el delito terminara en el acto mismo cometido sobre la víctima, es indudable que el Estado sólo debería contener en sus có-



digos defensivos normas concernientes a la situación exclusiva en que quedaría el procesado. Pero de todo acto ilícito pueden surgir consecuencias materiales y morales que el Estado necesariamente ha debido considerar, porque de lo contrario se habría llegado, teóricamente por lo menos, al extremo de condenar a una persona por un hecho sin tener en cuenta las consecuencias que ese mismo hecho hubiera podido producir sobre la fortuna, la posición y aún el concepto moral de la víctima.

174. — El problema relativo al resarcimiento del daño y a la reparación pecuniaria del delito, constituye una cuestión singularmente compleja; tanto, que todavía está dividida la doctrina al respecto y en nuestro país los tribunales no han podido ponerse de acuerdo respecto a la verdadera interpretación del art. 29 del Código Penal.

Expresa el art. 29: "La sentencia condenatoria podrá ordenar:

- 1° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba;
- 2° La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere;
- 3° El pago de costas;
- 4° Cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia, señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones antes de proceder a concederle la libertad condicional."

175. — El Código Penal habla de indemnización del *daño material y moral*, es decir que amplía el concepto del Código Civil, pues acepta en su integridad la reparación del daño moral.

El daño material y el daño moral son dos elementos de juicio que el juez debe tener en cuenta al fallar, conforme a la disposición explícita del inc. 1° del art. 29 del Código Penal.

Florian define el daño material diciendo que consiste en las



sustracciones o disminuciones patrimoniales sufridas por la víctima.

Este daño material no tiene ese mismo aspecto en un delito contra la vida, pues en este caso no solamente debe considerarse el valor cuantitativo del delito, sino también la salud de la víctima, los gastos de curación, el tiempo perdido, la disminución de la capacidad de trabajo, tan difícil de medir, etc.

El daño moral es más complejo en su apreciación. Florian lo define diciendo que él se concreta en los dolores, en las angustias que la parte lesionada debió sufrir en su fuero íntimo, y en el des- crédito eventualmente sufrido en el círculo de sus actividades.

176. — Establecida la reparación pecuniaria en el fallo, ¿su cumplimiento debe ser coercitivo? ¿Debe transformarse en una medida de detención en caso de que el condenado no pague?

La mayor parte de la doctrina moderna sostiene el principio de que no cabe la coerción contra el condenado, y que si éste no puede pagar por ser insolvente, la sociedad debe emplear otros recursos, pero no restaurar en una forma disfrazada la vieja prisión por deudas.

## II. — Sistemas doctrinarios y legales

### EXPOSICION

Sumario: 177. a) Juicio penal y civil independientes. — 178. b) Unidad de juicio.  
— 179. c) La reparación como función social del Estado.

177. — Una importante cuestión doctrinaria es la relativa a cómo debe establecerse esta reparación del perjuicio.

a) Un primer sistema, sustentado por el art. 1096 del Código Civil, dice que la reparación civil del daño se obtiene en el juicio civil después de haber sido fallado el juicio penal.

De manera que la víctima del delito tendría, por una parte, la sanción penal aplicada por el Estado al delincuente, y por otra parte la indemnización civil del daño sufrido pero que debería

perseguir ante la jurisdicción civil competente. Es el sistema seguido en casi todos los países de Europa y que adoptaba la antigua legislación penal argentina.

178. — b) Un segundo sistema dice que el juez penal debe aplicar la sanción que corresponda al delito y también acordar a las víctimas del mismo la reparación del daño material y moral sufrido.

Nuestro Código Penal actual ha aceptado esta teoría, que viene defendiendo la doctrina de nuestros tratadistas desde el proyecto de 1891 hasta nuestros tiempos. Más aún: en el mismo proyecto del doctor Tejedor se encuentran disposiciones que unifican, dentro del juicio penal, la sanción de la pena y la indemnización del daño.

Nuestro Código ha aceptado ampliamente este principio, en el texto de la ley, en las exposiciones de motivos y en los comentarios particulares de los que han intervenido en su sanción. Sin embargo, por decisiones de los tribunales, que en seguida examinaremos, la cuestión no está resuelta todavía ni lo estará quién sabe por cuánto tiempo.

179. — c) El tercer sistema es el preconizado por Ferri. Para Ferri es indudable que la reparación del daño debe ser obtenida en el juicio penal, pero sostiene que esa reparación debe ser una función social del Estado. Así como éste impone la pena, así como el delito se ha cometido muchas veces por falta de vigilancia del Estado, que no ha sabido defender la vida o los intereses de uno de sus habitantes, así también el Estado debe reparar el mal causado.

Ferri encara la realidad de este resarcimiento de daños. Si muchas veces el autor del delito ni aún trabajando su vida entera en el trabajo libre podría compensar el daño causado, ¿cómo podrá satisfacer la indemnización civil del daño con su trabajo carcelario?

Recordemos que de cada 100 delitos contra la propiedad que se cometen en la ciudad de Buenos Aires, el Estado solamente captura al 8 o 10 o/o de sus autores, quedando el 90 o/o sin ninguna sanción; recordemos también que dentro de ese 10 o/o, hay un alto





porcentaje de absueltos por falta de pruebas. Casi podríamos afirmar que el 95 o/o de los hechos denuncia los a la justicia quedan sin ninguna reparación. Si al mismo tiempo consideramos que la mayor parte de esos delitos no se cometen en la fortuna de los ricos sino en el pequeño patrimonio de los pobres, ¿cómo no va a ser lógico y justo que el Estado tome a su cargo la indemnización de los daños causados por el delito?

Ferri, sin duda, tiene razón. Pero hasta la fecha, esto es pura y exclusivamente una simple cuestión doctrinaria. El único código del mundo que tiene establecida una especie de caja de indemnizaciones, es el del Perú, que ordena que con las multas, producido del trabajo del procesado, etc., se formará una caja común, de la cual el Estado sacará lo necesario para indemnizar a las víctimas de los delitos.

Garófalo ha sostenido que muchos delitos leves deberían ser redimibles por dinero en forma de multa, y que esas multas deberían ingresar a una caja común, de la cual el Estado obtendría los medios necesarios para la reparación de los daños.

#### LEGISLACION ARGENTINA

**Sumario:** 180. Art. 29, inc. 1º del Código Penal. — 181. Antecedentes: Proyecto Tejedor. — 182. Proyecto de 1891. — 188. Id. de 1906. — 184. Opinión del doctor Herrera. — 185. Proyecto de 1917. — 186. Sanción del Senado. — 187. Opiniones de tratadistas nacionales. — 188. Interpretación de la Cámara Federal de Paraná. — 189. Interpretación de la Cámara del Crimen de la Capital. — 190. Conclusión. — 191. Incs. 2º, 3º y 4º del art. 29. — 192. Preferencia de la obligación de indemnizar. — 193. Solidaridad. — 194. Participación a título lucrativo. — 195. Insolvencia.

**180.**— Analicemos ahora el sistema de nuestro Código Penal. Ya hemos citado el inc. 1º del art. 29, que establece que la sentencia condenatoria podrá ordenar: “la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba.”

Nosotros propusimos en el Senado que el art. 29 comenzara diciendo: “La sentencia podrá ordenar, a *petición de parte*”, pero la reforma no fué aceptada. Con ella, sin embargo, se habrían





obviado las dificultades de interpretación que ha suscitado el texto actual, y que pasamos a exponer.

Se ha debatido en nuestra jurisprudencia si es o no posible perseguir la indemnización civil dentro del juicio penal. Se pronuncian en sentido afirmativo los antecedentes del precepto que analizamos. Veamos.

181. — La disposición del art. 29, inc. 1°, sin remontarnos a la legislación española, coincidente con el Proyecto Tejedor, tiene su origen en éste. Decía en su art. 68 el Código Penal de la provincia de Buenos Aires, que toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente, según las disposiciones del capítulo 5°, título 2°, de la sección 2°. Estas, en sus arts. 142 y siguientes, idénticos en su vocabulario y en su espíritu al Código actual, establecen claramente que en la mente de Tejedor, el juez en lo penal determinará el monto de la indemnización.

El Código de 1887 no aceptó el principio.

182. — El proyecto de 1891 restableció el texto de Tejedor. Para aclarar su pensamiento, dijo la comisión redactora, en la exposición de motivos <sup>(1)</sup>, que en la jurisdicción criminal, exclusivamente, “la indemnización será fijada por el juez al aplicar la pena para que no quepa duda respecto de que la voluntad de la ley es que todos los efectos del delito se declaren simultáneamente en un solo proceso”. La opinión es categórica.

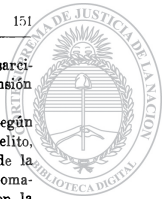
183. — El proyecto de 1906 unificó en el inc. 1° del art. 35 lo dispuesto en los arts. 47 y 50 de 1891, dejando un texto igual al actual con excepción de la palabra *ordenará*. Su comisión redactora, dijo al respecto <sup>(2)</sup>, reproduciendo además palabras y consideraciones de la comisión de 1891:

“La reparación de los perjuicios causados a la víctima del delito debe ser, pues, un objeto tan principal, como la aplicación misma de la pena.

“Ahora bien, ¿cuál es el medio más conducente para la realización de este fin? En nuestra opinión, el de imponer al juez, en

(1) Pág. 42 y sigts.

(2) Pág. XXXIX de la edición de 1906.



todos los casos, la obligación de condenar al delincuente al resarcimiento de los daños y perjuicios, en la forma y con la extensión que consignamos en el título respectivo.

“La objeción que podría hacerse a este sistema de que según el Código Civil, la indemnización del daño causado por el delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal, no tiene ya fundamento, por una de esas anomalías de nuestra legislación, en el derecho positivo que rige en la Capital y territorios federales. El Código de Procedimientos en lo Criminal ha derogado, en efecto, ese precepto del Código Civil, disponiendo que la sentencia, en el juicio penal, debe resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubiesen sido objeto del juicio.

“Pero aparte de esto, el principio consagrado por el Código Civil es necesario que desaparezca en la legislación de la República, primero por razón de materia y segundo por motivos de conveniencia.

“Por razón de materia, porque todo lo que se refiere a la pena — y en la pena está comprendida la reparación del perjuicio, como se ha demostrado — corresponde al Código Penal.

“Por motivos de conveniencia, porque entregando a la justicia del crimen estas cuestiones, se evita la multiplicidad de los procesos y los consiguientes perjuicios, a lo que se debe agregar que racionalmente un hecho es mejor juzgado cuando se lo examina en conjunto, que cuando se estudia sólo por partes.

“Resumiendo, resulta que la modificación que en esta parte proponemos, se encuentra perfectamente fundada y que, en definitiva, ella no tiene más mérito que la incorporación al Código Penal de un principio ya establecido en otro código nacional y que la jurisprudencia de los tribunales aplica constantemente, con resultados muy satisfactorios.”

Descontando el error de que el Código de Procedimientos sea nacional, aunque lo haya dictado un Congreso Nacional obrando como legislatura local, y de que la jurisprudencia de los tribunales aplique constantemente con resultados satisfactorios el art. 496. inc. 1º del mismo, pues lo que los jueces han impuesto siempre son las costas procesales y la devolución de los efectos del delito, queda en pie que el proyecto de 1906 dispuso imperativamente que la in-



demnización se ventilará sólo en el juicio penal. Esto no admite la más mínima duda, ni por el texto de la ley ni por las palabras de la exposición de motivos.

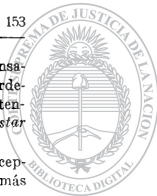
184. — El doctor Julio Herrera acepta íntegro el concepto. Más aún, lo amplía, pues expresa (3): “El proyecto nada dice sobre si es necesaria la intervención en el juicio criminal de la parte civil, pero todo hace creer que sus autores piensan que ella es necesaria, pues en caso contrario hubiera dispuesto algo para el caso de que esa intervención no se realice. Tal vez se haya pensado que ésta como otras disposiciones relativas a esta acción, tienen su lugar en los códigos procesales de las provincias, pero en esta materia no es muy fácil deslindar lo que es de forma y lo que es de fondo y no sería sin graves inconvenientes dejar librado asunto de tanta importancia al criterio vario de catorce legislaturas, que podrían reglamentar a su antojo esto que afecta el interés de la Nación. Si la indemnización del perjuicio es una forma de la reacción social que provoca el delito, el Código Penal debe reglamentarla sin que esto importe usurpar facultades constitucionales de las provincias. Por otra parte en el silencio de éste, los códigos procesales, seguirían, como siguen las disposiciones del Código Civil y ya se sabe que éste sanciona una doctrina diversa de la que sostenemos, cuando dice, art. 1096”, etc.

185. — La comisión redactora del proyecto de 1917 mantuvo el texto del proyecto de 1906 y dijo en su exposición de motivos que “expresamos nuestra conformidad con el sistema del proyecto de 1906 que es igual al del proyecto de 1891 y con todas las razones vertidas en la exposición de motivos de uno y otro”.

186. — La comisión de códigos del Senado modifica el texto de 1917 sustituyendo la palabra “ordenará” por “podrá ordenar” de acuerdo con una sugestión del doctor González Roura. Su exposición de motivos establece claramente que, a su entender, la reparación del daño por ir unida necesariamente a la pena debe formar parte del sistema represivo que es federal por la Constitución.

---

(1) *La reforma penal*, pág. 255.



Agrega, por último, lo que es una traducción clara de su pensamiento, que los jueces en esta forma modificada de "podrá ordenar", tendrían "la facultad de poder fijar de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño, *sin perjuicio de estar obligados a hacerlo a requerimiento de parte*".

Al aceptar la modificación la Cámara de Diputados ha aceptado las palabras de fundamento que le dió el Senado y algo más importante aún, que debe ser destacado.

El art. 35 del proyecto de 1906 por entender que la cuestión pertenecía a la ley de fondo, de índole federal, no dijo nada respecto a las leyes de procedimientos que podrían reglamentar la acción.

El proyecto de 1917, sin decir una palabra en su exposición de motivos, agrega al texto que copia estas palabras, que dejaban subordinada la acción a las leyes procesales locales: "Las leyes de procedimientos reglamentarán esta acción".

El Senado, consecuente con la tesis de su comisión, de que la indemnización del daño va unida necesariamente a la pena y debe formar parte del sistema represivo federal, suprime del art. 29 las palabras "las leyes de procedimientos reglamentarán esta acción".

La Cámara de Diputados acepta la supresión desapareciendo con ese texto toda duda de cuál ha sido el pensamiento expreso, inconfundible del legislador.

187. — El doctor José Peco en su libro *La Reforma Penal Argentina*, (4) acepta la idea de la unidad del juicio impuesta por el proyecto de 1917.

El doctor Rodolfo Moreno (h.) en su obra *El Código Penal y sus antecedentes* (5), dice que la indemnización de daños no es materia de procedimiento sino de fondo.

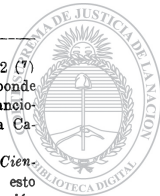
El doctor Octavio González Roura en su libro *Derecho Penal* (6) estudia la cuestión y, aunque se muestra contrario a la solución legal, desde un punto de vista práctico y constitucional, dice que debe haber un solo juicio.

---

(4) Pág. 259.

(5) Tomo II, pág. 178.

(6) Tomo I, pág. 254.



El doctor Tomás Jofré, en su libro *El Código Penal de 1922* (7) sostiene que la cuestión es procesal y su determinación corresponde a las leyes provinciales, pero, agrega que: "el Congreso ha sancionado un mal principio que felizmente sólo es aplicable en la Capital Federal y territorios nacionales".

El doctor Cornelio Moyano Gacitúa, en su libro *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, publicado en 1899, esto es antes del proyecto de 1906, es partidario de la determinación de la indemnización por el Juez de la pena, dejando abierto al interesado, a su elección la jurisdicción penal o la civil. Pero es una simple opinión anterior a la vigencia y a la preparación de la ley actual, cuyos autores conocieron sus ideas y objeciones y las descartaron al no tenerlas en cuenta.

188. — La Excm. Cámara en lo Federal de Paraná, ha resuelto (8) analizando el art. 71 del Código Penal que el querellante no tiene derecho a intervenir en los juicios de acción pública sino para asegurar sus derechos en la indemnización del daño, lo que da a entender que interpreta el art. 29, inc. 1º en la forma resuelta literalmente por su texto.

189. — A primera vista, pues. el asunto no puede ser más claro. Sin embargo, por una decisión de la Cámara del Crimen de esta Capital (9) se ha resuelto lo contrario.

Se trataba del siguiente caso. Una señorita, víctima de una defraudación, se presentó como querellante y como parte civil en el juicio de defraudación. Después de iniciada la acción, falleció. Se presentó entonces la madre, diciendo que venía a asumir en el proceso el rol de querellante, basada en el art. 170 del Código de Procedimientos Penales, y de parte civil, basada en el art. 29 del Código Penal y en la discusión doctrinaria que había tenido lugar en el Congreso.

El juez rechazó ambas pretensiones. Dijo, en cuanto al art. 170 del Código de Procedimientos Penales — en lo que tenía plena

---

(7) Pág. 81.

(8) *Gaceta del Foro*, tomo 61, pág. 371.

(9) *Gaceta del Foro*, tomo 62, pág. 269; *Jurisprudencia Argentina*, tomo 20, pág. 491.



razón — que solamente comprende a las víctimas del delito, y que la familia de la víctima no es la parte directamente damnificada; no hay sucesión de derechos, diríamos así, una vez producida la muerte de la víctima. El juez aplicó la jurisprudencia uniforme de los tribunales de la República <sup>(10)</sup>. En cuanto al art. 29 del Código Penal, dijo que no habiéndose legislado en el Código de Procedimientos la forma en que la parte debía intervenir en el juicio, era imposible a los magistrados salvar esa laguna de la legislación positiva, creando o reconociendo por vía de simple interpretación la personería del querellante civil en los juicios criminales.

El asunto fué en apelación a la Cámara del Crimen, y como había opiniones contrarias, se llamó a tribunal pleno, conforme a la ley que rige la organización de la mencionada Cámara. La votación se dividió en tres tendencias.

a) Los doctores Ortiz de Rozas y Oribe opinaron que, a pesar del texto del art. 29 del Código Penal, no procedía que se aceptara como parte civil a la madre de la víctima. Sostuvieron que el art. 29 sufrió una modificación en el Senado, al transformarse de imperativo en facultativo, y que los diversos documentos legislativos pertinentes y el texto del artículo demuestran que él no se propone establecer una jurisdicción única para el ejercicio de las acciones penal y civil provenientes de delito, sino asegurar en la medida de lo posible la efectividad de algo que se ha considerado un complemento lógico y necesario de la pena. Las complicaciones y trabas que originaría la intervención de la parte meramente civil, contradecirían el propósito de simplificación y rapidez que inspiró la reforma del Senado. Es indudable que el art. 29 ha derogado el 1096 del Código Civil, como también que el titular de la acción penal puede demandar juntamente con la pena el resarcimiento de los daños que haya sufrido por el delito. Pero en falta de disposiciones expresas no es posible confundir las jurisdicciones atrayendo al proceso criminal todas las cuestiones que la vasta materia comprende. Los miembros de la familia de la víctima o los terceros que en forma indirecta hayan sido damnificados y que según el Código de Procedimientos de la Capital

(10) Entre otros fallos, ver *Gaceta del Foro*, Enero 17 de 1920, pág. 100; Julio 2 de 1921, pág. 15.



y la jurisprudencia de la Cámara no pueden asumir el rol de querellantes, carecen por consiguiente de personería para constituirse como parte civil en el proceso criminal y no la tienen tampoco los herederos de la persona directamente ofendida, toda vez que la acción penal es de orden personal y no se transmite por herencia.

b) Los doctores Coll y Ramos Mejía sostuvieron que podía caber dentro del juicio penal la acción del querellante y la acción de la parte civil, de acuerdo con el art. 29 del Código Penal, pero que no obstante debía distinguirse entre el derecho para actuar y el ejercicio de la acción. Todo lo referente al ejercicio de la acción es del resorte de la ley procesal, y a pesar de lo dispuesto en el art. 29 del Código Penal, siendo la jurisdicción y el ejercicio de las acciones una cuestión procesal y no conteniendo reglas nuestro Código de Procedimientos respecto a la acción civil de los miembros de familia o del tercero, no es posible admitirla porque ello importaría legislar sobre su derecho y funcionamiento en el proceso, lo que no puede hacer el Poder Judicial, aparte de las graves perturbaciones que produciría en la secuela del juicio penal. Las leyes substantivas y las procesales deben guardar perfecta armonía, pues resulta una anormalidad que los derechos declarados en las primeras no tengan en las segundas su respectiva acción, pero el Congreso Nacional ha hecho el Código Penal y la legislatura local no ha sancionado el Código de Procedimientos que regule aquellos derechos, que no contempla la ley procesal vigente. Ante esa situación, no pudiendo el Poder Judicial suplir esa laguna, sólo cabe admitir la acción civil hasta donde lo permite la ley procesal vigente, acordándola únicamente al querellante que lo es el particular ofendido. No puede darse otro alcance al art. 29, excluyéndose por falta de leyes procesales a los miembros de familia o terceros con derecho a la acción civil. Votaron, en consecuencia, también por la confirmación de la sentencia.

c) La minoría, formada por los doctores Luna Olmos, Frugoni Zavala y el profesor que expone, sostuvo que procedía la acción civil dentro del juicio penal.

El doctor Luna Olmos entendía que ante los términos claros y precisos del art. 29 y el propósito que lo ha inspirado de unificar la jurisdicción para entender en el ejercicio de las acciones civiles y penales emergentes del delito, no era posible negar el derecho



invocado para que el juez del proceso criminal fije la indemnización civil, y que ante disposiciones tan terminantes no era posible sostener que para reclamar la indemnización fuese necesario tener personería para ejercer la acción penal. Y que aun cuando la ley procesal no ha reglamentado el funcionamiento de la acción civil, es indudable que hasta tanto lo sea, ella puede desenvolverse en los mismos autos del juicio criminal aunque paralelamente, debiendo circunscribirse su ejercicio, única y exclusivamente, a las cuestiones de orden puramente civil emergentes del derecho que representa.

El doctor Frugoni Zavala dijo que adhería a la opinión del doctor Luna Olmos en cuanto al alcance de la disposición del inc. 1º del art. 29 del Código Penal, por sus fundamentos, y porque los términos “a su familia o a un tercero” que emplea la ley, son tan claros y terminantes, que no admiten interpretación. Esta disposición es parcialmente derogatoria de la del art. 170 del Código de Procedimientos en lo Criminal y Correccional, pues siendo totalmente contradictorias no pueden íntegramente coexistir y la posterior deroga la anterior en lo que se le opusiere. No puede argumentarse contra esta conclusión, aduciéndose que una ley, es de fondo y la otra de forma, primeramente porque esta distinción doctrinaria no invalida el precepto, y secundariamente porque no es solo esa la disposición de carácter procesal que contiene el actual Código de Procedimientos de continua aplicación judicial y de inequívoco valor jurídico. El citado art. 170 autoriza a ejercer la acción penal sólo al particularmente ofendido por el delito, y el presente es el primer caso que se presenta a la resolución de esta Cámara de Apelaciones, en que un tercero, u otra persona distinta del previsto en dicho precepto legal, pretende ejercer la acción civil de daño sin asumir el rol de querellante criminal. La solución está, pues, fuera de los términos del art. 170 de la referencia, y sólo debe buscarse en el inc. 1º del art. 29 del Código Penal, y siendo explícitos y claros sus términos “ibi non est locus interpretationis”: la intervención de esa persona está autorizada por la ley. La aplicación de un criterio distinto podría dar lugar a perjuicios irreparables. En efecto, entre otros podría citarse el caso en que la persona particularmente ofendida por el delito hubiera intentado conjuntamente la acción criminal y la civil; si la misma llegara





a fallecer antes del fenecimiento de la causa, ese bien creditorio cual es el derecho a la indemnización del daño causado por el delito, pasaría "ministerio legis" al patrimonio del sucesor universal de la causante; pero quedaría su nuevo titular desamparado por la ley, por la interpretación contraria del inc. 1° del art. 29 del Código Penal, toda vez que no podría entrar en forma alguna al juicio criminal a hacerlo valer ni protegerlo, ni tampoco podría intentar la acción civil ante los jueces de la jurisdicción de esta naturaleza, porque ella habría ya sido intentada en la criminal. Habría, por lo tanto la ley autorizado un verdadero despojo. Resultado tan contrario a la noción de lo justo no puede haber entrado nunca en la mente del legislador, y corresponde por lo tanto interpretar aquella en forma de armonizar todas sus disposiciones de manera que no conduzcan a consecuencias reñidas con sus propósitos reparadores evidentes y con los preceptos generales de la legislación del país (arts. 18 de la Constitución Nacional y 3262 del Código Civil). Debe revocarse la resolución apelada.

Dijimos en nuestro voto, después de exponer los antecedentes legislativos del art. 29, inc. 1° del Código Penal y comentarios doctrinarios pertinentes:

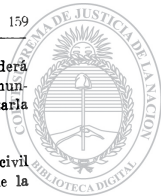
"Dejando de lado la cuestión, por resuelta de una manera que no admite otra interpretación judicial que la del texto puro de la ley, después de las correcciones hechas por el Senado, efectuadas de acuerdo con las exposiciones de motivos de tres proyectos de Código Penal coincidentes en redacciones y en orientación doctrinaria, sólo quedan por analizar los puntos de vista prácticos de la posibilidad de aplicación de la ley.

"La circunstancia de que ésta crea o no dificultades o demoras, no es materia de apreciación judicial.

"Además, si eso fuera cierto, muchas provincias han resuelto el punto, permitiendo acumular en un solo juicio la acción civil y la penal, sin que se haya demostrado, lo que era inútil por otra parte para el Juez que cumple con la ley, sus inconvenientes prácticos.

"El art. 21 del Código de Procedimientos Criminal de Córdoba dice: "La acción civil y la penal pueden entablarse conjuntamente, debiendo manifestarlo expresamente la parte".

"El art. 31 del Código Procesal Penal de Entre Ríos dispone



que "la acción civil que nace de los delitos y faltas se entenderá utilizada por el ejercicio de la penal, a no ser que transe o renuncie los derechos el ofendido o se reserve expresamente ejercitarla por separado".

"El código de La Rioja tiene el mismo texto.

"El art. 23 del código de Corrientes dice: "La acción civil puede ser ejercida ante el mismo Juez y al mismo tiempo que la penal", etc.

"El art. 452 del código de Salta dice que: "la sentencia resolverá todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil, que hubieran sido objeto del juicio".

"El código de Jujuy, art. 22, dice: "La acción civil puede ejercerse al mismo tiempo que la penal o posteriormente ante el Juez Civil", etc.

"Si estas provincias han podido crear un régimen de concurrencia de acciones, que no ha obstado a la substanciación de los juicios, muchos años antes de que en 1921 se sancionara el art. 29, inc. 1° del Código Penal, ¿se puede legalmente no coordinar ese texto con el art. 496, inc. 1° del Código de Procedimientos en lo Criminal, por lo menos en la Capital Federal, donde ejerce su jurisdicción esta Cámara? Esta es la cuestión planteada, que debemos resolver.

"Se dice que no es posible aceptar en el juicio penal otra parte que la considerada en el art. 170 de la ley procesal. Es cierto. En el juicio penal sólo interviene, como parte, el particularmente ofendido por un delito del cual nace acción pública. Pero, interviene para realizar los actos de prueba y de juzgamiento del delito mismo. Nadie puede hacerlo en su lugar si él falta, salvo en el caso especial del art. 175 que sólo se refiere a determinados delitos. Sin necesidad del código de fondo, él podrá, por el art. 176, inc. 5°, pedir embargo de bienes en cantidad suficiente para cubrir su *responsabilidad* lo que el Juez decretará, art. 141, en el orden y forma establecidos en el Código de Procedimientos Civiles, respecto de las ejecuciones, para garantizar la pena pecuniaria y la *efectividad de sus responsabilidades civiles*. Y como el Juez debe resolver, por el art. 496, inc. 1°, todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil, que hubieren sido objeto del juicio, uno no vé qué necesidad tenía el Código Penal, lo mismo que tres comisiones redac-

toras del texto vigente, de hablar de una innovación tan fundamental cuando consagraba, como se quiere interpretar, que sólo el querellante del art. 170 es el que tiene derecho de *obligar al Juez, a requerimiento de parte, a fijar la indemnización del daño*, como lo dice la comisión que en el Senado redactó, simplificándolo de la remisión a las leyes de procedimientos, el art. 29 que hoy nos rige.

“El código vigente no ha querido, suprimiendo de una manera expresa un párrafo especial, que las leyes de procedimiento reglamenten esta acción de indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia y a un tercero en el delito.

“Si su mente era que rigieran en el caso las leyes locales de procedimientos, no tuvo por qué crear *exprofeso* una fuente de encontradas interpretaciones entre un texto claro y un espíritu legal inverificable. La comisión que lo redacta, que suprime ese párrafo, asegura que la reparación del daño, por ir unida necesariamente a la pena, debe formar parte del sistema represivo que es federal por la Constitución. La teoría de la unidad de la pena y la reparación podrá ser mala en doctrina, pero, un error doctrinario del legislador no puede ser motivo para que el Juez no aplique la medida impuesta por él, en el texto expreso de una ley. Subsiste, en cambio, el principio, sustentado por la comisión de 1906, por el doctor Rivarola, por el doctor Herrera que se refiere expresamente al caso en las palabras más arriba transcritas, por la comisión del Senado, por el Senado que vota su texto, por la Cámara de Diputados que lo acepta, que la cuestión es federal, corresponde a la ley sustantiva y no a la ley procesal local. Ello será también un error doctrinario del legislador, pero, el texto expreso queda subsistente en toda su integridad, porque no contraría, en absoluto, ninguna disposición constitucional, por lo menos en la ciudad de Buenos Aires, que es el campo de nuestra jurisdicción como Cámara de Apelaciones.

“La prueba es que tampoco resulta inconstitucional, ni en Buenos Aires, ni en una provincia cualquiera, el art. 74 del Código Penal. Comete adulterio la mujer casada que tiene ayuntamiento con quien no es su marido. La persona particularmente ofendida por el delito tiene el derecho, por el art. 170 de la ley procesal, a promover el juicio criminal, sin ninguna limitación. Lo mismo, más o menos, disponen todos los códigos de las provincias. Pero,





viene la ley penal, desde el año 1903 y prohíbe el ejercicio de una acción puramente procesal penal hasta tanto no se decreta, en juicio civil, el divorcio por adulterio. Se hace por moral, por lo que se quiera, pero un código penal paraliza una acción legítima de quince códigos procesales. Como éste hay otros casos de hegemonía de hecho y de derecho de una ley sobre otras leyes.

“Si la interpretación del art. 29, inc. 1º. es que se refiere al querellante del art. 170 de la ley procesal, todo su texto, los informes de las comisiones, etc., son absurdos por ser inútiles. No es posible, sin embargo, suponer que un código ha querido ser, voluntariamente, absurdo. Ya el Código de Procedimientos, como lo dice la comisión redactora del proyecto de 1906, formada por hombres eminentes en la ciencia penal argentina, daba acción al querellante para obtener en la sentencia las reparaciones civiles pedidas en juicio. Lo que impedía su ejercicio era el art. 1096 del Código Civil. Por eso el código actual lo deroga, pero, no solo para el querellante sino para todos los dañados por un delito. La acción penal, exclusiva del art. 170 subsiste. Más ahora hay también una acción civil independiente de ella y perteneciente a otros.

“Se dice que no hay disposiciones pertinentes en el Código de Procedimientos que regulen esta acción. Es verdad. Que los procesos se alargarán. Quizá, aunque ello no sé si sucede o no en las provincias que permiten las dos acciones ante un mismo Juez, con códigos procesales casi idénticos al que nosotros aplicamos. Pero, nada de ello es óbice para no aplicar la ley con el espíritu clarísimo que acentuó el legislador en sus exposiciones de motivos. Cuando los procesos se eternicen será cuando diremos que no es culpa nuestra sino de la ley de fondo que no fué reglamentada, en sus acciones, por una ley adecuada de forma. Peor será que por una opinión teórica nuestra, dejemos de aplicar una ley cuyo texto imperativo debemos cumplir. Yo, personalmente, creo que la ley, va a producir pocos bienes al lado de males que no sé si serán pocos o muchos. Pero, la cumplo, respetando la letra y el espíritu del legislador.

“Por estos fundamentos y por las razones que da el doctor Luna Olmos en el sentido de que la acción de indemnización a que se refiere el art. 29 debe desenvolverse paralelamente a la acción penal, debiendo circunscribirse su ejercicio a las cuestiones de or-



den civil emergentes del derecho que el actor represente, me adhiero a las conclusiones de su voto y al del doctor Frugoni Zavala.”

190. — Triunfó, pues, la tesis de primera instancia por cuatro votos contra tres. Es indudable que la decisión de la mayoría se basa en un principio exacto, pues no estando reglamentado el juicio civil dentro del juicio penal, tal falta de reglamentación procesal podría producir graves inconvenientes, entre otros la indefinida duración de los procesos. Es la razón fundamental que tuvo en cuenta la mayoría del tribunal, y desde ese punto de vista su solución es posiblemente acertada. Es sabido que todo delito origina un deseo de venganza, un deseo de perjudicar la persona de su autor; si los lesionados fuesen varios y todos intervinieran como partes civiles en el juicio, con su pasión y su afán de venganza, es fácil suponer el número de complicaciones que esa intervención provocaría: la prueba civil producida conjuntamente con la prueba penal, la sentencia criminal demorada a la espera de la tramitación de las cuestiones civiles, etc.

Sin embargo, esta es, simplemente, una cuestión ocasional que, en el fondo, no corresponde a los tribunales, según lo dijimos en nuestro voto.

Tal es la interpretación de la Cámara del Crimen reunida en tribunal pleno, acerca del art. 29 del Código Penal. Con ella, podría suceder, caso hipotético aún no producido, el hecho curioso de que al damnificado por el delito — que según el artículo citado puede ser la víctima, la familia o un tercero, — se le niegue la reparación civil en el fuero criminal y se le niegue también en el fuero civil en base a que el art. 1096 del Código de la materia está derogado.

La cuestión debe resolverse por una modificación del Código de Procedimientos que regule el ejercicio de la acción civil dentro del juicio penal.

191. — El inc. 2º del art. 29 dice: “La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere”.

El inc. 3º añade: “El pago de costas”.



Las demás disposiciones derivan de las fundamentales que acabamos de citar. Así el inc. 4° del art. 29: “Cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia, señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones antes de proceder a concederle la libertad condicional”.

192. — El art. 30 prescribe: “La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa.

“Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

“1° La indemnización de los daños y perjuicios;

“2° El resarcimiento de los gastos del juicio.”

193. — El art. 31 consagra el principio establecido en general por la doctrina y las legislaciones, de la solidaridad de la obligación *ex delicto*, al preceptuar: “La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito”.

194. — El art. 32 dispone: “El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado”.

La disposición no alude al encubrimiento desde luego, sino a los que participan de los efectos del delito ignorando su existencia, como sería el caso de la persona que recibiese el objeto robado en virtud de un acto de liberalidad.

195. — En caso de insolvencia total o parcial, dice el art. 33, se observarán las reglas siguientes:

1° Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el art. 11;

2° Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

## REPARACION DEL ERROR JUDICIAL

Sumario: 196. Caso famoso. — 197. Importancia de la cuestión. — 198. Legislación argentina.



196. — Cuestión interesante que surge en materia de reparación del perjuicio es la que se refiere a la reparación del error judicial.

El caso más famoso que se ha debatido en el mundo ha sido el originado por la ley francesa de 1895. En el año 1887, tres personas son detenidas en Francia bajo la inculpación de haber cometido un robo: Borras, Guillaumet y Villarrubia; el tribunal superior los condena a muerte. Pronunciada la sentencia, y ya sin recurso alguno, Villarrubia confiesa y lo demuestra casi, que Borras no había tenido ninguna intervención en el delito; Guillaumet confirma el dicho de Villarrubia. Existe la evidencia completa de la no intervención de Borras en el hecho, en el que se ha visto envuelto accidentalmente; pero existía la condena a muerte con autoridad de cosa juzgada, y no pudo reverse.

Se produce un movimiento en Francia en favor de Borras; intervienen miembros del Parlamento; se consigue, a duras penas, una interpelación al ministro. El ministro, en pleno Parlamento francés, dijo esta cosa enorme: que ante la majestad de la justicia, aún en presencia de sus errores, no era posible hacer nada más que cumplir la sentencia judicial.

El Presidente de la República conmuta la pena de Borras por trabajos forzados a perpetuidad, no atreviéndose a nada más ante este fantasma de la majestad de la justicia. En el fondo, era tan injusta una solución como la otra.

Sigue el movimiento en Francia en favor de Borras, hasta que al fin, después de dos años, penosamente, se consigue el indulto definitivo. Pero Borras había sido condenado a muerte primero, a trabajos forzados para toda su vida después, y había sufrido la espantosa angustia moral que puede provocar en un inocente la condena a muerte.

El Estado lo ponía en libertad, pero nadie reparaba ese extraordinario error de la justicia. Se origina entonces en Francia un poderoso movimiento de opinión que lleva a la sanción de la ley



de 1895, fundada en la teoría del riesgo profesional, la misma que existe hoy en materia de accidentes del trabajo, que presume la culpa del Estado y ordena la indemnización correspondiente en el caso en que se inicie legalmente un recurso de revisión en virtud del cual se produzca la absolución del procesado. <sup>(11)</sup>

197. — Es evidente que la cuestión reviste singular importancia, puesto que hay casos en que se demuestra con certeza el error judicial. Recordamos que el ministro Mancini, en Italia, en 1878, cuando se discutían las reformas al Código Penal, dijo que de acuerdo con las estadísticas francesas, de 220 y tantos condenados a muerte, 11 o 12 habían sido condenados injustamente, lo que se había comprobado después de la aplicación de la pena. Quiere decir que si el error acontece en la aplicación de la pena de muerte, la más grave de todas, es de suponer que sucederá también en las demás.

198. — Esta materia no ha sido legislada en nuestro Código. Muchas leyes europeas, sin embargo, contienen disposiciones al respecto.

### III. — Instrumentos del delito

#### DESTINO

Sumario: 199. Regla del art. 23. — 200. Análisis.

199. — Dentro de estas cuestiones, la más sencilla es la que se refiere al destino de los objetos instrumentos del delito. Está legislada en el art. 23 del Código Penal que dice: "La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efec-

---

<sup>(11)</sup> En la Cámara de Senadores de Francia se sostuvo que la reparación procedía, pero de acuerdo con los principios del Código Civil. De manera que según esa tesis el condenado injustamente debería probar toda vía la culpa del Estado...





tos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la nación”.

200. — Aparte de la redacción deficiente y del empleo de la palabra *decomisados*, que debería ser *comisados*, este artículo establece el principio de la destrucción de los instrumentos del delito. Otros códigos, entre ellos el nuestro derogado, autorizan la venta de estos instrumentos del delito, en unos casos para indemnizar en parte a la víctima, en otros para hacer ingresar su producido a los fondos corrientes de la nación que deberá cargar después con el mantenimiento del procesado.

Nuestro Código actual establece que el instrumento empleado en el delito deja de ser propiedad del delincuente por el solo hecho del delito; el Estado lo comisa y su valor no se imputa en absoluto a la reparación civil del delito. Lo más que puede hacerse es su aprovechamiento por parte de los gobiernos de provincia o del arsenal de guerra de la nación. Es indudable que con el sistema antiguo sucedía este caso curioso: que el Estado, que debe organizar la defensa social, vendía, y por muy bajo precio, instrumentos que después podían ser empleados en la comisión de nuevos delitos.

#### IV. — Peculio del condenado

##### DISTRIBUCION

Sumario: 201. Regla del art. 11. — 202. Análisis.

201. — La última cuestión a dilucidar está contenida casi íntegramente en el art. 11 del Código Penal, que se refiere a la forma de distribuir el producto del trabajo del penado. Expresa ese artículo:



“El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

- 1° A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;
- 2° A la prestación de alimentos según el Código Civil;
- 3° A costear los gastos que causare en el establecimiento;
- 4° A formar un fondo propio que se le entregará a su salida.”

202. — La remuneración del trabajo del condenado es objeto también de una larga cuestión doctrinaria. En la mayor parte de las naciones de Europa, el trabajo del condenado no es remunerado por el Estado, y en caso de serlo ello ocurre en una proporción ínfima.

En la República Argentina este trabajo está regularmente organizado, si bien solamente en la ciudad de Buenos Aires, en la Penitenciaría Nacional y en parte en la Cárcel de Eusebio.

Ello es lógico, pues para que el trabajo sea posible en gran escala en un establecimiento que alberga 600 o 700 personas, se requiere un estado social donde exista trabajo en abundancia. Es el grave inconveniente que tiene un penal cuando está ubicado muy lejos de los centros de producción.

Del punto de vista carcelario, nuestro Código es uno de los más avanzados, no solamente por la forma en que establece el pago del trabajo, sino porque legisla sobre la manera en que se ha de distribuir el producto de ese trabajo, teniendo en cuenta a la víctima, al procesado, a su familia y al Estado.

Entre nosotros se ha sostenido, entre otros por el doctor Herrera, que lo fundamental debería ser la reparación de los gastos causados por el penado en el establecimiento. No estamos de acuerdo con esta tesis; lo fundamental es indemnizar el daño causado por el delito y formar la base del peculio para el penado, a fin de que el día que salga en libertad tenga los fondos necesarios para no verse obligado a mendigar o a delinquir. El Estado tiene obligación de costear los gastos que ocasione todo detenido por un delito, sin quitar nada de lo que pueda corresponder a las víctimas del delito.



## LIBERTAD CONDICIONAL

### SUMARIO:

- I. Generalidades. — Antecedentes. Fundamentos.
- II. Sistema del Código. — Su régimen. Análisis crítico. Condiciones. Sanción. Extinción.
- III. Registro nacional de reincidentes. — Su necesidad.
- IV. Instituciones de protección de liberados y excarcelados. — Inexistencia.

### I — Generalidades

#### ANTECEDENTES

Sumario: 203. Inglaterra. — 204. Francia. — 205. Evolución doctrinaria posterior.

203.— La institución de la libertad condicional ha nacido, prácticamente, en Inglaterra. Por necesidades locales, por la clase de su delincuencia, por la falta de elementos dentro del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda para tener en las cárceles a todas las personas condenadas por los innumerables delitos que las leyes reprimían, se empezó a deportarlas a ciertas colonias en Norte América, Australia, Nueva Gales del Sur.

Llegó un momento en que el número de condenados era también excesivo en las mismas colonias. Entonces, en el año 1791, la



Corona concedió a los gobernadores de Nueva Gales del Sur el derecho de perdonar a los transportados el resto del tiempo que les faltaba para el cumplimiento de la pena, con la condición de que no volvieran más a la metrópoli, esto es, que quedaran allí establecidos como colonos.

El año 1824 se volvió, por una ley llamada de *conditional pardon*, a extender el principio, pero ya en forma general. Se autorizaba a los gobernadores de las colonias para que otorgaran el *ticket of leave*, especie de permiso a los condenados para abandonar el establecimiento en que se encontraban, antes del vencimiento de la pena, mediando buena conducta. Es la forma clásica del sistema inglés o auburniano.

Finalmente, el 20 de Agosto de 1853, se dicta la ley sobre libertad condicional, que con pocas variaciones existe actualmente.

204. — En Francia, conforme a una característica latina, los ensayos han sido doctrinarios y no prácticos, a la inversa de lo que ha acontecido en los países sajones.

Lucas, en su libro *De la réforme des prisons et de la théorie de l'emprisonnement* establece en 1838 las condiciones de una libertad especial, que se asemeja mucho a la libertad condicional.

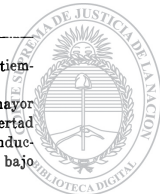
Bonneville de Marsangy, autor de un tratado de instituciones complementarias del sistema penitenciario, organiza, en 1847, doctrinariamente también, la libertad condicional, diciendo cómo debe cumplirse, en qué forma el Estado debe ayudar al penado, etc.

205. — Posteriormente, la doctrina recoge estos ensayos, cuando surgen en los primeros congresos penitenciarios las cuestiones referentes a la sentencia indeterminada, cuando los tratadistas empiezan a reconocer que la pena a tiempo fijo es inconveniente porque no es posible saber cuándo un hombre quedará reformado.

La sentencia indeterminada tiene tres formas de realizarse en la doctrina:

a) una amplia, según la cual la duración de la sentencia depende de la reforma positiva del penado;

b) una más restringida, según la cual la ley fija el maximum y el minimum dentro de los cuales puede establecerse esta sentencia, es decir, que no durará ni toda la vida del condenado, aunque



éste revele graves condiciones de peligrosidad, ni tampoco un tiempo irrisoriamente breve;

c) la tercera forma, adoptada por la legislación de la mayor parte de las naciones del mundo, consiste en una especie de libertad condicional: el Estado, en presencia de un condenado cuya conducta autoriza a suponer su reforma, lo libera del resto de la pena bajo ciertas condiciones.

#### FUNDAMENTOS

**Sumario:** 206. Presunción de reforma.

206. — La libertad condicional se concede sobre la presunción de que un delincuente, dentro de lo posible, se ha regenerado en la cárcel. Esa regeneración es debida a una acción propia del individuo, que la ley siempre debe tender a facilitar y estimular.

Si el hombre sabe que al entrar a la cárcel con una condena a perpetuidad, habrá de pasar inexorablemente toda su vida en el penal, no tiene ningún interés en portarse bien o mal. Pero si sabe, en cambio, que de su conducta dependerá que logre la libertad a los veinte años de cumplimiento de una pena perpetua, su interés es evidente.

Tal es la base y el gran beneficio de la libertad condicional. La ley pone en manos del condenado, por medio de su trabajo, de su actividad, de su conducta, la manera de ganar su libertad, la forma de eliminar una parte de su pena.

## II. — Sistema del Código

#### SU REGIMEN

**Sumario:** 207. Institución de la gracia del Código antiguo. — 208. Sus diferencias fundamentales con la actual libertad condicional. — 209. Art. 18.

207. — El Código Penal argentino derogado establecía en su art. 73: “Los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo in-



determinado, que durante los últimos ocho años hubiesen dado pruebas de una reforma positiva después de sufrir quince años de condena, tendrán derecho a pedir gracia del resto de la pena”.

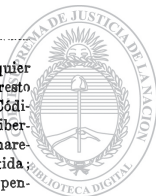
Y el art. 74 prescribía: “El mismo derecho tendrán los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo determinado, después de haber cumplido las dos terceras partes de su condena, si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva”.

Estas disposiciones acordaban, pues, al condenado el derecho de pedir lo que se llamaba, prácticamente, la *gracia* del resto de la pena. La institución contenía algunas anomalías, como las contiene el Código actual, según lo veremos en seguida. En efecto, por el art. 73, los condenados a presidio o penitenciaría *por tiempo indeterminado*, podían pedir esta remisión a los *quince años*; y por el art. 74, los condenados a las mismas penas *por tiempo determinado* tenían ese derecho después de haber cumplido las *dos terceras partes* de su condena. Con lo que resultaba esta incongruencia: un condenado a 25 años de presidio, (sanción menos grave que la condena a presidio por tiempo indeterminado), cumplía las dos terceras partes de su condena a los *16 años y 8 meses*, necesitando en consecuencia *un año y ocho meses más* que el condenado a presidio por tiempo indeterminado para tener derecho a solicitar la remisión de pena a que aludimos.

El Código antiguo exigía, además, la *reforma positiva* del condenado, condición cuyo cumplimiento es imposible poder determinar en el ambiente carcelario. Se llegó a la violación más flagrante del principio del Código; los penales informaban que había reforma positiva cuando el condenado había cumplido *más o menos bien* con los reglamentos de la prisión.

**208.** — La llamada institución de la gracia de los arts. 73 y 74 del antiguo Código Penal, aunque sea igual en apariencia, difiere fundamentalmente en el fondo de la institución de la libertad condicional legislada en el art. 13 del Código vigente.

En efecto, la persona agraciada con este beneficio en el Código antiguo, una vez que era puesta en libertad, readquiría todos sus derechos, quedando enteramente borrado el resto de la pena. El condenado a presidio por tiempo indeterminado, a los 15 años



y un día podía cometer cuantos delitos quisiera y realizar cualquier clase de vida antisocial, que siempre permanecía borrado el resto de la pena remitida. En cambio, la libertad condicional del Código actual implica todo lo contrario: el condenado queda en libertad, pero sujeto a determinadas condiciones, que luego examinaremos; si las cumple, al final de un tiempo su pena queda remitida; si no las observa, vuelve a cumplir la parte de pena que quedó pendiente.

Es decir, en el fondo, el Estado pone en libertad al individuo para que ese resto de pena que se le remite, en vez de cumplirlo en el establecimiento carcelario, lo cumpla en el trabajo libre.

Estas diferencias esenciales nos autorizan a decir que la institución del art. 13 del Código actual no tiene absolutamente nada que ver con la institución de los arts. 73 y 74 del Código Penal antiguo.

**209.** — Dispone el art. 13: “El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento, bajo las siguientes condiciones:

- 1° Residir en el lugar que determine el auto de soltura;
- 2° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;
- 3° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- 4° No cometer nuevos delitos;
- 5° Someterse al cuidado de un patronato indicado por las autoridades competentes.

Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar del día de la libertad condicional.”



## ANÁLISIS CRÍTICO

## Resolución judicial

Sumario: 210. Significado. — 211. Jurisprudencia.

**210.** — Veamos ahora el análisis circunstanciado de esta disposición, para comprender las diversas cuestiones que surgen a su respecto.

La libertad condicional se concede *por resolución judicial*. De manera que el Código no establece un derecho absoluto, sino limitado por la apreciación del tribunal.

**211.** — Interpretando esta disposición, una acordada de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital resolvió, revocando el pronunciamiento de primera instancia, que era la Cámara y no el juez quien debía concederla <sup>(1)</sup>.

Al dictarse esta resolución, consideramos que quienes debían acordar la libertad condicional eran los jueces y criticamos la resolución del tribunal de apelación <sup>(2)</sup>. Estamos, sin embargo, en la obligación de manifestar que hoy nuestra opinión al respecto ha variado, comprendiendo que la aplicación que hace la Cámara de esta institución de la libertad condicional corrige en gran parte los errores del Código, finalidad que no se alcanzaría seguramente si la concesión de este beneficio estuviera librada a los criterios diferentes de los magistrados de primera instancia. Alguno de estos, por ejemplo, exigiría sólo el cumplimiento de los reglamentos, otro la naturaleza del delito, otro la del sujeto, etc. Cuando emitimos nuestra primera opinión, no pensamos sino en lo que el Código decía literalmente. La Cámara le ha dado una interpretación más amplia, que ajusta mejor la institución a las tendencias modernas de la peligrosidad del sujeto.

En el resto del país, la jurisprudencia no es uniforme. En la justicia federal, la libertad condicional la acuerda la Cámara de Apelaciones en ciertos tribunales; en la Capital la acuerdan los

(1) *Gaceta del Foro*, tomo 38, pág. 127.

(2) *Revista Penal Argentina*, tomo I, pág. 83.



jueces. En los tribunales de la provincia de Buenos Aires la acuerdan los jueces, con la facultad de apelación ante los tribunales superiores.

#### Limitación en el tiempo

Sumario: 212. Cumplimiento de una parte de la pena.

**212.** — Está limitada en el tiempo, ya que el condenado debe cumplir una parte determinada de la pena para tener derecho a obtenerla. El Código no acepta, pues, la sentencia indeterminada, en lo que a nuestro juicio ha hecho bien, porque para poder aplicar en toda su amplitud la sentencia indeterminada debe hallarse preparado el ambiente, las instituciones y los hombres.

#### Plazos

Sumario: 213. Penas perpetuas y temporales. — 214. Anomalías. — 215. ¿Se computa el término del indulto?

**213.** — Está sujeta a plazos determinados.

a) Para las penas perpetuas, cumplidos veinte años recién puede pedir el condenado la aplicación del beneficio.

b) Para las penas temporales, hay dos períodos: uno que va de 3 a 25 años, y otro que va de 3 para abajo.

Los condenados de más de 3 a 25 años, necesitan cumplir las dos terceras partes de la pena. Los condenados de 3 años o menos, necesitan solamente cumplir un año de pena los condenados a reclusión, y ocho meses los condenados a prisión.

En la primitiva redacción, el Código vigente aludía a los condenados por *más* de tres años y a los condenados por *menos* de tres años. No hablaba de los condenados a tres años justos. Hubo, entonces, ciertas dudas en la jurisprudencia respecto a cuál disposición debía aplicárseles. La ley Fe de Erratas número 11221, por esas razones, modificó en parte el texto del Código vigente, estableciendo: los condenados *por tres años o menos*, con lo cual la cuestión desaparece.





**214.** — Dentro del Código actual subsisten algunas anomalías. Está en manos del juez, aunque no lo diga en su sentencia, imponerle a un condenado un mayor o menor cumplimiento del término de la pena para retardar o apresurar la aplicación de la libertad condicional. En efecto, si el juez condena a *tres años y un mes*, el individuo debe cumplir *dos años y veinte días* (esto es, las dos terceras partes de su condena) para obtener la libertad condicional; en cambio, el condenado a *tres años* de pena (un mes menos que el anterior) necesita *ocho meses* de cumplimiento para obtener el mismo beneficio.

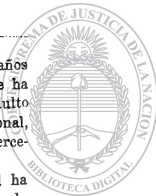
Hay, pues, una diferencia enorme, de *un año, cuatro meses y veinte días* de cumplimiento de pena, según que el juez condene a tres años y un mes, o a tres años justos.

Ello se agrava entre nosotros, por la lentitud de los procesos y la facilidad con que pueden ser interrumpidos en virtud de artimañas procesales. Casos hay en que el procesado al día siguiente de ser condenado, se presenta pidiendo la libertad condicional, habiendo cumplido el término de pena exigido por la ley con el tiempo que ha durado su prisión preventiva. ¿Es serio y es justo acordar la libertad condicional a estas personas?

Es sabido, por otra parte, cómo se cumplen las penas en el país, cómo se está en el Departamento de Policía, en algunas alcaidías, en ciertos depósitos de contraventores, en la misma Prisión Nacional que carece de algunos de los elementos necesarios para poder organizar en forma el trabajo carcelario. ¿Ha podido querer el Código que una persona, por el sólo hecho de estar encerrada entre cuatro paredes, cumpla en ocho meses la pena de tres años impuesta por la ley para su delito?

No sería difícil que esta situación irregular originara algún día una medida de los tribunales superiores, estableciendo que lo que la ley ha exigido es el cumplimiento de una parte de la pena en el establecimiento penitenciario que le corresponda, donde haya trabajo organizado y donde se pueda apreciar si las condiciones legales están llenadas por el condenado.

**215.** — En la aplicación de la libertad condicional surge con frecuencia la interesante cuestión siguiente. En virtud de la facultad de indulto que tiene el Presidente de la República por la



Constitución Nacional, puede convertir una pena de veinte años en una pena de diez; ahora bien, ¿el condenado a quien se le ha rebajado la pena en razón del ejercicio de esa facultad de indulto podría alegar, a los efectos del beneficio de la libertad condicional, que computando el término del indulto ha cumplido las dos terceras partes de su condena?

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital ha resuelto que el tiempo del indulto no se descuenta del total de la pena, porque el Código habla del cumplimiento de las dos terceras partes de la *condena* y no de las dos terceras partes de la *pena*. El Poder Ejecutivo ha remitido una parte de la pena, pero es la condena, que marca por el art. 41, mal o bien, el índice de la peligrosidad del delincuente, lo que ha querido tener en cuenta el art. 13 con toda seguridad.

#### Requisitos

Sumario: 216. Observancia de los reglamentos carcelarios. — 217. Crítica. — 218. Restricciones establecidas por la jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital. — 219. Reforma necesaria.

216. — La libertad condicional se acuerda si los condenados han observado con regularidad los reglamentos carcelarios. La ley ha querido así que el beneficio que instituye se otorgue a quienes demuestren merecerlo mediante su conducta y adaptación al trabajo. Es ésta la condición única, diríamos, que exige el Código. La gracia del antiguo Código nos hablaba de una reforma positiva.

Los dos sistemas son malos. El derogado, porque nadie puede afirmar que un hombre está reformado positivamente. El vigente, porque no exige casi nada; el cumplimiento de los reglamentos carcelarios es poco o es mucho según la organización de los establecimientos donde estén los condenados.

217. — Nuestra ley ha puesto en manos de la autoridad de un penal el poder decir si corresponde o no la concesión de la libertad condicional. Actualmente, los informes que reciben los tribunales son sencillos; la conducta del condenado ha sido ejemplar, muy buena, buena o regular, y la calificación depende de la apreciación



de los encargados del establecimiento. Pongamos un ejemplo; supongamos un establecimiento penitenciario en el que los reglamentos, por influencia del director, establezcan servicios religiosos abundantes que un penado no quiera cumplir; para el director, que suponemos celoso cumplidor de estas prácticas religiosas, ese hombre será naturalmente un mal penado y producirá a su respecto un informe desfavorable, por más que bajo los demás aspectos disciplinarios sea de conducta ejemplar.

¿Sobre una base tan frágil se le puede remitir a un hombre la tercera parte de su condena, cuando ésta es temporal por más de tres años, o limitarle a veinte años una pena perpetua? ¿Sobre esa base igualmente se le puede imponer a un hombre altivo, que no quiere someterse a ciertas exigencias ridículas, el cumplimiento de la totalidad de la pena?

218. — Es un gravísimo error. Para remediarlo en lo posible, y dentro de esta Capital, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha establecido ciertas restricciones.

a) No se concede la libertad condicional, aun cuando los informes del establecimiento penitenciario digan que el condenado ha cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios, si la naturaleza y características especiales del delito revelan en él ciertas tendencias de grave peligrosidad.

b) No se concede tampoco cuando el individuo tiene antecedentes policiales o judiciales, como ser sobreseimientos provisionales anteriores.

c) No se concede igualmente cuando hay un cierto número de delitos cometidos. A un individuo que comete 3, 4, 5, 10 defraudaciones, se le aplica una sola pena, por el art. 55 del Código Penal; el máximo de pena que corresponde al delito de defraudación es el de 6 años de prisión; luego, el condenado al máximo podría pedir la libertad condicional a los 4 años. Pero la Cámara no se la otorga, en razón del número de infracciones cometidas.

d) No se concede, del mismo modo, cuando la calidad del sujeto indica que es procedente esa negativa. Así sucede con los individuos de vida completamente antisocial.

La ley, desde luego, no habla en absoluto de estas restricciones. Ellas derivan de la interpretación de la Cámara del Crimen,



basada en que el Código establece que los condenados *podrán obtener la libertad por resolución judicial*, con lo que faculta a la autoridad judicial para acordarla o negarla según los casos.

219. — Otros códigos y proyectos, especialmente los proyectos austriacos y alemanes, el proyecto de Ferri — aunque es bastante complicado al respecto — y los proyectos suizos, establecen otras condiciones. Exigen que para acordar la libertad condicional se tengan en cuenta los antecedentes del sujeto, la naturaleza del delito, los móviles sociales o antisociales que haya revelado, a fin de que reciban el beneficio quienes realmente deben merecerlo.

En esos proyectos se parte también del verdadero principio que informa la libertad condicional: la presunción o probabilidad de que quien ha trabajado 5, 10, 15, 20 años en un penal, sale reformado del establecimiento y sabiendo un oficio, un arte, una profesión.

Si esas son las bases de la libertad condicional, quiere decir que nuestro Código, que la aplica con tan escasas garantías, debe modificarse a fin de organizar la institución en forma científica.

#### Reincidencia

Sumario: 220. Norma legal y crítica.

220. — El art. 14 del Código Penal dispone: “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.”

Entendemos que es un error del Código, que ha confundido en este caso, como en muchos otros, habitualidad y reincidencia. El habitual, ante la ley penal, no debe tener más derechos que aquellos que se le reconocen como hombre. El reincidente, en cambio, puede tener ciertos derechos.

La reincidencia es muy fácil en determinados casos. Un hombre puede tener dos condenas sin ser en absoluto un sujeto peligroso; una puede obedecer, por ejemplo, a un exceso en la defensa, otra a un delito insignificante y, sin embargo, como reincidente, ya no puede gozar del beneficio de la libertad condicional.

Basta enunciar la posibilidad de este caso para que surja la inconveniencia del art. 14. La ley debe conceder la libertad



condicional a los reincidentes, pero especificando que ello acontecerá siempre que no revelen peligrosidad alguna, de acuerdo con la naturaleza del hecho y antecedentes del sujeto (3).

El proyecto italiano de 1921 la acuerda en ciertos casos especialmente considerados, aún a los delincuentes habituales (art. 83).

#### Revocación

Sumario: 221. Consecuencia.

**221.**— Prescribe el art. 17: “Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente”.

El fundamento de la disposición es indudablemente exacto. Si el Estado ha dado a una persona el medio de evitar la imposición de una pena con su conducta, y esa persona lo ha conseguido y es puesta en libertad, demostrando luego con su conducta posterior que no merecía ese beneficio, no hay por qué hacer por segunda vez el ensayo.

#### CONDICIONES

Sumario: 222. Residencia. — 223. Reglas de inspección. — 224. Oficio, arte, industria o profesión. — 225. No cometer nuevos delitos. — 226. Patronato. Jurisprudencia. — 227. Plazos de vigencia de estas condiciones.

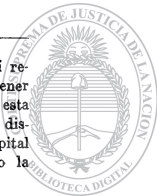
**222.**— El Código enumera, en el art. 13, las condiciones a que está sujeto el beneficio de la libertad condicional. Ellas son las que pasamos a analizar.

1° *Residir en el lugar que determine el auto de soltura.*

Esta residencia es, indudablemente, beneficiosa desde todo punto de vista; si ella no se determinase de modo especial no habría manera de comprobar realmente la conducta del condenado.

Actualmente, dados los sistemas que se usan en la Capital, el condenado debe comunicar qué domicilio tendrá. Hasta hace poco

(3) Propusimos ante el Senado, sin éxito, que este artículo se suprimiera, o que se le agregara lo siguiente: “únicamente en el caso de que el juez los considerara peligrosos por la índole de los delitos cometidos”.



tiempo, la vigilancia del domicilio la hacía la policía; de allí resultaban muchos inconvenientes, porque la policía no puede tener el mismo criterio que pondría un patronato en el ejercicio de esta función de vigilancia, ni realizarla seguramente con la misma discreción y eficacia. Por eso, la Cámara del Crimen de esta Capital ha dispuesto recientemente que esta vigilancia del domicilio la realice el Patronato de Liberados.

**223.** — 2° *Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas.*

Es una disposición tomada del proyecto suizo, y conveniente en todo sentido. Es difícil de establecer, sin embargo, con exactitud, cuáles son las reglas de inspección que el procesado debe cumplir, porque se oponen muchas dificultades. El trabajo, por ejemplo, puede comprobarse, porque él se realiza en un establecimiento determinado; pero es más difícil comprobar si el liberado se abstiene de bebidas alcohólicas.

Hace poco, se planteó ante la Cámara del Crimen un caso curioso. La policía denunció que una mujer, sometida al beneficio de la libertad condicional, había sido encontrada en la calle en el estado raro característico provocado por los estupefacientes. La Cámara se encontró con que la abstención de estupefacientes no era condición impuesta por el Código, y como la interpretación analógica no cabe en materia penal, no podía en virtud de la causal invocada en la denuncia suspender el beneficio de la libertad condicional.

De todos modos, la dificultad mayor entre nosotros finca en la comprobación del hecho. En una población pequeña, la comprobación estaría a cargo de todo el pueblo, diremos así, suponiendo arraigado en él un interés social de que desgraciadamente careecemos; pero es muy difícil esa comprobación en una ciudad populosa, como Buenos Aires. Londres o París.

**224.** — 3° *Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.*

Es la más eficaz de todas las condiciones establecidas por el



Código para conceder el beneficio de la libertad condicional, y de más fácil comprobación, salvo que haya una especie de complicidad entre el dueño de una fábrica y el liberado.

La gran dificultad en este punto es precisamente la desconfianza social que existe contra el liberado condicional. Las leyes pueden disponer, como lo hacen, estas prescripciones muy útiles que comentamos; pero en la realidad de la vida social van a funcionar de muy diferente manera. ¿El dueño de una casa de comercio estaría dispuesto a dar ocupación en la misma a un liberado condicional que ha purgado una condena por delito contra la propiedad?

Es la desconfianza secular hacia el hombre que ha vivido una vez en la prisión, admirablemente pintada en *Los Miserables* de Víctor Hugo, que subsiste a pesar de todas las prédicas y de todos los esfuerzos de regeneración de los penados. Ello es lógico, puesto que habría que conocer mucho la vida de un liberado condicional para darle ciertas funciones o trabajos, máxime entre nosotros donde no hay, como en Estados Unidos, personas que se ocupen de la vigilancia de los liberados condicionales en nombre de un deber de solidaridad social, preocupándose por levantar moralmente a hombres que han cometido un delito por las tantas causas que pueden excusarlo, pero que no reincidirán jamás.

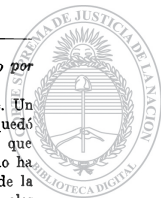
A pesar de la desconfianza social a que aludimos, en la Capital se ha conseguido, poco a poco, ocupar a los liberados condicionales, particularmente en las grandes empresas. El doctor Frías, presidente del Patronato de Liberados en Buenos Aires, ha logrado, después de empeñosas gestiones, que se les dé trabajo a muchos de ellos.

Merced a esa acción se está consiguiendo, lo que es una gran ventaja, que cese en parte esa desconfianza. Podemos manifestar además, lo que es muy satisfactorio, que hasta la fecha son pocas las revocaciones de libertad condicional que ha sido necesario decretar.

#### 225. — 4° No cometer nuevos delitos.

Es una condición que surge por sí misma. Sin embargo, debido a la falta de registros y a deficiencias policiales, no se puede saber si entre los delitos que quedan impunes hay algunos que son cometidos por liberados condicionales.





*226. — 5° Someterse al cuidado de un patronato indicado por las autoridades competentes.*

Esta condición suscitó, recientemente, una cuestión grave. Un día, el Patronato de Liberados de la ciudad de Buenos Aires quedó sin fondos, porque desgraciadamente el legislador argentino, que ha manifestado tantos deseos de reformar sus leyes penales, no ha podido sancionar hasta la fecha, en el frondoso presupuesto de la nación, un modesto renglón acordando veinte mil pesos anuales para sostener aquella institución. Resulta así que el Patronato de Liberados vive precariamente de los fondos concedidos en acuerdos de ministros.

El año 1927, el Patronato se encontró sin un centavo; las cuotas de sus socios no alcanzaban para cubrir sus gastos. Se presentó entonces a la Cámara del Crimen diciendo que iba a dar por terminada su misión.

La Cámara del Crimen se encontró avocada a un grave problema: ¿continuaba acordando el beneficio de la libertad condicional a las personas que se hallaban en las condiciones del art. 13, o lo suprimía?

La mayoría del tribunal, con nuestro voto, resolvió que no se otorgaría el beneficio de la libertad condicional mientras no pudiera existir el Patronato de Liberados, ya que esa libertad condicional no se concibe sin la existencia de la autoridad encargada de hacerla cumplir en las condiciones legales. Es el principio fundamental que surge del estudio de los proyectos suizos, en el que inspiramos nuestro voto. El Estado no gana nada con poner en libertad a un individuo liberado condicionalmente si no hay nadie encargado de guiar sus primeros pasos en el sentido de procurarle trabajo haciendo cesar la desconfianza social a su respecto, y de inspeccionar si realmente cumple con las disposiciones legales.

Dijimos en nuestro voto:

“Que la condición impuesta en el inc. 5° del art. 13 del Código Penal a los condenados que puedan ser sometidos al beneficio de la libertad condicional, es previa a la concesión de la misma. No solamente lo dice una lógica interpretación del texto del art. 13 tomado en su literalidad y en su concepto de institución creada conjuntamente en bien del condenado regenerable y de la sociedad en que vive, sino que lo afirma de una manera clara el informe de



la Comisión redactora del Senado que agregó dicho inc. 5° al art. 13, sancionado sin él por la Cámara de Diputados en 1917.

“Que esa Comisión, en su informe (ed. of., pág. 37), dice que al someter al liberado al cuidado de un Patronato, responde a los fines perseguidos por la institución de la libertad condicional y lo hemos tomado del anteproyecto suizo (*Code Penal Suisse, avant-project, texte adopté par la deuxième commission d'experts*, Octobre 1916, Zurich, art. 38, fs. 25).

“Que así es en efecto. El proyecto suizo de 1916, en su art. 38, fuente auténtica en consecuencia de nuestro texto legal, establece la libertad condicional sobre la base única del Patronato, cuya misión está señalada en el art. 46. El tribunal *podrá* imponer al liberado, dice el inc. 2°, ciertas reglas de conducta en la duración del período de prueba, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas, de permanecer en un lugar o establecimiento determinado o estar al servicio de un patrón designado, pero, como condición de la ley “someterá al liberado a un Patronato”. Para el proyecto suizo es tan fundamental el Patronato en la existencia de esta institución, que se concibe que no puedan imponerse reglas de conducta al liberado, pero obliga a someterlo *siempre* a un Patronato. Lo decía expresamente Thormann en la discusión de este artículo en la segunda Comisión de Peritos (*Procés verbal de la deuxième commission d'experts*, tomo I, pág. 245) afirmando “que para caracterizar la esencia de la libertad condicional, es importante hacer resaltar el concepto de Patronato”, observación que tiene un gran valor interpretativo, porque Thormann fué el redactor de las modificaciones del proyecto primitivo que formaron el texto de la redacción de 1915. Sin embargo, ésta no contenía la frase esencial. Fué agregada recién en la redacción de 1916 (obra citada, tomo IX, 2° de los anexos, pág. 268). El perito M. Müller propuso que el tribunal decidiría si se colocaba o no al liberado bajo un Patronato. La comisión no lo aceptó, sancionando, en cambio, el texto que sirvió de modelo a nuestra Cámara de Senadores, en el informe que he citado. “La autoridad competente someterá al liberado a un Patronato”.

“Que la razón de esta imposición legal es evidente. Aún sin ese agregado, que Jiménez de Asúa no conocía cuando escribió su libro “La unificación del derecho penal en Suiza”, dice, en la

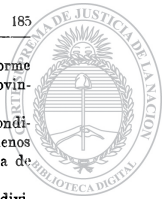


pág. 362, comentando las modificaciones de Thormann: "nada vale la liberación condicional, si no se vigila al beneficiado y si en las luchas de la vida más rudas en los primeros tiempos que siguen a la libertad, no encuentra una mano que lo auxilie y una voz que lo anime. El anteproyecto suizo no pudo olvidarlo."

"Que siendo el proyecto suizo de 1916 la única fuente de inspiración que tuvo la Comisión del Senado, cuando incluyó al art. 13 el inc. 5° actual, su estudio en la forma somera en que lo ha hecho, demuestra acabadamente cuál debe ser la interpretación restrictiva que debemos dar a la institución de la libertad condicional. Sin el sometimiento de un liberado a un Patronato no concibe el proyecto suizo la existencia de esa libertad, porque aquél es la única justificación que ésta tiene. Ella no es un derecho, sino una forma *sui generis* de cumplir una pena. Si por el art. 15 del Código, el tribunal puede dar por inexistentes cinco años, por ejemplo, de libertad, no computándolos en el término de la pena, por no haberse sometido el condenado al Patronato, ello es porque sin el Patronato, como sin la conducta regular, la libertad condicional no existe porque no es un derecho sino el cumplimiento legal de una pena en libertad. Faltando la vigilancia, falta la garantía de éxito de la institución y como ésta no puede convertirse en la aplicación automática de un principio, que, por otra parte no existe en el Código, la inexistencia del Patronato implica la no aplicación del art. 13, porque ante los derechos de un condenado que no tiene la culpa de que el Patronato no exista, están los derechos superiores de la sociedad, que no puede tener en libertad, no controlada, a quien el Código concede una libertad especial que no se explica sino únicamente dentro de los límites de un control preservativo de los intereses sociales."

Durante un tiempo, pues, la Cámara del Crimen de la Capital no aplicó el Código Penal en su art. 13, hasta que el Poder Ejecutivo, en Enero de 1928, por acuerdo de ministros, entregó fondos al Patronato de Liberados. Este comunicó a la Cámara que estaba en condiciones de funcionar nuevamente, y de consiguiente, también volvió a funcionar de nuevo la institución de la libertad condicional.

En la justicia federal no se exige la existencia del patronato; los jueces se limitan simplemente a poner en libertad al liberado



una vez cumplidos los términos del art. 13 y producido el informe del establecimiento carcelario. En la mayor parte de las provincias sucede exactamente lo mismo.

De manera que en su aplicación en el país, la libertad condicional no es en el fondo sino una libertad que se anticipa, menos en los condenados sometidos al régimen de la justicia ordinaria de la Capital.

Esto origina una serie de cuestiones graves. No es posible dividir los ciudadanos de la República en categorías según los fueros que deban juzgarlos, no es posible que la justicia ordinaria exija la existencia del patronato para acordar el beneficio que analizamos y en cambio la justicia federal haga caso omiso de la existencia del patronato, porque así se anula por completo la función de la libertad condicional. Esta no es, como se ha entendido desgraciadamente por la mayor parte de los tribunales del país, una institución que perdona una parte de la pena; la libertad condicional es una institución por la cual se cumple en libertad una parte de la pena, y la prueba de que ese concepto es el verdadero está en que el incumplimiento de las condiciones impuestas por la ley acarrea consecuencias muy graves para el liberado.

**227.** — El art. 13, en su parte final, establece los plazos durante los cuales rigen estas condiciones. En las penas temporales, hasta el vencimiento de los términos de esas penas; en las perpetuas, hasta cinco años más a contar del día de la libertad condicional.

De estos plazos resulta una curiosa anomalía. Tomemos el caso de un condenado a 25 años; las dos terceras partes de su condena son 16 años y 8 meses, es decir, que le faltarían ocho años y cuatro meses para el vencimiento del término de la pena. En consecuencia, va a estar sometido a las condiciones establecidas en el art. 13, durante *ocho años y cuatro meses*; de manera que si comete alguno de los hechos que en seguida analizaremos, comprendidos en el art. 15, aunque lo cometa después de haber estado ocho años en libertad condicional, esta libertad se le revoca y deberá pasar esos 8 años dentro del establecimiento penal.

En cambio, el condenado a una pena perpetua, que es más grave que la pena temporal, sólo está sometido durante *cinco años* a las condiciones establecidas en el art. 13.

## SANCION

Sumario: 228. a) Revocación de la libertad condicional; b) suspensión de la misma. — 229. Apreciación crítica. — 230. Consulta.

**228.** — El art. 15 reglamenta la sanción que acarrea el incumplimiento de las condiciones especificadas en el art. 13. Para evitar confusiones, que son frecuentes en esta materia a pesar del texto claro de la ley, conviene dividir el mencionado art. 15 en dos partes.

Hay dos clases de consecuencias para el incumplimiento de las condiciones del art. 13:

a) *Revocación de la libertad condicional.*

La primera parte del art. 15 establece: "La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia."

De modo que sólo procede por el incumplimiento de las condiciones 4ª y 1ª del art. 13. Una vez revocada, el condenado no puede volver a obtenerla más (art. 17) y no se le computa el tiempo que ha estado en libertad (art. 15, segundo párrafo).

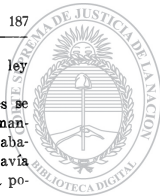
b) *Suspensión de la libertad condicional.*

Dispone la última parte del art. 15: "En los casos de los incisos 2º, 3º y 5º del artículo 13, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos."

No cumpliendo el liberado, pues, las condiciones de abstención de bebidas alcohólicas y reglas de inspección, adopción de oficio, arte, industria o profesión, o sometimiento al patronato, el tribunal puede, por resolución fundada, disponer que no se le compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiese durado la libertad.

**229.** — La medida es beneficiosa, por su misma elasticidad, ya que no se aplica tan radicalmente como sucede con la revocación. Esta última ha debido ser un poco más flexible. El incumplimiento de la condición de residencia, por ejemplo, no siempre ofrece caracteres que hagan aplicable la grave sanción del art. 15, ya que muchas veces un hombre puede abandonar su residencia por causas





excusables, hasta por razones de temor o de ignorancia, y la ley no debe castigar tan severamente esos simples hechos.

El año pasado uno de los mejores liberados condicionales se había ausentado, creyendo que estaba autorizado a hacerlo, mandando una comunicación por correo al Patronato, yéndose a trabajar a una provincia. Por suerte no se había pronunciado todavía la revocación en virtud de ese hecho, ante la cual nada hubiera podido hacerse ni siquiera por parte de la misma Cámara.

**230.** — Ha habido también una consulta del Patronato, que planteaba una cuestión difícil. Un hombre viejo, italiano, solicitaba permiso para ir a trabajar a Italia. Es indudable que, legalmente, no debería concedérsele ese permiso, porque no podría estar sometido a reglas de inspección y vigilancia de las autoridades argentinas residiendo en Italia.

#### EXTINCION

Sumario: 231. Norma legal.

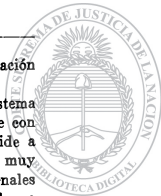
**231.** — Con respecto a la extinción del beneficio de la libertad condicional, dice el art. 16: "Transecurrido el término de la condena o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12."

### III. — Registro nacional de reincidentes

#### SU NECESIDAD

Sumario: 232. Deficiencias actuales. — 233. Tentativas legislativas.

**232.** — La libertad condicional, como todas las instituciones que el Código establece, respecto al delincuente, o a sus actos futuros, está relacionada con algo que es esencial: la comprobación de



que ese delincuente no ha cometido nuevos delitos, comprobación que en la República Argentina no existe en absoluto.

En la misma Capital, por más que la policía tiene un sistema bastante bueno, que es el fichero dactiloscópico, no se procede con la celeridad necesaria. Actualmente, en los procesos, se le pide a la policía una planilla de antecedentes. Esa planilla, que es muy extensa, contiene un casillero, donde están los antecedentes penales del individuo, cuya impresión digital se comprueba; la planilla no viene realmente controlada por nadie. Conociendo algunas de nuestras reparticiones públicas, no resulta difícil que un empleado se equivoque y no haga constar una condena por ejemplo, o ponga una fecha errónea, con lo que desaparece la condena y puede acordarse la libertad condicional como si se tratase de un delincuente primario.

Más aún; el individuo puede haber cometido delitos en las diversas provincias argentinas, delitos que se ignoran totalmente. De manera que, en un caso teóricamente posible, un hombre podría cometer un delito en cada una de las jurisdicciones políticas de la nación, y en los territorios nacionales, y obtener en todas ellas el beneficio de la libertad condicional como delincuente primario.

233. — Se han ensayado diversos sistemas para organizar la base de la libertad condicional, o sea, un registro nacional de reincidentes; numerosos proyectos se han presentado al Congreso por parte de legisladores y del Poder Ejecutivo. El año pasado los tenía a estudio todavía el Senado, ya con sanción de la Cámara de Diputados (4), pero hasta la fecha no se han convertido en ley. Mientras no exista el registro nacional de reincidentes no puede haber en el país cumplimiento real y eficaz de las instituciones de libertad y condena condicional, así como las disposiciones sobre reincidencia.

---

(4) Véase la sanción de la Cámara de Diputados en *Revista Penal Argentina*, tomo VI, pág. 209.



#### IV. — Patronato de liberados

##### EXISTENCIA

Sumario: 234. Sólo existe en la Capital.

234. — Patronatos de liberados no existen organizados en forma más que en la Capital de la República <sup>(5)</sup>.

Con referencia a este Patronato de Liberados que funciona en la Capital, extractamos de la última memoria los siguientes interesantes datos <sup>(6)</sup>.

Ingresaron al Patronato los siguientes liberados condicionales:

Año	Número de liberados	Cumplieron la condena
1922 . . . . .	76	20
1923 . . . . .	55	13
1924 . . . . .	101	63
1925 . . . . .	65	62
1926 . . . . .	63	66
1927 . . . . .	48	46
1928 . . . . .	30	26

En total, ingresaron 438 liberados y 296 cumplieron la condena.

Las revocaciones han sido escasas. Por reincidencia en el delito fueron revocadas 4 libertades en 1923, 1 en 1925 y 3 en 1927. Por no cumplir los liberados algunas de las obligaciones a que están sometidos, fueron revocadas 13 libertades en 1922, 7 en 1923. 2 en 1924, 6 en 1925, 11 en 1926, 11 en 1927 y 4 en 1928.

(5) La parte general y doctrinaria de esta materia relativa a las instituciones de protección de liberados y de excarcelados ha sido expuesta en el tomo III, cap. XXXI. Aquí solamente nos limitamos a consignar lo que se ha hecho en el país.

(6) Memoria correspondiente al ejercicio 1927-1928.





## V. — Instituciones de protección de liberados y de excarcelados

### INEXISTENCIA

Sumario: 235. No existen en el país.

235. — Tampoco existen estas instituciones en nuestro país, no se han preocupado los poderes públicos de organizarlas. Olvida nuestro Código, y es menester recalcarlo siempre, que no basta crear una institución sino que es menester crear los medios necesarios para que funcione.

Estas instituciones, que son esenciales en las naciones europeas que las han implantado y en Estados Unidos, donde han nacido antes que la teoría, entre nosotros tendrán que nacer después. Dijimos ya que la libertad condicional había surgido de la realidad social en Inglaterra, a fin de poner a los presos en mejores condiciones; entre nosotros ha surgido del estudio teórico de esas instituciones prácticas espontáneamente nacidas en los países sajones.

---



## CAPITULO VIII

## CONDENA CONDICIONAL

## SUMARIO:

- I. **Generalidades.** — Antecedentes. Sistemas. Ventajas. Objeciones.
- II. **Sistema del Código.** — Antecedentes. Terminología. Requisitos. Extensión. Aplicabilidad. Prescripción.
- III. **Perdón judicial.** — Principios generales.
- IV. **Instituciones de la misma índole.** — “Recognizance”. Caución de buena conducta. Reprensión judicial. Prestación de trabajo sin reclusión. Arresto en el domicilio.

## I. — Generalidades

## ANTECEDENTES

**Sumario:** 236. Vieja institución penal. — 237. Aplicación hecha por Davenport Hill. — 238. Estados Unidos. — 239. Inglaterra.

**236.** — La condena condicional ha sido durante muchos años entre nosotros la bandera que se levantaba para pedir la reforma del Código Penal. Para muchos tratadistas nacionales y para el público en general, representaba una conquista del nuevo derecho penal. Tan es así, que entre los elogios que se hicieron al proyecto de 1906, como entre los que se han dirigido al Código vigente, el principal ha consistido en la incorporación de esa institución. Pa-



reciera que la condena condicional fuese uno de los medios más eficaces para remediar los inconvenientes del Código.

Sin embargo, la condena condicional es una vieja institución penal. Lo que hay es que solamente se conocía una parte de la legislación universal, y como los países de Europa más frecuentemente observados (Francia, Italia, España, etc.) no contenían la condena condicional, no hubo entre nosotros la preocupación de averiguar si en otras partes del mundo existía una institución semejante. Hasta se ha llegado a decir en nuestros días, y por personas con autoridad científica, que la condena condicional es uno de las conquistas de la escuela positiva, siendo así que Ferri la combatió al principio diciendo que era una institución de compromiso entre las viejas ideas clásicas y las nuevas ideas penales positivas.

**237.** — El hecho indiscutible es que existía en el mundo la condena condicional desde el año 1842 en que un magistrado británico, Mathew Davenport Hill, la aplicó directamente -- basado en la amplitud de atribuciones que concede a los jueces la flexibilidad del derecho consuetudinario inglés -- a los delincuentes primarios menores, respecto de los cuales podía hacerse la experiencia de no someterlos a los inconvenientes de la cárcel, no aplicándoles la pena y dejándolos en libertad bajo la vigilancia de una persona. Tal es el origen de la condena condicional.

**238.** — La institución pasó después a Estados Unidos, y el Estado de Massachussets, en el año 1869 la aplicó por una ley a delincuentes primarios menores que quedaban bajo la vigilancia de un agente del Estado; la aplicación duraba dos años, y si al cabo de los mismos el menor no había cometido ningún delito y había observado buena conducta, era como si nunca hubiese existido el acto delictuoso que cometió.

**239.** — La institución volvió a Inglaterra, que la adoptó por ley del año 1879. Fué modificada luego por la ley del año 1887, y asentada finalmente en sus caracteres definitivos por la ley del año 1907.

Los ingleses no llaman a esta institución condena condicional, sino *probation system*. En las leyes que la reglamentan se ha reem-



plazado la vigilancia a que estaban sometidos los menores, por la promesa de observar buena conducta.

## SISTEMAS

### Exposición

Sumario: 240. Angloamericano. — 241. Continental.

**240.** — Hay dos sistemas actualmente vigentes en el mundo en materia de condena condicional. El uno es el llamado anglo-americano; el otro, el continental.

El sistema anglo-americano tiene una característica esencial que lo diferencia del sistema continental europeo, adoptado por nosotros, y que es la siguiente: cuando el juez se encuentra en presencia de un delincuente primario que ha cometido un delito leve, no hace juicio penal; ante la comprobación de que los antecedentes de la persona son buenos y de que el delito ha sido leve, aplica el sistema de la *probation* sin hacer ningún juicio, siendo su facultad discrecional en este sentido.

**241.** — El sistema continental, que Bélgica adoptó en su ley de 31 de Mayo de 1888, es completamente distinto. El juez condena al delincuente, y una vez condenado, suspende el cumplimiento de la pena.

Francia ha adoptado el mismo principio belga en la llamada ley Bérenger, (*sursis a la exécution de la peine*), de 26 de Marzo de 1891, la ley sobre condena condicional más famosa, quizá, que se ha dictado en el mundo, por esa extraordinaria difusión que tienen generalmente las cosas de Francia.

Esta ley francesa se aplica, como la ley belga, a delincuentes primarios que merezcan pena de prisión o de multa y tiene un plazo de duración de cinco años. En ese período el procesado no debe cometer ningún delito.



## Consecuencias

Sumario: 242. Enumeración. — 243. "Probation of First Offenders act". — 244. Ley Bérenger.

**242.** — Las consecuencias que se desprenden de ambos sistemas, son las siguientes:

a) En el sistema anglo-americano no hay condena: en el sistema belga o continental comienza por haber condena. Son, pues, dos formas distintas. La primera presupone un concepto de rapidez en la ejecución de esta medida; se basa en que no hay ningún interés en que, mientras se desarrolla el juicio, entendiéndolo el juez que deberá conceder este beneficio al encausado, no lo haga, sin embargo, sometiéndolo por el contrario a la tortura de un largo proceso.

b) En el sistema anglo-americano hay condiciones personalísimas que el juez debe considerar; no hay juicio. En el sistema continental hay juicio y se pronuncia la condena, pero se suspende el cumplimiento de la pena.

c) Si en un plazo de tres años, en la ley inglesa actual, el individuo no ha cometido ningún delito, y ha observado buena conducta, el juicio queda terminado; ese hombre no ha sufrido ninguna condena.

En el sistema belga, que es el nuestro, ese hombre ha sufrido una condena, porque lo que se tiene como no pronunciada es la pena; se aplica a delincuentes primarios y tiene un tiempo de prescripción de cinco años.

**243.** — Vamos a transcribir los párrafos pertinentes de la ley inglesa para que, de su comparación con nuestro texto, se adviertan las diferencias de legislación y la forma diversa de encarar el problema.

Dice la ley inglesa de 1907 (*Probation of First Offenders act*): "Cuando alguien es perseguido ante una corte de jurisdicción sumaria (es decir, por delitos leves), a causa de una infracción que esta corte es competente para juzgar, y que la corte considere la queja como probada, pero que piense, teniendo en cuenta el carácter, los antecedentes, la edad, la salud, la condición mental de la



persona inculpada, o el carácter mínimo de la infracción, o las circunstancias atenuantes en las cuales la infracción se cometió, que no es conveniente infligir una pena o solamente una pena nominal, o que es conveniente poner en libertad al culpable provisoriamente, la corte tiene facultad, antes de pronunciar una condena, de ordenar:

1° El desistimiento de la instrucción o de la acusación; 2° poner en libertad al culpable condicionalmente si ofrece garantías, con o sin seguridades, de observar buena conducta y de comparecer para ser juzgado cuando sea citado, en un momento cualquiera durante el período acordado, que no pase de tres años, mencionado en la orden arriba indicada.

“Cuando alguien ha sido juzgado culpable en virtud de una queja escrita o de alguna infracción pasible de prisión y que la corte piense que, teniendo en cuenta el carácter, los antecedentes, la edad, la salud o la condición mental de la persona inculpada, o el carácter mínimo de la infracción, o las circunstancias atenuantes en que la infracción se cometió, no sea conveniente infligir una pena o solamente una pena nominal, y que sea conveniente, en cambio, poner en libertad al culpable provisoriamente, la corte tiene facultad, en lugar de pronunciar una condena a prisión, de dictar una orden liberando al culpable condicionalmente, si ofrece garantías, con o sin seguridades, de observar buena conducta y de comparecer para ser juzgado cuando sea citado en un momento cualquiera durante el período acordado, que no pase de tres años, especificado en la orden arriba indicada.”

**244.** — Para poner los dos sistemas frente a frente, veamos el art. 1° de la ley Bérenger: “En caso de condena a prisión o a multa, si el inculpado no ha sufrido una condena anterior a prisión, por crimen o delito de derecho común, las cortes o tribunales pueden ordenar, por el mismo juicio y por decisión motivada, que se suspenda la ejecución de la pena.

“Si, durante el plazo de cinco años a contar del fallo o de la detención, el condenado no ha sufrido ninguna persecución seguida de condena a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común, la condena se tendrá como no pronunciada.

“En caso contrario, la primera pena será previamente ejecutada sin que pueda confundirse con la segunda.”



## VENTAJAS

Sumario: 245. a) Evita las penas cortas; b) incita a la buena conducta; c) descongestiona las cárceles; d) facilita la indemnización a las víctimas; e) evita la vergüenza de la cárcel; f) ahorra toda clase de gastos.

245. — Examinemos cuáles son, teóricamente, las ventajas que tiene la condena condicional y las objeciones que se le han formulado.

Son muchas las ventajas que presenta:

a) *Evita las penas cortas.* El régimen de las penas cortas constituye uno de los males más graves de todos los sistemas penitenciarios del mundo. La pena de 6 o 7 meses no sirve por lo general sino para corromper al individuo, sin ser un verdadero castigo en el sentido estricto de la palabra; no es una sanción y ni siquiera puede ser una reforma.

b) *Incita a la buena conducta.* Pone en manos de un hombre el medio de evitar la aplicación de una pena, observando buena conducta y demás requisitos exigidos.

c) *Descongestiona las cárceles.* Se saca de ellas a una cantidad de personas que entran y salen constantemente. En nuestra Penitenciaría Nacional, por ejemplo, es sabido que no son los condenados a penas largas los que perjudican en el establecimiento, sino los condenados a penas cortas. Como saben que van a salir pronto en libertad, son los más molestos, los que violan los reglamentos, los que incomodan en toda forma.

d) *Facilita la indemnización a las víctimas.* Quien ha cometido un delito leve, no puede pagar, en tres o cuatro meses de cárcel, ni remotamente, el daño que causó con su delito. En libertad, condenado a la reparación civil que deberá pagar obligatoriamente, tendrá a su alcance medios de conseguir mejor trabajo.

e) *Evita la vergüenza de la cárcel.* La cárcel es un hecho que se tiene en cuenta siempre. Y evita, además, algo más importante: el desamparo en que queda la familia de la persona, que generalmente es un trabajador, es un hombre pobre, que necesita de ese trabajo y que a veces es el único que está en condiciones de ganarlo.

f) *Ahorra toda clase de gastos.*



## OBJECIONES

**Sumario:** 246. a) Viola el principio de la justicia; b) facilita la comisión de un delito, que queda impune; c) se presta a la arbitrariedad del juez; d) es un compromiso entre clásicos y positivistas; e) olvida el derecho de la víctima del delito; f) se aplica mecánicamente por los tribunales; g) carencia de pruebas.

**246.** — Se han formulado a esta institución numerosas objeciones. Veamos las principales.

a) *Viola el principio de la justicia.* En el fondo, la objeción es completamente falsa. Podría violar el principio de la justicia basado en el concepto de la expiación, pero éste no es hoy un principio de derecho penal ni tampoco un postulado de la vida de los hombres. Para el hombre que comete un delito, la justicia se hace de dos maneras; castigando en los casos que sea necesario y regenerando, facilitando o completando la enmienda de un hombre.

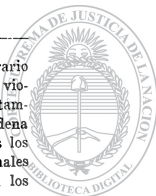
b) *Facilita la comisión de un delito, que queda impune.* Es indudable. Hay hombres que a veces cometen un delito sabiendo que ese delito quedará impune en virtud de la aplicación de este beneficio. Pero esa es una reflexión que podrán hacer unos cuantos individuos aislados, pocos en el fondo; la generalidad no procede así, porque sabe que siempre queda el antecedente de una condena criminal, que puede mañana juntarse con otra dictada a raíz de un delito que un hombre puede llegar a cometer en la vida por múltiples motivos fácilmente comprensibles.

c) *Se presta a la arbitrariedad del juez.* Naturalmente que el juez puede aplicar o no este beneficio, ya que constituye una facultad suya casi discrecional dentro de nuestro sistema. Pero, nada autoriza a suponer que ese arbitrio produzca ninguna clase de injusticias.

d) *Es un compromiso entre clásicos y positivistas.* Lo dijo Ferri, y tenía razón, ya que la condena condicional nace de un principio clásico (el delito), pero se fundamenta en un principio positivista (el delincuente). No está conforme con las dos teorías en general, ni tampoco es contraria a ambas, también en general.

Ferri, al principio, combatió la condena condicional, no de una manera muy enérgica, pero sí lo suficientemente clara para que se conociera su opinión. Hoy ha cambiado. En su proyecto de 1921 contiene una legislación acertada de la condena condicional.





Jiménez de Asúa, de igual modo, fué públicamente contrario a la condena condicional, la reputaba una mala institución, que violaba los principios esenciales del derecho penal moderno. Hoy también ha cambiado de opinión, y encuentra que es buena la condena condicional, que si bien no es el ideal como institución, dados los bienes que produce a la sociedad, siempre mayores que los males que puede acarrear, es indudable que debe ser mantenida en los códigos.

e) *Olvida el derecho de la víctima del delito.* No lo olvida: el hecho delictuoso ya se ha producido, no tiene remedio, pero se evita agregar al hecho producido, que la sociedad ya no puede evitar, el hecho de que vaya un hombre a corromperse a la cárcel.

f) *Se aplica mecánicamente por los tribunales.* Esta es, posiblemente, una de las mayores fallas de la condena condicional.

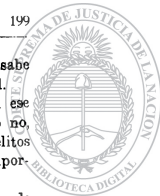
En Francia, en la Sociedad General de Prisiones, hubo una discusión muy interesante en los meses de Abril y Mayo de 1912 <sup>(1)</sup>. Allí, el magistrado Monsieur Loubat, presentó una exposición sobre la crisis de la represión, probando de una manera muy asertiva, que existía una verdadera crisis de la represión en Francia. A juicio de muchas de las personas que intervinieron en el extenso debate, la causa de esa crisis era la condena condicional aplicada mecánicamente por los jueces a todo delincuente primario, sin ninguna otra averiguación.

La aplicación mecánica de la condena condicional la echa a perder por completo. Nosotros tenemos un ejemplo en el país: frecuentemente se dictan fallos en los que se concede la condena condicional a personas que no la merecen en absoluto, aún por el mismo texto de la ley, por tratarse de reincidentes, cuando la ley habla de condenados por primera vez. Hay jueces que entienden que, como está prescripta la reincidencia, pueden conceder de nuevo el beneficio de la condena condicional. Hay casos en que este beneficio se acuerda a gentes de mal vivir, a hombres sin ninguna aptitud de trabajo.

Ahí está el mal de la condena condicional, porque ella tiende a que no vaya a la cárcel un hombre a quien la cárcel puede corromper, pero no a abrir las puertas de la cárcel a aquellos individuos

---

(1) *Revue pénitentiaire*, 1912, pág. 658 y sigts



de quienes la sociedad tiene derecho de cuidarse porque se sabe que van a volver a la vida libre a ejercer su actividad antisocial.

g) *Carencia de pruebas.* El Estado no puede saber si ese hombre que obtiene el beneficio de que tratamos, reincidirá o no, como tampoco se puede saber de antemano si ha cometido delitos anteriormente. Es, indiscutiblemente, una objeción muy importante.

Cuando se sancionó el Código Penal vigente, un magistrado de la justicia federal, el doctor Clodomiro Zavalía, juez en La Plata, ante el primer pedido de condena condicional que se le presentó, dijo, con muy buen criterio teórico, al procesado: pruebe que no ha cometido ningún delito dentro y fuera de La Plata.

En una nota crítica a ese fallo <sup>(2)</sup>, dijimos que el doctor Zavalía tenía razón teóricamente, pero que prácticamente no la tenía, desde el momento que no estaba en manos del penado probar un hecho negativo, sino que era la sociedad la que debía probarle que alguna vez había sido condenado.

El doctor Zavalía se basaba en la inexistencia de un registro nacional de reincidencia. El día que lo tengamos, entonces podremos saber si quien solicita la condena condicional es o no un delincuente primario. Mientras ello no suceda, tropezaremos con este gravísimo inconveniente práctico.

## II. — Sistema del Código

### ANTECEDENTES

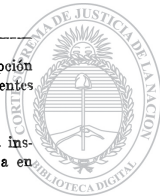
Sumario: 247. Proyecto de 1906. — 248. Texto vigente.

247. — La condena condicional fué introducida en nuestra legislación por el proyecto de 1906, que recién recogía el texto de la ley francesa.

El proyecto de 1906 aplicaba la condena condicional a la primera condena corporal que fuera inferior a 2 años dictada contra

---

(2) *Revista penal argentina*, tomo I, pág. 204.



un procesado de buenos antecedentes; establecía una prescripción de 5 años. Se cumplía la pena si se descubrían malos antecedentes posteriores del condenado o si éste cometía un nuevo delito.

248. — El Código actual ha modificado en gran parte esta institución con relación al proyecto de 1906. Vamos a analizarla en todos sus elementos, porque es de verdadera importancia.

Dispone el art. 26 del Código Penal: "En los casos de primera condena a pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa, los tribunales podrán ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad. El tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio.

"En los casos de concurso de delitos procederá la condenación condicional, si la pena impuesta al reo no excediese de dos años de prisión o fuese de multa."

#### TERMINOLOGIA

Sumario: 249. Crítica. — 250. Denominación propuesta por el doctor Molinario.

249. — Debemos considerar, ante todo, la terminología. El Código llama a esta institución *condenación condicional*. La palabra *condenación*, traducción literal de la *condamnation* francesa, es innecesaria entre nosotros, que poseemos la palabra *condena*, que es española, más breve y más gráfica.

Debería decirse, pues, *condena condicional*. Pero es que tampoco es exacta esta terminología, porque lo condicional no es la condena sino la pena; la condena existe, sin ninguna condición.

250. — Se ha propuesto entre nosotros, y lo ha propuesto el doctor Molinario <sup>(3)</sup>, que ha realizado en nuestro país y tal vez en el resto del mundo, el trabajo más completo que existe sobre condena condicional haciendo una obra sencillamente admirable, el nom-

---

(3) *Condena de ejecución condicional.*



bre de *condena de ejecución condicional*, reflejando así la modalidad francesa y belga.

Es una condena de ejecución condicional. La pena está sujeta a una condición: que el procesado no cometa nuevos delitos.

#### REQUISITOS

##### a) Delincuente primario

**Sumario:** 251. Principio general.

251.— Los requisitos que nuestra ley exige para que pueda acordarse la condena condicional son los siguientes.

El Código dice *en los casos de primera condena*; en consecuencia, no puede aplicarse jamás a un delincuente que ha cometido ya otro delito. Analizaremos después la cuestión que surge a este respecto, y que no es tan clara como parece (4).

##### b) Monto de la pena

**Sumario:** 252. Principio general. — 253. ¿Está comprendida la pena de inhabilitación? Jurisprudencia. — 254. ¿Se aplica a las infracciones municipales? Jurisprudencia. — 255. Concurso de delitos.

252.— La condena debe serlo a pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa.

253.— El Código alude a la pena corporal y a la pena de multa; pero no dice nada de la pena de inhabilitación. ¿Debe entenderse que también se suspende su cumplimiento?

Un ejemplo práctico: un chauffeur lesiona con su automóvil a una persona; el Código reprime ese delito culposos con la pena de multa y la de inhabilitación especial. ¿Cuál se suspende?

Los tribunales, al principio, suspendieron solamente la multa y no la inhabilitación. El asunto fué llevado en apelación a la Cá-

---

(4) *Infra*, N° 263.



mara al poco tiempo de la sanción del Código, y en Julio 4 de 1922 la Cámara dijo que la condena condicional no comprendía a la pena de inhabilitación <sup>(5)</sup>. Pasaron los años quedando en pie esta jurisprudencia, hasta que finalmente, en tribunal pleno, en sentencia de Noviembre 28 de 1924, la Cámara dijo que la condena condicional comprendía a la pena de inhabilitación cuando se aplica como pena complementaria y se ha suspendido la pena que complementa <sup>(6)</sup>.

Vale decir, que las dos penas se suspenden, pero la Cámara no ha dejado cerrado el camino para poder resolver en algún caso que por la índole especial del hecho, pueda suspenderse la multa y no la inhabilitación, porque pudiera surgir con evidencia de la causa la impericia completa del procesado en su arte, oficio o profesión.

254. — Ha surgido también la cuestión de si la condena condicional se aplica a las infracciones municipales o del trabajo, que van frecuentemente a los tribunales correccionales y de ahí en apelación a la Cámara en lo Criminal y Correccional.

La Cámara ha resuelto en Septiembre 30 de 1924 que la condena condicional se aplica a las infracciones municipales o del trabajo <sup>(7)</sup>.

255. — Se aplica también en caso de concurso de delitos cuando la pena impuesta al reo sea de dos años. Puede cometer varios pequeños delitos y si la pena que se le impone es de dos años, le corresponde el beneficio de la condena condicional.

En los tribunales de la Capital, los jueces de primera instancia generalmente acuerdan la condena condicional en estos casos de concurso de delitos cuando la pena es de multa o cuando no llega a dos años. La Cámara de Apelaciones, sistemáticamente, revoca esa medida, entendiendo que el Código autoriza, pero no obliga; y en consecuencia, un hombre que ha cometido varias infracciones, si bien está en presencia de su primera condena, revela indudablemente un criterio de peligrosidad latente en unos casos y de peligrosidad real en otros, que vuelven inútil la condena condicional.

---

(5) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 9, pág. 167.

(6) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 14, pág. 951.

(7) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 14, pág. 319.



Se puede tolerar que se cometa un delito y que ese delito quede sin la sanción correspondiente, por las razones que fundamentan el beneficio de que tratamos, pero quien comete varios delitos sucesivos, por leves que sean y aunque el monto total de la pena no llegue a dos años, no merece que se le otorgue la condena condicional.

c) Antecedentes del reo

**Sumario:** 256. Personalidad moral. — 257. Naturaleza del delito. — 258. Circunstancias que lo han rodeado. — 259. Apreciación crítica.

**256.** — Los antecedentes del reo deben ser tenidos en cuenta por el juez. El Código dice que la decisión se fundará en la *personalidad moral del condenado*. Esto excluye por completo la concesión de este beneficio a los malvivientes, a los parásitos, a los que no tienen aptitudes para el trabajo. Sin embargo, se les ha acordado en más de una ocasión.

**257.** — *En la naturaleza del delito.* Si el delito revela, por sus características, una naturaleza especial en su autor, el juez tampoco puede acordarlo.

**258.** — *En las circunstancias que lo han rodeado.* Hay delitos en que por la forma como son ejecutados, constituyen un síntoma específico de peligrosidad del agente.

**259.** — Estos requisitos ofrecen una dificultad muy grande prácticamente, para su comprobación, dada la forma en que ésta se efectúa entre nosotros. O el juez averigua demasiado, en cuyo caso necesitará mucho tiempo para conocer a fondo todos los antecedentes y características del procesado, o averigua muy poco, en cuyo caso se pierden los beneficios de la condena condicional.

Actualmente se solicitan informes a la policía, la cual manda a los tribunales una gran planilla en la que figuran una gran cantidad de datos recopilados con el criterio de la policía, que no puede ser nunca un criterio realmente judicial. En esa especie de prontuario, estamos acostumbrados a leer que el procesado trabaja, tiene familia a su cargo, la atiende muy bien, sus patrones infor-

man bien de su conducta, etc.; en cuanto al concepto que merece, *malo* dice la policía, por el delito en virtud del cual se le procesa.

#### EXTENSION

Sumario: 260. Principio del Código

260. — El art. 28 dispone: “La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio”.

Es, desde luego, una disposición razonable y que está de acuerdo con el espíritu de la institución que analizamos, armonizando las exigencias de la defensa social con los intereses de la víctima del delito.

La primitiva sanción de la Cámara de Diputados decía que en la suspensión de la pena no se comprendía tampoco “las incapacidades anexas a la condenación impuestas accesoriamente”. Lo cual fué suprimido por el Senado, a raíz de las críticas doctrinarias que ese precepto suscitó.

#### APLICABILIDAD

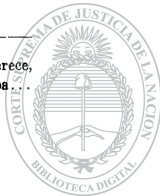
Sumario: 261. Carácter facultativo

261. — En cuanto a la aplicabilidad de la condena condicional, el Código no la hace obligatoria para los jueces, pues dice que los tribunales *podrán* ordenarla. Es, pues, facultativa.

#### PRESCRIPCION

Sumario: 262. La condena anterior, en el caso del art. 27, debe ser aplicada por el tribunal no mediando recurso acusatorio. Jurisprudencia. — 263. Prescripción de la reincidencia. Jurisprudencia.

262. — Cuestión interesante es la relativa a la prescripción de la pena impuesta o prescripción de esta suspensión del cumplimiento de la pena.





El art. 27 prescribe: "La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas."

De aquí surgen varias cuestiones relacionadas con el alcance de esta disposición, dignas de una serena meditación. Los fallos que las han resuelto son interesantes por las graves consecuencias que entrañan.

Un primer caso se refiere a la aplicación de la condena condicional cuando el condenado condicionalmente ha cometido un nuevo delito en el tiempo necesario para la prescripción de la pena, o sea, en el tiempo de la pena, y por error del ministerio fiscal, olvido del juez u otra causa, el juez en la segunda sentencia no ha mandado cumplir la primera, como lo ordena terminantemente el art. 27, de acuerdo con el principio de la acumulación de las penas.

No mediando recurso fiscal, pareciera que el tribunal superior no pudiese pedir el cumplimiento de esa primera condena, ya que en el caso planteado la apelación se hace en beneficio del procesado.

Ese fué el criterio que prevaleció en la Cámara durante mucho tiempo. Un día, sin embargo, se suscitó la cuestión en el seno de la Cámara, y como era interesante se convocó a tribunal pleno para resolverla.

La Cámara, en tribunal pleno, resolvió, por mayoría de votos, en Diciembre 2 de 1927, que en el supuesto que analizamos, la primera condena debe mandarla cumplir la Cámara, aunque no medie recurso fiscal (\*). La minoría sostuvo que, en el fondo, la tesis triunfante significaba una agravación de la pena impuesta, ya que el procesado seguía gozando del beneficio de la condena condicional respecto de la primera pena, y cumplía solamente la segunda.

Los miembros de la mayoría entendimos que el cumplimiento de una sanción de carácter especial, como es la condena condicional, no podía quedar librado a la interpretación que pudiera atribuirle el ministerio fiscal, porque el art. 27 dice perentoriamente que si el condenado cometiera un nuevo delito en el tiempo de la condena, sufrirá la pena impuesta por su primer delito y la que le

---

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 72, pág. 76.





corresponda por el segundo. El Código ordena, pues, que ambas se junten. Expresamos en nuestro voto:

“Cuando una condena pasa en autoridad de cosa juzgada, su cumplimiento no es susceptible de ningún recurso ni depende de pedido alguno de parte del Ministerio Fiscal.

“En el caso de la condenación condicional, la pena impuesta al reo, cuando es definitiva, no desaparece como tal, a los efectos de su cumplimiento, sino cuando ha transcurrido el período de tiempo fijado por el art. 27 del Cód. Penal. Antes del momento de la prescripción, si el reo cometiere un nuevo delito, el código ordena que sufra la pena impuesta en la primera condenación. Esto es, considera que la suspensión no ha existido y que el reo se encuentra en las condiciones determinadas por el art. 557 del Cód. de Ptos. Criminales. El Juez sin necesidad alguna de un pedido fiscal, manda cumplir esa condena definitiva acumulándola a la nueva que dicta. El Fiscal fué parte sólo durante el juicio. Una vez terminado éste, con una condena suspendida o no, su intervención desaparece. No tiene por qué pedirle al Juez que cumpla con lo dispuesto en el art. 557 del Cód. de Ptos. Si lo hace, en la mayoría de los casos, es como un acto de previsión antes de que se dicte la segunda sentencia, no como acto de obligación.

“En consecuencia, cuando un Juez omite incluir la pena suspendida en un pronunciamiento dictado contra un reo que se encuentra en las condiciones del segundo apartado del art. 27 del Código Penal, la falta de apelación fiscal o del querellante particular no favorece la situación de quien está sometido a una sentencia anterior irrevocable que sólo el Juez manda cumplir. Si éste no lo hace en el momento de redactar la segunda condena, por una omisión, debe hacerlo cuando se dé cuenta de su error, pues se lo ordena la ley procesal. Por ello, si el Fiscal o el querellante no apelan de una omisión que no les causa gravamen irreparable, el hecho de la no apelación, no obsta a que el Tribunal Superior, advertido de la omisión existente, ordene que ésta desaparezca en el pronunciamiento definitivo que va a dictar con completa prescindencia de un requisito que no es necesario en el momento de cumplirse una sentencia definitiva porque ella ha pasado en autoridad de cosa juzgada. La simple omisión de mencionar una condena anterior que debe cumplirse bajo la responsabilidad de incurrir en el delito le-



gislado en el art. 274 del Cód. Penal, no afecta en absoluto ni a su forma ni a su validez."

**263.**— Una segunda cuestión, doctrinariamente mucho más grave, que surge del mismo artículo, es la referente a la distinción entre plazo para cumplir la condena condicional impuesta, y plazo en que se está dentro del concepto de la reincidencia que establece el art. 53 del Código Penal.

Este art. 53 dispone que la reincidencia se prescribe en el tiempo de la pena y otro tanto más (este último fué un agregado de la ley 11221). El art. 27, a su vez, dispone que vencido el término para la prescripción de la pena, si el reo no cometiere un nuevo delito, la condena se tendrá como no pronunciada.

De modo que si suponemos un individuo condenado a un año de prisión o reclusión, transcurrido ese año sin que cometa un nuevo delito, su condena condicional se tendrá como no pronunciada (art. 27); pero a los efectos de la prescripción de la reincidencia, habría que considerar un plazo de dos años (art. 53). Si en ese segundo año el condenado condicionalmente comete un nuevo delito, no puede cumplir la pena condicional anterior, pero puede estar en la calidad de reincidente.

Tal la gravísima cuestión planteada durante mucho tiempo ante los tribunales. La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital ha sustentado dos doctrinas.

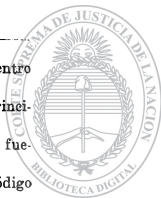
a) Una es la de Octubre 23 de 1925, según la cual no debe ser considerado reincidente el condenado cuya condena condicional expiró <sup>(9)</sup>.

Fué ésta una sentencia de tribunal en pleno dictada por mayoría de 4 votos contra 3. La mayoría de la Cámara se basaba en argumentos importantes: en el Código Penal francés, de donde ha sido tomado nuestro art. 27; en la interpretación de los tribunales franceses; en el texto estricto de nuestro Código y en principios lógicos de interpretación.

b) Otra doctrina es la que se ha sentado este año, en que ha vuelto a plantearse la cuestión. En 5 de Junio de 1928, se ha resuelto en tribunal pleno, por mayoría de 5 votos contra 2, que es

---

(9) *Gaceta del Foro*, tomo 59, pág. 263.



reincidente el condenado condicional que comete un delito dentro de los términos establecidos en el art. 53 <sup>(10)</sup>.

Esta variación de jurisprudencia responde también a principios interpretativos de orden lógico y científico.

Los fundamentos de nuestro voto en el seno del tribunal, fueron los siguientes:

“Que la interpretación legal del texto del art. 27 del Código Penal, en lo que concierne a la condena condicional impuesta, que se tendrá como no pronunciada cuando haya transcurrido el término de la prescripción de la pena, debe ser hecha dentro de los términos de la ley argentina y no con la ayuda de similares extranjeras. Estas, si han servido de fuente de redacción para nuestro código, no han podido inspirarlo, en cuanto a las consecuencias de la institución en el tiempo, por responder a principios totalmente diferentes en la actualidad.

“Que el sistema del Código Penal francés en el momento de sancionarse la ley de 26 de Marzo de 1891, no aceptaba la prescripción de la reincidencia, en materia de crímenes. Esta prescripción recién fué conocida, a contar de la ley de Agosto 5 de 1899, al permitir la rehabilitación, después de ciertos plazos variables según los casos. La prescripción de los delitos seguía la misma regla de estado permanente. Sólo comenzó a ser temporaria por la misma ley de 26 de Marzo de 1891, que creaba el *sursis a l'exécution de la peine*, estableciendo un plazo de cinco años después de la expiración de la pena o de su prescripción, para que se prescribiera la reincidencia de los delitos, esto es, de las infracciones penales reprimidas con penas correccionales.

“Que el objeto principal de la cesación de los efectos de la condena, en el *sursis*, ha sido proveer a una de las características especiales de la legislación penal francesa. En ésta, según el art. 52 del Cód. Penal, varias incapacidades acompañaban, de acuerdo con lo que pudiera resolver la sentencia, la imposición de una pena correccional. De manera, pues, que si la condena condicional se hubiera limitado como dice Garraud (“*Traité theorique et pratique de droit penal français*”, 3ª edición, tomo 3º, pág. 456), a establecer que vencido el término de cinco años del período de prueba de la ley Bérenger, no pudiera ser ejecutada en adelante, todos los

(10) *Gaceta del Foro*, tomo 74, pág. 411.



demás efectos de la condena, esto es, las incapacidades que de éstas resultan, habrían seguido subsistiendo indefinidamente, lo que era contrario a la idea inspiradora de la institución. Por eso, sólo por eso, la ley francesa tenía necesidad de afirmar *que la condamnation sera comme non avenue*, al vencimiento de los cinco años. Si la condena no se tuviera como no pronunciada, lo accesorio seguiría figurando en el casillero judicial. En cambio, si se la tiene como “no pronunciada”, se opera, según el art. 70 de la ley de 5 de Agosto de 1899, sobre el “Casier Judiciaire”, modificada por las leyes de 11 de Julio de 1900 y 24 de Enero de 1923, una verdadera rehabilitación de derecho, pues las condenas condicionales llegadas a su término de cinco años, no se inscriben en el Boletín N° 3.

“Que, por otra parte, la ley francesa sólo se aplica a penas de prisión (*emprisonnement*) y multa (*amende*), las que son correccionales según el art. 9° del Cód. Penal francés. Como, a su vez, las penas correccionales, según el art. 633 del Cód. Francés de Instrucción Criminal, se prescriben a los cinco años, es decir, en el mismo espacio de tiempo que el período de prueba del *sursis* se produce en esa legislación una relación fija y constante entre la prescripción de la pena y la cesación del estado de condena condicional.

“Que la ley argentina se inspira en principios diferentes a los de la ley francesa. Las principales son:

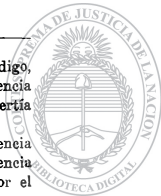
a) La inexistencia de la rehabilitación en nuestro derecho penal.

b) La inexistencia de las incapacidades establecidas por el art. 42 del código francés.

c) La variación del espacio de tiempo necesario para que exista la prescripción de una pena, que depende no de un plazo fijo sino del monto de ella.

d) El agregado hecho por la ley 11.221 al art. 53 de nuestro Código Penal, que es una disposición de carácter general, que no permite ninguna excepción.

“Que cada una de estas diferencias es esencial en la correcta aplicación de la ley argentina actual. No existieron en el proyecto de 1906. Sus arts. 32, 33 y 34 se limitaron a copiar la ley francesa. Establecía un período de prueba de cinco años y autorizaba la imposición de incapacidades anexas a la condenación, que terminaban también a los cinco años o antes si tenían un plazo menor dado por



la sentencia. Todas estas disposiciones eran lógicas en un código, que, como la ley francesa, daba por no pronunciada la sentencia porque en él la reincidencia no se prescribía jamás y se convertía en un estado legal permanente del individuo condenado.

“Que ese texto de 1906, que venía a tener la misma coherencia que la ley francesa cuando estableció que se tendrá la sentencia como no pronunciada, dentro de tal plazo, fué modificado por el proyecto de 1917, en cuanto al término de suspensión de la pena que se hizo igual al de su prescripción, conservándose el sistema de las incapacidades anexas. La exposición de motivos de este último proyecto, no dice nada respecto a la cuestión de la prescripción de la reincidencia porque ésta era igual al de la pena, por su art. 53. Pero, en la página 52 de su edición oficial, transcribe una opinión del doctor Julio Herrera, quien decía que, “es indispensable relacionar el plazo de prueba con los términos de prescripción de las penas”. El Senado, por las razones del senador Rojas (ver págs. 43 y 359 de “La Reforma Penal en el Senado”, año 1919), suprimió la parte de las incapacidades anexas, lo que fué aceptado por la Cámara de Diputados, convirtiéndose el proyecto originario en la ley actual.

“Que con estas modificaciones esenciales, el texto argentino tiene hoy una redacción que difiere profundamente de la ley francesa. Interpretar sus palabras aisladamente, sin tener en cuenta las diferencias es exponerse a sancionar principios que no estuvieron jamás en la mente del legislador de 1921, que se limitó a dar a la ley dictada un vocabulario que debe ser analizado a la luz de las disposiciones que se coordinan dentro de su articulado y no sobre la base de un texto extraño que viene a ser hoy, tan sólo, un antecedente lejano de su inspiración fundamental.

“Que la prueba decisiva de este aserto la tenemos precisamente en la cuestión que surge de la relación necesaria que debe haber entre los arts. 27, 53 y 65 del Código Penal. En el código primitivo de 1921 el problema no existía. Una condena condicional de seis meses quedaba en suspenso durante seis meses por el art. 27, porque se prescribía en ese plazo por el art. 65. La reincidencia, a su vez, se prescribía, también en seis meses, por el art. 53. El art. 27, aunque no hubiera dicho, “la condenación se tendrá como no pronunciada”, no presentaría ninguna dificultad de interpretación.



En uno y en otro caso, la condena no se había cumplido y el autor del delito que la motivó no era reincidente un día después de los seis meses del ejemplo.

“Que esto significa claramente que la cuestión no se funda en las palabras “la condena se tendrá como no pronunciada” y que es inútil buscar su interpretación en la ley francesa de 1891 o en la ley italiana de 1904. Esas palabras que eran de una importancia muy grande en el sistema francés o italiano, no tenían ninguna en el texto argentino de 1921. Sin ellas la ley francesa o italiana perdían todo su valor por la existencia del *casellario giudiziale* (relacionado con el art. 6° de la ley italiana) y del *casier judiciaire* y las consecuencias legales de las incapacidades anexas. Sin ellas la ley argentina hacía cesar la suspensión y todo efecto sobre la reincidencia el mismo día, esto es, por medio de una relación entre los arts. 27, 53 y 65 que era imposible en las leyes francesas e italianas.

“Que la cuestión ha surgido recién, entre nosotros por la sanción de la ley N° 11.221. Esta agregó al art. 53 un plazo mayor para la prescripción de la reincidencia que para la prescripción de la pena. Comprobó un error en el código que estaba vigente y lo corrigió de una manera categórica y clara. Para ello no estableció ninguna excepción. Era un principio general que se incorporaba al código para regir todo su articulado. Desde ese momento, solamente desde ese momento, apareció un disentimiento entre el art. 27 y los arts. 53 y 65. Lo que no ofrecía dificultades en el texto de 1921, empezó a tenerlas en Septiembre de 1923.

“Que no es posible aceptar que la nueva ley no ha modificado el concepto de la cesación de todos los efectos de la condena condicional. La frase “la condena se tendrá como no pronunciada” que armoniza antes con el régimen de la prescripción de las penas y con el de la prescripción de la reincidencia, tiene que seguir armonizando también con el nuevo texto, porque una ley no puede crear un principio que no responda a toda su estructura. Si se entiende que la redacción de 1921 impide toda extensión que dé a sus palabras una ley nueva, se establece una consecuencia ilógica, lo que no es concebible en una ley. Resultaría, entonces, que hay un régimen especial para la prescripción de los efectos de la condena condicional, nada más que porque el legislador copió una frase de una ley extranjera que tenía otros fines que los de la ley argentina.



“Que de acuerdo con este criterio es menester establecer que la ley 11.221 ha extendido sus efectos al anterior art. 27 desde el momento que no lo ha exceptuado expresamente. Esta es la más elemental de las reglas de interpretación jurídica de una ley. Es también en el presente caso, la más justa. Estando demostrado que la frase francesa *la condamnation sera comme non avenue*, tenía como único objeto hacer cesar incapacidades que no existen en la legislación argentina; la redacción de ésta significa, tan sólo, que vencido el plazo de la prescripción de la pena, la condena condicional queda suspendida de pleno derecho. Nada más. Se tendrá como no pronunciada, quiere decir que no podrá aplicarse nunca. Son frases que el legislador emplea sin querer darles consecuencias extremas o contradictorias con sus demás textos. Por ejemplo, en el art. 29, inc. 4°, nos habla de una pena de indemnización que no existe en el código. Es simplemente, la indemnización del inc. 1° del mismo artículo. ¿Quiere ello decir que la indemnización en virtud del inc. 4° es una pena? No. Sólo significa que el legislador ha empleado un vocabulario que no responde del todo a la realidad de lo que quería. Lo mismo le ha sucedido en el art. 27. No es posible concebir que esa frase tenga más valor que la ley 11.221 que vino a destruir automáticamente la relación sin conflictos, que existía entre los arts. 27, 65 y 53. Como es elemental que hoy deben ser también interpretados sin conflictos, es menester reconocer que el nuevo art. 53 aumenta también el plazo de vencimiento de la prescripción de la reincidencia de los condenados condicionalmente, que viene a doblarse en el nuevo texto. En un año, por ejemplo, la condena condicional no puede ser aplicada. Pero, el hecho material de una condena anterior, que entre nosotros no se borra porque no tenemos *casier judiciaire*, y que es la condena anterior firme del art. 50 no desaparece, y si la persona beneficiada con la suspensión comete una nueva infracción dentro del transcurso de otro año, es un reincidente a los efectos de la reincidencia, por disposición del artículo 53.”



### III. — Perdón judicial

#### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 264. Antecedentes. — 265. Sentencia del juez Magnaud. — 266. Concepto. — 267. Aplicabilidad. — 268. Proyecto austriaco. — 269. Id. suizo. — 270. Id. francés de Chéron y Cauvin. — 271. Id. italiano.

**264.** — Examinaremos otras instituciones más o menos semejantes a la que acabamos de analizar, aunque en nuestro Código no existen, y que han sido propuestas para mejorar la situación de los procesados en lo concerniente a ciertas penas. La más importante de ellas es el perdón judicial.

El perdón judicial tiene un origen más o menos lejano en lo que se llama hoy día el indulto que acuerda el jefe del Estado; pero el indulto no es propiamente el perdón, como veremos en seguida, sino que implica perdonar el cumplimiento de una pena, pero la pena ya existe.

Más cerca del perdón está la ley inglesa de *probation system*, citada en el capítulo precedente, que suspende todo juicio penal en presencia de delincuentes en determinadas condiciones.

**265.** — Llega más cerca al perdón judicial un fallo dictado por el célebre juez francés Magnaud, cuya fama ha sido considerable en el mundo entero, y a quien se llamaba el buen juez Magnaud.

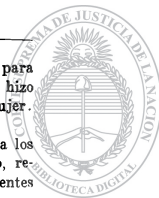
Magnaud debió juzgar un día a una mujer, Louise Ménard, que había hurtado unos panes para dar de comer a sus hijos. Había cometido, naturalmente, un delito, por el cual era procesada. Magnaud, hombre de sentimientos humanitarios excelentes, dió un fallo que llegó a ser famoso, basado en principios del estado de necesidad, absolviendo a Louise Ménard en razón de haber obrado movida por la fuerza irresistible de la necesidad <sup>(11)</sup>.

---

(11) Decía el fallo en sus argumentos principales:

“Considerando... que expresa muy sinceramente su pesar por haberse dejado llevar a cometer este acto; que la procesada tiene a su cargo un hijo de dos años, para el cual nadie le presta auxilio, y que, desde hace algún





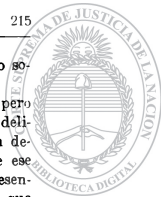
Es indudable que el caso de Louise Ménard era clarísimo para la aplicación de un verdadero perdón. En el fondo, lo que hizo Magnaud fué perdonar la pena que correspondía a esta mujer.

266. — Ese es el perdón judicial: “la facultad concedida a los jueces para que, una vez comprobada la culpabilidad del reo, remitan, en virtud de las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso particular, la pena fijada al delito por la ley” (12).

Es una institución de la cual se espera mucho por sus defenso-

tiempo, se encuentra sin trabajo, a pesar de sus gestiones para procurárselo; que está bien considerada en su pueblo, y pasa por laboriosa y buena madre; que al realizar el hecho contaba por todo recurso con el pan de dos kilos y las dos libras de carne que le entrega cada semana el establecimiento de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo; que en el instante en que la procesada hubo de arrebatar un pan en casa del panadero P... no tenía dinero, y que los artículos que había recibido estaban agotados hacía ya treinta y seis horas; que ni ella ni su madre habían comido durante ese lapso de tiempo, dejando para el niño algunas gotas de leche que tenían en la casa; que es lamentable que en una sociedad bien organizada, uno de los miembros de esta sociedad, sobre todo una madre de familia, pueda estar falto de pan sin culpa suya; que cuando se presenta una situación semejante a la de Louise Ménard, muy claramente atestiguada, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley; que el hambre es susceptible de arrebatar a todo ser humano una parte de su libre albedrío, y de aminorar en él, en una gran medida, la noción del bien y del mal; que un acto ordinariamente reprobable pierde mucho de su carácter fraudulento cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, sin el cual la naturaleza rehusa poner en ejercicio nuestra constitución física; que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada cuando a las torturas angustiosas resultantes de una larga privación de nutrición se junta, como en este caso, el deseo, tan natural de una madre, de evitarlas a su tierno hijo, que está solamente a su cargo; que de todo esto resulta que los caracteres de la aprehensión fraudulenta, libre y voluntariamente perpetrada, no se encuentran en el hecho cometido por Louise Ménard, que se ofrece a indemnizar al panadero P... con el producto del primer trabajo que pueda procurarse; que si ciertos estados patológicos, especialmente el estado de preñez, ha sido muchas veces motivo de estimar irresponsables a los autores de robos cometidos sin necesidad, esta irresponsabilidad debe, con más poderosa razón, ser admitida en favor de los que no han obrado sino según los irresistibles impulsos del hambre.

(12) José Antón Oñega, *El perdón judicial*, Madrid, 1922, pág. 6.



res. En España, Antón Onega ha escrito un excelente trabajo sobre el particular, defendiéndola calurosamente.

En la condena condicional, el individuo no cumple la pena, pero pesa sobre él una condena; además, se aplica generalmente a delitos leves. En cambio, el perdón judicial puede aplicarse a un delincuente autor de un delito grave, teóricamente, siempre que ese delincuente no ofrezca ninguna peligrosidad. El juez, en presencia de un hombre cuya peligrosidad es nula, perdona la pena, que se considera no haber existido. De manera que es un paso más avanzado, va mucho más allá que la condena condicional.

**267.**— También el peligro que entraña, en su interpretación, va mucho más allá. Hasta la fecha ningún país del mundo tiene netamente establecido el perdón judicial. Ha existido en la edad media, cuando el príncipe tenía el derecho de hacer su omnímoda voluntad con las disposiciones penales, pero ha existido dentro de la arbitrariedad de esas leyes, como existe hoy día, el indulto organizado por la constitución, pero con la diferencia de que el presidente de la república o los gobernadores de provincias pueden indultar penas que ya existen y pesan sobre el condenado, mientras que en el perdón judicial no se aplica en absoluto ninguna condena.

**268.**— El perdón judicial figura en los modernos proyectos europeos.

El proyecto austriaco de 1909, en el párrafo 54 dice: "Si un menor, por torpeza, irreflexión, u otro motivo análogo que no indique carácter depravado, ha cometido un acto insignificante según las circunstancias, castigado con una pena privativa de libertad no superior a tres meses, o con una multa que no exceda de 1.000 coronas, el tribunal, después de la comprobación del hecho y la responsabilidad, puede prescindir en la sentencia de aplicar una pena, y puede dejar en libertad al autor después de una seria exhortación a la buena conducta. El perdón sólo es admisible para los menores que han sido condenados por primera vez."

**269.**— El proyecto suizo de 1918 establece en su art. 63: "En los casos en que la ley autoriza a atenuar libremente la pena, el juez no está obligado ni por el género ni por el minimum de la pena

prevista para el delito. El juez queda obligado por el mínimum legal de cada género de pena."

**270.** — En el Parlamento francés se presentó en 1917 un proyecto, por los senadores Henri Chéron y Ernest Cauvin, estableciendo el perdón judicial. Fué discutido, pero no prosperó. Volvieron a presentarlo en 1918, con el mismo resultado negativo.

Según este proyecto, los jueces otorgarían el perdón cuando les pareciese justificado por los antecedentes del procesado, por las circunstancias particulares de la causa o por el interés social. Las circunstancias invocadas deberían ser excepcionales y las sentencias especialmente motivadas sobre este punto. El perdón no podría concederse a quien hubiese sido condenado, en una época cualquiera de su vida, a prisión o a una pena más grave por crimen o delito de derecho común. También según el proyecto la parte civil tenía el derecho de demandar y obtener en las condiciones normales una condena de daños y perjuicios. El perdonado tendría a su cargo las costas.

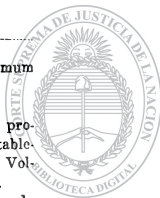
**271.** — El proyecto italiano de 1921 prescribe en su art. 82: "El que sea declarado responsable de un solo delito y no ha sido condenado otra vez a la segregación simple o rigurosa, aunque haya habido amnistía o rehabilitación, cuando concurren en su favor circunstancias excepcionales de menor peligrosidad o cuando el delito sea muy leve y reprimido con sanción inferior a la segregación simple, a la detención rigurosa o a la casa de trabajo y colonia agrícola para menores, el juez podrá acordar el perdón."

#### IV. — Instituciones de la misma índole

##### "RECOGNIZANCE"

Sumario: 272. Concepto

**272.** — Enumeraremos en pocas palabras otras instituciones interesantes desde el punto de vista de esta forma de individualizar la





pena a fin de no aplicarla a los delincuentes que cometen delitos leves o que no ofrecen peligrosidad.

Tenemos, en primer lugar, una institución que se llama en Inglaterra *Recognizance*, término que deriva de una palabra francesa antigua.

La *Recognizance* es una institución originalísima del sistema inglés. Paulian, profesor francés, ha publicado un voluminoso tomo dedicado al estudio de la misma (13).

En el fondo, es un compromiso que toma una persona delante de un magistrado, por el cual se compromete a no cometer una acción determinada o a obrar de cierta manera, bajo pena, en caso de incumplimiento, de pagar una suma ya fijada. Se tiene en cuenta que esa persona sea conocida por su conducta especial o desarreglada, o que haya proferido amenazas contra otra, o haya cometido simples infracciones y el juez crea que no vale en absoluto la pena aplicarle una condena.

A primera vista, el caso es claro. Hay personas de conducta irregular, muchachos u hombres que, muchas veces, reprimidos en forma especial por el magistrado, interrumpen su actividad perjudicial para los demás. En el caso de las amenazas, lo mismo; hay personas que tienen una amenaza fácil, que muchas veces provoca un estado difícil entre dos individuos y sus respectivas familias; entonces el juez llama al que ha amenazado y le exige el compromiso de no cumplir esa amenaza, advirtiéndole las consecuencias que acarrea la violación de ese compromiso.

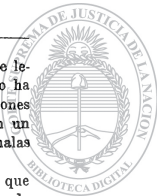
Parece ser que esta institución da en Inglaterra muy buenos resultados.

#### CAUCION DE BUENA CONDUCTA

Sumario: 273. Concepto

273.—El proyecto Ferri de 1921 organiza esta institución llamada caución de buena conducta, en la siguiente forma, en el art. 65: consiste en la obligación de depositar en la caja de multas una suma de dinero, o títulos del Estado, o de establecer una hi-

(13) *La Recognizance, dans le droit anglais*, 1911.



poteca por el doble de esa suma; se devuelve esta cantidad o se levanta esta hipoteca si en un término no menor de dos años no ha cometido otro delito y si ha cumplido, en cambio, las condiciones que le impone la sentencia, y que pueden ser de residencia en un lugar determinado, o de no salir de noche, o no juntarse con malas compañías, o no frecuentar tabernas, etc.

De modo que no se cree tanto en la palabra del individuo que se encuentra en estas condiciones, sino que se le exige el depósito de una cantidad de dinero o el establecimiento de una hipoteca, y como el dinero o la hipoteca por lo general duelen más que las palabras, se tiende a asegurar así el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas al condenado.

Es un proyecto que posiblemente dará buenos resultados en ciertos casos, y que se asemeja a la condena condicional, si bien difiere en la subordinación que establece a la suma de dinero depositada o a la inscripción de una hipoteca.

#### REPRENSION JUDICIAL

Sumario: 274. Concepto

**274.** — La reprensión judicial es una admonición que hace el juez al procesado. Existe en el Código Penal italiano vigente, en el español y el portugués.

Es indudable que esta institución, como las anteriores, es de más fácil aplicación en los medios pequeños que en las grandes ciudades. Supongamos en la ciudad de Buenos Aires a un juez que llame a un muchacho que ha cometido una falta cualquiera y lo reprenda judicialmente; casi no hay la sanción efectiva que puede existir en una pequeña aldea, donde el juez hace lo mismo con una persona a quien ve frecuentemente y hasta con quien se encuentra muchas veces en el mismo medio social en que vive.

Se ha combatido mucho esta reprensión judicial, sosteniéndose que carece de valor, porque si el individuo que la recibe no reacciona en el sentido favorable que ella supone, se convierte en una simple frase.

**PRESTACION DE TRABAJO SIN RECLUSION****Sumario: 275. Concepto**

**275.** — Otra institución aconsejada por algunos es la prestación de trabajos sin reclusión. Nuestro Código la tiene adoptada para la pena de multa. El art. 24, apartado 4º, dice: “Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.”

De manera que una persona, aunque no tenga con qué pagar una pena de multa que le ha impuesto el Estado, puede ofrecer su trabajo libre para realizar la amortización, sin necesidad de estar sometido a la prisión que nuestro Código impone en caso de incumplimiento de la multa.

La medida puede ser beneficiosa en ciertos casos. Ignoramos si entre nosotros se ha aplicado; no conocemos ningún caso al respecto.

**ARRESTO EN EL DOMICILIO****Sumario: 276. Concepto**

**276.** — Institución preconizada por los que han pretendido suprimir las penas leves es el arresto en el domicilio. Nuestro Código únicamente la tiene para mujeres en ciertos casos, para hombres valetudinarios o mayores de 60 años, y en penas leves hasta seis meses (art. 10).

Muchos han querido extenderla más allá, aplicándola a personas que gozaran de buen concepto social. Pero es difícil de cumplir, porque si el Estado quiere que la persona esté constantemente encerrada en su casa, debe establecer sobre ella una vigilancia, y ya la vigilancia comienza por ser perjudicial, pues el vecindario entero conoce la imposición de la pena.

Entre nosotros se aplica, por ejemplo, en los casos de infracciones a la ley de juegos, en que se condena a una persona a pagar una multa, y si no puede pagarla, se la somete a arresto y el arresto lo cumple en su casa, habiéndose comprobado en muchos casos la violación de la medida.

---





## CAPITULO IX

### INIMPUTABILIDAD

#### SUMARIO:

- I. Sistemas legales.
- II. Imputabilidad. — Concepto. Metodología.
- III. a) Causas naturales excluyentes de culpabilidad. — Alteración psíquica.
- IV. Códigos o proyectos extranjeros. — Enumeración.
- V. El estado peligroso. — Su criterio.

#### I. — Sistemas legales

Sumario: 277 bis. Remisión.

277. — Para la exposición de los sistemas legales de inimputabilidad, véase el tomo II, N° 573 y sigts.

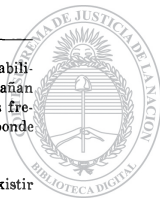
#### II. — Imputabilidad

##### CONCEPTO

Sumario: 278. El problema de la responsabilidad. — 279. Relación causal delictual. — 280. Palabras de Carrara. — 281. Imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad. — 282. Los hechos humanos y la medida de la culpabilidad.

278. — Por lo visto anteriormente <sup>(1)</sup>, la cuestión de la responsabilidad penal implica un problema arduo, singularmente por la





cantidad de elementos contenidos en los conceptos de imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad. Estas tres ideas entrañan conceptos precisos; sin embargo, hasta en los autores mismos es frecuente una confusión acerca del diferente valor que corresponde asignarles.

**279.** — En derecho penal, para que haya delito deben existir determinados elementos que integran la siguiente relación causal:

- a) un hecho considerado como delito;
- b) la persona que lo ejecuta;
- c) la sanción que se le aplica por ese hecho.

A primera vista, la cuestión es sencilla: hay un hecho considerado delictuoso, una persona que lo ha realizado y una sanción a aplicar establecida en el Código Penal. Pero como los hombres obran de acuerdo con sus modalidades propias en el hecho delictuoso, como ese hecho delictuoso puede ser cometido por una persona a la que no es posible considerar como delincuente por su edad, estado, situación, etc., nace inmediatamente la necesidad de considerar cuáles son los elementos que integran los conceptos de imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad.

**280.** — Hemos recordado ya <sup>(2)</sup>. y repetimos ahora, una frase de Carrara que caracteriza con mucha precisión estos conceptos. Dice:

“El juicio penal con el cual el magistrado imputa a un ciudadano una acción ya declarada por la ley de antemano políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diferentes. El magistrado encuentra en aquel individuo la causa material del acto y le dice: tú hicisteis (imputación física). Encuentra que aquel individuo realizó aquel acto con voluntad inteligente y le dice: tú hicisteis voluntariamente (imputación moral). Encuentra que aquel acto estaba prohibido por la ley de la ciudad y le dice: tú hicisteis contra la ley (imputación legal). Y es sólo en virtud del resultado de estas tres proposiciones que el magistrado puede decir al ciudadano: yo te imputo este hecho como delito.”

---

(1) Tomo II, N° 425 y sigts.

(2) Tomo II, N° 463.



Es menester, pues, aunque no aparezcan enunciados en el juicio penal, que existan estos tres estados para que pueda haber lo que llamamos nosotros hoy la individualización de la pena: imputación física, moral y legal.

**281.** — Nuestro Código no dice una sola palabra respecto al concepto de imputabilidad, como no la dice ningún código del mundo. Es menester extraer ese concepto de lo que la ley establece respecto a la inimputabilidad.

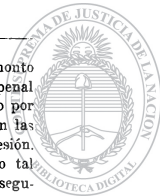
*Imputabilidad*, en el fondo, es el hecho de poner a cargo de una persona un acto a fin de hacerle sufrir las consecuencias del mismo.

*Responsabilidad* es el deber socialmente jurídico en que se encuentra esa persona de dar cuenta a la sociedad bajo cuyas leyes vive, del hecho realizado. La responsabilidad deriva de la imputabilidad. Se puede ser imputable y no responsable; así, el niño de 6 años que comete un hecho delictuoso, es imputable, porque lo cometió, pero no es responsable. Dentro de las normas de derecho penal positivo existentes en el mundo hasta el presente, el loco que comete un acto delictuoso es imputable, pero no es tampoco responsable. De modo que son elementos distintos: toda responsabilidad presupone una imputabilidad; pero no toda imputabilidad presupone u origina una responsabilidad.

*Culpabilidad* es el elemento que surge como consecuencia de los dos anteriores. Es culpable la persona imputable que, obligada a dar cuenta de un delito (responsabilidad), es declarada en falta con la sociedad. Esta declaración es la que determina la medida de la aplicación de la ley penal. Es el tercer elemento que forma la relación causal completa entre el acto originario y la sanción que se le aplica.

La imputabilidad y la responsabilidad son conceptos objetivos; existen o no existen; no hay en ellos cuestión de más o de menos; no se es a medias imputable ni se es a medias responsable.

La culpabilidad, en cambio, es eminentemente subjetiva, y de ahí su complejidad. Implica de parte del juez que va a establecer la sanción, el estudio y la resolución de varios elementos: existencia de la infracción cometida; medida y grado de la misma. Cuando el juez ha apreciado estos elementos, *subjetivamente*. — porque en materia de actos humanos la ley no puede darle una medida como



la que se aplica a las cosas, — recién entonces establece el monto que para la sociedad tiene esa culpabilidad. En el derecho penal positivo, ese monto está expresado por el *quantum* de la pena o por la sanción que se le puede aplicar. Esta culpabilidad, pues, en las sociedades modernas, es el fundamento o condición de la represión.

No hablamos del derecho ideal, sino del derecho positivo tal cual está legislado en la época contemporánea. En el futuro seguramente la noción será esencialmente distinta: la culpabilidad no habrá de originar la aplicación de la sanción, sino la necesidad de la defensa social. Siempre subsistirán, sin embargo, los criterios de imputabilidad y de responsabilidad (individual o social), por su carácter objetivo.

**282. —** ¿Los hechos humanos indican la medida de la culpabilidad?

Los hechos, como dice Garraud, son neutros. El mismo hecho puede ser apreciado desde puntos de vista completamente diversos. Un hombre tiene un puente en un campo de su propiedad; ese puente constituye el único pasaje para ir de una parte a otra; el hombre lo destruye. He ahí un hecho que puede revestir diversos caracteres; puede ser indiferente, motivado por la circunstancia de que ya no sea necesario el paso por ese sitio; puede ser digno de elogio, por envolver el propósito de reemplazar ese puente por otro mejor; puede hasta ser premiado por la sociedad, si tiene por objeto impedir el paso de un ejército enemigo o evitar cualquier peligro social; puede ser vituperable, por herir intereses de terceros; puede ser criminal, por constituir la comisión de un delito.

Cualquier hecho humano, sometido al análisis, ofrece los mismos caracteres. Es neutro en el sentido de que su realización en sí no implica la determinación de su carácter. Cierta elemento integrante del acto realizado es el que puede imprimirle carácter penal; podríamos denominarlo *elemento moral del acto*.



## METODOLOGIA

Sumario: 283. Exposición.

**283.**— El elemento moral del acto puede estar integrado por dos clases de consecuencias jurídicas:

a) Unas excluyentes de culpabilidad por causas naturales o legales (v. gr.: locura y legítima defensa, respectivamente). No hay culpabilidad cuando un hombre realiza un acto dentro de las condiciones que la ley establece como excluyentes de esa culpabilidad.

b) Otras atributivas de culpabilidad; son los factores que determinan la medida de la culpabilidad legal: el dolo, la culpa, el error.

## III. — a) Causas naturales excluyentes de culpabilidad

## ALTERACION PSIQUICA

Sumario: 284. Art. 34, inc. 1º del Código Penal. — 285. Antecedentes.

**284.**— Comenzaremos por estudiar, de acuerdo con la división metodológica expuesta, las causas naturales que excluyen la culpabilidad. Son las que están contenidas en el art. 34, inc. 1º del Código Penal, que dice: “No son punibles: 1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.”

Es decir, para que no haya culpabilidad es menester la existencia de dos elementos: ciertos estados personales que corresponden



al agente y una situación psicológica especial en que debe encontrarse <sup>(3)</sup>.

285. — El sistema enumerativo que contenía en su art. 81, inciso 1° el Código derogado en 1922, respecto a las causas de irresponsabilidad por alteración psíquica, era evidentemente malo. De ahí que desde el proyecto de reforma de 1891 se buscara una fórmula de redacción sintética, que lo reemplazara con ventajas técnicas. En el proyecto de 1906, después de presentarse como una solución los términos *perturbación* y *enfermedad*, que fueron rechazados, se aceptó, por indicación del doctor Ramos Mejía, la fórmula *enajenación mental cualquiera*, que aparecía como más clara y más comprensiva.

Esta nueva redacción fué eficazmente criticada en el libro del doctor Julio Herrera, *La reforma penal*, que tanta influencia tuvo en la elaboración doctrinaria y técnica de los textos que dieron origen al Código, desde 1917 a 1921. El doctor Herrera propuso en este punto, como más aceptable el modelo ruso, traduciéndolo incompletamente <sup>(3 bis)</sup>. Dice que adopta el texto del proyecto ruso en su art. 35, proyecto que fué publicado en 1903, redactado por Taganzeff y Foinitzky, y que en su art. 39 disponía lo siguiente <sup>(4)</sup>:

*Art. 39 ruso*

*N'est pas imputable l'infraction commise par un individu qui, soit par dérangement maladif de l'activité de son esprit, soit dans un état d'inconscience, soit par insuffisance de ses facultés intellectuelles, éprovenant d'une maladie ou d'une tare physiques, ne pouvait, au temps de l'action, comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions.*

*Traducción de Herrera*

*No es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea por alteraciones morbosas de la actividad de su alma, sea en un estado de inconsciencia, no podía, en el momento de la acción, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones.*

<sup>(3)</sup> Véase el estudio crítico del doctor Jorge E. Coll, *Consideraciones sobre la responsabilidad en el código penal argentino*, en *Revista Penal Argentina*, tomo I, pág. 121 y sigs.

<sup>(3 bis)</sup> *La reforma penal*, pág. 418.

<sup>(4)</sup> *Code pénal russe. (Traduit par E. Eberlin)*. Paris, A. Pedone, 1906.



Las diferencias entre uno y otro texto son notables, como se advierte, aunque el doctor Herrera dice que lo ha "traducido literalmente de la versión francesa". La comisión redactora del proyecto de 1917, fiada en esa traducción, adoptó su texto <sup>(5)</sup>, introduciendo algunas modificaciones, de lo cual resultó la redacción actual.

#### Criterio de inimputabilidad

**Sumario:** 286. Remisión. — 287. Palabras de la comisión redactora. — 288. Crítica.

**286.** — El texto del art. 34, inc. 1°, nos plantea, de entrada, una cuestión que es fundamental en el derecho penal: el criterio que debe regir en materia de inimputabilidad, si el biológico o el psicológico.

Este punto ya lo hemos analizado detenidamente en su oportunidad, y damos por reproducido aquí todo lo que entonces dijimos <sup>(6)</sup>.

**287.** — Aludiendo al criterio de responsabilidad criminal que sustentaba, decía la exposición de motivos del proyecto de 1917 <sup>(7)</sup>: "El proyecto que presentamos a la consideración de la H. Cámara resuelve la cuestión responsabilidad, con criterio moderno y humano; prescinde de resabios expiatorios y aparta problemas trascendentales de psicología. Se limita a indicar los delitos y a fijar sus penas, teniendo en cuenta que sólo los previstos en el código pueden ser los castigados de acuerdo con un artículo de la constitución, y a establecer en qué casos la pena no concurre a pesar de haberse realizado un hecho, al cual la ley califica de delito."

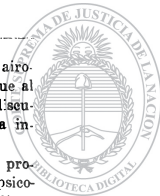
**288.** — Hemos dicho en otra ocasión <sup>(8)</sup> que no creemos que el

(5) *Proyecto de Código Penal*, 1917, pág. 67.

(6) Véase nuestro tomo II, N° 573 y sigts.

(7) *Exposición de motivos, edición oficial*, pág. 143.

(8) Prólogo a la obra del doctor Peco, *La reforma penal argentina*, página XVIII y sigts.



proyecto de 1917, hoy Código Penal, haya logrado solucionar airo-  
samente la ardua cuestión de la responsabilidad criminal, ya que al  
modificar el texto de 1906 nos sume en la confusión de las discus-  
iones psicológicas, filosóficas y metafísicas concernientes a la in-  
fluencia de la conciencia sobre las voliciones y los actos.

Hemos dicho igualmente que el texto actual deja en pie pro-  
blemas fundamentales, como ser el de un criterio biológico o psico-  
lógico de la irresponsabilidad o el que plantea el proyecto italiano  
de 1921, codificando el gran postulado de la escuela antropológica  
italiana, el de la responsabilidad plena de todo delincuente ante la  
sociedad; y el trascendental de la determinación de la pena por la  
peligrosidad del agente, legislado por el mencionado proyecto ita-  
liano en una forma que supera indiscutiblemente a los proyectos  
alemanes, austriacos, suizos, suecos, etc. Aquí es donde están las  
cuestiones filosóficas, psicológicas y metafísicas que no ha zanjado  
ni ha podido zanjar el deficiente texto argentino.

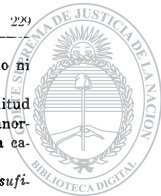
Insuficiencia de facultades, o alteración morbosa de las mismas

Sumario: 289. Defectos técnicos. — 290. Terminología que debió emplearse. — 291.  
Proyecto de estado peligroso. — 292. El problema de la semi-alienación.

**289.** — Los términos del art. 34, inc. 1º del Código Penal ado-  
lecen de una serie de graves defectos técnicos.

a) Sin tener en cuenta el complemento psicológico que debe  
fundar la anormalidad psíquica, el Código establece que no es pu-  
nible el que ha cometido el hecho a consecuencia de insuficiencia de  
sus facultades o de alteraciones morbosas de las mismas.

Estos términos, según ya lo hemos dicho, fueron tomados frag-  
mentariamente de un texto legal, el art. 39 del código penal ruso de  
1903, que expresaba cuál debía ser el origen de la insuficiencia.  
omisión que ha hecho confusa su redacción, no sólo desde el punto  
de vista psiquiátrico sino especialmente también desde el punto de  
vista de la terminología psicológica.



b) Los términos empleados por la ley no aclaran el grado ni la forma de la alteración o de la insuficiencia.

c) Llegan a comprender, sin haberlo querido, por la amplitud que tiene siempre todo término impreciso, hasta los simples anormales que ni penal ni psiquiátricamente pertenecen a la misma categoría científica de los alienados.

d) Originan frecuentes casos de tautología, porque las *insuficiencias* son también *alteraciones*.

e) La palabra *morbos* está empleada con referencia a alteraciones, pero no con referencia a insuficiencias y, sin embargo, tanto unas como otras, son morbosas, porque de lo contrario no serían factores de inimputabilidad.

f) La palabra *facultades* carece de precisión, no pertenece al vocabulario científico. Una palabra tan vaga, aplicada a un texto de inimputabilidad, resulta peligrosa.

290. — Lo que el Código ha querido es expresar, por medio de estas perifrasis que pueden prestarse al equívoco, un estado patológico que tiene en medicina mental y en derecho penal una denominación corriente, de uso casi universal, y que es mejor emplear directamente. La *alienación mental*, cuyo carácter genérico es preciso, equivale a *demencia* en el vocabulario jurídico de algunas naciones, a *locura* en el lenguaje popular y a *psicopatía* o *psicosis* en la terminología psiquiátrica.

*Alienación mental* es la expresión científica más usada y resulta, de consiguiente, clara para todo médico o juez, a pesar de la variedad de las clasificaciones que son posibles en la vasta e imprecisa materia de las enfermedades mentales <sup>(9)</sup>.

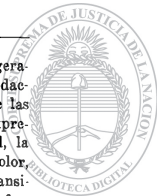
Estos términos, *alienación mental*, son los que hemos empleado en el proyecto sobre estado peligroso de 1926. Ya hemos dilucidado, en el curso precedente, su definición y contenido.

Añadiremos respecto a esta designación de la alteración psíquica, que ella no tiene en forma alguna, el alcance excesivo que el

---

(9) Véase nuestro tomo II, N° 545 y sigs.





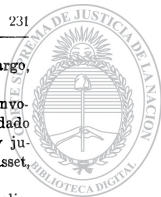
proyecto de 1906 daba al término enajenación mental. La exagerada amplitud de concepto de ese proyecto resulta de su misma redacción, que dice *enajenación mental cualquier*, y sobre todo, de las discusiones de la Comisión, cuyas actas demuestran que esa expresión comprendería indistintamente la demencia, la imbecilidad, la ebriedad, la epilepsia, la histeria, el sonambulismo, el justo dolor, la parálisis general, las manías, las locuras transitorias o no transitorias, etc., “en una palabra, todas las enajenaciones mentales afectivas, volitivas e intelectuales quedarán comprendidas dentro de sus términos.”

Tal amplitud no se justificaría ni jurídica ni psiquiátricamente. Si semejante redacción, con semejante interpretación hubiera sido sancionada, es indudable que se tendría un texto que ampararía la irresponsabilidad de todos los delincuentes, hasta en los casos extremos de la locura moral o de una simple abulia.

291. — En nuestro proyecto de estado peligroso redactamos el art. 34, inc. 1º en la siguiente forma: “El que haya cometido el hecho en estado de alienación mental, o de inconsciencia completa”.

Al mismo tiempo, limitamos el alcance de la comprensión lógica de aquellos términos, incluyendo en el art. 35, referente a los intoxicados y a los semi-alienados, una categoría de delincuentes que no entra, de consiguiente, por imperio de la ley y por prescripción científica, en la clase restringida de los alienados. Decimos, en efecto, en el art. 35, inc. b): “El que no siendo alienado hubiere cometido un delito a causa de grave anormalidad psíquica, o en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de estupefacientes, será internado en un establecimiento adecuado, por tiempo indeterminado, no menor de la mitad del máximum de pena establecido para el delito o 20 años en el caso de prisión o reclusión perpetuas, salvo que la autoridad judicial en la sentencia, o posteriormente, en caso de no ser conveniente o necesaria su permanencia en el establecimiento especial, resuelva su internación en un establecimiento penal.”

292. — En el Código no se considera la situación de los semi-



alienados, sujetos cuya peligrosidad puede ser enorme, sin embargo, por cuya causa esa omisión ha sido justamente criticada.

La semi-alienación, por las innumerables dificultades que involucran tanto su concepto como sus consecuencias penales, ha dado motivo a importantes trabajos y a largas discusiones médicas y jurídicas, a cargo de autores de la significación de Maudsley, Grasset, Gilbert Baillet, Falret, Alimena, von Liszt, Prins, Stoops, etc.

En cuanto al concepto, caracteres y contenido de la semi-alienación, nos remitimos a lo expuesto en el curso precedente <sup>(10)</sup>.

En el proyecto argentino de estado peligroso de 1926 se contemplan especialmente los casos de semi-alienación. Además, la disposición pertinente se aplica también, en razón de la peligrosidad que involucra su estado, a los toxicómanos, esto es, morfinómanos, cocaínómanos, eterómanos, y, sobre todo, a los alcoholistas crónicos impulsivos con trastornos del carácter.

Las soluciones penales propuestas ante los delitos que cometen estos anormales en permanente estado peligroso en ciertos casos, son diversas, según el punto de vista doctrinario de cada autor y de cada tentativa de legislación. Sin embargo, el criterio hoy predominante es el de crearles una categoría especial. Las resistencias a dicha clasificación especial carecen de valor científico. Se inspiran, exclusivamente, en errores de concepto psiquiátrico o en ideas penales basadas en la ya decaída regla de la responsabilidad moral de los tratadistas clásicos.

Acerca de la forma en que consideramos esta categoría especial en el proyecto de 1926, véase lo que expusimos oportunamente <sup>(11)</sup>.

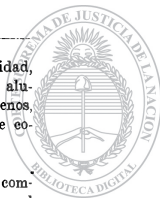
#### Estado de inconsciencia

**Sumario:** 293. Crítica. — 294. Interpretación lógica. — 295. Caracteres. — 296. Simulación. — Regla de Casper. — 297. Valor de la pericia psiquiátrica. — 298. Falsa memoria. — 299. El problema de la embriaguez.

**293.** — La palabra *inconsciencia* que figura en el art. 34, inc. 1°, no está definida, y por lo menos debió empleársela con el adjetivo

<sup>(10)</sup> Tomo II, N° 556 y sigts.

<sup>(11)</sup> Tomo II, N° 652.



*completa*, porque no toda inconsciencia es causa de inimputabilidad, aún la que esté acompañada de la incomprensión del acto a que alude la ley. Con el agregado mencionado tendríamos, por lo menos, una noción científica en medio de la deficiente redacción que comentamos.

294. — En los términos de nuestro Código, la inconsciencia comprende los casos más frecuentes: la ebriedad, el sonambulismo, el hipnotismo, el ataque o equivalente epiléptico, las manías transitorias, la ebriedad del sueño. En todos estos estados es menester que la inconsciencia sea completa.

Corrientemente se emplea la palabra *inconsciencia*, pero no con referencia a una inconsciencia general y absoluta del psiquismo, sino a un olvido momentáneo. No es ese el significado científico. Lo que nuestra ley ha querido decir, y así deben entenderlo los jueces siempre, es que la inconsciencia que causa la inimputabilidad debe ser completa, es decir, aquella, en la que desaparecen todas las facultades activas y conscientes del psiquismo.

295. — La inconsciencia, por sus caracteres propios, es uno de los puntos más difíciles, tal vez, para la pericia psiquiátrica y para el criterio judicial.

Para algunos tratadistas es una inconsciencia patológica; para otros, una locura transitoria. En el fondo, está caracterizada por una crisis repentina, fugaz, de la lucidez psíquica consciente del espíritu; esa crisis no impide, como es natural, que continúe funcionando en el hombre el automatismo psíquico y motor; esta inconsciencia está generalmente acompañada de un fenómeno típico: la pérdida de la memoria de fijación, o amnesia lacunaria, que debe ser temporaria y total <sup>(12)</sup>.

296. — Esto implica una serie de problemas muy difíciles para la psiquiatría, lo mismo que para el criterio judicial, particularmente porque la simulación es muy fácil de producirse.

A este respecto, Casper nos da una regla lógica de apreciación.

---

(12) Nos limitamos a esta enumeración de caracteres, porque ya fueron expuestos en el tomo II, N° 565 y sigta.

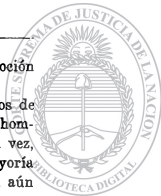


Dice: debe considerarse como simulador todo individuo cuya amnesia se limita únicamente al hecho incriminado, cuando sus facultades intelectuales se conservan indemnes para el resto de las cosas, y que no presenta desde luego ninguna afección capaz de producir la amnesia.

Si esta opinión de Casper se siguiera más frecuentemente, sería menor, sin duda, el número de casos de simulación de la inconsciencia.

297. — Por otra parte, ciertas pericias psiquiátricas proceden en muchos casos con un criterio unilateral, que combaten con acierto eminentes autores de la materia: deducen, por la observación de los detalles clínicos que presentan todos los hombres, la posibilidad de la existencia del estado de inconsciencia en el momento del hecho. Hay una serie de datos clínicos que el psiquiatra encuentra en el estudio de nuestra constitución: reaccionamos de tal manera en la vida, tenemos tal clase de manifestaciones en el orden físico, nervioso, sentimental, etc. Al mismo tiempo acompañan nuestra constitución física una serie de síntomas que revelan, por ejemplo, un temperamento emotivo o hiperemotivo o, como dicen en otros casos los psiquiatras, hiper-simpático-tónico. Pero el hecho de que tengamos esos caracteres, no implica necesariamente que en el momento del delito obremos como obraría el hiper-simpático-tónico típico. No es posible; con ese criterio, todo hombre que presente los caracteres de la emotividad exagerada que acompañan al temperamento hiperemotivo, estaría en condiciones de reaccionar en presencia de un hecho de una manera enérgica, y todos sabemos que las reacciones de los hombres son completamente diferentes entre sí aún ante el mismo hecho. Así, por ejemplo, la reacción que produce en un marido la sorpresa del ilegítimo concubito de la esposa es completamente diferente, aún tratándose de un temperamento emotivo: en unos casos mata a la mujer solamente, en otros al amante, en otros a ambos, en otros se origina una especie de crisis de la sensibilidad.

Estos individuos, cuyas reacciones son generalmente vehementes y enérgicas, son hiperemotivos; pero es que la emoción constituye, en el fondo, un dato esencial en el hombre, y todos los hombres



en determinadas circunstancias pueden sufrir un ataque de emoción aunque no todos sean hiperemotivos <sup>(13)</sup>.

La inmensa mayoría de los seres humanos presentan rasgos de temperamentos emotivos o hiperemotivos; la vida mental del hombre es más afectiva y está más en el mundo de la emoción, tal vez, que en el mundo frío del razonamiento; y, sin embargo, la mayoría de los hombres no comete estos delitos de ninguna manera, ni aún encontrándose en situaciones violentas, mucho más terribles a veces que aquellas porque atraviesan quienes realizan estos hechos de apatencia excepcional.

**298.**— En ciertos casos especiales, el sujeto puede conservar una memoria falsa, aún en estado de inconsciencia. Krafft-Ebing <sup>(14)</sup>, el gran psiquiatra austriaco, refiere un caso sumamente interesante. Un monje se levanta una noche de su cama, en un ataque de sonambulismo, y va, con un arma en la mano, a la cama del prior del establecimiento, que estaba sentado al lado de una mesa, escribiendo; éste ve que se acerca el monje con un cuchillo en la mano y toca la cama para cerciorarse que estaba el cuerpo que él quería matar. Luego da varios golpes con el puñal, atravesando el colchón, y se vuelve a su habitación. El prior se da cuenta de que ese hombre ha venido a matarlo, y unos momentos después oye unos gritos, acude a la pieza del monje y lo ve sudoroso, pálido, en un estado de exaltación especial, y le dice que había tenido un sueño horrible, que se había despertado y que había soñado que el prior mataba a la madre de él, por lo cual se dirigía a la cama del prior y lo mataba a puñaladas. Pero sólo conservaba los recuerdos del sueño, como nos

<sup>(13)</sup> Un análisis profundo de la pericia psiquiátrica ha sido realizado en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta Capital, en el caso Ruffet, muy interesante en todo sentido. Algunos peritos psiquiatras encontraron en el procesado rasgos de hiperemotividad que lo caracterizaban como un hiper-simpático-tónico. Pero—como decía la sentencia del tribunal rechazando esos dictámenes periciales—este hiper-simpático-tónico no había revelado nunca en su vida esos caracteres que llevaban a la explosión de esa emoción productora del delito. (Véase *Jurisprudencia Argentina*, tomo XXI, p. 1063; *Gaceta del Foro*, tomo 64, pág. 49; y Máximo Castro, *Curso de Procedimientos penales*, tomo II, N° 595).

<sup>(14)</sup> *Médecine Légale des Aliénés*, pág. 459.



pasa cuando tenemos un sueño que es intensamente real para nosotros, pero él estaba convencido que todos esos movimientos que había hecho en estado de sonambulismo lo habían sido en estado de sueño, es decir, que no se había movido de la cama; su horror era despertarse con esa especie de pesadilla trágica.

Ese es un caso en que se conserva la memoria del hecho a pesar de la inconsciencia completa, pero es indudable que el sujeto ha conservado una memoria falseada.

299. — Nuestro Código ha sido también criticado por la forma como encara el problema de la embriaguez. Esta se halla comprendida en la fórmula del art. 34, inc. 1°, y la comisión en su exposición de motivos dice: “Las perturbaciones pueden ser permanentes, como sucede en los casos más característicos de enfermedades mentales, o transitorias. Estos últimos estados pueden obedecer a influencias físicas como ocurre con el alcohol y otros tóxicos o a coacciones psíquicas. La enumeración no es posible y debe ser el juez en cada caso el que estudie la perturbación y averigüe si el sujeto pudo o no comprender la naturaleza del acto y su sentido, como asimismo dirigir sus acciones.” (15).

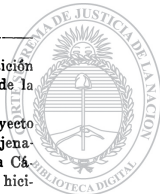
Sabemos que los delitos cometidos por influencia de la embriaguez y del alcoholismo habitual o crónico, abundan en todo país y, de consiguiente, en el nuestro también. Autores eminentes, antiguos y modernos, atribuyen al alcoholismo y a la embriaguez una grandísima importancia, mediata e inmediata, en la producción del delito y en la formación del delincuente.

Sin embargo, la comisión redactora del proyecto de 1906, base del de 1916, prescindió de todas las consecuencias de la vasta y compleja cuestión. Se limitó a eximir de responsabilidad, y por lo tanto de pena (art. 41, inc. 1°), al “que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera, no imputable al agente”, agregando, como aclaración (muy necesaria) de la exposición de motivos, que la embriaguez, que no sea habitual, está comprendida en el término genérico de “estado de enajenación mental”.

De manera, entonces, que el estado crónico de alcoholismo no existía con una caracterización especial. Lo único que el proyecto

---

(15) *Exposición de motivos, ed. oficial, pág. 149.*



legislaba es la embriaguez no habitual, considerada por la exposición de motivos como "perturbación momentánea" de la mente y de la voluntad.

El doctor Herrera criticó en su momento el error del proyecto de 1906 al comprender la embriaguez entre las formas de enajenación mental; y en nuestra respuesta a la comisión especial de la Cámara de Diputados encargada de estudiar el proyecto de 1916, hicimos un análisis crítico de la cuestión.

Esa comisión especial, reconociendo la exactitud de esas observaciones, presentó su despacho en la forma conocida, incluyendo la embriaguez en el "estado de inconsciencia", sin contemplar el caso de la intoxicación crónica producida por el alcohol.

Es bien sabido que la influencia del alcohol sobre un ser humano puede revestir formas muy diversas. Cuando es solamente accidental se llama *embriaguez*, palabra que caracteriza, precisamente, un estado momentáneo del individuo. En cambio, cuando es habitual, presenta caracteres netamente diferenciados: alcoholismo simple o locura alcohólica.

"El alcoholismo crónico" — dice Krafft-Ebing — no es una pasión, sino una enfermedad del cerebro, que se caracteriza, como tal, por una masa de signos clínicos y de lesiones anatómicas." (16).

Cuando este alcoholismo reviste caracteres más graves aún, tenemos las formas salientes de la locura alcohólica, el *delirium tremens*, la epilepsia alcohólica, los delirios agudos, etc.

Al tratar de las medidas de seguridad que establece nuestro Código, nos hemos ocupado de la forma en que encara el problema del alcoholismo el proyecto suizo de 1916, y el modo cómo organiza los asilos para bebedores que instituye (17).

En el proyecto argentino de estado peligroso de 1926 se trata el problema de diversa manera al Código actual.

La ebriedad está comprendida en el estado de inconsciencia completa a que alude el art. 34, inc. 1°.

El estado de intoxicación crónica producida por el alcohol está contemplado en el art. 35, inc. b) (18).

(16) Ob. cit., pág. 260.

(17) *Supra*, N° 161.

(18) Véase *Supra* N° 156, donde transcribimos estas disposiciones del proyecto sobre estado peligroso. Véase también *Supra* N° 291.

**Error o ignorancia de hecho no imputable****Sumario: 300. Error de método.**

**300.** — *El error o ignorancia de hecho no imputable* es causa de inimputabilidad. Se excluye, acertadamente, el error de derecho.

En el proyecto de estado peligroso de 1926 esta eximente sufre un cambio metodológico, pasando a ser el inc. 8° del art. 34, porque la que comentamos es una causa legal excluyente de culpabilidad.

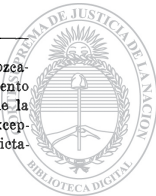
**Comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones****Sumario: 301. Crítica. — 302. Proyecto de estado peligroso.**

**301.** — *Comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.* Son éstas expresiones que dificultan la correcta interpretación de un estado de alteración psíquica. Nada agregan al concepto de la insuficiencia de las facultades o de sus alteraciones morbosas. Si éstas existen en calidad de alienación, que es lo que el Código quiso decir con aquellas palabras de insuficiencia o alteración, comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, son términos que están de más. Si no existen en esa calidad, también están de más, porque entonces no corresponde la aplicación de las medidas de seguridad de los apartados 2° y 3° del art. 34.

La frase, por otra parte, es psiquiátricamente inadecuada. Hay alienados lúcidos, los delirantes sistematizados, por ejemplo. Van al delito con premeditación y comprendiendo la naturaleza del acto que están por realizar, dentro de condiciones determinadas de antemano de una manera precisa. El sentido exacto del art. 34, inc. 1°, tal como está redactado en el Código actual, podría llevar a la condena de e tos enfermos, cosa que nadie intenta en la hora presente de la ciencia penal.

**302.** — Por eso, en el proyecto argentino de estado peligroso de 1926 propenemos la supresión de esas palabras, abandonando todo criterio de imputabilidad psicológica, incompatible con el estado peli-





grosso, para aceptar sólo el biológico puro, por más que reconozcamos que no llegamos con ello a un texto ideal, desde el momento que, según nuestras convicciones doctrinarias, todo criterio de la responsabilidad que no comprenda a todos los delincuentes, exceptuados los casos de justificación legal de un hecho, no es estrictamente científico.

#### IV. — Códigos o proyectos extranjeros

##### ENUMERACION

Sumario: 303. Proyecto suizo de 1916. — 304. Proyecto italiano de Ferri. — 305. Proyecto checoslovaco de 1926. — 306. Proyecto italiano de Rocco. — 307. Proyecto brasileño de 1927.

303. — Hemos dicho <sup>(19)</sup> que el proyecto suizo de 1916 responde en su redacción actual al criterio psicológico de inimputabilidad.

304. — El proyecto italiano de Ferri de 1921, desde que parte de la base de que todo hombre es responsable, carece de una teoría de la inimputabilidad. Sólo contiene casos de justificación del hecho, es decir, situaciones especiales que autorizan a justificar el hecho cometido por una persona.

El art. 19 del proyecto mencionado dice:

El hecho está justificado, a los efectos penales, cuando sea ejecutado:

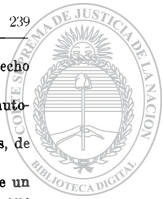
1° Por insuperable constreñimiento de parte de terceros, o en estado de sugestión patológica, o en plena buena fe determinada por invencible engaño.

Aquí lo anormal estaría solamente en ese estado de sugestión patológica, como podría ser por ejemplo el hipnotismo.

2° Por ignorancia de que el hecho está prohibido por la ley

---

(19) Tomo II, N° 574.



penal, derivada de fuerza mayor o por error substancial de derecho o de hecho, no proveniente de negligencia.

3° Por disposición de la ley o por orden obligatoria de la autoridad competente.

4° Por la necesidad de defenderse a sí mismo, o a terceros, de una violencia actual e injusta.

5° Por la necesidad de salvarse a sí mismo, o a terceros, de un peligro grave e inminente, que no sea evitable de otra manera, que no haya sido provocado por acción propia y que no se debiese afrontar por obligación profesional.

305. — El proyecto checoslovaco de 1926 dice en su art. 21: "No es punible quien en el momento del hecho, en razón de enfermedad mental, imbecilidad o alteración de la conciencia, no puede conocer la ilegalidad del acto o regular sus acciones de acuerdo con el conocimiento exacto que tiene de ellas".

Este texto tiene los mismos defectos que el nuestro, unos menos y otros más graves. Es siempre, esta orientación de la imputabilidad basada en un criterio psicológico, que provoca esas deficiencias.

306. — El proyecto italiano de Rocco de 1927 dice en su art. 84: "No es imputable quien en el momento en que cometió el hecho estaba, por enfermedad física o psíquica, en tal estado mental que excluía la capacidad de entender y de querer".

Es una redacción mucho más clara que la nuestra, pero contiene el criterio psicológico. Mide estos estados por la capacidad mental de entender y de querer. En el fondo, exige la enfermedad física o psíquica, que proviene del estado mental que origina esta incapacidad.

307. — El proyecto brasileño de 1927, redactado por Sa Pereira, dice en su art. 34: "Carecen de imputabilidad los alienados, idiotas e inconscientes".

Se limita a decir que no están comprendidos en esta especie de carencia de imputabilidad los semi-alienados. Estamos dentro del criterio biológico.



## V. — El estado peligroso

### SU CRITERIO

**Sumario:** 308. Carencia de toda teoría de inimputabilidad. — 309. Proyecto de estado peligroso.

308. — El criterio de la inimputabilidad sufre un verdadero ataque a fondo con la doctrina del estado peligroso, que elimina por completo de los códigos penales toda teoría de inimputabilidad.

Se puede afirmar que la teoría del estado peligroso carece en absoluto de todo criterio de inimputabilidad, ya que declara que *todo hombre es imputable* (aunque no todo hombre resulte *culpable*), comprendiendo a todo hombre capaz de ejercer una actividad antisocial, dentro o fuera del delito. Presupone, pues, el ejercicio de las sanciones defensivas de la sociedad en todos los casos en que se compruebe la existencia de un delito, aunque sea su autor un alienado, un inconsciente o un malviviente.

309. — Se nos podría objetar que lo que acabamos de expresar está contradicho por nuestra propia firma puesta al pie del proyecto de estado peligroso de 1926. No es así, sin embargo. Decimos en ese proyecto: “No son punibles los que obraren en el momento del hecho en estado de alienación mental”; es decir, pareciera que aplicásemos un criterio de inimputabilidad. Pero en la exposición de motivos hemos explicado que adoptamos ese temperamento porque, no habiendo sido llamados a reformar el Código sino a elaborar una nueva legislación en materia de peligrosidad del delincuente, no podíamos rehacer por completo la estructura general del Código, que sigue en el art. 34 un criterio de inimputabilidad.

No nos detendremos más respecto a la teoría del estado peligroso, porque fué materia de extensos desarrollos en el curso precedente <sup>(20)</sup>.

---

(20) Tomo II, N° 595 y sigts.



## CAPITULO X

### INIMPUTABILIDAD

(Continuación)

#### SUMARIO:

- I. Causas legales excluyentes de culpabilidad. — Violencia física y moral.
- II. Cumplimiento del deber. — Concepto.
- III. Legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo. — Concepto.
- IV. Obediencia debida. Concepto. Requisitos.

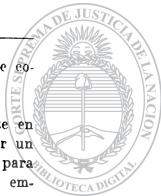
#### I. — Causas legales excluyentes de culpabilidad

##### VIOLENCIA FISICA Y MORAL

**Sumario:** 310. Disposición legal. — 311. La fuerza física en los delitos de acción y de omisión. — 312. Condición legal. — 313. Concepto de la fuerza moral. — 314. Caracteres. — 315. Conclusión.

**310.** — La primera de las causas legales excluyentes de culpabilidad que enumera nuestro Código Penal, es la violencia física y moral.

Dice el art. 34, inc. 2º que no es punible “el que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente”.



El Código contempla, pues, las dos clases de fuerzas que conoce el derecho: la física y la moral.

**311.** — Dificilmente una persona puede obrar activamente en un delito obligada por una fuerza física. No es fácil concebir un delito en que se tome la mano de una persona, por ejemplo, para hacerla cometer un hecho delictuoso. La fuerza física puede emplearse, y se emplea en general, en los delitos de omisión, más que en los delitos de acción.

Desde el punto de vista de los delitos de acción, sólo podríamos concebirla en casos excepcionales, presentados por la literatura y también por la realidad, como por ejemplo, que por venganza hacia un hombre determinado se tomara la mano de su hijo para hacerle dar una puñalada, casos que han sucedido y que tal vez sigan sucediendo en esas regiones, como Córcega, donde la venganza es una característica del medio social.

Pero es en la omisión donde más frecuentemente aparece esta fuerza física irresistible de que habla el Código: v. gr., evitar que un testigo pueda concurrir a declarar. Como la ley impone una pena al testigo que no concurra a deponer cuando su deber lo obliga, esa incomparecencia en el supuesto mencionado no sería pasible de ninguna pena, desde el momento que ha obrado sobre él una fuerza física.

**312.** — La condición única que la ley exige para que la fuerza física constituye una causal de inimputabilidad es que sea *irresistible*.

**313.** — Existe también la fuerza moral. Nuestro Código no habla de ella como lo hacía en su antigua redacción, sino que dice: el que obrare violentado por “amenazas de sufrir un mal grave e inminente”.

De modo que es la *amenaza* lo que constituye la característica legal en este sentido. La amenaza viene conformando esta exención de pena entre nosotros desde el proyecto Tejedor, en el cual debía reunir estas condiciones: 1º ser acompañada de un peligro de muerte actual e inevitable; 2º ser adecuada a la naturaleza del agente coaccionado (art. 100).



No era una causa de exención toda amenaza que pudiera obrar sobre un hombre; debía estar revestida de una calidad determinada. No puede ser igual la amenaza dirigida a un niño o a un hombre débil que la dirigida a un campeón de box. Es decir, debe ser proporcionada, adecuada, a la naturaleza del agente coaccionado.

Nuestro Código no dice una palabra al respecto. Se reduce a los términos que ya hemos recordado: amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

**314.** — De manera que los elementos que integran esta amenaza son:

a) *Inminencia.* No cabría entonces la exención de pena cuando la persona amenazada dijera que se la había amenazado de algo que iba a suceder en tal oportunidad, esto es, cuando la amenaza fuera lejana del hecho producido por la persona que pretende ampararse luego en esta exención de pena.

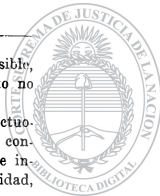
b) *Gravedad.* Esta gravedad está implicada por este concepto: la amenaza debe ser más poderosa que el mal que va a realizar el sujeto amenazado.

La amenaza puede revestir caracteres extremos, desde la muerte a la persona amenazada o a un miembro directo de su familia, que casi sería coincidente con la amenaza dirigida a él mismo; hasta la pérdida de un bien, del honor, etc.

c) *Que no sea evitable de otra manera.* Si la amenaza se puede evitar, no hay exención.

**315.** — El inc. 2º del art. 34 no es de frecuente aplicación. Más bien caracteriza a hechos de una naturaleza especial, que no llegan al tribunal. Se trata, sobre todo, de acontecimientos pequeños de la vida, como entregas de dinero, amenazas de revelación de secretos, etc., pero que casi nunca llegan al delito.

No es concebible, repetimos, que un hombre emplee fuerza irresistible para guiar la mano de otro hombre en la comisión de un delito. Si es para firmar un documento, casi sería imposible, porque o emplea sobre él una amenaza para obligarlo a firmar — en cuyo supuesto se trataría de fuerza moral — o le toma la mano sin conseguir absolutamente nada; si es para envenenar a una perso-



na haciendo traer el veneno por otra, es también casi imposible, porque el resultado que se propone el autor directo del delito no es que lo realice esta persona sino que muera esta otra.

En las amenazas, sí puede haber una serie de hechos delictuosos. Por ejemplo, no cometería adulterio la mujer que tuviera contacto carnal con un hombre por amenazas de un mal grave e inminente, si bien este hecho confinaría con el estado de necesidad, que examinaremos en seguida.

## II. — Cumplimiento del deber

### CONCEPTO

Sumario: 316. Disposición innecesaria.

**316.** — Otro eximente de pena está comprendido en el art. 34, inc. 4º: “El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”.

La primera parte es una disposición a simple vista completamente inútil. Los deberes a que alude el inciso deben ser legales y no morales. En tal supuesto, ¿qué es lo único que hay que comprobar una vez que se ha producido el hecho delictuoso? Que el agente ha obrado dentro de los términos claros de ese deber que se le impone. Si ha obrado dentro de esos términos, y ello se ha comprobado, no ha cometido ningún delito. Lo que es un deber impuesto por la ley no puede convertirse en un hecho reprimible.

## III. — Legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo

### CONCEPTO

Sumario: 317. Disposición innecesaria.

**317.** — La segunda parte del inciso es igualmente inútil. Una



vez probado que el agente ha obrado en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo, no hay delito. Será materia de prueba, pero la prueba no corresponde al Código Penal. Si en éste no figurara esta disposición, a nadie se le hubiera ocurrido castigar a quien ha obrado dentro del cumplimiento de sus deberes legales.

#### IV. — Obediencia debida

##### CONCEPTO

**Sumario:** 318. Definición de Pacheco. — 319. Proyecto italiano de 1921.

**318.** — El inc. 5º alude a la obediencia debida: “El que obra en virtud de obediencia debida”.

La redacción es deficiente, por su excesiva amplitud, ya que la obediencia debida alcanza a todo. Pacheco, que inspiró en parte la jurisprudencia española que se seguido mucho entre nosotros a este respecto, dice: “Obediencia debida es la que está fundada en las leyes, la que prestan los subordinados a sus superiores, los hijos a sus padres, los vecinos a su autoridad, los súbditos al gobierno”.

Esta definición aclara y precisa un poco el concepto, dando los elementos de la subordinación legal.

**319.** — El proyecto italiano de 1921 dice: “Por orden obligatoria de la autoridad competente”.

Ya no es toda obediencia debida ni toda orden la que debe cumplirse: en una orden obligatoria que debe provenir de autoridad competente. En este caso, están formados todos los elementos integrantes de la obediencia. El texto italiano es, a nuestro juicio, el que da su verdadera acepción a los términos *obediencia debida*.





## REQUISITOS

**Sumario:** 320. Enumeración: a) relación de subordinación; b) caracteres de legalidad de la orden; c) debe ser dada por autoridad competente; d) no debe ser manifestamente ilícita.

**320.** — Analizaremos los requisitos de la obediencia debida.

a) Existencia de una verdadera relación de subordinación o de función entre el que da la orden y el que la recibe y la cumple.

b) La orden debe revestir todos los caracteres de la legalidad.

Supongamos el caso de una orden en la que se manda poner en libertad a un preso que se encuentra en un penal. Es indudable que esa orden de libertad no puede ser dada verbalmente, ya que la sentencia penal se ajusta a un conjunto de formalidades que deben observarse en su comienzo, ejecución y cesación.

Hace poco tiempo se suscitó en Francia un caso interesante. Se había detenido en París a los miembros de *L' Action française*, entre los cuales estaba León Daudet; un día, el jefe de la prisión donde se hallaban, recibió la orden telefónica de ponerlos en libertad; el jefe pidió comunicación con el ministerio, donde le ratificaron la orden, y los puso en libertad.

Ese es un hecho que dentro de nuestra legislación sería pasible de pena, porque no basta para poner en libertad a un detenido una orden telefónica.

También se produjo en España un caso análogo. En un penal, se presentó una persona llevando una orden escrita para poner en libertad a un preso; el jefe de la prisión ordenó la libertad, sin fijarse que a esa orden le faltaban una serie de ratificaciones y formas especiales, que eran esenciales para su validez.

c) Debe ser dada por autoridad competente.

Si el jefe de policía da orden al guardián para poner en libertad a un detenido en el Departamento de Policía, el guardián la va a obedecer; pero si la orden es para que se ponga en libertad a un procesado que se encuentra en la Cárcel de Encausados, no será obedecida, porque el jefe de policía no es autoridad competente en este caso, como no lo sería ni siquiera el ministro de justicia,



pues las autoridades de la Cárcel de Encausados, bajo este aspecto, sólo obedecen a las órdenes judiciales. Más aun, el director de la Penitenciaría Nacional no debería dar cumplimiento a la orden de un juez que dispusiera la libertad a un preso, o de una Cámara que contuviera análogo mandato, cuando poseyera conocimiento oficial de que esa pena no había vencido y no se especificara en la orden que había mediado una reducción de pena.

d) No debe ser manifiestamente ilícita.

En el caso, por ejemplo, de un conscripto a quien su jefe le ordenara cometer un hecho delictuoso ajeno a sus funciones, no cabría la eximente de obediencia debida, porque la autoridad del oficial no llega hasta ese extremo. Sería distinto en ocasión de guerra, si imperara la ley marcial y, por consiguiente, estuvieran suspendidas las garantías individuales que existen en todos los países civilizados en los momentos de vida normal; si en tales circunstancias el jefe le ordenase al conscripto apoderarse de una cosa necesaria para la vida del ejército, ese conscripto no podría discutir o negarse a obedecer la orden impartida.

---



## CAPITULO XI

### INIMPUTABILIDAD

(Fin)

#### SUMARIO:

- I. **Estado de necesidad.** — Generalidades. Antecedentes históricos. Concepto. Requisitos. Conflicto de bienes. Fundamento jurídico.
- II. **Defensa legítima.** — Concepto. Fundamento jurídico. Requisitos. Defensa del domicilio. Defensa de la persona o derechos de otro. Exceso en la defensa. Legislación comparada.
- III. b) **Causas atributivas de culpabilidad.** — Dolo. Culpa. Error.

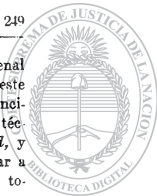
#### I. — Estado de necesidad

##### GENERALIDADES

**Sumario:** 321. Complejidad del problema. — 322. Caso famoso.

**321.** — En el examen de las causas legales excluyentes de culpabilidad, vamos a entrar al análisis de una cuestión ardua e importante: *el estado de necesidad*, legislado en el inc. 3º del art. 34, que dice: “El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”.

Esta disposición involucra, dentro de la clara apariencia de



sus términos, uno de los más graves problemas del derecho penal teórico y práctico. En la vieja literatura penal no se conocía este concepto del estado de necesidad, considerado sólo en forma incidental en Francia, España o Italia. El término aparece en la técnica de los criminalistas alemanes con el nombre de *Notstand*, y su traducción, *estado de necesidad*, por ser gráfica y representar a la institución de una manera casi perfecta, se ha impuesto en todas partes.

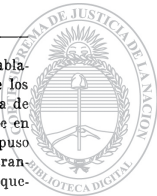
La materia es compleja, existiendo a su respecto una extensa bibliografía <sup>(1)</sup>.

**322.** — Transcribiremos un resumen que hace Moriaud, de uno de los casos reales más extraordinarios en que se ha aplicado la teoría del estado de necesidad incidentalmente por los tribunales. Es el naufragio, ocurrido en el año 1884, del yacht inglés *La Mignonnette*.

“Era en el verano de 1884. El yacht *La Mignonnette* había abandonado Southampton el 14 de Mayo, dirigiéndose a Australia, donde estaba fletado para una larga expedición. La tripulación se componía de cuatro hombres: Dudley, capitán, Stephens, piloto, Brookes, marinero, y el grumete Parker, de diez y siete a diez y ocho años de edad. El 5 de julio, a 1600 millas más o menos del cabo de Buena Esperanza, los sorprende una violenta tempestad. Apenas habían tenido tiempo de saltar en una chalupa, cuando el navío, desamparado, se hundía. Los cuatro hombres se encontraron solos, en plena mar, a varios centenares de leguas de la costa, sin tener agua para beber y sin otro alimento que algunas cajas de conservas, que el capitán había logrado salvar con peligro de su vida. Esas cajas contenían dos libras de legumbres. El cuarto día, encontraron una paloma. Con las conservas y la paloma pudieron vivir doce días. Los dos días siguientes, pudieron engañar su sed por medio de algunas gotas de agua de lluvia recogida en sus ropas. Después, absolutamente nada! El décimo octavo día, habiéndose tornado más atroces sus sufrimientos, los tres hombres deliberaron

---

(1) Moriaud, *Du délit nécessaire*, París, 1889; Sermet, *L'état de nécessité en matière criminelle*, París, 1903; Marchand, *De l'état de nécessité*, París, 1903; Jiménez de Asúa, tomo I de la traducción de Carrara y *El estado de necesidad en materia penal*. Buenos Aires, 1922.



sobre el partido a tomar si no sobrevenía ningún socorro, y hablaron de sacrificar a uno de ellos a fin de prolongar la vida de los otros: el grumete Parker, enfermo a causa de haber bebido agua de mar, permanecía inerte en el fondo de la canoa y no tomó parte en la deliberación. El décimo noveno día, el capitán Dudley propuso elegir la víctima a la suerte, pero Brookes se opuso a ello, declarando que, del mismo modo que él no se prestaba a ser muerto, no quería tampoco que otro lo fuese. Dudley y Stephens hicieron observar entonces que como ellos tenían mujer e hijos, era preferible sacrificar al muchacho, y Dudley decidió que al día siguiente se procediera a su ejecución, si ningún navío se avistaba. El grumete, casi sin conocimiento, no había oído nada. A la mañana del día siguiente, no habiéndose avistado ningún navío, el capitán hizo comprender por señas a los dos hombres que el momento había llegado. Brookes solo hizo un gesto de desaprobación, Stephens hizo señas de que aprobaba, pero no tenía coraje de ejecutar la muerte. Dudley entonces se acercó al muchacho, que permanecía casi inanimado, en un estado de extrema debilidad y, después de haberlo preparado con algunas palabras a la suerte que le esperaba e implorado para sí mismo el perdón de Dios, le hundi6 su cuchillo en la garganta. Luego, los tres hombres, se precipitaron sobre el cadáver, bebieron ávidamente la sangre que se escapaba de sus heridas. Brookes mismo, si no había tomado parte en el crimen, tomó al menos parte en el festín. Sólo en el vigésimo cuarto día — hasta ahí ellos se alimentaron de la carne del grumete, — un navío alemán los recogió en un estado de gran agotamiento. Desembarcados en Falmouth, fueron sometidos allí a un primer interrogatorio. El jury inglés, que se contentó con establecer, en un *special verdict*, el estado de los hechos, dejando a la Corte del banco de la Reina, la tarea de zanjar la cuestión de derecho, — ella condenó a los acusados a muerte, pena que la Reina conmutó por la de seis meses de prisión, — el jury, decimos, agregó a su exposición de hechos que el grumete Parker era demasiado débil para intentar resistirse, que él no había, por otra parte, consentido en ser muerto, que, según toda probabilidad, los tres hombres no habrían vivido hasta el día del salvataje si no se hubieran alimentado de su carne, y que él mismo hubiera muerto con ellos, que en el momento del acto, por



último, ninguna vela se avistaba, ni ningún medio de salvataje a disposición de los acusados”.

#### ANTECEDENTES HISTORICOS

**Sumario:** 323. Derecho romano. — 324. Derecho germánico. — 325. Derecho canónico. — 326. Edad Media. — 327. Época ulterior.

**323.** — En el derecho romano se admitía la impunidad en casos que eran verdaderos estados de necesidad, sea en razón de la ausencia de dolo, sea en razón de no ser ilícito el acto <sup>(2)</sup>. La regla reconocía solamente dos excepciones: en los supuestos de adulterio y venta de hijos, que no tenían justificación ni excusa <sup>(3)</sup>.

Sermet cita diversos textos romanos que admitían también la excusa de la necesidad cuando se trataba de salvaguardar un interés privado, como el derecho de propiedad por ejemplo: tales los textos relativos a la *vehazón*, tomados por los juristas de Roma de la famosa *De lege Rhodia de jactu*; los concernientes a la hipótesis de una casa amenazada de un incendio, etc.

**324.** — La impunidad para los casos de necesidad se hallaba consagrada asimismo en el derecho germánico, sobre la base de los principios siguientes: primero, la necesidad no tiene ley <sup>(4)</sup>; segundo, deber de recíproca asistencia.

Esos casos de necesidad se referían principalmente a las mujeres embarazadas, a los viajeros y a los pobres. Las mujeres encinta se hallaban autorizadas, en cierta medida, a satisfacer sus antojos mediante toda clase de actos. Análogos privilegios son acordados a los viajeros, nacionales o extranjeros. Las leyes bárbaras acordaban también amplias tolerancias a los pobres.

**325.** — El derecho canónico consagraba igualmente el principio de la impunidad. Ello sucedía en delitos puramente religiosos co-

<sup>(2)</sup> Vidal, N° 212 y sigts.

<sup>(3)</sup> Sermet, N° 56 y sigts.

<sup>(4)</sup> Este principio aparece reflejado en las máximas populares: *Noth hat kein Gebot y Jeder ist sich selbst der Nächste* (la caridad bien entendida empieza por casa).



metidos por necesidad, como la violación del reposo dominical, la violación del ayuno de Cuaresma y el mantenimiento de relaciones con un excomulgado; y en delitos reprobados por la religión y la moral, como el robo necesario.

**326.** — Los criminalistas de la Edad Media se ocuparon casi exclusivamente, en esta materia, del robo necesario, proclamando su impunidad, apoyándose en la teoría de la comunidad de bienes en caso de necesidad, en que el robo supone el *animus lucri faciendi* que falta en el supuesto analizado, y en el deber de caridad que impone al propietario la obligación de no dejar morir de hambre a su semejante.

La Carolina contempla expresamente el caso del robo necesario y declara su impunidad, según lo hemos visto ya (\*).

**327.** — La teoría de la impunidad del robo necesario es sostenida también por los criminalistas de los siglos XVII y XVIII, como Pufendorf, Muyart de Vouglans, Rousseaud de Lacombe y Jousse.

#### CONCEPTO

**Sumario:** 328. Moriaud. — 329. Von Liszt. — 330. Proyecto suizo. — 331. Proyecto Ferri. — 332. Proyecto Rocco.

**328.** — Moriaud, en una definición aceptada por Sermet, dice: “La necesidad es la calidad de lo que es necesario, es decir, de lo que debe ser para que algo sea o se haga. Hay estado de necesidad desde que se está en presencia de un estado de cosas en que la salvaguardia de un bien hace necesaria la comisión de un acto en sí mismo delictuoso”.

Es una definición confusa, ya que se define casi con sí misma.

**329.** — Von Liszt enuncia una definición, superior a la precedente, que acepta Jiménez de Asúa: “El estado de necesidad es un

---

(\*) Véase, tomo I, N° 295.



estado de peligro actual para intereses jurídicamente protegidos en el que no hay más salvación que el sacrificio de los intereses también protegidos pertenecientes a otro individuo”.

**330.** — El art. 35 del proyecto suizo de 1916: “Cuando un acto haya sido cometido para preservar de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera un bien perteneciente al autor del acto o a un tercero, especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el patrimonio, este acto no constituirá un delito si en las circunstancias en que ha sido cometido, el sacrificio del bien amenazado no pudiera ser razonablemente exigido del autor del hecho; en caso contrario, el juez atenuará libremente la pena”.

**331.** — El proyecto de Ferri de 1921 define así el estado de necesidad, hablando de los que no son responsables: “Por la necesidad de salvarse a sí o a terceros de un peligro grave e inminente que no sea evitable de otra manera, que no haya sido provocado por acción propia y que no se debiese afrontar por obligación profesional”.

**332.** — El proyecto Rocco, de 1927, en su art. 56, dice: “No es punible el que ha cometido el hecho por haber estado obligado por la necesidad a salvarse a sí o a terceros de un peligro eventual, de un grave daño a la persona, al que no haya dado causa voluntariamente y que no se pudiera evitar de otra manera; ello no se aplica al que tenga un particular deber jurídico de exponerse al peligro”.

Advertimos en los dos textos citados el detalle con que definen y precisan el estado de necesidad, al lado de la aparente parvedad de nuestro texto legal. En cambio, sucede lo contrario en materia de defensa legítima, como lo veremos oportunamente: nuestro Código la legisla con gran acopio de detalles, mientras que los proyectos extranjeros la reducen a dos o tres palabras simplemente enunciativas.





### REQUISITOS

**Sumario:** 333. Enumeración. — 334. Analogías y diferencias del estado de necesidad y de la defensa legítima.

**333.** — Los requisitos indispensables consiguientes al estado de necesidad, son:

- a) Que el acto sea inevitable. Es lo esencial.
- b) Que el mal a evitar no provenga del agente. Si el agente ha provocado esa situación de peligro no puede luego pretender salir de ella por el sacrificio de un bien ajeno.
- c) Que el agente no tenga obligación profesional de afrontar el peligro. Hay casos en que no se justifica de ninguna manera el abandono del lugar en que se está aún con peligro de la vida, porque la profesión misma, aunque el reglamento no lo diga, impone el deber de que un hombre sea el último en salvarse, v. gr. el capitán de un buque.
- d) Que el mal a evitar sea inminente. Tiene que ser necesariamente inminente, no puede ser postergable, no puede ser depender de otra situación futura.

Reunidos estos cuatro requisitos existe el estado de necesidad, que no es simple teoría sino institución de vida real que se realiza en un número de casos y de ejemplos susceptible de elevarse al infinito.

**334.** — El estado de necesidad y la legítima defensa tienen caracteres comunes. La razón es sencilla: la defensa legítima es un caso de estado de necesidad; éste es el género, aquella la especie. En cuanto a los elementos diferenciales, son los siguientes:

- a) En el estado de necesidad, la víctima eventual, aquella contra la cual va dirigida la agresión, no constituye el peligro. En la defensa legítima el peligro está constituido por la víctima eventual del delito.
- b) En el estado de necesidad el peligro viene de un tercero o de un caso fortuito. En la defensa legítima el peligro viene de la misma víctima.
- c) Prins señala otro elemento diferencial. Dice que la legítima



ma defensa supone un ataque injusto; el estado de necesidad, en cambio, existe aunque no haya ataque: en el caso de la *Mignonnette* por ejemplo, no había ataque sino una situación de peligro proveniente de un caso fortuito.

#### CONFLICTO DE BIENES

**Sumario:** 335. Su existencia. — 336. Bienes o derechos de valor desigual. — 337. Bienes o derechos de valor igual. — 338. Ejemplos.

**335.** — En general podríamos afirmar que el estado de necesidad existe cuando hay un conflicto entre dos bienes o dos derechos. Sin la idea de conflicto no existe la idea de estado de necesidad.

**336.** — Los bienes o derechos en conflicto pueden ser de valor igual o desigual.

Si los bienes o derechos son de valor desigual, la situación es más fácil, porque uno será superior al otro. La desigualdad puede existir entre el bien que se defiende y el bien que se ataca, o a la inversa. Pero la única hipótesis que el estado de necesidad considera es cuando se salva un bien mayor mediante el sacrificio de un bien menor.

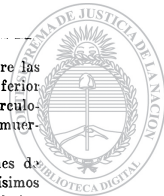
**337.** — Si son de valor igual, la solución es más difícil, porque entran una serie de factores complejos. En el caso la *Mignonnette* existían varios hombres que salvaban su vida mediante la muerte de uno solo. Pero en el supuesto de bienes o derechos cuantitativamente iguales, como en el de una tabla y de dos náufragos que pretenden salvarse, ¿hay o no estado de necesidad?

**338.** — Enumeraremos una serie de ejemplos referentes a ambas categorías de conflictos.

##### *Derechos o bienes iguales.*

a) Dos o más náufragos en una lancha (el número de los hombres no aumenta la igualdad o desigualdad de los derechos).

b) Dos operarios en un andamio que sólo puede soportar a uno, en cuyo caso un operario resuelve arrojar al otro en vista de que los dos pueden morir;



c) La famosa operación realizada hace muchos años entre las hermanas siamesas Raadica y Doodica, unidas por la parte inferior del cuerpo, debido a que una de ellas estaba atacada de tuberculosis y sabiéndose que forzosamente la separación ocasionaría la muerte de una de ellas, como ocurrió efectivamente con Raadica.

d) En un incendio pueden producirse ciertas situaciones de estado de necesidad aparente. Sucedió en París, hace muchísimos años, un incendio en un bazar de caridad, organizado en un galpón; la gente, poseída del pánico que sobreviene en los incendios, atropelló la puerta, pero la puerta se abría para adentro, de manera que la muchedumbre quedó encerrada; y allí, donde estaba la mayor parte de la nobleza de Francia, el mayor número de víctimas fueron mujeres. Si se hubiera comprobado algún caso en que un hombre fuese autor de lesiones, indudablemente se hubiera hablado de estado de necesidad.

Hace pocos días, Septiembre de 1928, se produjo un gran incendio en el popular teatro "Novedades", de Madrid, que ocasionó un gran número de víctimas; las crónicas telegráficas han referido casos de personas que presentaban heridas de cuchillo, ocasionadas sin duda por los que, enloquecidos de terror, pretendían salvarse a costa de todo.

e) El caso típico, nos lo suministra la operación cesárea, cuando en ocasión de un parto imposible es necesario matar a la criatura para salvar la vida de la madre. Existe un conflicto entre dos bienes iguales: la vida de dos seres humanos, el uno que ha realizado una parte de su camino en el mundo y el otro que está por realizarlo si nace con vida. Es un caso de estado de necesidad que ha considerado el derecho desde los primeros tiempos.

f) Nuestro Código Penal nos suministra un verdadero ejemplo de estado de necesidad, en el art. 86, segunda parte: "El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".



Ahí tenemos un caso extremo también de estado de necesidad; en el inc. 2º, la ley autoriza a producir el aborto, aunque no haya peligro en la salud de la madre, cuando el embarazo se ha hecho por medio de violación o atentado al pudor cometido sobre mujer idiota o demente. Ya entran en juego otra clase de elementos, no solamente la vida, sino el concepto social, la situación especial que crea una violación cometida en esas circunstancias, etc. En Francia, durante los primeros años de guerra, se discutió muchísimo el caso de las mujeres que resultaban embarazadas por haber tenido contacto carnal con soldados alemanes; y hasta llegó a discutirse en serio, en la prensa y por algunos autores, la idea de matar al hijo nacido de esa unión. Como vemos, aquí ya entran en juego otros elementos, unos de carácter moral, otros de carácter patriótico.

Es indudable que la mujer que hubiera sido víctima de una violación por un soldado enemigo en momentos de guerra, podría experimentar la repugnancia de llevar en su seno a un hijo de ese enemigo de su patria en un momento dado; pero lo que es discutible es el derecho de matar al fruto de esa unión, derecho en cuyo fondo hay una especie de monstruosidad; por eso posiblemente ya nadie se acuerda en Francia de estas cosas.

g) Otro ejemplo de estado de necesidad es el abandono de hijos efectuado por la madre en la miseria. El abandono es un delito reprimido por la ley penal; pero el abandono de los hijos por la madre en un caso de miseria completa, para que el destino haga de ellos lo que deban ser, no sería punible.

*Derechos o bienes desiguales.*

a) El robo de alimentos en caso de necesidad. Ya hemos referido el caso de Louise Ménard, (\*) que hurtó unos panes para dar de comer a su familia; el tribunal de Amiens declaró que no había estado de necesidad, no se atrevió a llegar a ese punto, y el juez Magnaud tampoco invocó propiamente el estado de necesidad, sino que movieron su fallo absolutorio argumentos de carácter sentimental; pero la corte de Amiens estableció que no había habido doio criminal en Louise Ménard.

El principio es viejo; ya la Carolina, redactada en Alemania

---

(\*) Supra, N° 265.



alrededor de 1525, por Schwartzenberg, consideraba especialmente el caso de *stehlen in rechter Hungersnot*, robar en estado de verdadera necesidad por hambre, estableciendo la impunidad.

b) El robo de ropas en circunstancias de extremo frío, o el robo de madera en igual circunstancia, que sucede con frecuencia en las regiones frías de Europa, donde está prohibido cortar madera en los bosques en ciertas condiciones. Cuando en caso de necesidad, de frío, se roba la madera, existen dos derechos desiguales en pugna: el mayor es el de la vida, el menor es el de la propiedad.

c) Un caso especial que fué juzgado por los tribunales suizos en el año 1871, es el siguiente. Un turista que recorría ciertas regiones de Suiza, fué encerrado por una gran nevada, en un chalet, alimentándose durante un tiempo largo de las provisiones que tenía el dueño del chalet; cuando se produjo el deshielo, apareció el dueño del chalet, que querelló al turista por haberle robado las provisiones. El turista, sin embargo, se encontraba en la necesidad de defender su vida al apoderarse de esas provisiones. El tribunal, felizmente, resolvió que la única persona que había obrado mal era el dueño del chalet al entablar la querella.

d) La demolición de una pared, sea para tratar de que un incendio derive para cierto lado, sea para evitar determinadas consecuencias perjudiciales.

e) Arrojar al mar el cargamento de un buque;

f) Dar medicamentos a un enfermo no habiendo médico: sabemos que está prohibido el ejercicio ilegal de la medicina, pero en el supuesto de estado de necesidad que referimos, no existiría tal ejercicio ilegal.

g) Un cajero de banco que entrega el dinero que está contando al asaltante que amenaza matarlo: hay un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a los pesos que pueda llevarse el asaltante.



## FUNDAMENTO JURIDICO

**Sumario:** 339. Teorías diversas. Clasificación de Sermet. — 340. Violencia moral. — 314. Conflicto de bienes. — 342. Inutilidad de la represión. — 343. Ausencia de temibilidad.

**339.** — Existen varias teorías acerca del fundamento jurídico de esta institución. Sermet divide las doce teorías que enumera, y que repiten todos los autores, en tres categorías:

- a) de orden subjetivo, (estado de violencia moral del autor del delito);
- b) inutilidad práctica de toda represión;
- c) de orden objetivo (teorías fundadas en el carácter lícito o indiferente del delito).

Vamos a enumerar las principales teorías justificativas (\*).

**340.** — *Violencia moral.* — La primera, por la trascendencia que ha tenido en la jurisprudencia francesa, es la que podríamos llamar de la violencia moral (*contrainte morale*).

Esta *contrainte morale* es, según Garraud, la opresión de la voluntad por el temor de un mal inminente. Es la doctrina que sustenta el Código Penal francés.

Se basa en el principio de que cuando un hombre realiza un hecho en estado de necesidad, es indiscutible que su voluntad no es libre, que está obligado a realizar ese hecho, que no obra de manera normal porque pesan sobre él causas que disminuyen el poder electivo de su libertad.

La teoría es científicamente infundada. No se aplica a infinidad de casos. ¿Cuál es la violencia moral en que se encuentra el jefe de un destacamento de bomberos que ordena echar abajo una casa para salvar a una manzana entera de la propagación del fuego? No la hay; ese jefe de bomberos ha obrado tranquilamente, ha analizado fríamente las consecuencias de ese incendio basado en la dirección y en la fuerza del viento. ¿Cuál es la violencia moral que existe en

(\*) Véase el interesante estudio de Ubaldo Pergola, *Lo stato di necessità nella storia e nella legislazione comparata*, en *Rivista Penale*, 1909, pág. 129 y siguientes.



quien decide romper una compuerta en un campo para provocar una inundación que salve de un incendio de bosques?

**341. — *Conflicto de bienes.*** En el estado de necesidad, dice esta doctrina, hay un conflicto de bienes, en que es indispensable sacrificar uno para salvar otro.

Es indiscutible que esa es la situación del estado de necesidad, tan es así que lo hemos definido como un conflicto de bienes; la teoría, pues, no hace más que llevarnos a la realidad. Pero es que el conflicto de bienes existe claramente establecido en ciertos casos, y en otros no. Ya hemos dicho que cuando los bienes son realmente iguales hasta en su número, el asunto puede ser difícil; cuando son desiguales, no hay dificultad, porque prima el mayor.

La aplicación del principio se torna confusa, por la distinta apreciación de que el mismo es susceptible en el caso de dos naufragos en un barco; los bienes son exactamente iguales, pues la muerte del uno es la salvación del otro.

Hay autores que han llevado más lejos el principio de la estrictez para medir el estado de necesidad, admitiéndolo, aún en el caso de dos naufragos aferrados a una tabla de salvación que no puede soportar más que a uno, o en el caso de dos naufragos frente a un salvavidas. Sin embargo, no es de esta manera que han querido considerar la cuestión los autores de la doctrina sobre el conflicto de bienes.

**342. — *Inutilidad de la represión.*** Se basa en un hecho indiscutible: la ley, presumiblemente, obra como amenaza sobre la mayor parte de los hombres; pero en el caso que contemplamos, cualquiera que sea la pena que la ley aplique al hombre que en trance de morir mata a otro para salvarse, es indudable que esa pena no va a estar presente en la mente de ese hombre en el momento del peligro, por lo cual toda represión resultará prácticamente inútil. Ante la necesidad de salvar la vida, la ley no existe.

Esto es exactísimo; es posiblemente uno de los fundamentos más sólidos que tiene la teoría del estado de necesidad.

**343. — *Ausencia de temibilidad.*** — Finalmente, la teoría de la escuela positiva italiana, que afirma que el fundamento de la represión en el estado de necesidad reside en que el hombre que comete el delito carece en absoluto de temibilidad.



También es exactísimo este fundamento. La sociedad no tiene interés en reprimir a un hombre que ha delinquido en circunstancias excepcionales que no revelan en modo alguno tendencias antisociales peligrosas.

## II. — Defensa legítima

### CONCEPTO

**Sumario:** 344. Antecedentes. — 345. Estado de hecho. — 346. Análisis del art. 34, inc. 6º del Código Penal. Defensa de los derechos. — 347. Código de Tejedor. — 348. Proyecto Ferri. — 349. Proyecto Rocco. — 350. Proyecto suizo. — 351. Proyecto alemán. — 352. Nuestra opinión. — 353. Conclusión.

**344.** — El estado de defensa legítima se encuentra íntimamente vinculado al estado de necesidad. Nuestro Código lo legisla con lujo de detalles, según lo hemos señalado ya, enumerando minuciosamente todos los requisitos que debe reunir el hecho para que no sea punible. Difiere en esto de la mayor parte de los códigos de Europa; ha tomado como modelo el código español, que viene inspirando desde antiguo la letra de nuestro código y las decisiones de nuestros tribunales.

**345.** — El estado de defensa legítima es más bien un estado de hecho que de derecho; no es posible dar reglas exactas para su apreciación. El Código puede decir, de manera enunciativa, cuáles son los elementos integrantes del delito de estafa, por ejemplo, porque a pesar de la inmensa variedad de hechos que la estafa puede comprender, hay en todos ellos un elemento común predominante, que es el ardid o la maquinación; pero no sucede lo mismo en el estado de defensa legítima, que envuelve cuestiones de apreciación personal susceptibles de originar frecuentes diferencias de opinión entre los magistrados.

En efecto, no todos los hombres reaccionan de la misma manera ante un mismo hecho. Hasta el miedo tiene dos formas distintas de exteriorizarse: en unas personas se manifiesta por una especie de





parálisis total de los movimientos, y en otras, contrariamente, por una velocidad extraordinaria. Esas reacciones fisiológicas repercuten en lo psicológico; hay hombres que en una situación de peligro, vencen el miedo, lo dominan más pronto que otros; hay hombres que tienen la energía o la serenidad necesaria para esperar el desarrollo de un ataque, como lo pinta Güiraldes en la escena inicial de "Don Segundo Sombra", y en cambio otros son más rápidos, temen más, ven de otra manera. Todo lo cual dificulta extremadamente la solución de los casos de jurisprudencia.

**346.** — Nuestro Código Penal, en su art. 34, inc. 6º comienza diciendo que no es punible: "El que obrare en defensa propia o de sus derechos..."

Las dificultades de nuestro texto comienzan con estas palabras que acabamos de transcribir: *en defensa propia o de sus derechos*. Códigos europeos nos hablan solamente de la defensa propia de la persona, de un tercero o de un pariente. ¿Cuáles son los *derechos* que nuestro Código ampara?

**347.** — El Código de Tejedor decía en su art. 156 que daba derecho de defensa legítima:

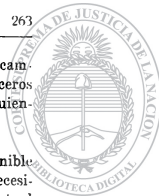
1º Contra todos los ataques dirigidos a la persona misma de la parte atacada, cuando sean de naturaleza capaz de poner en peligro la vida, la libertad o el pudor.

2º Contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto, resista con armas, o huya con el robo en actitud amenazante, sin obedecer las intimaciones del robado o del agente público, y sin podersele aprehender de otro modo.

3º Contra los actos de violencia que tengan por objeto el deterioro, o la destrucción de la propiedad mueble o inmueble, y que amenacen la vida del dueño presente.

4º Contra los que tienen penetrar por la fuerza, por efracción o de cualquier otro modo ilícito, en las propiedades raíces de otro, con peligro de la vida de sus habitantes.

De modo que para Tejedor hay estado de legítima defensa cuando se pone en peligro la vida, la libertad o el pudor, cuando una persona defiende de actos de violencia que deterioren la propiedad y representen un peligro de vida para la persona.



**348.** — El proyecto italiano de 1921 limita el concepto, en cambio. Dice: “Por la necesidad de defenderse a sí mismo o a terceros de una violencia actual e injusta”. No se comprende, por consiguiente, la defensa de los derechos.

**349.** — El proyecto Rocco, en su art. 54 dice: “No es punible el que ha cometido el hecho por haber estado obligado por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una ofensa grave e injusta”. Si bien habla de defensa de un *derecho* propio o ajeno, los demás elementos permiten creer que se ha tenido solamente en cuenta la defensa de las *personas* contra el peligro actual de una ofensa grave e injusta.

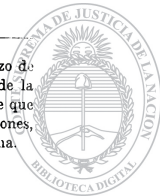
**350.** — El proyecto suizo de 1916 dice en su art. 34: “El que es atacado sin derecho o amenazado sin derecho de un ataque inminente, tiene el derecho de rechazar el ataque por medios proporcionados a las circunstancias; el mismo derecho pertenece a los terceros”.

**351.** — El proyecto alemán de 1909 establece en su párrafo 66: “Legítima defensa es aquella defensa necesaria para evitar un ataque actual o ilegítimo dirigido contra sí mismo o contra otro”.

**352.** — A nuestro juicio, a pesar de la larga tradición argentina en materia de jurisprudencia, el Código defiende también los derechos. En el concepto de legítima defensa, puede comprenderse la defensa contra un ataque al pudor o la defensa del patrimonio mismo. Esto último sucedería en el ejemplo clásico de un hombre que tuviese toda su fortuna (alhajas, dinero, documentos, etc.) en un cofre de hierro, y un día viera salir de su casa a un hombre huyendo con el cofre: no tendría otro medio de detenerlo sino matándolo, para salvar algo que tal vez tiene para él más valor que la propia vida.

**353.** — Dejando este caso, que es de apreciación doctrinaria y legal, diremos que muchos tribunales del mundo sostienen la tesis — casi uniforme en la jurisprudencia española y en la nuestra — de que el Código únicamente ampara el derecho a la vida, a la integridad corporal.

Sin embargo, otros autores sostienen lo contrario, y textos lega-



les tan ampliamente fundados y discutidos como el proyecto suizo de 1916 acepta en su art. 35, en toda su amplitud, el principio de la defensa de muchos derechos esenciales al individuo. Es indudable que el pudor, el honor, la libertad, el patrimonio en ciertas condiciones, son derechos tan importantes para el hombre como su vida misma.

#### FUNDAMENTO JURIDICO

**Sumario:** 354. Imposibilidad de ayuda social.

**354.** — Muchos son los fundamentos jurídicos que se han querido dar al estado de legítima defensa. Los autores, como siempre, con sus casuismos, han ido a buscar allá lejos, en el análisis de cuestiones de derecho como las relativas al estado de necesidad, el fundamento de la no represión.

En el fondo, tal vez no haya más que un fundamento, evidente, indiscutible: un hombre mata a otro defendiéndose de una agresión cuando nadie puede ayudarlo en la defensa, es decir, cuando existe la imposibilidad absoluta de que la sociedad lo defienda.

Si ese hombre se encontrara al lado de un agente del orden público, al lado de uno de los funcionarios que la sociedad tiene para defender a los demás ciudadanos, no habría legítima defensa, sino a condición de que el ataque pusiera también en peligro la existencia de esa persona encargada de la defensa de los demás, en cuyo supuesto volveríamos al caso de imposibilidad de defensa por parte de la sociedad.

#### REQUISITOS

**Sumario:** 355. Enumeración.

**355.** — Las condiciones que exige nuestro Código para que haya defensa legítima están enumeradas en el inc. 6º del art. 34:

“El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;



- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.”

Analizaremos separadamente estos requisitos.

#### a) Agresión ilegítima

**Sumario:** 356. Concepto. — 357. Caracteres. — 358. Requisitos. — 359. Jurisprudencia española. — 360. Jurisprudencia nacional.

**356.** — Las palabras *agresión ilegítima* plantean, de entrada, la idea de que pueda existir una agresión legítima. En el antiguo Código había varias causas de agresión legítima: así, estaban exentos de pena el cónyuge que sorprendía al otro cónyuge en ilegítimo concubito y lo hería o lo mataba o mataba la persona que estaba yaciendo con él; el hermano o el padre que encontraban yaciendo a su hija o hermana menor de quince años y herían o mataban a la persona que se encontraba con ella; la mujer que hería o mataba en defensa de su honor. Aunque la ley no lo dijera, podemos afirmar por vía de deducción que en esos casos existía una especie de *agresión legítima*.

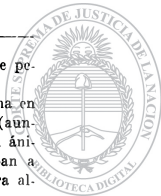
Hoy todo eso ha desaparecido. ¿Qué es lo ilegítimo, en consecuencia entre nosotros?

Un acto ejercido sin derecho. Pacheco, comentando el Código español, nos da análogo concepto: “La agresión es ilegítima cuando no está autorizada por ninguna ley ni por ningún derecho”.

**357.** — La agresión ilegítima debe revestir ciertos caracteres, que podemos extraer de la doctrina y de la jurisprudencia.

a) Debe ser un acto de fuerza *inesperado* e *injusto*. Los dos adjetivos son esenciales. Si el hecho era esperado, se han debido tomar las precauciones necesarias; injusto equivale en este caso a ilegítimo.

b) Debe contener un *peligro* para la integridad corporal de



la persona acometida, no bastando la simple suposición de ese peligro (\*).

De acuerdo con estos elementos no habría agresión ilegítima en el caso de palabras, por ofensivas que fueran, de amenazas (aunque fueran de muerte), o de insultos, por más que llevasen al ánimo de la persona la convicción de que esas amenazas se iban a ejecutar en un plazo más o menos distante. Más todavía, para algunos casos de jurisprudencia española, la amenaza con un arma, sin acometer con ella, no constituye agresión ilegítima.

**358.** — Los requisitos de la agresión para que haya legítima defensa son:

a) La agresión ilegítima debe preceder inmediatamente a la reacción de la persona que se defiende. No debe existir solución de continuidad entre el acto de la agresión y el acto de la reacción.

b) La agresión debe consistir en un acto formal que haga pensar racionalmente al que se defiende que su integridad personal corre peligro.

**359.** — Un fallo de la jurisprudencia española del año 1892 dice: “Para que los actos violentos ejecutados en defensa propia por una persona contra su agresor eximan de responsabilidad penal, no es absolutamente necesario que la agresión material del segundo haya realmente comenzado, sino que basta que éste adopte una actitud notoria y conocidamente agresiva, precursora de inminente agresión efectiva”.

Otra sentencia de 1895 dice: “Para la exención de responsabilidad por defensa, es condición primordial indispensable que exista una agresión ilegítima determinada por un acontecimiento real o cuando menos significada por ademán o acto manifiestamente inductivo del hostil y dañado propósito del supuesto agresor, cuya circunstancia no la constituye ciertamente el solo hecho de presentarse el interfecto con una pistola en la mano, por muy agresivo

---

(\*) No es necesario que el individuo atacado se encuentre en peligro de muerte para que exista de su parte legítima defensa. Basta que corra un peligro grave o que se encuentre amenazado de recibir heridas peligrosas o de sufrir alguna mutilación, para que pueda recurrir legítimamente a los medios extremos de defensa (*Pandectes Françaises*, t. 37, pág. 575; Garraud, I, N° 300).



y provocador que fuese de ordinario su carácter y por más que hubiese tenido anteriormente cuestiones con el matador”.

Otro fallo del año 1896 dice: “La actitud de acometer justifica la defensa, porque basta para ello que la agresión haya comenzado a efectuarse en la esfera ostensible de la realidad, demostrada por los hechos, frases y actitudes del agresor, para que desde luego, el agredido que no la ha provocado, pueda no sólo rechazarla sino impedirle por alcanzar este límite el derecho de la propia defensa, mencionada por el Código en conformidad del derecho natural de donde emana”. Esto es categórico.

Veamos otro fallo del año 1901: “Cesa el estado jurídico de propia defensa por haber desaparecido la agresión cuando el procesado, herido en el brazo por su contrario, es separado de éste por un tercero, y en la huida del que fué su contendiente, le persigue y da muerte”.

Es indudable que el hombre que se aleja huyendo, aunque sea con el propósito de volver en cualquier momento, no constituye ya un peligro inminente, como exige la ley. Si aceptáramos ese principio, toda persona que realice un acto de agresión podría ser muerta impunemente aunque suspendiera el acto o aunque huyera. El temor del agredido de ser nuevamente atacado no basta para que exista el requisito que la ley exige.

**360.** — Este caso de la huida ha sido resuelto también hace poco entre nosotros (\*). En el bajo de Belgrano, un hombre ataca a otro con un cuchillo, según confesión del matador, con el cual había tenido antes cuestiones personales; el autor da un paso hacia atrás y saca el revólver; al sacar el revólver, el otro hace ademán de volver a atacarlo; entonces aquél, dispara un tiro y lo hiere en el pecho; se aleja el agresor, y entonces, por temor, le hace otro disparo y lo mata, cuando ya está a veinte metros de distancia. El juez consideró que había habido exceso en la defensa; la Cámara no aceptó este criterio en Septiembre 13 de 1927 y lo condenó por homicidio simple a ocho años, haciendo un estudio detenido sobre este elemento del temor que invocaba el agredido. Decía la Cámara:

---

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 73, pág. 365.



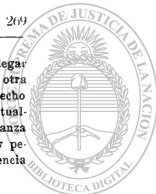
“Que la sentencia apelada acepta que ambos disparos constituyen dos factos no independientes de un mismo hecho, pues, no media entre ambas un tiempo apreciable de separación, por cuya circunstancia califica el homicidio como exceso en la defensa, de acuerdo con el texto del art. 35 del Cód. Penal.

“Que el art. 35 citado ha sido tomado literalmente del art. 50 del Cód. Penal italiano, por cuya razón son aplicables al caso las opiniones de los traductistas de esa nacionalidad en sus respectivos comentarios. El procesado, en su confesión, invoca como causa del hecho, el temor que sintió pensando que quien hufa y estaba de espaldas a 20 metros de distancia, podía volver a agredirlo. Carrara, que en el párrafo 1331, de su “Programma”, estudia, los tres factores que pueden intervenir en el exceso, el temor, la ira y el miedo o espanto, dice que el primero representa la aprensión razonada de un peligro que permite a la mente observar y calcular las condiciones de un hecho. En el párrafo 1340 agrega que si la sensación del peligro en que se encontraba el que se defendía le era conocida, no obró por temor sino por venganza y por ira, cuando mató a la víctima, es decir que no obró con exceso en la defensa sino que cometió el homicidio “por provocación” del art. 51 del Código Penal italiano, que no es nuestro art. 81, inciso a), opinión que amplía e ilustra abundantemente en los párrafos 1342 y siguientes.

“Que apreciando la única circunstancia excusable que invoca el procesado, el temor, su existencia, no puede ser lógica ni naturalmente aceptada. Según su confesión indivisible, ante la amenaza de que lo atacara quien, teniéndolo tomado del saco, lo soltó y dió dos pasos atrás, él le efectuó un disparo hiriéndolo. La víctima no lo atacó nuevamente, sino que huyó, corriendo despacio hasta alejarse 20 metros. En ese momento, yendo de espaldas el prófugo herido al procesado, éste, que ha esperado el tiempo necesario para ver alejarse tanto trecho a quien llevaba como única arma un cuchillo lo hiere de nuevo por la espalda “de temor de que se le volviera a agredirlo”.

“Que el temor podrá haber existido en su mente, pero, él no excusa racionalmente el hecho, porque no puede haber inspirado el segundo disparo en condiciones que lo hacían del todo inútil como acto defensivo de una agresión que había dejado de existir por completo. Así lo afirma Crivellari, entre otros, en “Il Codice Penale per il Regno d'Italia”, tomo 3º, pág. 509, cuando dice que “quien hiere al adversario después de haberlo desarmado o puesto fuera de la posibilidad de perjudicar o que lo matase cuando ya se había dado a la fuga sin que nada le hiciese prever el retorno”, no realiza verdaderos y propios actos de defensa sino que efectúa una verdadera y propia agresión de la que debe responder ante la justicia.

“Que, en consecuencia, las condiciones en que colocan al procesado los términos literales de su confesión, constituyen un caso de homicidio simple, cometido cuando todo peligro real o presunto había cesado para él. Suponer que el autor de una agresión inicial que se limita a amenazar con un cuchillo y a huir tan pronto como se siente herido, está expuesto legalmente en todos los momentos de su fuga, hasta cuando se encuentra de espaldas, a 20 metros de distancia en la imposibilidad física y material de reanudar la agresión con esa arma, a ser muerto por el agredido dentro del estado subjetivo de exceso en la defensa.



es autorizar el principio inaceptable de que el temor del homicida puede llegar a basarse en la idea de un ataque que se le llevaría otro día, en cualquier otra ocasión, lo que es de todo punto contrario a las normas generales de derecho penal. Por más que exista un temor en un hombre que no está amenazado actualmente, ni siquiera en forma presuntiva, ese simple estado subjetivo no alcanza a crear la situación de exceso en la defensa, porque de otra manera la ley penal sancionaría el derecho de todo agredido de matar al agresor en la ausencia misma de todo peligro.

Otro caso de jurisprudencia nacional nos revela cómo es de amplio y elástico este concepto de la agresión ilegítima. Una persona tenía cuestiones con un boxeador profesional; el boxeador ya lo había atacado una vez y lo había desmayado de un golpe; lo encuentra de nuevo, y se dirige a él en actitud amenazante; el amenazado saca su revólver, le hace un disparo y lo mata. El juez lo condenó a ocho años, por homicidio simple, diciendo que la agresión no era tal, por tratarse de una agresión sin armas, solamente con los puños; la Cámara lo absolvió en Noviembre 27 de 1927, sosteniendo que había habido defensa legítima <sup>(10)</sup>. Aunque no intervinimos en ese fallo, estamos de acuerdo con la teoría general que sustenta.

Esto demuestra cómo el concepto de la agresión ilegítima varía totalmente, pudiendo ir desde la simple amenaza hecha a la distancia por un hombre con sus puños, a la misma amenaza con un arma, como hemos visto en uno de los fallos de la jurisprudencia española.

**b) Racionalidad del medio empleado para impedirla o repelerla**

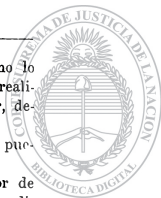
**Sumario:** 361. Concepto. — 362. Requisito esencial. — 363. Jurisprudencia. — 364. Conclusión.

**361.** — En el fondo, esta proporcionalidad, esta necesidad racional del medio empleado, entraña puramente una cuestión de hecho, la ley no exige una igualdad de armas, ni podría exigirla de ninguna manera. El hombre que sufre una agresión inesperada e injusta se defiende con las armas que tiene.

---

<sup>(10)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 73, pág. 329.





**362.** — La ley exige un requisito esencial, que aunque no lo contuviera el texto legal estaría dado por la doctrina y la realidad de los hechos: a la necesidad debe ser racional, es decir, depender del momento y de la persona.

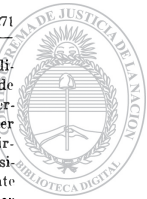
Esto plantea una vieja cuestión: ¿la persona agredida, si puede huir, debe hacerlo?

Una sentencia española típica — que Quirós, comentador de aquel código, llamara, en una frase clásica, *sentencia hidalga* — dice que no hay derecho a exigir de ningún hombre la huida ante la agresión injusta, porque no debe ponerlo en condición de sacrificar su honor. La huida será propia del cobarde o de quien quiera practicarla, pero no debe ser nunca obligatoria.

La necesidad racional del medio empleado no cabe tampoco una vez que el hombre ha sido desarmado. A cada momento se producen casos, en que el agredido, enfurecido por el ataque de que ha sido víctima, hiere o mata al agresor que ha sido desarmado. Ahí obran otros sentimientos, como el de la venganza, pero ya no se está en situación de legítima defensa, porque no existe la necesidad racional del medio empleado.

**363.** — Hace tiempo se produjo en Buenos Aires un caso especial que fué considerado como de legítima defensa. Un hombre iba por la calle con dos personas, y tiene un altercado con un individuo que pasaba por la acera de enfrente; éste lo injuria y se dirige hacia él con un objeto en la mano; la calle estaba oscura y el otro hombre no alcanzaba a distinguir qué era ese objeto, creyendo que era una daga; el agredido era un pacífico vecino que volvía a su casa, y ante la actitud del otro, creyendo que lo atacaba con una daga, toma de la calle un adoquín y se lo arroja; lo hiere, y a causa de las heridas, muere a los pocos días.

El caso se planteó. No había aparentemente legítima defensa, no había racionalidad del medio empleado, puesto que el agresor atacaba solamente con una vaina vacía, según se comprobó después. El juez lo condenó por no ser racional el medio empleado. La Cámara, por unanimidad de votos, absolvió diciendo que había racionalidad del medio empleado, ya que resultaba un poco cómico exigirle a un hombre, de noche, en un lugar donde no hay autoridad, que analizara cuidadosamente el objeto que su agresor esgrimía.



**364.** — Por eso es difícil establecer con precisión estas condiciones. Es muy cómodo estudiarlas planteándolas en abstracto, de manera objetiva; pero basta ponerse ante la realidad para advertir la enorme dificultad que significa precisarlas. Fácil es prever que los estados de espíritu de un hombre no son iguales ante circunstancias diferentes; todos los hombres son distintos en ciertas situaciones especiales de ánimo; son de un valor delante de la gente y cuando no hay gente son de otra clase de valor; son de valor distinto de día o de noche; los chicos, cuando entran a una pieza obscura, silban, como lo hace mucha gente en la calle, por lo que decía ingeniosamente un viejo escritor español, Calderón de la Barca: ¡Qué gran músico es el miedo!

Apartando estos estados perfectamente subjetivos, es natural que ante el ataque con un palo contestado con un revólver no media proporción, pero es que esa proporción puede existir en cierto momento y en cierto estado. Son cuestiones que no es posible juzgarlas con el criterio frío, puramente mecánico, del que se encuentra ante una disposición legal; palpita en ellas una realidad en la que el hombre va jugando su propia vida, y no es posible exigir en tales condiciones un análisis minucioso de todos los requisitos que nosotros bosquejamos sobre el papel.

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

**Sumario:** 365. Tesis de Carrara. — 366. Id. de Merkel. — 367. Jurisprudencia nacional.

**365.** — El que se defiende no ha debido provocar la agresión. A este respecto la doctrina universal no está de acuerdo.

Carrara sustenta la tesis, que acepta nuestra legislación y la mayor parte de las legislaciones extranjeras, de que quien provoca una agresión no puede reobrar contra ella, porque entonces deja de ser legítima.

En apariencia esto es exacto; en la realidad no lo es. Un hombre insulta a otro, es decir, provoca la agresión; pero ese insulto puede ser de una naturaleza especial, que no esté en relación con que el otro saque un revólver o un cuchillo y realice un acto de



verdadera agresión que ponga en peligro la vida de su contrin cante.

**366.** — Merkel sostiene la teoría contraria, diciendo con palabras muy exactas: “La circunstancia de haber sido causa culpable del ataque no excluye, en general, la injusticia o antijuridicidad del mismo ni, por consiguiente, la defensa legítima. Contra una defensa legítima no puede darse otra defensa legítima, siempre que en la primera no se hayan traspasado los límites; pero sí puede darse la segunda defensa legítima contra una primera defensa legítima exagerada” (11).

En efecto, no caben dos defensas legítimas. Hay casos de lesiones en que los dos contrincentes se han herido, los dos invocan la legítima defensa, los dos dicen que fueron mutuamente atacados, pero no cabe la doble defensa legítima: una de ellas es agresión ilegítima de que se responde; las dos al mismo tiempo no pueden serlo.

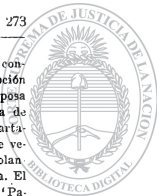
**367.** — Esta provocación origina casos interesantes. Hace dos años se produjo uno de ellos, que vamos a referir (12).

La exposición de los hechos la hace el fallo de primera instancia en la siguiente forma:

“I. Que el día 17 de diciembre de 1925, siendo aproximadamente la hora 6 y 30 minutos, el procesado que se hallaba separado de su esposa Concepción Bruno de Tabbi, concurrió al domicilio que ésta ocupaba con su concubino Juan Amer en la calle Zabala 3925, con el propósito de instarla a reanudar la vida marital repitiendo los pedidos que en otras ocasiones le había hecho a la esposa, sin resultado. Al llegar allí, encontráse en la vereda con Concepción que volvía de hacer compras en un almacén de las inmediaciones y como ésta contestara a los pedidos de Tabbi, reclamando la presencia de su concubino, el procesado extrajo de sus ropas un cuchillo y con él hirió a su esposa que cayó muerta. En esos instantes apareció Amer que salía del interior de la casa y al ver a Tabbi volvióse a su pieza de donde tomó un revolver y así armado salió en persecución del procesado que había emprendido la fuga y le hizo tres disparos, uno de los cuales hirió a Tabbi en la espalda, quien entonces, dándose vuelta y sacando un revólver que llevaba disparó contra Amer a quien hirió de muerte, continuando su fuga y siendo luego aprehendido.

(11) *Derecho Penal*, t. I, pág. 233; von Liszt, *Droit Pénal Allemand*, t. I, pág. 213.

(12) *Gaceta del Foro*, tomo 65, pág. 143.



"II. Que indagado el procesado a fs. 89, expresó que el día del hecho concurrió a la casa de la calle Zabala 3925 donde habitaba su esposa Concepción Bruno con su concubino el turco Juan Amer, con la idea de pedir a su esposa volviera a vivir en su compañía estando dispuesto a perdonarla, como era de tiempo antes su voluntad y lo había manifestado en una oficina del Departamento de Policía. Que Concepción salió del almacén de la esquina y al verle venir se le aproximó y le dijo que volviera a su lado con los dos menores Yolanda y Luis, hijos de ambos, dejando esa vida que ella hacía que no era buena. El deponente le instó en buenas maneras, pero ella por toda respuesta dijo: "Parate un poco que voy a llamar a Juan y de aquí no vas a salir vivo" y como quisiera su esposa penetrar a la casa, en cuya puerta se hallaban, el deponente la tomó de un brazo, que ella subió a la altura de la boca y le mordió la mano al deponente para que la soltara. Fué entonces que el declarante extrajo de entre sus ropas el cuchillo que usa para comer y mientras Concepción continuaba mordiéndolo, le asestó con el cuchillo dos golpes, cree que en el pecho e inmediatamente Concepción cayó. En seguida el declarante se dio a la fuga por Zabala y al poco tiempo oyó un tiro y se sintió herido debajo del homóplato izquierdo y al darse vuelta vió que Juan Amer que había salido de la casa le seguía tirando con un revólver con el que le hizo tres disparos más. En esas circunstancias y para defenderse, el que declara sacó del bolsillo de atrás del pantalón un revólver chico que llevaba cargado solamente con dos balas llenas e hizo disparos contra Amer, al que vió caer y él continuó su fuga. Posteriormente y hallándose en las inmediaciones de la estación Portela, fué detenido por la policía".

El fiscal acusó al procesado como autor del delito de doble homicidio pidiendo para él la pena de prisión perpetua.

El juez consideró al procesado como un delincuente pasional, admitiendo la existencia de la emoción violenta e imponiendo al reo la pena de doce años de prisión y absolviéndolo en cuanto al homicidio de Amer en virtud de la eximente de legítima defensa.

El fiscal de Cámara solicitó la confirmación de la sentencia.

La Cámara, en su fallo, dijo:

"Buenos Aires, octubre 5 de 1926.

"Y Vistos: Considerando:

"Que los hechos que motivan esta causa, como lo demuestra la sentencia apelada, se encuentran plenamente probados, así como que es el procesado David Alfonso Tabbi autor de los mismos.

"Que estando suficientemente acreditado el vínculo matrimonial de Concepción Bruno de Tabbi y el acusado, fs. 89, la muerte de aquella constituye el delito previsto y penado por el art. 80, inciso 1º del Cód. Penal, sin que medie en el caso la calificación que hace el fallo recurrido al encuadrar este homicidio en los términos del art. 81, letra A).

"Que el acusado al dar muerte a su esposa que había abandonado el ho-



gar, no obró perturbado por un impulso incontinente como consecuencia inmediata de la actitud de aquella; pasan casi 10 meses entre la fecha en que Concepción abandona a su esposo y la del hecho de autos, produciéndose durante ese tiempo diversas incidencias entre ambos cónyuges que dan lugar a la intervención policial; no ignora Tabbi las relaciones de Amer con Concepción, por las que llega a refirir con aquél (fs. 13 y 40), y el día del hecho en que resuelve entrevistarse con la Bruno de Tabbi, para convencerla de lo irregular de su conducta lo hace armado de cuchillo y de revólver, y ante la negativa de la interpelada a escucharlo, emplea la primera de aquellas armas para darle muerte, infiriéndole las heridas que describe el informe de fs. 80.

“Que estos antecedentes ponen en evidencia que al dar muerte a su esposa no se encontraba el acusado en estado de emoción violenta excusable por las circunstancias en que consumó el hecho.

“Que en cuanto al homicidio de Amer, Tabbi lo ha perpetrado en su legítima defensa, conforme a las circunstancias que hacen procedente esta eximente.

“Que en la incidencia de Tabbi con su esposa que termina con la muerte de ésta, Amer, no está presente; según el testigo de fs. 39, sale de su pieza después de la caída de Concepción; va hasta la puerta de calle y, volviendo a su habitación, toma un revólver con el que se puso en persecución de Tabbi, sobre quien hace tres disparos; de la indagatoria del procesado que concuerda con la declaración citada, no resulta que Tabbi viese a Amer al ultimar a Concepción, sino que, oyendo aquél un disparo cuando huía, y sintiéndose herido en la espalda, dióse vuelta y vió a Amer que le hacía tres disparos más, en cuyas circunstancias usó de su revólver, disparando sobre su agresor a quien vió caer.

“Que en tales condiciones Amer no fué objeto de provocación suficiente por parte de Tabbi que impidiese a éste reaccionar legítimamente contra la agresión que aquél le lleva, ni puede considerarse que esa provocación haya existido por el hecho de ir armado a buscar a Concepción a casa de Amer y la ultimase a pocos metros de la puerta de la casa en que las víctimas ocupaban una pieza, porque sobre no ser la primera vez que Tabbi dilucidaba sus querellas con Concepción y su amante en la propia casa de Amer, fs. 40, éste no sólo ignoraba el día del hecho la escena que se desarrollaba en la calle, sino que no tenía noticia de la presencia de Tabbi, de la que se apercebe cuando la muerte de Concepción se había ya producido y el acusado se daba a la fuga.

“Que el efecto que produjo en el ánimo de Amer el cadáver de Concepción, que le impele a armarse y lanzarse en persecución de Tabbi, no es la reacción de un agredido; es, por el contrario, el movimiento de indignación o de cólera que le impulsaba a la venganza de un hecho consumado; al repelerlo el procesado en el instante mismo de producirse, con medios adecuados al peligro del ataque, herido ya a consecuencia del mismo y obrando dentro de los límites que la necesidad le impuso, ha muerto a su agresor en defensa propia, en los términos del art. 34 inciso 6º del Cód. Penal, y en consecuencia, como la sentencia apelada lo establece, está exento de responsabilidad penal por el homicidio de Juan Amer.

“Que de las penas paralelas que el art. 80 preceptúa, corresponde aplicar



al reo por la muerte de su esposa la prisión, atenta la circunstancia de no tener aquel antecedentes y las particularidades de la causa.

“Por estos fundamentos y los concordantes de la sentencia apelada de fs. 155, y oído el señor Fiscal, se la confirma en cuanto absuelve al procesado David Alfonso Tabbi por el homicidio de Juan Amer, y se la reforma respecto del homicidio de Concepción Bruno de Tabbi, por el que se impone al referido procesado la pena de prisión perpetua, accesorias de ley y las costas de ambas instancias. — F. I. Oribe. — F. Ramos Mejía. — L. Luna Olmos. — Juan P. Ramos.

“En disidencia:

“Y Vistos: Por sus fundamentos se confirma, con costas, la sentencia apelada de fs. 156 que condena a David Alfonso Tabbi, por el homicidio de su esposa Concepción Bruno de Tabbi a la pena de doce años de prisión, costas y accesorias de ley y lo absuelve por el homicidio perpetrado en la persona de Juan Amer. — D. Frugoni Zavala”.

Hace poco, se ha producido otro caso interesante <sup>(13)</sup>, en el que la Cámara sentó esta tesis: un rastrillo empuñado por un hombre de buen desarrollo óseo y muscular, legítima el uso de un revólver para repeler la agresión.

Los hechos referidos en el fallo de primera instancia son los siguientes: el día 5 de Agosto a las 10 y 20 de la mañana el procesado Nos se presentó en el Instituto Evangélico Americano y preguntó por Valentín Varela, a quien el portero llamó y condujo a presencia del visitante. Una vez los dos hombres en la sala de dirección del colegio, Varela invitó a Nos a dirigirse hacia el fondo de la finca, y en un galponcito que allí había trabaron conversación durante 45 minutos sin que las personas del Instituto advirtieran la menor muestra de alteración en la manera de conducirse de uno y de otro. De pronto, y siendo las 11 y 15, oyéronse tres o cuatro golpes simultáneos a los que el personal del referido colegio no atribuyó importancia. Poco después y al concurrir el carpintero a ese galponcito, encontró a Varela tendido en el suelo herido de bala, dándose aviso a las autoridades y secuestrándose en el lugar del hecho una carta firmada por Vicenta Nos en la que repriminaba a Varela su falta de cumplimiento a la palabra que le había dado de casarse con ella en el momento de deshonrarla y le pedía reparase su situación angustiosa pues el embarazo era evidente.

El procesado presentóse espontáneamente ante el juez de ins-

(13) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 20, pág. 475.



trucción y expuso que había tenido conocimiento de que su hija Vicenta había sido deshonrada por el ex cura Varela y que de resultas de ello se hallaba embarazada. Hizo referencia minuciosa de las alternativas de las conversaciones mantenidas con la hija y los detalles de cómo el cura Varela había logrado abusar de Vicenta mediante toda clase de subterfugios y bajo promesa formal de abandonar los hábitos y casarse con la referida. Nos hizo que Vicenta escribiera la carta encontrada en el lugar del hecho y vino a Buenos Aires desde Santa Fe donde vivía y realizó diversas gestiones tendientes a obtener el paradero de Varela, logrando averiguarlo después de varias diligencias. Al entrevistarse con Varela le pidió que solucionara caballerescamente la situación. Varela al principio opuso dificultades de falta de dinero, que Nos procuró salvar y parecía dispuesto a aceptar. Pero luego de tomar un rastrillo y maniobrar con él, se dirigió detrás del galponcito próximo al cual se encontraba y lo llamó a Nos, quien se acercó a ese lugar, y entonces Varela con el cabo del rastrillo le tiró un puntazo hacia el vientre al mismo tiempo que le decía: “no quiero saber nada ni de usted ni de su familia”. Pero el exponente esquivó el golpe echándose atrás y dirigió su mano a la cintura en circunstancias en que Varela le tiró un segundo golpe a la cabeza con el rastrillo, golpe que también esquivó con un movimiento de retroceso, y simultáneamente, temiendo que aquél lo alcanzara con nuevos golpes, dados los antecedentes que tenía sobre la fortaleza, energía y mal carácter de Varela, le hizo fuego con su revólver varias veces. Manifestó que no tuvo el propósito de herirlo ni de matarlo sino contenerlo en la inesperada agresión que le hizo con el rastrillo.

El agente fiscal pidió para el procesado ocho años de prisión como autor del delito de homicidio. El juez absolvió, en base a la doctrina que la Cámara confirmó más tarde.

#### DEFENSA DEL DOMICILIO

**Sumario:** 368. Concepto. — 369. Requisitos — 370. Resistencia.

**368.** — Dispone el Código en el penúltimo apartado del inc. 6º del art. 34: “Se entenderá que concurren estas circunstancias res-



pecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”.

El Código establece una presunción favorable a la persona que comete el delito, siguiendo las aguas del Código Penal francés.

**369.** — Exige, como requisito — que no figuraba en el Código anterior — que la violación de domicilio se efectúe de noche. Los casos no están a la disposición nuestra, pero podría suceder mañana que, producido un hecho en las horas indecisas del amanecer, por ejemplo, se hiciera la cuestión de que ya no era de noche, sino de día.

En ciertos casos, también pueden ser excesivas las demás exigencias de la ley relativas a que la violación de domicilio sea por escalamiento, o por fractura de los cercados o paredes de la casa.

El legislador francés, y el argentino que lo ha seguido, han pensado en las ciudades, pero no en ciertos lugares de la campaña, en determinados parajes montañosos, donde lo que podríamos llamar asalto a una casa se puede producir de día, con las mismas ventajas para el asaltante que por la noche.

El Código no prevé tampoco una circunstancia importante. Una persona ha entrado por fractura o por escalamiento en el domicilio y luego se va; el dueño de casa lo ve alejarse con el producto del robo, que puede ser la fortuna íntegra del ocupante de la casa. Es una importante hipótesis a considerar en estos códigos detallistas y muchas veces deficientes.

**370.** — Otro elemento de la defensa del domicilio que establece el Código es el apartado que dice: “Igualmente se reúnen estas condiciones respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia”.

Es una disposición igual a la del Código anterior. Establece para la persona que se defiende, la obligación de una prueba de suyo difícil. ¿Cómo se puede probar que ha habido resistencia en la persona que el dueño de casa mata por encontrarla dentro de su domicilio? Estaríamos dentro de un caso de ficción procesal; como la confesión es indivisible, siempre que medien los requisitos exi-





gidos por el art. 318 del Código de Procedimientos Penales, manifestando el matador que hubo resistencia de parte del otro, y en ausencia de otra prueba, habrá que aceptar que hubo resistencia. ¿Pero si no se reúnen las condiciones de buenos antecedentes y ausencia de ausencia de presunciones que requiere el artículo citado? ¿Si el matador es un delincuente? ¿No ha podido acaso encontrarse en su casa de noche con un extraño? ¿No ha podido verse en la necesidad de defenderse? Son las dificultades, repetimos, inherentes a códigos excesivamente detallistas.

#### DEFENSA DE LA PERSONA O DERECHOS DE OTRO

Sumario: 371. Concepto y requisitos.

**371.** — El inc. 7º extiende el beneficio de la defensa a otro caso: “El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

Esta redacción es un poco confusa y demasiado extensa. El Código anterior exigía que no hubiera habido provocación de parte de la víctima. Es el caso de una persona que está atacando a otra o que presumiblemente la va a herir o a matar, y un tercero interviene en su defensa.

Exigía el Código anterior que no hubiera habido provocación de parte del agredido. Pero si el tercero ve una escena que se desarrolla a unos pasos de él, al dar vuelta una esquina, en que un hombre ataca a otro para matarlo, ¿cómo hace para averiguar si hubo o no provocación?

Por eso el texto actual elimina ese requisito inútil manteniendo únicamente los incisos a) y b) del apartado 6º, agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, agregando que en caso de haber mediado provocación suficiente de parte del agredido, no haya participado en ella el tercero defensor.

El Código de la defensa de la persona o de derechos de otro. En el Código antiguo se hablaba de la defensa de los parientes y de los

extraños los parientes debían serlo hasta el cuarto grado, y no se exigía a su respecto la falta de provocación, que se exigía, en cambio, respecto de los terceros.

#### EXCESO EN LA DEFENSA

Sumario: 372. Concepto. — 373. Aviso a la autoridad. — 374. Proyecto suizo.

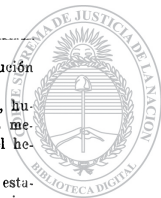
**372.** — Cuando no están reunidos todos los elementos característicos de la legítima defensa y se realiza, sin embargo, un acto en defensa propia, se está frente a la situación que la ley califica de *exceso en la defensa*.

**373.** — En el Código anterior, propiamente, no existía; la única disposición al respecto era la obligación de dar parte a la autoridad una vez cometido el hecho; quien no cumplía esta obligación tenía arresto de uno a tres meses.

La disposición fué criticada con justicia entre nosotros. Un hombre puede haber herido o muerto a otro en legítima defensa, pero sabe que ese convencimiento subjetivo de haber obrado en legítima defensa no siempre podrá trasladarlo a la justicia, principalmente por falta de pruebas suficientes. Lo elemental, entonces, en el autor del hecho es la fuga; pero esa fuga no significa en absoluto que él se considere culpable. Esa fuga está en las costumbres. En el campo un hombre ataca a otro, éste se defiende y lo mata. ¿Cómo lo va a probar? ¿Quién va a convencer a ese hombre de que la confesión es indivisible y de una serie de teorías muy buenas para resolverlas en el papel pero no tanto como para que las resuelva en la realidad un hombre que acaba de librarse de un ataque contra su vida matando al atacante?

A ello se une el temor de verse vinculado en el proceso judicial. Un ministro español decía: “si a mí me acusan de haber robado la catedral de Sevilla y habérmela metido en un bolsillo, yo huyo, pues no quiero saber nada con la justicia”. Ese temor es el que siente las más de las veces el que ha muerto a otro en legítima defensa. Tanto más que ésta, como hemos dicho, es cuestión de apre-





ciación, como se demuestra en los numerosos fallos de absolución en primera y de revocación en segunda instancia.

En virtud de la aludida disposición del Código derogado, hubo entre nosotros durante muchísimo tiempo condenas a tres meses de hombres que no habían dado cuenta a la autoridad del hecho cometido en defensa propia.

Felizmente el Código actual ha suprimido el requisito, estableciendo en el art. 35: "El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia". Si son lesiones, la pena es pecuniaria; si es homicidio, la pena es de prisión hasta dos años.

**374.** — El proyecto suizo de 1916 autoriza al juez a atenuar libremente la pena. Agrega: Si el exceso proviene de un estado excusable de excitación o de violenta impresión causada por el ataque, no se impondrá ninguna pena.

#### LEGISLACION COMPARADA

**Sumario:** 375. Código penal italiano. — 376. Id. francés. — 377. Proyecto suizo. — 378. Id. italiano de 1921. — 379. Id. Checoslovaco. — 380. Id. italiano de 1927. — 381. Id. brasileño. — 382. Síntesis.

**375.** — Veamos cómo encaran las diferentes legislaciones del mundo, vigentes o en proyecto, esta institución de la legítima defensa.

El Código Penal italiano vigente, en su art. 49, inc. 2º, dice: "No es punible quien ha cometido un hecho por haber estado obligado por la necesidad de rechazar de sí o de terceros una violencia actual e injusta".

Esta simplicidad de dos líneas resume el larguísimo texto de nuestro Código Penal, casuista y deficiente.

**376.** — El Código Penal francés tiene más detalles. Dice en su art. 328: "No hay crimen ni delito cuando el homicidio o las le-



siones <sup>(14)</sup> estaban impuestos por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de terceros”. Agrega el art. 329: “Están comprendidos en los casos de necesidad actual de defensa los dos casos siguientes: 1º Si el homicidio y las lesiones se han cometido rechazando de noche el escalamiento o la efracción de cerco, muros o entrada a una casa o departamento habitado o sus dependencias; 2º Si el hecho ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robos o saqueos ejecutados con violencia”.

**377.** — El proyecto suizo de 1916 en su art. 34 dispone: “Quien es atacado sin derecho de una agresión inminente tiene el derecho de rechazar el ataque por medios proporcionados a las circunstancias. El mismo derecho corresponde a los terceros”.

**378.** — El proyecto italiano de Ferri de 1921, en su art. 18, inc. 4º simplifica la definición al extremo diciendo: “...por la necesidad de salvarse a sí o a terceros de una violencia actual e injusta”.

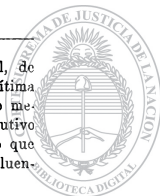
**379.** — El proyecto checoslovaco de 1926 en su art. 24 dice: “Quien obra con el fin de defenderse a sí mismo o a terceros de una agresión ilegítima ya emprendida o cuyo peligro es inminente, no es punible, a condición de que se haya servido de medios proporcionados a las circunstancias”.

**380.** — El proyecto Rocco de 1927, en su art. 54, dice: “No es punible quien ha cometido el hecho por haber estado obligado por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una ofensa grave e injusta”.

**381.** — El proyecto brasileño de Sa Pereira de 1927, en su art. 53 prescribe: “No comete delito quien obra por la necesidad de salvarse a sí mismo o a un tercero de un peligro grave e inminente, inevitable de otra manera, que no haya provocado él mismo y que no tenga el deber de afrontar”.

---

<sup>(14)</sup> Limita la legítima defensa a las lesiones y al homicidio, que son los únicos hechos en que se puede producir, sin llegar a la amplitud de nuestro texto que la erige en eximente general de los delitos.



**382.** — Se advierte, pues, que fuera del Código español, de donde nuestro legislador ha tomado el texto actual de la legítima defensa, los demás códigos del mundo presentan, en mayor o menor grado, un concepto científico, dando el elemento constitutivo de la legítima defensa pero sin pretender reducir a reglas lo que es susceptible de modificarse constantemente merced a la influencia de tantas circunstancias diversas.

### III. — b) Causas atributivas de culpabilidad.

#### DOLO

**Sumario:** 383. Concepto. — 384. Elementos. — 385. Intensidad de la intención. Dolo ordinario, especial y especialísimo. — 386. Consecuencias del acto u omisión. Dolo determinado, indeterminado y eventual.

**383.** — En el curso anterior nos ocupamos de la teoría genérica del dolo <sup>(18)</sup>; ahora expondremos la teoría específica del dolo que deriva de la ley.

El art. 46 del proyecto Rocco define el dolo diciendo: “El delito es doloso o intencional cuando el evento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o la omisión y del cual la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión”.

De acuerdo con esta definición, en términos generales muy aceptable, podemos decir que el dolo es una intención, más que una voluntad; y que esa intención, a los efectos penales, consiste en la decisión de lesionar un bien jurídico ajeno, protegido por una ley, que se presume conocida por quien la viola.

La intención difiere de la voluntad, por más que ambas participan en la ejecución de un delito. Un hombre arroja una piedra a la casa de al lado y esa piedra hiere o mata a alguien: es indudable que el acto de arrojar la piedra ha sido un acto voluntario,

---

(18) Tomo II, N° 465 y sigts.



pero la consecuencia que ese acto ha tenido ya no ha estado en el ánimo del que la arrojó, no ha formado parte de su intención. Por eso muchos tratadistas llaman al dolo, *intención*.

**384.** — Para examinar ampliamente la teoría del dolo, tenemos que colocarnos cada vez en dos puntos de vista diferentes: *a*) uno subjetivo, que se refiere al individuo, y que consiste en apreciar cuáles son los grados de intensidad de la intención; *b*) otro objetivo, que consiste en apreciar las consecuencias de la acción o de la omisión individuales.

Estos dos elementos integran la noción del dolo, que no está sólo en el interior del sujeto, sino también fuera del sujeto en las consecuencias del acto. Esto se advierte fácilmente con un ejemplo. Una persona quiere herir a otra; su voluntad es realizar el movimiento, y lo realiza; su intención es hierirla, pero la persona muere; allí falta la intención de matar, y sin embargo la ley pone a cargo de esa persona las consecuencias del acto, que se denomina, técnicamente, homicidio preterintencional.

**385.** — Analicemos el punto de vista subjetivo: *intensidad de la intención*.

La intención varía, a los efectos penales, de acuerdo con las infracciones; para cada una de éstas, debe ser determinada especialmente por el juez.

Al mismo tiempo, se debe tener en cuenta que existen diversas clases de dolo: *a*) ordinario; *b*) especial; *c*) especialísimo.

*a*) *Dolo ordinario*. En muchos casos la ley no exige más que un dolo general: violar la ley; en esos supuestos el motivo es completamente indiferente, puede haber sido social o antisocial.

En la jurisprudencia francesa se registra un caso interesante. En el año 1871, una persona estaba molesta por la presencia en la aldea donde vivía, de dos concubinos que producían una grave conmoción social en la localidad; deseaba que se fueran; empleó para conseguirlo, todos los medios posibles, pero sin resultado; entonces este hombre, defensor de la moral pública, después de adoptar todas las medidas necesarias para indemnizar los perjuicios que pudieran sufrir, resolvió quemarles la casa.

Indudablemente, su motivo era loable, pues quería defender a



la sociedad en que vivía del peligro que representaban esos dos concubinos. Pero la defendía violando la ley penal, siendo condenado en consecuencia.

b) *Dolo especial*. Pongamos un ejemplo: un individuo falsifica un documento privado; si no lo hace con el interés de producir un perjuicio, no hay delito. No basta, pues, realizar la falsificación, sino que es menester que ella pueda producir perjuicio y que ese sea el propósito del falsificador.

Veamos otros casos típicos. Quien comete un homicidio, necesita primero el dolo ordinario, la voluntad general de violar la ley; y necesita después un dolo especial, el *animus necandi*, que consiste en la voluntad de querer matar. Del mismo modo sin el *animus injuriandi* no hay delito de calumnia.

c) *Dolo especialísimo*. Es el que la ley exige en ciertos delitos. Ejemplo: se quiere violar la ley, se tiene el *animus necandi* y al mismo tiempo se quiere realizar un acto de naturaleza especialísima: eliminar a un testigo que podría ser peligroso para la situación del delincuente. Otro caso: se quiere matar al padre, o al hijo, o al cónyuge; ahí la ley exige también un dolo especialísimo: que se sepa que existe el vínculo de parentesco.

**386.** — Analicemos ahora el punto de vista objetivo: *consecuencias del acto u omisión que se ha ejecutado*.

A estos efectos, se divide el dolo en: a) determinado; b) indeterminado; c) eventual.

a) *Dolo determinado*. Existe cuando la persona se propone ejecutar un acto cuyos resultados prevé por completo y cuyas consecuencias están ya implicadas en el acto mismo.

b) *Dolo indeterminado*. Existe cuando el agente ha cometido un acto culpable que puede tener consecuencias diversas o alternativas, ambas delictuosas, que prevé y persigue de antemano. La persona tiene la intención; pero en la realización del delito interviene un elemento extraño, accidental.

El ejemplo corriente es el del individuo que quiere producir un mal a un grupo de personas: disparar un tiro contra una muchedumbre o contra un tribunal; la intención es matar o herir a alguno. Lo indeterminado del dolo reside en que no se sabe cuál es la persona que resultará víctima del delito.



En cambio, si un individuo quiere herir o matar a otro, y el tiro hiere o mata a un extraño, ese acto viene a encuadrar en el dolo indeterminado bajo un aspecto solamente, en lo que se llama dentro de la técnica penal *aberratio ictus*, esto, es, equivocación del camino del delito.

Cuando una persona quiere tirar al miembro de un tribunal, por el hecho de serlo, o a uno de los componentes de una muchedumbre, y el tiro hiere o mata a otro, es indudable que ha habido y no ha habido la situación especial que contemplamos. Podríamos concluir que si el individuo quería disparar su arma contra esa persona por el hecho de ser miembro del tribunal, habría dolo determinado; pero si fué su objeto disparar el arma al tribunal, a la muchedumbre, al grupo de personas, habría dolo indeterminado.

En estos casos, la doctrina universal ha dicho que el evento sigue la dirección de la intención. Si la intención es determinada, el evento también lo es (*dolo indeterminatus determinatur eventu*).

Es frecuente en la práctica de los tribunales, la tesis sostenida por los defensores de que el acto cometido por sus defendidos es un homicidio o una lesión por imprudencia por que la bala dirigida a una persona mató o hirió a otra. Sin embargo, para la técnica penal existente hasta nuestros días, esa bala que llevaba la intención de matar, aún desviada, acompaña en la intención de matar a la persona a quien hirió, aunque no estuviera en absoluto en la mente del que tiró. Naturalmente, que la conclusión es un poco forzada, pero así deriva de la constitución actual del derecho penal.

c) *Dolo eventual*. Está definido así en el proyecto Rocco (artículo 46): "El delito es preterintencional cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso o peligroso más grave del querido por el agente".

El caso más frecuente de este dolo lo tenemos en el llamado homicidio preterintencional: una persona quiere herir a otra, pero el golpe va más allá de su intención; en vez de una herida superficial produce una herida en cavidad, y la persona muere. En esos casos la ley aplica una pena menor que al delito intencional.

Los alemanes llaman *eventual* a este dolo porque se caracteriza





por el evento producido; los italianos lo denominan *preterintencional*, es decir, que va más allá de la intención <sup>(16)</sup>.

#### CULPA

**Sumario:** 387. Concepto. — 388. Metodología. — 389. Principios generales. — 390 Jurisprudencia. — 391. La causa mediata en la culpa.

**387.** — La culpa es un estado intermedio entre el acto que se realiza con plena intención y el acto que acaece por caso fortuito o fuerza mayor.

Según von Liszt, es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad.

En la culpa la persona no ha previsto las consecuencias que acompañan a un acto en forma real o potencial, habiendo debido prever, sin embargo, que por su negligencia, por su impericia, por las condiciones en que se realizaba el acto o la omisión, podía producirse un resultado dañoso.

En la culpa no solamente puede violarse la ley penal, sino también otra serie de disposiciones, de carácter policial, municipal, etc., que integran la vasta reglamentación en que el Estado envuelve poco a poco la vida de los ciudadanos.

Por eso, el art. 46 del proyecto Rocco dice: “El delito es culpa o contra la intención, cuando el evento, aunque previsto, no es querido por el agente y se verifica a causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas”.

**388.** — Nuestro Código antiguo dedicaba a la culpa un título genérico; el actual la legisla de manera más acertada, pues trata de ella solamente en los capítulos correspondientes a los delitos en que puede haber culpa.

La culpa puede existir en las lesiones, en el homicidio, en el aborto, y en general, en aquellos delitos en que están en relación

<sup>(16)</sup> Marcello Finzi, en su libro *Il delitto preterintenzionale*, trata extensamente los diversos y complejos aspectos del delito preterintencional.



dos actividades. No puede existir, en cambio, en la estafa, por ejemplo, donde trabaja solamente la intención.

**389.** — Dos principios generales en materia de culpa, que nos dan una noción clara a su respecto, son los siguientes:

a) el resultado debe estar vinculado a una acción u omisión involuntaria de una persona cuya responsabilidad está en tela de juicio;

b) la relación de causalidad entre el resultado y la acción u omisión no debe estar truncada por la intervención de otra causa que se sustituye a la primera y toma a su cargo el acontecimiento.

**390.** — A la luz de estos principios, veamos un caso interesante juzgado hace poco por los tribunales (17). Venía por la Avenida Alvear un automóvil particular a velocidad moderada; llovía copiosamente y el automóvil carecía del aparato que limpia automáticamente el parabrisas; en ese momento, por la esquina de Dorrego y Avenida Alvear, cruzaban dos agentes del escuadrón de seguridad; el chauffeur no podía verlos, por la circunstancia anotada; cuando pudo distinguirlos, estaba ya casi encima de ellos; frenó rápidamente el coche, éste patinó por la lluvia, rozó a los caballos y derribó a uno de los agentes, que sufrió una lesión. El juez condenó; la Cámara absolvió, basada en que existía un elemento que perturbaba la acción.

¿Había imprudencia del chauffeur, que marchaba a velocidad moderada? No. En lo civil, podría existir concurrencia de culpas, ya que los agentes estaban tal vez en mejores condiciones para ver el automóvil que se acercaba, pero en lo penal esa concurrencia de culpas no puede tener lugar. El tercer factor que intervino, el movimiento del coche al patinar en virtud de que la calzada se hallaba mojada, era algo que no estaba en las manos del chauffeur evitar.

**391.** — La causa del hecho culposo puede ser directa o indirecta. Si el perjuicio resultante es una consecuencia directa e inmediata de la culpa, no hay dificultad: ésta es indudablemente punible. Ejem-

---

(17) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 14, pág. 951.



plo: un cazador entra en una pieza, apoya imprudentemente en la pared su fusil cargado, éste cae y mata o hiere a una persona.

Problema más complejo es el relativo a las causas mediatas de la culpa. A veces la acción del hombre puede ser causa indirecta o mediataba de un hecho, en cuyo caso las consecuencias son diversas, según el punto de vista en que nos coloquemos.

Se pregunta: si un hecho distinto, independiente y posterior a la culpa ha sido la causa directa del daño, esa culpa, condición o razón de ser el hecho posterior pero no causa inmediata del daño, ¿es punible? <sup>(18)</sup>. Ejemplo: un dueño de casa compra un paquete de arsénico y lo coloca en la cocina; la cocinera, creyendo que es el paquete de la sal, pone arsénico en la comida y determina la muerte de una persona. Aquí la causa directa e inmediata es la imprudencia de la cocinera, pero no hay duda que esa causa no se hubiera producido sin la causa mediata e indirecta que la provocó, ya que si el dueño de casa no hubiera colocado el arsénico en lugar destinado habitualmente a la sal, la cocinera no lo hubiera echado en la comida.

En consecuencia, parece lógico que el autor de esta culpa mediata sea declarado responsable: *causa causantis est causa causali*.

Veamos otro caso típico en la doctrina, que se ha estudiado mucho y respecto al cual se ha llegado a conclusiones diversas. En Europa, las portezuelas de los trenes dan al exterior; se entra en el coche directamente por el compartimiento; por un descuido del guarda, una portezuela queda abierta, y un niño cae al costado de la vía; el padre, al verlo caer, se precipita detrás para salvarlo; el chico resulta ileso y el padre muere a consecuencia del golpe recibido en la caída. ¿El hecho de dejar abierta la portezuela del vagón hace responsable al guarda de homicidio por imprudencia en la persona del padre de la criatura?

Hay una consecuencia directa derivada de la culpa del guarda: la caída del niño; en cambio, la muerte del padre, es una consecuencia remota, mediata, indirecta, ya que el padre pudo no arrojarse del tren <sup>(19)</sup>.

<sup>(18)</sup> Vidal, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, N° 134.

<sup>(19)</sup> Este caso fué juzgado el 2 de Mayo de 1891 por la Corte de Casación única de Roma, que declaró al empleado responsable de la muerte del padre.



## ERROR

Sumario: 392. Concepto. — 393. Requisitos. — 394. Frecuencia.

**392.**— Nuestro Código considera el error como eximente de culpabilidad y emplea las palabras “error o ignorancia de hecho” (art. 34, inc. 1º). Excluye por completo el error de derecho, en lo que ha hecho bien a nuestro juicio.

*Ignorancia* es no tener idea de una cosa. *Error* es tener idea falsa de una cosa.

Ejecutar un acto por error es realizar un acto que no se hubiera cometido si el agente hubiese tenido conocimiento de las consecuencias del mismo o de la situación de una persona o una cosa.

**393.**— La primera condición esencial para que exista el error es que no derive de negligencia. Si una persona al ver pasar un pájaro dispara contra un arma de fuego y la bala mata a una persona, no puede decirse que media error, puesto que hubo negligencia. En cambio, si un dependiente de farmacia despacha a un cliente una substancia que resulta tóxica, pero que estaba contenida en un frasco con etiqueta equivocada, y produce la muerte por envenenamiento, existe error y no negligencia, dado que el dependiente no está obligado a probar los productos que expende.

La segunda condición es que recaiga sobre elementos esenciales al hecho. Un caso típico talvez uno de los más completos que existan en la literatura jurídica universal, es el que hemos relatado en nuestro curso precedente <sup>(20)</sup> y que damos reproducido en esta circunstancia.

**394.**— El error es difícil de producirse en la mayor parte de los casos. Cuando él se invoca, generalmente recae sobre los elementos accidentales del hecho.

Podría existir cuando se creyera en la existencia de una cualidad determinada en una persona. Por ejemplo, en un delito de

---

(20) Tomo II, pág. 309. *Gaceta del Foro*, tomo 65, pág. 211.

estupro, en que la edad de la víctima es una condición del delito, ya que el estupro es tener relaciones carnales con una mujer de 12 a 15 años. En estos delitos, es frecuente la excusa por parte del autor de que creía que la edad de la mujer era superior a 15 años; el error no es esencial, es accidental. Si esta mujer, para todo el mundo hubiera tenido más de 15 años o si ella lo hubiera manifestado así al autor del hecho, podría llegar a constituir un caso de error esencial, si bien se presentaría complicado con una especie de error de derecho que torna difícil la solución de la cuestión.





## CAPITULO XII

## MEDIDAS DE DEFENSA SOCIAL

## SUMARIO

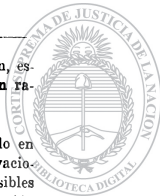
- I. Las medidas de seguridad referentes a los delincuentes de grave anormalidad psíquica. Antecedentes. Análisis crítico. Régimen del internamiento.
- II. Instituciones nacionales existentes. Exposición.
- III. Lucha social contra la delincuencia. Instituciones necesarias.

**I. — Las medidas de seguridad referentes a los delincuentes de grave anormalidad psíquica**

## ANTECEDENTES

**Sumario:** 395. Código Penal de 1887. — 396. Proyecto de 1891. — 397. Ley 4189. — 398. Proyecto de 1906. — 399. Proyecto de 1917 y Código Penal vigente.

**395.** — En el Código Penal anterior, como varias veces lo hemos dicho, la única consecuencia de una absolución judicial en razón de enajenación mental o de cualquier otra causa que hubiera impedido al autor del hecho la conciencia del acto o la comprensión de su criminalidad, era la libertad del individuo, que volvía al seno social a pesar de su peligrosidad y de la evidencia de que cometería nuevos delitos.



**396.** — El proyecto de 1891 planeó modificar esta situación, estableciendo una internación de seguridad para los absueltos en razón de enajenación mental.

**397.** — La ley número 4189, a pesar de haberse sancionado en 1903 y de introducir en el Código Penal de 1887 muchas innovaciones que venían a llenar, según sus autores, los vacíos más visibles de este Código, no incluyó ninguna disposición sobre esta situación verdaderamente desconcertante en un país civilizado.

**398.** — El proyecto de 1906 mantuvo, en esta parte, sin mayores variantes, la redacción del proyecto de 1891, aceptando las medidas de seguridad.

**399.** — Finalmente, el proyecto de 1917, hoy convertido en Código, la aceptó en la forma que expresan los apartados 2º y 3º del inc. 1º del art. 34, que dicen así:

“En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

“En los demás casos en que se absuelve a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.

#### ANÁLISIS CRÍTICO

##### Art. 34, apartado 2º

Sumario: 400. Terminología. — 401. Carácter de la intervención. — 402. Duración — 403. Casos en que procede.

**400.** — Veamos las observaciones críticas que esta redacción sugiere, de las cuales surgirán la doctrina general del sistema y su aplicación especial en los diferentes supuestos contemplados.



El Código emplea en el apartado 2º el término *enajenación*, que no figura en el apartado 1º, el cual solamente habla de *insuficiencia de facultades* o *alteraciones morbosas de las mismas, estado de inconsciencia*, y *error o ignorancia de hecho no imputable*.

En este caso, el término *enajenación* debemos tomarlo como equivalente de *alienación mental*.

Establece el apartado 2º que "el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio". El término *reclusión* está mal empleado, ya que en nuestro Código la reclusión es una pena. Ha debido usarse el término *internación*, que es el que técnicamente corresponde.

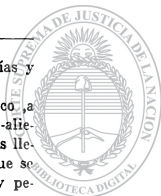
401. — Esta internación del no punible en un manicomio, no es obligatoria para el tribunal. La ley dice que el tribunal *podrá ordenarla* dando a la medida un carácter facultativo, talvez teniendo en cuenta que puede convenir al interés público que el sujeto no esté en un manicomio en los casos en que no ofrezca ningún peligro para la sociedad, o cuando por razón misma del hecho cometido, o de una mutilación que hubiere sufrido, etc., quedare inhabilitado para dañarse a sí mismo o a los demás.

Advertimos que si bien este apartado 2º referente a los alienados mentales no establece para el juez la obligación de dictar la internación, el apartado 3º la establece en cambio en lo referente a los sujetos comprendidos en su texto, de que nos ocuparemos en seguida.

402. — La internación dura mientras dure el estado que la ha creado, es decir, mientras no desaparezca el peligro de que la persona internada se dañe a sí misma o a los demás. Es una noción relativamente correcta, si bien no es, propiamente, la noción de la peligrosidad penal, ya que sólo tiene en vista la *materialidad* del peligro, conforme a la acepción corriente de este término.

403. — Los casos en que el juez puede ordenar esta internación, son los que hemos examinado en el curso precedente, incluidos en los términos de alienación mental: psicosis en todas sus formas com-





pletas, imbecilidad en sus diversos aspectos, manías, melancolías y delirios sistematizados <sup>(1)</sup>.

Hay casos muy graves que quedan librados, como es lógico, a la decisión judicial. Nos referimos a algunas formas de semi-alienación que por sus caracteres extremos pueden en muchos casos llevar al juez a la situación de duda respecto a si la persona que se encuentra en estas condiciones es o no un alienado de la ley penal <sup>(2)</sup>.

Si los peritos médicos cumplen en forma con su deber de asesorar a la justicia, los errores no se producirán, porque las formas clínicas de la semi-alienación no pueden confundirse, sino en hipótesis muy raras y difíciles, con las formas clínicas de la alienación. Pero como es menester tener en cuenta en cada caso los intereses de las partes, que a veces llegan a confundir al juez, puede suceder, y posiblemente está sucediendo en la práctica, que casos de semi-alienación, no exentos de pena en nuestra ley, sean considerados por algunos como casos de alienación, ordenándose en consecuencia la internación de sujetos que son en realidad semi-alienados.

**Art. 34, apartado 3º**

**Sumario:** 404. Estado de inconsciencia. — 405. Error o ignorancia de hecho. — 406. Duración y cese de la internación. Requisitos. — 407. Jurisprudencia. — 408. Conclusión.

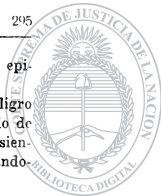
**404.** — El apartado 3º de este inc. 1º, comienza diciendo: “En los demás casos...” ¿Cuáles son los *demás casos*?

Por la terminología de nuestro Código, son solamente dos: los que se refieren a los estados de inconsciencia, y los que se refieren a error o ignorancia de hecho. Del análisis de los mismos, surgirá la conclusión de si la redacción de este apartado es correcta o defectuosa.

Sabemos que los estados de inconsciencia comprendidos dentro del art. 34, inc. 1º son: la ebriedad (se entiende completa e involun-

(1) Tomo II, N° 550.

(2) Tomo II, N° 556 y sigts.



taria), el sonambulismo, el hipnotismo, el ataque o equivalente epiléptico y las manías transitorias <sup>(3)</sup>.

En muchos de estos supuestos, no hay, visiblemente, un peligro social, como por ejemplo cuando la persona ha obrado en estado de hipnotismo. Sin embargo, la ley *ordena* al juez la internación, siendo así que hemos visto que esta internación es *facultativa* tratándose de la alienación mental completa.

**405.** — El otro caso es el del error o ignorancia de hecho no imputable. Pero resulta sencillamente absurdo que nuestro Código considere que procede la internación en hipótesis semejante, que no revela en absoluto la más mínima peligrosidad en el agente. Es indudable que no se le ha ocurrido a ningún juez, ni se le ocurrirá, aplicar la disposición legal que ordena semejante dislate.

**406.** — La internación desaparece cuando desaparezcan las condiciones de peligro del sujeto; no hay ninguna otra limitación de tiempo. Esa cesación debe verificarse por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos.

El Código no establece la clase de los peritos. En el proyecto argentino de estado peligroso de 1926 <sup>(4)</sup> se modifica esta cláusula, diciéndose: previo dictamen de peritos *oficiales*.

Dentro del texto vigente, el dictamen de peritos se recaba de médicos particulares, que la mayoría de las veces establecen que ha cesado el peligro y que el sujeto puede volver al seno social. A cada momento ocurren en esos dictámenes periciales las contradicciones más grandes, como cuando los peritos declaran, en interés de la parte que los han nombrado, que el sujeto obró con la más completa irresponsabilidad hasta en actos en los que resulta evidente que fueron cometidos en situación psicológica normal.

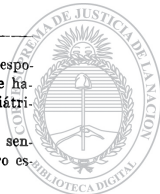
**407.** — Un caso reciente producido en nuestra jurisprudencia ha dado lugar a que se pongan de relieve esas contradicciones periciales <sup>(5)</sup>. Laigle, procesado como autor de los delitos de uxoricidio.

---

<sup>(3)</sup> Tomo II, N° 565 y sigs.

<sup>(4)</sup> Tomo II, N° 645 y sigs.

<sup>(5)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 75, pág. 301.



dio por adulterio y homicidio en la persona del amante de la esposa, es absuelto en primera instancia por considerar el juez que había obrado en estado de inconsciencia basado en pericias psiquiátricas que lo conceptuaban de constitución hiperemotiva.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, en sentencia de Julio 27 de 1928, y en la parte que interesa a nuestro estudio señala así los defectos de los informes periciales:

“Que de esas constancias resulta que en ningún momento del hecho, ni antes ni después, Laigle ha demostrado con su actitud nada que revele un estado emocional tan intenso ni grave que exceda al normal de todo hombre honesto, de la admirable actuación militar señalada por el certificado de fs. 116, que se encuentra en presencia del adulterio evidente de su esposa, háyalo o no sospechado de antemano. Dar por establecido ese estado de anormalidad absoluta, contradicho por sus propias declaraciones, contradicho por su vida entera, sobre la única base de que es un hiperemotivo, es aceptar una conclusión a la que no se han atrevido a llegar los peritos de fs. 191 y 213, que redactan sus informes 6 y 10 meses después del hecho, es decir, con los únicos elementos de juicio que pueden aportarles palabras del procesado y un examen de su constitución física, conclusión que, por otra parte, es categóricamente desmentida por la pericia de fs. 103 v., producida 18 días después del hecho de autos. Ese estado de nerviosidad y de amnesia lacunaria limitada a un solo episodio en una serie de muchos más que se han encadenado desde la entrada en la pieza hasta el momento en que él mismo llama a la policía y fuma tranquilamente, es tan corriente en la casi totalidad de los hombres normales que cometen un homicidio en la persona de una esposa adúltera y su cómplice, que sería de todo punto vana en materia de delitos inspirados por esa causa la supresión de la eximente de penalidad que acordaba el código derogado a los hechos cometidos en esas condiciones y se reemplazó por el inc. 1º a) del art. 81 del código vigente. La amnesia lacunaria, en este caso, no es tal. Se limita a dos únicas cosas, no saber cuántos disparos hizo y si cerró con llave la puerta al entrar en la habitación. Son dos hechos de una importancia mínima. En primer lugar sólo constan por las palabras del procesado, en segundo lugar pueden ser olvidos simulados, puesto que haber cerrado la puerta con llave, indicaría una frialdad del ánimo que no coincidiría con la explosión del “raptus” emocional, en tercer lugar están precedidos y seguidos por un estado permanente de dirección consciente de todos los actos realizados por Laigle.

“Que desde este punto de vista, que es, por otra parte, el que aceptan todos los grandes tratadistas en materia psiquiátrica, para fundar la absolución de un procesado, en razón de los términos del art. 34, inc. 1º, del Código Penal, sería menester no sólo que los informes periciales fueran asertivos y no meramente de constatación de caracteres clínicos más o menos relacionados con una faz dada de una típica alienación mental o de un estado de inconsciencia completa, sino también que ellas estuvieran demos-

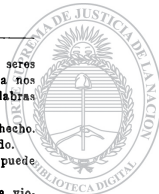


tradas de una manera amplia por un estudio del problema psicopatológico y antropológico criminal que plantea a los peritos el acto delictuoso de un hombre que obra en un momento dado, cometiendo tal homicidio. Potencialmente millones de seres humanos pueden ser homicidas por ser hiperemotivos o hipersimpático-tonicos, pero, en la realidad no los cometen, aunque se encuentren, a veces, en situaciones tan terribles o más terribles que la de Laigle. Esto es algo elementalísimo en la psicopatología del criminal y del hombre honesto. Laigle es indudablemente, lo que dice un párrafo del informe de fs. 197. Su neurotonía general será evidente con predominio de hipersimpaticotonía, tendrá resistencia a la atropina, tendrá algunos signos disendocrínicos dependientes de tiroides y suprarenal, etc., pero aparte de que todos estos signos clínicos juntos, con muchos otros más, no constituyen necesariamente a un hombre en homicida, cada uno de ellos, para ajustarse a una conclusión fundada de psicopatología forense, deben estar en relación con ese complejo activo que es un hombre dado, considerado en su vida entera y en el momento del hecho. Proceder de esta manera es presentar un estudio clínico pero no una pericia de carácter deductivo. Lo que el Juez debe resolver, ayudado por el perito, es si tal individuo obró de tal modo en tal acto en forma que la sentencia pueda declararlo culpable o no culpable. Pero como más importante que la determinación de un signo clínico que pertenece a todos los hipersimpático-tonicos es determinar si este hipersimpático-tonico obró o no obró de tal manera "en el momento del hecho", cuando esta conclusión asertiva falta en la pericia, no corresponde que esa conclusión se convierta en el fundamento de la sentencia.

"Que, por otra parte, un individuo puede perder "el control sobre sí mismo" como lo acepta la pericia de fs. 197 vta., sin que ello lo coloque en los términos del art. 34, inc. 1º. En todo "raptus" emocional, normal o anormal, existe pérdida del control sobre sí mismo. Para que ello equivalga a "insuficiencia en las facultades" o a "alteración morbosa de las mismas", o a "inconsciencia", como lo exige la ley la insuficiencia, la alteración o la inconsciencia deben ser completas. En el caso de Laigle es de todo punto evidente que el control existió. No fué el control del hombre normal, que escribe en su escritorio, sino el del hombre sacudido por una emoción violenta. Teniendo en cuenta esa pérdida de control, derivada de la emoción, la ley contiene su art. 81, inc. 1º a), y no el art. 34, inc. 1º, que se refiere a la alienación mental o a estados de inconsciencia que no son, en absoluto, las designaciones clínicas que pueden aplicarse al acto realizado por Laigle con una determinación de voluntad y una tranquilidad de espíritu, que asombrarían, si no fueran visiblemente, una consecuencia del dominio sobre sí mismo que una cultura superior y una conducta regular y sostenida de la vida inspiran a un hombre, por hipersimpático-tonico que sea.

"Que los fundamentos de esta opinión pericial están enumerados a fs. 197 y son claros, pero, susceptibles de una interpretación judicial distinta. Son:

- a) Que su constitución lo hace apto para esa crisis o pérdida de con-



tol. Es una afirmación deductiva que se aplica a la mayoría de los seres humanos, pero no afirma que Laigle tuvo esa crisis, sino que “nada nos autoriza a negarla”, ni tampoco a afirmarla, como demuestran las palabras empleadas.

b) Que siempre se simula una amnesia total y Laigle no lo ha hecho. Laigle no ha simulado nada. Dice no recordar dos hechos, esto es todo.

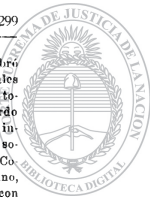
c) y d) Se refieren a una simulación que no ha existido ni se puede suponer en un caballero tan correcto como es Laigle.

e) Que su actitud después del hecho no excluye la crisis emotiva violenta. Es indudable. Esa crisis emotiva violenta es la del art. 81, inc. 1º a) y no otra.

f) Contiene apreciaciones sobre el carácter de Laigle. Son indudables. Lo es también la cita de Ottolenghi. Pero, ello prueba, precisamente, que en casos como éste, debe tenerse en cuenta el “estado psicológico que una excitación dada produce”. El código la ha tenido en cuenta. Es el art. 81, inc. 1º, a).

“Que el informe pericial de fs. 198 v., llega a la conclusión de que Laigle es un hiperemotivo y “resulta así explicable que en el momento del hecho haya podido sufrir una emoción anormal tan fuerte, que no le permitiese el pleno dominio de sus facultades”. El art. 34, inc. 1º, no habla de dominio de las facultades, término anticientífico, sino de insuficiencia o alteración morbosa de facultades, esto es, de alienación mental. No se llega al texto del código, en un caso dado, por vía de deducción, sino por el estudio actual y documentado del caso. Una pericia deductiva, en consecuencia, no puede dar base a una absolución, porque el derecho penal no procede en virtud de deducciones clínicas sino por razones superiores que determinen un juicio fundado en una realidad, esto es, para emplear palabras de De Sanctis y Ottolenghi, en el problema psicopatológico y antropológico criminal que plantea un delito a una pericia psiquiátrica.

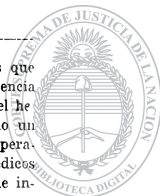
“Que como lo ha dicho este Tribunal, en la causa seguida a José María Ruffet, “la mera posibilidad referida no basta para fundar la falta de responsabilidad criminal del procesado. La ley penal, como la ley civil, y todos los conceptos y juicios acerca de la conducta humana, se basan en un supuesto lógico y capital: el carácter consciente de los actos del hombre. Este supuesto debe necesariamente subsistir mientras una presunción contraria fundada en comprobaciones objetivas suficientes no venga a desvirtuarlo, creando en el espíritu del Juez una convicción o una grave y verdadera duda. Se concibe, en efecto, el peligro que significaría para el interés superior de la defensa social una jurisprudencia que tendiera a admitir con mayor facilidad que las disposiciones aplicables del Código Penal, la alegación de la inconsciencia de los reos en el momento de cometer un grave delito de sangre, sin que para ello existiera otra corroboración que la ofrecida por las propias palabras del procesado y por anomalías constitucionales de tipo común y por una constitución psicopática que no se haya traducido jamás ni aun en el momento mismo del hecho, en actos o síntomas morbosos bien caracterizados”.



“Que la sentencia apelada absuelve por considerar que el procesado obró en estado de inconsciencia. Ello no es procedente. Los informes periciales no la establecen sino como una mera posibilidad y está contradicha por todos los actos de Laigle. Lo único que no es consciente en él es el recuerdo de dos detalles, ajenos al carácter específico de los dos homicidios. La inconsciencia, cuando no proviene de estados naturales en el individuo sobreviene en los casos que los tratadistas llaman “locuras transitorias”. Como lo ha dicho en una publicación oficial un distinguido profesor argentino, estas son crisis fugaces de pérdida de la lucidez psíquico consciente, con persistencia del automatismo psíquico y motor. El fenómeno necesario y típico en este trastorno es la pérdida de la memoria de fijación, durante la crisis. De ahí que la amnesia lacunaria, temporaria y total, es indispensable para aceptar la inconsciencia completa. En el caso de Laigle nada de esto existe. En ningún momento ha perdido la lucidez consciente. No ha tenido sino la amnesia que puede tener todo hombre respecto a los detalles de un hecho trágico en que descubre su deshonor y mata a su mujer y al amante. Esa amnesia de simples detalles no merece ni siquiera el nombre de amnesia. Está estudiada en simples libros de textos y acompaña a la mayor parte de los actos emotivos sencillos que excitan nuestro psiquismo normal. En consecuencia, faltando la amnesia, base científica necesaria para que exista la inconsciencia, ésta no puede ser alegada ni siquiera en sus formas más corrientes, la ebriedad, el equivalente epiléptico, la manía transitoria, etc.

“Que en consecuencia, debe determinarse cuál es la situación penal del procesado. Dejando de lado las consideraciones que hace la sentencia, respecto a las dos víctimas, y especialmente a Grané, que por haber fallecido y no estar representado en la causa no ha podido probar si era o no estudiante de medicina, si contaba o no con recursos propios o si era o no el galán seductor de una mujer rica de cerca de cuarenta años, consideraciones que son excesivas porque una sentencia no es una defensa, es indudable que Laigle ha realizado el doble homicidio en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable. Sin necesidad de ninguna pericia ello debe darse por demostrado y máxime en este caso en que ellas existen para corroborar ese juicio. El hombre no tiene derecho a matar a su esposa, pero, la naturaleza le ha dado pasiones y emociones, que en un ser de la situación intelectual, moral y social de Laigle, esposo modelo, correcto caballero y excelente funcionario, han tenido que obrar de una manera intensa y fatal. La idea del deshonor lo ha llevado a matar y mató. Pero como mató no en un ataque de alienación mental sino de emoción violenta, le corresponde la pena que el código aplica, después de la reforma de 1922, a los cónyuges homicidas, esto es, la del art. 81, inc. 1º a).”

En el caso que ya hemos citado, del comisario Ruffet, se establece con precisión el valor de la pericia psiquiátrica y se hace la crítica de lo que Sanetis y Ottolenghi llaman la *pericia deductiva*.



Esta consiste en lo siguiente: como hay determinados signos que acompañan normalmente a ciertos temperamentos, de la existencia de esos signos en una persona se deduce que en el momento del hecho pudo obrar dentro de esa situación; por ejemplo, cuando un sujeto presenta los caracteres físicos que acompañan a los temperamentos hiper-emotivos o hiper-simpático-tónicos, los peritos médicos deducen que en el momento del hecho ha obrado en estado de inconsciencia (\*).

**408.** — Basta plantear el problema, para comprender lo difícil que resulta para el juez sortear estas dificultades que le crean los peritos psiquiatras. Ellos son los que deben determinar, de acuerdo con la ley, el estado mental en que se encontraba el sujeto en el momento del hecho. Basta extender o restringir un paso más las consecuencias de un hecho para que estemos en el campo de la responsabilidad o de la irresponsabilidad.

Por eso es tan delicado este punto y susceptible de serios reparos la disposición que comentamos cuando ordena al juez poner en libertad al sujeto sobre la base de un informe pericial que no emana de peritos oficiales. Se objetará que éstos también podrían incurrir en error mañana, que también podrían obedecer a extrañas influencias: es indudable, pero por los menos no serían propuestos por la parte interesada.

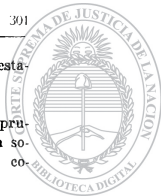
#### REGIMEN DEL INTERNAMIENTO

**Sumario:** 409. Jurisdicción penal y civil. — 410 a 412. Jurisprudencia.

**409.** — La situación del internado depende enteramente del juez en lo criminal, según se desprende con precisión de la exposición de motivos. Ese juez es el que determina la iniciación, transcurso y cese de la internación. Puede intervenir conjuntamente el juez en lo civil en aquello que le concierne, como ser tenencia de hijos, patria potestad, etc., en una palabra todas aquellas relaciones civiles que surgen de la vida de relación de ese hombre, menos en lo relativo a

---

(\*) Véase *supra*, N° 297, nota 13.



su situación en el establecimiento penal y tiempo por el cual estará (?).

**410.**— Sobre esta cuestión hay casos interesantes de jurisprudencia. Existe un fallo del juez de instrucción doctor Irigoyen sobre las condiciones del internamiento, dictado cuando recién comenzaba la vigencia del Código (\*).

Decía el doctor Irigoyen, en Julio 3 de 1922:

“Que atenta la terminante conclusión que con respecto al estado mental del prevenido se llega en el mencionado informe médico-legal, concurre en el presente caso a favor del mismo la existencia de pena establecida en el artículo 34, inc. 1º del Código Penal.

“Que es de observar, no obstante, que la naturaleza del hecho cometido por Hoya y las circunstancias en que lo llevó a cabo demuestran evidentemente que dicho sujeto constituye un serio peligro para la sociedad que determina la segunda parte del inc. 1º de la expresada disposición legal.

“La nueva legislación penal en vigencia autoriza ampliamente al magistrado que conoce en el juicio criminal para ordenar tal medida disponiendo la reclusión en establecimiento adecuado del imputado demente, declarado irresponsable del hecho por el cual ha sido procesado, cuando fuese peligroso y hasta tanto haya dejado de serlo.

“Que si bien el caso de autos no ofrece duda alguna con respecto a la necesidad indiscutible de dicha reclusión, puede presentarse a la consideración judicial otro en el que sea dudosa la procedencia de la misma y que en consecuencia la resolución dictada en ese sentido, cause un perjuicio irreparable a quien debe sufrir la internación.

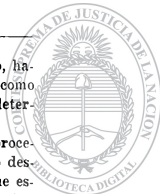
“La posibilidad de que esto último ocurriese y que debido a cualquier error de apreciación en el estudio del caso, una persona pueda ser privada al derecho de su libertad, constituye motivo más

---

(?) En *Revista Penal Argentino*, tomo VI, pág. 32 y sigts., véase el minucioso estudio del juez de instrucción y profesor de esta casa, doctor Díaz, acerca del internamiento de seguridad, sus límites y condiciones.

(\*) *Revista Penal Argentina*, tomo I, pág. 195.





que suficiente para poner a la misma a cubierto de tal peligro, haciendo factible, aún cuando la reclusión no se haya impuesto como pena, el ejercicio de los recursos legales que la ley procesal determina.

“Es indudable que si debido a alguna circunstancia el procesado tiene defensor que lo represente en la causa, aquel peligro desaparece o por lo menos se aleja, desde que no es presumible que este último deje de cumplir con su deber consintiendo una resolución que dispone la internación en un hospicio de su defendido, si ella no se apoya en razones atendibles. Pero la situación cambia en casos como el presente, en los que el insano no tiene defensor que lo represente, ni es posible, dado su estado de absoluta incapacidad, intimarle haga tal designación personalmente, ni tampoco notificarle la resolución por la cual se le priva de su libertad. Se impone aun por simple principio de equidad, que esta deficiencia sea subsanada por el juzgado arbitrando el medio para que la persona cuya reclusión se ordena, tenga a los efectos legales a que hubiere lugar, la representación que les corresponde”.

En mérito a estas consideraciones, el juez resolvía el sobrecimiento definitivo del procesado, su internación en el hospicio de Las Mercedes, dar intervención en la causa al defensor de pobres, y remitir al juez civil en turno copia testimoniada del auto del nombramiento de curador del procesado.

411. — Una decisión ulterior de la Cámara del crimen ha establecido la distinción que existe entre las atribuciones del juez civil y del juez penal sentando la siguiente doctrina (\*):

En el caso del art. 34, 2º apartado del Código Penal, el mismo juez de la jurisdicción criminal es quien debe declarar oportunamente, desaparecido el peligro, sin perjuicio de que haya al juez civil la intervención que le corresponde. Incumbe al juez del crimen, no solo ordenar la reclusión de los alienados delincuentes, sino también poner término oportuno a tal medida.

Decía la Cámara fundamentando esta resolución:

“Considerando:

“Que, resultando de los términos del segundo apartado del inc. 1º, art. 34 del cód. penal, que corresponde al juez de lo criminal or-

(\*) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 15, pág. 168.



denar la reclusión de los alienados delinuentes, es lógico deducir que la resolución judicial requerida por el mismo inciso para poner término a tal medida, sea también del resorte de la jurisdicción penal.

“Que estas disposiciones pueden y deben ser independientes de las que incumben al juez civil, a los efectos de este orden (arts. 140, 148, 150, 151 y 152 del cód. civil).

“Que no ha sido otro el pensamiento de los proyectos que sirvieron de base al código penal vigente: “La ley, dice la exposición de motivos del de 1891, pág. 56, debe ordenar imperativamente la reclusión de los locos peligrosos, y desde que la intervención del juez en lo criminal es necesaria, siempre que se ejecuten hechos declarados delictuosos, a él deberá corresponderle adoptar, cuando el agente sea un enfermo, en resguardo y en defensa de la sociedad, la medida que salguarde a ésta, que la garante para la futuro y que proteja al mismo tiempo al enfermo y tienda a volverlo a la salud.”. Todavía más explícitos son los autores del proyecto de 1906, cuando dicen en su informe: “Los locos delincuentes deben depender de los jueces del crimen en cuanto a su libertad, sin perjuicio de que la declaración de incapacidad, a los efectos civiles, la curatela y todo lo relativo a sus bienes y demás derechos, sean el resorte de la justicia civil”.

**412.** — Un caso reciente, resuelto por el juez de instrucción doctor Díaz, ha dado lugar a que se precisen un poco las condiciones de este *peligro* de que habla la ley. <sup>(10)</sup>.

El caso es el siguiente. El procesado Viva contrajo enlace, en Lanús, el 18 de Noviembre de 1922. A los cinco días, sale con su mujer a pasear; le dice a ésta que lo espere en casa de una prima mientras él atendía una diligencia. Concorre a un café situado en la calle Bernardo de Irigoyen a la altura de la calle Brasil. Una vez en este sitio, al cual había concurrido — según manifestaciones del procesado — obedeciendo al llamado de una persona amiga, fué amenazado de muerte si no se casaba con una ex amiga, y atemorizado por a amenaza accedió, casándose nuevamente en esta Capital.

Del informe médico resultó que Viva era un sujeto atacado de

---

<sup>(10)</sup> Causa N° 33669.



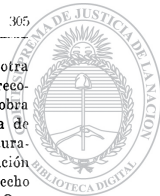
debilidad mental congénita, tipo cercano a la imbecilidad, de insuficiencia en su psiquis y en el desarrollo de sus facultades mentales, de pobre memoria y razonamiento y juicio pueriles.

Por esas causas se le absolvió como autor del delito de bigamia y fué recluso, por disposición del juez de la causa, en la Cárcel de Encausados. Transcurrido un tiempo, se solicitó el levantamiento de esa medida de seguridad y en esa ocasión, el doctor Díaz, en Junio 18 de 1928 dictó el auto siguiente, confirmando en todas sus partes por la Cámara del Crimen:

“Y vistos. Y considerando:

“Que los señores médicos de los tribunales que suscriben la pericia médico legal de fs. 78 expresan que el estado del recluso Erasmo Francisco Viva es el mismo que tenía al tiempo de efectuarse el reconocimiento de que informa la pericia de fs. 72 v., vale decir, que continúa siendo, por tratarse de un débil mental próximo a la imbecilidad por alteración morbose congénita, un sujeto peligroso para sí mismo, por su condición de captable, y para los demás, en cuanto en tal estado, — como ocurrió en ocasión del hecho motivo de su procesamiento, — constituye una amenaza constante de vulnerabilidad al bien jurídico. Que ante tales conclusiones y examinadas éstas a través de la institución asegurativa creada por el art. 34 del Código Penal, basta para concluir que no ha llegado aún el momento de pronunciarse por la soltura del recluso, sin que pueda admitirse, conforme a esos mismos principios, el temperamento insinuado por los señores médicos en el citado informe de fs. 78 y acogido implícitamente por el señor agente fiscal en su dictamen de fs. 79 v. en el sentido de que podría disponerse la soltura, sin que significara peligro alguno, siempre que el curador que ya tiene designado, según resulta de fs. 27 y del escrito de fs. 69, cumpla en forma con las obligaciones de ley.

“Que el internamiento de seguridad consecutivo a la comprobación del hecho criminal por agente inimputable en razón de un estado de incapacidad que le haya impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, es una institución creada en defensa de la sociedad y puesta por ésta en manos de los jueces para la administración, por su exclusivo intermedio, de una tutela del orden social y bien jurídico, tutela que en modo alguno puede ser sustituida en el curador que puede tener el recluso en casos



como el presente y otorgada por el ministerio de jueces de otra jurisdicción, pues la institución de la curatela de la ley civil reconoce distinto origen y es de otros efectos jurídicos desde que obra dentro del orden de las incapacidades del sujeto como persona de derecho sin relación ni vinculación alguna con la tutela de naturaleza "sui generis" y de orden público que nace de la institución creada por la disposición del citado art. 34 en presencia del hecho antisocial y violatorio de las normas jurídicas que le da origen. Que siendo ello así, es a los jueces que substanciaron el proceso criminal en ocasión del hecho punible comprobado, que corresponde, únicamente, la tutela del recluso hasta la absoluta desaparición de las condiciones que lo hacen peligroso para sí o para los demás y como éstas subsisten en la actualidad, según se deja considerado, la soltura del recluso Erasmo Francisco Viva es improcedente, aún en la medida aconsejada por el señor agente fiscal en su dictamen de fs. 79 v."

El juez ha resuelto, pues, la continuación de la internación de este sujeto. No hay otra solución, porque estamos dentro de la condición de peligro de que habla la ley. Tal es la situación jurídica que nos crea el texto legal que comentamos.

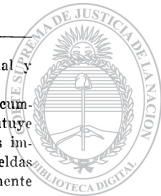
## II. — Instituciones nacionales existentes

### EXPOSICION

**Sumario:** 413. Crítica. — 414. Proyecto argentino de 1926 sobre estado peligroso de los delincuentes.

**413.** — El Código prescribe que los alienados deben ir a un manicomio; en los demás casos, los sujetos absueltos dentro de las condiciones previstas en el art. 34, inc. 1º, deben ir a *establecimientos adecuados*.

Esto se ha cumplido entre nosotros, desgraciadamente, en una forma fragmentaria e incompleta. Los alienados delinquentes y los delinquentes alienados son enviados al pabellón "Lucio Menéndez"



del Hospicio Nacional, donde tienen un departamento especial y son sometidos a un tratamiento.

Los demás absueltos en virtud de este inc. 1º del art. 34, cumplen su internación en la Cárcel de Encausados, lo que constituye una verdadera enfermedad. Imaginemos los casos de individuos imbeciles, epilépticos, idiotas, etc., reclusos en las pequeñas celdas de la Cárcel de Encausados, cuyas condiciones son materialmente deplorables, y veremos que el tratamiento de internación tiene que resultar un desastre. Mientras el Código habla de *establecimientos adecuados*, en la práctica parece que se hubieran ido a buscar expresamente los establecimientos *inadecuados* para dar cumplimiento a sus preceptos. El Hospicio de las Mercedes se ha negado a recibir a estas personas que no son alienados mentales, pero es indudable que estarían mejor en él que en donde se encuentran actualmente.

**414.** — Esta medida de seguridad que forma parte de la lucha social contra la delincuencia, exige la existencia de instituciones especiales.

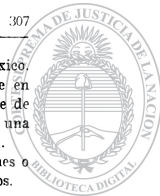
Los autores del proyecto argentino de estado peligroso de 1926 aconsejaron la creación de los siguientes establecimientos, sólo para cumplir el precepto del inc. 1º del art. 34:

a) Manicomios criminales o salas para alienados delincuentes en manicomios comunes.

La opción se debe a que hay las dos tesis en la doctrina: la que sostiene que los alienados delincuentes deben ir exclusivamente a manicomios criminales, y la que sostiene que es mejor la formación de salas especiales en los manicomios comunes. En la actualidad, los alienados delincuentes son internados, como hemos dicho, en el pabellón "Lucio Menéndez" del Hospicio Nacional de Alienados, pero no por razones doctrinarias sino por motivos de necesidad.

b) Asilos para bebedores.

Actualmente, los bebedores enviados a la Cárcel de Encausados no beberán indudablemente, pero eso sólo no basta como tratamiento eficaz. Los asilos para bebedores no tienden al acto material de evitar que el individuo esté bebiendo, del mismo modo que la curación de un toxicómano no consiste únicamente en privarlo del tóxico: tienden a someter al individuo asilado a un tratamien-



to adecuado que lo haga mañana rebelde a la bebida o al tóxico. La sola privación del alcohol no basta; el tratamiento consiste en un trabajo adecuado, en una alimentación especial, en una serie de actos coadyuvantes que persiguen el propósito de darle al sujeto una nueva modalidad física y hasta una nueva modalidad psíquica.

Actualmente los que han cometido delitos en estas condiciones o los alcoholistas crónicos son enviados a la Cárcel de Encausados.

c) Colonias y casas especiales de trabajo.

Son las destinadas a otro gran grupo de personas afectadas de manías transitorias, de inconsciencia o alienación mental que no necesitan el manicomio ni la sala especial, sino una colonia de trabajo. El trabajo cambia profundamente la psicología de ciertos alienados.

Estas casas deben ser de dos especies, unas suburbanas y otras rurales, de acuerdo con las características del sujeto. Hay alienados que necesitan el campo, como los internados en la colonia de Open Door; otros en cambio requieren la ciudad.

d) Establecimiento nacional para mujeres en estado peligroso.

Actualmente todas las mujeres que cometen delitos, sea delinquentes normales o en estado peligroso, van a la Cárcel de Mujeres de la calle Humberto I. Se está violando, pues, toda la doctrina y las más terminantes disposiciones del Código.

### III.— Lucha social contra la delincuencia

#### INSTITUCIONES NECESARIAS

**Sumario:** 415. Conclusiones del primer congreso penitenciario argentino de 1914. — 416. Proyecto italiano de 1921.

**415.**— El primer congreso penitenciario argentino de 1914 aprobó las siguientes conclusiones en materia de instituciones y establecimientos de lucha contra la delincuencia:

6° Que para hacer efectiva la penalidad, tanto en el orden



nacional como en el provincial, deben crearse los siguientes establecimientos:

a) Alcaldías policiales que permitan la separación de los detenidos según sean menores de edad o se encuentren a disposición de los jueces de instrucción o de lo correccional o sean simples contraventores;

b) Una cárcel de encausados en la Capital federal;

c) Una colonia correccional para menores y reorganización de la colonia de Marcos Paz;

d) Una cárcel correccional de mujeres;

e) Cárceles penitenciarias y colonias penales regionales en todos los territorios de la República, para el uso de la Nación, de las provincias y de los territorios nacionales;

f) Ampliación del presidio y cárcel de reincidentes de Ushuaia;

7° Que la reglamentación de la pena debe ajustarse a los siguientes principios:

a) Separación de los delincuentes reincidentes de los primarios; menores de los mayores; por razón de sexo y de la naturaleza de ciertos delitos;

b) Educación moral e instrucción común elemental e industrial y concordante con las exigencias de orden económico del medio social;

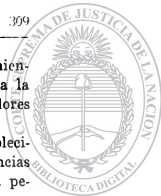
c) Trabajo útil y compatible con la clase de pena y salud física y moral del penado;

d) Adopción de medidas que importen motivos de estímulos regenerativos y mejoramiento progresivo de la condición del penado;

8° Que el tratamiento de los alienados delincuentes y de los delincuentes alienados debe efectuarse en establecimientos especiales distintos de los manicomios comunes o en secciones particulares de estos mismos manicomios.

9° Que los condenados por culpa o imprudencia deben cumplir su condena en pabellones o dependencias de los establecimientos penales, separados de los delincuentes voluntarios.

10° Que debe auspiciarse la fundación de una asociación nacional de patronato de liberados.



11\* Que es necesaria la creación, en uno de los establecimientos penales de la Capital Federal, de una escuela destinada a la instrucción de las personas que aspiren a los puestos de celadores y guardianes de las cárceles nacionales;

12\* Que la Nación debe recibir en sus cárceles y establecimientos penales a los condenados por los tribunales de provincias que no tengan establecimientos propios para hacer efectiva la penalidad prescripta por el Código.

13\* Que la vagancia habitual debe ser prohibida y que para ello la Nación debe dictar medidas de preservación social coercitivas y que a ese efecto se deben crear colonias de trabajo, sancionando legislación que impida la reincidencia en la vagancia e instituir patronatos especiales.

15\* Que en las cárceles de mujeres debe establecerse un departamento en que las delincuentes puedan criar a sus hijos durante el período de la lactancia.

16\* Que es conveniente la creación de una "dirección general de establecimientos penales y correccionales".

**416.** — Veamos, a título comparativo, las principales sanciones del proyecto italiano de 1921.

Art. 39. — Las sanciones para los delitos comunes cometidos por mayores de 18 años son: la multa; el exilio local; el confinamiento; la prestación obligatoria de trabajo diurno; la segregación simple en casa de trabajo o colonia agrícola; la segregación rigurosa en un establecimiento de reclusión; la segregación rigurosa perpetua.

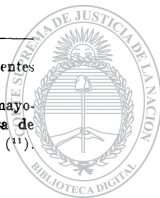
Art. 40. — Las sanciones para los delitos político-sociales, cometidos por mayores de 18 años, además de la multa y de las sanciones del art. 43, son: el exilio general; la detención simple; la detención rigurosa.

Art. 41. — Las sanciones para los delitos cometidos por menores de 18 años son: la libertad bajo vigilancia; la escuela profesional y de corrección o el buque escuela; la casa de trabajo o colonia agrícola para menores; la casa de custodia. Secciones especiales serán destinadas para los más peligrosos, que hayan cometido



delitos graves o muchos delitos, o sean reincidentes o delincuentes habituales.

Art. 42. — Las sanciones para los delitos cometidos por mayores de 18 años en estado de enfermedad mental son: la casa de custodia; el manicomio criminal; la colonia especial de trabajo <sup>(11)</sup>.



---

<sup>(11)</sup> Véase para ampliación de este tópico, lo que decimos en el capítulo XV.



## DERECHO PENAL DE LOS MENORES

### SUMARIO

- I. Generalidades. Importancia.
- II. Bases esenciales. Exposición.
- III. Legislación vigente. Antecedentes. Código Penal.
- IV. Proyecto suizo de 1916. Categorías y sanciones. Resumen.
- V. Proyecto italiano de 1921. Exposición.

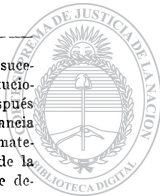
### I. — Generalidades

#### GENERALIDADES

##### Importancia

Sumario: 417. Transformación fundamental. — 418. Significado.

**417.**— Una de las más fundamentales transformaciones que ha experimentado el derecho penal en la doctrina y en la legislación de la mayor parte de los países del mundo es la que se refiere al derecho penal de los menores. En los demás aspectos de ese derecho nos encontramos a cada momento con ideales de la doctrina que están muy lejos de ser aceptados por la realidad de una ley.



En cambio en materia de derecho penal de los menores ha sucedido precisamente lo contrario: comenzaron primero las instituciones y las ideas nacidas en la cátedra o en el libro, y recién después aparecieron la ley y la doctrina. Tal vez se deba a tal circunstancia la ineficacia de las discusiones suscitadas alrededor de esta materia, discusiones que, por otra parte, no van nunca al fondo de la doctrina sino que se refieren casi exclusivamente a puntos de detalle o a la interpretación de aspectos parciales de la cuestión.

**418.**— Toda la humanidad civilizada se orienta actualmente hacia la creación de un nuevo derecho penal de la infancia. La ciencia de los teorizadores de gabinete, la práctica de los que aplican las penas en los establecimientos penitenciarios, los congresos científicos de derecho penal, las sanciones repetidas de los parlamentos de muchas naciones, la conferencia pública, la prensa, el libro, las sociedades de beneficencia, todo lo que hoy siente y piensa en el mundo civilizado, tiende a construir un derecho penal nuevo que contempla tan sólo a los menores de edad que tienen relación directa o indirecta con el delito. No es una aspiración ideal del hombre, sino una realidad concreta, corporizada en decenas de leyes que ya existen y han dado, según los casos, mayores o menores resultados positivos. Todo el mundo desea verlo realizado en proporciones cada vez más vastas. Nadie lo combate, nadie lo cree innecesario o inútil. El introduce en la vieja armazón de los códigos penales, principios e instituciones jamás soñadas por los tratadistas de más nota, y, sin embargo, no se lo tacha de destructor de sistemas. Es un nuevo derecho, una nueva concepción preñada de porvenir. Nació vigoroso y fecundo, mostrando desde muy temprano que llegaría muy lejos, dados los fines con que se puso a destruir la muralla de los viejos dogmas penales clásicos. Hoy tiene leyes, códigos, tribunales, establecimientos propios. Se habla de él como algo fundamentalmente distinto de todo lo que la humanidad ha conocido en materia de delitos, delinquentes y penas. Las naciones se copian unas a otras las últimas y mejores leyes que a él se refieren. Ningún tratadista, por clásico que sea, se olvida de él en sus escritos. Es la más alta conquista del derecho penal científico contemporáneo.



## II. — Bases esenciales

### EXPOSICION

**Sumario:** 419. Principios del nuevo derecho. — 420. Consecuencias. — 421. Protección penal del menor.

**419.** — Veamos, someramente, las bases esenciales de este derecho penal de los menores <sup>(1)</sup>.

En materia penal, el menor no es un *hombre chico* a quien se le aplica menos pena que al hombre grande. En el menor hay dos aspectos fundamentales que interesan a la sociedad, y que no pueden ni deben olvidarse nunca.

a) En el niño el delito no reviste los caracteres de importancia que en el adulto, porque intervienen en él en mayor grado los factores sociales de la imitación, de la necesidad inmediata, de la falta de inhibición, que otros elementos que actúan con mayor intensidad y persistencia en el delito de los mayores. En éstos el delito es, por lo general, el síntoma de un temperamento más o menos definido; en el niño no siempre es un índice seguro de apreciación.

Un acto de crueldad en un hombre de 25 años ya indica que en su temperamento se ha fijado la necesidad de la crueldad; ese mismo acto en un niño es un elemento completamente extraño al individuo. Por eso es gravísimo el error cometido por Lombroso cuando asimilaba los niños a los delincuentes, estudiando pacientemente esa serie de actos que realizan los menores, como hacer sufrir a los animales, etc. Lombroso contemplaba esos actos con el mismo criterio con que lo haría de ser cometidos por un adulto y llegaba a la conclusión de que en el niño existía la misma peligrosidad criminal que en el adulto. Lo extraordinario es que ese niño después cambiaba y dejaba de ser ese terrible criminal que ano-

---

<sup>(1)</sup> Para la exposición general del tema, y principales características del tribunal, del procedimiento, de los establecimientos de reforma y del patronato especial, véase el tomo III, capítulo XXXV.



taba Lombroso, convirtiéndose muchas veces en un hombre común que no hacía mal a nadie.

Por eso se puede afirmar que son reformables la mayor parte de los niños que entran en establecimientos especiales.

b) El niño no es solamente un delincuente futuro que la sociedad debe evitar para que un día no ponga en peligro su tranquilidad social. En el niño, aparte de la fuerza que lo arrastra al mal, existen factores humanos primordiales que la sociedad tiene el deber de hacer variar para que llegue a ser mañana un hombre real y potencialmente útil para la sociedad.

Es decir que en presencia del niño la sociedad no se encuentra en las mismas condiciones de gravedad específica que en presencia del adulto. Es presumible que el adulto no se reforme si no tiene en su interior la fuerza necesaria que lo conduzca a la reforma; y en cambio es indudable que en la mayor parte de los casos el niño se ha de reformar.

Estos son los principios que han orientado las instituciones originadas en Alemania, merced al esfuerzo de hombres que buscaban la reforma del niño por la educación. Después se difundieron en Francia, Inglaterra, Estados Unidos, etc.

420. — Son los que inspiran también a las instituciones especiales norteamericanas, que dicen: no podemos colocar al niño delante del juez en la misma situación en que la sociedad coloca al delincuente adulto; entre éste y el juez hay una lucha, pues el uno elude y el otro busca la investigación del delito; el juez puede ser severo con el delincuente porque de esa severidad sale muchas veces la confesión; en cambio el juez jamás debe ser severo con el niño ni hacerle sentir que la cárcel va a seguir a su acto.

Consecuencia fundamental: el *tribunal especial para menores*, ya que el menor no puede ser juzgado sobre la base de un proceso como cuando se trata de un adulto, en que se trata de buscar las pruebas, obtener la confesión, acumular todo aquello que se encuentra alrededor del hecho para establecer las características de una personalidad ya definida.

El *procedimiento*, pues, tampoco puede ser el mismo; debe revestir un carácter especial. Lo fundamental es comprobar qué es el niño, lo demás desaparece y hasta el delito mismo puede desapa-



recer ante la evidencia de la clase de vida especial llevada por un niño.

**421.** — A manera de síntesis clarísima de estos nuevos conceptos, podríamos hablar hoy de la *protección penal de los menores*.

Si el derecho penal referente a los menores existiera sólo como una defensa de la sociedad contra la actividad del menor delincuente, sus medios serían la cárcel y el reformatorio. No merecería el nombre de un derecho aparte en el cuerpo de las disciplinas jurídicas, en consecuencia. No lo merecería, tampoco, si su fin fuera sólo evitar que el niño de hoy se transformara en el delincuente adulto de mañana. Ello sería una defensa necesaria de la sociedad, por medio de leyes e instituciones preventivas y nada más.

La protección penal del menor supone la existencia de un concepto de enorme significación social. No se protege penalmente al menor para que no delinca sino para que readquiera o reafirme los atributos humanos perdidos o en trance de ser perdidos. La protección es penal, porque el menor está en el delito o cerca de las fronteras del delito o en una situación moral o física que puede un día llevarlo al delito. La protección es penal, porque se ejerce coactivamente sobre el menor y sobre su familia. La protección es penal, también, porque toma como índice de apreciación de su alcance y de su contenido la noción científica de *estado peligroso*, que pertenece al tecnicismo de la ciencia de la defensa social contra la delincuencia.

Con todo, su carácter esencial consiste en ser protección del menor y no protección de la sociedad. Un menor adecuadamente protegido no es un delincuente futuro menos. Es un hombre con más atributos humanos que los que poseía en el momento de haber comenzado su protección penal.

La distinción no es una sutileza sino una realidad. Una institución que tiende sólo a defender la sociedad del crimen es útil. Asegura de un atentado posible nuestro derecho de vivir socialmente en paz. Si el menor custodiado no comete jamás un delito, merced a la institución, ésta cumplió su destino formal, aunque el menor sea luego un mal ciudadano que no roba, no mata, no viola la ley, pero que tampoco produce el beneficio social posible que es la condición esencial de la naturaleza humana. El derecho penal de



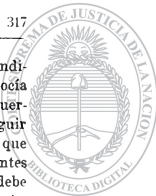
los menores habrá llenado eficazmente con ella su fin de defendernos del delito. Una institución tutelar, en cambio, que aspira a dar al menor, con prescindencia de la idea temerosa del delito, los medios de readquirir o de reafirmar sus atributos humanos perdidos o en trance de ser perdidos, es mucho más porque es fecunda. Quiere hacer del niño un hombre, como queremos hacerlo nosotros de nuestros hijos. ¿Acaso los educamos sólo para que un día no delincan? No. Nadie educa en la vida a un niño para ideales negativos. La educación es una actividad permanente del hogar y de la sociedad que consiste en la realización de ideales exclusivamente positivos. No ser malo es la aspiración infecunda de un espíritu débil o cobarde. Ser bueno es ser hombre, en el más alto valor atributivo del término. Para no ser malo basta, a veces, con no tener valor. Para ser bueno es menester tener una línea de conducta en la vida que presupone un firme valor moral. Educar al hijo para que no sea malo es útil, por más que no sea un ideal humano de superación. Educarlo para que sea un hombre, aunque tropiece, aunque sufra, aunque caiga más de una vez en el áspero sendero, es un ideal fecundo, porque ser bueno significa tanto no ser malo como ser, además, realmente y potencialmente, una fuerza armónica y activa en el seno de la sociedad.

### III. — Legislación vigente

#### ANTECEDENTES

**Sumario:** 422. Modelo de código de tipo antiguo. — 423. Proyecto de 1891. — 424. Ley número 4189. — 425. Proyecto de 1906.

**422.** — Como modelo de código de tipo antiguo tenemos el nuestro derogado en 1921. Su art. 81, inc. 2º, decía: “Están exentos de pena: los menores de diez años”. El inc. 3º del mismo artículo agregaba: “Quedan también exentos de pena los mayores de diez años y menores de quince a no ser que hayan obrado con discernimiento”.



Lo único que a la ley interesaba en el menor era esta condición psicológica del discernimiento, cuyo significado nadie conocía en el fondo. Si *discernir* es poder dirigir los propios actos de acuerdo con un criterio de lo bueno y de lo malo, sabiendo distinguir entre lo que es permitido y lo que no lo es, resulta indudable que la mayor parte de los niños tienen este discernimiento; aún antes de llegar a los seis años saben qué es lo que no puede o no debe hacerse aunque carezcan de la aptitud de saber dirigir sus acciones. Pero si *discernir* es poseer una aptitud que puede ir desde la comprensión necesaria para entender una obra maestra hasta la distinción entre dos o tres conceptos fundamentales de la vida, la vasta extensión del término hará que el criterio de apreciación judicial varíe en extremo.

Dejando de lado esta cuestión, decíamos que lo único que interesaba al Código antiguo era el discernimiento. El menor de diez a quince años tenía o no pena según que hubiera obrado con o sin discernimiento; en este último caso quedaba en libertad.

El art. 83, inc. 2º establecía como circunstancia atenuante ser menor de 18 años, sentando un simple criterio de benignidad. El art. 59 decía: "No se impondrá pena de muerte a los menores de edad". Y finalmente el art. 62 prescribía: "Los menores de edad que merecieran pena de presidio sufrirán la condena en penitenciaría". Esta parecía una concesión del código, pero en el fondo no significaba nada porque no había ninguna diferencia entre la penitenciaría y el presidio.

Este era todo el derecho penal de los menores contenido en el Código derogado.

**423.** — ¿Respondía al estado general de la legislación en el momento en que se dictó? Indiscutiblemente no; en todas partes del mundo existían leyes que regían lo relativo a la internación de los menores y al carácter de peligro social que podían representar; existían en Inglaterra, en Estados Unidos y en otras naciones, tribunales, procedimientos, patronatos especiales para menores y un concepto de aplicación de la pena totalmente distinto.

Basta señalar para probarlo que cuatro años después de sancionado el Código de 1887 se presentó el proyecto de 1891, que en su art. 59, inc. 14, creaba para los menores de catorce años un sis-





tema casi idéntico al que establece el Código actual en la primera parte de su art. 36. Quiere decir que la falta absoluta de principio adecuado sobre menores en el Código de 1887, era voluntaria.

El proyecto de 1891 recogía pues, más o menos tímidamente, esta conquista de la ciencia universal. En la propia exposición de motivos de ese proyecto se decía que en ese mismo año un congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal reunido en la ciudad de Berna había llegado a las mismas conclusiones que el proyecto sustentaba.

**424.** — La ley número 4189, del año 1903, a pesar de existir el antecedente mencionado, no introdujo la más mínima reforma en el Código. Siguió legislándose sobre menores con el mismo criterio de cien años atrás.

**425.** — El proyecto de 1906 tomó el texto del proyecto de 1891 y le introdujo en su art. 41, inc. b) algunas reformas. En el fondo, sin embargo, ese texto quedaba íntegramente igual al actual art. 36, apartados 1º y 2º. Lo único que no contenía el proyecto de 1906 es el apartado 3º del Código actual que concierne al derecho del Estado para prolongar la estada de los menores en establecimientos especiales hasta que lleguen a los 21 años cuando ciertas circunstancias los hicieren peligrosos.

#### CODIGO PENAL

**Sumario:** 426. Indecisión. — 427. Menor de 14 años. Art. 86. — 428. Categorías de menores. — 429. Menor de 14 a 18 años. Art. 87. — 430. Jurisprudencia. — 431. Reincidencia. — 432. Efectos civiles. — 433. Conclusión.

**426.** — Examinaremos ahora la legislación sobre menores contenida en el Código Penal vigente, para compararla luego con modelos de la política criminal y de la escuela positiva.

Nuestra legislación de menores ha nacido al azar de diversas redacciones. Ya en la exposición de motivos se puede apreciar la indecisión con que fué considerado este punto.

En el proyecto presentado en 1916 por el doctor Moreno aparecía como única legislación para menores la pobre expresión del



proyecto de 1906, que ya hemos expuesto: impunidad del menor de 14 años, salvo que por las circunstancias especiales de la causa, o por las condiciones del agente, fuera peligroso dejarlo en libertad.

Nosotros nos opusimos a esa redacción, manifestando que era completamente inconveniente, y mostrando, no como modelo sino sencillamente como punto de comparación, el proyecto suizo de 1915 que establecía un criterio completamente distinto del que pretendía implantar el proyecto argentino de 1916.

La comisión, en su exposición de motivos, se refirió a esas observaciones, pero justificó su despacho con estas palabras <sup>(2)</sup>: "Se ha tenido en cuenta al articular el proyecto un criterio práctico. No podíamos adoptar lisa y llanamente instituciones como las que se proyectan para Suiza porque carecemos de la diversidad de establecimientos enunciados en aquella legislación y no tenemos por ahora los medios para levantarlos. En esta, como en las demás materias, hemos tenido un punto de vista nacional, habiendo tratado de hacer no sólo obra eficaz, sino obra práctica".

La consecuencia ha sido la siguiente: como se quería conservar el sistema del proyecto primitivo, se ha legislado en general para menores pero no para categorías especiales de menores cuya existencia es universalmente comprendida y reconocida: materialmente abandonados, moralmente abandonados, perversos, en condiciones de serlo, autores de delitos sintomáticos reveladores de su peligrosidad.

Para nuestro Código no hay más que tipos limitados de menores; estaba descubriendo en ese momento la teoría de la peligrosidad y, en consecuencia, la adoptó a su manera.

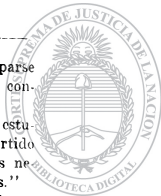
**427.** — Dice el art. 36: "No es punible el menor de catorce años.

"Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso <sup>(3)</sup> dejarlo a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta

---

<sup>(2)</sup> Pág. 158, ed. oficial.

<sup>(3)</sup> No alude al concepto de peligrosidad implicado en la noción científica del "estado peligroso", sino al peligro material, al que representa, por ejemplo, una pared que está por derrumbarse.



que cumpla diez y ocho años de edad. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores.

“Si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere, diese lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estadía hasta que tuviere veintiún años.”

De modo que si un menor de 14 años, en estado normal, comete un delito, no es punible. Pero si resulta peligroso dejarlo a cargo de los padres, tutores o guardadores, la ley autoriza al juez a colocarlo en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla 18 años. La ley limita las facultades del juez, ya que éste no podría enviar al menor al cuidado de una familia honesta, por ejemplo, sino al establecimiento de corrección que indica.

El último párrafo del art. 36 es innovación del proyecto de 1917. Alude al menor pervertido o peligroso. Sin embargo, sabemos que nuestro Código, por más que emplea la palabra *peligrosidad*, carece de un concepto serio, orgánico, fundamental de la peligrosidad del delincuente, porque la parte referente a la peligrosidad que figura en el actual art. 41 fué introducida por el Senado y no por la Cámara de Diputados (\*).

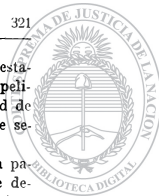
De manera que este concepto de menor pervertido o peligroso ha sido injertado en el art. 36 como pudiera plantarse una semilla sin importar si el terreno es o no apto para que germine.

**428.** — De acuerdo con la disposición del art. 36, existen tres categorías de menores.

- a) *Normales.* No existe a su respecto ninguna medida.
- b) *Normales que resulta peligroso dejar a cargo de los padres, tutores o guardadores.* Existe para ellos la casa de corrección hasta que cumplan la edad de 18 años; el juez puede anticipar la entrega.
- c) *Pervertidos o peligrosos.* Esta peligrosidad surge de la conducta del menor en el establecimiento y no del menor mismo, según los términos de la ley. En este supuesto, el tribunal puede prolongar la estadía del menor hasta los 21 años. De modo que un me-

---

(\*) Véase tomo II, N° 635 y sigts.



nor de 12 años que comete un delito y cuya conducta en el establecimiento revelase que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, puede permanecer en la casa de corrección hasta la edad de 21 años, no en forma de pena pero sí en forma de medida de seguridad.

Como carecemos todavía de verdaderas casas de corrección para menores delincuentes, pues las que existen son sumamente deficientes; como carecen de ellas las provincias y ni están siquiera en vías de tenerlas, resulta que poseemos un Código de comentario, no de realidad.

**429.** — El art. 37 prescribe: “Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de diez y ocho, se observarán las siguientes reglas:

a) Si el delito cometido tuviere pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas.

El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad o retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultase necesario, dadas las condiciones del sujeto;

b) Si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa.”

Legisla acerca del período que el proyecto suizo denomina *adolescencia*. Autoriza al juez a poner en libertad al menor mediante la condena condicional, o a ponerlo en libertad enviándolo a un establecimiento de corrección. Tiene en cuenta, para la adopción del tratamiento correspondiente, no ya la personalidad del sujeto, sino la gravedad del delito.

**430.** — Hace poco tiempo, el juez del crimen de la Capital, doctor Martínez, planteó un caso nuevo. Aplicó el art. 37, entregó un menor a sus padres, pero bajo la libertad vigilada del tribunal.

Esto pareció una novedad, toda vez que el Código no habla de esta libertad vigilada, sino que dice que el juez entregará el menor a sus padres.



El juez doctor Martínez se apoyó en la ley de menores número 10903. El asunto fué en apelación a la Cámara del Crimen, donde las opiniones se dividieron, resolviéndose por mayoría que el juez está autorizado para decretar la libertad vigilada del menor. Tres miembros de la Cámara consideraron que la adopción de esa medida no estaba autorizada, porque restringía el derecho de los padres.

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

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

Como vemos, las facultades del juez no pueden ser más amplias; lo reconoce terminantemente la exposición de motivos. Nos hemos basado en este argumento para votar que el juez tiene facultades para decretar la libertad vigilada del menor. Nos hemos

(\*) Pág. 158 de la edición oficial.



basado también en el texto del Código. Acabamos de ver que la exposición de motivos dice: "si creen que basta sacarlo del poder de los padres, para entregarlo a una familia responsable, también lo pueden hacer"; el Código, sin embargo, en ninguna parte habla de la facultad del juez para ordenar la colocación del menor en el seno de una familia responsable.

La explicación es sencilla. El legislador tenía un proyecto originario, al cual se le había formulado una crítica acerba entre otros aspectos, en el capítulo dedicado a la legislación sobre menores. Tenía, pues, que aprender estas nuevas orientaciones fundamentales: nada más fácil, entonces, que acudir a esta explicación diluida que anda por todo el Código tomada del proyecto suizo. El legislador oscilaba entre la exposición de motivos, terreno fácil para hacer doctrina, y el cuerpo orgánico del Código, donde no era tan fácil hacerla para quien no la había madurado suficientemente.

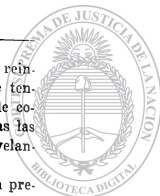
De ahí que la exposición de motivos, parte integrante de la interpretación de la ley en muchos casos, autoriza la medida especial de la libertad vigilada del menor; y por eso, sin violar la ley, hemos podido decir, los que votamos en favor de la tesis del doctor Martínez, que cuando la exposición de motivos expresa que las facultades del juez son amplias, no tiene nada de particular que el juez aplique una institución ya legislada en la ley número 10903, a que nos referiremos en su oportunidad.

**431.** — El art. 38 dispone: "El menor que no ha cumplido diez y ocho años, no puede ser declarado reincidente".

El art. 37 del proyecto italiano de 1921 reza así: "El menor reincidente se equipara al menor moralmente pervertido o con persistente tendencia al delito".

Lo cual hace resaltar los defectos de técnica de que está plagado nuestro Código. Es que en el momento de ser redactado, insistimos, se encontró de golpe con doctrinas y proyectos que no conocía y de que nunca se había hablado entre nosotros, por lo que ha andado a manotones con las instituciones, tomando incoherentemente un poco de aquí y otro poco de allá.

Es así que pretende ser moderno, positivo, inspirado en principios de defensa social, y sin embargo declara terminantemente y de modo absoluto que el menor que no ha cumplido 18 años no pue-



de ser declarado reincidente. ¿Pero acaso no es más grave la reincidencia en el caso del menor cuando señala una persistente tendencia al delito? Si ese menor delinque, a pesar de la casa de corrección, a pesar de la custodia de los padres, a pesar de todas las medidas que han podido adoptarse a su respecto, ¿no está revelando su carácter pervertido y peligroso?

De manera que la segunda vez que el juez se encuentra en presencia del menor delincuente, debe dar por borrado el hecho anterior. No existe, pues, para la ley, precisamente lo más sintomático de una personalidad.

Pero he aquí que aparece el proyecto italiano, redactado por Ferri, y sienta el principio contrario: el menor reincidente se equipara al menor moralmente pervertido o con persistente tendencia al delito.

Es elemental. Está bien que cuando el menor no tuvo los medios de aprovechar los beneficios de la ley, no cuente el delito anterior. Pero cuando ha estado en la casa de corrección, cuando el juez lo ha puesto en libertad, cuando ha estado sometido al beneficio legal y luego vuelve a cometer un delito, ya revela precisamente lo que dice con acierto el proyecto italiano, que es moralmente pervertido o tiene una persistente tendencia al delito.

Para nuestro Código, sin embargo, podrá el menor cometer cuantos delitos quiera, que si no ha cumplido los 18 años no será reincidente. Para poderle aplicar las sanciones correspondientes a ese estado de peligrosidad, el juez tiene que valerse de medios indirectos.

**432.** — Dispone el art. 39: “En todos los casos de delito cometido por un menor, el tribunal puede privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela. Podrá también disponer el cambio de guardadores. Para tomar esas medidas se tendrán en cuenta las situaciones respectivas del menor, sus padres, tutores o guardadores y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero”.

Estas disposiciones están también consignadas más ordenadamente en la ley número 10903, dictada el año 1919, que rige el procedimiento para los menores y que luego examinaremos.



**433.** — Esta es toda nuestra legislación sobre menores contenida en el Código Penal. Es indudable que si tuviéramos una organización adecuada, si dispusiéramos de algo más que de proyectos de establecimientos, esta deficiencia del Código podría ser suplida por la amplitud de criterio que la ley le confiere al juez. Pero no es así.

De manera que las categorías de menores establecidas en el Código son restringidas y mínimas. Más categorías hay en la exposición de motivos que en el Código, pero lo que se aplica es éste y no aquella.

#### IV. — Proyecto suizo de 1916

##### CATEGORIAS Y SANCIONES

###### Menores de 14 años

**Sumario:** 434. Principio general. — 435. Moralmente abandonados, moralmente pervertidos o en peligro de serlo. — 436. Niños que exigen un tratamiento especial. — 437. Niños normales o aparentemente tales.

**434.** — Veamos ahora un examen algo circunstanciado de la proyectada legislación de Suiza, que resume el conjunto de disposiciones esenciales existentes en las leyes americanas, inglesas, alemanas, italianas.

*Proyecto suizo de 1916.* Art. 82: “El niño menor de catorce años de edad, que cometa un hecho reprimido como delito, no será objeto de ningún proceso penal”.

Art. 83: “Si el menor tiene seis años cumplidos, la autoridad competente constatará los hechos y hará las informaciones precisas sobre el estado psíquico y mental del niño así como sobre su educación. En todos los casos dudosos deberá requerir además un informe médico”.

**435.** — Art. 84: “Si el niño está moralmente abandonado, mo-





ralmente pervertido o en peligro de serlo, la autoridad competente proveerá a su colocación.

“Esta colocación se efectuará, bien entregando el niño a un establecimiento de educación, bien entregándole a una familia digna de confianza, donde su educación estará vigilada por la autoridad competente.

“El niño puede también ser dejado en su propia familia, donde su educación estará igualmente vigilada”.

**436.** — Art. 85: “Si el estado del niño exige un tratamiento especial, si, singularmente, el niño está atacado de una enfermedad mental, débil de espíritu, ciego, sordo-mudo o epiléptico, la autoridad competente prescribirá el tratamiento apropiado al estado del niño”.

**437.** — Art. 86: “Si el niño no está ni moralmente abandonado, ni moralmente pervertido ni en peligro de serlo, y si su estado no exige un tratamiento especial, la autoridad competente, si lo encuentra culpable, le dirigirá una reprimenda o le infligirá los arrestos escolares”.

Art. 87: “La autoridad competente puede dirigir a los padres una admonición o una advertencia”.

Art. 88: “La autoridad competente podrá renunciar a toda medida, si han pasado seis meses desde que el acto ha sido cometido”.

#### Menores adolescentes

**Sumario:** 438. Principio general. — 439. Moralmente abandonados, moralmente pervertidos o en peligro de serlo. — 440. Profundamente pervertidos. — 441. Adolescentes que exigen un tratamiento especial. — 442. Adolescentes normales o aparentemente tales. — 443. Edad de transición.

**438.** — Art. 89: “La adolescencia es la edad comprendida entre catorce y diez y ocho años cumplidos. Cuando un adolescente haya cometido un acto reprimido como delito, serán aplicables las disposiciones que siguen”.



Art. 90: "El juez tomará los informes necesarios sobre el estado físico y mental del adolescente, así como sobre su educación.

"En todos los casos dudosos, deberá requerir además un informe médico. Podrá ordenar también que el adolescente sea puesto en observación durante cierto tiempo".

**439.** — Art. 91: "Si el adolescente está moralmente abandonado, moralmente pervertido o en peligro de serlo, el juez ordenará que sea enviado a una casa de educación disciplinaria.

"La educación disciplinaria tiene por objeto, por una parte, educar moralmente al adolescente y formar su carácter, y, por otra, enseñarle una profesión, proporcionarle los conocimientos y desarrollar en él las facultades que le pondrán en condiciones de ganar su vida después de su liberación.

"El adolescente permanecerá en la casa de educación disciplinaria todo el tiempo necesario para su educación y, en todo caso, un año al menos. Será definitivamente liberado cuando hubiere alcanzado la edad de veinte años cumplidos.

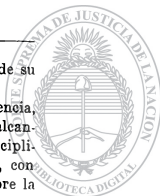
"Si el caso parece prestarse a ello, el juez podrá también entregar el adolescente a una familia digna de confianza, donde su educación estará vigilada por la autoridad competente. Si una vez ensayada la medida, resulta insuficiente, el juez enviará al adolescente a la casa de educación disciplinaria".

**440.** — Art. 92: "Si la perversión moral de un adolescente es tal que no puede ser admitido o retenido en una casa de educación disciplinaria, o si el delito cometido por él es muy grave, el juez ordenará su envío a una casa de corrección para adolescentes, exclusivamente afectada a este destino.

"El adolescente permanecerá allí hasta que se haya enmendado, sin que la duración de la permanencia, en ningún caso, pueda ser inferior a tres años ni superior a doce".

Art. 93: "El juez, con consejo previo de la autoridad del establecimiento, podrá trasladar a un establecimiento de educación disciplinaria a un adolescente enviado a una casa de corrección.

"El juez, con consejo previo de la autoridad del establecimiento, podrá remitir a un adolescente enviado a un establecimiento de



educación disciplinaria, a una familia digna de confianza donde su educación será vigilada por la autoridad competente”.

Art. 94: “Transeurrida la duración mínima de permanencia, el adolescente podrá ser liberado condicionalmente, si parece alcanzado el fin del tratamiento sufrido en la casa de educación disciplinaria o en la casa de corrección. La autoridad de vigilancia, con el consejo de los funcionarios del establecimiento, estatuirá sobre la liberación condicional.

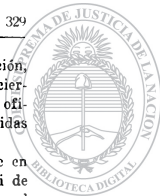
“Ella someterá al liberado a un patronato, y proveerá, con ayuda del representante del patronato, a su mantenimiento, educación y vigilancia. Podrá imponerle ciertas reglas de conducta, tales como la obligación de aprender un oficio, de permanecer en un lugar determinado o abstenerse de bebidas alcohólicas.

“Si, en el año siguiente a la liberación, el adolescente infringe las reglas de conducta que le han sido impuestas, o si, de cualquier otra manera, abusa de la libertad, la autoridad competente ordenará su reintegración en el establecimiento; en caso contrario, la liberación será definitiva”.

**441.** — Art. 95: “Si el estado de un adolescente exige un tratamiento especial, si singularmente el adolescente está afectado de una enfermedad mental, débil de espíritu, ciego, sordo-mudo, epiléptico, alcohólico, o si su desarrollo mental o moral presenta un retardo anormal, el juez ordenará que sea sometido al tratamiento apropiado a su estado”.

**442.** — Art. 96: “Si el adolescente no está ni moralmente abandonado ni moralmente pervertido o en peligro de serlo, y si su estado no exige un tratamiento especial, el juez dirigirá una reprensión al adolescente, o le infligirá una detención con aislamiento de tres días a dos meses, si le juzga culpable. Esta detención será sufrida en un edificio no destinado a prisión o casa educativa de trabajo para adultos. El adolescente estará obligado a trabajar con arreglo a sus facultades.

“El juez podrá suspender la ejecución de la detención y fijar un término de prueba de seis meses a un año, si el carácter del condenado y su conducta anterior hacen prever que esta medida le apartará de cometer un nuevo delito y que se enmendará.



“Salvo circunstancias especiales que justifiquen una excepción, el juez someterá al liberado a un patronato. Podrá imponerle ciertas reglas de conducta, tales como la obligación de aprender un oficio, permanecer en un lugar determinado, o abstenerse de bebidas alcohólicas.

“Si el adolescente, durante el período de prueba, persiste en infringir las reglas de conducta que le fueron impuestas, o si de cualquier otra manera, falta a la confianza puesta en él por el juez, éste ordenará que la detención se ejecute.

“Si el adolescente ha sufrido la pena hasta el fin, la condena se considerará como no pronunciada.

“Toda detención que no se haya comenzado a ejecutar a los tres años no podrá ya ejecutarse”.

Art. 97: “El juez podrá dirigir a los padres una admonición o una advertencia”.

Art. 100: “Si el autor de un acto reprimido como delito lo ha cometido durante su adolescencia, pero no es enjuiciado hasta después de haber cumplido la edad de diez y ocho años, el juez, si no estima oportuno tratarle como adolescente, fijará libremente la pena. En ningún caso podrá imponer una pena más severa que la señalada para la edad de transición (art. 101).

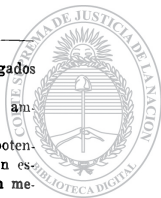
“El juez podrá pronunciar una condena condicional, aunque la pena infligida sea de duración superior a un año”.

**443.** — Art. 101: “Si en el momento en que el delito fué cometido, su autor tenía más de diez y ocho años de edad, pero menos de veinte años cumplidos, el juez aplicará las disposiciones siguientes”.

#### RESUMEN

**Sumario:** 444. Menores de 14 años. — 445. Menores adolescentes. — 446. Edad de transición. — 447. Sanciones. — 448. Trasplante del proyecto suizo. — 449. Conclusión. — 450. Comparación del proyecto suizo con nuestro Código Penal.

**444.** — En resumen, para los menores de 14 años el proyecto suizo crea las siguientes categorías de menores:



a) Moralmente abandonados, es decir, sin familia, entregados a la mala vida de la calle.

b) Moralmente pervertidos, generalmente por el medio ambiente en que viven.

c) En peligro de ser una u otra cosa. Este peligro es potencial; se refiere, por ejemplo, a un niño que ha delinquido sin estar corrompido o moralmente pervertido, pero que vive en un medio que hace presumible el contagio.

d) Niños que exigen un tratamiento especial (atacados de una enfermedad mental, débiles de espíritu, ciegos, sordo-mudos, epilépticos).

e) Niños normales o aparentemente tales.

**445.** — Para los menores adolescentes (14 a 18 años) establece las siguientes categorías:

a) Moralmente abandonados.

b) Moralmente pervertidos.

c) En peligro de ser una u otra cosa.

d) Profundamente pervertidos.

e) Adolescentes que exigen un tratamiento especial atacados de una enfermedad mental, débiles de espíritu, ciegos, sordo-mudos, epilépticos, alcohólicos o anormalmente atrasados en su desarrollo mental o moral).

f) Adolescentes normales o aparentemente tales.

**446.** — Finalmente, el proyecto suizo considera el caso de los delitos cometidos por menores en edad de transición (18 a 20 años).

**447.** — Para cualquier criterio es evidente que las divisiones están admirablemente trazadas. Son las que aplicamos corrientemente todos en la vida de sociedad, cuando juzgamos a los menores de una manera subjetiva u objetiva. La comisión redactora, apoyándose en el texto de los proyectos anteriores, no ha hecho otra cosa que recoger nociones y juicios que nos son comunes a todos. La tarea era sencilla. Lo difícil era coordinarla con un sistema penal científicamente adecuado. Era menester, para ello, querer realizar una obra que consultara los principios más fundamentales del nuevo derecho penal que se inicia en la doctrina y en la legislación. ¿Cómo



lograr semejante propósito? No se dejó a la posteridad la ardua solución. Se la buscó de frente, en el campo mismo del derecho que se codificaba. Había que realizar una fusión superior de elementos heterogéneos. Según el caso se aplicaba el remedio. Y estos eran muy diferentes entre sí. Para los niños de las subdivisiones a), b) y c) se tiene:

1. Colocación en un establecimiento de educación.
2. Entrega a una familia digna de confianza.
3. Vigilancia de su educación en el seno de su familia.
4. Renuncia toda medida si han pasado seis meses desde que el acto ha sido cometido.

Para los niños de la subdivisión d) se prescribe un tratamiento apropiado a su estado. Para los de la e) se dispone de una reprimenda o arrestos escolares, pudiendo también dirigirse a los padres una admonición o una advertencia.

Para los menores adolescentes se dispone también de diversas clases de medidas. En los casos de las subdivisiones a), b) y c), el proyecto establece las siguientes soluciones:

1. Envío a una casa de educación disciplinaria donde permanecerá un año a lo menos o hasta que cumpla veinte años, a lo más.
2. Entrega a una familia digna de confianza.

Para el caso de la subdivisión d), se crea la casa de corrección, donde permanecerá hasta que esté enmendado, pero limitándose su permanencia en ella a un mínimum de tres años y a un máximum de doce.

Para el caso de la subdivisión e), se establece que el adolescente será sometido a un tratamiento apropiado a su estado.

Para los adolescentes normales, subdivisión f), se prescribe una disposición curiosísima:

1. El juez le dirigirá una reprimenda.
2. Si le juzga culpable, le infligirá una detención con aislamiento de tres días a dos meses (\*).
3. Un término de prueba de seis meses con sujeción a ciertas obligaciones que puede imponer el juez. Si lo cumple bien, queda

---

(\*) Es imposible encontrar un motivo racional para esta última disposición, que significa un grave error en este proyecto, tan mesurado y científico en todas sus instituciones. La pena de tres días a dos meses es un verdadero contrasentido en el sistema del proyecto.



exento de pena; si su conducta es mala, etc., se le somete a la detención antedicha.

4. Admonición o advertencia dirigida a los padres (\*).

448. — La vida europea permite poner en práctica la enorme variedad de sanciones que el juez puede adoptar en presencia del menor; ello no sucedería en nuestro país. Supongamos la aplicación íntegra de este proyecto suizo entre nosotros: nos encontraríamos con que hay preceptos que no pueden cumplirse. Así, la colocación en las familias sería muy difícil, casi imposible. Nuestra familia urbana vive en condiciones muy conocidas; la vida en común del conventillo, sobre todo tratándose de menores que ya van con una tendencia al delito, es más peligrosa muchas veces que la calle misma, pues no hay casi línea de continuidad entre uno y otra. Nuestro hogar campesino no existe, primero por el carácter nómade de nuestros agricultores: agricultura extensiva, enormemente extensiva, no ocupa todo el año a los mismos hombres sobre el mismo lugar, como en la mayor parte de las regiones de Europa, donde los hombres no viven en su parcela de campo sino agrupados en su pequeña aldea; su pedazo de tierra está más lejos, lo cultivan todo el año, están en permanente contacto con la tierra que cultivan y con la casa en que viven desde muchísimos años atrás.

Con nuestra población ganadera sucede lo mismo: o vive en la misma casa central de la estancia o en pequeños puestos lejanos, pero siempre es movable e inestable, por el carácter de la ocupación ganadera, por el carácter mismo de los hombres, por el nomadismo inherente a nuestra raza, puesto que todos los que vivimos en este suelo descendemos de hombres que tuvieron un día la inquietud o la necesidad de ir más allá, de atravesar el mar.

Nosotros no conocemos ese tipo de paisano europeo que desde hace más de mil años vive adherido a su terrón, trabajando en él.

---

(\*) La admonición o advertencia a los padres es una prevención para que sepan cual es la situación del niño. Nosotros miramos con ojos distintos esta admonición; no concebimos bien el respeto por la autoridad que existe en ciertos medios europeos, especialmente en las poblaciones cantonales de Suiza, así como la importancia atribuida a sus reprensiones. Allí una admonición a un padre es un hecho que toda la comuna conoce; y en el arraigado concepto de solidaridad social que impera, estos actos repercuten de una manera más intensa que entre nosotros.



perfectamente homogéneo siempre, como acontece con la familia suiza, especialmente la que vive en los valles.

El proyecto suizo ha podido establecer, entonces, este criterio de la entrega del menor a una familia, porque allí existe la familia estable, la pequeña granja, donde el menor va a estar en contacto con gente seria, de trabajo, adherida al suelo, que moldeará su carácter y le enseñará alguno de los oficios fundamentales en Suiza, con su mundo de pequeñas industrias.

**449.** — Tales son, en sustancia, las disposiciones del proyecto suizo, la más completa expresión del sentimiento de justicia y de las necesidades sociales en materia de legislación penal infantil. Modelo digno de ser imitado por todo país culto.

**450.** — El modelo suizo guarda diferencias fundamentales con nuestro Código Penal. Lo que éste legisla en cuatro artículos, es un verdadero código en aquél. Lo que el Código argentino deja completamente de lado, esto es, toda la enorme gama de matices de esta materia extraordinariamente compleja, aparece con claridad insuperable, sin rehuir una sola dificultad doctrinaria o de hecho, en el proyecto helvético.

Para éste, la cuestión de la delincuencia infantil o adolescente es de capital importancia, tanto, que construye sobre ella un monumento de legislación, que puede tener, es verdad, algunos defectos, pero que evidencia esta nueva tendencia de las corrientes penales contemporáneas: la protección que el Estado debe a la sociedad de mañana.

Esta es, en efecto, la finalidad concreta del nuevo derecho penal en formación. El delito de hoy es lo irremediable, lo ya sucedido, el hecho que ningún poder humano puede lograr que desaparezca de la realidad en que se ha convertido. El delincuente, en cambio, es una fuerza activa que seguirá obrando para el bien o para el mal dentro de la sociedad en que desarrolla sus actividades. Es él, de consiguiente, enmendable o eliminable; según lo que sea, o lo que resulte ser, más bien, la ley penal lo considera desde diversos puntos de vista. No tiene ya, como en los sistemas clásicos, una sola finalidad: la retribución del mal. Lejos de ésto, cuando se encuentra en presencia de casos individuales, aplica una principio sin-





gular y no la norma general de los códigos viejos. El delincuente es para ella, *un* delincuente y no *el* delincuente. Sobre esta regla ha construido un nuevo y fecundo sistema. El juez, para fallar, deberá mirar más en el enigma humano que aparece como autor de un delito ante su alto tribunal social, que en el texto inmovilizado de un artículo de ley. Descifrar ese enigma del futuro es su misión, alta y noble misión de magistrado y de hombre. La sociedad no lo ha designado juez para que aplique mecánicamente las palabras solemnes de un código, sino para que escrute a fondo en la conciencia humana, a fin de arrancarle el misterio que entraña para el porvenir de la sociedad en que él actúa como juez. Y ese misterio es tan terriblemente inexcrutable cuando se pretende descifrarlo en el alma de un niño o en la de un adolescente que han cometido un hecho reprimido como delito, que la misión del juez se convierte en trascendental en sumo grado si logra desviar del mal, con los tratamientos especiales que da la ley, a una sola de esas conciencias tempranamente criminosas. Por eso, es menester que la ley dé al magistrado todos los medios necesarios para realizar su alta función social.

Si es cierto que cada delincuente es un ser aparte en la vida del delito, más evidente es aún que cada menor criminal encierra en potencia a un número erecido de posibles delinquentes del futuro. En él hay, en el momento de la infracción, una fuerza naturalmente encauzada en la vía del crimen o una desviación accidental de buenas tendencias constitutivas. El segundo caso sólo le interesa a la sociedad en cuanto no signifique la aplicación de un mal tratamiento que lleve al menor, más tarde, a la delincuencia impuesta por el mimetismo penitenciario o del medio ambiente. El primero es fundamental, en todo sentido. Esa fuerza naturalmente encauzada en la vía del crimen, afecta a la sociedad más en lo que concierne al futuro que en lo que se refiere al presente. Hay en el menor delincuente un mundo de criminalidad en latencia. Su tendencia, natural o adquirida, es el delito, pero ¿qué clase de delito? He aquí el gravísimo problema. Puede llegar a ser un delincuente habitual, pero ¿de qué clase de delincuencia? Son misterios que sólo el mañana desentrañará, aunque la sociedad debe prever, por más que pueda equivocarse en la previsión. Por eso, del sistema penal que se aplique, depende, en gran parte, la resolución del problema.



## V. — Proyecto italiano de 1921

### EXPOSICION

Sumario: 451. Categorías y sanciones. — 452. Apreciación general. — 453. Conclusiones.

**451.** — Veamos las disposiciones del proyecto italiano de 1921 relativas a esta materia.

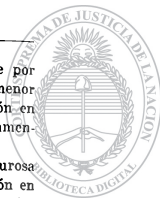
**Art. 34:** “El menor de edad que ha cometido un delito y que en el momento del juicio no haya cumplido doce años y no sea moralmente abandonado, es confiado, en libertad y con vigilancia, a su familia, si fuere posible en caución apropiada, antes de los dieciocho años cumplidos.

“El menor de doce años que sea moralmente abandonado es confiado, en la misma condición, a una familia honesta, antes de los dieciocho años cumplidos y por menos de dos años.

“Si no fuera posible su entrega a una familia, o si las obligaciones especiales indicadas en los arts. 58 y 65 no fueran observadas, el menor será confiado a un instituto de educación o a un laboratorio privado”.

**Art. 35:** “Al menor de doce años que haya cometido un delito, para el cual esté establecida la segregación rigurosa no inferior, en su minimun, a diez años, o que esté moralmente pervertido o revele persistente tendencia al delito, se le aplica la segregación por no menos de cuatro años y solo hasta la edad de dieciocho años, a cumplirse en una escuela profesional y correccional, o en un buque escuela, o en una casa de trabajo especial o colonia agrícola para menores”.

**Art. 36:** “El que en el momento del juicio haya cumplido los doce años y no todavía los dieciocho, puede ser condenado condicionalmente, si para el delito cometido estuviere establecida una sanción no superior a la segregación simple por cinco años. De otro modo es condenado a la casa de trabajo o colonia agrícola para menores, por dos a cinco años.



“Si para el delito está establecida la segregación simple por más de cinco años o la segregación rigurosa temporal, o el menor revelara persistente tendencia al delito, se aplica la segregación en una casa de trabajo o colonia agrícola, por un tiempo relativamente indeterminado de cinco a quince años.

“Si para el delito estuviera establecida la segregación rigurosa no inferior, en su mínimum, a diez años, se aplica la segregación en una casa de trabajo o colonia agrícola por tiempo absolutamente indeterminado, por no menos de diez años.

“Al cumplir los veintiún años, el condenado será trasladado al correspondiente establecimiento de corrección para adultos”.

Art. 37: “El menor reincidente se equipara al menor moralmente pervertido o con persistente tendencia al delito”.

Art. 38: “El delincuente menor de edad enfermo mental es curado y segregado en una casa especial de custodia, o en una sección especial de una casa de custodia para adultos”.

**452.** — En este proyecto italiano hay un concepto distinto del proyecto suizo. Hace una especie de tabla de valores; considera, no la edad de 14 años que contiene el proyecto suizo, sino la de 12 años. Contempla a los menores según que estén o no moralmente abandonados, y según que estén o no profundamente pervertidos.

De la edad de doce a dieciocho años tiene en cuenta el carácter del menor, la gravedad del delito y la gravedad de la sanción, y según ellas, hace jugar la medida protectora.

Esta legislación tiene el defecto de establecer un número quizás excesivo de clasificaciones de menores. Sin embargo, es indudable que ofrece caracteres muy distintos de los de nuestra ley.

**453.** — Hemos expuesto, en sus líneas generales, las aspiraciones de la moderna protección penal del menor. Alguien dirá, tal vez, que es una utopía basada en palabras que la realidad desmentirá. No es así, sin embargo. De todos los sueños humanos en materia social, el menos vano es el de la regeneración del menor estado de abandono. Si ella no fuera posible, hace mucho tiempo ya que la humanidad habría sucumbido en su lucha contra los embates del mal.

Antes de existir las generosas instituciones protectoras del siglo XIX, el problema de la reincidencia criminal adquiría en el



mundo caracteres pavorosos. La estadística decía: el delito tiende a hacerse una profesión en el delincuente. En Francia la reincidencia era de 20 o/o en 1826 y ascendía a 63 o/o en 1905, permaneciendo desde entonces más o menos estacionaria. La estadística decía, además: el delito se comete cada vez en mayores proporciones en la adolescencia y en la juventud. Iniciada en ciertas naciones la protección penal del menor desde puntos de vista diversos, más o menos bien fundados, pues no todos sus partidarios partieron del principio que acabamos de exponer, se produce a los pocos años una gran disminución en las cifras de la delincuencia precoz. El crimen sigue existiendo porque es, al parecer, una condición de la naturaleza humana, y porque no es posible pretender remediar con unas pocas instituciones tutelares del menor un mal que no evitaron en los siglos pasados las sociedades más estables, más dócilmente sometidas a las reglas emanadas de la autoridad religiosa y civil, a pesar de prodigar los suplicios más crueles y las penas más atroces. Desde entonces decrece, en cambio, el número de los menores delinquentes. Ya la cárcel no contagia, como en época cercana, al alma del niño: la corrupción moral del adulto. Ya el menor atendido a tiempo en una institución tutelar, no es el criminal inveterado de mañana. Ya muchos niños abandonados, que iban directamente hacia el delito en virtud de infinidad de causas antropológicas y sociales, con solo ser dotado de los medios necesarios de la educación, del trabajo, de un buen ambiente moral, son desviados hacia el bien sin que ellos mismos sepan, tal vez, pues estaban en ese punto equilibrio de la vida en que una adolescencia puede inclinarse definitivamente por el sendero que lleva al crimen o por la vía que lleva a una activa y sana cooperación social.

Todo esto es tanto más significativo cuanto que apenas estamos en los comienzos de la gran lucha universal contra la delincuencia. El hombre, en su larga historia dolorosa, ha empleado y agotado ya todos los medios directos para atemorizar y eliminar al delincuente. Se abusó de la pena de muerte, en proporción que hoy espanta. Fué en vano. Se hicieron las cárceles terriblemente duras. Fué en vano. Se edificaron prisiones admirables, a base de sistemas penitenciarios científicamente perfectos. Fué en vano. Se empleó la deportación, sin esperanzas de retorno, a colonias lejanas. Fué en vano. Hoy sólo quedan por ensayar dos grandes soluciones. Una es la teo-

ría del “estado peligroso” de los adultos, que recién ha comenzado a entrar en la doctrina y en la legislación. La otra es la protección penal de los menores. Tal vez sea esta última la más fecunda fuente de progreso moral que regenerará la humanidad en un futuro no muy distante.





## CAPITULO XIV

**DERECHO PENAL DE LOS MENORES***(Fin)*

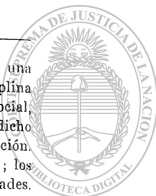
## SUMARIO

- I. **Cuestiones que suscita.** Exposición.
- II. **Ley número 10.903.** Antecedentes. Contenido. Régimen penal. El tribunal. El procedimiento. Los establecimientos.
- III. **Conclusiones.** Aplicación de la ley.

**I. — Cuestiones que suscita****EXPOSICION**

**Sumario:** 454. Cuestiones penales, sociales y civiles.

**454.** — El derecho penal de los menores, aparte de los problemas netamente penales examinados en el capítulo anterior, plantea una serie de cuestiones que afectan también al derecho civil y aún a la organización misma de la sociedad.



En la forma en que está actualmente constituido, no es una parte del derecho penal; aspira, y con razón, a ser una disciplina autónoma dentro de las disciplinas que tratan de la defensa social, porque ninguno de los medios de que se vale es propiamente dicho penal, aunque lo sea por todo aquello que tienen a su disposición.

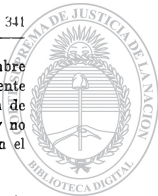
En el derecho penal actual el elemento esencial es la pena; los demás son instrumentos auxiliares de que se valen las sociedades. En el derecho penal de los menores la pena es la excepción, a la que se acude únicamente en circunstancias extremas, cuando es tan evidente la peligrosidad del menor que la sociedad no tiene otro remedio que el encierro para separarlo del cuerpo social, a fin de que no contagie a otras personas.

## II. — Ley número 10.903

### ANTECEDENTES

**Sumario:** 455. Nuevos principios. — 456. Sanción de la ley.

**455.** — A principios del siglo XIX, las leyes penales del mundo eran terribles para el menor delincuente. Poco tiempo antes, todavía Inglaterra condenaba a muerte a un niño de ocho, uno de nueve y uno de once años que habían hurtado un par de zapatos. Los demás pueblos civilizados lo enviaban a la misma cárcel en que se recluía al más feroz de los criminales. Cien años después, hasta 1922, el código penal argentino ordenaba a los jueces que condenaran a un menor de once años, en caso de haber obrado con discernimiento, a la misma pena que merecían los delincuentes comunes. Durante ese siglo, sin embargo, en Europa y en Estados Unidos, hombres de gran corazón, sociedades de beneficencia, sembradores de buenas ideas, habían hecho nacer, fuera de los códigos, fuera de toda concepción doctrinaria de escuela, las fuentes de un nuevo derecho. Era un principio sencillo, atrevido y fecundo. Consistía en decir que el niño no delinque por las mismas causas que el adulto.

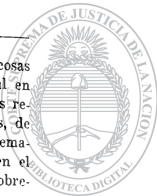


Que por ser reformable, la educación puede hacer de él un hombre honesto y sano. Que la solución depende de alejarlo temporalmente del contacto del crimen y del vicio, sometiéndolo a un régimen de readaptación moral. Que la sociedad tiene el deber de proteger y no el derecho de reprimir al menor que vive en la mala vida o en el delito.

**456.** — Estos principios, abonados por una larga experiencia universal, sólo entraron en la legislación argentina por medio de la ley 10.903, del año 1919. Era un ensayo tímido de protección social del menor. Por razón de ambiente, de incompreensión general, no fué a buscar con su texto la solución entera del problema, como lo hubieran deseado sus iniciadores. Se limitó a lo único que parecía esencial en aquel momento de renovación de valores en materia de ciencia penal. En vez de ser una ley completa, se quedó desgraciadamente en ensayo fragmentario. Con todo, si a pesar de su cortedad de vistas y sus defectos visibles fué un paso enorme dado por un país cuyo código consideraba delincuente penal a un niño de once años, es fácil pensar en cuánto bien pudo hacer si hubiera sido, en cambio, la ley generosa y amplia que tenían ya las principales naciones del mundo. Pero el Congreso tuvo miedo de una doctrina vieja y universal en ese momento. En vez de legislar a fondo sobre el derecho penal de los menores, se quedó a medio camino y reformó sólo la concepción civilista de la patria potestad y unas cuantas reglas del procedimiento criminal. Todo lo demás se dejó confiado a la buena intención de los magistrados judiciales, de los funcionarios del poder administrador y a la acción social voluntaria de los ciudadanos y establecimientos de beneficencia.

Por eso la ley ha hecho mucho bien, pero, no todo el bien posible. Si hubiera copiado cualquier texto legal europeo o norteamericano, habría introducido en la legislación, por lo menos, una gran cantidad de instituciones sin las cuales el derecho penal de los menores no existe en la realidad, aunque exista en las palabras de la ley. La timidez del Congreso, en un país donde en razón del aporte inmigratorio, el problema del niño es más grave que en Francia, en Alemania o en España, nos ha dejado a medio camino del punto de partida. Por no querer gastar dinero en unos pocos sueldos no hay verdaderos tribunales de menores, ni una dirección general de es-





tablecimientos, ni funcionarios especiales, ni muchas otras cosas más. La ley presenta el relevante contrasentido de ser nacional en su parte civil y puramente local en la parte concerniente a sus reglas procesales de carácter penal. Se limita a enunciar apenas, de una manera fragmentaria e incoherente, como si temiera ir demasiado lejos, las líneas generales de un sistema que tenía ya en el mundo la experiencia de medio siglo. Lo hace, además, tan pobremente, que hoy, diez años después de su sanción, a pesar de las palabras de la ley, a pesar de tener un nuevo código, todavía no se ha cumplido la disposición expresa del art. 22, en tanto que el art. 21, base de la protección penal de los menores, sigue siendo, en gran parte, letra muerta para las autoridades públicas y para cada uno de nosotros, habitantes de la ciudad de Buenos Aires.

#### CONTENIDO

**Sumario:** 457. Disposiciones civiles y procesales.

**457.** — La ley 10.903 afectó dos órdenes del derecho: el civil y el procesal.

Los arts. 1 a 13 se ocupan de lo concerniente al régimen de la patria potestad, modificando fundamentalmente las disposiciones del Código Civil.

Es indiscutible que un padre que no ha podido educar a sus hijos, que los tiene en el abandono o en la mala vida, no debe seguir manteniendo sobre ellos la patria potestad que le otorgaba el Código Civil redactado con un carácter exclusivamente civilista en momentos en que la organización de la familia era algo intangible que no tenía nada que ver con las demás instituciones del Estado. Pero en el derecho penal de los menores la primera cuestión que surge es la siguiente: la sociedad tiene un derecho de patronato sobre todos los menores material o moralmente abandonados, pervertidos moralmente o en peligro de serlo.

Como la sociedad no va a ejercer sobre ellos una acción coactiva por medio de la pena, sino que se va a encargar de su readaptación por medio de instituciones tutelares, es lógico que no coexistan estas dos autoridades, la una derivada del padre de familia que



no ha sabido o no ha podido ejercerla, y la otra de la sociedad que se propone readaptar a ese joven para hacerlo útil a la vida social.

#### REGIMEN PENAL

**Sumario:** 458. Nuevas tendencias. — 459. Arts. 14 a 19. Facultades judiciales sobre menores y sus padres, tutores o guardadores. — 460. Art. 21. Carácter de abandono del menor. — 461. Art. 22. Plan general de construcciones.

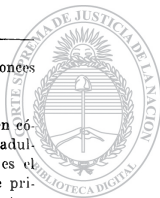
**458.** — Es sabido que en materia de derecho penal de los menores hubo hombres en Alemania, en Francia, en Inglaterra, en Estados Unidos, en Suiza, que veían que muchos delitos cometidos por menores provenían del medio social en que vivían, modificándose el cual podría lograrse la transformación del menor. De esa posibilidad de transformación del menor surgió como consecuencia, primero la inutilidad de la pena y después la necesidad de la reforma.

De ahí ha ido naciendo este derecho penal de los menores. Primero apareció la necesidad de modificar el tribunal, en el sentido de que no fuera el mismo juez que interviene en los delitos cometidos por adultos el que juzgase a los menores mediante proceso, intervención de fiscales y entrada en acción de todo el pesado mecanismo judicial. Después fué necesario modificar también el procedimiento; no podía aplicarse el mismo procedimiento escrito para los adultos que para los menores.

En la Revista de Criminología <sup>(1)</sup> de Buenos Aires, el doctor Carlos de Arenaza, que se ha ocupado preferentemente de estas cuestiones, ha descripto una audiencia que él presenció en un tribunal de menores de Inglaterra, y nos dice cómo es la audiencia, cómo obra el juez en presencia de este menor, cómo es necesario que el juez sea ante ese menor lo que es en muchos casos la familia o un buen maestro.

Todo eso ha surgido porque lo exigía la necesidad social, porque a un benefactor se le ocurrió que eso era posible y una vez que se comprobó que la reforma era real y positiva, que centenares y millares de niños eran reformados porque eran reformables y que

<sup>(1)</sup> Año 1928, pág. 348.



solamente la excepción merecía la imposición de la pena, entonces vino el derecho y recogió toda esa vasta experiencia social.

**459.** — Los arts. 14 y siguientes de la ley 10.903 establecen cómo se regula el proceso penal. Es sabido que tratándose de un adulto una vez que se comprueba por semiplena prueba de que es el autor del delito que se le imputa, se dicta contra él orden de prisión preventiva; tratándose de un menor la ley ha establecido otros requisitos; el juez no decreta su prisión preventiva, salvo cuando lo crea necesario, para evitar que esté sometido a ese conjunto de disposiciones procesales que llevarían al menor a un sitio donde pudiera corromperse y no gozar de los beneficios que la ley otorga. Al mismo tiempo la ley autoriza al juez a disponer de ese menor.

Dice el art. 14: "Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la Capital de la República y en las provincias y territorios nacionales, ante quien comparezca un menor de 18 años, acusado de un delito o como víctima de un delito, podrán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo a una persona honesta, pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia privado o público, o a un reformatorio público de menores. A ese efecto no regirán en los tribunales federales ordinarios de la Capital y de los territorios nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo juzgue necesario y se cumplirá donde y como el mismo lo indique".

Agrega el art. 15: "Los mismos jueces cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de diez y ocho años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de diez y ocho años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los veintinueve años si se hallare material o moralmente abandonado, o en peligro moral y en la misma forma establecida en el artículo anterior".

El art. 16 prescribe: "Los jueces correccionales en la justicia nacional de la Capital y en los territorios nacionales, entenderán en primera y única instancia, en todos los casos de faltas y contravenciones imputadas a menores de 18 años y aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores".



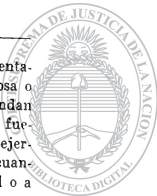
Todo menor de que hayan dispuesto los jueces indicados en los tres artículos anteriores, quedará bajo su vigilancia exclusiva y necesaria (art. 17).

Los mismos jueces en los procesos a que se refiere el artículo 14 podrán imponer en cada caso a los padres, tutores o guardadores que aparezcan culpable de malos tratos o de negligencia grave o continuada con respecto a los menores a su cargo y que no importen delitos del derecho penal, multas hasta la suma de doscientos pesos o arresto hasta un mes, o ambas penas a la vez. Estas condenas podrán suspenderse si los culpables dieran seguridades de reforma quedando prescriptas en el plazo de dos años si no incurrieren en hechos de la misma naturaleza (art. 18).

Los padres o tutores de los menores de quienes hayan dispuesto definitivamente los jueces de la jurisdicción criminal o correccional, o que hayan sido condenados en virtud del artículo anterior, podrán solicitar revocatoria de esas resoluciones dentro de cinco días de la notificación de las mismas. Esta oposición se substanciará en una audiencia verbal, con las pruebas que ordene el juez o indique el recurrente, si el juez lo juzgare pertinente. La resolución será apelable en relación (art. 19).

Vemos pues, que la ley introduce varios principios completamente nuevos en materia de derecho penal. El juez que va a intervenir en el asunto no solamente intervendrá cuando los menores sean autores sino también cuando sean víctimas de delitos, ya que los menores pueden serlo por abandono de los padres, por el medio en que viven o por otras causas y, en consecuencia, esa situación interesa particularmente a la sociedad; luego el juez puede disponer de ese menor, lo que significa que puede sacarlo de la patria potestad de los padres y entregarlo a una familia o a un establecimiento; esa misma facultad tiene el juez en caso de sobreseimiento provisorio o definitivo; bajo su vigilancia exclusiva y necesaria queda ese menor; puede imponer sanciones a los padres, tutores o guardadores, etc.

460. — El art. 21, definiendo el carácter de abandono del menor, dice: “Se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o mo-



ral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuente a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Con esta redacción muy poco literaria, pero claramente enunciativa de una idea, es fácil comprobar la ineficacia de la ley en la realidad social. Toda la ciudad está llena de menores que viven en lo que la ley llama *abandono material o moral y peligro moral*. Es un hecho que salta a la vista en el acto, en cualquier sitio público. Nosotros mismos, a cada momento contribuimos a aumentar el mal que la ley quiso remediar. Damos una limosna al niño que abre la puerta de un automóvil. Arrojamus una moneda en la mano del niño cuya madre, por necesidad o por negocio, explota la piedad que se siente siempre por la infancia desvalida. Toleramos con nuestra indiferencia los pequeños comercios, más o menos inocentes, que el niño lleva a cabo a altas horas de la noche, en las calles centrales. De esa manera hacemos próspera y regular la explotación del niño. Miles de falsos menesterosos o peligrosos malvivientes, que viven de lo que la ley llama *abandono material y moral de los menores*, realizan su repugnante oficio con el más evidente concurso social. En ninguna ciudad civilizada del mundo la mendicidad y la vagancia del niño presentan los graves caracteres significativos que las convierten, en Buenos Aires, en instituciones públicas. ¿Quién de nosotros ha visto nada semejante en sus viajes por Europa? En las estaciones de ferrocarril, en los templos, en los teatros, en los hipódromos, en las calles de mayor tráfico, en todas partes, de día o de noche, las actividades antisociales de los menores, expresamente prohibidas por la ley, condenadas por la conciencia honesta de los verdaderos benefactores de la humanidad, revelan que el art. 21 de la ley 10.903 es un texto cuya violación es indiferente a la autoridad y al ciudadano.

Veamos, ahora, un aspecto distinto de la cuestión. De esa actividad antisocial del niño deberían resultar naturalmente medidas de protección penal. Están previstas en la ley 10.903. Sin embar-



go, aquí nos encontramos en presencia de otro hecho gravísimo. Los ciudadanos fomentamos el mal con la perniciosa piedad de nuestras limosnas y nuestras propinas, aunque sepamos que no van a remediar el desamparo o el dolor del menor sino a enriquecer o a mantener en la mala vida a sus infames explotadores. Pero, el Estado, a su vez, tampoco ha cumplido un mandato expreso de la ley.

La protección penal y social de los menores no es la obra de una ley y de una buena intención en el legislador. Se basa exclusivamente en el resultado de la acción de readaptación que pueden ejercer las instituciones tutelares sobre el cuerpo y el espíritu del niño. Si la protección del menor no es readaptación es de todo punto inútil. Hasta la pena que la ley le aplica debe tener un fin pedagógico puro. La institución tutelar organizada sobre la base de la ciencia en armonía con la bondad inteligente y activa, es la condición ineludible de este nuevo derecho.

Sin ella la ley se convierte en una mentira solemne que se dice a sí misma la sociedad, para darse en vano un barniz de pueblo civilizado que a nadie engaña. Con ella, en cambio, la ley más pobre se transforma en fuente fecunda de bienes en el seno de la realidad social. Por eso la protección penal de los menores no es ya un problema de doctrina, pues ha superado el límite de la simple teoría, sino el medio de crear las instituciones adecuadas a la índole de los diversos tipos físicos y morales en que es posible dividir a los menores que viven en el abandono, en la mala vida o en el delito, por causas antropológicas y sociales.

**461.** — Van corridos casi diez años desde la sanción de la ley 10.903 y no se ha cumplido lo dispuesto en el art. 22 así concebido: “El poder ejecutivo presentará el plan general para la construcción en la capital y en las provincias y territorios nacionales, de escuelas especiales para los menores expuestos o abandonados y para la detención preventiva de los menores delincuentes o de mala conducta y la construcción de reformatorios para menores delincuentes o de mala conducta, con imputación a la presente ley. En estas escuelas y reformatorios regirá el trabajo de talleres y agrícola como principal elemento educativo de los menores reclusos, quienes serán parte en el beneficio pecuniario de esos trabajos. Las colonias-escuelas y las colonias-reformatorios ubicados cerca de las ciudades o en



pleno campo serán el tipo preferido de estas casas de prevención y reforma de los menores”.

Aunque la ley es confusa porque no dice a quién deberá presentarse ese plan general de construcciones, la orden precisa que contiene en esta parte no se ha cumplido, careciendo hoy por consiguiente de las instituciones y de los medios necesarios para que se llenen con eficacia sus propósitos. Ello se debe a una razón sencilla: se trata de formas de derecho más sociales que legales; el derecho penal de los menores no ha nacido en ninguna parte del mundo de una teoría o de una doctrina. Si tenemos el derecho de decir que la teoría del estado peligroso, por ejemplo, ha nacido y ha sido elaborada fuera de la realidad aunque basándose en ella, y tendrá que ir entrando paulatinamente en la ley aún contra la voluntad del legislador, no sucede lo mismo en el derecho penal de los menores, como en la mayor parte de las instituciones preventivas modernas en que las instituciones han nacido primero y la doctrina las ha recogido después.

El plan a que alude el art. 22 no fué presentado ni se crearon instituciones tutelares en número suficiente ni el Congreso ha dado los fondos necesarios para que la ley se cumpla. Lo único que se ha hecho es perfeccionar lo existente. Es mucho, en verdad, pero no es sino una mínima parte de la inmensa obra a hacer. Si bien la Colonia Ricardo Gutiérrez, por ejemplo, ha alcanzado un grado admirable de organización y de eficacia, ello se debe al factor personal de un ministro, un director con alma de maestro y de apóstol y una comisión que ha tenido la suerte de contar con algún miembro cuyo viejo amor por la causa de los menores y su ciencia de penalista moderno ha servido para orientarla por una vía de franco progreso. De faltar cualquiera de estos tres elementos, la colonia sería una prisión más o un experimento fracasado. Lo mismo con los demás existentes. Son pocos y son pobres. Alojan apenas una parte exigua de los menores en estado peligroso. Carecen de los edificios y recursos exigidos por el carácter esencialmente técnico de su función de preservación social. Para proteger a un número mayor de menores, el Estado ha debido acudir a la ayuda remunerada de instituciones educativas privadas, que no disponen de los medios necesarios para asegurar, de una manera eficaz, un régimen mucho más amplio que la simple custodia y la instrucción del menor en las pri-



meras letras y en un oficio rudimentario. Después de diez años estamos, pues, en los comienzos de la solución del problema. Mientras tanto, el mal se ha agravado, porque se ha perdido el tiempo y porque no se han formado los funcionarios técnicos que son indispensables para que exista en la realidad, no en las palabras de un Código, el derecho de protección penal del menor.

#### EL TRIBUNAL

Sumario: 462. Art. 20. — 463. Crítica.

**462.** — Con respecto al tribunal, la ley, como en todas sus disposiciones, menos en las referentes a la patria potestad, se quedó a mitad de camino. El art. 20 establece: "Los tribunales de apelación en lo criminal y correccional de la justicia ordinaria de la capital y territorios nacionales designarán, si lo juzgan conveniente, uno o más jueces para que entiendan exclusivamente en sus respectivas jurisdicciones en los procesos en que se acuse a los menores de 18 años".

**463.** — De manera que, en vez de haber creado el juez propio de menores, la ley autoriza a los tribunales de apelación a que lo designen si lo juzgan conveniente. Esos no son, ni remotamente, los hechos que tiene en vista el derecho penal de los menores. Lo que éste ha querido es que el juez de menores sea un juez especial. En cambio, en nuestra Capital ha habido que encargarle al juez de sentencia doctor Martínez de los asuntos de menores, pero el doctor Martínez sigue siendo al mismo tiempo juez de sentencia de los adultos. Con lo cual tiene que estar aplicando simultáneamente dos puntos de vista opuestos. No es posible exigir de un juez, por otra parte, que atienda su despacho reglamentario, máxime con el excesivo trabajo que tienen los pocos juzgados del crimen que hay en la Capital, y al mismo tiempo atienda todas las causas de menores que se producen en Buenos Aires. Se le ha compensado en parte al juez haciendo una serie de retaceos, sacándole primero el conocimiento de las causas de calumnias, acortándole después el plazo de dura-



## EL PROCEDIMIENTO

Sumario: 464. Situación actual. — 465. Crítica. — 466. Falta de colaboración social.

**464.** — El procedimiento no ha variado gran cosa tampoco. La ley 10.903 lo único que ha modificado al respecto (modificación importante sin duda, pero incompleta) es lo relativo a la prisión preventiva, que no se puede decretar contra el menor sino cuando el juez lo considere necesario (art. 14). Todo lo demás referente al régimen de la prueba, subsiste lo mismo que antes; el juez tiene que observar al menor dentro de las mismas normas y garantías de la prueba legal establecida por el Código para los adultos; se hará igualmente toda la secuela del proceso escrito, exactamente como cuando se está en presencia de un delincuente inveterado.

Actualmente un menor que comete un delito es llevado ante el juez, el cual designa un delegado que levanta una información más o menos completa en un extenso formulario lleno de datos sobre el menor y su familia. Ahí termina casi, su acción. Los datos recogidos por ese empleado son los que van a decidir la situación del menor de su turno; pero siempre subsiste esta situación completamente arbitraria.

La protección penal de los menores exige un tribunal especial, en que el juez esté en presencia del menor de una manera distinta de la que pueda estar el juez de sentencia en presencia de un delincuente adulto. El juez de menores debe ser un hombre investigador de los antecedentes del niño así como de todo aquello que forma su conducta en la vida; debe estar, diríamos, adivinando lo que ese niño va a hacer en el futuro, para disponer las medidas que puedan convenirle.

Con nuestro régimen actual tal finalidad no puede lograrse. Por excelente que sea el juez, por enamorado que esté de sus funciones, tiene que ver necesariamente al menor a través del informe del inspector, de las constancias del expediente, del papel escrito; no es la realidad viva del menor la que aparece delante de sus ojos, sino un resumen de la vida de éste hecho por terceras personas que no son aquellas que van a decidir de su situación.





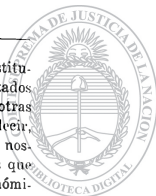
nor ante la sociedad; si ese empleado se equivoca y dice que el menor es peligroso o que no lo es, que el medio en que vive es perjudicial o no, el juez resuelve en consecuencia disponiendo del menor y devolviéndolo a su familia o entregándolo a otra familia o a un establecimiento.

**465.** — De modo que cuando el juez va a fallar, que es cuando comienza lo fundamental en estos casos, se encuentra desarmado. ¿Quién es el que le informa y asesora sobre el carácter y condiciones del menor? Nadie. Deberíamos tener nosotros, como ocurre en varias naciones de Europa, establecimientos especiales donde el menor es sometido a observación y a estudio para conocer sus características y poder decir a ciencia cierta si está en condiciones de volver al seno social, de ser sometido a un patronato o entregado a una casa de corrección.

Todo eso nos falta, y nos falta porque la ley fué tímida e incompleta, porque no se atrevió a hacer lo que debía. No se quiso gastar dinero, y lo que se pudo haber ido gastando parcialmente en los diez años de vigencia de la ley, habrá que gastarlo un día de golpe, ya que en el proyecto formulado por la comisión de leyes complementarias del Código Penal se calcula que los pocos establecimientos cuya creación se aconseja importarán por lo menos un gasto de 25 millones de pesos. Y sólo es el comienzo.

El gasto es grande, es cierto. ¿Pero cuántos gastos grandes también ha hecho el país? ¿Acaso no existen puertos en los que se han gastado sumas fabulosas y que no son de utilidad inmediata? ¿Acaso el puerto de Mar del Plata, por ejemplo, no se ha hecho para el futuro y no para el presente? De tiempo en tiempo alberga un yacht o un buque de guerra, un barco extranjero que entra allí de turismo y nada más. Al construirlo no se tuvo en cuenta que los puertos necesitan un territorio poblado que esté atrás y que los alimentos, y el puerto de Mar del Plata no tiene por el momento vías férreas que lleven hasta él los productos de exportación; las vías férreas sólo le llevan pasajeros y los pasajeros no se exportan.

Lo mismo sucede cuando se contruyen puentes sin una utilidad inmediata; al levantarlos se piensa en el futuro que les dará la vida de que carecen en el momento de construirse. Algo análogo sucede con las instituciones. Estas para menores requieren un gasto



de 25 a 30 millones de pesos. Pero si suponemos que estas instituciones nuestras pueden realizar la obra que se ha hecho en Estados Unidos, en Suiza, en Bélgica, en Alemania, en Inglaterra y en otras partes del mundo, menos en Francia, desgraciadamente, es decir, lograr una verdadera reforma de menores, si pudiéramos decir nosotros que dentro de 8, 10 o 15 años, mil o dos mil niños menos que actualmente irán a las cárceles, qué habrá resultado más económico, ¿la reforma positiva de hombres capaces de aportar mañana un capital de actividad a la vida social o la vida del delito que hubieran continuado realizando? Es indudable que el Estado va a **ganar** siempre mucho más produciendo hombres útiles que produciendo simplemente elementos perjudiciales para la vida social.

**466.**—A nosotros nos falta en este sentido una especie de colaboración social. El derecho penal de los menores no puede existir escrito solamente en la ley; necesita la colaboración social que lo ha salvado en las naciones de Europa donde es una realidad.

Donde falta este cohepto de solidaridad social no existe el derecho penal de los menores. Con el doctor Paz Anchorena hemos visitado las instituciones existentes en París. Son lamentables. En La "Petite Roquette", establecimiento viejo e incómodo, que se consideró inapropiado durante la guerra para asilar a los soldados norteamericanos, están reclusos centenares de jóvenes, que viven encerrados en celdas, sin locales de trabajo, existiendo sólo, por cuenta de contratistas privados, una serie de pequeñas labores insignificantes, como cestitas de papel o de junco, etc. Ahí se ve, dentro de unas pequeñas piezas — celdas de una antigua cárcel — menores que se pasan años y años haciendo esos pequeños trabajos y recibiendo por ellos unos pocos centavos; sin aire, sin luz, sin lugares de recreo, sin esperanza de salir; muchos de esos menores no son ni siquiera abandonados, no son delincuentes, son muchachos a quienes la ley francesa, por una de esas cosas inconcebibles que disponen a veces las leyes, los pone dentro del establecimiento.

Luego hay instituciones privadas que reciben del Estado subvenciones insignificantes. Visitamos uno de esos establecimientos privados, cuyo secretario es Maitre Kahn; la organización estaba admirablemente bien hecha, como las instituciones similares inglesas, norteamericanas o alemanas; pero el Estado contribuía a su



sostenimiento con una subvención ridícula. La sociedad tenía que valerse de todos los medios posibles para formar su capital, y no encontraba tampoco colaboración social suficiente. Y sin embargo, Francia es la nación que originó con la escuela de Mettray una verdadera revolución en el sentido de la readaptación de los menores.

En cambio, en Suiza, por ejemplo, el pueblo entero, con ese don de colaboración que tienen ciertas asociaciones sociales de Europa, ayuda a esas instituciones, y no se considera al menor como un peligro para la casa que lo recibe y que lo alberga; todo el mundo considera como una verdadera obligación el ejercitar respecto de ese menor la verdadera caridad que existe en la vida, que no consiste en dar unos céntimos de limosna al menesteroso que pasa, sino en hacer un esfuerzo activo para levantar a un hombre caído.

Este esfuerzo es, posiblemente, el que nos ha faltado a nosotros. Por esa incomprensión estamos todavía en la misma situación creada por la ley 10903.

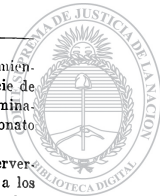
#### LOS ESTABLECIMIENTOS

**Sumario:** 467. Enumeración. -- 468. Sistema mixto. -- 469. Art. 23. -- 470. Disposición general.

**467.** — Finalmente, llegamos a lo más grave: a los establecimientos. Carecemos de ellos. La Colonia Ricardo Gutiérrez, en Marcos Paz, no es establecimiento de corrección, sino establecimiento para menores abandonados; donde se esteriliza, en parte, por falta de elementos materiales adecuados, una de las mejores iniciativas nuestras para corregir la infancia desvalida y delincuente. Hoy es, en muchos aspectos, una institución modelo.

El otro establecimiento que existe en la Capital es el Instituto tutelar de menores de la calle Curapaligüe, que se inició hace pocos años en su nueva orientación sobre la base del Asilo de niños desvalidos.

**468.** — Se ha organizado entre nosotros un sistema mixto de colaboración. Ciertos institutos y sociedades de beneficencia tienen escuelas para menores, o se ocupan de menores abandonados o per-



vertidos; como la ley autoriza el envío de los menores a establecimientos de corrección, la Cámara del Crimen ha celebrado una especie de contrato con estas sociedades, en cuya virtud, abonando determinada suma mensual, manda a los menores que están bajo el patronato del Estado a esos establecimientos mixtos.

¿Pero qué resulta? Que si los menores son indóciles o perversos, esas sociedades no quieren recibirlos, porque perjudican a los otros que tiene el establecimiento. Y son precisamente esos muchachos, rebeldes excesivos muchas veces, aquellos en quienes la reforma es más fácil, porque a menudo ese espíritu inquieto no es en ellos otra cosa que una fuerza activa que no pudiendo manifestarse en el sentido recto, busca para expandirse un camino de campo traviesa.

A otras escuelas se les paga esa cantidad, y ahí queda el menor pasando el tiempo. Esas escuelas no pueden hacer otra cosa que enseñarles a leer y escribir y algunos oficios más o menos útiles y corrientes—de los que pueden enseñarse en talleres mal montados—con los cuales puedan ganarse la vida mañana. Pero en la vida actual no es esa la educación que debemos darle al menor, reducida a un trabajo que sólo le permitirá ganar jornales de pocos centavos; debemos darle un oficio que despierte sus aptitudes o su capacidad de trabajo.

De manera, entonces, que entre nosotros el Estado dispone de estos medios: el directo de sus instituciones, y el indirecto de la colaboración que le prestan estos establecimientos particulares.

**469.** — Sobre el particular dispone el art. 23 de la ley 10903: “Los asilos, escuelas primarias gratuitas generales y especiales y particularmente las de práctica técnica, como los demás establecimientos de beneficencia privados, que reciban niños, subvencionados por el Estado, están obligados a recibir en secciones que podrán ser especiales, un número determinado de menores, remitidos por los jueces en virtud de esta ley, de acuerdo con la subvención recibida, la naturaleza del establecimiento y la reglamentación que establezca el Poder Ejecutivo.”

**470.** — El art. 24 contiene una disposición de carácter general: “Los parientes de los menores y las instituciones de beneficencia o

de patronato de niños, podrán denunciar las transgresiones de esta ley, si se tratase de los jueces, a los cuerpos encargados de acusarlos o de juzgarlos, y si se tratase de los defensores o asesores de menores, a los funcionarios con facultad para controlarlos o removerlos.”



### III. — Conclusiones

#### APLICACION DE LA LEY

**Sumario:** 471. Memoria de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. — 472. La reforma realizada por la ley 10.903. — 473. Reacción necesaria. — 474. Acción futura.

**471.** — La memoria de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, correspondiente al año 1927 trae las siguientes referencias relativas a la aplicación de la ley 10903.

“El señor juez doctor Viale ha presentado una interesante estadística relativa a cinco años de aplicación de la ley, desde 1923 a 1927, referentes a menores de que ha dispuesto el tribunal. En total suman 1921 menores varones y 216 menores mujeres. De esta estadística se deduce que las edades en que hay más abandono son de 14 a 17 años, pero se siente la necesidad de mayor protección a los niños menores de esa edad, por parte de las sociedades de beneficencia. Si bien la mayoría de los niños son argentinos, sus padres son extranjeros. Alcanza a un 50 por ciento el promedio de hijos naturales y también sobrepasa al 50 por ciento los que son huérfanos de padre o de madre, o de ambos progenitores, sobre los que tienen sus padres vivos. El analfabetismo está en un promedio elevadísimo: en 1927, sobre 260 menores varones había 88 analfabetos, y es de notar que 150 ya eran de 14 a 17 años. Pero el dato de mayor importancia, pues demuestra ser la influencia ambiente más que la tendencia lo que origina la perversión del niño, es que de los 260 menores 194 se ocupaban en la venta de diarios y otros oficios callejeros, 43 no tenían ocupación y sólo 16 eran escolares y 7 ocupados en oficios manuales.



“Ello demuestra cuán necesario es reglamentar el trabajo de los menores en la calle, a pesar de las prescripciones de la ley 10903 al respecto, cuestión ésta mucho más importante que las previsiones de las leyes de trabajo de menores en fábricas y oficios. Los menores delincuentes sólo fueron 26, en cambio, hubo 19 víctimas de delitos y 215 fueron contraventores por abandono en la vía pública.

“Existen actualmente a disposición de este tribunal, 459 menores varones colocados en diversos establecimientos y 112 niñas; y en libertad vigilada 914 varones y 6 niñas.” (2)

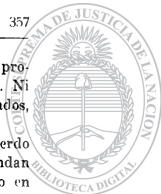
En otros párrafos, dice: “El régimen de la protección tiene por base dos soluciones: la libertad vigilada y buenos establecimientos de educación. Para lo primero es indispensable contar con inspectores competentes y numerosos, para lo segundo con excelentes establecimientos. Los inspectores *ad honorem* son muy pocos, pues como lo hizo ya notar el tribunal en la memoria del año 1923, casi en su totalidad desertaron al solicitarles el servicio ofrecido. Los establecimientos para menores, responden eficazmente, aun cuando es imprescindible crear otros, pues no existen vacantes suficientes. ni en los oficiales ni en los particulares, lo que obliga a dejar en las alcaldías de policía a los menores, más tiempo del conveniente, y a entregar a los padres a los niños antes de haber recibido una educación moral y profesional completa, para dar lugar a que otros llenen sus puestos.”

**472.** — En definitiva, de las cuestiones penales, procesales, civiles y sociales que suscita el derecho penal de los menores, nosotros no hemos podido realizar sino el aspecto civil. Hemos creado en nuestra ley 10903 un nuevo régimen de la patria potestad, lo suficientemente elástico para que pueda adaptarse a todas las necesidades.

Eso está previsto con acierto en la ley. Pero en cuanto a los demás aspectos del problema, subsisten sin resolverse.

La ley se aplica en materia procesal a la Capital y territorios nacionales. En las provincias, por lo general, sigue imperando el viejo principio de los códigos procesales: el menor de catorce años

(2) Véase la memoria en *Revista Penal Argentina*, tomo VIII, pág. 149 y siguientes.



y un día, que comete un hecho cualquiera, es sometido a la ley procesal de la misma manera que el delincuente más inveterado. Ni existe juez de menores, ni los establecimientos especiales adecuados, ni el procedimiento correspondiente.

Es sabido que las provincias, en materia penal y de acuerdo con el art. 18 del Código, cuando no tienen buenas cárceles mandan sus presos a la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. Pero en materia de menores no pueden mandarlos, porque se comienza por carcerar en la propia Capital de los establecimientos necesarios.

**473.** — Esto es todo lo que hemos hecho, como pueblo, para remediar el gravísimo mal de la delincuencia infantil y adolescente. ¿Será, acaso, que el mal no reviste en nuestro país la importancia que le asignan los tratadistas europeos, en sus libros, en sus revistas, en sus congresos, etc.? No; las cifras estadísticas escuetas, sin compararlas con las que corresponden a cada edad determinada, nos dan un índice de apreciación de la gravedad del mal. <sup>(\*)</sup> Serían mucho mayores si la estadística computara en sus cuadros a los menores que logran impedir, con la fuga, toda acción policial.

Las cifras no son como para que nuestra sociedad contemple indiferente el desarrollo de este enorme peligro futuro de la delincuencia actual de los menores. Hay entre esas decenas de miles de menores que viven en la calle, en los bajos fondos de la ciudad, en las casas de lenocinio privadas, un altísimo porcentaje de los que el anteproyecto suizo llama niños o adolescentes moralmente abandonados, moralmente pervertidos, profundamente pervertidos o en peligro de estarlo. De ellos saldrá dentro de unos pocos años el ejército de los futuros delincuentes habituales, de los anormales, etc. Lo mismo, aunque con menos gravedad, tal vez, sucede en las provincias. A pesar de ello, ¿qué hace la sociedad? Nada eficiente.

La reacción se impone. No nos dejemos sugestionar por el temor anticipado de que no estamos preparados, como pueblo, para apli-

---

<sup>(\*)</sup> En la memoria de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, del año 1927, se indica que en el juzgado correccional de menores se iniciaron 5336 causas por delitos y contravenciones, o sea, 600 causas más que en 1926. El juzgado de instrucción del doctor González Oliver tramitó 905 procesos de menores, autores o víctimas de delitos, de los cuales pasaron al juzgado del doctor Martínez 195.

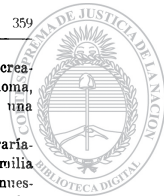




car a los menores, en toda su integridad, las medidas que establecen con respecto a los delincuentes que no han cumplido 16, 18 o 20 años, las naciones civilizadas contemporáneas. Es indudable que el sistema del proyecto suizo es difícil de aplicar entre nosotros, pero como no es imposible, iniciemos su aplicación, organicemos las medidas de seguridad que contiene el proyecto helvético. Gastaremos, tal vez, inútilmente dinero en los primeros años, pues carecemos aún de los hombres preparados necesarios para dirigir y administrar esa clase de establecimientos, pero, poco a poco iremos formando escuela. Cuando el país quiso tener buenos profesores especialistas de enseñanza secundaria, llamó a profesores de Alemania para que dirigieran la institución que daría los títulos legales de competencia; cuando quiso reformar a fondo su ejército, creó la Escuela Superior de Guerra con militares alemanes al frente. Hagamos lo mismo con nuestras futuras casas disciplinarias o de corrección o de curación de los menores delincuentes. Hay hoy en el mundo, en Inglaterra, en Suiza, en Alemania, en Francia, en Estados Unidos, etc., una gran cantidad de personas, profesionales de suficiencia y aptitudes probadas en esta materia. Hagamos venir algunos a nuestro país o sigamos el ejemplo del Japón: enviemos a nuestros jóvenes a los establecimientos mejores del extranjero.

En un cierto tiempo habremos logrado así dar una base estable a nuestro futuro derecho penal de la infancia. Gastaremos dinero de más, pero es menester hacerlo antes que seguir en la vía actual. La marea roja del crimen ha llegado entre nosotros, como en las viejas sociedades europeas, a apoderarse del alma fácilmente modelable, para el mal, de la infancia. La indiferencia con que la vemos descender de la edad adulta a la edad adolescente y a la edad de la niñez, debe desaparecer algún día. Y el mejor medio para que desaparezca es una buena legislación.

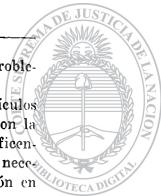
**474.** — En presencia de un menor abandonado, moralmente pervertido o en peligro de serlo, el Estado dispone de varios medios, cuya eficacia, demostrada por magníficas experiencias en el mundo, es diversa según la sociedad que la adopte. No las estudiaremos en detalle. Son la colocación en una familia, las colonias agrícolas o ganaderas, escuelas de artes y oficios, establecimientos de educación disciplinaria a base de un régimen adecuado de trabajo, casas espe-



ciales de corrección para los tipos de peligrosidad mayor. Su creación requiere mucho dinero, tiempo, una organización autónoma, personal científica y moralmente seleccionado y, sobre todo, una vasta acción coherente de solidaridad social.

Si nosotros quisiéramos hacerlo todo de una vez, encontraríamos que nos faltan algunos de esos medios. La colocación en familia no es posible sino en casos contadísimos, por la naturaleza de nuestro hogar urbano y rural, de tipo más nómada que estable. La familia capaz de encargarse de la tutela de un menor sin padres o arrancado, por la ley, del ambiente de sus padres, no existe aquí como en las naciones europeas de población más sedentaria, en las que cada casa de campo es una granja de cultivos y una escuela en pequeño de técnica profesional. Carecemos también de personal científica y moralmente seleccionado, que sea para las instituciones una seguridad de orden y de eficacia. Nos falta, sobre todo, una vasta acción coherente de solidaridad social. Nuestro pueblo no siempre percibe en un acto minúsculo de ayuda desinteresada al bien común la enorme trascendencia de efectos futuros que contiene.

No hay en la extensión de lo posible obra más hermosamente humana que una buena siembra en las almas. Todo cuanto hacemos de útil en la vida tiene siempre como razón de ser una proyección hacia el porvenir. El menor sometido a la protección penal es un problema de inmensa trascendencia, porque nadie sabe qué porvenir fecundo espera al menor hecho hombre o a su descendencia remota en el tiempo. De seguir en el mal, tal vez él mismo o uno de los suyos podrán atentar un día contra nosotros o uno de los nuestros. De enderezarse hacia el bien, esta sola posibilidad se convierte en un admirable programa de acción social que un día puede producirnos un gran beneficio a nosotros mismos o a uno de los nuestros. Pero dejando de lado el aspecto egoísta de la regeneración de un niño malviviente, basta que pueda llevar en su espíritu, a pesar de su mocedad de perdulario, un fantástico François Villon, para que esta protección penal del menor, que santifica las grandes iniquidades sociales del siglo XIX, adquiera en la República Argentina, donde todo es proyección hacia el porvenir, una importancia de inmensa trascendencia práctica. El porvenir no lo hacemos nosotros sino la generación que viene atrás nuestro en la sucesión eterna de



la vida. Por eso es tan compleja y tan vasta la solución del problema social del menor abandonado, malviviente o delincuente.

No lo resolveremos con una ley incompleta, con dos artículos de un código, con unos pocos establecimientos en formación, con la limitada colaboración paga de escuelas y asociaciones de beneficencia, con menguados recursos en el presupuesto nacional. Es necesario mucho más. Debemos descartar de antemano la colocación en familia y en la mayoría de las instituciones privadas actuales, con muy pocas excepciones en ambos casos. Sería menester crear una Dirección General de Instituciones Tutelares con funciones amplísimas y autónomas; fundar nuevas casas de observación, de custodia, de reforma, de asilo, de corrección; abrir escuelas especiales de artes y oficios; distribuir colonias agrícolas y ganaderas; establecer verdaderos tribunales de menores con funciones propias; dictar una ley procesal distinta del código que hoy rige para los adultos. Todo ello impondrá, quizá, al Estado, un gasto de cerca de treinta millones de pesos. Dada su finalidad, no es demasiado. Hay varias obras públicas que han costado más y son, hasta hoy, inútiles o poco menos. Sin embargo, a nuestro juicio, lo fundamental no es esto. El dinero y las leyes y los tribunales y los funcionarios especiales y los grandes edificios y las hermosas colonias y los cursos de artes y profesiones son simplemente problemas materiales que puede convertir de aspiración en realidad, por arte de encantamiento, una votación del Congreso en un momento de buen humor colectivo. Lo fundamental es la participación de un esfuerzo coherente de solidaridad social en la obra que hoy están realizando solos, aislados, en medio de la indiferencia unánime, de la falta de funciones legales definidas, unos pocos hombres de conciencia y corazón.

Por haber faltado semejante colaboración social, han fracasado, entre nosotros, algunos medios creados por la ley y por la Cámara del Crimen para hacer eficaz la protección penal del menor. Nadie quiere ser inspector de vigilancia, a pesar del ejemplo de los Estados Unidos y de Suiza. Ha sido menester pagar los inspectores. Se llora en el teatro y en el cine ante los niños miserables que van al delito o a la mala vida por falta de una mano compasiva que con un gesto fácil los aleje de la vía del mal. En la vida de la realidad se tiene el gesto fácil de la limosna que aumenta el peligro de la vagancia, pero pocos contribuyen con la ayuda efectiva de una visita



constante a la familia, un empleo que dignifique o regenere, y tantas cosas más que es posible hacer con un poco de amor y de buena voluntad. Se deja que el Estado sólo asuma la tarea burocrática de educar, encerrar, corregir, regenerar o castigar al menor y luego se critican los errores o la imprevisión del Estado, que no es capaz de evitar que el niño abandonado o pervertido de ayer cometa el crimen espantoso que reseñan detalladamente los periódicos del día. Si esta indiferencia social ante el problema complejo del menor no se transforma en sentimiento público de cooperación, la obra de las leyes y de los funcionarios seguirá haciendo y haciendo bien, en la medida de lo posible, pero será lenta y limitada. Debemos saber imitar a las naciones que han vinculado armoniosamente el amor del pueblo a la institución tutelar. La ley por sí misma no defiende del mal ni a la sociedad ni al individuo. La fuerza de resistencia deriva siempre de una interna virtud específica y no de un milagro de la regla de derecho. Cuando ésta se une con aquélla en un acuerdo armonioso de voluntad y de acción, jamás es ilusorio el triunfo sobre las causas productoras del mal en los menores. Quedan para el derecho penal y para la cárcel únicamente los casos de mayor peligrosidad. Los demás, que son la inmensa mayoría, vuelven a la sociedad en forma de hombres útiles o son mantenidos separados de su seno cuando ofrecen, sin ser delincuentes, taras físicas o mentales que les impiden participar libremente de los beneficios de la comunidad social, sin peligro para sí mismos o los otros habitantes. Si el acuerdo armonioso entre la regla de derecho y la fuerza social de resistencia no existe, la protección penal de los menores es apenas un derecho penal especial para menores, más o menos previsor y perfeccionado, pero nada más. La protección penal supone una energía activa de creación de atributos humanos fundamentales. El derecho penal especializado aspira sólo a eliminar, de una manera pasiva, el peligro inmediato que el menor representa. La una es apostolado hermoso y fecundo, el otro una defensa provisoria contra el niño que puede llegar a ser un día un delincuente.

---



## CAPITULO XV

## LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

## SUMARIO

- I. **Generalidades.** Concepción antigua y moderna.
- II. **Escuela clásica.** Sus soluciones. Transformación posterior.
- III. **Escuela positiva.** Sus soluciones. Prevención de la delincuencia.
- IV. **Instituciones prácticas angloamericanas.** Exposición. Prevención inmediata de la delincuencia.
- V. **Sentencia indeterminada.** Principios generales. Problemas que suscita.

## I. — Generalidades

## CONCEPCION ANTIGUA Y MODERNA

**Sumario:** 475. Las teorías penales. — 476. Los códigos penales. — 477. Las instituciones.

**475.** — Es posible decir, en términos generales, que el punto capital en que difieren las teorías opuestas del derecho penal, es el relativo a la forma de apreciar la importancia del delito y de relacionar, en consecuencia, a la importancia determinada de un delito



determinado, la gravedad y la clase de pena que debe aplicarse al delincuente. Los factores delito, delincuente, pena, son completamente diferentes, según el punto de vista en que nos coloquemos.

En materia de lucha contra la delincuencia, los procedimientos de que se vale actualmente la ciencia penal son totalmente distintos de aquellos en que se basaba la escuela clásica y en que se fundaban, antes de ella, los procedimientos penales antiguos.

En la situación actual de la ciencia no es posible pretender llegar a la matemática proporción penal que sostuviera la escuela clásica y que llevó a su más alto grado de desenvolvimiento el cerebro profundamente lógico de Francisco Carrara. Nuevos elementos de juicio han modificado por completo esa antigua aspiración. Hoy se persigue un ideal más humano, más científico, pero también más formidable e inextricablemente complejo: la defensa social.

¿Cómo conseguirla? Todos los tratadistas, de Beccaria a la fecha, han querido reprimir el delito para defender adecuadamente a la sociedad, con la excepción única de Emmanuel Kant y su teoría de la expiación <sup>(1)</sup>. Pero no todos han comprendido de la misma manera el concepto de la defensa social. Para los clásicos se conseguía mediante la retribución de la pena; para las tendencias modernas mediante el fin de la pena. El objetivo era más o menos el mismo en unos y en otros; sin embargo, los medios para llegar a él completamente diferentes.

**476.** — ¿Cómo coordinar factores tan heterogéneos como delito, delincuente y pena? Los códigos viejos encontraban fácilmente el remedio: a tal delito tal pena, con una breve o larga enumeración de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes, único resquicio por donde entraba a actuar en el texto de la ley ese enorme enigma que es el hombre delincuente. La ley era una balanza de mayor o menor precisión y el juez un solemne magistrado que regulaba los pesos para que el fiel llegara siempre al término exacto establecido casi matemáticamente por la ley.

Los códigos nuevos, en cambio, a partir del noruego de 1902, redactado por Getz, introducen en los proyectos suizos, alemán y austriaco, factores que revolucionan a fondo la antigua técnica de

---

<sup>(1)</sup> *Metaphysische Anfangsgründ der Rechtslehre*, parágrafo 42.



la legislación penal. Se crean, dentro del texto mismo de la ley, categorías o clasificaciones de delinquentes; la responsabilidad adquiere caracteres más biológicos que psicológicos; aparece la noción del estado peligroso, designación más precisa del concepto *temibilitú* creado por Garófalo, la sentencia indeterminada para ciertas clases de delinquentes, la liberación condicional amplia en casos especiales, una legislación especial para la infancia y la adolescencia, una equiparación casi completa entre pena — con el fin de retribución — y medidas de seguridad después del delito ( y en ciertos casos antes) con el fin de *prevención inmediata* de la delincuencia; se crea, en una palabra, un vasto sistema penal que hace caber dentro del texto de la ley instituciones que tienen por objeto algo fundamentalmente distinto de la noción antigua y clásica del derecho criminal que rige aún en casi todos los pueblos de la tierra.

477. — No son utopías de sabios de gabinete o de reformadores de la sociedad a lo Rousseau, sino realidades humanas que han nacido a la vida inspiradas por la necesidad. Existen, difundidas por muchos países, desde hace muchos años. No las ha creado el pensamiento central, filosófico, de una escuela determinada de derecho, esto es, la teoría, sino la experiencia madura de los hechos y de la vida. De ahí que, como dice Longhi <sup>(2)</sup>, nacen principalmente fuera de Alemania y de Italia, las dos naciones que han tratado de construir los grandes sistemas penales. Se llaman, según unos, *instituciones de prevención inmediata de la delincuencia*, según otros *medidas de seguridad*. Y todo esto se relaciona, directamente, con los puntos a que antes nos hemos referido: clasificación legal de los delinquentes, criterio de la responsabilidad penal, del estado peligroso, del fin de la pena.

El problema de la proporción entre el delito, delincuente y pena, se complica, pues; se hace más amplio e infinitamente más complejo. A la antigua noción de pena retributiva, sucede la pena tutelar; a la fría y estéril concepción de la proporción penal sucede el concepto evolucionado y netamente definido de la defensa social. ¿Cómo llegar a ésta? He aquí el punto fundamental en que difieren las escuelas modernas entre sí.



## II. — Escuela clásica

### SUB SOLUCIONES

**Sumario:** 478. Represión y prevención. — 479. Extirpación del delito. — 480. Bases del sistema penal clásico. — 481. Teoría de la pena. — 482. Conclusiones.

**478.** — Todos los sistemas represivos son, en el fondo, preventivos, con la única excepción, tal vez, ya señalada, de los que se basan para fundar el derecho de reprimir en la teoría kantiana de la expiación.

Sea que un sistema quiera intimidar, retribuir o reformar, en el fondo busca, mediante la intimidación, la retribución o la reforma, evitar que se cometan nuevos delitos. Cuando se dicta una ley severa castigando con penas gravísimas ciertos delitos, el objeto de la misma es impedir la comisión de delitos mediante la amenaza de la pena que pende sobre todos. Cuando se da al delincuente una retribución del mal causado con el mal de la pena, se tiende a quitar de su ánimo toda idea de satisfacción o de provecho en la comisión de hechos delictuosos. Cuando se trata de reformar al delincuente en los sistemas penitenciarios, la sociedad tiende a que ese hombre, una vez reformado, no vuelva a cometer nuevos delitos.

En todo acto de represión hay indudablemente un acto de prevención. Beccaria ya dijo, en una frase clásica, que es mejor prevenir los delitos que reprimirlos; en los mismos términos formularon el concepto, antes de Beccaria <sup>(\*)</sup>, Montesquieu <sup>(\*)</sup> y Federico II de Prusia <sup>(\*)</sup>. Quiere decir esto que ya en el siglo XVIII, cuando todavía no se conocían sino aquellos principios generales del derecho penal que afectaban a todos los ciudadanos, en la filosofía

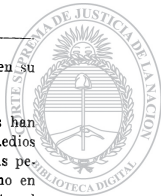
---

<sup>(\*)</sup> Tomo I, N° 397.

<sup>(\*)</sup> Tomo I, N° 366.

<sup>(\*)</sup> Tomo I, N° 380.





del tiempo estaba latente el principio que recogiera Beccaria en su libro famoso.

479. — Durante siglos y siglos las sociedades organizadas han buscado la extirpación del mal del delito en el mundo por medios diferentes: con la pena, en pocos casos—pues es sabido que las penas de privación de libertad no se aplicaban antiguamente sino en determinadas y escasas circunstancias; con la pena de muerte, el mayor medio intimidatorio de que se podían valer las sociedades; con el destierro.

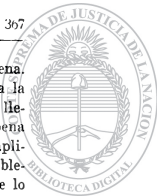
En el fondo, con estos procedimientos siempre se ha buscado, convertida la pena en función pública privativa del Estado, que el mal proveniente del delito fuera mayor que el beneficio que pudiera obtener del mismo el delincuente.

480. — La prevención directa de la delincuencia es la base del sistema penal de la escuela clásica: *buscaba la prevención por medio de la represión.*

El medio esencial de que disponía era la pena. Esta era un sistema aplicado por el Estado a todos por igual, con el objeto de retribuir el mal causado intimidando a los demás.

481. — Las consecuencias de la teoría de la pena sustentada por la escuela clásica son varias. La pena debía ser:

- a) *Justa.* Es decir, perfectamente adecuada.
- b) *Conocida de todos.* De lo contrario, se perdía su efecto intimidatorio.
- c) *Individual.* Ajustada a la naturaleza del sujeto, pero considerado éste no con el criterio actual sino como tipo general dentro de la ley penal. Debía ser individual en el sentido de que se aplicaba al hombre en relación con el delito que había cometido, no en relación a un concepto abstracto del delito.
- d) *Aflictiva.* Debía producir un mal en el delincuente que fuera apreciado claramente en su valor.
- e) *Determinada expresamente por la ley.* Era inconcebible la existencia de una pena que no conocieran los delincuentes del futuro.
- f) *Cierta.* En el sentido de fijar un *quantum* que respondiera exactamente a la naturaleza del mal causado.



g) *Ejemplar*. En esta ejemplaridad radicaba el fin de la pena.

h) *Proporcionada en la aplicación y en la ejecución*. Toda la vasta construcción científica y técnica de la escuela clásica la llevaba a esta proporcionalidad. La medida de la aplicación de la pena era la entidad del daño; y en cuanto a su ejecución (una vez aplicada la pena al delincuente, que empezaba a sufrirla en un establecimiento penal), debía ser correctiva (para mejorarlo dentro de lo que fuera posible), inmutable (no podía modificarse ante lo sagrado de la cosa juzgada) e improrrogable.

**482.**— Esta concepción nos autoriza a decir que la escuela clásica se valía de tres medios generales en su lucha contra la delincuencia.

a) *La perfección doctrinaria y técnica del derecho penal*. La escuela clásica creía que había llegado casi a un punto de perfección insuperable; Carrara, en 1873, en su curso dado en la Universidad de Pisa, aconsejaba a los estudiantes de derecho penal que profundizasen más bien el estudio del procedimiento, donde todavía había mucho que conquistar por la investigación, pues en lo que hacía al derecho penal “todo ha sido conquistado ya por nuestros mayores”. Carrara hace esta afirmación precisamente cuando está por nacer la escuela que iba a desmoronar el edificio de la escuela a la que él pertenecía.

b) *La regularidad del juicio penal*. Este juicio debe estar determinado de antemano por la ley, por la organización de los tribunales, por todo aquello que concierne a las leyes de forma, a fin de que exista la seguridad completa de que la pena se ha de aplicar al que le corresponda de la mejor manera y lo más rápidamente posible.

c) *Los sistemas penitenciarios* (\*). En estos tres elementos se sintetiza la obra de la escuela clásica en su lucha contra la delincuencia. La organización de los penales forma el contenido de toda esa lucha.

En los libros de casi todos los autores clásicos — con excepción de Bentham, Carmignani y Romagnosi, que han ido a buscar lejos de la fórmula penal los elementos de una futura reforma de la organización judicial de las naciones — lo fundamental es esta

(\*) Véase nuestro tomo III, cap. XXXI.

especie de elaboración del derecho. En el *Programma*, la obra máxima de Carrara, se encuentra todo aquello que fundamenta el derecho penal, pero el problema de la lucha contra la delincuencia no aparece en absoluto.

¿Ello se debe a insuficiencia de los medios? No. Es una limitación voluntaria de la escuela clásica. Sus soluciones eran solamente teóricas, y alcanzaron a un alto grado de perfección doctrinaria.

#### TRANSFORMACION POSTERIOR

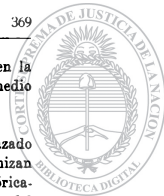
**Sumario:** 483. Fracaso de la teoría clásica. — 484. Rechazo teórico de los nuevos principios penales. — 485. Aceptación práctica.

**483.** — Cuando termina esa obra de elaboración doctrinaria, por lo menos en el más eminente de sus autores, en el artista de la construcción científica de la escuela clásica, Francisco Carrara, es precisamente cuando el mundo comprueba, por medio de la estadística, estos fenómenos extraordinarios: el crecimiento desmesurado de la delincuencia en toda Europa y el aumento asombroso de la reincidencia.

La reincidencia, considerada al principio por los códigos como una simple circunstancia agravante, aparece de golpe echando por tierra toda la construcción clásica. La perfección de los penales, de los códigos, de los procedimientos, de todos los medios de ajustar en una proporción matemática la pena al acto realizado por el delincuente y al delincuente mismo, no lograba impedir el aumento pavoroso del crimen ni el profesionalismo en el delito. Era el fracaso completo de las grandes teorías y de los vastos sistemas abstractos, fríos, apartados de la realidad, que elaborara durante su actuación la escuela clásica.

**484.** — Cuando aparecen los nuevos principios penales, cuando se habla de prevención indirecta de la delincuencia, cuando se trata de aportar a la lucha contra el crimen todo aquello que es realmente preventivo contra el delito, los secuaces de la escuela clásica, por boca de Lucchini, sostienen que todos estos medios preventivos exceden los límites del derecho penal y pertenecen a disciplinas o





ciencias ajenas al sistema, aunque coadyuven indudablemente en la lucha contra la delincuencia. El sistema penal sólo tiene por medio de combate la pena y sus accesorios.

**485.** — Parecería, pues, que la escuela clásica hubiese rechazado todos los principios de lucha contra la delincuencia que preconizan las nuevas doctrinas. No es así, sin embargo. Los rechazó teóricamente, pero los aceptó en la realidad de la vida. Las naciones del norte de Europa, por lo menos, que vivían también dentro de los principios de la escuela clásica, fueron modificando sus leyes y sus establecimientos, crearon los manicomios criminales, empezaron a elaborar el derecho criminal de los menores, modificaron las leyes contra la habitualidad teniendo en cuenta los antecedentes del sujeto pasible de la aplicación de la pena; finalmente, aparecieron las medidas de seguridad que, más o menos tímidamente, fueron recibidas por todas las naciones regidas por códigos vaciados en el molde clásico.

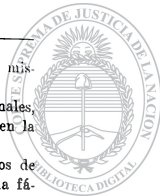
Quiere decir que hay una transformación posterior dentro de la escuela clásica, que va aceptando, aunque de manera indirecta, principios distintos a los que formulara teóricamente en su primitiva concepción.

### III. — Escuela positiva

#### SUS SOLUCIONES

Sumario: 486. Obra doctrinaria. — 487. Bases. — 488. Conclusiones.

**486.** — Veamos la obra doctrinaria de la escuela positiva. Desde el principio, Ferri escribió en su *Sociología Criminal* este pensamiento: “Las mil experiencias de la vida cotidiana de la familia, de la escuela, de las asociaciones, así como la historia de las vicisitudes de las sociedades, nos enseñan que para hacer menos perniciosa la



acción de las pasiones es preferible abordarlas de flanco, en su mismo origen, que atacarlas de frente.”

Es el sistema que inspira la teoría de los sustitutivos penales, conjunto de medidas con que se puede reemplazar las penas en la lucha social contra la delincuencia (7).

Ferri fundamenta extensamente el principio que acabamos de exponer, con ejemplos de la vida corriente, de la familia, de la fábrica, etc.

Estos sustitutivos penales son de diversa naturaleza, pero todos van a buscar esencialmente el medio de combatir la delincuencia futura de quienes no han delinquido todavía. Son medidas de carácter económico, civil, político, religioso, tendientes a evitar en los hombres la necesidad de cometer delitos.

La construcción general de la escuela positiva afirma, en términos rotundos, que la pena no sirve como solución única en la lucha contra el crimen. Preconiza el sistema de la defensa social basada en el conocimiento del delincuente y en el hecho cometido.

El conocimiento del delincuente es la determinación científica de los elementos que diferencian entre sí a las diversas categorías de delinquentes. Los hombres delinquen por causas múltiples (\*), por pasión, por taras mentales como los estados demenciales, etc. Existe, además, el delincuente frío, que mata por impulso de perversidad brutal, existe el habitual, el ocasional, etc.

De acuerdo con este conocimiento científico del delincuente, la ciencia debe crear las instituciones correspondientes.

A su vez, como de este conocimiento resulta que la medida de la sanción a aplicar debe ser la temibilidad específica de los delincuentes, las instituciones no solamente deben limitarse a mantenerlos separados de la sociedad, sino que deben graduar la sanción de acuerdo con esa temibilidad.

**487.** — Este nuevo concepto, totalmente distinto del sustentado por la escuela clásica, supone una serie de profundas diferencias entre ambos sistemas.

a) *Existencia de un derecho penal asentada sobre bases totalmente distintas.* Tan distintas, que si nosotros a veces nos vemos

(7) Véase tomo III, cap. XXXIV.

(\*) Véase tomo II, N° 104 y sgts.



obligados a acudir a Beccaria y demás autores clásicos para el estudio de la parte jurídica del derecho penal contenida en la parte especial de los códigos respectivos, casi nunca necesitamos acudir a ellos para el estudio profundo de la parte general donde se encuentran los principios básicos y directores del derecho penal.

b) *Existencia de nuevas instituciones y de nuevos remedios.*

En la escuela clásica, para el mayor criminal existía la mayor pena; en la escuela positiva, para el mayor criminal existe la sanción adecuada al estado peligroso de ese delincuente. Y como hemos afirmado repetidas veces que un delito de gravedad mínima puede ser cometido por un delincuente de peligrosidad máxima y viceversa, quiere decir que las instituciones de lucha contra la delincuencia deben estar ajustadas necesariamente a este principio dominante.

**488.** — Si buscamos en los libros de la escuela positiva, en Lombroso, en Ferri, en Garófalo, una construcción teórica de los nuevos elementos de lucha contra la delincuencia, no la encontraremos. Sólo hallaremos la afirmación de que la pena no es ni puede ser el único medio; que el delito responde a causas profundas individuales y sociales.

Es que la escuela positiva no elaboró la doctrina de las nuevas sanciones que tenían que establecerse dentro de la concepción penal que lanzaba al mundo <sup>(9)</sup>. No la elaboró por una razón sencilla: la realidad le demostraba que el único medio empleado hasta ese momento, la pena, era insuficiente; pero todavía no se diseñaba en el horizonte nada que equivaliera a un sistema de lucha contra el crimen. Ese nuevo sistema ha ido forjándose en el mundo impuesto por las necesidades sociales del momento, y recién hoy podemos hablar de la existencia de un sistema orgánico y sólidamente establecido.

---

<sup>(9)</sup> La prueba de esa falta de instituciones y de reglamentación, la encontramos en la queja constante de Ferri contra los abogados que en sus defensas ante el foro afirmaban, en nombre de los principios de la nueva escuela, la necesidad de poner en libertad a los delincuentes degenerados, locos, enfermos, etc. "Si el hombre — decían — es llevado al delito por fuerzas profundas que están en él o en la sociedad, entonces no puede ser responsable..." La argumentación de la escuela positiva tendiente a demostrar que el hombre es llevado al delito por fuerzas naturales y no por un acto reflexivo de su voluntad, era utilizada con un fin enteramente opuesto al que la escuela positiva perseguía.

## PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA

**Sumario:** 489. Clases. — 490. General. — 491. Especial. — 492. Palabras de ven.  
Liszt. — 493. Conclusiones.



**489.** — La prevención que, según hemos dicho, existe en todas las doctrinas penales, determina necesariamente diversos conceptos con los que pueden ser encaradas las instituciones que se refieren directa o indirectamente a la lucha social contra el delito.

Existen dos clases de prevención: la general y la especial, ambas íntimamente mezcladas en la doctrina y en la realidad.

**490.** — La prevención general tiene en vista exclusivamente el crimen; éste es su punto de partida. Toda sociedad organizada reacciona por medio de la pena contra el acto producido, el daño causado y consecuencias correspondientes. La pena, para la sociedad, tiene un efecto intimidatorio, y el derecho penal tiene un carácter objetivo neto <sup>(10)</sup>.

De modo que la prevención general se realiza previniendo, diremos así, a todo el mundo con el efecto intimidatorio de la pena, que a tal acto va a suceder necesariamente tal consecuencia.

**491.** — La prevención especial, que es la que más se ha extendido a partir del siglo XIX, tiene en vista el delincuente. Busca por todos los medios posibles, pero siempre de acuerdo con las ideas dominantes en el momento que se vive, o hacer expiar al culpable su delito por medio de la pena intimidatoria o retributiva, o enmendarlo para readaptarlo al medio social.

¿Con qué objeto se produce esta readaptación al medio social? ¿Con qué fin se aplica lo que algunos autores han llamado la pena reformatoria? Sencillamente con el objeto y con el fin de evitar, mediante la supresión de la causa en el delincuente, la producción de futuros delitos.

Es decir, que la prevención especial tiene un carácter puramente subjetivo, pues tiende a que el delincuente, cuya tendencia de-

<sup>(10)</sup> Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, tomo



lietuousa fué puesta en evidencia por el acto cometido, no vuelva a cometer nuevos delitos.

Es indudable que ambas tendencias se confunden en su doctrina y en su aplicación, porque si bien la ley penal va contra todos los habitantes al mismo tiempo, va también determinadamente contra el delincuente que ha violado la ley penal.

La prevención especial es la que ha dado nacimiento a las instituciones típicas y fundamentales del siglo XIX.

**492.** — Dice el gran penalista alemán von Liszt, en su famoso tratado de derecho penal: “La controversia entre las teorías de derecho penal tiene en el presente por eje real la relación entre la prevención general y la prevención especial”. <sup>(11)</sup>

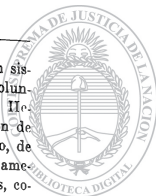
**493.** — Perfectamente caracterizadas ya la prevención general y la prevención especial, vemos que tiene razón von Liszt en la precedente afirmación. Los códigos, los sistemas, los autores, pueden adoptar uno u otro punto de vista. El problema se desplaza según cuál sea éste, de consiguiente. Si consideramos, como en los códigos antiguos, únicamente el efecto retributorio, intimidante de la pena, o si consideramos, como en los proyectos modernos, el efecto de carácter subjetivo que pretende tener la pena, estamos en dos polos opuestos del pensamiento científico. En lógica tendríamos el caso de la oposición de dos contrarias. Planteadas así ambas proposiciones, la verdad de la una implica la falsedad de la otra, pero por la ley que rige la oposición de dos contrarias, sabemos al mismo tiempo que la falsedad de la una no implica necesariamente la verdad de la otra, pues ambas pueden ser falsas a la vez. Es lo que sucede en la presente cuestión, a nuestro modo de ver.

La prevención general ha construido por entero, casi, los antiguos códigos. La pena, según el aforismo de Grocio, era el mal que se infligía por el mal de la acción. Obraba sobre el delincuente como retribución y sobre los demás hombres como intimidación. La sociedad legislabá sobre el crimen de una manera objetiva. La sanción pesaba sobre el violador de la norma de acuerdo con una regla de derecho estricto que no tenía en cuenta para nada su individua-

---

<sup>(11)</sup> *Traité de droit allemand*, t. I, pág. 121.





lidad. Tendía a impedir que se cometieran delitos, erigiendo un sistema penal que obrara sobre los motivos que influían en la voluntad criminal, moralmente libre. Su principio era el famoso de Hegel: El delito es la negación del derecho y la pena la negación de esta negación <sup>(12)</sup>. La pena venía a corregir el crimen causado, de una manera tal que todos los ciudadanos deberían sentirse amenazados por ella. Sin embargo, por este camino, se llegaba lejos, como ya lo hacía notar la admirable intuición de Montesquieu en el siglo XVIII. No obstante, las viejas teorías clásicas se asentaron casi por completo sobre la base intimidatoria de un sistema exclusivo de prevención general. De ahí las deficiencias de toda la legislación vigente de las naciones. Sus códigos estaban contruidos de acuerdo con semejante principio absoluto. Miraban al crimen y no al criminal; su carácter era objetivo y no subjetivo.

La prevención especial triunfa, a nuestro modo de ver, en las orientaciones del derecho penal contemporáneo, después de la gran revolución originada en el campo de la ciencia penal por la escuela positiva italiana. El código de Noruega es su primera aplicación en el terreno de la ley, pero su base más eficaz se encuentra en la vasta obra legislativa y doctrinaria de Carlos Stooss. Lo siguen en esta vía fecunda, aunque con algunas concesiones a los viejos sistemas, los proyectos alemán y austriaco de 1909 <sup>(13)</sup>. Y la tendencia se consagra en el proyecto de código penal italiano de 1921, la redacción legal más científica y perfecta que haya sido elaborada hasta hoy en el mundo. Son éstas, vastas construcciones jurídicas de prevención especial y, subsidiariamente, de prevención general.

---

<sup>(12)</sup> *Rechtsphilosophie*, parágrafo 90.

<sup>(13)</sup> Véase Grispigni, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria. Tentativa di una interpretazione sistematica del diritto in formazione*, año 1911.



#### IV. — Instituciones prácticas angloamericanas

##### EXPOSICION

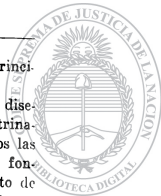
**Sumario:** 494. Causas. — 495. Realidad actual. — 496. El origen de estas instituciones y su explicación.

**494.** — Durante el siglo XIX, por causas de índole diversa, surgieron muchas instituciones que al principio tuvieron exclusivamente por objeto atender la necesidad local o responder a algún arraigado convencimiento personal. Estaban directamente vinculadas con las grandes corrientes sociales del siglo y con los ideales que durante él se sustentaron.

Por otra parte, y paralelamente, las conquistas de la ciencia en materia de educación, de organización del trabajo, de higiene; la mayor difusión de la beneficencia; la expansión del maquinismo, etc., determinan el nacimiento de una cantidad de instituciones empíricas, nacidas de la misma necesidad social que estaba llamadas a llenar, pero que iban a influir poderosamente un día en las doctrinas penales y en la lucha contra la delincuencia.

**495.** — Los manicomios criminales o las salas especiales para delinquentes alienados en los hospitales que se crearon en Inglaterra, las primeras colonias para menores, como las instaladas por Wichern en Alemania en 1833 o Demetz que funda en 1839, ayudado por el Vizeconde de Courteilles, la colonia de Mettrai en Francia, nacieron sin que se les ocurriera a sus autores que pudieran tener una vasta proyección social en el futuro.

Hoy día, sin embargo, estamos construyendo el derecho penal precisamente a base de la existencia de esas instituciones. Cuando hablamos de un nuevo concepto del derecho penal, de una transformación completa en la lucha contra la delincuencia, no pensamos ya solamente en una doctrina sino en una realidad existente



derivada de las instituciones creadas empíricamente desde principios del siglo XIX.

Este vasto conjunto de instituciones, cuyo origen hemos diseñado, constituye precisamente el fondo del derecho penal doctrinario. Unos las llaman instituciones preventivas en general; otros las denominan medidas de seguridad; otros, sanciones. Pero en el fondo, se trata de un nuevo derecho penal, de un nuevo concepto de prevención inmediata de la delincuencia, que va a combatir el mal del delito en la persona misma que lo ha producido en unos casos, o en las personas que pueden producirlo en otros casos. Son las instituciones del estado peligroso.

Han sido examinadas en el curso precedente. Son los establecimientos para alienados, para semi-alienados, para delincuentes ambientales, para delincuentes habituales, para menores, para todo ese vasto conjunto de personas que están dentro del delito o en sus fronteras.

En nuestro concepto, el derecho penal, en el fondo, está en la práctica de estas instituciones.

**496.** — Este conjunto de instituciones empíricas integrantes de este moderno concepto de prevención inmediata de la delincuencia, ha nacido especialmente en las naciones del norte de Europa, algunas en Alemania, en Inglaterra, en Holanda, y muchas en Estados Unidos.

Según Longhi, la razón es sencilla. Han nacido especialmente fuera de Italia y de Alemania, porque son los dos países más penetrados de doctrinarismo, llámese este clásico o positivista. Los dos países parecen, en resumidas cuentas, sujetos, en consideración a lo menos a la actual ciencia penal, a la tiranía de los sistemas y, por eso mismo, más inclinados a las reformas abstractas y generales.

Es exacto. Italia y Alemania, los dos países que más a fondo han elaborado el derecho penal, han forjado el ideal teórico, sin llevarlo a la realidad. Los ingleses, los holandeses, los norteamericanos, los mismos alemanes en algunos pocos casos aislados, no proceden con ese criterio. Ven que una institución puede producir beneficios, y sin ponerse a considerar, porque no tienen una mentalidad abstracta, si está de acuerdo o no con la doctrina — y no



siempre tampoco construyen doctrinas — crean la institución, que comienza a desenvolverse a través del tiempo.

#### PREVENCION INMEDIATA DE LA DELINCUENCIA

Sumario: 497. Concepto.

**497.** — Estas instituciones, que nacen en la forma empírica que acabamos de exponer, y que la doctrina recoge después, han contribuido a formar lo que se llama por algunos autores modernos, la prevención inmediata de la delincuencia.

Refiriéndose a ella, dice Longhi en términos precisos: “Por prevención inmediata se quiere aquí extender la prevención realizada por la eliminación de las causas más próximas y directas de la delincuencia, pero con el concurso, en todos los casos, de una fuerza coercitiva sobre la persona, de una limitación de la libertad individual del delincuente. Quedan así excluidas todas las formas de defensa indirecta, es decir, en otros términos, los sustitutivos penales propiamente dichos”.

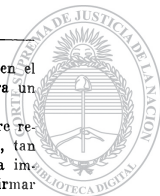
Esta definición es clara, porque nos dice que toda la tendencia moderna del derecho penal tiende a eliminar las causas más próximas de la delincuencia, pero no en un sentido indirecto, sino directo. Tal es el carácter de esta prevención inmediata.

#### V. — Sentencia indeterminada

##### PRINCIPIOS GENERALES

Sumario: 498. Concepto. — 499. Congreso penitenciario de Cincinnati. — 500. Id. de Estocolmo. — 501. Id. de Roma. — 502. Id. de París. — 503. Id. de Bruselas. — 504. Id. de Washington. — 505. Aplicación práctica.

**498.** — La sentencia indeterminada ha nacido de un principio sencillo. El Estado, una vez que la reforma del delincuente se ha



producido, no tiene ningún interés en mantenerlo encerrado en el establecimiento en que estaba. Esto es indiscutible, salvo para un criterio de expiación o puramente retributivo.

Lo que es indudable en la teoría, sin embargo, no siempre resulta igualmente indudable en la realidad. Este pensamiento, tan sencillo, choca con tantas cosas, con tantos principios, con la imposibilidad del estudio experimental del hombre para poder afirmar que está realmente readaptado, mejorado, corregido, exento de peligrosidad, que han hecho en la práctica inadmisibles la organización científica de la sentencia indeterminada.

La sentencia indeterminada supone que el delincuente sufra su pena o permanezca internado en un establecimiento especial, de acuerdo con el peligro que representa para la sociedad. Si no representa ningún peligro, no hay detención para él. Si representa un gran peligro, la detención puede durar su vida entera, aunque haya cometido un delito insignificante.

**499.** — La primera manifestación que tiene en la doctrina y en la realidad la sentencia indeterminada, aparece en el Congreso penitenciario de Cincinnati (Estados Unidos), celebrado en 1870. La fórmula de Brockway, una de las figuras más eminentes en la historia de la Penología del siglo XIX, aceptada por el Congreso de Cincinnati, fué la siguiente: “Las sentencias fijas deben ser reemplazadas por las de duración indeterminada”.

**500.** — En el Congreso penitenciario realizado en Estocolmo, en 1878, se adoptó la siguiente resolución: “La ley debe precisar la duración del aislamiento, sentando como medio para luchar contra la reincidencia un sistema penitenciario moralizador, teniendo por complemento la libertad condicional y el empleo menos frecuente de las penas de corta duración contra los delincuentes”. El concepto es más restringido que el amplio emitido en Cincinnati, en 1870.

**501.** — El tercer Congreso penitenciario celebrado en Roma en 1885, conjuntamente con el primer Congreso antropológico criminal, decidió: “Que se debería establecer para las penas un máximo infranqueable y un mínimo que pudiera ser franqueado por el juez”. Es decir, que se encerraba la institución dentro de un lí-



mite insalvable, que era el máximun; ello se sostuvo en nombre del principio de la libertad humana, arguyéndose que no era posible que por un error judicial o por un mal conjunto de antecedentes, equivocados o no, pudiera ser encerrado un hombre durante su vida entera por un delito insignificante.

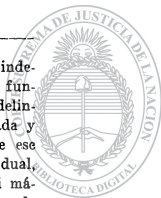
**502.** — El quinto Congreso penitenciario reunido en París en 1895, acordó: “Que para los vagabundos y mendigos profesionales, la medida más eficaz es un internamiento prolongado en colonias especiales de trabajo, que sólo debe cesar cuando la detención no parezca ya necesaria”.

El concepto se restringe más aún, pues solo aparece aplicado a los vagabundos y mendigos, es decir, individuos que viven en estado peligroso. Los demás casos, los que realmente interesan al derecho penal, están fuera de la declaración hecha por el Congreso de París.

**503.** — El sexto congreso penitenciario de Bruselas, de 1900, dispuso: “Que el sistema es inadmisibles en materia penal; que en lo que concierne a las medidas de educación, de protección y de seguridad, el sistema de sentencias indeterminadas sólo es admisible mediante ciertas restricciones; y que la indeterminación se impone para el tratamiento de los delincuentes irresponsables, afectados de enfermedades mentales, pero que en este caso no tiene ningún carácter penal”.

Era sencillamente la aparición en los congresos penitenciarios del punto de vista estrecho, limitado, legista, de Europa; eran los principios belgas, franceses, etc., que impedían que fructificara esta concepción nueva y fecunda. Es el respeto sagrado a la ley, que caracteriza generalmente a esos pueblos de Europa, el que impidió entonces — como en el reciente Congreso de derecho penal de Bruselas de 1926 — la sanción de votos tendientes al establecimiento de principios más altos y más humanos de defensa social.

**504.** — El octavo congreso penitenciario reunido en Washington, en 1910, adoptó las más interesantes conclusiones a que haya arribado tal vez un congreso penitenciario, señalando así el espíritu netamente diferencial del carácter norteamericano.



“Cuestión: si se admite que el sistema de las sentencias indeterminadas puede racionalmente conciliarse con los principios fundamentales de la justicia penal: a) ¿para qué categorías de delinquentes convendría dictar sentencias de duración indeterminada y para qué categorías sería preferible excluir la aplicación de ese sistema? b) ¿Cómo se podría, sin daño para la libertad individual, aplicar una sentencia de este género, dictada sin mínimum ni máximun de duración? Si no se admite que el sistema de sentencias de duración indeterminada está en armonía con el principio fundamental de la justicia penal, ¿convendría, en consideración a los condenados individualmente, adjuntar a la pena determinada en que hayan incurrido, una medida accesoria a título de penalidad complementaria? Suponiendo la respuesta afirmativa, ¿en qué casos debería recurrirse a este suplemento de pena y qué forma debería revestir?”.

Las resoluciones del congreso fueron:

“Primero. — El Congreso aprueba el principio científico de la sentencia de duración indeterminada.

“Segundo. — La sentencia de duración indeterminada deberá ser aplicada a las personas moralmente o mentalmente defectuosas.

“Tercero. — La sentencia de duración indeterminada deberá ser aplicada además como parte importante del sistema educador para los criminales, sobre todo para los jóvenes delinquentes, siendo necesario tratamiento educador cuando los delitos son debidos principalmente a las circunstancias individuales.

“Cuarto. — La introducción del sistema dependerá de las circunstancias siguientes: 1º que las ideas dominantes respecto a la culpabilidad y a la pena no estén en contradicción con la concepción de la sentencia de tiempo indeterminado; 2º que esté asegurado el tratamiento individual del delincuente; 3º que la junta para otorgar la libertad esté compuesta de manera que excluya toda influencia exterior, bajo la forma de comisión a la cual serán llamados a tomar parte al menos un representante de la magistratura, uno de la administración penitenciaria y otro de la ciencia médica.

“Quinto. — El establecimiento del máximun de la pena no se recomienda más que en los casos en que sea necesario a causa de la novedad del sistema y de la falta de experiencia”.

Este voto del congreso de Wáshington de 1910 plantea los más



serios, profundos y tal vez insolubles problemas del derecho penal. El tiene una importancia considerable en esta materia, no solamente porque ha venido cuarenta años después del primer congreso en que Brockway planteó la cuestión de la sentencia indeterminada, es decir, después de cuarenta años de experiencia y de opiniones encontradas, sino que viene a darse como voto formal de un congreso en el país que más adelante ha querido llevar en todo sentido el principio de la sentencia indeterminada. La sentencia indeterminada es una institución netamente norteamericana. Allí nació, allí se desarrolla y de ahí, quizá, está llamada un día a influenciar el mundo entero.

**505.** — La sentencia indeterminada existe incorporada en varios estados de Norte América, donde nació y donde se ha desarrollado más eficazmente, repetimos, pero llegándose a esta especie de compromiso: la ley se aplica solamente a los delincuentes primarios, sometidos al régimen de los reformatorios, o a los delincuentes habituales.

Por lo general, la ley fija el máximun de la pena; el mínimun queda librado a la apreciación judicial <sup>(14)</sup>.

#### PROBLEMAS QUE SUSCITA

Sumario: 506. Enumeración.

**506.** — Los problemas que implica la sentencia indeterminada en absoluto, son gravísimos. Basta pensar que en su concepto integral el hombre que delinque queda sometido durante su vida entera o una parte insignificante de ella al ejercicio de sanciones que no tienen más límite que la apreciación administrativo-judicial y la naturaleza de su peligrosidad, para darse cuenta que esta institución afecta principios esenciales de la vida social contemporánea. Tales serían, por ejemplo: la libertad, los derechos del hombre, la

---

(14) Sobre sentencia indeterminada, véase el tomo III, cap. XXXVII.





autoridad de la cosa juzgada, el régimen de la justicia represiva, etc.

#### Peligrosidad

**Sumario:** 507. Juicio sobre la peligrosidad. — 508. Complejidad. — 509. Falta de conocimiento del hombre. — 510. Acción del juez. — 511. Cuestiones prácticas. — 512. Elementos del juicio penal.

**507.** — Es natural que si nos colocamos dentro del punto de vista abstracto de la sociedad, la sentencia indeterminada es el ideal de la pena, por cuanto elimina de la sociedad al elemento peligroso y vuelve a su seno al elemento adaptable, aunque uno y otro hayan sido delinquentes ante la ley penal. Pero si este es un postulado esencial de la teoría penal, en la práctica ofrece gravísimos inconvenientes.

¿Qué hombre en el mundo puede atreverse a decir que está en condiciones de informar a conciencia sobre la peligrosidad de otro hombre?

La escuela positiva italiana, inspiradora en el tiempo moderno de todas las corrientes científicas que basan el derecho penal en el delincuente y no en el delito, no ha dado hasta hoy una fórmula importantísima, sólo un estudio vastísimo de la cuestión, pero no la solución del problema concreto del hombre que delinque. Instituciones preventivas o represivas, penas o medidas de seguridad, conceptos doctrinarios generales del estado peligroso, etc., no son sino las soluciones teóricas de la cuestión. La solución práctica está fuera de su alcance y de sus verdaderas posibilidades de realización. Las luchas de las escuelas en Italia y en Alemania, las obras de los tratadistas, las conclusiones de los congresos, nos han dado un derecho más elevado en su doctrina y en su técnica, pero no han logrado una aplicación más perfecta de los principios al caso individual del hombre que delinque <sup>(15)</sup>.

**508.** — Es que el problema tiene una complejidad extraordinaria. No basta que en la mayoría de las universidades del mundo se

<sup>(15)</sup> Véase nuestro trabajo *El juicio penal y el delincuente*.

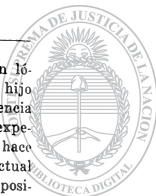


enseñe hoy ciencia penal a base de observación y experimentación en vez de las construcciones jurídicas de antaño; no basta que los códigos de algunas naciones y los proyectos de otras hayan incorporado a la legislación instituciones como la condena y la libertad condicionales, un nuevo derecho penal para los menores, etc.; no basta que científicamente el principio de la responsabilidad legal, entendido a la manera del proyecto italiano de 1921, haya vencido a la tesis clásica de la responsabilidad moral, o a la teoría de la voluntariedad; no basta que se considere al estado peligroso como la fórmula fecunda de que ha de surgir un día, armado de todas las piezas, el derecho penal del porvenir; pues todo ello no puede ser aplicado en la realidad sobre la única base que es posible: el conocimiento integral del hombre.

La ciencia del hombre está en sus comienzos. La psicología, la sociología, la historia lo ignoran todavía, a pesar de ser él mismo quien construye el edificio de las ciencias que a su vez, deben estudiarlo. No sabemos, en definitiva, casi nada de nosotros mismos. Recién se ha empezado a explorar el campo inmenso de la subconciencia, donde tal vez sean las raíces supremas de toda la vida intelectual, moral y pasional del hombre; aun no conocemos nada de la verdadera relación que existe entre el pensamiento y el cerebro; ignoramos cuál es la entraña real de esos intensos sacudimientos del alma, que Ferri, con término gráfico aplicado a sus resultados, llamó "huracán psíquico"; en una palabra, estamos los hombres ante el misterio del hombre, como ante los misterios del *ignorabimus* de Dubois Reymond. Y en más de una ocasión, desde el más grande psicólogo hasta el más modesto juez, nos hemos visto en presencia de seres que representan, como en varios cuadros famosos, un César Borgia o un cardenal que desmienten con su rostro la realidad de su espíritu.<sup>(16)</sup> ¿Quién puede penetrar el enigma de nadie si no es capaz de comprender siquiera el propio?

**509.** — Todos los hombres vivimos en contacto afectivo o social durante años y años sin conocernos. Todos tenemos hijos cuya vi-

<sup>(16)</sup> Ver, entre muchos otros, los casos y opiniones que presentan sobre este punto, los *Comptes rendus du VI Congrès d'Anthropologie criminelle*, pág. LXVI, como también el análisis de la cuestión en Proal, *Le crime et la peine*, 4ª ed., pág. 63 y sgts.



da interior casi ignoramos por completo, por la incomprensión lógica que hay entre las ideas de un padre de 40 a 50 años y un hijo de 15 a 20. Sólo sabemos de ellos que llevan el porvenir en potencia en su alma, pero no sabemos cuál ha de ser. En millones de experiencias diarias el mayor sorprendido del bien o del mal que hace un hijo es su propio padre. Lo desconoce en su pasado intelectual y moral, por falta de comprensión; no ve su porvenir, por imposibilidad de penetración. Si tiene que juzgar sobre él, fallará en un 95 por ciento de los casos, por ignorancia o por exceso de afecto o por defecto de contacto intelectual o moral.

Lo mismo nos sucede con nuestros amigos, con nuestros empleados, con la gente que más de cerca nos rodea, aunque ya en otra escala de valores. Sabemos más como son, como obran, como reaccionan ante determinados circunstancias de la vida, pero, en el fondo, son también verdaderos enigmas. A veces es un hecho inesperado el que nos revela su verdadera personalidad; a veces, sólo por una circunstancia fortuita venimos a saber que vivían encenagados en un vicio infamante o que tenían fuertes taras morales que nadie pudo sospechar jamás. Sólo entonces penetramos la razón oculta de actos a los que nunca prestamos atención, por creerlos simples bizarrías de carácter o cualquier otra cosa. Algunos que eran egoístas absolutos habían sabido disimularlo a la perfección, apareciendo como generosos y altruistas; otros, apóstoles de la virtud, modelos admirables de corrección y buenas costumbres, eran sólo vulgares hipócritas que lograban engañar a todos, haciendo una vida inmoral y baja, gracias a la piadosa mentira de una esposa y de hijos que preferían sufrir en silencio para que nadie supiera la desvergüenza o la infamia del respetado jefe del hogar; unos más, gentiles hombres sin miedo y sin reproche, figuras de exquisita distinción en cualquier reunión o club social, eran socios de tahures vulgares en inconfesables negocios. ¿Para qué seguir? ¿Qué hombre de mundo, que haya vivido mucho en contacto con los hombres, no ha encontrado más de una vez a uno de esos seres de doble vida, como en el famoso cuento de Stevenson del doctor Jeckill, aunque no lleguen a la monstruosidad física del doble cuerpo de éste? ¿Quién no ha dicho en más de una ocasión, el profundo asombro que le ha causado alguna acción desconcertante de un amigo, que revelaba con ella una honda y vieja tara moral de su alma o de su vida?



No es menester para ello rehacer en el espíritu varias de las figuras, mordidas al agua fuerte, de la *Comedia humana* de Balzac.

Es que así es la vida incomprensible, absurda, ilógica, extraordinaria y múltiple de los hombres. Para quien se sienta en un escritorio, ante una hoja de papel, y piensa en un artículo de código o en una teoría sobre el delincuente, es indudablemente más cómodo concebir al ser humano de acuerdo con lo que escribe, que imaginarlo en la plenitud desconcertante y contradictoria de la vida social. Partirá, como Romagnosi, el gran maestro de la *Genesis del diritto penale*, de la noción de *spinta criminosa* para llegar al concepto equivalente de la *controspinta penale* o creará otra serie de abstracciones, sea desde el terreno jurídico de la escuela clásica o de la realidad biológico-social de la escuela positiva, porque es más fácil representarse un ente de razón, llámese como se llame, que penetrar en la honda entraña del enigma insoluble de la vida individual en el seno del agregado social, en forma cuya simple suposición hubiera espantado al mayor brujo del alma humana, el misterioso e inmenso Shakespeare.

510. — He aquí el grande, enorme, insoluble problema del derecho penal: el hombre. Mientras él no sea resuelto toda construcción teórica fallará por su base. Códigos de dos penas o de cuarenta "sanciones"; criterios de represión sustentados en la responsabilidad moral o en la responsabilidad legal; regímenes penales contruidos sobre un sistema de penas paralelas o promediables o relativa o absolutamente indeterminadas; cárceles-presidios o establecimientos de readaptación a la vida social; cuestiones de toda clase respecto a los principios jurídicos esenciales del derecho penal más revolucionario en conflicto con los derechos naturales más esenciales de la ideología o régimen político más revolucionario; ¿qué es toda esta inmensa construcción jurídica y científica que se viene elaborando en el mundo desde que una organización social sancionó con una pena un acto humano violatorio de una norma, en presencia de este hecho simple que nadie puede desconocer: un juez que juzga un hombre y le aplica una sanción del código más perfecto que sea dado concebir, ignorando qué es el hombre que el destino ha puesto en sus manos?

Suponed en ese juez ignorancia, incomprensión, cortedad de



vistas, rigidez mental, ideas preconcebidas, taras mentales o lo que se quiera, sin necesidad de acudir a las fallas de su moralidad, y tendréis la evidencia de la inutilidad práctica actual de toda esa inmensa construcción jurídica que elaboramos paciente y sistemáticamente, desde César Beccaria, profesores, legisladores, tratadistas, etc.

No es menester acudir a casos extremos para probar la aserción, Imagináo un juez que, como todo hombre, tenga una filosofía de la vida y del mundo, basada en el postulado sencillo y claro que él se ha construído como la premisa mayor de un silogismo perfecto; por ejemplo, el de que todo delincuente es una víctima del estado social actual, del régimen capitalista que impera sobre la tierra. ¿Puede ese juez estudiar la peligrosidad del sujeto juzgado por un delito, con objetividad científica? ¿Lo estudiaría de la misma manera que el otro juez que asentara su filosofía personal sobre la base de que todo delincuente es un enemigo del orden social erigido sobre el dogma de la moral y el respeto de la ley? Damos por sentado que la ciencia y la información y la buena fe y el buen corazón fueran idénticos en ambos casos. ¿Las conclusiones serían idénticas también? Ello sería imposible, porque en todo juicio de un hombre respecto a otro, entran siempre los factores fundamentales e imponderables referentes a la manera cómo él relaciona las dos incógnitas insolubles de la vida social, que son la sociedad y el individuo.

La cuestión es más grave si ponemos al delincuente en presencia de un juez torpe o limitado o venal o con un montón de otros atributos aplicables a cualquier profesión humana, por selecta que sea su forma de constitución.

Si hoy mismo, cuando los jueces fallan interpretando *un caso de expediente* a la luz de los principios claros de un artículo dado del código penal, tenemos en todas partes del mundo innumerables sentencias en que los votos de derecho, por el solo hecho de estar en relación con un acto humano, que puede ser considerado desde dos o tres puntos de vista, varían en proporciones enormes que van a veces de la absolución a la aplicación de una pena muy grave, ¿qué no sucederá cuando siendo los jueces los mismos tengan que fallar, no sobre un expediente interpretado a la luz de un código, sino sobre un hombre cuya peligrosidad hay que determinar, no sólo en

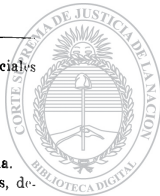


relación con todo lo que fué su vida, con todo el delito que cometió, con todas las características individuales y sociales que revela, sino también con todo lo que será mañana cuando se vuelva a poner de nuevo en contacto con ese inmenso abismo de acciones y de reacciones que es la sociedad humana?

**511.** — Las construcciones de derecho, las teorías, los códigos tienen como objetivo la realidad y no, como la filosofía, las plácidas regiones de la especulación. Digan lo que digan, constrúyanse como se construyan, las teorías, las abstracciones, los códigos penales tienen como objetivo final una sanción para todo hombre que delinque o que manifiesta un estado peligroso. En qué casos, cómo, a quiénes, por quiénes, por cuánto tiempo se aplica la sanción *en forma de realidad*; en qué casos, cómo, a quienes, por quiénes, por cuánto tiempo se suspende la aplicación de la sanción, *en forma de realidad*; en qué casos, cómo, a quienes, por quiénes, en qué tiempo termina la aplicación de la sanción, *en forma de realidad*; he aquí problemas que no se resuelven dialécticamente en libros, en códigos, en conferencias sino ante la realidad misma de estos tres enigmas absolutos: el hombre, la sociedad humana, la redención humana.

El hombre, que tiene un coeficiente de valor, como individuo, tiene también un coeficiente de valor, como miembro del indiscernible agregado que es la sociedad humana. Además, ambos varían entre sí de sociedad a sociedad. El coeficiente no sólo no es el mismo de ayer a hoy, sino que puede subsistir sin que por ello no tenga la equivalencia del valor. De ahí la imposibilidad de juzgarlo de una manera puramente objetiva. Su realidad implica siempre una relación que puede ser apreciada desde puntos de vista tan diferentes que impiden toda regla de exacta determinación.

**512.** — En la época contemporánea, en virtud de la admirable construcción científica que ha elaborado la escuela positiva criminal difundida por el mundo entero, gracias a la fecunda teoría del delincuente como base del derecho penal, que nació en Italia, el hombre que comete un delito es una fuerza en acción y no una abstracción jurídica. Como tal debe ser juzgado teniéndose en cuenta:



- 1º El complejo de todos los antecedentes personales y sociales que condicionan su individualidad;
- 2º Las consecuencias sociales de su delito;
- 3º La clase de la sanción que le corresponde;
- 4º El momento en que debe terminar la sanción;
- 5º Sus posibilidades de readaptación social post-carcelaria.

Diversas autoridades, judiciales, técnicas y administrativas, deben intervenir para establecer esos elementos. El juez, solo, no puede hacerlo. Necesita el auxilio de pruebas objetivas que existirán en el expediente del proceso; de empleados o inspectores que reconstruyan la vida del imputado para determinar el criterio de su peligrosidad específica; de peritos que establezcan las características sintomáticas de sus anormalidades biológicas, morales y sociales; viene entonces, recién entonces, la aplicación de la sanción. Fijada la que se crea más conveniente, comienzan a actuar las autoridades administrativas, esto es, las que someterán al delincuente al régimen del establecimiento especial a que vaya; las que estudiarán su adaptación a él; las que determinarán los progresos o los retrocesos de los caracteres más salientes de su peligrosidad; las que dirán, finalmente, que está en condiciones de volver al seno de la sociedad con tales o cuales precauciones.

¿Ha pensado alguien, jamás, en todo lo que ésto significa?

Elo implica, antes de nada, un vasto mecanismo judicial y administrativo. Cuando el derecho penal se asentaba sólo, como en la escuela clásica, en el concepto de la pena proporcionada al delito, la cuestión era puramente judicial. Todo consistía en un buen código procesal, en buenos jueces prudentes y rectos y en buenas cárceles. Pero, cuando el derecho penal ha venido a asentarse como en la escuela positiva, en el concepto de la sanción aplicada como defensa social, en relación con la peligrosidad del delincuente, la solución es de una complejidad enorme. El buen código penal sólo sirve ya para tener un cuerpo de normas generales, pero no para dar los criterios de apreciación subjetiva necesarios para adecuar la sanción al agente. El buen código procesal sirve sólo ya para señalar las fases del proceso y el régimen de las garantías individuales y colectivas que debe amparar. El buen juez prudente y recto sólo sirve ya como tipo moral, pues a esos atributos es menester agregar



tica de la criminología. La buena cárcel de las antiguas fantasías correccionalistas sólo sirve ya para unos pocos delinquentes, pues la inmensa mayoría de éstos debe estar bajo la sanción penal en establecimientos especiales atendidos por profesionales y especialistas *ad hoc*.

#### Individualización de la pena

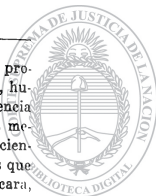
**Sumario:** 513. Aparición del concepto. — 514. Repercusión universal. — 515. Crítica. — 516. Conclusiones.

**513.** — He ahí el problema grave, capital, que entraña la sentencia indeterminada y, en general, todos los problemas del derecho penal contemporáneo que pretenden la individualización de la pena.

Uno de los más eficaces argumentos de combate, pero, al mismo tiempo, uno de los más falsos argumentos científicos sostenidos por la escuela positivista italiana y sus congéneres de todo el mundo, fué el de la individualización de la pena en el juicio penal.

Ante códigos como los de la escuela clásica, que ignoraban al delincuente como individuo de la realidad social, en estado peligroso, para tratarlo sólo como una fuerza moral productora de delitos más o menos graves, sometida a la regulación penal de los atenuantes y agravantes, era necesario crear el principio de la individualización de la pena, junto con el vasto sistema de los substitutivos penales. Se apeló a las grandes frases, como aquella de la vieja medicina que curaba enfermedades y la nueva que cura enfermos; se trajeron las estadísticas para demostrar cómo la reincidencia aumentaba en todas las naciones del mundo, de acuerdo con una ley fatal de crecimiento progresivo, a causa de que no era posible aplicar el mismo tratamiento a delinquentes diferentes en todo, pues con ello sólo se lograba profesionalizar el delito y aumentar las delincuencias; se demostró el error capital de las penas cortas, con las que sólo se conseguía devolver de las cárceles a la sociedad delinquentes inveterados, en vez de hombres más o menos honestos, aunque débiles en su resistencia contra el mal, que un delito leve había llevado a sus celdas; se probó que ciertas penas no tenían ningún va-





lor para los grandes delinquentes, con lo cual se creyó haber probado también, que tampoco lo tenían para el hombre en general, hubiera ya delinquido o no; se ilustró con casos de una evidencia abrumadora, que un juicio penal en que un juez no tenía más medio para aplicar la pena, única sanción para el delito, que haciendo una graduación cuantitativa a base de circunstancias precisas que la misma ley se encargaba de señalarle, para que no se equivocara, era un juicio penal que olvidaba al hombre y no servía ni siquiera para realizar en unos pocos casos, la función defensiva de la sociedad, para la que había sido creado; se afirmó de una manera indiscutible que era tan violatorio de la justicia, la más alta y la más noble de las instituciones humanas, condenar por mucho tiempo a quien no tenía ninguna temibilidad, como condenar por muy pocos años a quien era peligroso en grado máximo; en una palabra, se derribó una vieja construcción caduca y con hermosos materiales nuevos se levantó en el lugar ocupado por sus escombros el elegante edificio de la individualización de la pena.

514. — La frase era feliz y dió la vuelta al mundo en el acto. Era una admirable síntesis de la justicia penal perfecta del porvenir. Todos la tenían en los labios constantemente, desde los profesores de derecho a los legisladores que redactan los textos en que el derecho se traduce; desde los jueces que aplicaban la ley de una manera "modernista" para hacerla servir a las nuevas orientaciones penales, hasta los defensores de los procesados que buscaban el modo de lograr su absolución, o la más baja pena posible, en forma que respondiera a sus necesidades profesionales. Y poco a poco fué entrando en los códigos, o a lo menos, en las exposiciones de motivos desde que Saleilles la actualizara, dándole la circulación universal que presta el idioma francés a todas las ideas. Era menester hacer justicia más eficaz individualizando la pena, dando al juez los medios para fallar de acuerdo con ese principio salvador, que todo el mundo debía aplicar, pues era la gran panacea del futuro.

El efecto fué inmediato. Quien nunca se había puesto a pensar ahincadamente en el gran problema del derecho penal, la aplicación adecuada y necesaria de la pena, aceptó el término como una solución cómoda, que ahorraba un largo esfuerzo mental. Hay que individualizar la pena, decía el juez, que haciendo un análisis somero



de los antecedentes del procesado, encontraba entre ellos alguna *tarra* y la tenía en cuenta para graduar en más o en menos, la *única* sanción penal que el código ponía a su disposición, esto es, la pena que imponía un determinado número de años, de meses y de días de condena. Yo individualizo la pena, decía el director de establecimiento penitenciario, que cuando encontraba a un penado realmente reformado en sus aptitudes para el trabajo y para la disciplina (única reforma que puede apreciarse dentro de los muros de una cárcel) o admirablemente dotado de facultades de simulación, se esforzaba en obtener un indulto, una disminución de pena o el beneficio de la gracia o de la liberación condicional. Yo individualizo la pena, decía el legislador que sancionaba un texto legal con tres o cuatro principios generales referentes a la peligrosidad del sujeto, a las cosas que debía tener en cuenta el juez para fallar, a la forma de aplicar las diferentes penas "en establecimientos especiales", etc.

**515.** — El hombre que, como en la conocida frase de Protágoras, es la medida de todas las cosas, es el impenetrable misterio que el derecho penal se da a sí mismo como ideal supremo, sabiendo la imposibilidad de alcanzarlo. El delito, con su importante valor sintomático, puede decirnos cómo ha obrado en un momento dado de su vida, cómo se ha revelado en un acto, ante una circunstancia especial de su existencia, su personalidad antisocial; pero, de ahí a su conocimiento integral, hay un mundo de distancia. La pericia psiquiátrica, no obstante sus graves y constantes errores, puede decir al juez en un informe minucioso, todo cuanto concierne a lo que es posible discernir en los actos de un delincuente, en su organización física y en los recovecos aparentes de su psicología; pero, de ahí a una apreciación de conjunto de su personalidad humana, hay también un mundo de distancia. ¿Quién, en cambio, revelará la profunda raíz de sus actos, su potencialidad para el bien y para el mal, la química oculta de su vitalidad animal, el misterio impenetrable de su devenir? Si toda la literatura del mundo no ha conseguido agotar todavía la riqueza prodigiosa del alma del hombre, tampoco podrá hacerlo jamás un juicio penal que se desarrolla a base de esas montañas de papel, que son los procesos criminales. quiéranlo o no las teorías humanitarias de la individualización de la



pena. No pensemos en el caso típico del delincuente habitual, cuyos procesos sucesivos, sin necesidad de otro estudio relativo a su personalidad, nos revelan que vive en estado peligroso y que volverá a reincidir presumiblemente, a la primera ocasión que se presente; no pensemos tampoco en el caso del criminal de sangre, cuyo crimen monstruoso, como en Lacenaire, Castro Rodríguez, etc., traduce, con precisión, un estado de ferocidad, que por sí sólo basta para la aplicación inmediata de una pena eliminatoria. Ellos no son todos los delinquentes ni los más interesantes para un juicio penal, que responda a las exigencias de la ciencia penal contemporánea. *Los otros* son los que significan más para la sociedad; los que vienen por primera vez ante el tribunal de la justicia; los que delinquen realizando actos que son de una pobre apreciación sintomatológica; los que después del proceso pueden convertirse en irreprochables ciudadanos o en inevitable carne de presidio; los que no dicen nada al juez ni al perito psiquiatra con su vida ni con su crimen; los menores; los emotivos; los pasionales; los de débiles inhibiciones intelectuales o morales; los que luego serán buenos o malos según que hayan encontrado al fin del cumplimiento de la sanción un alma buena o mala que ejerza influencia sobre su existencia indecisa; los que delinquieron por prejuicios sociales; los que lo hicieron por móviles honorables, individualmente, aunque no aceptados por la sociedad en que viven; todos los hombres, en una palabra, que van al delito por un azar cualquiera de la organización social o de su propio destino. ¿Qué son todos ellos, sino enigmas, para la pobre y limitada justicia humana, que es dado realizar en un juicio penal?

**516.** — El juicio penal no puede dar a la sociedad el conocimiento integral del hombre que es necesario para fundar *científicamente* la aplicación de una sanción sobre la base del concepto *humano* de la peligrosidad, entendida a la manera doctrinariamente perfecta de la definición de Grispigni. Ya lo ha dicho Luis Jiménez de Asúa en su interesantísimo y exhaustivo trabajo sobre la peligrosidad: "... pensemos en unos tribunales dotados de máxima cultura, ¿serían, por ello, capaces de decidir ante un sujeto que hubiera vulnerado la ley, que se halla en estado peligroso? Esta es la gran objeción, la más seria, la única seria, que puede formularse. Reconozcamos que de un *modo definitivo y a priori*, ni los juristas, ni



los psiquiatras, ni los pedagogos, *nadie* en suma, es capaz de formular un juicio incommovible sobre la *temibilidad* de un hombre" (17). Y como única solución posible para ese mal inevitable, que acompaña a la teoría fecunda del estado peligroso, nos da el maestro español la de que las sentencias sean provisionales, desterrando para siempre "ese abominable arcaísmo de la santidad de la cosa juzgada".

¿Es, en verdad, una solución? No lo creemos. Si el juicio penal fracasa no es porque se supone falta de ciencia y de conciencia en los magistrados llamados a decidir sobre el estado peligroso, sino porque son hombres que fallan sobre el enigma del hombre. Producida la sentencia provisional, la sanción dictada será aplicada por otros hombres, más falibles quizá que los jueces, porque no tienen su ciencia y porque proceden, generalmente, impelidos por un criterio gremial de vigilancia y de disciplina que excluye un estudio ordenado de toda la personalidad actuante del delincuente. El director de un establecimiento donde se cumplan las sanciones, por sabio, por psicólogo, por amante que sea de la misión de redención humana que la sociedad le ha confiado, si tiene bajo su custodia y cuidado varios centenares de hombres sujetos a la sanción aplicable, por ejemplo, a los delinquentes teóricamente menos peligrosos, necesita de un personal administrativo, de vigilancia, de disciplina, de higiene, de distribución del trabajo, de enseñanza manual, moral e intelectual, por cuyos ojos verá, por cuyos oídos oirá, por cuyas opiniones juzgará en un altísimo porcentaje de los actos diarios de los detenidos; que son los que darán la pauta para la apreciación relativa a la procedencia o improcedencia de la sentencia provisional que sobre esos hombres pesa. Y como esos empleados, guardianes, maestros de talleres, etc., son incapaces, por lo general, de tener un criterio científico, una tolerancia filosófica, una simpatía evangélica por los hombres débiles, ignorantes, irritables, imprevisores, incómodos, que están dentro de ese recinto, viéndolos a ellos como cancheros de los muros que los separan del mundo, no es posible suponer, ni siquiera como una ilusión filantrópica, que son los funcionarios más indicados para demostrar que debe modificarse o confirmarse, durante el transcurso del tiempo, la sentencia provisional del

---

(17) *El estado peligroso*, pág. 96, Madrid, 1922.

juez. Además, no debemos olvidar otro hecho, que es importantísimo en la historia de las instituciones humanas: la perturbación profunda que produce siempre, en perjuicio de ambas, una idea nueva que se introduce en el molde de un idea vieja. Ya Ferri lo hacía notar en el congreso de antropología de Roma de 1885 <sup>(18)</sup>, cuando veía penetrar en la armazón caduca del derecho, que la escuela positiva quería destruir, los nuevos conceptos, mal entendidos, de las causas de los delitos obrando como fuerza irresistible o como circunstancias atenuantes, y aplicados artera o ignorantemente por abogados y jueces. ¿No sucederá lo mismo cuando se dicten códigos como el proyecto italiano de 1921, que establezcan el principio de la peligrosidad o códigos de carácter preventivo, como el que pretende Silvio Longhi <sup>(19)</sup>, que deban ser aplicados por magistrados y funcionarios administrativos, que seguirán conservando la intransformable mentalidad actual, es decir, poniendo el vino nuevo en odres viejos, al decir del Evangelio?



---

<sup>(18)</sup> *Actes*, pág. 29.

<sup>(19)</sup> *Per un codice della prevenzione criminale*, Milán, 1922.



## CAPITULO XVI

**LA REINCIDENCIA**

## SUMARIO

- I. **Problema doctrinario y legal.** Importancia. Concepto. Formas. Elementos.
- II. **Questiones diversas.** Examen critico. Habitualidad.
- III. **Sistema del Código.** Teoría general. Forma especial calificada. Habitualidad. Prescripción.
- IV. **Legislación comparada.** Ley francesa de 1885. Código Penal Noruego. Ley inglesa de 1904. Ley del Transvaal de 1909. Proyecto suizo de 1916. Proyecto italiano de 1921. Proyecto italiano de 1927. Proyecto argentino de 1926.

**I. — Problema doctrinario y legal****IMPORTANCIA**

**Sumario:** 517. Causas de la reincidencia. — 518. Problema penal. — 519. Id. penitenciario. — 520. Id. social.

**517. — La reincidencia entraña uno de los problemas más vastos y difíciles del derecho penal actual, porque comprende una serie**



de cuestiones fundamentales que no pueden ser resueltas solamente por la ley o por instituciones de un carácter determinado.

Un hecho indudable, uniformemente registrado por las estadísticas, es el incremento desproporcionado de la reincidencia en el siglo XIX en relación con el aumento de la criminalidad.

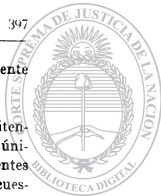
Muchos sostienen que la criminalidad, realmente, no ha aumentado, y que las grandes cifras actuales no se deben solamente a que sea mayor el número de delitos sino al perfeccionamiento de los medios de que se valen los poderes públicos para perseguirlos. Pero es ésta una cuestión que dejamos aparte.

Las causas de la reincidencia son muy complejas, resultando sumamente difícil poder llegar a establecerlas con entera precisión. Lo cierto es que este fenómeno del profesionalismo del delito, que afecta a tantos intereses, ha sido influenciado por la situación económica del siglo XIX, por el aumento de los valores mobiliarios, por el régimen de las cortas penas de prisión, por la organización de los penales, por el espíritu de asociación extendido a la delincuencia, etc.

**518.** — En el análisis de esta materia, un primer problema de carácter jurídico, muy controvertido, que se presenta, es el siguiente: ¿hasta dónde puede llegar la ley penal en la represión de la reincidencia?

Hasta hace muy pocos años, la reincidencia era una simple circunstancia agravante. Y aun para ciertas teorías que actuaban en la época en que se sancionó el Código Penal francés, el Estado carecía del derecho de agravar la pena a un reincidente, porque se decía, con el criterio del tiempo, que ese reincidente, al sufrir su condena anterior, ya había purgado su falta para con la sociedad, debiendo quedar el hecho borrado por completo.

Hoy todavía sigue siendo un gravísimo problema jurídico en atención a la clase de sanciones que deben aplicarse a la reincidencia. Cabe desde la simple medida protectora de aumento de la pena, hasta la severa medida de seguridad de la segregación del reincidente del seno social por el resto de su vida cuando revela tendencias al delito; cabe la organización de un sistema objetivo, como el de nuestro Código Penal, y la existencia de sistemas subjetivos, como los



que adoptan otros códigos y otros proyectos, que oportunamente examinaremos.

**519.** — La reincidencia entraña también un problema penitenciario. Durante un tiempo, en la mayor parte de los penales, la única separación que se hacía entre los presos era la de los delincuentes primarios y la de reincidentes. En el fondo, ésta es una simple cuestión de organización interna; pero hoy el problema se complica, porque la ciencia y el conocimiento de las causas profundas de la reincidencia, exigen la existencia de establecimientos especiales para reincidentes; ya no basta ni siquiera un pabellón separado de los demás, como se hace en todas partes y actualmente en nuestra Penitenciaría, sino que se reclama la creación de establecimientos cuyo sistema de organización y medios empleados permitan extirpar del individuo las causas que lo han llevado a vivir persistentemente en el delito.

**520.** — Finalmente, la reincidencia entraña un serio problema social, que se agrava cada vez más, porque la organización del delito en las sociedades modernas es mucho más compleja de lo que a primera vista se cree. Entonces el profesionalismo en la reincidencia no solamente tiene como consecuencia el aumento en el número de los reincidentes sino una mejor organización de la defensa en contra de los medios empleados por la sociedad.

Además, aunque no existieran las circunstancias enumeradas, que son de simple policía, está el otro aspecto de la cuestión: se trata de una parte de la población que se separa del resto y vive en un permanente estado antisocial, desarrollando una actividad que va contra todos los ciudadanos, y en el fondo, contra toda la sociedad. Son hombres que viven de la explotación del vicio, que viven de la mujer o del juego, y que muchas veces asumen la tarea principal de organizar el delito aunque en la apariencia ellos actúan como simples cómplices, y que con nuestras leyes actuales sufren la menor pena que éstas señalan para el cómplice.





## CONCEPTO

Sumario: 521. Definición. — 522. Diferencia con el concurso de delitos.

**521.** — Jurídica y técnicamente, *reincidente* es el hombre que, habiendo sido juzgado y condenado una vez por un delito, **comete** una nueva infracción a la ley penal. Es el concepto sintético general de la reincidencia.

**522.** — La reincidencia no debe confundirse con el concurso de delitos. Este implica la comisión de varios delitos por una misma persona, ninguno de los cuales tiene todavía condena. La reincidencia, en cambio, implica necesariamente la existencia de una condena anterior.

Veamos un ejemplo: dos personas cometen un delito de hurto. Se aprehende solamente una de ellas; la otra fuga. La persona aprehendida es condenada a seis meses de prisión. Antes del tiempo de la prescripción de la acción, ambas personas (purgada por una de ellas la pena que le fuera impuesta) vuelven a asociarse y cometen un segundo delito de hurto. Son aprehendidas y juzgadas. La que ya fué condenada es reincidente; la otra se encuentra en una situación de concurso de delitos.

## FORMAS

Sumario: 523. Genérica y específica.

**523.** — Dos formas típicas de reincidencia consideradas por la doctrina son: la específica y la genérica.

Nuestro Código anterior tenía las dos formas después de la reforma de 1903. Su art. 84, inc. 19 establecía la reincidencia específica en cuanto a la pena impuesta, al decir que era circunstancia agravante haber sido el culpable castigado anteriormente por un delito al que la ley señalase igual o mayor pena. Si la pena había sido menor, la reincidencia no constituía circunstancia agravante.

Existía también una reincidencia específica en cuanto al delito,



que la ley 4189 derogó. Decía el art. 84, inc. 20, que era circunstancia agravante ser reincidente de delitos de la misma especie.

Reincidencia específica es, pues, la comisión, por segunda vez, de un delito de la misma especie que la anterior (delito de sangre, delito contra la propiedad, etc.).

Reincidencia genérica es la comisión por segunda vez de un delito por parte de una persona ya condenada anteriormente.

#### ELEMENTOS

**Sumario:** 524. Concepto legal. — 525. Análisis. — 526. Relación con el art. 41.

**524.** — Dispone el art. 50, apartado 1º, del Código Penal vigente, estableciendo el concepto de la reincidencia genérica: “Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.”

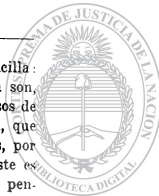
a) El principio de la reincidencia genérica es aceptado, pues, con una limitación: solamente existe *en penas privativas de la libertad*.

b) Nuestro Código excluye de la reincidencia a los delitos militares o políticos o a aquellos que hayan sido amnistiados (art. 50, apartado 3º) Este criterio es perfectamente aceptable.

c) El art. 50, apartado 2º, prescribe: “La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.”

d) La reincidencia debe haberse efectuado en el tiempo necesario para que no se hubiera operado la prescripción de la pena (art. 53).

**525.** — Estos elementos integrantes de la doctrina de la reincidencia en nuestro Código Penal, son perfectamente aceptables. Puede ser criticable, aunque también sea defendible desde muchos puntos de vista, la tesis de limitar la reincidencia exclusivamente a las penas privativas de la libertad.



El legislador lo ha hecho posiblemente por una razón sencilla: los delitos para los cuales el Código establece pena de multa son, por lo general, de poca importancia social. Pero es que hay casos de delitos graves, por las consecuencias antisociales que entrañan, que nuestro Código reprime con pena de multa, como las injurias, por ejemplo, donde el juez puede elegir la multa o la prisión. Este es un visible error del Código; el legislador posiblemente no ha pensado más que en los delitos cometidos por imprudencia, que tienen pena de multa, y en los cuales es evidente que no hay razón social para hacer jugar el principio de la reincidencia.

Con esta salvedad puede decirse que la legislación de la reincidencia del Código actual es adecuada y muy superior a la antigua derogada.

**526.** — Debemos relacionar el concepto de la reincidencia con otros elementos del Código.

El art. 41, que establece hasta dónde llega el poder del juez para graduar la pena entre el máximun y el mínimun, nombra a la reincidencia, pero no señala de qué manera la hará valer el juez.

En efecto, veamos un ejemplo: el art. 53 determina que la reincidencia se prescribe después de determinado plazo; quiere decir que transcurrido ese plazo, el juez no podrá invocar como agravante de la nueva condena la condena anterior, ya prescripta. Pero al mismo tiempo la reincidencia es un antecedente mencionado en el art. 41, que el juez debe tener en cuenta al dictar su sentencia, es un acto de la vida anterior del mismo procesado que no puede omitir. Por eso, muchas veces, cuando el juez se encuentra en presencia de individuos con dos condenas anteriores prescriptas, si bien no les puede aplicar la medida especial del art. 52, puede en cambio aludir en su sentencia a los antecedentes y vida anterior de los procesados para aumentar la pena correspondiente dentro de los mínimos y máximos legales.

De manera que nuestro Código, si bien ha establecido en una parte la prescripción de la reincidencia, la ha establecido para ciertos efectos teóricos que después examinaremos, evidenciando una vez más la falta de técnica que hemos hecho notar en numerosas oportunidades.



## II. — Cuestiones diversas

### EXAMEN CRITICO

**Sumario:** 527. ¿Cuál es más grave, la reincidencia genérica o la específica? — 528. ¿Es un estado permanente? — 529. ¿Es necesario el cumplimiento de la pena? — 530. ¿Implica sanciones especiales?

**527.** — Examinemos ahora varias cuestiones importantes que surgen alrededor de este concepto de la reincidencia y que afectan al fondo mismo de la institución en la ley y en la doctrina.

¿Cuál es más grave, la reincidencia genérica o la específica?

Para Carrara, como para las modernas escuelas penales, es más grave la reincidencia genérica. Ella demuestra en el reincidente una variedad de aptitudes que lo tornan más peligroso. Se decía en tiempos de Carrara que ese reincidente estaba directamente dentro del delito, sin emplear la palabra peligrosidad, que no se conocía.

Ha habido autores, que han inspirado mucho nuestra doctrina penal como Chaveau y Hélie en Francia, que han sostenido lo contrario, esto es, que era más peligroso para la sociedad el reincidente que persistía en el mismo delito, pues aquel que variaba de delitos era llevado a delinquir por la ocasión. Es este un punto de vista de tal manera absurdo, que posiblemente hoy nadie en el mundo lo sostiene, doctrinaria y científicamente.

**528.** — ¿La reincidencia es un estado permanente del sujeto o debe terminar un día con la prescripción?

Garófalo es el más decidido defensor de la tesis de que la reincidencia constituye un estado permanente que el transcurso del tiempo no puede borrar. Primero, porque cualquiera sea el tiempo transcurrido, la comisión de un nuevo delito revela en el sujeto una aptitud delictuosa que la sociedad debe necesariamente tener en cuenta. Segundo, porque dentro de la organización política ac-



tual de las sociedades, es indudable que la mayor parte de los delitos no se descubren y nadie sabe si quien aparece cometiendo un delito en el año 1900 y otro en 1915, no ha cometido varios en esa época intermedia, que no se han logrado descubrir. Tercero, porque resulta indudable que la mayor parte de los delitos que la policía no descubre son los cometidos por los profesionales de la delincuencia.

Con el sistema actual, dice Garófalo, se llega a esta situación: la sociedad está premiando con una prescripción a un individuo que ha vivido en el delito, ignorándolo aquella.

La mayoría de los autores sostiene que la reincidencia es prescriptible, basándose en que no hay ninguna razón para seguir haciendo pesar sobre una persona un antecedente que la conducta posterior puede haber borrado, y en que una simple presunción derivada de la mala organización social no puede influir sobre la situación jurídica de un hombre a quien no se le prueba la comisión de delitos ulteriores.

**529.** — Una cuestión importante, muy discutida anteriormente, y mucho menos en la actualidad, es la siguiente: ¿el reincidente lo es cuando ha sido condenado o cuando ha cumplido la pena anterior?

Se decía que la reincidencia era una agravación de la pena impuesta por el Estado cuando el delincuente había conocido ya el rigor de la cárcel, y que no debía serlo en caso contrario, por ejemplo, cuando el condenado huía.

La argumentación es absurda. La tesis actual, universalmente aceptada, sostiene que es la condena anterior lo que basta a los efectos de la reincidencia, pues el individuo al ser condenado ya sabe que ha infringido la ley penal y que la sociedad lo considera delincuente; si vuelve a cometer un delito, se coloca nuevamente en las mismas condiciones legales.

**530.** — Cuestión moderna es la relativa a si la reincidencia constituye una simple agravante, como decía nuestro Código Penal hasta la reforma de 1903, o si implica sanciones especiales, como lo sostiene la doctrina moderna y nuestra legislación a partir de 1903.

Al respecto existe una discusión todavía en pie. No todos los países aceptan la idea de que por el hecho de haber cometido un nú-

mero determinado de delitos se aplique a una persona una sanción que la acompañe toda su vida.

Existen varios sistemas acerca de la forma de represión mediante sanciones judiciales. El nuestro actual, que deriva de la ley 4189, será explicado oportunamente.



#### HABITUALIDAD

**Sumario:** 531. Concepto. — 532. Criterios subjetivo y objetivo.

**531.** — Existe una bien marcada diferencia entre la reincidencia y la habitualidad o profesionalismo en el delito.

La reincidencia es el simple hecho de volver a cometer un delito cuando se ha sido condenado por otro anterior. La habitualidad es la profesión del delito, es el hombre que vive del y para el delito exclusivamente, sea que intervenga como autor material, o como instigador, sea que viva permanentemente en ejercicio de una actividad antisocial.

**523.** — Existen dos criterios para considerar la habitualidad: uno subjetivo y otro objetivo.

El criterio subjetivo es el que se basa en el individuo mismo, en la vida precedente del sujeto, en la naturaleza del delito cometido y a veces en el número de delitos, para, en relación con esos antecedentes, establecer el carácter de habitual en un delincuente.

El criterio objetivo considera la habitualidad en relación con el número de condenas sufridas y la gravedad de las mismas. Es el que sustenta el art. 52 de nuestro Código Penal, según el cual se puede ser habitual con dos condenas graves o cinco condenas leves.



### III. — Sistema del Código

#### TEORIA GENERAL

**Sumario:** 533. Exposición.

**533.** — Nuestro Código tiene tres maneras diversas de considerar la reincidencia, una en el art. 50 donde sienta la teoría general al respecto; otra en el art. 51, que se refiere a una forma especial calificada de reincidencia; y otra en el art. 52, que legisla la habitualidad en el delito, sin emplear esa terminología.

El art. 50 ya ha sido examinado. Debe relacionarse con el art. 41 <sup>(1)</sup>.

#### FORMA ESPECIAL CALIFICADA

**Sumario:** 534. Art. 51 del Código Penal. — 535. Crítica.

**534.** — El art. 51 establece un principio curioso. Dice: “El reincidente por segunda vez, condenado a pena privativa de la libertad que excediera de dos años, cumplirá su condena con reclusión en un paraje de los territorios del sud. La pena de privación de libertad que el procesado sufrió por delito cometido antes de haber cumplido veintiún años, no podrá computársele para la agravación de la pena”.

**535.** — Nuestro Código entiende, pues, que cierto tipo de reincidentes deben cumplir la pena impuesta en los territorios del sud. Pero el art. 51, que dice mucho menos de lo que la comisión redactora quiso que dijera, contiene varios errores importantes.

a) Se limita a establecer que el reincidente *por segunda vez*,

---

(1) *Supra*, N° 524 y sgts.



que se encuentre en las condiciones previstas, cumplirá su pena en un paraje de los territorios del sud. Sin embargo, dentro del art. 52 figuran individuos que por dos delitos, no por tres como exige el art. 51, van a cumplir su pena en un paraje de los territorios del sud.

b) El agregado relativo a la pena de privación de libertad sufrida por el procesado por delito cometido antes de los veintinueve años, posiblemente ha sido un principio general que el Código ha querido adoptar, pero que lo ha incluido dentro del art. 51 solamente. En consecuencia, los tribunales de la Capital han interpretado que solamente se refería a ese art. 51.

c) El Código emplea en su vocabulario la palabra *reclusión*. Los tribunales se han visto obligados a aplicar este artículo literalmente, resolviendo que cuando la tercera condena se encuentre en las condiciones del art. 51, la pena a aplicar al reo, aunque fuera de prisión por el Código, debe convertirse en reclusión en este caso <sup>(2)</sup>.

d) Confunde en el presidio de Ushuaia, que es donde se cumplen estas penas, a los reincidentes menos graves que contempla el art. 51, con los reincidentes gravísimos que el mismo Código contempla en el art. 52, aunque no lo sean en la realidad.

e) Por último, establecer en un Código Penal que dice basarse en principios científicos modernos, un criterio de aplicación de la pena que la hace más especialmente grave o aflictiva, es contradecir abiertamente aquellos principios esenciales en la lucha contra la delincuencia.

La disposición del art. 51 no interesa mayormente. Es de aplicación automática, siendo en el fondo una medida intimidatoria que no intimida. Consiste en creer que el cumplimiento de la pena en un paraje de los territorios del sud puede afectar de tal manera al delincuente hasta alejarlo del delito, criterio totalmente ridículo.

---

<sup>(2)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 64, pág. 92; *Jurisprudencia Argentina*, tomo 21, pág. 1075.





## HABITUALIDAD

Sumario: 536. Art. 52. — 537. Crítica. — 538 a 540. Jurisprudencia.

**536.** — La estructura fundamental de nuestro Código respecto a reincidencia y habitualidad, está contenida en el art. 52, que considera uno de los problemas más importantes de la técnica penal moderna: la lucha contra la habitualidad en el delito.

Dice el art. 52: “La reclusión en un paraje de los territorios del sud, será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren las siguientes circunstancias:

1º Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años;

2º Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión por más de tres años y dos de prisión de tres años o menos;

3º Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años;

4º Cinco condenas a prisión de tres años o menores.

Se aplicará la reclusión como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión”.

**537.** — Basta comparar el texto transcripto con las legislaciones vigentes o en proyecto que examinaremos a continuación, para que surja con nitidez toda la pobreza de la ley argentina en materia de habitualidad.

Nuestro Código ha querido aplicar un criterio de eliminación del delincuente; su espíritu ha sido adoptar el sistema de la relegación de la ley francesa de 1885.

Para nuestra ley el problema de la habitualidad es una simple cuestión de contabilidad carcelaria o judicial; prescinde por completo de todo aquello que es el fundamento del derecho penal actual, el delincuente, y no el delito ni la condena. No es el número de condenas de un hombre lo que interesa a la sociedad, sino el pe-  
ligro que ofrece para la misma.



En nuestra ley, el juez no tiene más función que la de comprobar con el legajo personal del reincidente, el número y clase de las condenas que ha tenido. El delincuente desaparece como entidad específicamente peligrosa para no ser otra cosa que una ficha en un legajo de antecedentes. Sean cuales fueren los delitos cometidos, la naturaleza de éstos, los móviles que lo han determinado, los instintos que revela, su estado peligroso, en una palabra, el juez sólo debe ver en él al reincidente en condiciones especiales, no al ser manifestamente antisocial. El juez es el autómatas que aplica mecánicamente la ley.

**538.** — La Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital ha resuelto en Diciembre 12 de 1924 que la reclusión a que alude el art. 52 no es la antigua deportación del Código derogado ni es la relegación del proyecto de 1917, sino que es una pena de reclusión <sup>(3)</sup>. Ha establecido, pues, que esta reclusión se cumple con trabajo obligatorio dentro de la cárcel y no en libertad, según acontece en la ley francesa.

**539.** — En un caso producido en Diciembre 13 de de 1927, la Cámara del Crimen se encontró con que el juez y el fiscal no habían observado que el individuo tenía ya seis o siete condenas anteriores y que no se había aplicado la medida del art. 52. Se suscitó, entonces, la cuestión de si la Cámara podía imponerla de oficio, por tratarse de una disposición imperativa, aunque no mediara recurso fiscal. Se resolvió que no correspondía esa aplicación de oficio <sup>(4)</sup>.

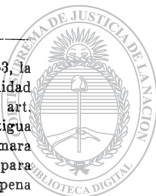
**540.** — En otro caso de interpretación, dijo la Cámara del Crimen en Julio 16 de 1926, que la pena de penitenciaría de la antigua legislación no equivale a reclusión cuando hoy corresponde prisión <sup>(5)</sup>.

Para explicar el alcance de este fallo, es necesario relacionarlo con el art. 305 del Código. Actualmente se considera que las penas de prisión y reclusión absorben a las antiguas del Código derogado: reclusión absorbe penitenciaría y presidio; prisión, absorbe a pri-

<sup>(3)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 54, pág. 191.

<sup>(4)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 72, pág. 292.

<sup>(5)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 63, pág. 464.



sión y arresto. En un caso, que citaremos al referirnos al art. 53, la Cámara se encontró con un individuo que por el número y calidad de las condenas sufridas encuadraba en uno de los incisos del art. 52, como lo resolvió el juez de sentencia basándose en que la antigua pena de penitenciaría equivale a la actual de reclusión. La Cámara partió de un punto de vista completamente diverso. Dijo que para la aplicación de esta medida de seguridad, que entrañaba una pena tan grave, no debía tenerse en cuenta la literalidad del Código sino los elementos que forman su concepto básico. Está bien que penitenciaría equivalga a reclusión, pero en aquellos casos que el Código actual aplique pena de reclusión. Así, por ejemplo, el delito de estafa estaba reprimido en el Código derogado con pena de penitenciaría; equivaldría a la reclusión actual; pero es que en el Código vigente el delito de estafa está reprimido sólo con pena de prisión, y en base al principio general de que debe aplicarse la ley en su sentido más benigno y favorable al reo, la Cámara entendió que correspondía en ese caso que la penitenciaría fuera prisión, con lo que no se encontraba el reo en las condiciones previstas en el art. 52.

#### PRESCRIPCION

Sumario: 541. Art. 53. — 542. Remisión. — 543. Jurisprudencia.

**541.** — El art. 53 del Código encara el problema de la prescripción de la reincidencia. Dispone: “La condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65, y otro tanto más que nunca excederá de diez años”.

**542.** — Esta cuestión ha sido ya tratada por nosotros, así como el estado de la jurisprudencia actual al respecto. Nos remitimos, pues, a lo expuesto en el N° 263 del presente tomo.

**543.** — Mientras no se modificó el Código por la ley 11221 llamada Fe de Erratas, el art. 53 sólo comprendía una parte del texto actual. Decía en su primitiva redacción: “La condena anterior no



se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65'', es decir, en el tiempo de prescripción de las penas, que es en su tiempo de duración. Con lo que resultaba que, vencida la pena, ya estaba prescripta y era imposible entonces aplicar el art. 52, pues aun cuando un delincuente tuviere cinco condenas anteriores, cada una de ellas estaba prescripta por el simple hecho de su cumplimiento.

La Cámara del Crimen, frente a esa enormidad jurídica, que no pudo estar nunca en la mente del legislador, interpretó que lo que se prescribía no eran las condenas cuando se estaban cumpliendo, sino aquellas condenas entre las cuales había transcurrido el tiempo necesario para la prescripción.

La ley 11.221 salvó en parte esta dificultad, agregando al art. 53, después de artículo 65: "y otro tanto más que nunca excederá de diez años".

En el llamado caso Jamar, (\*) la Cámara del Crimen estudió a fondo esta cuestión y resolvió en Julio 16 de 1926 que la medida del art. 52 era una medida de seguridad; que la sociedad, cuando se encontraba en presencia de un delincuente que había cometido un número determinado de delitos que lo colocaban dentro del art. 52, no podía tener en cuenta el tiempo de la prescripción de los delitos; que la disposición del art. 53 no se refería al art. 52 sino al concepto general de la reincidencia, mientras que aquél crea una medida de seguridad independiente de elementos legales basada en factores personales del delincuente.

Dentro de la interpretación actual, pues, aunque el sujeto haya cometido su primer delito antes de los veintiún años, aunque haya transcurrido un largo tiempo entre uno y otro delito, es pasible de la aplicación del art. 52, por entender, de acuerdo con el criterio defensorista moderno de la sociedad, que no es el tiempo el que establece los caracteres de la peligrosidad.

---

(\*) *Gaceta del Foro*, Agosto 24 de 1926, pág. 464.



#### IV. — Legislación comparada

##### LEY FRANCESA DE 1885

Sumario: 544. Régimen de la relegación.

**544.** — Antes de que hicieran camino los principios modernos sobre la materia, los códigos penales vigentes en el mundo no contenían otra sanción para la reincidencia que la agravación de la pena.

El nuevo sistema podemos decir que comienza — aunque ya tenía muchos precedentes en Inglaterra — con la ley francesa de 27 de Mayo de 1885, que pareciera redactada de acuerdo con los postulados esenciales de la escuela positiva. Ha sido modificada por la ley de 19 de Julio de 1907 y posteriormente en el año 1916.

La ley francesa establece la relegación, y la define diciendo que consistirá en la internación perpetua, en el territorio de las colonias o posesiones francesas, de los condenados que esta ley tiene por objeto alejar de Francia.

Señala, pues, claramente su propósito eliminatorio. No se cumple en Francia, sino que trata de alejar de Francia a cierta clase de delincuentes, enviándolos generalmente a las colonias de Cayena.

La relegación o deportación francesa no tiene ningún parecido con nuestro sistema actual de la reclusión en el presidio de Ushuaia. Los relegados franceses cumplen la deportación una vez que ha vencido la última condena impuesta. Pueden ser redimidos antes. Para que tenga lugar la deportación deben hallarse reunidos tres elementos: número de condenas, clase de penas y clase de delitos.

Sufren relegación:

1º Los que tengan dos condenas a trabajos forzados o a reclusión.

2º Los que tengan una condena a trabajos forzados o a reclusión y dos condenas a prisión.



Estas condenas a prisión deben serlo por los delitos que la ley francesa enumera especialmente: robo, estafa, abuso de confianza o encubrimiento de esos delitos, ultraje público al pudor, corrupción de menores, incitación a la prostitución, vagancia y mendicidad.

3º Los que tengan cuatro condenas a prisión o siete condenas a menos pena.

La relegación puede cesar por gracia del Poder Ejecutivo o según el resultado de la revisión hecha después de seis años de sufrida la deportación, si el individuo ha cumplido con los reglamentos, ha observado buena conducta, ha adquirido un oficio, etc.

En parte, pues, la ley pone en manos del individuo el poder anticipar su libertad.

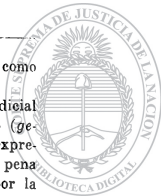
Es un régimen arbitrario, sin duda, rígido, poco flexible, pero con ser tantos años anterior al nuestro es muy superior, porque no es cualquier delito el que determina la relegación, sino aquellos que el legislador francés ha encontrado de mayor gravedad en el momento en que legislaba: los que atentaban contra la familia y la propiedad.

#### CODIGO PENAL NORUEGO

Sumario: 545. Art. 65.

**545.** — El Código Penal de Noruego de Getz, de 1902, fué el primer texto de derecho positivo que enunció el principio del estado peligroso de algunos reincidentes.

Establece en su art. 65 un sistema curioso. Cuando un individuo es culpable de varios delitos o tentativas de delitos, que el código enumera taxativamente, el tribunal puede plantear al jurado la cuestión de saber si el autor de ellos en razón de la naturaleza de los mismos, de los móviles que los han determinado, de los instintos que revela, debe ser considerado como muy especialmente peligroso para la sociedad o para la vida, la salud o los bienes de los particulares. En caso de una respuesta afirmativa, la sentencia podrá especificar que el acusado será mantenido en estado de detención suplementaria que comenzará a cumplirse después que la pena haya vencido, durante el tiempo que se considere necesario, pero no exce-



derá jamás el triple de la duración de la pena o quince años como máximo, sin perder el beneficio de la libertad condicional.

Como se ve, hay una gran latitud en la apreciación judicial que determina la existencia o la ausencia del estado peligroso (*gemeingefährlich*, como dicen los alemanes con un término más expresivo). El tribunal que dicta la medida represiva impone una pena suplementaria, indeterminada dentro de un máximo fijado por la ley, que no es todavía, sin embargo, la medida de seguridad de los proyectos posteriores inspirados en las tendencias de la Unión internacional de derecho penal, pero, que no es, tampoco, la relegación de la ley francesa de 1885 ni la reclusión del art. 52 del Código Penal argentino, que se aplican automáticamente, no en virtud de características especiales del delincuente, sino del número y clase de las condenaciones sufridas.

En el Código noruego vemos intervenir otros elementos. Casi diríamos que estamos en el sentido de la peligrosidad. Por más que limita la duración de esta medida de seguridad a quince años, lo hace teniendo en cuenta caracteres muy especiales del sujeto y estableciendo también elementos que tal vez no sean aplicables en otras partes, porque aquí interviene el doble juego del jurado y del tribunal.

#### LEY INGLESA DE 1904

Sumario: 546. Servidumbre penal.

**546.** — Veamos el sistema inglés. Dice el párrafo pertinente de la ley de 1904, sensiblemente igual a la ley actual de 1908, de prevención de los crímenes (<sup>1</sup>).

“Pueden ser sometidos a la servidumbre penal (la pena inglesa más grave) aquellos que, al tiempo de cometer un delito, lleven una vida persistentemente inmoral o deshonesta y aquellos a quienes se estime conveniente la tutela por medio de la relegación en interés del orden público, teniendo en cuenta los precedentes y el modo de vida. La servidumbre penal se cuenta después de la pena o

---

(<sup>1</sup>) *Eyre and Spottiswood Limited*, editores, Londres, 1908.

transcurrida una parte determinada de ésta y tiene una duración no inferior a cinco años ni superior a diez”.

#### LEY DEL TRANSVAAL DE 1909

Sumario: 547. Su alcance.

**547.** — El 21 de Julio de 1909 el Transvaal (\*) ha dictado la ley número 38, que es el paso más audaz que se haya dado hasta la fecha, en cualquier país de la tierra, en materia de sentencias de carácter indeterminado para el delincuente habitual que comete cierta clase de delitos, violación, salteamiento, agresiones graves, incendio, fraude, robo, fabricación de moneda falsa, extorsión, rapto, inmoralidad, comercio ilegal de oro en bruto, otros atentados contra las personas, etc. Para estos casos la ley no concibe penas de duración determinada, ni siquiera penas con un máximo y un mínimo. El término de su condena depende en absoluto de él y de lo que resuelva a su respecto la comisión de personas que la ley establece. Es una innovación difícil de comprender dentro de los sistemas actuales de derecho penal que rigen en el mundo. Un clásico — y aún muchos positivistas — dirían que esa ley viola los principios fundamentales en que se asientan la libertad individual y la vida de las sociedades contemporáneas (\*).

#### PROYECTO SUIZO DE 1916

Sumario: 548. Su régimen.

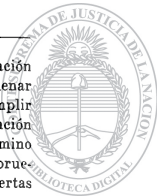
**548.** — El proyecto suizo de 1916 sustenta también un criterio distinto al nuestro. Establece en su art. 42 que cuando un delincuente que ha sufrido antes numerosas penas privativas de la libertad

(\*) Informe presentado por J. V. Ross al Congreso penitenciario de Washington de 1910, en *Bulletin de la Commission pénitentiaire internationale*, XI, pág. 2.

(\*) Véase el texto de la ley en el tomo III, cap. XXXVI.







incurrir en una nueva por un nuevo delito y manifiesta inclinación al delito, a la inconducta o a la haraganería, el juez podrá ordenar su remisión a una casa de internación en lugar de hacerle cumplir la pena. Permanecerá en ella durante todo el tiempo de duración de la pena, que nunca será menor de cinco años. Vencido el término se verá si es posible liberarlo condicionalmente por un plazo de prueba de tres años, en caso de enmienda probable, imponiéndole ciertas reglas de conducta. Si las cumple queda en libertad definitiva; si no, es reintegrado al establecimiento <sup>(10)</sup>.

Lo fundamental no es, pues, el número de condenas sino las características del sujeto, su tendencia al delito, a la mala vida, a la haraganería, etc.

#### PROYECTO ITALIANO DE 1921

Sumario: 549. Sistema complejo.

**549.** — El proyecto italiano de Ferri, de 1921, parte de otro principio distinto y complicado. Dice en su art. 27, capítulo de los delincuentes habituales, que el autor o partícipe de dos o más delitos cometidos en épocas diversas e independientes entre sí, por los cuales corresponda la sanción de segregación, lo mismo que el reincidente en estos delitos, es declarado delincuente habitual cuando la naturaleza y la modalidad de los delitos cometidos o los motivos determinantes o las condiciones personales o el género de vida demuestran una persistente tendencia al delito.

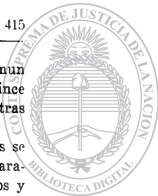
A estos delincuentes — art. 28 — se aplica la sanción de segregación simple de tiempo relativamente indeterminado por un período no inferior al máximo de la sanción establecida para el delito más grave y en todo caso no inferior a 6 años ni superior a 25.

Dispone el art. 29 que a los delincuentes habituales que sean:

- a) reincidentes por lo menos tres veces en delitos a los que corresponda la segregación simple,
- b) reincidentes dos veces en delitos a los que corresponda la segregación rigurosa, se aplica la segregación rigurosa de tiempo ab-

---

(10) Véase en detalle el régimen suizo en el N° 159.



solutamente indeterminado por un mínimun no inferior al máximun de la sanción establecida para el delito y, en todo caso, por quince años a los menos. En cambio, a los reincidentes simples aplica otras medidas en el cap. III.

Como se ve, el sistema es complejo. Para unos delincuentes se exige un número de delitos, cierta clase de sanciones y la declaración de peligrosidad. Para otros sólo se exige número de delitos y clase de sanciones.

Es indudable que el proyecto italiano de 1921 no ha respondido del todo a la disposición general de la escuela positiva. Pero vemos cómo hace jugar el concepto preferentemente humano del carácter del sujeto: no se aplica el sistema por el número de condenas sino por las características establecidas en el art. 27, si bien en los artículos siguientes el proyecto no responde del todo a este concepto.

#### PROYECTO ITALIANO DE 1927

**Sumario:** 550. Régimen.

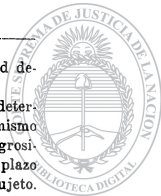
**550.** — El proyecto Rocco, que está por ser sancionado en Italia, establece una serie de medidas de seguridad que tienen un gran valor doctrinario en este caso.

En el art. 217 señala que los delincuentes declarados habituales por tendencia o por profesión, son enviados a una colonia agrícola o a una casa de trabajo. Tanto la colonia agrícola como la casa de trabajo están comprendidas dentro de lo que el proyecto denomina medidas personales de seguridad detentivas.

Para establecer estas medidas es necesario, según el art. 204, que se haga la previa constatación de la peligrosidad del sujeto.

Constatada esta peligrosidad — dice el art. 205 — la medida de seguridad la ordena el juez. Puede ser ordenada después de la condena. Si el juez omitió hacer esta declaración, puede hacerse posteriormente, después de cumplida la condena. Puede ser aplicada también antes de la condena y de la absolución, como en algunos casos en que puede haber interés en establecer desde el principio el régimen penal a que debe estar sometido el sujeto.

Más todavía, cumpliéndose la condena o la medida de seguridad,



el juez puede ordenar que se cambie una medida de seguridad definitiva por una no definitiva.

El art. 206 dispone que estas medidas son por tiempo indeterminado; pero no es absolutamente indeterminado, pues el mismo art. 206 establece una serie de exámenes escalonados de la peligrosidad que se van haciendo durante el tiempo de la condena; el plazo indeterminado termina con la cesación de la peligrosidad del sujeto.

Finalmente, el art. 207 estatuye que la aplicación de la medida de seguridad en la sentencia es revocable, cuando ha habido error del juez o una información deficiente que ha influido para que la medida sea mal aplicada por el juez.

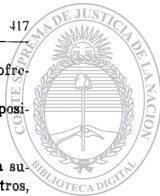
Como vemos, en el proyecto Rocco están organizados los elementos más típicos para establecer un verdadero sistema defensivo de la sociedad, inmensamente superior a los demás existentes.

#### PROYECTO ARGENTINO DE 1926

**Sumario:** 551. Sistema adoptado. — 552. Explicación y alcance. — 553. Delincuentes reiterantes.

**551.** — En el proyecto argentino de estado peligroso en el delito, de 1926, adoptamos un sistema mixto, que difiere de todos los que acabamos de enumerar.

Conservamos, como estructura general, el principio del Código vigente, que es semejante a la ley francesa de 1885, en la forma que lo es, también, el art. 29 del proyecto italiano. Hacemos obligatoria para ciertos reincidentes en delitos de poca pena, la necesidad previa de una declaración fundada de peligrosidad. Fijamos la importancia de las condenas anteriores de acuerdo con las gradaciones establecidas por el Código para los delitos contra la vida, la propiedad, el honor, la honestidad, el Estado, etc. Aplicamos una sanción indeterminada que tiene un *mínimum fatal* de 10 a 20 años y que puede durar la vida entera del delincuente. Como coronamiento final del sistema ponemos, con excepción del caso único del inc. 4º del art. 51, la declaración de peligrosidad al vencer el plazo *mínimo* y no antes, esto es, en la sentencia del juez. Implantamos en el 53 una medida que



puede corregir, si es bien aplicada, todos los inconvenientes que ofrecen los sistemas que hemos enumerado.

Explicaremos someramente la razón y el alcance de las disposiciones de este nuevo sistema <sup>(11)</sup>.

**552.** — Los únicos delitos que tienen en el Código una pena superior a 6 años, además de ciertas calificaciones especiales en otros, son:

Homicidio.

Aborto.

Lesiones gravísimas, art. 91.

Abandono de personas seguido de muerte.

Violación.

Estupro seguido de muerte.

Corrupción.

Plagio.

Sustracción de menor.

Robo calificado.

Extorsión por medio de rehenes.

Incendio y otros estragos.

Piratería.

Delitos contra la salud pública.

Traición.

Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación.

Rebelión.

Checho.

Malversación.

Falso testimonio

Falsificación de moneda.

Como en estos delitos mismos, no todos los casos de comisión implican una pena mayor de 6 años, salvo los de homicidio, resulta que, en general, el régimen de nuestras penas está construido de tal manera que existe una clara separación entre los delitos que se pueden considerar como más o menos graves. De ahí que ese número sea un verdadero índice de calificación de gravedad. Cuando uno de

---

<sup>(11)</sup> El texto de los artículos que proponemos, véase en el tomo II, N<sup>o</sup> 659 y sigts.



nuestros jueces condena a más de 6 años, por delitos cuyo mínimo es de varios meses o un año o dos en la mayoría de ellos, es porque ha establecido en su sentencia, de acuerdo con el art. 40 actual, que el delincuente tiene características que permiten clasificarlo como de mayor peligrosidad. En todos los demás casos, salvo cuando el mínimo no pasa de los seis años, que es en todos los hurtos, defraudaciones, lesiones simples o graves, etc., aunque imponer una pena menor de 6 años no signifique menor peligrosidad, el hecho es que se aplica reclusión o prisión de 3 a 6 años a los delincuentes considerados más peligrosos.

De ahí que podamos afirmar que en el sentido de la estructura general del Código vigente, de acuerdo con las normas que fijan a los jueces los arts. 40 y 41 y salvo excepciones naturales:

a) el tener una pena menor de 3 años implica haber cometido un delito leve o ser considerado poco peligroso;

e) tener una pena de 3 a 6 años implica ser considerado como especialmente peligroso en la mayoría de los delitos, pues el máximo en ellos es de 6;

c) tener una pena mayor de 6 años es haber cometido un delito de grave valor sintomático en sí mismo, como el homicidio, o poseer un índice señalado de muy grave peligrosidad.

Esta distinción de casos resulta naturalmente de la estructura general de Código, como hemos dicho. Por más que éste prescinda de ella en su art. 52, es indudable que en vez de buscar un índice de peligrosidad en los fundamentos de una sentencia pasada, hace años, en autoridad de cosa juzgada, tenemos en el monto de la pena impuesta, el medio de comprobar, con pocas probabilidades de error (que existirán también en una sentencia) un aspecto importante de la personalidad anterior del delincuente, revelada por el delito. Por eso hemos aprovechado esta última indicación de la pena como medida relativa de la forma en que aplicaremos la sanción eliminadora de nuestro art. 51. Sabemos, como varias veces lo hemos advertido, que la teoría de la peligrosidad, bien entendida, esto es en su concepto integral, no admite estas divisiones de sanciones más o menos mecánicas, basadas en índices de apreciación externos al sujeto delincuente. Pero, aquí, como en otros casos, adoptamos un criterio intermedio de solución, porque redactamos un proyecto de ley para un país cuyos tribunales no están, en su totalidad, constituidos de manera que



permita, por ejemplo, aplicar de inmediato un texto legal que diga: "Se aplicará tal medida o sanción a todo sujeto que haya cometido dos o más delitos cuando el tribunal establezca que manifiesta una persistente inclinación al delito, dado el carácter de su peligrosidad."

Hemos distribuido todos los casos posibles de reincidentes en los varios incisos del art. 51.

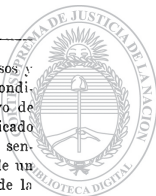
Como dos condenas, la anterior y la actual, solas, si bien presuntivamente señalan habitualidad, no la prueban de una manera fundada, en todos los casos, de acuerdo con la peligrosidad del sujeto, empleamos un sistema que, a nuestro juicio, presenta grandes ventajas sobre los demás que son conocidos en la legislación y en la doctrina.

En nuestro proyecto demuestran presuntivamente la habitualidad estas situaciones:

- a) Dos condenas de 3 a 6 años.
  - b) Una anterior de más de 6 años y una nueva por cualquier tiempo.
  - c) Una anterior menor de 6 años y una nueva mayor de 6 años.
- Demuestran de una manera concluyente la habitualidad estas otras situaciones:
- d) Una sanción anterior del art. 35 o del segundo apartado del art. 40 (que sólo se puede imponer a sujetos en real estado peligroso) y una nueva condena por cualquier tiempo.
  - e) Dos condenas anteriores por menos de 3 años y una nueva menor de 6 años siempre que se establezca en la sentencia la condición de peligrosidad.
  - f) Tres condenas anteriores por menos de 3 años y una nueva menor de 3 años.

Si consideramos las situaciones d), e) y f) se ve en el acto que nuestra sanción no se aplica de la manera automática que fijan la ley francesa de 1885 y el Código argentino en su art. 52.

La situación d) sólo se refiere a individuos comprendidos en nuestro art. 35, es decir, los delincuentes de estado ambiental del inc. 1º y los semi-alienados o intoxicados crónicos que por sus características personales hayan debido ser sometidos a la reclusión o prisión penal y no a un establecimiento adecuado. Es indudable que estas personas están en un permanente estado peligroso, que no necesita ser demostrado con los argumentos de una sentencia. El solo he-



cho de haber sido pasibles de una sanción especial para peligrosos y la comisión de un nuevo delito, una vez que estén en libertad condicional o definitiva, es la prueba acabada de su estado objetivo de peligrosidad. Lo mismo sucede con los sujetos a que se haya aplicado una vez ya la sanción del art. 40. La sentencia había dado por sentado su índice de peligrosidad, de acuerdo con las constancias de un proceso. El nuevo delito cometido comprueba la certidumbre de la presunción.

Por eso no es menester para estos tres tipos de delincuentes una nueva determinación de peligrosidad. Si eran peligrosos por la presunción resultante de su género de vida, de sus deficiencias psíquicas o del valor sintomático de un delito dado, ellos mismos, con dos delitos cometidos, transforman esa suposición teórica en realidad objetiva. Son seres que delinquirán en cualquier situación que la vida los coloque. De ahí la justicia de la sanción indeterminada que les aplicamos. Vencido el plazo que corresponda, el sujeto, en un juicio que podríamos llamar de "peligrosidad", en el que deben intervenir el director del establecimiento, peritos oficiales y un tribunal judicial, demostrará con su conducta entera si está o no en condiciones de recuperar una libertad condicional que la sociedad sólo concede a los que han dejado en absoluto de ser peligrosos. Si no existe la sensación presunta del estado peligroso, la sanción eliminatoria continúa hasta el final de su vida, no como un castigo, sino como una medida de defensa contra un hombre cuyos actos tienden ineludiblemente al delito.

Esta es la razón que nos movió a decir, hace unos párrafos, que hemos puesto como coronamiento del sistema la declaración objetiva de la peligrosidad al vencer un plazo de prueba y no antes, en la sentencia de un juez. Ello produce ventajas indiscutibles. Determinar de antemano la peligrosidad, esto es, en el presente caso, la tendencia a persistir en el delito cuando ya se ha tenido una condena anterior muy grave o una nueva, muy grave también, puede ser, en la mayoría de los casos, una tarea inútil para el juez. En tal suposición, a la ley debe bastarle, en lo que concierne a los delincuentes del art. 35 y 40, lo mismo que a los de las situaciones que acabamos de designar con la letra f), el número de las condenas y la calidad de los sujetos, para imponer la sanción indeterminada después del mínimo fijado por el art. 51.



Sólo la aplicación de la sanción dirá luego si el delincuente está o no en condiciones de volver al seno social. Si una vida de trabajo, el pasar de los años, las modificaciones de su conducta, lo han transformado en un hombre útil, tiene derecho a la libertad. El juicio de peligrosidad, al vencimiento del término, considerablemente más breve que el actual del Código, es perpetuo y carece de los beneficios de la libertad condicional; será un gran aliciente para una reforma positiva de quien sabe que su liberación depende exclusivamente de sí mismo y que puede ganarla con un esfuerzo pertinaz.

Respecto a la situación designada en la letra e), nuestro criterio es lógico. Dos condenas anteriores a penas menores de 3 años, que son por lo general leves, unidas a una nueva condena, leve también, nos demuestran, por sí solas, una persistente tendencia criminal. Pueden provenir de circunstancias accidentales, dignas de ser tenidas en cuenta de una manera especial. Por eso exigimos en el inciso 4º del art. 51, que se establezca en la sentencia del último delito, para que la sanción sea posible, que la naturaleza y las modalidades de los delitos cometidos, o uno de ellos, o los motivos determinantes, o las condiciones personales del sujeto, o su género de vida, demuestren en él una tendencia al delito. No exigimos que la declaración de peligrosidad se base sólo en el último delito, porque puede ser más evidente en uno de los primeros o resultar del conjunto de todos.

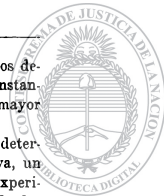
Esta medida corrige lo mecánico del número de las condenas, cuando éstas son sólo tres y leves, con la apreciación individualizada, en cada caso, del índice de un estado peligroso. Si la sentencia no demuestra su existencia, el sujeto cumplirá únicamente la pena leve que le corresponda por el último delito cometido, sin que se le aplique la sanción del art. 51.

Respecto a la situación designada con la letra f) no consideramos necesaria la declaración previa de peligrosidad, para aplicar la sanción del art. 51. Cuatro condenas, aunque sean de cortas penas, indican una persistente tendencia al delito. Quien las mereció se encuentra, por ese solo hecho en la condición delictuosa. Es un profesional de la reincidencia.

Aclarados estos puntos pasaremos a ocuparnos de las situaciones designadas con las letras a), b) y c), que llamamos de habitualidad presuntiva.

En ellas tenemos sólo una condena anterior y una nueva que de-





be aplicarse. El sujeto que las mereció, si bien ha cometido dos delitos de media, por lo general, grave, no es por esa única circunstancia un habitual. Puede serlo y puede no serlo también. En la mayor parte de los casos lo será, pero no en todos.

En consecuencia, si se obliga siempre al juez a tener que determinar la existencia de la habitualidad, resultaría, en definitiva, un trabajo procesal excesivo. En cambio, si se parte de la base experimental de la presunción legal de la habitualidad en los casos de dos condenas de cierta gravedad, pero se da al tribunal el medio de afirmar, en un caso dado, que por la naturaleza del hecho y las condiciones personales del agente, se demuestra que *el segundo delito* revela, de una manera fundada, que no ha sido sino una circunstancia puramente ocasional y que carece de valor sintomático como manifestación de una tendencia criminal, la ley habrá conseguido crear un sistema que, sin entorpecer la aplicación de una sanción de defensa social, le ha dado la elasticidad necesaria para que sea impuesta, exclusivamente, al delincuente que la merece.

Es lo que hemos establecido en el cuarto párrafo del art. 53.

Actualmente, según el Código en vigencia, dos delitos, con pena de 3 años y un mes cada uno, llevan de una manera ineludible a la reclusión perpetua del art. 52. Por el sistema que proyectamos en su reemplazo, dos condenas de esa o mayor importancia, aplicadas a un delincuente vulgar, de los que forman el profesionalismo del delito, implicarán la sanción del *mínimum* determinado del art. 51, pero, aplicadas a otro cuyo segundo delito esté comprendido en lo que decimos en el párrafo precedente, no, siempre que el juez proceda en la forma señalada por el art. 53. Como es indudable que en la mayoría de los casos, cuando hay dos condenas graves, la habitualidad es un hecho, los tribunales, que conocen esa circunstancia, que tienen en su mano el segundo proceso, no tienen por qué hacer la declaración de no peligrosidad sino respecto a aquellos sujetos, cuya vida honesta y laboriosa, o cuyos actos en un delito dado, demuestren de una manera concreta que a ningún buen juez escapará, que no deben ser pasibles de la aplicación de esta grave sanción eliminatoria.

Logramos, así, implantar, un sistema que ofrece toda clase de ventajas sobre el actual. Individualiza las sanciones, en la medida de lo que es hacendero y humano. Defiende al individuo contra la aplicación mecánica de la ley. Ampara a la sociedad eliminando de su



seno a los delinquentes habituales. Asienta una presunción legal de habitualidad, en ciertos caso, pero da, a la vez, el medio de evitar su cumplimiento a un sujeto que no merezca la sanción. Cesa en un plazo que depende, por completo, del mismo condenado. Suprime el inconveniente enorme de que la ley decida, en lugar de un juez, respecto al *peligro* que un hombre representa. Evita que un solo delincuente pueda ser sometido a la sanción del art. 51 sin estar en evidente estado peligroso. Convierte, en una palabra, dentro de la medida muy relativa de lo que es hacedero y humano en un juicio *a priori* de la peligrosidad, una presunción legal en una certidumbre real.

**553.** — De acuerdo con el criterio moderno en materia de peligrosidad, consideramos en la misma situación legal a los reincidentes y a los reiterantes.

El Código actual aplica la medida eliminatoria perpetua en su art. 52 a los reiterantes cuyos delitos juzgados hubieran sido cinco por lo menos, siempre que dos de ellos tuvieran pena fijada mayor de tres años de prisión. Nosotros la hacemos extensiva a todos los reiterantes. Según la gravedad de los delitos, según las condiciones de su autor, la sanción que proponemos es la misma que corresponde a los reincidentes.

Hemos redactado el art. 52, en su inc. 1º, de una manera que tienda a evitar las consecuencias que resultan del “delito continuado”. Sabemos que éste fué una ficción de los prácticos italianos primitivos, que tendió a impedir la aplicación de la pena de muerte que correspondía en la legislación medieval al autor de un tercer hurto. Posteriormente la institución se modificó. Hoy la doctrina difiere respecto al alcance de este “delito continuado”, que el código italiano vigente define en su art. 79, diciendo que son varias violaciones de la misma disposición legal, aunque sean cometidas en épocas diversas, con actos ejecutivos de la misma resolución.

Por más que la cuestión de apreciar, doctrinariamente, qué es, en realidad, esta unidad de resolución, haya originado tesis muy diferentes en la mayor parte de los tratadistas, nosotros creemos que con la redacción dada al inc. 1º del art. 52, evitamos toda cuestión. Pero, por si así no resulta, aclaramos el pensamiento inspirador en la exposición de motivos del proyecto. Cuando un delincuente haya co-



metido diversos actos, en diferentes épocas, por ejemplo, un empleado de comercio que con una resolución inicial, común y preexistente a todos ellos, haya sustraído mercaderías o dinero, no estará comprendido en un texto que no alcanza los límites precisos del delito continuado, porque esos diversos hechos delictuosos *pueden* ser calificados por el juez, como modalidades de un mismo acto. Nuestro texto se aplicará sólo, en consecuencia, a diversos hechos delictuosos, que no constituyen delito continuado porque *no pueden ser* calificados como modalidades de un mismo acto.

Le equiparación que hacemos de los reiterantes y los reincidentes, aunque no esté de acuerdo con algunas teorías de verdadero fundamento jurídico, es justa en nuestra opinión. Pero, para facilitar una redacción mejor o un concepto diferente al nuestro que pueda tener el legislador, desde el momento que introducimos una grave reforma en un punto doctrinario, contrariando tendencias tradicionales que muchos defienden con razones fundadas, no hemos querido hacer un solo texto, que comprenda a ambas categorías. De esta manera aparece más nítida la institución, aunque no sigamos en esa redacción global al proyecto italiano de 1921, cuyo art. 27 confunde al reiterante y al reincidente, dentro de ciertas condiciones, como delinquentes habituales, aunque adopte otra clase de medidas en el cap. III, para los reincidentes y reiterantes que no son habituales (12).

-----

---

(12) Sobre sistemas de identificación de delinquentes véase el tomo III, cap. XXXVI.



## CAPITULO XVII

## EXTINCIÓN DE ACCIONES

## SUMARIO

- I. **Causas.** Muerte del imputado. Amnistía. Prescripción. Renuncia del agraviado.
- II. **Extinción de penas.** Cumplimiento. Indulto. Prescripción.

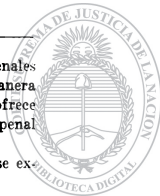
## I. — Causas

## MUERTE DEL IMPUTADO

**Sumario:** 554. Generalidades. — 555. Causa extintiva evidente. — 555 bis. Caso de multa.

**554.** — Es sabido que los delitos originan no solamente una sanción del Estado respecto al hecho cometido, sino también una acción que debe ponerse en movimiento para que la sociedad pueda reprimir el hecho delictuoso, acción que en unos casos corresponde exclusivamente al Estado, en otros al Estado y una parte interesada, y en otros sólo a una parte interesada.

La extinción de las acciones y de las penas es un hecho, natu-



ralmente, posterior al delito. Esta extinción de los efectos penales del delito ha sido legislada en nuestro Código actual de una manera mucho más completa que el Código anterior; pero asimismo ofrece muchos inconvenientes que dificultan la aplicación de la ley penal en algunas de sus disposiciones <sup>(1)</sup>.

Dispone el art. 59 del Código Penal que la acción penal se extingue:

- 1º Por la muerte del imputado;
- 2º Por la amnistía;
- 3º Por la prescripción;
- 4º Por la renuncia del agraviado, respecto a los delitos de acción privada.

**555.** — La muerte del imputado es una causa extintiva evidente del punto de vista de nuestro derecho y de nuestras costumbres. No lo ha sido siempre, sin embargo. En muchas legislaciones antiguas, sea que no hubiere habido condena todavía, sea que el condenado hubiese fugado, la condena se ejecutaba en efígie. En otros casos había disposiciones penales contra el cadáver mismo, como la negación de sepultura religiosa o toda clase de sepultura, medidas que iban mucho más allá de la vida. Existía también la infamia para ciertos delitos, que se transmitía a los herederos y recaía sobre la familia del reo.

Hoy las sanciones que pueden seguir a la muerte son exclusivamente de carácter pecuniario.

**555 bis.** — Dispone el art. 64: "La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y las indemnizaciones a que hubiere lugar."

---

(1) Véase para esta materia, Máximo Castro, *Curso de Proced. Penales*, 1928, t. II, N° 255 y sigs.



## AMNISTIA

**Sumario:** 556. Facultad legislativa. — 557. La amnistía y el indulto en relación con los efectos derivados de la acción y de la pena. — 558. Indemnizaciones.

**556.** — La amnistía es una facultad del Congreso, legislada en el art. 17 de la Constitución Nacional, que dice que aquél puede sancionar amnistías generales.

**557.** — Por lo común, la amnistía es de carácter general, así como el indulto es de carácter particular.

La amnistía se refiere a determinada categoría de hechos; el indulto solamente a determinada persona.

Por lo general, los Parlamentos han ejercido la facultad de amnistía exclusivamente en los delitos políticos y militares, para evitar, por ejemplo, que en una revolución recayeran sanciones penales sea sobre el hecho mismo cometido por las tropas u oficiales que se hubieren sublevado, sea sobre los hechos o delitos de carácter común que hubieran cometido esas tropas y que estuvieran vinculados al movimiento político.

La amnistía borra totalmente el delito; el indulto no.

**558.** — La amnistía no extingue las indemnizaciones, según lo establece expresamente el art. 61: "La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares."

La solución es lógica. El efecto del delito ha cesado; la sociedad, por su órgano correspondiente, lo ha amnistiado; pero el derecho que había adquirido un particular a ser indemnizado existía también en el momento en que el Congreso votó la ley de amnistía, por lo cual es justo reconocerlo.

## PRESCRIPCION

**Sumario:** 559. Importancia. — 560. Fundamentos. — 561. Objeciones. — 562. Plazos. — 563. Orden público. — 564. Interrupción. — 565. Jurisprudencia. — 566. El reo ausente puede pedir la prescripción. — 567. Crítica al sistema del Código en materia de interrupción de la prescripción.

**559.** — La prescripción es una de las instituciones más complejas del derecho penal en el sentido de la gran libertad de opiniones que permite al respecto. Se puede ir desde el extremo a que llegaba nuestro Código actual antes de la sanción de la ley Fe de Erratas, que aceptaba la ridícula prescripción de dos meses en el inc. 2º del art. 62 (hoy son dos años), hasta sostener que no debe existir prescripción en los delitos.

**560.** — La prescripción tiene un fundamento subjetivo y otro objetivo. El primero es de doble naturaleza. Por una parte, la ley presume que cuando una parte lesionada por un delito — sea la sociedad o el particular damnificado — no ejerce la acción correspondiente durante un largo tiempo, es porque ha abandonado todo interés en la represión. Por otra parte, la ley presume también que si transcurrido un largo lapso, el delincuente no ha cometido ningún otro delito, es porque se ha enmendado, enmienda que interesa muchísimo al Estado, puesto que es una de las bases de su organización social.

El fundamento de carácter objetivo reside en la falta de necesidad social en la represión una vez pasado un largo tiempo. Es evidente que, particularmente los delitos graves, provocan en el público un estado de alarma que dura un tiempo y luego desaparece; así ha ocurrido, por ejemplo, con todos los hechos gravísimos que conmovieron nuestra sociedad y que motivaron que por parte de algunos legisladores y de algunos diarios se pidiera la implantación inmediata de la pena de muerte, para que no hubiera más delitos... Cesado ese estado de alarma, pues, no existe necesidad social de reprimir el hecho delictuoso cuando ha transcurrido determinado lapso de tiempo.

Al mismo tiempo, hay un hecho gravísimo, de carácter procesal, que acompaña al transcurso del tiempo: la falta de pruebas. Por lo





general, en todo hecho delictuoso la prueba es humana, testimonial, de impresiones; falta todo documento. Y bien, se puede llamar a un testigo a deponer acerca de un hecho que vió ayer, pero no es posible llamarlo a declarar sobre hechos ocurridos hace varios años; es sabido que una de las experiencias más fáciles en psicología moderna consiste en la comprobación de la adulteración inconsciente del testimonio humano <sup>(2)</sup>.

Este conjunto de factores es el que fundamenta la necesidad legal de la prescripción.

**561.** — Se opone a la prescripción el principio de la justicia absoluta, derivado del sistema de la vindicta de Kant. El hecho violatorio de la norma social debe ser expiado.

Garófalo se ha opuesto siempre a la prescripción, especialmente para los delincuentes natos y habituales y admitiéndola para los delincuentes ocasionales primarios solamente. Tenía razón en parte, según lo veremos en seguida.

Ferri también se opuso, al principio, a la prescripción. Fué uno de los puntos básicos de la escuela positiva en su campaña contra la escuela clásica el decir que la prescripción de los delitos hacía inútiles las penas porque hacía perder al pueblo el concepto y el respeto de la ley. Ferri, sin embargo, ha cambiado de opinión después, pues el proyecto de 1921 establece la prescripción para la acción penal (art. 120 y sigts.).

Dispone el art. 120 del proyecto mencionado: “La prescripción, salvo los casos en los cuales la ley disponga otra cosa, extingue la acción penal:

- 1º En veinte años, si al imputado se hubiese debido infligir la reclusión rigurosa perpetua;
- 2º En quince años, en los casos de segregación rigurosa temporaria;

---

(2) François Gorphe, en su obra *La critique du témoignage* (2ª ed. París, 1927), uno de los estudios más completos hechos hasta la fecha acerca de la materia, ha señalado los diversos factores que intervienen en esa adulteración, desde los que derivan de la naturaleza fisio-psicológica del testigo hasta los que surgen del lento e inconsciente trabajo social que se produce alrededor del hecho mismo.





3° En diez años, en los casos de segregación simple y de detención simple;

4° En cinco años, en los casos de las otras sanciones.

Los términos precedentes se aumentan en la mitad si el imputado hubiere sido declarado delincuente habitual por una sentencia anterior, y en un tercio si fuere reincidente.”

Prins también fué enemigo de la prescripción en nombre de los principios de la defensa social.

Creemos que la prescripción de la acción es necesaria, en el fondo, pero que deben establecerse plazos que no hagan inútil la sanción penal.

**562.** — Los plazos de prescripción establecidos por nuestro Código Penal son completamente arbitrarios. El régimen de penas del Código argentino, que no está de acuerdo con las categorías de delinquentes, hace que pueda aplicarse una pena mínima a un delincuente de grave peligrosidad, y hace también que este delincuente de grave peligrosidad que ha cometido un delito de hurto, por ejemplo, quede libre de la acción penal por el transcurso de dos años. En el proyecto de Ferri, el escalonamiento de penas es concordante con un escalonamiento de peligrosidades en el delincuente, de manera que no sucede jamás que un delincuente peligroso pueda ser librado de la acción penal por una prescripción de pocos años.

De manera, pues, que en principio debe aceptarse la prescripción de la acción, como se admite la prescripción de la pena; pero debe organizarse un régimen de tal naturaleza que no eche por tierra la defensa social que el Código tiende a realizar.

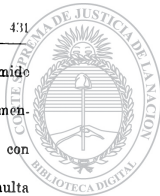
Los plazos de prescripción están enunciados en el art. 62: “La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1° A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere de reclusión o prisión perpetua;

2° Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce ni bajar de los dos años (2);

---

(2) Antes de la ley Fe de Erratas, este mínimo era de dos meses; acordamos de ver que en el proyecto italiano de 1921 el plazo mínimo de prescripción de la acción es el de cinco años...



3º A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4º Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5º A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos;

6º Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de dos mil pesos o menos.”

**563.** — Surgen de la prescripción una serie de cuestiones no resueltas en el Código y que han debido ser solucionadas por la jurisprudencia. Enumeraremos las principales.

a) En derecho procesal la prescripción es de orden público. Esto significa que el tribunal debe decretarla inmediatamente que tenga conocimiento de ella, aunque no medie petición de parte. Es el criterio de la Cámara del Crimen de la Capital, aunque no lo es en algunos de los demás tribunales del país.

**564.** — b) ¿Los actos de procedimiento interrumpen o no la prescripción?

El art. 67, antes de la reforma introducida por la ley 11.221 decía: “La prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes de un delito.” No especificaba si la prescripción de la acción o de la pena; pero aceptaba la interrupción de la prescripción.

A pesar de ello, como el texto de la exposición de motivos, los fundamentos de donde había sido sacada excluían la idea de que los actos de procedimiento pudieran interrumpir la prescripción, como estaba establecido en el Código derogado, la cuestión se planteó de inmediato en los tribunales, los que casi uniformemente resolvieron que los actos de procedimiento no interrumpían la prescripción.

La ley 11.221 agregó al art. 67 el siguiente párrafo: “La prescripción se interrumpe si, antes de vencido el término, comete el reo otro delito.”

Actualmente, aun para los que creemos que el art. 67 es un error capital del Código, el agregado transcrito aclara la cuestión: la única interrupción que la ley considera es la producida por un nuevo delito cometido por la persona.



**565.** — La Cámara del Crimen de la Capital ha interpretado que, aparte de la comisión de un nuevo delito, nada en absoluto interrumpe la prescripción (\*), la cual comienza a correr en la forma que indica el art. 63: desde la media noche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

La Cámara Federal de la Capital sustenta una tesis distinta. Dió al principio la misma interpretación que la Cámara del Crimen (\*), pero posteriormente, cambiada la composición del tribunal, modificó su jurisprudencia resolviendo que la acusación fiscal es un acto interruptivo de la prescripción (\*). Es, indudablemente, una interpretación capciosa, que no está de acuerdo con la ley, pero es la opinión de un tribunal que tiene tanto derecho para emitirla como el que le asiste a la Cámara del Crimen de la Capital.

La Cámara del Crimen ha resuelto también que no interrumpe la prescripción ni siquiera la presentación al juzgado del reo prófugo que solicita pagar la multa (†). Se trataba de una persona condenada a pagar una multa por infracción a la ley de juegos de azar, que un mes antes del vencimiento del plazo de la prescripción, se presentó al juzgado para que se le recibiera el importe de la multa; la tramitación duró más de un mes, se cumplió el plazo de la prescripción y la Cámara del Crimen resolvió que el término legal era absoluto, y que no habiéndose hecho efectiva la condena no podía haber interrupción de la prescripción, porque de acuerdo con un principio general asentado por la Cámara (‡) dentro de nuestro régimen penal la prescripción solamente puede ser interrumpida por sentencia firme.

**566.** — Veamos una consecuencia del principio de que la prescripción es de orden público.

En el procedimiento usual de nuestros tribunales, cuando una persona está prófuga, el expediente se paraliza; no se acepta el trámite mandado desde el extranjero, puesto que quien elude la ley pe-

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 44, pág. 47.

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 50, pág. 183.

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 58, pág. 570.

(†) *Gaceta del Foro*, tomo 62, pág. 220.

(\*) *Gaceta del Foro*, tomo 42, pág. 9.



nal argentina no puede ponerla en movimiento desde el extranjero; no se admite tampoco la intervención del defensor.

Sin embargo, la Cámara del Crimen de la Capital ha resuelto que el reo ausente puede pedir la prescripción <sup>(9)</sup>. Esta pareciera ser una contradicción con el principio general, pero no es así. No se trata de que el delincuente pida la prescripción y se acepte ese derecho, sino que el delincuente hace saber al tribunal, por cualquier medio, que la prescripción se ha operado, y como ésta es de orden público el tribunal tiene obligación de decretarla.

La Cámara Federal de la Capital no acepta esta teoría, pues obliga a la presentación del prófugo aunque haya vencido con exceso el plazo de la prescripción.

**567.** — Hay un error capital en esta materia de interrupción de la prescripción, por defecto de técnica. Nuestro Código habla de la prescripción de la acción; otros códigos hablan de la prescripción del delito, que es un término más genérico.

Ahora bien, la acción es el medio de que se vale una parte para perseguir su derecho en justicia. El Estado o el particular ofendido que querella se valen precisamente de ese medio, con lo que llegamos a una monstruosidad jurídica en nuestra ley penal: la acción se extingue cuando se está ejerciendo.

El caso ocurre a diario en el tribunal. Con lo que sucede esta enormidad: supongamos un delito de acción privada, la injuria, que tiene pena de un año y se prescribe a los dos; la persona injuriada ejercita su acción contra el injuriante, no la abandona un momento los trámites judiciales son lentos, pueden llegar los dos años sin que se haya dictado sentencia, con lo que la prescripción se ha operado, a pesar del empeño del accionante por cumplir la ley.

De manera que el Estado mismo considera que la iniciación de la acción no tiene ningún valor penal, cuando precisamente el fundamento de la prescripción de la acción estriba en la desaparición de la alarma social, en el olvido del hecho delictuoso, en la falta o en la dificultad de la prueba, pero no ha nacido para decretarse mientras se está ejerciendo la acción. Una próxima reforma debe subsanar este error gravísimo.

---

(9) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 18, pág. 1255.

**RENUNCIA DEL AGRAVIADO**

**Sumario:** 568. Alcance.

**568.** — La renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada — cuyo carácter dilucidaremos en el capítulo siguiente — no solamente alcanza al autor del delito sino también a todos sus copartícipes. Es elemental que ello suceda así, porque los partícipes se encuentran en las mismas condiciones que el que cometió el delito.

Dispone el art. 69 en su segunda parte: “Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás”

A su vez, el perdón sólo perjudica a la persona que lo ha concedido y a sus herederos (art. 60). El hecho delictuoso ha podido afectar a varias personas, y el hecho de que una de ellas renuncie a la acción no significa en modo alguno que las demás también renuncien a ella.

**II. — Extinción de penas****CUMPLIMIENTO**

**Sumario:** 569. Exposición.

**569.** — Las penas que el Código aplica para reprimir los hechos delictuosos terminan de varias maneras.

En primer lugar, como es obvio, por cumplimiento de la pena en las condiciones legales.

La condena puede cumplirse de dos maneras: directamente en el establecimiento o por aplicación de la libertad condicional.



## INDULTO

**Sumario:** 570. Facultad ejecutiva. — 571. Jurisprudencia. — 572. Efectos

**570.** — En segundo lugar, aparte de esta forma natural de extinción de la pena, existe el indulto. La Constitución Nacional, en su art. 86, inc. 6º, atribuye al Poder Ejecutivo la facultad de indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de diputados.

**571.** — Esta disposición constitucional, que parece tan clara porque habla del indulto o conmutación de *penas* y las penas sólo pueden estar establecidas en sentencias firmes, ha sido interpretada sin embargo en varias ocasiones en el sentido de que el Poder Ejecutivo puede también indultar a una persona que no tenga todavía una condena firme, es decir, que sea un simple procesado.

Hace algún tiempo se presentaron dos casos en que se discutió el alcance de la facultad de indultar, discusión que se trabó entre la Cámara de Crimen de la Capital y el Poder Ejecutivo de la Nación.

El primero fué el caso del procesado Magdalena; el Poder Ejecutivo pidió informes para indultar. La Cámara negó la facultad del Poder Ejecutivo, pero no hubo ningún inconveniente porque en el interín la Cámara falló la causa condenando a Magdalena y entonces el Poder Ejecutivo ejerció su facultad de indulto dentro de las tesis de la Cámara.

El segundo caso fué el del procesado Ibáñez, ocurrido en el año 1922, completamente distinto. Estando procesado Ibáñez, el Poder Ejecutivo solicitó informes a la Cámara. Esta insistió en su tesis y el Poder Ejecutivo en la suya. El asunto fué llevado a la Suprema Corte de Justicia por el Procurador General de la Nación, doctor Matienzo en ese entonces, y la Suprema Corte resolvió por mayoría de votos que la facultad de indultar en nuestra Constitución es *amplísima*: se refiere a las penas y también a los procesos <sup>(70)</sup>.

---

(70) *Suprema Corte*, tomo 136, pág. 244.



Esta interpretación no surge en absoluto del texto de la Constitución ni tampoco de lo que es y puede ser el indulto. Este ha nacido exclusivamente para evitar ciertos errores que puede cometer la justicia, o mejor dicho ciertos fallos judiciales en que el juez no tiene más remedio que condenar aún contra su conciencia, si bien viendo de manera evidente que la pena que impone va más allá de la necesidad social de represión. Es el único fundamento racional que tiene el indulto; no puede concebirse, en cambio, en un país civilizado, como una facultad discrecional del presidente de la República, puesto que desde el presidente hasta el empleado más humilde se hallan al servicio de una necesidad social, que es la organización jerárquica de los funcionarios de Estado.

Por otra parte, el indulto puede redundar en perjuicio del mismo procesado, pues otorgándosele no habiendo sentencia ni siquiera va a remediar un error de la justicia. Además, el indulto deja subsistente en la vida del sujeto la condena impuesta, siendo así que ese individuo tal vez pudo ser absuelto, con lo que no pesaría sobre él ningún antecedente desdorado.

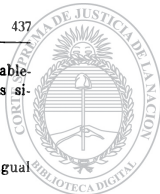
**572.** — Dispone el art. 68 del Código Penal: “El indulto del reo extingue la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.”

#### PRESCRIPCION

**Sumario:** 573. Concepto. — 574. Plazos. — 575. Crítica. — 576. Desde cuándo corre. — 577. Interrupción. — 578. Indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas.

**573.** — En la prescripción de las penas rigen los mismos principios generales y median las mismas causas que en la prescripción de las acciones.

El concepto de esta prescripción es más claro, sin embargo. La pena ya es un hecho producido; la sociedad ya ha impuesto una sanción determinada. Transcurrido ese término sin que el delincuente sea habido, la sociedad realmente no tiene interés en ese condenado, desde el momento que durante ese tiempo que ha estado en libertad, teóricamente no ha cometido ningún delito.



**574.** — Los plazos para la prescripción de la pena están establecidos en el art. 65: “Las penas se preciben en los términos siguientes:

- 1º La de reclusión perpetua, a los veinte años;
- 2º La de prisión perpetua, a los veinte años;
- 3º La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;
- 4º La de multa mayor de dos mil pesos, a los tres años;
- 5º La de multa que no excediere de dos mil pesos, al año.”

**575.** — Esta enumeración de plazos produce ciertos inconvenientes en la realidad. Así, un cónyuge, por ejemplo, que mata al otro, aunque hayan mediado motivos disculpables que no sean la emoción violenta, tiene pena de reclusión o prisión perpetua y prescribe a los veinte años, lo mismo que el individuo que hubiera cometido el delito más atroz.

La reclusión o prisión temporal prescribe en un plazo igual al de la condena. El homicida simple, que tiene pena de 8 a 25 años según el art. 79, prescribe su pena a los 25 años si se le hubiera aplicado el máximum; en cambio el homicida calificado, que haya cometido el delito más horroroso concebible y que haya merecido reclusión o prisión perpetua, prescribe su pena a los 20 años.

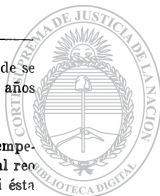
La prescripción en un plazo igual al de la condena conduce a esta otra enormidad: que una condena de un mes se prescriba al mes. ¿Es posible, sin embargo, precibir en un mes una condena por igual término?

Debería existir un límite mínimo concordante con el establecido en el art. 62 después de la sanción de la ley 11221, que modificó la prescripción de la acción poniendo dos años en lugar de dos meses.

Acercas del inc. 4º del art. 65, que dice que la multa mayor de dos mil pesos prescribe a los tres años, se ha producido un caso de interpretación interesante.

Cuando un procesado por infracción a la ley de juegos de azar había cometido varias infracciones, las distintas multas se acumulaban. Se suscitó en la Cámara la cuestión relativa a cuándo se prescribía la pena de multa aplicada por varias infracciones. Hasta ese momento la interpretación había sido que se prescribía como si fuera una sola condena de 2.000 pesos. Como entre las distintas salas de la





Cámara había decisiones diversas se llamó a tribunal pleno, donde se resolvió, por mayoría de votos, que la prescripción era de tres años cuando la multa era por más de dos mil pesos <sup>(11)</sup>.

**576.** — Dispone el art. 66: “La prescripción de la pena empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiera empezado a cumplirse.”

**577.** — El art. 67 ha sido ya explicado al tratar de la prescripción de la acción <sup>(12)</sup>.

El art. 70 establece: “Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.”

Esta disposición zanja bien una vieja cuestión doctrinaria respecto al derecho del Estado o de la parte lesionada en el delito para ejecutar las indemnizaciones debidas sobre los bienes propios del condenado después de muerto.

---

<sup>(11)</sup> *Gaceta del Foro*, tomo 73, pág. 140.

<sup>(12)</sup> *Supra*, N° 564.



## EJERCICIO DE LAS ACCIONES

### SUMARIO

- I. **Acciones públicas.** Principios generales.
- II. **Dependientes de instancia privada.** Principios generales.
- III. **Privadas.** Principios generales.

### I. — Acciones públicas

#### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 579. Disposición legal. — 580. El querellante particular. Jurisprudencia.  
— 581. Quién puede serlo. — 582. Conveniencia.

**579.** — Las acciones en nuestro Código Penal tienen sus disposiciones especiales en el título XI <sup>(1)</sup>.

La acción existe en todos los países del mundo para perseguir

---

<sup>(1)</sup> Véase sobre esta materia, Máximo Castro, *Curso de Proced. Penales*, 1928, t. II, N° 141 y sigts.



los hechos criminales. Entre nosotros, las acciones son de tres clases: públicas, privadas y dependientes de instancia privada.

Dispone el art. 71: "Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

- 1º Las que dependieren de instancia privada;
- 2º Las acciones privadas".

**580.** — Cuando se sancionó el Código Penal, entendieron algunos que él modificaba las leyes de procedimiento y eliminaba a los querellantes de los juicios, porque decía terminantemente: *deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales*.

Esta no fué una simple discusión teórica, ya que se produjo rón al respecto encontradas soluciones de jurisprudencia. La Corte de Justicia de San Juan resolvió que el art. 71 no excluye al querellante <sup>(2)</sup>. La Cámara Federal de Paraná resolvió que el querellante sólo interviene al solo efecto de asegurar sus derechos en la indemnización del daño <sup>(3)</sup>. La Cámara Federal de La Plata decidió que el querellante no tiene intervención en ningún caso <sup>(4)</sup>. Los tribunales de la Capital aceptan al querellante, entendiendo que el Código Penal no ha restringido su intervención.

**581.** — De acuerdo con el art. 170 del Código de Procedimientos Penales de la Capital, querellante es la persona particularmente ofendida por un delito del cual nace acción pública. Esa persona puede asumir el rol de parte querellante y promover en tal carácter el juicio criminal.

No toda persona puede ser querellante. Al respecto han surgido muchas cuestiones en los tribunales, algunas de las cuales recién han sido examinadas en los últimos años. Por ejemplo: un hombre es asesinado; la esposa, el padre, el hijo, el hermano, se presentaban a querellar; durante un tiempo los tribunales aceptaron el derecho del padre o del hijo para querellar; negaron el del hermano, etc. Hoy día, por una jurisprudencia ya uniforme y constante, querellante solamente puede ser la persona particularmente ofendida por el delito; el hijo no se halla en ese caso con respecto al

(2) *Gaceta del Foro*, tomo 61, pág. 127.

(3) *Gaceta del Foro*, tomo 61, pág. 371.

(4) *Jurisprudencia Argentina*, tomo 9, pág. 377.



delito de que ha sido víctima el padre, y si bien sufre las consecuencias de la muerte del padre, el homicidio no ha sido dirigido contra él; de modo que no puede intervenir como querellante ningún miembro de la familia, es decir, que en el delito de homicidio no puede haber jamás un querellante.

**582.** — Una grave cuestión es la relativa a la conveniencia del querellante en los procesos. Hoy día la mayor parte de la doctrina se inclina a decir que la intervención del querellante en las causas criminales es perjudicial, y efectivamente lo es. En los procesos por homicidio o por lesiones, por ejemplo, generalmente aporta tal encono el querellante que lo único que pide siempre es el máximo de la pena para el procesado; estorba el proceso llevando a él un exceso inconcebible de pasión. En cambio, en ciertos delitos, como la defraudación, es difícil suponer que el ministerio fiscal por diligente que sea, pueda tener el interés del querellante defraudado. Esas largas pericias que es menester hacer muchas veces, ese cúmulo de elementos de juicio que van llevando poco a poco al juez a la convicción de que está en presencia de un delincuente, solamente puede aportarlos el querellante. Pero en todos los demás casos, la intervención del querellante es perjudicial.

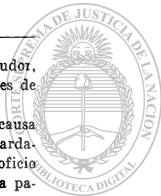
## II. — Dependientes de instancia privada

### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 583. Concepto y enumeración.

**583.** — En las acciones privadas y en las dependientes de instancia privada, el Código pone en manos de la persona damnificada el derecho de iniciar la acción.

Las acciones de instancia privada están enumeradas en el art. 72: “Son acciones dependientes de instancia privada, las que nacie-



ren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

“En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador”.

Se trata de delitos de un carácter especial. Los padres de una menor estuprada, por ejemplo, se encuentran en esta situación: o persiguen el delito, con lo que hacen público el estupro, o callan el delito, con lo que la acción delictuosa queda impune.

La ley pone, entonces, en sus manos esa decisión. Por eso se llaman acciones de instancia privada. Pero una vez que la acción ha sido iniciada o puesta en movimiento, ya no se la puede detener y continúa como las acciones públicas, porque entonces ya ha desaparecido la necesidad social de la reserva.

### III. — Privadas

#### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 584. Concepto y enumeración. — 585. Acción por delito de adulterio. — 586. Otros casos.

**584.** — Las acciones privadas están enumeradas en el art. 73. Ellas pertenecen exclusivamente a la parte que las inicia. Dice aquel artículo: “Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

- 1º Adulterio;
- 2º Calumnias e injurias;
- 3º Violación de secretos, salvo en los casos del artículo 154;
- 4º Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159”.



**585.** — Caso típico de acción privada es el contemplado en el art. 74: “La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

“El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción.

“La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena”.

El Código trata en esta materia del ejercicio de las acciones lo que el Código anterior trataba en el capítulo correspondiente al delito de adulterio.

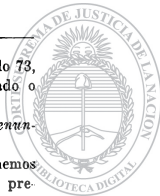
La única cuestión dudosa que al respecto existe por un nuevo error de técnica, es la que se refiere a cuál es el momento de la prescripción en este delito. El Código dispone que el cónyuge no podrá intentar la acción mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio; y como la pena del adulterio es corta y en consecuencia la prescripción es rápida, resultará que mientras el cónyuge está esperando el divorcio en la jurisdicción civil, se está prescribiendo la pena en la jurisdicción criminal.

La Cámara del Crimen trató este asunto en los comienzos de la vigencia del nuevo Código <sup>(5)</sup>. La mayoría de la Sala 3ª, formada por los doctores Seeber y González Roura, sostuvo que la acción criminal se prescribía; que desde la media noche del día en que se comprobaba el delito comenzaba a correr la prescripción; y que el juicio civil de divorcio no la interrumpía; la minoría, formada por el doctor Ramos Mejía, sostuvo que la prescripción comenzaba a correr desde el momento en que terminaba el juicio civil de adulterio.

Estamos de acuerdo con esta opinión de la minoría. La ley dice que no se podrá intentar la acción penal, y es completamente absurdo que la ley pueda crear en el capítulo del ejercicio de las acciones una acción que no puede aplicarse en la realidad de los hechos.

---

(5) *Revista Penal Argentina*, tomo II, pág. 293.



**586.** — El art. 76 dispone: “En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales”.

Aquí existe un error del Código al emplear la palabra *denuncia*, pues en estos casos no puede haber denuncia.

Es conocida la diferencia entre querella y denuncia. Ya hemos definido al querellante, el cual tiene intervención en el juicio, presenta escritos, puede apelar de las resoluciones del juez, de la sentencia, etc., en una palabra es tan parte en el asunto como el ministerio fiscal.

En cambio, la denuncia puede hacerla cualquier persona, y el denunciante no asume más responsabilidad que la derivada de una denuncia calumniosa. Pero no es parte en el juicio; se limita a poner en conocimiento de la autoridad la existencia de un delito, sin que pueda apelar de las resoluciones del juez.

Ahora bien, si el Código dice en el art. 76 que en los demás casos del art. 73 se procederá únicamente por querella o por denuncia, ello significa que podría iniciarse por denuncia una acción por el delito de adulterio. Sin embargo, la denuncia puede hacerla cualquier persona del pueblo, y la acción por adulterio no puede iniciarla sino el cónyuge ofendido, y en cuanto a la calumnia e injurias sucede algo análogo pues la acción respectiva sólo puede iniciarla el calumniado o injuriado. En cualquier momento del juicio la acción o la pena puede ser perdonada; pueden perdonar el marido ofendido, el individuo calumniado o injuriado, la víctima de la concurrencia desleal. A la sociedad no le interesa sino poner la fuerza social al servicio del derecho del denunciante, para asegurarlo por medio de la sanción penal; pero si el denunciante resuelve el perdón, éste existe.

Se advierte, pues, el grave error técnico del Código al haber agregado la palabra *denuncia* al art. 76, incompatible con la índole de la acción que autoriza a ejercer el art. 73, sin precisar su alcance a los efectos de saber si el legislador entiende que es aplicable a ciertos casos.

---



## TENTATIVA

### SUMARIO

- I. **Proceso externo del delito.** Principios generales.
- II. **Actos preparatorios.** Concepto.
- III. **Actos de ejecución.** Concepto. Teorías.
- IV. **Tentativa.** Concepto. Punibilidad. Delito imposible.

### I. — Proceso externo del delito

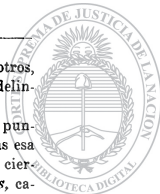
#### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 587. Idea y realización del hecho delictuoso. -- 588. Situaciones diversas. -- 589. "Iter criminis". -- 590. Comienzo de la tentativa. -- 591. Importancia y complejidad de esta institución.

**587.** — Un delito puede nacer en una idea y terminar en un hecho. El espacio que media entre la idea y la realización del hecho crea diferentes situaciones que vamos a examinar.

En todo delito hay dos clases de elementos: los unos internos,





propios de la psicología individual del delincuente <sup>(1)</sup>; los otros, externos. Para el derecho penal, el delito comienza cuando el delincuente exterioriza el impulso interno delictuoso.

Para la escuela clásica el delito nace con la deliberación, punto de vista que ya no interesa, porque para las escuelas modernas esa deliberación, para ser reprimida, debe hallarse relacionada con ciertos actos externos. Este proceso es lo que se llama *iter criminis*, camino hacia el crimen.

**588.** — Podríamos hacer el siguiente esquema de las diversas situaciones jurídicas en que puede encontrarse un delincuente en la comisión de un delito:

a) Realización de un acto en apariencia delictuoso, que no lo es en absoluto (delito putativo).

b) Aplicación de la actividad necesaria para integrar todos los elementos constitutivos del delito (delito consumado).

c) Integración de algunos de los elementos constitutivos del delito (tentativa, delito frustrado).

d) Realización del acto en colaboración de otras personas (participación criminal).

e) Violación de varias disposiciones penales, simultánea o sucesivamente (reincidencia, concurso de delitos).

La primera situación interesa poco en la realidad. Alude más bien a casos presentados por los antiguos tratadistas, que se llamaron en doctrina y en jurisprudencia *delitos putativos*. Ejemplo: una persona viene de viaje y entra en el puerto de Buenos Aires trayendo algunos objetos que cree gravados con derecho de aduana, y los oculta para realizar un delito de contrabando, delito inexistente porque esos artículos estaban libres de derechos.

Las otras situaciones b), c), d) y e) tienen ya real importancia, pues constituyen los verdaderos procesos del delito, los factores esenciales integrantes.

**589.** — Se designa con los términos *iter criminis* (camino hacia el crimen) la concatenación de actos que van desde la concepción interna hasta la realización completa del designio delictuoso.

---

(1) Véase el tomo II, N° 403 y sigs.



Los tratadistas presentan esta división en el proceso del delito.

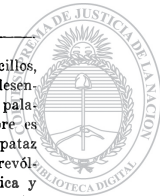
- a) Actos internos, existentes exclusivamente en la inteligencia del agente;
- b) Actos externos, divididos en dos categorías: preparatorios y de ejecución;
- c) Actos externos de ejecución, susceptibles de presentar tres características diferentes: delito tentado, frustrado y consumado.

**590.** — La tentativa comienza cuando hay actos externos. Es ésta una de las más modernas instituciones del derecho penal. Los romanos no conocieron una sistematización jurídica de la tentativa. Sin embargo, algunos tratadistas, basados en la interpretación de determinados textos, han creído encontrar disposiciones referentes a la tentativa o *conato*, como se la llamó en las últimas elaboraciones del derecho romano. Pero lo cierto es que no se puede afirmar la existencia de un concepto de la tentativa en este derecho, sino únicamente que reprimía como delitos *sui generis* algunos casos (v. gr. atentados contra la autoridad del emperador o la constitución del Estado) que hoy consideraríamos como tentativa.

El derecho germánico, que reemplazó al derecho romano en las naciones occidentales, no conoció en absoluto la tentativa, porque partía de un concepto puramente material del delito. Lo que el Estado reprimía no era lo que el agente quería o pensaba, sino la exteriorización material del delito, el delito mismo, la herida, la muerte, el apoderamiento del bien ajeno, etc. En estas consecuencias no podía haber tentativa.

La tentativa recién comienza a elaborarse, como institución del derecho penal, en el siglo XIX, a raíz de la sanción del código francés de 1810, que introduce un criterio diferencial en la apreciación del hecho tentado o consumado.

**591.** — Esta institución jurídica especial constituye una de las materias más complejas y discutidas en la doctrina y en la jurisprudencia. Carrara le ha dedicado en el tomo I de sus *Opuscoli* uno de los trabajos más completos que existen sobre el particular, demostrando todas las sutilezas que es menester considerar para apreciar debidamente la tentativa en la intención, en su comienzo de ejecución y en su falta de consumación.



A cada momento, aún en los hechos que parecen más sencillos, se producen dificultades muy grandes porque es menester desentrañar la intención, lo que sólo puede lograrse por medio de palabras que tienen sentidos diversos. Veamos un caso. Un hombre es despedido de una fábrica a la mañana; se presenta ante el capataz de la fábrica y le dice que lo va a matar; sale, compra un revólver, vuelve a las 11, espera que el capataz salga de la fábrica y descarga sobre él los cinco tiros del revólver; al sonar el tercer disparo el capataz se arroja al suelo para simular que está herido y, estando en el suelo, el victimario le dispara los otros dos tiros y lo hiere con uno de ellos; lo detienen y le dice al comisario que había comprado el arma para atentar contra la vida del capataz; en el momento de la declaración indagatoria se rectifica y manifiesta que no iba a matar al capataz sino que había comprado el revólver porque el capataz era un hombre malo, que usaba arma, que él le tenía miedo, y que cuando se encontró con él tenía un hierro en la mano con el cual lo amenazó, por lo cual hizo uso de su arma. El juez no aceptó que haya habido tentativa de homicidio y condena por lesiones graves; la Cámara resolvió que había tentativa de homicidio. Es un caso típico que ocurre a diario: el delincuente sabe que depende en general de sus palabras dificultar el esclarecimiento del hecho.

No hay ni puede haber en absoluto en esta materia tan imprecisa y tan difícil una sola teoría general. Basta pensar para comprenderlo así en las situaciones que a cada momento se producen en la realidad; una persona descerraja un tiro a otra con la intención de matarla y solamente la hiere, o bien con la intención de herirla y la mata. El mismo acto de acuerdo con la intención que lo guíe constituirá en un caso delito de tentativa de homicidio o de lesiones y en otro un homicidio preterintencional. El acto es el mismo; la justicia debe ir a buscar en esa cosa confusa e ignorada que es la intención moral de los hombres, el elemento diferencial del hecho.

El mismo acto puede traducir una cantidad enorme de acciones. Un individuo sorprende a otro en el momento en que escala la pared de una casa: ¿tentativa de qué delito es ese acto? Puede serlo de hurto, de robo, de violación, de homicidio, puede el individuo haber llevado el propósito de ocultarse solamente, etc. Sin



embargo ese es un hecho que la ley debe reprimir. ¿Cómo lo reprime? Si la única razón auténtica de ese acto radica en la intimidad de la persona, en su conciencia, y ésta es invisible para el juez, el acto no podrá ser apreciado sino por las palabras del delincuente, que tiene interés en modificarlo.

Una persona desea producir un mal mínimo y produce un mal muy grande; otra persona toma todas las medidas necesarias para que el hecho se realice con determinados caracteres de gravedad y sin embargo resulta un hecho leve, por ejemplo hace todo lo humanamente posible para matar a otro y no logra su objeto; esta persona se encuentra en la misma situación jurídica que otra que solamente descerrajó un tiro contra la víctima sin hierirla. Vemos, pues, que la dificultad es enorme.

## II. — Actos preparatorios

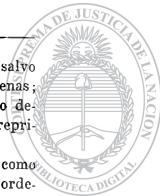
### CONCEPTO

**Sumario:** 592. Punibilidad. — 593. Situaciones jurídicas diversas.

**592.** — Los actos que exteriorizan la tentativa han sido divididos por la doctrina en *preparatorios* y de *ejecución*.

Actos preparatorios son aquellos que realiza el delincuente en su mente. Es principio dominante en la legislación universal, que los actos preparatorios no son punibles sino cuando implican en sí mismos una contravención o un delito. Esto significa que la tentativa recae en los actos de ejecución, no en los simplemente preparatorios.

**593.** — El pensamiento, los gestos, las palabras, etc., no son punibles, salvo casos excepcionales como el del art. 145 del Código Penal que reprime al que conduzca a una persona fuera de las fronteras de la República *con el propósito* de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.



En cuanto a las palabras o gestos tampoco son punibles salvo casos como el del art. 129 que reprime las *exhibiciones* obscenas; el 209, que reprime al que instiga a otro a cometer un delito determinado y lo reprime *por la sola instigación*; el 213, que reprime la *apología* de un delito.

Hay casos en que un acto puede ser tanto preparatorio como simple contravención; v. gr., la portación de armas, que las ordenanzas de policía reprimen con una penalidad leve.

En otros casos, el hecho, acto preparatorio típico, es considerado por el Código como un delito caracterizado, como sucede en la violación de domicilio (art. 150). Decimos que la violación de domicilio es un acto preparatorio típico por la sencilla razón de que nadie viola el domicilio ajeno por el simple hecho de violarlo, sino con el fin de cometer un delito determinado.

En diversos supuestos, el acto preparatorio es una circunstancia calificativa de ciertos delitos, como acontece con el escalamiento en el delito de hurto o de robo (art. 163, inc. 4º; art. 167, inc. 4º).

Hemos dicho que no es punible la simple resolución de cometer un delito; en cambio, el art. 210 reprime la asociación ilícita e impone pena "por el sólo hecho de ser miembro de la asociación".

Finalmente, hay casos en que los actos preparatorios constituyen el delito mismo. Un individuo redacta un documento y le pone la firma de otra persona; mañana se le encuentra en su poder ese documento: tal hecho no es delito ni acto preparatorio. En cambio, si ese individuo falsifica moneda, tiene una sanción gravísima, aunque esa moneda no hubiera circulado, aunque existiera la demostración plena de que no podía circular por ser demasiado burda y evidente la falsificación (art. 282).



### III. — Actos de ejecución

#### CONCEPTO

**Sumario:** 594. Punibilidad. — 595. Situaciones jurídicas diversas.

**594.** — Actos de ejecución son aquellos que se dirigen directamente a la realización del hecho delictuoso. Repetimos que es sobre estos actos que recae la tentativa.

**595.** — Una de las dificultades más grandes consiste en establecer la diferencia existente entre los actos preparatorios y los de ejecución.

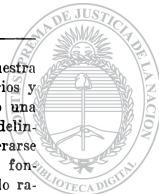
Una persona va a una armería y compra un revólver, lo carga con cinco balas y sale. ¿Es un acto preparatorio o es un acto de ejecución? Es un acto preparatorio, ya que no está relacionado con el delito; podrá estarlo en la mente del individuo, pero no en el concepto externo, ya que un revólver se puede comprar para muchísimas cosas; hay indeterminación en el móvil.

Una persona, que desea envenenar a otra, entrega el veneno a un criado de la presunta víctima para que se lo administre a aquella. La entrega del veneno al criado, ¿es un acto preparatorio o es un acto de ejecución?

Un hombre casado decide contraer un nuevo matrimonio, delito que la ley reprime con el nombre de bigamia (matrimonio ilegal); se dirige al registro civil, suministra todos los datos correspondientes, se ordenan las publicaciones, etc.; los actos exteriores de voluntad que lo llevan en el camino del delito, ¿son actos preparatorios o de ejecución? (2).

---

(2) En muchas ocasiones la jurisprudencia francesa los ha considerado actos preparatorios no punibles, reputando que el acto de ejecución comenzaría cuando los dos contrayentes estuvieran en el registro civil dispuestos a realizar el matrimonio ilegal.



Veamos un caso ocurrido en el año 1912, que nos demuestra cómo es de peligrosa la noción teórica de los actos preparatorios y de ejecución. Una banda de malhechores cometía en Palermo una serie de atentados contra la vida y contra la propiedad; dos delincuentes llamados Prevost y Coulomb resuelven asaltar y apoderarse del dinero que llevaba un empleado de comercio que retiraba fondos del banco en ciertos días del mes, pasando por determinado radio. Prevost compra un gran martillo; Coulomb un puñal, sogas y hasta una jeringa de Pravaz. Se sitúan casi en la puerta de la casa donde iba a entrar el empleado; la policía advierte a la presunta víctima el peligro que corre y detiene a los dos sujetos que estaban dispuestos al asalto.

Conducidos al Departamento central de policía, confiesan que ellos iban a matar al empleado y a apoderarse de su dinero. Y comienzan las distinciones sutiles. ¿Qué delito han cometido Prevost y Coulomb? ¿Qué acto exterior relacionado directamente con el delito han realizado? En último caso, si los materiales de que se munieron para el asalto constituían tentativa, ¿de qué delito lo sería? ¿de robo o de homicidio? Más aún, el Código Penal dispone que no tiene ninguna pena el delincuente que desiste de la comisión del hecho. ¿Y si Prevost y Coulomb, una vez el empleado dentro del zaguán de la casa, hubieran desistido de cometer el delito? ¿Quién podría asegurar que ese desistimiento no se hubiera producido?

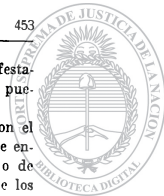
Se terminó por aplicar una simple pena de tentativa de robo, cuando era evidente para el criterio judicial, por el análisis de los hechos y por las declaraciones de los delincuentes, que su propósito era cometer un delito de sangre.

Se alcanzan sin esfuerzo, pues, las dificultades graves que hay para la doctrina y para la jurisprudencia en la apreciación de la diferencia de los actos en preparatorios y de ejecución.

Quien compra un revólver puede hacerlo con diferentes objetos: ensayarse en el tiro al blanco, defenderse contra una agresión presunta o realizar un delito.

Quien compra veneno puede hacerlo para defenderse de ciertas plagas o para suministrarlo a una persona con el propósito de darle muerte.

Quien compra una escalera puede hacerlo para usarla en su propia casa o para facilitar el escalamiento de la propiedad ajena.



Son todos éstos, actos preparatorios que constituyen manifestaciones externas de voluntad, pero que se caracterizan porque pueden servir para un fin lícito o ilícito.

En cambio, quien se esconde en un lugar determinado con el deseo de matar a una persona que debe pasar por allí; quien se enfrenta con un individuo y lo amenaza con un arma blanca o de fuego, realiza un acto que no reviste el carácter impreciso de los anteriores.

### TEORIAS

**Sumario:** 596. Carrara. — 597. Rossi. — 598. Manzini. — 599. Jurisprudencia.

**596.** — De esta manera de ser de los actos preparatorios y de ejecución han querido extraer algunos tratadistas una verdadera línea divisoria de demarcación.

Carrara sentó una teoría aceptada por casi toda la escuela clásica y por la mayor parte de la doctrina nacional argentina. Dividía los actos en dos clases: equívocos y unívocos; los primeros son aquellos que pueden prestarse para varios objetos; los segundos son aquellos que solamente se refieren a un objeto determinado.

Cuando el acto es de naturaleza equívoca es preparatorio; cuando el acto es de naturaleza unívoca es de ejecución.

A pesar de la regla doctrinaria y de aplicación práctica que quiso dar Carrara, su teoría es equívoca y poco satisfactoria. En efecto, una persona realiza un acto de naturaleza unívoca: hiere a otra. ¿Cuál era la finalidad de ese acto? ¿Herir simplemente o matar? La lesión producida, ¿es una simple lesión o es una tentativa de homicidio?

A la inversa: una persona quiere solamente herir a otra, pero la víctima padece de una afección cualquiera y a raíz de la herida se muere. ¿Cuál es la naturaleza de ese acto?

Será menester acudir a todos los elementos de juicio posibles para lograr determinar si, en el primer ejemplo, la lesión era el objetivo fundamental, constituyendo así un delito perfecto, o si era una tentativa, constituyendo lo que se llamó durante mucho tiempo delito imperfecto; y para determinar también, en el segundo ejem-





plo, si la muerte producida era realmente lo deseado por el agente o sólo la simple herida.

Años más tarde, el mismo Carrara, en vista de las dificultades anotadas, modificó su teoría, sosteniendo que actos preparatorios son aquellos que recaen exclusivamente sobre el sujeto activo del delito, y actos de ejecución aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo del delito.

Seguimos estando, sin embargo, dentro del campo impreciso de la intención, ya que aún las palabras del individuo pueden constituir delito; de manera que no puede establecerse una regla absoluta.

**597.** — Pellegrino Rossi quiso dar también la norma que sirviera para establecer un criterio diferencial entre los actos preparatorios y de ejecución. Sostuvo que hay acto preparatorio cuando el delincuente, detenido en el momento de realizar el acto, puede decir: “iba a comenzar”; y que hay acto de ejecución cuando, en análogas circunstancias, el delincuente puede decir: “iba a terminar”.

En apariencia es adecuada la teoría de Rossi, puesto que resulta indudable que en el acto preparatorio el delito no ha comenzado todavía; en el fondo, sin embargo, existe una indeterminación muy grande que dificulta el establecimiento de una precisa relación causal.

**598.** — Manzini dice que en los actos preparatorios hay ausencia de un comienzo de violación de la norma penal que se refiere al delito querido. Es gráfico, ya que no relaciona su teoría con el *hecho* sino con la *norma penal* que impide cometer hechos delictuosos. En el acto preparatorio no hay un comienzo de violación de la norma; lo hay en cambio en el acto de ejecución con la evidencia que él traduce.

**599.** — Expondremos ahora algunos casos interesantes de jurisprudencia que nos demostrarán lo difícil que es establecer en la práctica la verdadera interpretación del acto. Teóricamente hemos visto que resulta imposible determinarla con absoluta precisión.

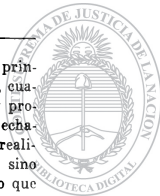
El Código Penal español define la tentativa en su art. 3º di-



ciendo: "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento".

Un fallo de jurisprudencia española del año 1882 dice "...el que después de haber pedido una navaja, que no quisieron darle las personas que con él estaban en la taberna, logra apoderarse de un azadón y se dirige corriendo hacia el interior del establecimiento, seguido por otra persona que en altas voces excitaba a los concurrentes a que le detuvieran, por suponer que iba a matar a un tercero, y llegado cerca de éste levanta el azadón para descargarlo sobre el mismo, lo cual evitaron los circunstantes, que desarmaron al agresor, no puede ser calificado como autor de tentativa de homicidio, porque si bien es imputable la tentativa de homicidio cuando el culpable da principio a la ejecución de este delito directamente por actos exteriores, solamente hay principio de ejecución directo para ese efecto cuando se realizan hechos encaminados por impulsos de intención resuelta y conocida y por medios idóneos al logro de la muerte preconcebida, con tan patente y precisa dirección que excluya la posibilidad de otro fin de menor importancia jurídica; y no constando que moviera al procesado ánimo de matar al ofendido, ni significando la acción ejecutada ese exclusivo y esencial propósito, ya que no es posible afirmar que descargado el golpe se hubiera necesariamente producido la muerte, la responsabilidad del procesado queda limitada al valor propio y seguro de su acto, sin consideración a su ignorado fin, y por tanto a una intimación de mal que constituye una amenaza con arma, que corrige como falta el número 2º del artículo 604 del Código penal".

En 6 de Marzo de 1901, la jurisprudencia española registra este otro caso interesante: "Varios sujetos, después de proveerse de una substancia nociva, la entregaron al dependiente de una tahona, con dádiva y promesa, para que la mezclara con la masa del pan, lo cual fingió aceptar el dependiente, que denunció el caso. Condenados aquellos como autores de tentativa del delito comprendido en el artículo 356 del Código penal, acudieron en casación, y el tribunal supremo desestima el recurso, por considerar que los hechos integran los elementos constitutivos del delito definido y penado en el mencionado artículo, pues los procesados, de acuerdo entre sí pa-



ra alterar comestibles destinados al consumo público, dieron principio a actos directos y exteriores para la realización del delito, cuales fueron proveerse de una substancia nociva y con dádiva y promesa la entregaron a un dependiente de la tahona para que la echara en el pozo y se mezclara con la masa, lo que si no llegó a realizarse no fué a causa de su propio y voluntario desistimiento, sino porque el dependiente, a pesar de haber aparentado aceptar lo que se le propuso, no lo ejecutó, evitando así la consumación del delito”.

#### IV. — Tentativa

##### CONCEPTO

**Sumario:** 600. Noción legal. — 601. Elementos. — 602. Desistimiento.

**600.** — Nuestro Código Penal dispone en el art. 42: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44”. (2).

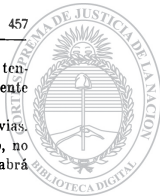
**601.** — Dentro del concepto legal, los elementos constitutivos de la tentativa son tres:

- a) La intención, que debe ser manifiesta;
- b) Un principio de ejecución;
- c) Una falta de consumación por circunstancias independientes o ajenas a la voluntad de la persona que comete el delito.

**602.** — Si la no realización del hecho delictuoso se debe al mismo individuo, nos encontramos dentro de la situación jurídica del *desistimiento*.

---

(2) El proyecto de 1917 introdujo un criterio especialísimo en materia de tentativa al exigir la *premeditación* del acto como requisito. El concepto era original y mereció que la comisión de códigos del Senado, con perfecto buen sentido, eliminara tan bizarra innovación.



El art. 43 de nuestro Código Penal dispone: "El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".

La no punición del desistimiento se funda en razones obvias. Si el individuo va a recibir igual sanción desista o no del hecho, no tendrá ningún estímulo para desistir, ya que la sociedad no habrá prestado ninguna ayuda al arrepentimiento posible del autor.

#### PUNIBILIDAD

**Sumario:** 603. ¿Cómo debe reprimirse la tentativa? — 604. Teorías objetiva y subjetiva. — 605. Código penal argentino. — 606. Código penal francés. — 607. Tentativa, delito frustrado y delito consumado.

**603.** — La tentativa no es todo el delito; el delincuente no ha integrado todos los elementos que lo constituyen. En consecuencia, la primera cuestión que aparece referente a la penalidad de la tentativa, es la siguiente: ¿Cómo debe reprimirse, con la misma penalidad que se aplica al delito consumado o con una penalidad menor?

**604.** — En materia de tentativa hay dos teorías básicas que la fundamentan: la objetiva y la subjetiva.

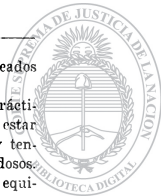
Para la teoría objetiva la tentativa debe ser medida de acuerdo con el hecho producido en el exterior, en el objeto del delito; sino hay daño o variación en un derecho, no hay delito (\*).

La teoría subjetiva no atiende tanto a la gravedad extrínseca del acto, sino a la intención del agente, a la voluntad criminal que revela, tan directamente orientada hacia un fin que el Estado se encuentra en presencia de los elementos necesarios para reprimir la tentativa.

Los tratadistas modernos, como Roeder, Prins, Ferri, etc., radican la necesidad de reprimir la tentativa en la *manifestación de una voluntad criminal*. Todo el problema complejo de la tentativa

---

(\*) Para Carrara, en la tentativa no se reprime el daño producido, sino el *peligro corrido*. De modo que no todo peligro que afecte a la persona es tentativa, sino el *peligro corrido*, que sólo existe cuando los actos del autor son de una naturaleza determinada.



consiste en relacionar la intención moral con los actos empleados por la persona teniendo en vista un fin determinado.

La materia de la tentativa ofrece dificultades de orden prácticos insuperables. A cada momento los tribunales tienen que estar haciendo las sutilezas más grandes para encontrar que no hay tentativa en hechos evidéntísimos o que la hay en hechos muy dudosos. Toda cuestión desaparecería equiparándola al delito, pero esta equiparación es imposible para los que consideran la materia con un criterio objetivo. Dentro de esta teoría objetiva estamos siempre en el camino de las presunciones, que alarmaban con justísima razón a Carrara, que siempre quería llegar a establecer en forma clara la intención moral del delincuente. Como la comprobación de esta intención es una cuestión de prueba, la ausencia de actos exteriores que revelen la intención, favorece al procesado. ¿Quién puede saber hasta dónde un disparo de arma de fuego que no logra herir a nadie llevaba el propósito de matar o de herir simplemente? Sin embargo para la ley queda equiparada, no mediando prueba, la tentativa de homicidio, que podría ser clarísima en la mente del individuo, con el disparo de armas.

Al mismo tiempo existe el peligro, si se considerara tentativa de homicidio a todo hecho de esta naturaleza, de llegar a decir que todo disparo de armas contra una persona es tentativa de homicidio.

¿Cómo se puede comprobar la intención que anima a un hecho determinado? No habría dificultad en el caso de un veneno que conduzca inevitablemente a la muerte, pero en el caso del arma de fuego o de la puñalada la dificultad es muy grande.

**605.** — Nuestro Código Penal, en su art. 44 preceptúa: “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

“Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

“Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será de prisión de diez a quince años”.

Para el Código argentino, pues, que sigue la teoría objetiva, la tentativa se reprime de acuerdo con la importancia del mal causado en relación con la idea de justicia. Así el homicida ha producido



más daño que quien ha realizado una tentativa de homicidio; entonces la ley reprime con menor pena la tentativa que el homicidio.

En las más viejas leyes penales está castigada la tentativa con una penalidad menor que el delito consumado. Así, por ejemplo, la Carolina dice: "Si alguien se atreve a emprender un acto malo por algunas obras aparentes que puedan servir para la consumación del acto malo, y sin embargo la consumación de ese acto fué impedida por otros medios contra su voluntad, esta voluntad maliciosa de la cual, como se ha dicho, resulta alguna obra, debe ser criminalmente castigada, pero en un caso más duramente que en otros".

**606.** — El Código Penal francés de 1810 introduce una modificación fundamental en esta materia. Equipara en los crímenes la tentativa al delito consumado, aplicando la misma pena. Dispone en su art. 2º: "Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por un comienzo de ejecución, si no ha sido suspendida o no ha alcanzado su objeto por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crimen mismo". (5).

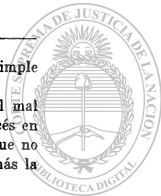
Contra esta tesis han protestado todos los penalistas de la escuela clásica. Carrara siempre se indignó contra esto que venía, según él, de una mala interpretación de los principios del derecho romano concernientes a la tentativa.

La doctrina moderna, sin embargo, da la razón al código penal francés. Roeder, el fundador de la escuela correccionalista, ya miraba en la tentativa, no el peligro corrido por la víctima como decía Carrara, sino la manifestación de una voluntad criminal. Y entonces argumentaba: ¿no evidencia exactamente la misma voluntad criminal el hombre que compra un veneno para matar una persona, y lo consigue, que aquél que condiciona el veneno, lo coloca en un lugar de donde la víctima lo va a tomar y, luego, por un accidente cualquiera, ésta no lo toma? ¿Qué diferencia hay entre ambas acciones?

Indiscutiblemente, ninguna diferencia. Para el concepto subjetivo con que deben considerarse hoy los códigos penales es indudable que tan grave delincuente es el uno como el otro. Sin embargo la ley en un caso, cuando el delito se ha consumado, aplica una

---

(5) El mismo criterio que sustenta el Código Austriaco en su parágrafo 8º.



pena gravísima y en el otro considera al hecho como una simple tentativa.

Nuestro Código, en consecuencia, reprime la cantidad del mal causado y a más daño aplica más pena; el Código Penal francés en los crímenes equipara la tentativa al crimen mismo, es decir que no va a la teoría subjetiva pero la realiza, pues trata de penar más la peligrosidad del autor que el daño causado.

607. — Algunos autores han querido encontrar una gradación en el peligro representado por la tentativa entre la tentativa y el delito consumado, poniendo un grado intermedio entre ambas que sería el *delito frustrado*. Nuestro código actual no lo admite; lo admitía en cambio el código derogado que en su art. 3º, suprimido por la ley 4189, decía: “Hay delito frustrado cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo no logra su objeto por causas independientes de su voluntad”. Era una disposición tomada del código español, pero que la mayor parte de los códigos no contienen. Si la legislación suprimiera esta diferencia anticientífica entre la tentativa y el delito, desaparecería la necesidad de todas estas graciones.

Rossi sostiene que la pena de la tentativa debe ser menor que la del delito frustrado y la de éste menor que la del delito consumado.

El proyecto italiano de 1921 dice en su art. 16: “Cuando el delito no ha sido consumado por circunstancias accidentales, el juez puede, según las modalidades del hecho o de la acción realizada, aplicar la sanción establecida para el delito consumado. De otro modo, si para el delito estuviera establecida la segregación perpetua, se aplica la segregación por tiempo absolutamente indeterminado, y si estuviera demostrada, en quien lo ha cometido, una menor peligrosidad, se aplica la segregación rigurosa por tiempo relativamente indeterminado”.

El proyecto Rocco en su art. 58 conserva más o menos el sistema del código argentino, porque Rocco siempre se ha opuesto a considerar a la tentativa con el mismo criterio que al delito consumado.

## DELITO IMPOSIBLE

## Noción genérica

ya sea en la falta de idoneidad del medio o en el objeto o sujeto pasivo del delito

Sumario: 608. Concepto. — 609. Complejidad. — 610. Jurisprudencia.

608. — En la tentativa hay un delito que no ha podido realizarse por circunstancias diversas completamente independientes de la voluntad del agente. *y que residen en el objeto del delito.*

En muchos otros casos existe un hecho delictuoso que indiseñiblemente no pudo cometerse, bien porque los medios de que se ha valido el autor eran ineficaces, o bien porque no existía realmente sujeto pasivo del delito. Por ejemplo querer matar a una persona con un arma descargada.

Esta materia es lo que se conoce en doctrina con el nombre de *tentativa de un delito imposible*, que tiene diferencias con la tentativa simple. En ésta hay un hecho que no ha podido producirse por una causa total o parcialmente independiente de la voluntad de su autor; en aquélla hay un hecho que no podía producirse jamás.

609. — Este carácter de la tentativa de delito imposible, que hace que estemos en presencia de un atentado contra un derecho que nunca hubiera podido llegar a consumarse, introduce una grave complejidad en esta materia, tan grave que la jurisprudencia de las diversas naciones, especialmente la de Francia, ha variado de momento en momento por la introducción de teorías distintas a las anteriormente consagradas.

Basta mostrar un hecho para comprender la dificultad de la cuestión. Desde los primeros tratadistas franceses hasta Garraud dicen que la jurisprudencia francesa en materia de tentativa de un delito imposible es fluctuante, porque no tiene un criterio uniforme; más todavía, cuando Garraud, el más completo expositor actual del derecho penal francés, quiere buscar los elementos de una doctrina constructiva de la tentativa de delito imposible, se ve obligado a interpretar a su manera las diferentes decisiones de los tribunales franceses para llegar a una solución; más aún, el mismo Garraud en anteriores ediciones de su *Tratado de Derecho Penal Fran-*







cés, ha sostenido el criterio de la impunidad de la tentativa de delito imposible y actualmente es partidario de la punición de esa misma tentativa.

Es indudable que en la tentativa de delito imposible existe un delito irrealizable; no hay ningún peligro corrido, pues éste sólo puede resultar de un acto idóneo. ¿Por qué se la reprime entonces? Dentro de la teoría objetiva esta tentativa no debe ser reprimida porque no hay peligro corrido: por ejemplo, no lo hay si una persona quiere matar a otra con un arma descargada.

**610.** — De aquí derivan las grandes diferencias habidas en la jurisprudencia francesa antes y después de la doctrina alemana subjetiva de la punición de la tentativa de un delito imposible. Veamos diversos casos de jurisprudencia francesa.

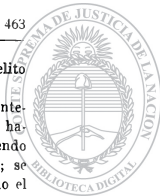
Una persona quiere envenenar a otra y emplea una sustancia no venenosa; diversos fallos, algunos muy viejos, consideran que no hay tentativa de un delito imposible.

Se trata de hacer abortar a una mujer y se comprueba la inexistencia del embarazo; el tribunal francés sostuvo en 1859 que no había tentativa de delito imposible.

Un individuo unta con cierta sustancia un bastón largo acercándolo de tiempo en tiempo a ese tronco que se pone en las iglesias para recoger las limosnas, pero el tronco estaba vacío y el sujeto no sacó nada; cuando se hizo la acusación se dijo que no había delito porque no existía dinero en el tronco de beneficencia; sin embargo en el año 1876 la jurisprudencia francesa decidió que había tentativa de delito imposible.

Una persona, queriendo matar a otra que normalmente descansaba en una cama, se dirige hacia ese lugar y hace fuego sobre el sitio donde la persona debía presumiblemente estar, pero no estaba; es decir que no había habido tampoco como en los casos anteriores la posibilidad de cometer el delito; sin embargo, la Corte de Casación francesa sostuvo en 1877 que había tentativa de un delito imposible.

Un ladrón mete la mano en el bolsillo de un individuo para sacarle dinero, pero en ese bolsillo no lo había; la decisión del juez y de la Corte de París dijeron que no había habido tentativa de ningún delito, pero la Cámara Criminal de la Corte de Casación de



Francia resolvió en 1895 que había en ese caso tentativa de delito imposible. (\*).

En la jurisprudencia española se registran algunos casos interesantes. Una mujer, después de haber hecho indicaciones de que había de envenenar a su marido, le da a beber dos vasos conteniendo veneno en cantidad insuficiente para producir acción tóxica; se resolvió que no había tentativa por falta de medios, ya que todo el efecto de la tisana se redujo a una indisposición de pocas horas.

Un criado introduce en una botella de vino, de que habían de servirse sus amos, casi doce gramos de láudano *sydenham*; es condenado como reo de tentativa de asesinato, pero el tribunal supremo casó la sentencia, por considerar que aun cuando fuese un hecho indiscutible la introducción del láudano en la botella, este hecho por sí solo no constituye delito por falta de idoneidad de los medios empleados para realizarlo, ya que necesitándose de diez a quince gramos de la substancia utilizada para causar la muerte de una persona, mal podía lograrse ese resultado repartiendo esa proporción entre tres personas, dos de las cuales eran señoras, lo que hace menos probable que el contenido de la botella se consumiese íntegro.

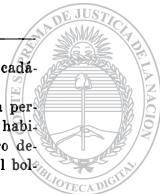
#### Elementos

**Sumario:** 611. Imposibilidad por falta de objeto. — 612. Imposibilidad por falta de medios de realización.

**611.** — Para que exista tentativa de delito imposible tiene que haber dos clases de imposibilidades: falta de objeto o falta de medios de realización.

La imposibilidad por falta de objeto puede ser absoluta o relativa.

(\*) Es precisamente este caso el que hizo cambiar de opinión a Garraud, quien dice que ante el estupor público que se produjo ante las distinciones de los leguleyos interpretando cosas tan evidentes para el sentido popular, como el hecho de meter la mano en un bolsillo ajeno, resultaba extraordinario que un tribunal dijera que allí no había delito y que entonces él se creyó en la necesidad de revisar más a fondo sus conceptos sobre la tentativa y aceptó, como acepta actualmente, la punición de la tentativa de un delito imposible de acuerdo con la doctrina alemana.



a) Casos de imposibilidad absoluta: querer matar a un cadáver, querer hacer abortar a una mujer no embarazada, etc.

b) Casos de imposibilidad relativa: el recién citado de la persona que hace fuego sobre el lugar donde se encuentra otra habitualmente o el de la persona que quería apoderarse del dinero depositado en el tronco de la iglesia, o del que mete la mano en el bolsillo donde no había dinero.

**612.** — La imposibilidad por falta de medios de realización también puede ser absoluta o relativa.

a) Casos de imposibilidad absoluta: un individuo quiere matar a su hijo y éste sabiéndolo descarga el arma quitándole las balas, y cuando el padre va a hacer fuego sobre él no puede hacerlo: este es un caso sucedido en la jurisprudencia italiana.

b) Casos de imposibilidad relativa: se encarga a un anarquista que lleve a un teatro una bomba de explosión que debe estallar mediante determinado mecanismo que el individuo no sabe manejar: la imposibilidad es solamente relativa porque hubiera bastado la habilidad técnica necesaria para hacer funcionar el mecanismo para que la bomba hubiera explotado.

#### Punibilidad

**Sumario:** 613. Teoría de Garraud. — 614. Teoría de Manzini. — 615. Apreciación crítica. — 616. Código penal argentino. — 617. Proyecto italiano de 1921. — 618. Jurisprudencia francesa y alemana.

**613.** — Para obviar las dificultades que ofrece esta materia tan grave — tan es así que muchos códigos no han legislado sobre ella, que hay autores que la consideran como una parte de la tentativa corriente, otros que la separan totalmente de ella — se ha querido buscar el fundamento de la institución.

Garraud, estudiando la imposibilidad en el objeto o en los medios, ha establecido una distinción, hasta cierto punto clara, en la apreciación de los hechos.

Dice que hay dos clases de imposibilidad en la tentativa: imposibilidad de derecho e imposibilidad de hecho.

*Ejemplos de imposibilidad de derecho.* Una persona vive en una



casa en común con varias otras y entra de noche con el objeto de apoderarse de una cosa ajena perteneciente a un compañero, se equivoca y saca una cosa que le es propia: no comete ningún delito, hay allí una imposibilidad de derecho, puesto que nadie puede robar sobre sus propios bienes.

Un individuo manda a un tercero para que se apodere de ciertos títulos de un pariente que están en la caja de hierro; el individuo va, se apodera de ellos y una vez en su poder es sorprendido, denunciándose el hecho; pero posteriormente se comprueba que cuanto se cometió el hecho había fallecido la persona dueña de los títulos y que el autor de la sustracción era su heredero, quien venía a resultar dueño de las propias cosas que había robado.

Hay imposibilidad de derecho, dice Garraud, en el caso del aborto sin embarazo o en el caso de querer matar a quien es ya cadáver, o en el supuesto de una persona vinculada a la madre que quiere cometer el delito de infanticidio resultando después que el niño había nacido muerto.

*Ejemplos de imposibilidad de hecho.* Una persona quiere envenenar a otra, pide un veneno, el farmacéutico, dudando de la intención de la persona o por error le ha entregado una sustancia parecida no venenosa: aquí el delito era posible pero el medio empleado ha sido imposible.

Lo mismo que robar en el tronco de la iglesia o meter la mano en el bolsillo con el mismo objeto.

En el caso del envenenamiento la situación psicológica del individuo en presencia de la ley penal varía según que creyera de buena fe, en virtud de una ignorancia completa, que una persona pudiera ser envenenada con una sustancia no tóxica, o según que otro sustituyera el veneno empleado, o según que él pusiera el veneno y otra persona sin saberlo retirara el recipiente que lo contenía y colocara otro.

Sostiene Garraud que hay punición en la tentativa de delito imposible cuando media imposibilidad de hecho; no hay punición cuando medie imposibilidad de derecho. La teoría está pues perfectamente limitada y es indudablemente exacta en la mayor parte de sus elementos.

**614.** — La teoría italiana es un poco distinta porque el Código



Penal Italiano al definir la tentativa no lo hace como el nuestro que se limita a decir: el que con el fin de cometer un delito determinado *comienza su ejecución...*, sino que proceptúa el que comienza su ejecución *por medios idóneos*. Por eso toda la teoría italiana ha oscilado alrededor de la *idoneidad* de los medios empleados.

Manzini divide los medios de cometer la tentativa de un delito imposible en medios inidóneos e insuficientes.

Los medios son inidóneos cuando el agente mismo impide el hecho que está en su voluntad en razón del medio empleado; la naturaleza de ese medio empleado hace que el sujeto no pueda presentar al mundo exterior la realización de aquello que su voluntad ha querido. En consecuencia, la inidoneidad de los medios debe apreciarse, no en relación con un caso fortuito que sobrevenga, sino en relación con el modo como el agente determinó su acción.

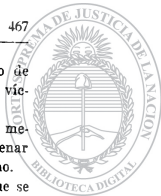
Manzini establece que puede haber error en el sujeto sobre la causalidad física del hecho, por ejemplo, querer cometer un delito valiéndose de ciertos sortilegios; y puede haber error o mediar caso fortuito en la elección del medio, como querer matar con un fusil descargado.

La inidoneidad de los medios puede ser inicial, sucesiva o posterior. Esta última se presenta a menudo. Así, por ejemplo, la extorsión con amenazas por medio de una carta diciéndole a una persona que deposite tal cantidad en tal parte, o el secuestro de criaturas para obtener el rescate. En estos casos es frecuente que la víctima de la extorsión o de las amenazas, vaya a la policía y denuncie el hecho; entonces la policía cuida el lugar donde las personas deben encontrarse, la presunta víctima entrega un sobre con papeles en blanco en lugar de dinero, interviene la policía y aprehende al delincuente. En todos esos supuestos, la defensa de los procesados alega que hay tentativa de un delito imposible; los tribunales han resuelto que existe sencillamente tentativa de delito.

La inidoneidad general de los medios, de acuerdo con la teoría de Manzini, hace que no sea punible la tentativa de delito imposible.

La insuficiencia de los medios es una cuestión distinta, que ya entraña un problema de grado. Según Manzini, la insuficiencia puede ser de calidad, de cantidad o de modo.

Insuficiencia de calidad: dar una sustancia por otra, emplear mala pólvora para realizar un disparo, hacer amenazas de cierto



carácter a personas no temerosas, emplear un ardid impropio de acuerdo con la naturaleza de la persona a quien se quiere hacer víctima del delito, etc.

**Insuficiencia de cantidad:** emplear una proporción mucho menor o bien mayor de la sustancia con la cual se quería envenenar a una persona, con lo cual desaparece la acción tóxica del veneno.

**Insuficiencia de modo:** en el fondo, es la impericia con que se procede.

**La insuficiencia de los medios hace punible la tentativa de delito imposible.**

**615.** — Es muy difícil ajustar a la realidad de los hechos la teoría de la tentativa de delito imposible de Manzini.

En el fondo, más que de los elementos que hemos señalado, todo depende de la teoría inicial. Si ella es objetiva, la tentativa de delito imposible no existe; la mayor parte de los códigos penales del mundo hace pocos años que están incluyendo, como lo hace el nuestro, la tentativa de delito imposible. Si la teoría inicial es subjetiva, existe la tentativa de delito imposible y con ella la apreciación y complejidad de la materia.

Esta teoría subjetiva nos dice que revela su peligrosidad el hombre que viola la norma penal del mismo modo que la revela quien hace todo lo posible para que esa violación se produzca y ello no acontezca por una causa ajena a su voluntad. Entonces la peligrosidad debe estar necesariamente en relación con esta cantidad de elementos que forman la doctrina de la tentativa.

**616.** — Nuestro Código, en el último apartado del art. 44, dice: “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

De modo que en este caso, nuestra ley ha aplicado el principio categórico de la peligrosidad. Por eso, la serie de nociones que hemos dado sumariamente acerca de la tentativa de delito imposible, reviste importancia singular en nuestra legislación.

Como vemos, nuestro Código acepta la teoría subjetiva en el concepto de la tentativa de delito imposible; pero en la punición de la misma, acepta la teoría objetiva.



**617.** — El proyecto italiano de 1921, en la parte final del art. 16, dice: “Cuando esté establecida una sanción diferente, o la ejecución del delito haya sido ineficaz por la impropiedad de los medios empleados o por la imposibilidad del fin, se aplican las disposiciones del artículo 76”. Y el art. 76, colocado en el capítulo de la aplicación judicial de las sanciones, dispone la forma y grado en que éstas se aplicarán según el número de circunstancias de menor peligrosidad que concurrieren.

**618.** — La jurisprudencia francesa, por razones de técnica, se ha inclinado en gran parte a la teoría de Garraud (<sup>1</sup>); la doctrina y jurisprudencia italianas, en razón de la terminología empleada por el Código Penal de su país, se inclinan a la solución señalada por Manzini; la teoría alemana se ha basado en el concepto subjetivo y es la que ha llevado, como lo reconoce Dalloz al referirse a la influencia de la jurisprudencia alemana sobre esta materia, a hablar de la tentativa de delito imposible.

La jurisprudencia alemana, basada en un punto de vista subjetivo, que caracterizó siempre a los criminalistas alemanes en esta cuestión, es la que está elaborando hoy día la teoría de la punición de la tentativa de delito imposible.

---

(<sup>1</sup>) Como la influencia de Garraud es muy grande en Francia, porque es el tratadista que orienta la doctrina penal de su país desde hace muchos años, la jurisprudencia francesa, de acuerdo con la evolución de Garraud, va aceptando paulatinamente la teoría subjetiva en materia de tentativa.



## **PARTICIPACION CRIMINAL**

### **SUMARIO**

- I. **Nociones generales.** Exposición. Problemas diversos.
- II. **Complots y bandas.** Concepto.
- III. **Autores principales.** Concepto.
- IV. **Situaciones diversas.** Enumeración.
- V. **Complicidad.** Principios generales.

### **I. — Nociones generales**

#### **EXPOSICION**

**Sumario:** 619. Concepto. — 620. Importancia. — 621. Clases. — 622. Elementos.

**619. —** La participación criminal supone la acción de varias personas en un hecho delictuoso.

Esa acción debe revestir ciertas condiciones para que sea punible, porque no todas las formas de cometer un delito en el cual intervienen varias personas forma parte de la llamada participación





criminal, pues hay delitos colectivos en los que no media participación.

**620.** — La pluralidad de delinquentes en un solo delito o en varios relacionados entre sí, es un hecho que siempre ha existido, pero que en los tiempos modernos reviste caracteres especiales, aunque no extraordinarios, por cuanto acompañan las manifestaciones de vida de la sociedad en otros de sus aspectos. Hoy día la asociación, sea en el comercio, sea en la industria, sea en cualquiera de las actividades lícitas del hombre, es un hecho evidente; lo es también en el delito.

**621.** — Legalmente puede hablarse de dos clases de participación criminal, aunque ningún código las mencione. Hay delitos que no pueden cometerse sino por un número determinado de personas, por lo menos dos, como sucede en el adulterio, en el cohecho, etc. En los demás delitos, esta participación es facultativa, pueden cometerse por una o por varias personas.

**622.** — Dos son los elementos que determinan la participación criminal: la *voluntad* y la *acción*, cuyo concurso es necesario para que aquella exista.

No es menester, sin embargo, que este concurso de voluntad y de acción tenga lugar contribuyendo cada uno de los partícipes por partes iguales, pues la intervención de cada uno en el hecho delictuoso puede ser distinta.

#### PROBLEMAS DIVERSOS

**Sumario:** 623. Límites y extensión de la participación punible. — 624. Penalidad entre los copartícipes. — 625. Punibilidad de la participación criminal sin delito.

**623.** — La participación criminal, en lo referente a su penalidad, plantea varios problemas, todos ellos con formas y caracteres interesantes.

El primero consiste en determinar cuáles son los *límites y la extensión de la participación punible*. En la participación puede ha-



ber el que instiga el delito, el que decide a otro a cometerlo por alguna razón, el que lo ejecuta materialmente, el que presta una ayuda sin la cual el delito no podría cometerse, el que presta una ayuda que ya no es de carácter tan esencial, etc.

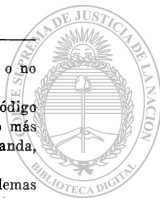
Determinar los límites y extensión de la participación punible es un gravísimo problema para el derecho penal, en el cual difieren todas las legislaciones.

**624.** — El segundo problema importante es determinar *cómo se reparte la penalidad entre los distintos partícipes*. Para algunos Códigos, como el francés y el argentino derogado, la misma pena podía aplicarse al autor principal y al cómplice; para el Código argentino actual, y para la mayoría de los códigos penales, la penalidad es distinta, siendo menor para el cómplice que para el autor principal.

Los que sustentan la primera tesis arguyen que en todos los que han concurrido al delito media la voluntad de que se realice, siendo el conjunto de esas voluntades, resumidas en un acto, lo que se llama delito; este delito no hubiera existido solamente con el autor principal; era menester la existencia del cómplice, elemento integrante, que aseguraba la consumación e impunidad del delito. En una sociedad mercantil cualquiera, el aporte de los socios no es igual, y sin embargo es la voluntad de todos ellos la que tiene como consecuencia definitiva la sociedad; del mismo modo, en la participación criminal, la consecuencia definitiva de ese conjunto de voluntades es el delito. ¿Qué importa a la ley si la participación del uno fué muy grave y la del otro muy leve, desde el momento que hay algo fundamental, la concurrencia de todos ellos en el delito?

Más todavía; en concepto de algunos autores, los actos criminales en que entra la participación deberían ser reprimidos con una pena bastante más grave, por cuanto es indudable — dicen — que lo que han buscado estas personas con la unión de sus esfuerzos es una mayor seguridad en la comisión del delito y una mayor impunidad después.

**625.** — El tercer problema a considerar es *determinar si la participación criminal, aun sin delito, es punible; si por el solo hecho*



de urdir la trama criminal o de estar en ella, se ha cometido o no un delito.

Las opiniones han sido diversas. El art. 210 de nuestro Código resuelve en parte la cuestión estableciendo que cuando tres o más personas se asocian para cometer delitos, constituyen una banda, siendo punible el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Dentro de estos tres problemas generales, giran los problemas particulares de la participación. Cada una de estas tres situaciones determinan, a su vez, las soluciones de las cuestiones posteriores, si bien en cada una intervienen diversos elementos.

## II. — Complots y bandas

### CONCEPTO

Sumario: 626. Exposición.

**626.** — El Código Penal actual no legisla sino lo referente a la participación criminal en general. El Código anterior conocía dos formas especiales de participación: el complot y la banda.

Del complot decía el Código antiguo en su art. 25: “Si dos o más individuos resuelven cometer un delito y se obligan, bajo promesa de auxilio recíproco, a ejecutarlo conjuntamente, esta asociación constituye un complot, y cada uno de los partícipes que antes, durante o después de la ejecución, se haya mostrado en actitud de cooperar o haya mantenido a sus compañeros en la convicción de que podían contar con su auxilio, será también considerado, después de la consumación, autor principal del delito” <sup>(1)</sup>.

En cuanto a la banda, disponía el art. 30: “Si dos o más individuos resuelven verificar conjuntamente delitos indeterminados, esta asociación constituye banda, y serán considerados autores en

<sup>(1)</sup> Este Código empleaba la palabra *complot*, que proviene del Código Penal francés de 1810, que lo definía como la organización de voluntades con propósitos políticos, que es el significado usual.

todos los hechos que la banda cometa, salvo la prueba en contrario de la no participación en el hecho o hechos determinados”.

Estas dos formas especiales de la participación no existen hoy en nuestro Código Penal.



### III. — Autores principales

#### CONCEPTO

Sumario: 627. Exposición.

**627.** — El Código Penal derogado trataba la materia de la participación criminal en diversos títulos, referentes a los autores principales, a los cómplices y a los encubridores.

Consideraba autores principales en su art. 21:

1º El que ejecuta el delito directamente por su propia acción.  
2º El que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación del delito, un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no habría podido tener lugar.

3º El que con voluntad criminal determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejos, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física o moral; o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmándolo en el que se hallaba.

El Código actual ha reunido la materia en un solo título, llamado de la participación criminal; ha querido huir también de las definiciones y ha suprimido las enumeraciones casuistas.

El art. 45 dice: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

La disposición contempla el caso de los llamados, en la terminología general del derecho, autores principales e instigadores.



Para el Código es lo mismo dar una puñalada o un tiro que facilitar el medio sin el cual el delito no habría podido cometerse; todos los autores principales tienen la misma pena.

Esta materia debió haber merecido una atención más grande de parte del legislador, puesto que la criminalidad moderna, como carácter esencial, tiende cada vez más a la participación; hay vastas asociaciones criminales, de carácter nacional e internacional, como la trata de blancas, falsificación de letras o documentos, etc., que hacen que deba considerarse el problema de la participación en forma superior a la actual.

#### IV. — Situaciones diversas

##### ENUMERACION

Sumario: 628. Análisis de Carrara.

628. — Vamos a enumerar diversos casos de participación, para que de su presentación resulten la ley aplicable o la solución actual.

Veamos primero la división que ha hecho Carrara, en su admirable estudio sobre la complicidad.

Carrara divide a la complicidad en dos grandes grupos: 1º concurso de acción sin concurso de voluntad; 2º concurso de voluntad sin concurso de acción <sup>(2)</sup>.

---

(2) La materia de la participación criminal es vastísima. El minucioso estudio de Carrara, del que hacemos aquí una brevísima síntesis, alcanza en la obra del gran autor clásico un extenso desarrollo, con una profusa enumeración de casos y soluciones doctrinarias diferentes para cada uno de ellos.



## 1.º Concurso de acción sin concurso de voluntad

**Sumario:** 629. Intención inocentemente distinta. — 630. Intención criminosamente distinta. — 631. Intención negativamente indirecta. — 632. Intención imperfecta.

**629. — Primer caso: intención inocentemente distinta.** Supone este ejemplo: Cayo presta un fusil a Ticio para que vaya a cazar; Ticio, con ese fusil, mata a Sempronio.

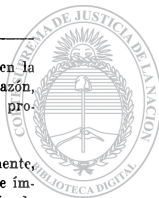
Ahí existe indiscutiblemente un concurso de acción, pero la intención del que prestó el fusil era *inocentemente distinta* del hecho cometido.

**630. — Segundo caso: intención criminosamente distinta.** Cayo ha puesto la escalera para que Ticio entre en una casa a robar; Ticio solicitaba la ayuda de Cayo no para entrar a robar (ese era el pretexto), sino para vengarse de Sempronio; por medio de esa escalera, sin la cual no hubiera podido entrar, penetra en la casa y mata a Sempronio.

Aquí hay ya una participación criminal, pero *criminosamente distinta*, porque Cayo buscaba un propósito delictuoso; en tal supuesto Cayo no sería responsable como cómplice en el homicidio producido, sino como autor de tentativa de robo, delito que él quiso que se cometiera y para el cual contribuyó con todos los medios posibles.

**631. — Tercer caso: intención negativamente indirecta.** Entramos casi en el dominio de la culpa; por eso los supuestos son de difícil apreciación. Cayo vuelve de la caza y entra en un café cualquiera con el fusil cargado; Ticio se acerca, se pone a jugar con el fusil, arma el cargador y lo deja; llega Sempronio, ignora que el fusil está cargado, toma el arma, amenaza a un grupo de personas, hace funcionar el gatillo, suena el tiro y muere una de ellas.

Ha habido un concurso de acción: sin Cayo que dejó el fusil, sin Ticio que lo armó, el tiro salido por acción de Sempronio no hubiera existido; pero al mismo tiempo aquí no hay delito intencional; la intención tiene que aparecer en los tres que intervinieron en el delito; aparece solamente un delito de culpa: Sempronio es res-



ponsable como autor de un delito culposo. ¿Hay complicidad en la culpa en los otros dos? Carrara resuelve la cuestión, y con razón, diciendo que no hay participación en la culpa, sino una culpa propia, y, como tal, reprimible.

**632.** — *Cuarto caso: intención imperfecta.* Sucede únicamente, en la enumeración de Carrara, en los delitos en que hay dolo de impetu, es decir, los que llamaríamos repentinos, en que la acción de una causa interna determina el hecho culposo. Cayo tiene un fusil en la mano en el momento en que empieza a pelear con Ticio, y entonces entrega su fusil a una tercera persona para que el arma no le incomode; el otro aprovecha el fusil para vengarse de una enemistad que tiene con Ticio, le dispara un tiro y lo mata.

Hay concurso de acción, no de voluntad. Aquí no hay la más mínima responsabilidad para Ticio, no existe en absoluto participación criminal.

#### 2º Concurso de voluntad sin concurso de acción

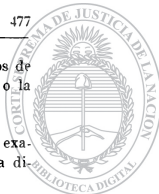
Sumario: 633. Instigación. — 634. Hipótesis diversas.

**633.** — Esta forma de participación criminal tiene lugar en los llamados delitos por instigación.

La instigación puede producirse por las mil maneras que la vida enseña; por mandato, por precio, por recompensa, por temor, por promesa, por orden, por fuerza irresistible, etc.

Una persona, (que se llama *instigador* según unos, y *autor intelectual* según otros), determina a una segunda persona para que vaya a cometer el delito que ella no quiere cometer.

Esta instigación plantea difíciles problemas penales. Para muchos es más grave la situación del instigador que la del instigado, es más perversa la acción de aquél que la de éste; para otros es exactamente igual ante la ley penal; para otros es menos grave la acción del instigador que la del instigado. Todo depende del punto de vista material y moral en que nos coloquemos. Pero es indudable que sin el instigador la mayor parte de esta clase de delitos no existiría.



¿Cuál es más grave, la situación de quien busca los medios de deshacerse de otro sin intervenir materialmente en el crimen, o la de quien vende su mano al mejor postor para realizarlo?

**634.** — Los casos que se plantean dentro de la hipótesis que examinamos son numerosos. Nos referiremos por vía de ejemplo a diversas situaciones contempladas en el Código anterior.

*Caso del art. 22 del Código Penal derogado.* Cayo instiga a Ticio para cometer un delito de robo; Ticio, al ir a cometerlo, se ve obligado a matar. El instigador Cayo responderá también de este homicidio (\*).

*Caso del mismo art. 22.* Cayo instiga a Ticio a robar; Ticio al huir, se ve obligado a violar el domicilio de al lado. Cayo responde de la violación de domicilio. En primer lugar, porque ese delito fué cometido para poder huir; en segundo lugar, por la razón sencilla de que Cayo no le había prohibido a Ticio que usara ese medio; si el instigador hubiera hecho *reserva* de ese hecho (para emplear la palabra del Código antiguo), no respondería.

*Caso del art. 23.* Cayo instiga a Ticio a robar. Ticio entra en la casa y en vez de robar viola una menor de 12 años. El instigador, Cayo, responde solamente del delito de tentativa de robo (\*).

*Caso del art. 24.* Cayo instiga a Ticio para que mate a Sempronio de un tiro. Ticio, en vez de matar a Sempronio de un tiro como le había sido ordenado, lo mata con alevosía, cometiendo así un homicidio calificado. ¿De qué responde el instigador Cayo, del

---

(\*) Art. 22: "El autor principal por orden, comisión, etc., no responderá sólo del hecho especial que hubiese tenido en vista, sino también:

1º De todo delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se viese forzado a cometer para ejecutar el delito que se le había encargado, aconsejado, etc.

2º De todo delito que resulte como consecuencia del hecho ordenado, aconsejado, etc., y que se imputaría al mandante o instigador, si él mismo hubiese ejecutado el delito".

(\*) Art. 23: "Si el autor material hubiese ejecutado otro delito, que ninguna relación tuviese como medio, ni como resultado, con el delito sugerido, ordenado, etc., el mandante o cualquier otro autor mediato, será castigado según las disposiciones de la ley, contra la tentativa del delito ordenado, aconsejado, etc., y no ejecutado".



homicidio simple que mandó cometer o del homicidio calificado que cometió Ticio? Responde solamente por el primero (\*).



## V. — Complicidad

### PRINCIPIOS GENERALES

**Sumario:** 635. Criterio legal. — 636. Relaciones, circunstancias y calidades personales. — 637. Criterio científico. — 638. Delitos cometidos por la prensa.

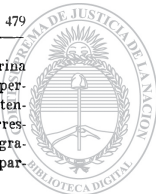
**635.** — El art. 46 del Código Penal se refiere a los cómplices, y dice, sin nombrarlos: “Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuída de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años”.

Aquí tenemos un caso en que es la voluntad la que determina la existencia del delito. Una persona oculta a otra después de haber cometido un delito: si hay un acuerdo previo de voluntades en ese ocultamiento, hay complicidad; si no lo hay, existe encubrimiento.

El art. 47 plantea la cuestión general: “Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa”.

---

(\*) Art. 24: “Si el autor principal mediato prescribe al autor material el modo de ejecución del delito, y éste, excediéndose de los límites prescriptos, lo consuma con circunstancias agravantes, el autor mediano no será responsable más que del delito ordenado y no cometido”.



**636.**— El art. 48 plantea un caso difícilísimo en la doctrina y en la ley. Dice: “Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe”.

Dos personas van a cometer un delito: las dos tienen la pena del delito; pero para una de ellas puede haber circunstancias calificativas. Supongamos que una persona presta a un hijo un arma sin la cual no podría cometer el parricidio: para el hijo, el homicidio es calificado; para el auxiliador, tan autor principal como él, el delito es homicidio simple. No existe *comunicabilidad* (como dicen los autores italianos) entre las condiciones personales del uno y del otro, cada uno responde por sus condiciones personales.

Esta cuestión ha sido extensamente debatida en la doctrina. Se ha sostenido por muchos autores, y con muy buenos argumentos, que este auxiliador del hijo también debiera ser responsable del delito de parricidio. Sin embargo, esta solución no es la más lógica; si la ley reprime con mayor pena el parricidio, lo hace en función del vínculo afectivo que une a las dos personas; siendo indudable que es más grave la peligrosidad de quien rompe ese vínculo afectivo que la del tercero que no tiene por qué considerar en abstracto que el hijo no debe matar al padre; para ese tercero, ese hombre víctima del delito es igual a todos, mientras que para el hijo no es igual a todos: es su padre.

**637.**— El Código Penal actual, indiscutiblemente, ha simplificado mucho esta materia, pero en la división de los autores principales y cómplices no ha respondido a los principios modernos sobre participación.

El cómplice tiene la pena del autor principal disminuída de un tercio a la mitad. Ello es no querer ver que en la mayor parte de los casos de participación criminal, aunque la parte que tome el cómplice sea menos importante que la del autor principal, aquél puede decidirlo a éste. Hay muchos individuos que organizan directamente la comisión de hechos delictuosos, especialmente los cometidos por profesionales conocedores de la situación penal contem-

plada por el Código, y entonces instigan a otro, lo van llevando a la comisión del delito, mientras ellos desempeñan el papel de simples auxiliares.

Por otra parte, muchos hombres no serían capaces de cometer un hecho delictuoso en caso de no tener las espaldas cubiertas por la vigilancia que les presta la acción pasiva del cómplice.

Y después, ¿quién puede decirnos qué acción es más importante en estos casos, la del que pega la puñalada, la del que lo instigó, la del que lo ayudó, la del que le prestó el arma, la del que decidió al de voluntad vacilante? ¿Cómo poder estar graduando y midiendo la importancia de esas acciones? ¿Por qué estar haciendo, como en la tentativa, esta aritmética penal, rebajando las penas de un tercio a la mitad? ¿Por qué no ha dicho el Código nuevo, como decía el antiguo, estableciendo una regla más elástica: el cómplice será castigado con la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado, no pudiendo aplicársele el máximo?

**638.**— El art. 49 prescribe: ‘No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta’.

Por mala redacción del Código anterior, aparecían complicados en el delito de injurias todos los que las propagaban por la prensa, aún el tipógrafo que muchas veces escribe casi inconscientemente, con esa pasividad que pone el hombre cuando desempeña un oficio manual. La redacción actual tiende a impedir esos resultados.





## CAPITULO XXI

## UNIDAD Y PLURALIDAD DE INFRACCIONES (\*)

## SUMARIO

- I. Concurso de delitos. Concepto. Formas.
- II. Delito continuado. Generalidades. Elementos. Penalidad. Legislación.

## I. — Concurso de delitos

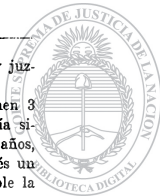
## CONCEPTO

Sumario: 639. Dificultades. — 640. Noción.

**639.** — La materia del concurso de delitos presenta serias dificultades en la manera de concebirla o de apreciarla.

(\*) Esta materia ha sido tratada en general en el tomo II, N° 83 a 103, adonde nos remitimos; en el presente tomo N° 553 consideramos la reiteración en el proyecto argentino de estado peligroso de 1926.

Trataremos ahora solamente los puntos especiales del concurso de delitos y del delito continuado.



Un hombre ha cometido delitos diferentes, es aprehendido y juzgado por todos ellos, ¿qué pena se le aplica?

Un delincuente comete un delito por el que se le imponen 3 años de prisión, cumple la condena y sale en libertad; al día siguiente comete un nuevo delito que merece una pena de 2 años, cumple la condena y sale de nuevo en libertad; comete después un delito que merece 10 años de prisión, es aprehendido y cumple la condena: ha cumplido 15 años de pena en tres épocas diversas por tres hechos diferentes, porque cada condena se produjo estando ya cumplida la anterior.

Ese delincuente, autor de esos tres delitos, no ha cumplido esas condenas por haber fugado, por ejemplo; cometido el tercer delito, aprehendido y juzgado, el juez debe considerar los tres delitos cometidos. ¿Qué pena debe aplicársele?

Un criado hurta todos los días a su patrón unos centavos. ¿Comete tantos delitos como extracciones de centavos haga o se trata de un solo delito que reviste formas diversas en el tiempo?

Un falsificador de moneda falsifica en diferentes épocas sucesivas pequeñas cantidades de moneda, que va después utilizando. ¿Hay tantos delitos como actos ejecutados o hay un solo delito?

**640.** — El art. 176 del código de Tejedor definía la reiteración diciendo: “Hay reiteración cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor, dos o varios crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en un solo proceso, y por el mismo tribunal”.

Abstracción de algunos términos impropios de la ley penal, el artículo mencionado nos da un concepto claro de la materia: reunión en un mismo individuo de varios hechos criminales que deben ser juzgados en un solo proceso y por el mismo tribunal.

Si los hechos hubieran sido juzgados ya y el individuo hubiese tenido las correspondientes condenas, existiría reincidencia y no concurso de delitos <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> *Supra*, N° 522.

**FORMAS****Concurso ideal**

**Sumario:** 641. Concepto. — 642. Penalidad.

**641.** — Existen dos formas de concurso de delitos, previstas en nuestro Código Penal en sus arts. 54 y sigts.

Una es la llamada concurso formal, ideal, aparente, o delito complejo, constituido por la acción única de una persona que viola varias normas penales. Tal el caso de un individuo que entra en una casa con el objeto de realizar un delito determinado y que resulta cometiendo dos delitos: la violación de domicilio y el hecho delictuoso que tuvo en vista ejecutar. Otro caso es el contemplado por el art. 296 que reprime al que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, como si fuere autor de la falsedad: de modo que si suponemos el caso de una persona que utilizando un documento falsificado por otra, realizare un delito de estafa, esa persona, con una sola acción habría cometido dos delitos: el de falsificación de documento por medio del uso y el de estafa.

En el concurso formal o ideal de delitos hay un doble juego de situaciones: un delito que es el medio para cometer otro, es decir, existe un delito *medio* y un delito *fin*, unidos por una relación de dependencia, formando un todo entre ambos.

Es indudable que el delincuente al cometer, por ejemplo, el delito de hurto dentro de la casa, no ha pensado mayormente en la violación de domicilio que cometía también; pero como él ha violado dos normas penales, la ley ha tenido que considerar esa hipótesis, con lo que han aparecido diversas soluciones doctrinarias.

**642.** — Dos teorías existen, en general, en materia de penalidad. Una es la teoría de la prevalencia, que consagra el art. 54 de nuestro Código Penal: “Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”. Se ha entrado en una casa para cometer un delito de lesiones leves, que tiene como máximo un año de prisión; la violación de domicilio tiene mayor pena: se aplicará la pena de este delito mayor.



La otra teoría sostiene, con Impallomeni <sup>(2)</sup>, que es necesario basarse en el fin perseguido por el agente: cuando varios han sido los fines inmediatos perseguidos por el delincuente, hay pluralidad de delitos y, por ende, pluralidad de lesiones jurídicas; cuando el hecho es el resultado de una sola intención criminal, hay un solo delito aunque haya pluralidad de lesiones jurídicas.

#### Concurso real

**Sumario:** 643. Concepto. — 644. Penalidad. — 645 a 648. La cuestión en nuestro Código Penal. Crítica.

**643.** — La otra forma es la llamada concurso material, o real, o verdadero: existe cuando se cometen, con varias acciones distintas, varios hechos delictuosos; no es el caso de los delitos conexos, sino completamente independientes entre sí.

**644.** — ¿Cómo se reprime este concurso material? De la manera más diversa. Hay tres sistemas generalmente considerados en doctrina.

a) El primero es el viejo y clásico. Se considera cada delito aisladamente, se aplica su pena y se suma, con lo que resultaban las viejas penas de 80 a 100 años de prisión aplicadas a un individuo como resultante de la cantidad de delitos por los cuales se le juzgaba.

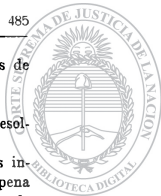
El sistema tiene gravísimos inconvenientes. La acumulación puede llevar a la pena perpetua en el caso de penas corporales, o a la confiscación de bienes en el caso de penas pecuniarias.

b) El segundo sistema dice: la pena del delito más grave absorbe a las demás. Se le ha objetado que sólo reprime el delito más grave y segura, para los otros, la impunidad.

c) El tercer sistema establece: debe aplicarse una pena más grave que la que se fija para el hecho normalmente más grave, pero poniéndose un máximo infranqueable.

---

(2) *Istituzioni*, pág. 442.



La objeción fundamental radica en que cuando hay penas de diferente naturaleza, ellas no pueden sumarse.

**645.** — Nuestro Código tiene dos criterios distintos para resolver la cuestión.

El art. 55 prescribe: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como *mínimum*, el *mínimum* de la pena mayor y como *máximum*, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del *máximum* legal de la especie de pena de que se trate”.

Este es otro de los frecuentes casos en que nuestro Código ha olvidado la solución definitiva de un asunto. Nos habla del *máximum legal de la especie de pena de que se trate*, siendo que en su texto no hay *máximos* legales. Cuando el proyecto de 1917 pasó al Senado, la Comisión de Códigos del Senado quiso remediar esta situación fijando límites legales a las penas, diciendo que la reclusión tiene un *mínimum* de un año y un *máximum* de veinticinco años y la prisión un *mínimum* de cuatro días y un *máximum* de veinticinco años; pero al volver el proyecto a la Cámara de Diputados, a pesar de que era evidente la necesidad de sancionar esos límites legales, no se quiso aceptar el agregado del Senado.

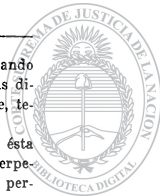
La jurisprudencia ha resuelto que el *máximum* de la pena a aplicar en este caso por varios delitos no es el *máximum* de la pena a aplicar al delito (6 años, por ejemplo, en caso de defraudación, al autor de veinte defraudaciones), sino la cantidad de 25 años, tomando como principio que la pena temporal más grave que tiene nuestro Código es la de 25 años; la Cámara del Crimen no lo ha resuelto expresamente, sino que ha aplicado en diferentes ocasiones penalidades de 8 a de 10 años por delitos cuyo *máximum* es de 6.

Lo ha resuelto expresamente, en cambio, de modo expreso en materia de multas <sup>(3)</sup>, estableciendo que la pena de multa no tiene en el Código Penal *máximo* legal alguno; en consecuencia no es aplicable la última parte del art. 55.

---

<sup>(3)</sup> *Jurisprudencia Argentina*, tomo 16, pág. 826.





**646.** — El art. 56 sustenta otro criterio diverso. Dice: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

“Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua.

“La inhabilitación se aplicará siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1º.”

Nuestro Código ha querido decir una cosa, y en la realidad ha ido a significar otra, a nuestro juicio. La mayor parte de los delitos, en nuestra ley, tienen prisión solamente; algunos tienen prisión y reclusión; ninguno tiene solamente reclusión. De manera que cuando el juez condena a un individuo por dos o más hechos, sería ilógico pensar que va a aplicar en uno la pena de prisión y en otro la de reclusión, desde el momento que las penas se aplican de acuerdo con la naturaleza del sujeto y no del hecho delictuoso, y como la naturaleza del sujeto no varía, es elemental que el juez aplicará prisión o reclusión. En consecuencia, el Código no realiza el objeto fundamental; que es hacer jugar entre sí a estas dos penas, y solamente se refiere a la pena de prisión combinada con la de multa o con la de inhabilitación.

**647.** — El art. 57 determina: “A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5”.

No necesitaba el Código haber empleado todo un artículo para decir algo evidentemente lógico que fluye de la misma estructura de la ley: reclusión es más grave que prisión; prisión es más grave que multa; multa es más grave que inhabilitación.

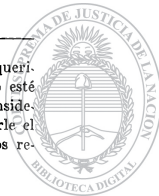
**648.** — El art. 58 trae una solución que ha dado origen a muchas dificultades prácticas en los tribunales. Expresa: “Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuan-



do se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

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

Vamos a citar un solo caso para que se adviertan con más claridad las dificultades de comprensión que ofrece este artículo. Hace poco se condenó por uno de los jueces de primera instancia en la Capital Federal a un delincuente que tenía el número de condenas necesario para ir a Ushuaia; se lo condenó a la pena de reclusión, agregándole a las cuatro condenas anteriores que tenía, una nueva, la quinta; la causa va en apelación a la Cámara, que confirma la sentencia; vuelve otra vez al juzgado de primera instancia, el cual da cumplimiento a la sentencia y manda al penado a la Penitenciaría con el oficio correspondiente; la Penitenciaría lo manda a Ushuaia. Entonces se presenta el defensor del procesado y le dice al juez que cuando condenó por tercera vez a ese delincuente no tuvo en cuenta que se estaban tramitando otros dos procesos que él tenía pendientes ante diferentes jueces, y que debió dictar una sentencia única, de acuerdo con el art. 58 que examinamos, conforme lo solicitaba en la presentación. El juez manda traer el expediente; se produce un caso de apelación; va el expediente a la Cámara; la sala primera dice: corresponde dictar sentencia única de acuerdo con el texto del art. 58; vuelve el expediente al juez, que aplica el art. 58, del que resultaba la inaplicabilidad del art. 52, porque el delincuente no tenía cinco condenas anteriores sin-  
tres; dejó, pues, sin efecto su sentencia anterior y también, en consecuencia, la sentencia anterior de la Cámara y las otras dos sentencias de los jueces anteriores; el fiscal apela y el asunto va a la Cámara, y ésta le anula al juez la sentencia porque ese juez no ha podido dejar sin efecto, como juez de primera instancia, una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada dictada por un tribunal superior, ni ha podido anular tampoco dos sentencias de jueces de igual grado, que tenía también el carácter de definitivas. Pero el juez había cumplido al pie de la letra el art. 58.



Son las consecuencias de la mala técnica. El Código ha querido que haya una sola norma penal, para que el individuo no esté cumpliendo tres prescripciones distintas; por eso hay que considerar al art. 58 nada más que como una forma procesal, sin darle el carácter que pretendió asignarle la sentencia a que nos hemos referido.

## II. — Delito continuado

### GENERALIDADES

**Sumario:** 649. Antecedentes. — 650. Elaboración doctrinaria. — 651. Complejidad.

**649.** — Dentro del art. 55 aparece planteada una cuestión que nuestro Código no resuelve, que es la teoría del delito continuado (\*).

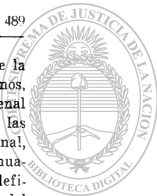
Sabemos que la teoría del delito continuado nació en la edad media, para impedir la enormidad que sancionaban las leyes vigentes, al condenar a la pena de muerte al que cometía tres hurtos; se estableció, entonces, que en ciertos casos no había tres hurtos, sino un solo delito cometido con una sola intención criminal.

La falta de nociones precisas en la edad media respecto del delito continuado, hizo que se aceptara esto como una ficción, y así ha llegado hasta nuestros tiempos, aunque con la protesta de algunos tratadistas, como Alimena, que sostiene que no se trata de una ficción jurídica sino de una realidad y que el delito continuado es exactamente como esos animales celulares inferiores que bien pueden cortarse en varias partes cada una de las cuales constituye una unidad orgánica.

**650.** — Los autores italianos son los que más a fondo han elaborado la teoría del delito continuado. Ello se explica, en primer

---

(\*) Véase lo expuesto en el tomo II, N° 95 y sigts.



lugar porque nació esta concepción en los prácticos italianos de la edad media; en segundo lugar, porque los viejos códigos italianos, como el sardo y en la discusión referente al actual Código Penal italiano, que duró muchísimo tiempo y en la que intervinieron las autoridades más grandes de Italia en materia de derecho penal, aceptaron y elaboraron íntegramente la teoría del delito continuado; y finalmente, porque el delito continuado, en una de las definiciones más claras que existen, está comprendido en el art. 79 del Código Penal italiano, lo que obliga a todos sus tratadistas a considerarlo.

Los demás países del mundo, sin tener la institución, juzgan constantemente delitos continuados y según las opiniones interpretativas de sus tribunales de justicia, admiten o no esta figura jurídica.

**651.** — La materia es difícil en todo sentido. Se ha llamado al delito continuado, la *cuestión sutilísima por excelencia*.

Geyer, tratadista alemán, dice que el delito continuado es una cruz que los tratadistas cargan sin necesidad sobre sus espaldas, porque la cuestión puede resolverse desde otros puntos de vista.

Mittermaier, viejo autor siempre citado, dice con razón: "A todo legislador será difícil designar con una regla legal el concepto del delito continuado de manera tan precisa que en su aplicación a los casos particulares no surjan dificultades".

Se ha observado igualmente que para hacer todavía mayor la anomalía en este delito, se lo llama continuado, cuando su carácter precisamente es el de ser discontinuo.

Hasta la misma terminología varía de autor a autor. El doctor Rodolfo Moreno llama al adulterio delito continuado, lo que no cabe ni siquiera dentro de la noción más extrema del delito continuado. En los autores franceses la terminología es completamente distinta a la de los autores italianos. Garraud llama delito continuo al que nosotros llamamos permanente y colectivo al que los italianos llaman continuado. Lo mismo hace Prins.

## ELEMENTOS

**Sumario:** 652. a) Unidad de la resolución criminal; b) violación de una idéntica norma penal; c) pluralidad de acciones. — 653. ¿Es menester la unidad del sujeto pasivo?



**652.** — Son tres los elementos del delito continuado.

a) *Unidad de la resolución criminal.* Es el elemento principal. Veamos un ejemplo. Un hombre comete un delito de hurto; al rato comete otro; luego comete otro. ¿Este es un delito continuado? No. Son tres delitos totalmente distintos los realizados por ese sujeto; no están unidos por ningún vínculo de resolución, el uno no tiene ninguna relación con el otro. Para que haya delito continuado, para que la resolución pueda manifestarse con claridad, debe deliberarse en el individuo antes de cometerse el delito; es la situación del delincuente en relación con la cosa o con el derecho violado lo que determina que este delito se cometa en varios momentos; debe haber en él una *unidad-conciencia de delito*, como dice Pessina, esto es, que no haya en la mente del delincuente tantos delitos como actos, sino una sola conciencia, una resolución preestablecida a la que corresponda una única lesión jurídica realizada con acciones diferentes.

En consecuencia, no es el caso citado, ni el de una banda de malhechores que asalta en los caminos; ésta tiene como propósito matar, robar, etc., pero cada vez que se presenta una nueva persona para ser asaltada, tiene que renacer el propósito delictuoso en cada uno de los componentes; ese propósito delictuoso es distinto, ya que el segundo asaltado, por ejemplo, no había estado en la mente de ellos, que ignoraban que podía pasar.

El ejemplo típico en esta materia es el del cajero de una casa de comercio que desea apoderarse de una determinada cantidad de dinero, 50 mil pesos; hoy saca cinco mil, mañana diez mil, pasado veinte mil, y así hasta completar la suma que previamente ha establecido en su conciencia.

Toda la dificultad, pues, de esta figura jurídica consiste en determinar cuál es la resolución preestablecida. Ha habido infinidad de criterios; la materia es espinosa en todo sentido. A nuestro juicio, el criterio más claro y correcto es el siguiente: si el delin-



cuenta, realizado el primer hecho, no cumplió todo el propósito que tuvo en vista cuando decidió el delito y necesita realizar otros hechos para dar fin a aquel propósito inicial que él mantenía inalterable en la mente y no agrega como cosa nueva más que la voluntad necesaria para cometer el segundo, tercero o cuarto hecho, entonces se tiene la unidad de resolución.

Ello significa que esta unidad de resolución debe existir en el ánimo del sujeto antes de cada nueva realización del hecho. Veamos un caso. Un hombre que maneja dineros de una casa comercial, se apodera el sábado de una determinada cantidad para ir a jugarla al día siguiente en las carreras; pierde; el sábado siguiente vuelve a sacar dinero; el otro sábado lo mismo: aquí no existe en absoluto delito continuado; pues la realización de cada hecho ha derivado en él de una nueva necesidad, en cada hecho ha debido plantearse nuevamente la situación del hurto o de la defraudación. Es completamente distinta a la situación del cajero que quiere sacar una determinada cantidad de dinero. La diferencia es sutil, pero existe.

b) Violación de una idéntica norma penal. En esto coinciden casi todas las doctrinas.

c) Pluralidad de acciones. El criterio en materia de acciones en el delito continuado es el de la discontinuidad de las mismas, en oposición a la continuidad que caracteriza al delito permanente.

**653.** — Surgen varias cuestiones interesantes relativas al delito continuado. ¿Es menester que haya unidad del sujeto pasivo?

Lo sostiene afirmativamente una primera teoría, sustentada por Lucchini y varios otros autores italianos y alemanes.

Una segunda teoría dice que no es necesaria la unidad del sujeto pasivo, pues el delito puede cometerse contra diferentes personas, ya que ellas pueden estar en la idea preestablecida del individuo.

Una tercera teoría requiere la unidad del sujeto pasivo en los delitos contra las personas y no la requiere en los delitos contra la propiedad.

**PENALIDAD**

**Sumario:** 654. Teorías. — 655. Jurisprudencia argentina.

**654.** — Para los que sostienen, como Alimena, que el delito continuado es un delito típico, no una ficción, es indiferente la pena; es la que correspondería al delito como si hubiera sido ejecutado en una sola vez.

Para los que consideran que el delito continuado reviste mayor gravedad, la pena a aplicársele debe ser mayor.

**655.** — La jurisprudencia argentina no ha tratado nunca de manera expresa la cuestión del delito continuado. Recién el año 1927, se resolvió en la Cámara del Crimen, por mayoría del tribunal, de la cual formamos parte <sup>(\*)</sup>, que había habido delito continuado en un caso más o menos similar al del cajero que hemos puesto como ejemplo típico del delito continuado.

**LEGISLACION**

**Sumario:** 656. Código argentino derogado. — 657. Código Penal italiano.

**656.** — El art. 86 del Código Penal argentino de 1887, derogado, decía: “Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante”.

Ahora que hemos visto toda la elaboración de la doctrina del delito continuado, estamos en condiciones de apreciar las deficiencias que contenía la redacción del texto mencionado. El eliminaba, precisamente, la unidad de resolución, lo único que caracteriza, en el fondo, al delito continuado, y creaba el absurdo jurídico de que si un individuo recorría una manzana hurtando en cada una de las casas de la misma cometía otros tantos delitos, pero si se encapri-

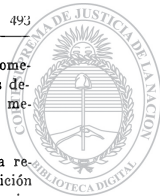
---

(\*) Causa N° 4942.

chaba en hurtar en una sola el mismo número de veces, no cometía más que un solo delito, a pesar de que cada vez los hechos delictuosos surgían de resoluciones completamente distintas y no mediaba entre ellos ninguna unidad de resolución.

657. — El art. 79 del Código Penal italiano dice, con una redacción correctísima: “Varias violaciones de la misma disposición legal, aunque sean cometidas en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución, se consideran como un solo delito, pero la pena es aumentada de un sexto a la mitad”.

FIN DEL TOMO IV







# INDICE

## CAPITULO I



### ANTECEDENTES HISTORICOS

#### I. — Resumen histórico de la legislación penal argentina

<b>Antecedentes españoles.</b> — 1. Fuero Juzgo. — 2. Partidas. — 3. Leyes de Toro. — 4. Nueva Recopilación. — 5. Leyes de Indias. — 6. Novísima Recopilación. — 7. Apreciación crítica .....	5
<b>Constitución Nacional.</b> — 8. Período de 1810 a 1853. — 9. La Constitución y sus disposiciones penales. — 10. Síntesis .....	8

#### II. — Proyectos anteriores a 1916

<b>Proyecto Tejedor.</b> — 11. Antecedentes. — 12. Fuentes. — 13. Bases esenciales: a) clasificación tripartita de los delitos; b) división de la culpa; c) participación criminal; d) modificación del aforismo "non bis in idem"; e) división de penas; f) legislación de menores; g) circunstancias de mayor o menor criminalidad. — 14. Crítica. — 15. Ley federal número 49 .....	12
<b>Proyecto de 1881.</b> — 16. Antecedentes. — 17. Código Penal de 1887. — 18. Crítica .....	16
<b>Proyecto de 1891.</b> — 19. Antecedentes. — 20. Importancia. — 21. Bases esenciales: a) concordancias; b) derecho penal internacional; c) legislación sobre faltas; d) pena de muerte; e) penas principa-	



les y accesorias; f) libertad condicional; g) deportación; h) pecu- lio; i) no imputabilidad; j) menores; k) perversidad; l) reinciden- cia; m) parte especial. — 22. Discusión legislativa. — 23. Ley nú- mero 4189	17
<b>Proyecto de 1906.</b> — 24. Antecedentes. — 25. Bases esenciales; a) unificación; b) faltas; c) condena condicional; d) atenuantes y agravantes; e) arbitrio judicial; f) libertad condicional; g) pres- cripción; h) penas; i) régimen de penas; j) pena de muerte; k) norma especial. — 26. Consideración general. — 26 bis. Nuestra opinión	23

### III. — Antecedentes del Código Penal vigente

<b>Proyecto de 1916.</b> — 27. Antecedentes. — 28. Despacho de la Co- misión de la Cámara de Diputados	29
<b>Proyecto de 1917.</b> — 29. Apreciación general. — 30. Principios que pueden inspirar una reforma penal. — 30 bis. Supresiones en el proyecto de 1906 y en el Código de 1887 efectuadas por el proyecto de 1917. — 30 ter. Concepto nuevos o modificaciones fundamen- tales que introduce. — 31. Estudio y revisión en el Senado. Aprecia- ción crítica. — 31 bis. Sanción del Código Penal de 1921	30

### IV. — Principios doctrinarios y técnica del Código

<b>Generalidades.</b> — 32. Bases de un código. — 33. Principios esen- ciales. — 34. Significación. — 35. Principio que acepta nuestro Código	44
<b>Exposición y crítica.</b> — 36. Número de penas. — 37. Individua- lización de la pena. — 38. Responsabilidad. — 39. Medida de seguridad. — 40. Imputabilidad de los menores. — 41. Reinciden- cia. — 42. Libertad condicional. — 43. Condena condicional. — 44. Tentativa y participación criminal. — 45. Apreciación general.	47

### V. — Disposiciones penales contenidas en otras leyes

<b>Enumeración general.</b> — 46. Faltas. — 47. Ley número 4097. — 48. Id. número 4144. — 49. Id. número 4661. — 50. Id. nú- mero 8871. — 51. número 11.221 (Fe de erratas). — 52. Id. nú- mero 11.309. — 53. Id. número 11.317	55
--	----



## CAPITULO II

### APLICACION DE LA LEY PENAL

#### I. — En relación con el espacio

<b>Generalidades.</b> — 54. Planteamiento .....	57
---	----

#### II. — Conflictos de legislación

<b>Exposición.</b> — 55. Hipótesis. — 56. Situación del Estado con relación a la ley penal. — 57. Concepto del derecho penal internacional.	58
<b>Sistemas.</b> — <i>Territorialidad.</i> — 58. Concepto. — 59. Bases. — 60. Crítica .....	59
<i>Personalidad.</i> — 61. Concepto. — 62. Eficacia. — 63. Aspectos .....	60
<i>Cosmopolitismo.</i> — 64. Concepto. — 65. Aplicación .....	61
<i>Justicia o necesidad social.</i> — 66. Concepto .....	62
<i>Real o defensa.</i> — 67. Concepto. — 68. Apreciación general .....	62

#### III. — Aplicación del Código

<b>Sistemas.</b> — 69. Territorialidad. — 70. Personalidad. — 71. Defensa. — 72. Cosmopolitismo. — 73. Crítica a la redacción del art. 1º del Código Penal. — 73 bis. El art. 2º del proyecto de 1906.	63
--	----

#### IV. — Territorio

<b>Concepto.</b> — 74. Definición y contenido .....	67
<b>Mar.</b> — 75. Libre y territorial. — 76. Concepto del mar territorial. — 77. Medida. — 78. Conclusión .....	68
<b>Naves.</b> — 79. Mercantes y de guerra. — 80. Su régimen .....	70
<b>Ríos.</b> — 81. Clases. — 82. Su régimen .....	71
<b>Espacio aéreo.</b> — 83. Principios generales .....	73



## V. — Extradición

**Principios generales.** — 84. Definición. — 85. Criterios antiguo y moderno. — 86. Régimen. — 87. Sistema argentino. — 88. Nacionalidad del reo ..... 73

## VI. — Asistencia jurídica internacional

**Concepto.** — 89. Realización práctica ..... 75

## CAPITULO III

### APLICACION DE LA LEY PENAL

(Continuación)

#### I. — En relación con el tiempo

**Generalidades.** — 90. Planteamiento ..... 78

#### II. — Retroactividad de la ley penal

**Concepto.** — 91. Dificultades. — 92. Hipótesis a considerar ..... 79  
**Sistemas.** — *Teorías de la escuela clásica.* — 93. No retroactividad absoluta. — 94. No retroactividad relativa. — 95. Retroactividad, salvo que ella implique la aplicación de una ley más severa. — 96. Retroactividad absoluta. — 97. Retroactividad absoluta de carácter mixto. — 98. Caso de condena pronunciada ..... 81  
*Teoría de la escuela positiva.* — 99. Retroactividad absoluta. — 100. Consecuencias. — 101. Objeciones. — 102. Proyecto Ferri. — 103. Proyecto Rocco ..... 82



### III. — Casos doctrinarios y legales

Aplicación de la ley más benigna. — 104. Principios de nuestro Código Penal. — 105. Crítica .....

86

## CAPITULO IV

### APLICACION DE LA LEY PENAL

(Fin)

#### I. — En relación con las personas

Generalidades. — 106. Disposiciones legales .....

90

#### II. — Inmunidades

**Poder Ejecutivo.** — 107. Juicio político. — 108. Consecuencias. .... 91  
**Poder Legislativo.** — 109. Opiniones del legislador en desempeño de su mandato. — 110. Exención de arresto. — 11. Desafuero. — 112. Jurisprudencia .....

92

**Poder Judicial.** — 113. Disposiciones aplicables. — 114. Jurisprudencia .....

95

**Cuerpo Diplomático.** — 115. Jurisdicción. — 116. Derecho aplicable. — 117. Jurisprudencia .....

97

**Jefes de estado extranjeros.** — 118. Principios aplicables. — 119. Disposición legal .....

99



## CAPITULO V

## SISTEMA PENAL DEL CODIGO

## I. — Principios que lo informan

<b>Exposición.</b> — 120. a) Fundamento del derecho de reprimir; b) finalidad de la legislación. — 121. Sistemas en materia de régimen de la penalidad. — 122. Sistema de nuestro Código. — 123. Análisis crítico .....	100
---	-----

## II. — Las penas

<b>Sistema penitenciario.</b> — 124. Caracteres. — 125. Enumeración. — 126. ¿El sistema penitenciario debe estar legislado en el Código Penal o en ley especial? — 127. Nuestra opinión. — 128. Obra realizada .....	103
<b>Reclusión y prisión.</b> — 129. Tendencia de la comisión reformadora. — 130. Elementos y caracteres. — 131 y 132. Decretos del Poder Ejecutivo Nacional. — 133. Crítica. — 134. Conclusión. — 135. Disposiciones especiales. — 136. Accesorios. — 137. Locura sobreviviente. — 137 bis. Penados provinciales .....	113
<b>Inhabilitación.</b> — <i>Absoluta.</i> — 138. Efectos. — 139. Análisis .....	119
<b>Especial.</b> — 140. Efectos. — 141. ¿Le es aplicable la condena condicional? Jurisprudencia. — 142. Análisis crítico .....	120
<b>Multa.</b> — 143. Principio general. — 144. Régimen legal. — 145. Cuestiones interpretativas. Jurisprudencia. — 146. Abono de lá multa .....	122
<b>Legislación sobre faltas.</b> — 147. ¿Debe ser nacional o provincial? — 148. Nuestra opinión. — 149. Importancia social de determinadas faltas. — 150. Contradicción de la comisión redactora del proyecto de 1917. — 151. Conclusión .....	124

## III. — Medidas de seguridad

<b>Régimen.</b> — 152. Penas y medidas de seguridad. — 153. Sistemas. — 154. Nuestro Código .....	132
---	-----



<b>Crítica.</b> — 155. Opinión del doctor Herrera. Refutación. — 156. El Código frente al proyecto argentino de estado peligroso de 1926. — 157. Cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en el Código. — 158. Duración .....	133
--	-----

#### IV. — Sistema de otros códigos

<b>Proyecto suizo.</b> — 159. Casa de internación. — 160. Casa de educación para el trabajo. — 161. Asilo para bebedores. — 162. Apreciación general .....	136
<b>Proyecto Ferri.</b> — 163. Exposición general .....	140
<b>Proyecto Rocco.</b> — 164. Medidas administrativas de seguridad. Aplicación en el tiempo. — 165. Aplicación a las personas. — 166. Oportunidad en que se decretan. — 167. Duración. — 168. Enumeración. 169. Extensión. — 170. Peligrosidad en la culpa .....	141

#### V. — Régimen de la prisión preventiva

<b>Su cómputo.</b> — 171. Disposiciones legales. — 172. Comentario de la exposición de motivos .....	143
--	-----

### CAPITULO VI

#### RESARCIMIENTO DE DAÑOS

##### I. — Concepto

<b>Contenido y alcance.</b> — 173. Consecuencias patrimoniales del delito. — 174. El art. 29 de nuestro Código Penal. — 175. Daño material y moral. — 176. ¿El cumplimiento de la reparación pecuniaria debe ser coercitivo? .....	145
--	-----





## II. — Sistemas doctrinarios y legales

<b>Exposición.</b> — 177. a) Juicio penal y civil independientes. — 178 b) Unidad de juicio. — 179. c) La reparación como función social del Estado .....	147
<b>Legislación argentina.</b> — 180. Art. 29, inc. 1º del Código Penal. — 181. Antecedentes: Proyecto Tejedor. — 182. Proyecto de 1891. — 183. Id. de 1906. — 184. Opinión del doctor Herrera. — 185. Proyecto de 1917. — 186. Sanción del Senado. — 187. Opiniones de tratadistas nacionales. — 188. Interpretación de la Cámara Federal de Paraná. — 189. Interpretación de la Cámara del Crimen de la Capital. — 190. Conclusión. — 191. Ines. 2º, 3º y 4º del art. 29. — 192. Preferencia de la obligación de indemnizar. — 193. Solidaridad. — 194. Participación a título lucrativo. — 195. Insolvencia .....	149
<b>Reparación del error judicial.</b> — 196. Caso famoso. — 197. Importancia de la cuestión. — 198. Legislación argentina .....	164

## III. — Instrumentos del delito

<b>Destino.</b> — 199. Regla del art. 23. — 200. Análisis .....	165
---	-----

## IV. — Peculio del condenado

<b>Distribución.</b> — 201. Regla del art. 11. — 202. Análisis .....	166
--	-----

# CAPITULO VII

## LIBERTAD CONDICIONAL

### I. — Generalidades

<b>Antecedentes.</b> — 203. Inglaterra. — 204. Francia. — 205. Evolución doctrinaria posterior .....	168
<b>Fundamentos.</b> — 206. Presunción de reforma .....	170



## II. — Sistema del Código

<b>Su régimen.</b> — 207. Institución de la gracia antigua. — 208. Sus diferencias fundamentales con la actual libertad condicional. — 209. Art. 13 .....	170
<b>Análisis crítico.</b> — <i>Resolución judicial.</i> — 210. Significado. — 211. Jurisprudencia .....	173
<i>Limitación en el tiempo.</i> — 212. Cumplimiento de una parte de la pena. .	174
<i>Plazos.</i> — 213. Penas perpetuas y temporales. — 214. Anomalías. — 215. ¿Se computa el término del indulto? .....	174
<b>Requisitos.</b> — 216. Observancia de los reglamentos carcelarios. — 217. Crítica. — 218. Restricciones establecidas por la jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital. — 219. Reforma necesaria .....	176
<b>Reincidencia.</b> — 220. Norma legal y crítica .....	178
<b>Revocación.</b> — 221. Consecuencia .....	179
<b>Condiciones.</b> — 222. Residencia. — 223. Reglas de inspección. — 224. Oficio, arte, industria o profesión. — 225. No cometer nuevos delitos. — 226. Patronato. Jurisprudencia. — 227. Plazos de vigencia de estas condiciones .....	179
<b>Sanción.</b> — 228. a) Revocación de la libertad condicional; b) suspensión de la misma. — 229. Apreciación crítica. — 230. Consulta ....	186
<b>Extinción.</b> — 231. Norma legal .....	187

## III. — Registro nacional de reincidentes

<b>Su necesidad.</b> — 232. Deficiencias actuales. — 233. Tentativas legislativas .....	187
---	-----

## IV. — Patronato de liberados

<b>Existencia.</b> — 234. Sólo existe en la Capital .....	189
---	-----

## V. — Instituciones de protección de liberados y de excarcelados

<b>Inexistencia.</b> — 235. No existen en el país .....	190
---	-----



## CAPITULO VIII

## CONDENA CONDICIONAL

## I. — Generalidades

<b>Antecedentes.</b> — 236. Vieja institución penal. — 237. Aplicación hecha por Davenport Hill. — 238. Estados Unidos. — 239. Inglaterra .....	191
<b>Sistemas.</b> — <i>Exposición.</i> — 240. Angloamericano. — 241. Continental. <i>Consecuencias.</i> — 242. Enumeración. — 243. "Probation of First Offenders act". — 244. Ley Bérenger .....	193
<b>Ventajas.</b> — 245. a) Evita las penas cortas; b) incita a la buena conducta; c) descongestiona las cárceles; d) facilita la indemnización a las víctimas; e) evita la vergüenza de la cárcel; f) ahorra toda clase de gastos .....	194
<b>Objeciones.</b> — 246. a) Viola el principio de la justicia; b) facilita la comisión de un delito, que queda impune; c) se presta a la arbitrariedad del juez; d) es un compromiso entre clásicos y positivistas; e) olvida el derecho de la víctima del delito; f) se aplica mecánicamente por los tribunales; g) carencia de pruebas .....	196
	197

## II. — Sistema del Código

<b>Antecedentes.</b> — 247. Proyecto de 1906. — 248. Texto vigente ....	199
<b>Terminología.</b> — 249. Crítica. — 250. Denominación propuesta por el doctor Molinaro .....	200
<b>Requisitos.</b> — a) <i>Delincuente primario.</i> — 251. Principio general ..	201
b) <i>Monto de la pena.</i> — 252. Principio general. — 253. ¿Está comprendida la pena de inhabilitación? Jurisprudencia. — 254. ¿Se aplica a las infracciones municipales? Jurisprudencia. — 255. Concurso de delitos .....	201
c) <i>Antecedentes del reo.</i> — 256. Personalidad moral. — 257. Naturalidad del delito. — 258. Circunstancias que lo han rodeado. — 259. <i>Apreciación crítica</i> .....	203
<b>Extensión.</b> — 260. Principio del Código .....	204
<b>Aplicabilidad.</b> — 261. Carácter facultativo .....	204
<b>Prescripción.</b> — 262. ¿La condena anterior, en el caso del art. 27, debe ser aplicada por el tribunal no mediando recurso acusatorio? Jurisprudencia. — 263. Prescripción de la reincidencia. Jurisprudencia.	204



### III. — Perdón judicial

Principios generales. — 264. Antecedentes. — 265. Sentencia del juez Magnaud. — 266. Concepto. — 267. Aplicabilidad. — 268. Proyecto austriaco. — 269. Id. suizo. — 270. Id. francés de Chéron y Cauvin. — 271. Id. italiano .....	213
--	-----

### IV. — Instituciones de la misma índole

“Recognizance”. — 272. Concepto .....	216
Caución de buena conducta. — 273. Concepto .....	217
Reprensión judicial. — 274. Concepto .....	218
Prestación de trabajo sin reclusión. — 275. Concepto .....	219
Arresto en el domicilio. — 276. Concepto .....	219

## CAPITULO IX

### INIMPUTABILIDAD

#### I. — Sistemas legales

277 bis. Remisión .....	221
-------------------------	-----

#### II. — Imputabilidad

Concepto. — 278. El problema de la responsabilidad. — 279. Relación causal delictual. — 280. Palabras de Carrara. — 281. Imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad. — 282. Los hechos humanos y la medida de la culpabilidad .....	221
Metodología. — 283. Exposición .....	225

#### III. — a) Causas naturales excluyentes de culpabilidad

Alteración psíquica. — 284. Art. 34, inc. 1º del Código Penal. — 285. Antecedentes .....	225
--	-----



<i>Criterio de inimputabilidad.</i> — 286. Remisión. — 287. Palabras de la comisión redactora. — 288. Crítica .....	227
<i>Insuficiencia de facultades, o alteración morbosa de las mismas.</i> — 289. Defectos técnicos. — 290. Terminología que debió emplearse. — 291. Proyecto de estado peligroso. — 292. El problema de la semi-alienación .....	228
<i>Estado de inconsciencia.</i> — 293. Crítica. — 294. Interpretación lógica. — 295. Caracteres. — 296. Simulación. — Regla de Casper. — 297. Valor de la pericia psiquiátrica. — 298. Falsa memoria. — 299. El problema de la embriaguez .....	231
<i>Error o ignorancia de hecho no imputable.</i> — 300. Error de método ....	237
<i>Comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.</i> — 301. Crítica. — 302. Proyecto de estado peligroso .....	237

#### IV. — Códigos o proyectos extranjeros

<i>Enumeración.</i> — 303. Proyecto suizo de 1916. — 304. Proyecto italiano de Ferri. — 305. Proyecto checoslovaco de 1926. — 306. Proyecto italiano de Rocco. — 307. Proyecto brasileño de 1927 ....	238
---	-----

#### V. — El estado peligroso

<i>Su criterio.</i> — 308. Carencia de toda teoría de inimputabilidad. — 309. Proyecto de estado peligroso .....	240
--	-----

### CAPITULO X

#### INIMPUTABILIDAD

(Continuación)

##### I. — Causas legales excluyentes de culpabilidad

<i>Violencia física y moral.</i> — 310. Disposición legal. — 311. La fuerza física en los delitos de acción y de omisión. — 312. Condición legal. — 313. Concepto de la fuerza moral. — 314. Caracteres. — 315. Conclusión .....	241
--	-----



## II. — Cumplimiento del deber

Concepto. — 316. Disposición innecesaria .....	244
--	-----

## III. — Legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo

Concepto. — 317. Disposición innecesaria .....	244
--	-----

## IV. — Obediencia, debida

Concepto. — 318. Definición de Pacheco. — 319. Proyecto italiano de 1921 .....	245
Requisitos. — 320. Enumeración; a) relación de subordinación; b) caracteres de legalidad de la orden; c) debe ser dada por autoridad competente; d) no debe ser manifiestamente ilícita .....	246

# CAPITULO XI

## INIMPUTABILIDAD

(Fin)

## I. — Estado de necesidad

Generalidades. — 321. Complejidad del problema. — 322. Caso famoso. ....	248
Antecedentes históricos. — 323. Derecho romano. — 324. Derecho germánico. — 325. Derecho canónico. — 326. Edad Media. — 327. Epoca ulterior .....	251
Concepto. — 328. Moriaud. — 329. Von Liszt. — 330. Proyecto suizo. — 331. Proyecto Ferri. — 332. Proyecto Rocco .....	252
Requisitos. — 333. Enumeración. — 334. Analogías y diferencias del estado de necesidad y de la defensa legítima .....	254



<b>Conflicto de bienes.</b> — 335. Su existencia. — 336. Bienes o derechos de valor desigual. — 337. Bienes o derechos de valor igual. — 338. Ejemplos .....	255
<b>Fundamento jurídico.</b> — 339. Teorías diversas. Clasificación de Sermet. — 340. Violencia moral. — 341. Conflicto de bienes. — 342. Inutilidad de la represión. — 343. Ausencia de temibilidad ..	259

## II. — Defensa legítima

<b>Concepto.</b> — 344. Antecedentes. — 345. Estado de hecho. — 346. Análisis del art. 34, inc. 6° del Código Penal. Defensa de los derechos. — 347. Código de Tejedor. — 348. Proyecto Ferri. — 349. Proyecto Rocco. — 350. Proyecto suizo. — 351. Proyecto alemán. — 352. Nuestra opinión. — 353. Conclusión .....	261
<b>Fundamento jurídico.</b> — 354. Imposibilidad de ayuda social .....	264
<b>Requisitos.</b> — 355. Enumeración .....	264
a) <i>Agresión ilegítima.</i> — 356. Concepto. — 357. Caracteres. — 358. Requisitos. — 359. Jurisprudencia española. — 360. Jurisprudencia nacional .....	265
b) <i>Racionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla.</i> — 361. Concepto. — 362. Requisito esencial. — 363. Jurisprudencia. — 364. Conclusión .....	269
c) <i>Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.</i> — 365. Tesis de Carrara. — 366. Id. de Merkel. — 367. Jurisprudencia nacional .....	271
<b>Defensa del domicilio.</b> — 368. Concepto. — 369. Requisitos. — 370. Resistencia .....	276
<b>Defensa de la persona o derechos de otro.</b> — 371. Concepto y requisitos. — 372. Concepto. — 373. Aviso a la autoridad. — 374. Proyecto suizo .....	279
<b>Legislación comparada.</b> — 375. Código penal italiano. — 376. Id. francés. — 377. Proyecto suizo. — 378. Id. italiano de 1921. — 379. Id. checoslovaco. — 380. Id. italiano de 1927. — 381. Id. brasileño. — 382. Síntesis .....	280

## III. — b) Causas atributivas de culpabilidad

<b>Dolo.</b> — 383. Concepto. — 384. Elementos. — 385. Intensidad de la intención. Dolo ordinario, especial y especialísimo. — 386. Consecuencias del acto u omisión. Dolo determinado, indeterminado y eventual .....	282
<b>Culpa.</b> — 387. Concepto. — 388. Metodología. — 389. Principios generales. — 390. Jurisprudencia. — 391. La causa mediata en la culpa .....	286
<b>Error.</b> — 392. Concepto. — 393. Requisitos. — 394. Frecuencia .....	289



## CAPITULO XII

### MEDIDAS DE DEFENSA SOCIAL

#### I. — Las medidas de seguridad referentes a los delincuentes de grave anormalidad psíquica

Antecedentes. — 395. Código Penal de 1887. — 396. Proyecto de 1891. — 397. Ley 4189. — 398. Proyecto de 1906. — 399. Proyecto de 1917 y Código Penal vigente .....	291
Análisis crítico. — <i>Art. 34, apartado 2º</i> . — 400. Terminología. — 401. Carácter de la internación. — 402. Duración. — 403. Casos en que procede .....	292
<i>Art. 34, apartado 3º</i> . — 404. Estado de inconsciencia. — 405. Error o ignorancia de hecho. — 406. Duración y cese de la internación. Requisitos. — 407. Jurisprudencia. — 408. Conclusión .....	294
Régimen del internamiento. — 409. Jurisdicción penal y civil. — 410 a 412. Jurisprudencia .....	300

#### II. — Instituciones nacionales existentes

Exposición. — 413. Crítica. — 414. Proyecto argentino de 1926 sobre estado peligroso de los delincuentes .....	305
--	-----

#### III. — Lucha social contra la delincuencia

Instituciones necesarias. — 415. Conclusiones del primer congreso penitenciario argentino de 1914. — 416. Proyecto italiano de 1921. ....	307
---	-----





## CAPITULO XIII

## DERECHO PENAL DE LOS MENORES

## I. — Generalidades

<b>Generalidades.</b> — <i>Importancia.</i> — 417. Transformación fundamental.	
— 418. Significado .....	311

## II. — Bases esenciales

<b>Exposición.</b> — 419. Principios del nuevo derecho. — 420. Consecuencias. — 421. Protección penal del menor .....	313
---	-----

## III. — Legislación vigente

<b>Antecedentes.</b> — 422. Modelo de código de tipo antiguo. — 423. Proyecto de 1891. — 424. Ley número 4189. — 425. Proyecto de 1906 .....	316
<b>Código Penal.</b> — 426. Indecisión. — 427. Menor de 14 años. Art. 36. — 428. Categorías de menores. — 429. Menor de 14 a 18 años. Art. 37. — 430. Jurisprudencia. — 431. Reincidencia. — 432. Efectos civiles. — 433. Conclusión .....	318

## IV. — Proyecto suizo de 1916

<b>Categorías y sanciones.</b> — <i>Menores de 14 años.</i> — 434. Principio general. — 435. Moralmente abandonados, moralmente pervertidos o en peligro de serlo. — 436. Niños que exigen un tratamiento especial. — 437. Niños normales o aparentemente tales .....	325
<b>Menores adolescentes.</b> — 438. Principio general. — 439. Moralmente abandonados, moralmente pervertidos o en peligro de serlo. — 440. Profundamente pervertidos. — 441. Adolescentes que exigen un tratamiento especial. — 442. Adolescentes normales o aparentemente tales. — 443. Edad de transición .....	326



<b>Resumen.</b> — 444. Menores de 14 años. — 445. Menores adolescentes.	
— 446. Edad de transición. — 447. Sanciones. — 448. Trasplante del proyecto suizo. — 449. Conclusión. — 450. Comparación del proyecto suizo con nuestro Código Penal .....	329

## V. — Proyecto italiano de 1921

<b>Exposición.</b> — 451. Categorías y sanciones. — 452. Apreciación general. — 453. Conclusiones .....	335
---	-----

## CAPITULO XIV

### DERECHO PENAL DE LOS MENORES

(Fin)

#### I. — Cuestiones que suscita.

<b>Exposición.</b> — 454. Cuestiones penales, sociales y civiles .....	339
--	-----

#### II. — Ley número 10.903

<b>Antecedents.</b> — 455. Nuevos principios. — 456. Sanción de la ley.	340
<b>Contenido.</b> — 457. Disposiciones civiles y procesales .....	342
<b>Régimen penal.</b> — 458. Nuevas tendencias. — 459. Arts. 14 a 19.	
Facultades judiciales sobre menores y sus padres, tutores o guardadores. — 460. Art. 21. Carácter de abandono del menor. — 461. Art. 22. Plan general de construcciones .....	343
<b>El Tribunal.</b> — 462. Art. 20. — 463. Crítica .....	349
<b>El procedimiento.</b> — 464. Situación actual. — 465. Crítica. — 466. falta de colaboración social .....	350
<b>Los establecimientos.</b> — 467. Enumeración. — 468. Sistema mixto. — 469. Art. 23. — 470. Disposición general .....	353



### III. — Conclusiones

**Aplicación de la ley.** — 471. Memoria de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. — 472. La reforma realizada por la ley 10.903. — 473. Reacción necesaria. — 474. Acción futura .....

355

## CAPITULO XV

### LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

#### I. — Generalidades

**Concepción antigua y moderna.** — 475. Las teorías penales. — 476. Los códigos penales. — 477. Las instituciones .....

362

#### II. — Escuela clásica

**Sus soluciones.** — 478. Represión y prevención. — 479. Extirpación del delito. — 480. Bases del sistema penal clásico. — 481. Teoría de la pena. — 482. Conclusiones ..... 365  
**Transformación posterior.** — 483. Fracaso de la teoría clásica. — 484. Rechazo teórico de los nuevos principios penales. — 485. Aceptación práctica ..... 368

#### III. — Escuela positiva

**Sus soluciones.** — 486. Obra doctrinaria. — 487. Bases. — 488. Conclusiones ..... 369  
**Prevención de la delincuencia.** — 489. Clases. — 490. General. — 491. Especial. — 492. Palabras de von Liszt. — 493. Conclusiones. 372



#### IV. — Instituciones prácticas angloamericanas

<b>Exposición.</b> — 494. Causas. — 495. Realidad actual. — 496. El origen de estas instituciones y su explicación .....	375
<b>Prevención inmediata de la delincuencia.</b> — 497. Concepto .....	377

#### V. — Sentencia indeterminada

<b>Principios generales.</b> — 498. Concepto. — 499. Congreso penitenciario de Cincinnati. — 500. Id. de Estocolmo. — 501. Id. de Roma. — 502. Id. de París. — 503. Id. de Bruselas. — 504. Id. de Washington. — 505. Aplicación práctica .....	377
<b>Problemas que suscita.</b> — 506. Enumeración .....	381
<b>Peligrosidad.</b> — 507. Juicio sobre la peligrosidad. — 508. Complejidad. — 509. Falta de conocimiento del hombre. — 510. Acción del juez. — 511. Cuestiones prácticas. — 512. Elementos del juicio penal ..	382
<b>Individualización de la pena.</b> — 513. Aparición del concepto. — 514. Repercusión universal. — 515. Crítica. — 516. Conclusiones .....	389

### CAPITULO XVI

#### LA REINCIDENCIA

##### I. — Problema doctrinario y legal

<b>Importancia.</b> — 517. Causas de la reincidencia. — 518. Problema penal. — 519. Id. penitenciario. — 520. Id. social .....	395
<b>Concepto.</b> — 521. Definición. — 522. Diferencia con el concurso de delitos .....	398
<b>Formas.</b> — 523. Genérica y específica .....	398

<b>Elementos.</b> — 524. Concepto legal. — 525. Análisis. — 526. Relación con el art. 41 .....	399
--	-----



## II. — Cuestiones diversas

<b>Examen crítico.</b> — 527. ¿Cuál es más grave, la reincidencia genérica o la específica? — 528. ¿Es un estado permanente? — 529. ¿Es necesario el cumplimiento de la pena? — 530. ¿Implica sanciones especiales? .....	401
<b>Habitualidad.</b> — 531. Concepto. — 532. Criterios subjetivo y objeto. ....	403

## III. — Sistema del Código

<b>Teoría general.</b> — 533. Exposición .....	404
<b>Forma especial calificada.</b> — 534. Art. 51 del Código Penal. — 535. Crítica .....	404
<b>Habitualidad.</b> — 536. Art. 52. — 537. Crítica. — 538 a 540. Jurisprudencia .....	406
<b>Prescripción.</b> — 541. Art. 53. — 542. Remisión. — 543. Jurisprudencia. ....	408

## IV. — Legislación comparada

<b>Ley Francesa de 1886.</b> — 544. Régimen de la relegación .....	410
<b>Código Penal Noruego.</b> — 545. Art. 65 .....	411
<b>Ley Inglesa de 1904.</b> — 546. Servidumbre penal .....	412
<b>Ley del Transvaal de 1900.</b> — 547. Su alcance .....	413
<b>Proyecto Suizo de 1916.</b> — 548. Su régimen .....	413
<b>Proyecto Italiano de 1921.</b> — 549. Sistema complejo .....	414
<b>Proyecto Italiano de 1927.</b> — 550. Régimen .....	415
<b>Proyecto Argentino de 1928.</b> — 551. Sistema adoptado. — 552. Explicación y alcance. — 553. Delinquentes reiterantes .....	416



## CAPITULO XVII

**EXTINCION DE ACCIONES****I. — Causas**

<b>Muerte del imputado.</b> — 554. Generalidades. — 555. Causa extintiva evidente. — 555 bis. Caso de multa .....	425
<b>Amnistía.</b> — 556. Facultad legislativa. — 557. La amnistía y el indulto en relación con los efectos derivados de la acción y de la pena. — 558. Indemnizaciones .....	427
<b>Prescripción.</b> — 559. Importancia. — 560. Fundamentos. — 561. Objeciones. — 562. Plazos. — 563. Orden público. — 564. Interrupción. — 565. Jurisprudencia. — 566. El reo ausente puede pedir la prescripción. — 567. Crítica al sistema del Código en materia de interrupción de la prescripción .....	428
<b>Renuncia del agraviado.</b> — 568. Alcance .....	434

**II. — Extinción de penas**

<b>Cumplimiento.</b> — 569. Exposición .....	434
<b>Indulto.</b> — 570. Facultad ejecutiva. — 571. Jurisprudencia. — 572. Efectos .....	435
<b>Prescripción.</b> — 573. Concepto. — 574. Plazos. — 575. Crítica. — 576. Desde cuándo corre. — 577. Interrupción. — 578. Indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas .....	436



## EJERCICIO DE LAS ACCIONES

### I. — Acciones públicas

**Principios generales.** — 579. Disposición legal. — 580. El querellante particular. Jurisprudencia. — 581. Quién puede serlo. — 582. Conveniencia ..... 439

### II. — Dependientes de instancia privada

**Principios generales.** — 583. Concepto y enumeración ..... 441

### III. — Privadas

**Principios generales.** — 584. Concepto y enumeración. — 585. Acción por delito de adulterio. — 586. Otros casos ..... 442



## CAPITULO XIX

### TENTATIVA

#### I. — Proceso externo del delito

<b>Principios generales.</b> — 587. Idea y realización del hecho delictuoso.	
— 588. Situaciones diversas. — 589. "Iter criminis". — 590.	
Comienzo de la tentativa. — 591. Importancia y complejidad de esta	
institución . . . . .	445

#### II. — Actos preparatorios

<b>Concepto.</b> — 592. Punibilidad. — 593. Situaciones jurídicas diversas.	449
---	-----

#### III. — Actos de ejecución

<b>Concepto.</b> 594. Punibilidad. — 595. Situaciones jurídicas diversas.	451
<b>Teorías.</b> — 596. Carrara. — 597. Rossi. — 598. Manzini. — 599. Ju-	
risprudencia . . . . .	453

#### IV. — Tentativa

<b>Concepto.</b> — 600. Noción legal. — 601. Elementos. — 602. Desisti-	
miento . . . . .	456
<b>Punibilidad.</b> — 603. ¿Cómo debe reprimirse la tentativa? — 604.	
Teorías objetiva y subjetiva. — 605. Código penal argentino. — 606.	
Código penal francés. — 607. Tentativa, delito frustrado y delito con-	
sumado . . . . .	457
<b>Delito imposible.</b> — <i>Noción genérica.</i> — 608. Concepto. — 609. Com-	
plejidad. — 610. Jurisprudencia . . . . .	461
<b>Elementos.</b> — 611. Imposibilidad por falta de objeto. — 612. Imposibili-	
dad por falta de medios de realización . . . . .	463
<b>Punibilidad.</b> — 613. Teoría de Garraud. — 614. Teoría de Manzini. —	
615. Apreciación crítica. — 616. Código penal argentino. — 617.	
Proyecto italiano de 1921. — 618. Jurisprudencia francesa y alemana.	464





## CAPITULO XX

## PARTICIPACION CRIMINAL

## I. — Nociones generales

<b>Exposición.</b> — 619. Concepto. — 620. Importancia. — 621. Clases.	
622. Elementos .....	469
<b>Problemas diversos.</b> — 623. Límites y extensión de la participación punible. — 624. Penalidad entre los coparticipes. — 625. Punibilidad de la participación criminal sin delito .....	470

## II. — Complots y bandas

<b>Concepto.</b> — 626. Exposición .....	472
--	-----

## III. — Autores principales

<b>Concepto.</b> — 627. Exposición .....	473
--	-----

## IV. — Situaciones diversas

<b>Enumeración.</b> — 628. Análisis de Carrara .....	474
1º <i>Concurso de acción sin concurso de voluntad.</i> — 629. Intención inocentemente distinta. — 630. Intención críminosamente distinta. — 631. Intención negativamente indirecta. — 632. Intención imperfecta....	475
2º <i>Concurso de voluntad sin concurso de acción.</i> — 633. Instigación. — 634. Hipótesis diversas .....	476

## V. — Complicidad

<b>Principios generales.</b> — 635. Criterio legal. — 636. Relaciones circunstancias y calidades personales. — 637. Criterio científico. — 638. Delitos cometidos por la prensa .....	478
---	-----



## CAPITULO XXI

### UNIDAD Y PLURALIDAD DE INFRACCIONES

#### I. — Concurso de delitos

<b>Concepto.</b> — 639. Dificultades. — 640. Noción .....	481
<b>Formas.</b> — <i>Concurso legal.</i> — 641. Concepto. — 642. Penalidad ....	483
<i>Concurso real.</i> — 643. Concepto. — 644. Penalidad. — 645 a 648. La cuestión en nuestro Código Penal. Crítica .....	484

#### II. — Delito continuado

<b>Generalidades.</b> — 649. Antecedentes. — 650. Elaboración doctrinaria. — 651. Complejidad .....	488
<b>Elementos.</b> — 652. a) Unidad de la resolución criminal; b) violación de una idéntica norma penal; c) pluralidad de acciones. — 653. ¿Es menester la unidad del sujeto pasivo? .....	490
<b>Penalidad.</b> — 654. Teorías. — 655. Jurisprudencia argentina .....	492
<b>Legislación.</b> — 656. Código argentino derogado. — 657. Código Pe- nal italiano .....	492