



SECCION PRIMERA

Estudios críticos, comentarios
y artículos de presentación

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA	
Nº DE C. /	14.068
UBICACIÓN	E - 1
FICHA METEÓRICA	





EUGENIO FLORIAN

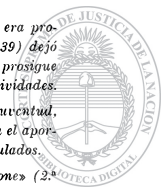
(«*La Scuola Positiva*», Milán,
1938, fasc. 1-2, p. 25).

Cuando Eugenio Florian escribió las líneas que siguen era profesor titular de derecho penal en Turín. El año pasado (1939) dejó la cátedra en virtud de haber alcanzado el límite de edad, y prosigue sus tareas científicas en Venecia, centro habitual de sus actividades.

Es uno de los primeros penalistas italianos. Desde su juventud, militó en las filas de la llamada escuela positiva y deja en ella el aporte valioso de una severa sistematización jurídica de sus postulados.

En 1893 publicó «La teoria psicologica della diffamazione» (2.^a edición, Bocca, Turín, 1927), y en 1939 la antigua tesis constituye todavía la estructura de su última obra: «Ingiuria e diffamazione. Sistema dei delitti contro l'onore secondo il codice penale italiano» (Soc. Editrice Libreria, Milán, 1939). Entre esas dos fechas, han visto la luz: «I vagabondi» (Bocca, Turín, 1897-99, en colaboración con Cuvaglieri); las distintas ediciones del «Trattato di diritto penale» (1.^a 1900; 2.^a 1910; 3.^a 1926; 4.^a F. Vallardi, Milán, 1934-40) en el cual, bajo su dirección, un grupo de penalistas de gran valía, que ha debido renovarse con los años —en la edición más reciente lo integran, aparte de Florian, Altavilla, Angelotti, Berenini, Bianchedi, De Marsico, Levi, Lombardi, Manfredini, Sabatini y Zerboglio—, ofrecen una verdadera enciclopedia de la materia criminal, ultrapasando los límites de la legislación positiva italiana; «Delle prove penali» (F. Vallardi, Milán, 1924); «Principii di diritto processuale penale» (3.^a edic., Turín, Utet, 1939).

En diciembre 1909 fundó, junto con Zerboglio, la «Rivista di diritto e procedura penale». Hacia 1921 dicha revista se fusionó con otra famosa: «La scuola positiva», dirigida entonces por Enrique Ferri, y que continúa siendo el órgano oficial de la escuela homónima. Florian y Ferri unieron sus nombres en la dirección de esta importantísima revista, hasta que, muerto el último, el comando fué asumido por el primero en compañía de Berenini y Garófalo. En la actualidad, otras dos pérdidas sensibles y tal vez razones más poderosas que científicas, han obligado a Florian a compartir la dirección de «La scuola positiva» con dos figuras menores: Frosali y Santoro, profesores de derecho penal en Florencia y Pisa, respectivamente.



La Marcha Triunfal del Positivismo en la Legislación Penal

EL PROYECTO (1937) DE CODIGO PENAL ARGENTINO (1)

CRITERIOS Y PRINCIPIOS GENERALES



1. Quizá nunca el positivismo criminológico tuvo en América Latina una manifestación legislativa semejante a este proyecto, que se pone atrevidamente a la cabeza de cuantos códigos o proyectos ha elaborado la América Latina en los últimos tiempos, esto es, después del advenimiento del proyecto Ferri (2). El proyecto enarbola una bandera, sinceramente y sin ficciones o restricciones mentales, y permanece constantemente fiel a ella. Se puede agregar que está bien próximo al proyecto Ferri. Sea dicho de inmediato que supera el dualismo de los códigos eclécticos hoy prevalente, y lo hace plenamente en el ámbito de la imputabilidad y de las sanciones. De donde: peligrosidad, responsabilidad legal, clasificación de los delinquentes, unificación por concepto y nomenclatura de las sanciones. Y encierra también otro notable valor: el de orientarse en una buena directiva jurídica y adoptar con frecuencia fórmulas técnicamente apropiadas.

Los autores del Proyecto —los ilustres doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez— no solamente lo han compilado cuidadosamente, sino que lo han hecho preceder por una clara, sucinta y eficaz *Exposición de motivos*, que demuestra bellamente los criterios en los cuales se ha inspirado la reforma, criterios que son los de nuestra escuela gloriosa: concepción del delito como fenómeno natural y social, defensa social como base de la lucha del Estado contra la delincuencia, sustitución por el criterio subjetivo del criterio objetivo de las antiguas leyes, y de ahí que el juicio esencial recaiga sobre el delincuente; y finalmente, peligrosidad y sanciones unificadas.

Afirman los autores que sobre estas bases existe pleno consenso en su noble país: «la unanimidad del consenso respecto de los postulados básicos de la ciencia penal, revelada por la aceptación incontrastada de las instituciones que responden al ideal y credo enunciados, nos inhibe de hacer una profesión de fe doctrinaria, cuya inutilidad, por otra parte sería evidente. En efecto: es conocida nuestra actuación en la docencia y en la magistratura, desde donde venimos ex-

(1) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. Redactado en cumplimiento del decreto del 19 de septiembre de 1936 y precedido de una *Exposición de Motivos* por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez. Buenos Aires. Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937.

(2) Deben recordarse siempre con viva simpatía, los proyectos cubanos de 1926 (Ortiz) y 1929 (Vielites) y el Código Almaraz (1929) de Méjico, vizorosa aplicación del método positivo en la legislación penal.



presando, sin una sola variante, el mismo pensamiento científico» (página IV).

El fin que los autores se proponen y que será también su satisfacción, es el de aplicar con un sentido jurídico estricto, justamente el principio de la peligrosidad, el cual, por lo demás, es también reconocido en cierto modo en el Código argentino vigente.

No puede ser nuestra tarea el análisis de los detalles, el que podrá ser obra más proficua de otros colaboradores; aquí miramos a la síntesis de sus lineamientos, tratando, con un orden más adecuado para estas apuntaciones, aun sin seguir textualmente el del proyecto, los argumentos esenciales de la parte general.

2. Justamente el Proyecto no define la peligrosidad ni la define la Exposición de motivos: ella surge neta, sin embargo, del complejo de las normas que la disciplinan, y por así decir, la miden, especialmente en el título III: *El Delincuente*. Tal método era también el del proyecto argentino de 1928, que los autores recuerdan con hermosa probidad científica.

Con razón ellos declaran que la peligrosidad no puede limitarse a una fuente patológica, la cual sería insuficiente, ya que puede también tener origen netamente social.

A ejemplo del proyecto de Ferri (artículo 21, 22), seguido en esto, como es notorio, y si bien con nomenclatura un tanto diversa, por nuestro Código Penal (artículo 61, 62, 133), el Proyecto indica las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (artículo 17, 18).

Oportunamente el Proyecto advierte que las circunstancias enumeradas en dichos artículos no agotan la amplísima gama de aquellas que pueden concurrir a determinar la personalidad del delincuente y a valorar su peligrosidad.

He aquí el dictado que, en la claridad del contenido y en la precisión de la fórmula, se comenta elogiosamente por sí mismo: «La enumeración de circunstancias de mayor o menor peligrosidad hecha en los artículos anteriores, no impedirá la consideración de otras que, fundadas en el conocimiento de la personalidad del delincuente, en la apreciación de los motivos que lo determinaron y en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, permitan establecer el grado de la peligrosidad. La valoración de cada una de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad será hecha en relación a la personalidad del sujeto, integralmente considerada» (artículo 19).

Citamos los artículos mencionados, a las normas particulares de los cuales creemos útil poner enfrente las respectivas, más o menos semejantes o análogas, del proyecto Ferri y del Código Rocco, salvo las omisiones o las nuevas conclusiones (*).

(*) Evidentemente, por lo que se refiere al Código Penal italiano, algunas lagunas podrán ser colmadas recurriendo al universal y fecundísimo artículo 133, que, por razones de brevedad, dejamos al lector.

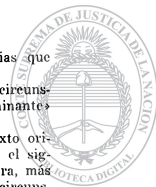


Artículo N.º 17. — «Serán consideradas circunstancias de mayor peligrosidad en el delincuente, cuando no hayan sido previstas como elemento constitutivo o como calificativas del delito:

- 1.º La vida precedente, personal, familiar y social, disoluta, deshonesta o parasitaria (Ferri, artículo 21 N.º 1).
- 2.º Los antecedentes judiciales por delitos y faltas (Ferri, id., N.º 2).
- 3.º Las condiciones orgánicas y psíquicas anormales, aunque no constituyan alienación ni traduzcan índole criminal, si han podido influir en la comisión de delito (Ferri, id., N.º 3).
- 4.º Haber obrado por motivos innobles o fútiles (Ferri, id., N.º 5; Rocco, artículo 61, N.º 1).
- 5.º El tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de preparación, ejecución y consumación del delito; las formas de participación en el mismo; la relación familiar o social con la víctima y la situación de inferioridad en que ésta haya podido encontrarse, en cuanto tales circunstancias acusen una mayor insensibilidad moral (Ferri, id., Nos. 6, 7, 8, 16; Rocco id., Nos. 4 y 5).
- 6.º Haber agravado las consecuencias del delito (Ferri, id., número 15; Rocco, id. N.º 8).
- 7.º Haber observado después del delito, una actitud agravante hacia la víctima, el perjudicado, la autoridad o las personas que hubieran acudido al lugar del hecho (Ferri, id., N.º 9, 14).
- 8.º Haber cometido el delito cuando razones de cargo, profesión, una más digna conducta personal y social (Ferri, id., N.º 12; Rocco, u otra situación particular, crearan, para el autor, la obligación de id., N.º 9, 10).
- 9.º En los delitos por culpa, el haber causado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable y fácilmente previsible» (Ferri, id., N.º 17; Rocco, id. N.º 3).

Art. 18. «Serán consideradas circunstancias de menor peligrosidad en el delincuente: 1.º la dignidad en la vida personal, familiar y social (Ferri, art. 22 N.º 1).

- 2.º El haberse distinguido por una conducta meritoria en el ejercicio de un cargo o profesión o por la realización de actos que revelen acentuados sentimientos sociales (Ferri, id., N.º 1).
- 3.º El haber delinquido en un estado de intoxicación transitoria, no provocada ni previsible (Ferri, id., N.º 4).
- 4.º El haber obrado por la sugestión de una multitud, de una asamblea en tumulto, o en circunstancias de excitación pública, cuando la personalidad del agente no acuse las anomalías previstas en el N.º 3 del artículo anterior (Ferri, id., N.º 6; Rocco, id., N.º 3).
- 5.º Haber procurado, espontánea y diligentemente, evitar o disminuir las consecuencias del delito o el daño causado, inmediatamente después de la comisión (Ferri, id., N.º 7; Rocco, id., N.º 6).



6.º La confesión del delito en forma y circunstancias que revelen remordimiento (Ferri, id., N.º 8).

7.º La miseria, cuando la naturaleza del delito y las circunstancias que lo rodearon, la señalen como causa determinante» (Ferri, id., N.º 4).

Hemos transcritto los dos artículos en su completo texto original, —por otra parte fácilmente accesible— para que el significado de cada concepto resulte genuino y, de esta manera, más claro. Entre las muchas observaciones que suscitarían las circunstancias en particular, son obvias las siguientes.

Nos parece que comporta una justificada extensión el agregado de «parasitaria» en el N.º 1 del art. 17, la cual se refiere a la figura del asocial. Parasitaria respecto a los individuos (por ejemplo: a cargo de parientes), parasitaria frente a la sociedad (por ejemplo: a cargo de instituciones de asistencia).

Sentado el principio de la responsabilidad legal, o mejor de la peligrosidad general, reviste gran valor el N.º 3 del art. 17, que representa una aplicación del mismo, lógicamente necesaria y socialmente inevitable.

También el N.º 9 es notable y merece aplauso, en cuanto corresponde a una exigencia social, que el incremento de la delincuencia culposa hace cada vez más imperioso.

En cuanto al art. 18, nos parece que debe señalarse como una fórmula bella y precisa, la enunciada en el N.º 1, la cual hace posible o, más bien, obligatoria, una investigación exhaustiva acerca del autor del delito, en el triple aspecto postulado por el positivismo.

Exquisitamente ágil y apropiado, el concepto a que se refiere el N.º 3; ni se requieren palabras para encomiar el significado justo y altamente humano del N.º 7 que vincula decididamente el delito a su fuente social. Con este punto se relacionan la adecuación de la multa, en concreto, a las condiciones económicas del delincuente y a las cargas de familia (Art. 80), y la conminación suplementaria de la multa por el delito caracterizado por el fin de lucro (Art. 81).

Sin embargo, la peligrosidad no queda circunscripta a estas fuentes: se la encuentra en todo el Código, se aplica a todos los delinquentes, menores, adultos, normales, enfermos de mente, psicópatas. De ella están impregnados todos los institutos, y así se halla presente, específicamente, en la tentativa imposible y a propósito de la condena condicional y de la liberación condicional, la cual, rompiendo vetustos dogmas de lógica jurídica tradicional, es admitida, cuando lo permite la valoración de la peligrosidad, hasta en los casos de reclusión perpetua (Art. 74).

3. Acaso por primera vez, un código o un proyecto llega a enunciar con fórmulas expresas la clasificación de los delinquentes. El art. 20 tiene, en consecuencia, un significado sintomático y realista que coloca a este encomiable proyecto en el reino de las innovaciones más notables. Creemos por ello oportuno transcribir directamente el art. 20 que a esto se refiere: «En razón de las circunstancias previstas en los arts. 17 y 18 de este Código y de las que puedan resultar por aplicación del artículo que antecede, el tribunal establecerá, de una manera fundada, la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar:

- a) Si cometió el delito, cediendo, exclusivamente, a una ocasión especial y transitoria.
- b) Si cometió el delito en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable.
- c) Si cometió el delito en estado de alienación mental, grave anomalía psíquica, inconsciencia completa o intoxicación crónica de alcohol, drogas o estupefactivos.
- d) Si la naturaleza y modalidades del delito o delitos cometidos, los motivos determinantes o las condiciones personales demuestran su índole criminal.
- e) Si con la comisión de dos o más delitos anteriores, no culposos, y consideradas las mismas circunstancias y el género de vida llevado, demuestra haber adquirido el hábito de delinquir o su tendencia a vivir, aunque sólo sea en parte, de los provechos del delito.
- f) Si antes fué condenado en el país o en el extranjero por otro delito que no sea militar o político, aunque hubiere mediado indulto o conmutación; y si la reincidencia, tenidas en cuenta las circunstancias especificadas en los dos párrafos anteriores, lo presentan como un sujeto peligroso.

Entonces es claro: a) delinquentes ocasionales; b) delinquentes por pasión; c) delinquentes locos y anormales (afectados de grave anomalía psíquica); d) delinquentes «de índole criminal» (instintivos por tendencia, congénitos en los cuales prevalece el factor individual; e) delinquentes habituales y profesionales; f) menores: estos son considerados aparte (Art. 21 y sig.), pero debemos incluirlos aquí. La minoridad penal parte de un mínimo, por así decir natural, no fijado en la ley, y se extiende hasta los 18 años cumplidos. A tales menores los clasifica el Proyecto, teniendo siempre en cuenta la peligrosidad, en las siguientes categorías (Art. 21): a) menor exento de peligrosidad; b) menor moralmente abandonado o peligroso; c) menor que revela una mayor peligrosidad o «per-





versión, impulsividad o tendencia a delinquir»; *d*) menores deficientes o enfermos (precisamente, art. 25: «Por deficiencia de sus sentidos o porque fuera retardado biológico o padeciera enfermedades mentales, nerviosas o infecto-contagiosas»). Veremos más adelante, en el cuadro de estas categorías, las sanciones correspondientes a cada una.

Es deber del juez individualizar en los casos concretos la personalidad del delincuente, a los efectos de las diversas categorías, lo cual se logra precisando la relación entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor.

Dos observaciones parecen oportunas aquí para comentar rápidamente el presente cuadro en el que se mueven figuras conocidas y de tan vivaz colorido.

¿Quién es el delincuente que los motivos definen como «de índole criminal» y al cual se refiere el N.º 4º. Nos parece que el Proyecto ha fijado la mirada en nuestro delincuente por tendencia (Cód. Pen. it. Art. 108) y como éste, y todavía más que éste, la figura escogida aparece carente de precisión. Dice la Exposición de Motivos: «El acusa una total ausencia de sentido moral y social. Parecería irrefrenable la tendencia que lo impulsa al delito; y, en la ejecución del mismo, deja patentizada por su crueldad o por su arteria, la falta de ese *mínimum* de capacidad éticosocial indispensable para la convivencia» (p. XVII).

Esto es como la paráfrasis de frases conocidísimas contenidas en la Relación ministerial de nuestro Código Penal; pero es lícito preguntar si después de las descripciones y las críticas que tuvieron lugar entre nosotros sobre este asunto, no era el caso de precisar y obtener algo menos vago. Tal vez esto no haya sido posible dado que se trata de una figura fugitiva, en la cual se descubre siempre más la anomalía biopsíquica. Y entonces, ¿no habría sido preferible transportarla a este último campo?

El segundo punto se refiere a los reincidentes, y aquí, en cambio, nuestro aplauso es pleno. El Proyecto alcanza aquí muy alto valor realista y positivista. Realiza un antiguo concepto nuestro: la reincidencia, por sí sola, no tiene valor firme ni preestablecido absoluto; ciertamente no puede ser considerada sino en concreto, según sea o no índice de peligrosidad. Este sano y humano criterio corresponde verdaderamente a los varios aspectos de la reincidencia: en suma, no «reincidencia», ente abstracto, sino «reincidentes», hombres de carne y hueso, con sus inevitables variaciones individuales. Lapalissiano... , pero ¡cuánto camino para llegar a ello!

Sin embargo, algo de esto puede encontrarse también en nuestro Código, el cual, en ciertos límites restringidos, confía al juez la facultad de excluir la reincidencia (artículo 100).

4. El delito, tratándose de un código, no podía ser concebido



sino en sentido jurídico y por ello aquí las innovaciones son pocas o ningunas. Es en el capítulo del «delito» (el II del libro I) que se evidencia la influencia de nuestro código penal vigente.

El proyecto no define la imputabilidad, de la cual ni siquiera habla. Lo que nos parece consecuente en un código organizado totalmente sobre la peligrosidad: la enumeración y la descripción individual de las diversas figuras de delinquentes deben bastar. Este es un punto que merecía ser retomado y discutido entre los secuaces del positivismo criminológico. Es obvio, sin embargo, que el delincuente imputable, en el sentido tradicional, podrá resultar por vía indirecta de la definición de los delinquentes enfermos de mente y afines, como sucede, por otra parte aunque a otros efectos, más o menos, en el código germánico.

El delito no es indicado sino por su elemento subjetivo; pero ni siquiera el elemento subjetivo del delito es definido, aunque está indicada su triple manifestación, de donde el delito doloso, preterintencional culposo, así como para nuestro código y casi con las mismas palabras.

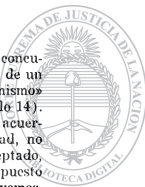
Como excluyentes del delito (más aún como causas de «inexistencia» del mismo) son contempladas las causas conocidas —se entiende sin hablar de imputabilidad y fuera de las psicopatológicas (las cuales sirven, en cambio, como ya vimos, para calificar ciertas figuras de delinquentes)— que en el lenguaje tradicional suelen considerarse como excluyentes de la imputabilidad o de la antijuricidad (ejercicio de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad).

No es preciso detenernos en ellas; más bien, ya que el hecho permanece, sería el caso de preguntarse si, en un código inspirado en la peligrosidad, no sería más propio referir todo precisamente al criterio de la ausencia de peligrosidad. ¿Qué otra cosa puede significar, en un régimen de peligrosidad, la inexistencia del delito? ¿Que el hecho no se traduce en ninguna figura típica de delito? La Exposición de Motivos dice, precisamente, que en estos casos no existe figura delictuosa (pág. XIV); pero, ¿por qué no existe? El hecho, considerado naturalmente, ¿no existe siempre? De todos modos, toda la parte psicológica no puede desembocar sino en la ausencia de peligrosidad.

También la causalidad es, aproximadamente, la de nuestro código, aunque resulte más rígida en cuanto no se repiten las excepciones admitidas entre nosotros: «Las causas preexistentes simultáneas o sobrevinientes que guarden una relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y su resultado» (Art. 5).

La tentativa tiene las mismas sanciones que el delito consumado, mientras que la tentativa imposible es considerada por sí misma y regida por el criterio de la peligrosidad, como ya hemos visto.

El concepto del nexo causal, antes expuesto, es transportado.



como entre nosotros, al concurso de personas: «Todos los que concurren, moral o materialmente, en cualquier forma a la ejecución de un delito, serán sometidos a las sanciones estatuidas para el mismo» (artículo 11). El concurso se extiende al delito culposo (artículo 14). Los casos de mandato no aceptado o de mandato aceptado o de acuerdo concluido para cometer un delito que después, en realidad, no se ejecuta, dan lugar a una sanción (en caso de mandato no aceptado, sólo para el mandante); pero aquí, diferentemente de lo dispuesto en materia de tentativa, se prescinde de la peligrosidad. No vemos, sin embargo, la razón de la diversidad, de manera que, sobre este punto, el Código nuestro (artículo 115) es manifiestamente preferible.

El concurso de delitos acepta la acostumbrada distinción: real e ideal. Según una graduación, sobre la cual no es del caso detenernos ahora, uno de ellos es reprimido con sanción única, que puede llegar hasta la reclusión perpetua; el otro, con la sanción mayor.

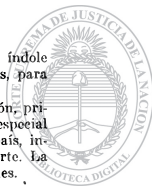
Con razón, la Exposición de Motivos afirma que el delito continuado es una realidad y no una ficción jurídica, y así lo acoge el Proyecto (artículo 75).

Como se ve, toda esta parte es menos importante desde nuestro punto de vista. Debemos, sin embargo, destacar que las fórmulas jurídicas son generalmente precisas y claras, técnicamente elaboradas.

No obstante, dirigiendo el pensamiento a lo fundamental, nos preguntamos si no era el caso de superar todas estas distinciones morfológicas, e invirtiendo la situación, trasfundir todo en el campo subjetivo, en la categoría de los delinquentes habituales, aunque fuere con algunas distinciones. Pensamos que sería el momento de romper el vetusto molde aritmético de esta materia, hasta ahora tan complicada.

5. Como se dijo, el Proyecto presenta las sanciones unificadas y esta es una de las innovaciones más simpáticas y sugestivas: innovación fundamental. Con ello sigue plenamente el Proyecto Ferri, sobre el ejemplo de los buenos proyectos cubanos y del Código Almaraz, demoliendo el dualismo en su posición más tangible y más cruda: distinción entre penas y medidas de seguridad. La Exposición de Motivos define la sanción como régimen y tratamiento de «readaptación o eliminatorio», jurídicamente considerada como simple «consecuencia jurídica del delito» (Exposición de Motivos, pág.XIX).

En cambio, no fué acogido el instituto de la condena indeterminada. Los autores, si bien entonan un himno a la misma, se lamentan de no haberla podido adoptar debido a las condiciones de su país: «Carecemos de los elementos indispensables para que tal institución sea lo que debe ser. Nuestras cárceles no permiten la implantación del sistema reformativo, que la sentencia indeterminada exige» (pág. XXIII). Sin embargo, se establece la reclusión por tiempo (relativamente) indeterminado, con un mínimo fijo, para los delinquentes



tes afectados de grave anomalía psíquica, para aquellos de índole criminal, para los habituales, para los reincidentes peligrosos, para los delincuentes reinterantes.

Las sanciones contempladas son pocas y precisas: reclusión, prisión, internación en un manicomio o en un establecimiento especial adecuado para la curación o el tratamiento, expulsión del país, inhabilitación y multa. Se advierte que falta la pena de muerte. La reclusión perpetua aparece solamente para casos excepcionales.

La Exposición de Motivos dice claramente que, si bien las penas han sido aumentadas a veces en relación al Código actual, no se ha querido expresamente una mayor severidad en las sanciones: «La eficacia de una ley penal no finca en la severidad de las medidas con que reacciona contra el delito, sino en las posibilidades que ofrezca de que semejantes medidas sean adecuadas a las condiciones personales del delincuente» (pág. XX).

Naturalmente, la peligrosidad es considerada de manera propia, como criterio fundamental para la aplicación de las sanciones, sea para los menores como para los adultos.

«En todos los casos el tribunal estudiará la personalidad del menor y apreciará las condiciones familiares y de ambiente en que ha vivido, tomando conocimiento directo del menor y haciendo practicar las informaciones y pericias necesarias para aplicar las sanciones que convengan a su educación y tratamiento» (Art. 26). «El tribunal requerirá todos los informes y antecedentes que sean necesarios para el más completo conocimiento de la personalidad del sujeto a quien haya de imponer la sanción» (Art. 61).

De donde, para la aplicación de las sanciones, el Proyecto considera las diversas personalidades delincuentes, ya enumeradas, adecuándolas a las mismas.

La reclusión y la prisión, evidentemente están destinadas a los delincuentes ocasionales de índole criminal, habituales, profesionales. Tienen ellas una organización moderna: trabajo obligatorio, separación celular únicamente nocturna, variaciones de régimen por edad (Art. 36) y sexo (Art. 37), liberación condicional, condena condicional. Una mayor especificación del régimen de las sanciones será materia de leyes reglamentarias.

Previsoras facilidades, inspiradas en sentimientos de humana indulgencia hacia los desamparados de la fortuna, permiten el pago de la multa por cuotas o mediante el trabajo libre.

Como ya dijimos, la reclusión es por tiempo relativamente indeterminado (es decir, con un mínimo fijo) para algunas categorías de delincuentes; con esto se relaciona la liberación condicional, justamente deferida al pronunciamiento judicial y fundada sobre el juicio pericial de peligrosidad (Art. 73).



Pero, prescindiendo de detalles, que serían sin embargo interesantes, urge considerar aquí, por llamar vivamente nuestra atención, los establecimientos para las categorías psicopatológicas y anormales.

La internación en un manicomio criminal o en secciones especiales de los manicomios comunes del Estado, se refiere a los delinquentes enfermos de mente; la internación en un establecimiento adecuado, se refiere a aquéllos que cometieron el delito en estado de completa inconsciencia.

Aquí afortunadamente no operan términos fijos, preestablecidos, y es este el criterio más ágil. La internación cesa con la cesación de la peligrosidad y en ello se delinea un procedimiento adecuado y de plena salvaguardia para los derechos individuales y sociales conjuntamente. La cesación de la peligrosidad se declara por el tribunal con intervención del ministerio público y previa declaración de los peritos de que el individuo ya no es peligroso; juicio solemne y contradictorio, colaboración técnica. Agréguese que para los inconscientes, la internación no procede siquiera cuando la peligrosidad ha sido excluida inicialmente por el tribunal. Feliz preparación para un procedimiento judicial que podrá todavía mejorarse. Nosotros, por nuestra parte, pensamos en un verdadero juicio análogo al actual, como se desenvuelve comúnmente para la imputabilidad y las penas.

Para los delinquentes anormales psíquicos e intoxicados crónicos son destinados establecimientos idóneos para su tratamiento y curación, o, mientras no existan, secciones especiales de los institutos de carácter oficial a ello adaptadas: régimen curativo y trabajo obligatorio en cuanto las condiciones del sujeto lo permitan. La internación es por tiempo indeterminado: pero aquí vuelve el rígido fantasma de los términos fijos (no inferior al máximo de la pena establecida para el delito ni, en ningún caso, menor de tres años). Cuando cesa la razón de la internación ésta se convierte en reclusión o prisión por tiempo indeterminado, siempre, sin embargo, con los límites indicados. Nos apresuramos a decir que este sistema no nos satisface en absoluto, ya que en el fondo viola los sanos principios adoptados por el Proyecto con respecto a los dementes y a los inconscientes. Nos parece, no sólo inicuo e imprevisor sino también absurdo que se trabaje para obtener la curación de estos desgraciados para volver a encerrarlos después en prisión como culpables de un delito del cual no serían responsables sino en parte. Sería lógico y humano que, prescindiendo de la imputabilidad y adoptando integralmente la peligrosidad, estas soluciones híbridas de neta marca dualista dejaran de tener ciudadanía en los códigos. De todos modos, reconocemos las dificultades que el Proyecto ha debido sortear. Por algo el problema más grave es hoy, quizá, el de los anormales (los llamados psicópatas), como lo demuestran la ley belga de defensa social y el recientísimo proyecto francés.



Las sanciones para los menores se distinguen de acuerdo con las tres categorías arriba indicadas. En efecto, se dispone para estas categorías: *sub a)* la entrega a los padres, al tutor o al guardador; *sub b)* la internación en un establecimiento educativo, público o dependiente de una institución privada, que consiste en un régimen psicopedagógico: «adecuado a la formación del carácter, instrucción primaria elemental, cultura física y enseñanza de un oficio o profesión» (Art. 27); *sub c)* la internación en un reformatorio o sección especial de un establecimiento público, con régimen de aislamiento nocturno, instrucción elemental y trabajo obligatorio; *sub d)* la internación en un establecimiento que corresponda a sus condiciones cuando no sea posible o conveniente entregarlo a los padres, al tutor o al guardador (Art. 25).

6. Este es el esquema del Proyecto en lo fundamental, el cual, sin duda, actúa los principios esenciales del positivismo criminal tal como son concebidos ahora, si bien —y es natural— no ha podido aventurarse en algunos perfeccionamientos deseables y acaso, por el momento, más propios de la elaboración teórica que de la aplicación legislativa. Algunas de nuestras observaciones, modestamente sugeridas se perfilan más bien para el porvenir.

El Proyecto atraerá sin duda la atención y el interés de los penalistas de todo el mundo y será saludado en todas partes como digno epílogo y meditado fruto de la ciencia penal argentina, renovada con el método del positivismo italiano que fué de inmediato acogido allí con simpatía desde su nacimiento radiante.

Sobre el destino de su Proyecto escriben los autores noblemente, sin jactancia pero con segura fe:

«La mayor eficacia de la aplicación de la ley proyectada dependerá de dos condiciones. La primera es la construcción de institutos penales dotados del material necesario para readaptar al delincuente por medio del trabajo, la educación y la disciplina. Necesitamos cárceles bien organizadas y sobre todo, bien dirigidas; la otra condición, tan primordial como la anterior, es la preparación especializada de la magistratura. La mentalidad del jurista, del civilista, que sólo concibe el derecho como un conjunto de normas lógico-abstractas para ser aplicadas al Hombre, no concebirá jamás la aplicación de la ley, distintamente, a cada hombre sometido a juicio, como debe ser hecha para no caer en el funesto yerro de dejar en libertad al peligroso o imponer una sanción prolongada al delincuente ocasional. El Proyecto obliga al juez a efectuar un estudio completo de la personalidad del delincuente y le entrega los medios de defender a la sociedad con un elevado criterio de apreciación, que le servirá para la racional aplicación de sus preceptos». (p. XIX).

Pensamiento realista que, a la vez que ilumina su grande y generoso esfuerzo, sirve también de simpático final a nuestra modesta reseña, rápida y por añadidura inadecuada.



FELIPE GRISPIGNI

*(«Anuario di Diritto Comparato
e di Studi Legislativi», publicado
por el «Istituto Italiano di Stu-
di Legislativi» de Roma, 1939,
vol. XIV, lusc. 6).*



Felipe Grisigni es profesor titular de derecho penal en la real universidad de Milán (1).

Dentro de la escuela positiva, Grisigni representa acaso la corriente que más concesiones ha hecho al método jurídico puro. Por esa razón, algunos lo consideran cultor del tecnicismo jurídico, más que verdadero positivista, como si debiera renunciarse de antemano a elaborar jurídicamente los postulados de la escuela, bajo pena de traición... al pensamiento de los adversarios, y como si un jurista de la escuela positiva no pudiera hacer «dogmática» por la circunstancia de creer que la ciencia escapa muchas veces a los dogmas de las leyes vigentes.

En 1911, después de varios artículos aparecidos en «La scuola positiva», publicó su trabajo titulado: «Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria» (Soc. Editrice Libreria, Milán, 1911), que es, como dice el autor mismo, «una tentativa de interpretación sistemática del derecho en formación», y en el cual, al cabo de un notable estudio de derecho comparado, concreta los puntos fundamentales de aquel sistema en los siguientes: 1) todos los autores de un delito (normales, anormales o alienados, menores o adultos) quedan sujetos al imperio del derecho penal; 2) el delito es el síntoma revelador de la personalidad criminal, y es más o menos importante según denote en el autor mayor o menor peligrosidad criminal; 3) la sanción no es la consecuencia necesaria del delito, pues ella sólo se aplica cuando persiste la peligrosidad; 4) clasificación de los delincuentes; 5) unidad esencial de las penas y las medidas de seguridad dentro del concepto de sanciones criminales; 6) la función del juez continúa más allá de la sentencia condenatoria, cuidando del tratamiento del delincuente, de su liberación, etc.; 7) la reparación del daño causado a las víctimas del delito es función de los órganos del estado. Estos son, precisamente, casi todos los principios consagrados en el proyecto de código penal argentino. La obra de Grisigni, por curiosa coincidencia, fué escrita en Rocca di Papa, lugar cercano a Roma, donde Ferri solía pasar sus vacaciones estivales y que evoca Belloni en otras páginas del presente volumen.

(1) La Real Universidad de Milán es de creación reciente. Sobre las bases de la llamada ley Gentile (real decreto del 30 de septiembre de 1923), comenzó a funcionar en 1924. Ese mismo año se organizó también definitivamente en la ciudad lombarda la Universidad Católica del Sagrado Corazón, gracias a la iniciativa del padre Agustín Gemelli que fué su primer rector y continúa hasta hoy en dicho cargo. Los diplomas otorgados por esta última tienen la misma validez que los conferidos por la Universidad



En 1920, Grispigni publicó en «La scuola positiva» un famoso artículo acerca de «La pericolosità criminale ed il valore sintomatico del reato». Luego formó parte, como Secretario, de la Comisión ministerial que preparó el célebre proyecto de 1921. Poco después, en 1924, fué designado para ocupar la cátedra de sociología criminal que acababa de crearse en la nueva universidad de Milán. Fruto de su enseñanza es la «Introduzione alla Sociologia criminale». (Turín, UTET, 1925). Posteriormente convertida dicha cátedra en la de derecho penal, que desempeña en la actualidad, dió a la imprenta su «Corso di diritto penale secondo il nuovo codice» (vol. I, Padua CEDAM, 1931; y vol. II, ídem, 1935, del que han aparecido sólo 164 páginas).







(Estudia las transformaciones de la legislación penal durante los últimos diez años: el proyecto, preliminar francés; el código penal de Rumania; el proyecto de código criminal brasileño (Alcantara Machado); el código penal chino; el código penal polaco; el primer código penal de la confederación suiza; el código penal uruguayo; el código de Dinamarca; la ley belga de defensa social; el proyecto inglés de reformas: *Criminal justice bill*; el código ruso; el proyecto cubano; el código penal de Méjico; el código de Colombia; el proyecto de código penal argentino; el nuevo código alemán de inminente publicación).

Pág. 653:

§ 19. ARGENTINA. — Pero donde la realización de los principios positivistas se verifican de manera total, aun desde el punto de vista formal, es en el reciente *Proyecto de Código penal para la República Argentina* de 1937.

De él se han ocupado ya diversos escritores ⁽¹⁾ y, por tanto, bastará con limitarse a breves observaciones. Ante todo es preciso advertir, sin embargo, que no se trata de un proyecto cualquiera destinado a quedar en el papel, pues ha sido elaborado por los profesores Coll y Gómez por encargo del Ministro de Justicia y, posteriormente, el mismo Coll ha llegado a ser —y es todavía— Ministro de Justicia. Por otra parte, las ideas que realiza dicho proyecto corresponden a la mayoría de los hombres de ciencia argentinos, quienes desde hace largo tiempo han manifestado la más viva ad-

(1) El mismo Gómez, autor del proyecto junto con Coll, ha querido señalar su significado con un escrito: «*La reforma penal argentina*», publicado en la *Revista Penal*, 1938, pág. 781 y siguientes. Coll había expuesto precedentemente los criterios con los cuales había sido elaborado el proyecto en un artículo: «*Una nueva teoría de la responsabilidad social. La técnica jurídica de la peligrosidad en el proyecto de código penal argentino*», en la revista de *Psiquiatría y Criminología*, 1937.

Cfr. además: Florian, «*Trionfale marcia del positivismo: Progetto del cód. penale argentino*», en *Scuola Positiva*, 1938, I, p. 25; Belloni y Laplaza, *Progetto di cod. penale argentino*, traducido e ilustrado, Milán, 1938; Belloni, «*Il nuovo progetto argentino nello sviluppo delle riforme penali*», en *Criminalia*, 1937, p. 317 y sig.



hesión a las doctrinas positivistas (basta recordar los nombres de Rivarola, Ingenieros, Ramos, Loudet) ⁽²⁾, en base a las cuales ya se habían cumplido notables progresos en el campo penitenciario (célebre la *Penitenciaría Nacional*, dirigida por Ballvé).

La disposición central es la relativa a la aplicación de las sanciones. Establece el art. 61: «La sanción será impuesta al delincuente, dentro de los límites fijados para cada delito, según la peligrosidad establecida conforme con las disposiciones de los artículos 17, 18 y 19» ⁽³⁾.

Tales artículos regulan las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, las cuales, según la expresión del art. 19, deben servir para «establecer el grado de peligrosidad» y además, como dice el art. 20, para «establecer de manera fundada la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor», es decir, la categoría a la cual pertenece cada delincuente.

Bajo el Título: *De las sanciones*, se enumera en un mismo artículo tanto la reclusión, la prisión y la multa, como la expulsión del estado y —*horribile dictu!*...— «el internamiento en un manicomio o en un establecimiento público adecuado para la cura o el tratamiento».

El principio de la responsabilidad legal celebra así su triunfo ⁽⁴⁾

(2) Una exposición completa sobre el desenvolvimiento de la ciencia penal en la Argentina es ofrecida por Laplaza, «*Oli studi penali in Argentina*», separata de la *Giustizia Penale*, I, 1938, fasc. II.

Los precedentes de la legislación penal en la Argentina son expuestos por Ramos, «*Die Entwicklung der Strafrechtsreform in Argentinien*», en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, p. 59 y sig.

Pero ya en la Relación que acompaña al proyecto se pone de relieve que éste «continúa la tradición científica argentina en materia penal» y se recuerda como Tejedor, en 1865, propuso la pena relativamente indeterminada para algunos casos. En 1888 varios estudiosos, entre quienes estaban Rivarola y Drago, fundaron la sociedad de Antropología jurídica. Posteriormente, bajo la influencia del proyecto Ferri, se aceptan las instituciones preconizadas por la escuela positiva, manteniendo, sin embargo, principios anticuados que responden a prejuicios filosóficos. En 1924 se elabora un proyecto de ley sobre la peligrosidad sin delito, y en 1929 se elabora otro proyecto de reformas al código vigente en el que se adopta el principio de la peligrosidad. Tal proyecto se ha convertido en ley en 1932 (sic.).

(3) En la Relación que acompaña al proyecto se consigna (p. 4): «Es de la teoría de la peligrosidad de donde derivamos nosotros la solución del problema de adaptar la ley y sus sanciones al hombre delincuente. El mayor mérito que puede ofrecer nuestra obra es el de haber aplicado con un sentido jurídico estricto el principio de la peligrosidad».

(4) En la Relación que acompaña al proyecto se dice (p. 16): «todo autor de delito, cualquiera sea el grado de su desarrollo mental y cualquiera sea el estado de su salud mental, acción o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones. Conservamos, pues, sin reservas ni limitaciones de ningún género el principio de la responsabilidad legal, que es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva».



y la pretendida distinción esencial entre penas y medidas de seguridad es sepultada sin mayores honras ⁽⁵⁾.

Las diversas categorías en las cuales se distingue a los delinquentes están indicadas en el art. 29, mientras que en los artículos 62-66 se determinan las diversas sanciones a aplicarse para cada categoría. Tal distinción de los delinquentes corresponde sustancialmente a la propuesta por Ferri, es decir: delincuente de ocasión; por pasión social; por alienación mental; por índole criminal; por hábito; por profesión.

A los delinquentes menores de 18 años se les dedica un título aparte, en el que no nos detenemos porque ya casi todas las legislaciones se han equiparado al establecer un tratamiento adecuado para esta categoría.

Pero —como ya hemos advertido—, no nos proponemos exponer analíticamente el contenido de este proyecto, tanto más cuanto nuestros adversarios no han discutido en lo más mínimo el carácter que él presenta, es decir, el de ser una realización positivista orgánica e integral, aun desde el punto de vista formal. Nos limitamos, pues, a destacar cuan particular significado asume este proyecto en la historia del derecho penal, ya que consagra el triunfo de la doctrina positivista ⁽⁶⁾ en un país católico y regido por un gobierno liberal-nacionalista. No son ya, entonces, solamente el Méjico socialista o la Rusia bolchevique los que acogen la concepción modernista en las propias legislaciones. . . Cae así otra mísera tentativa de especulación de nuestros adversarios.

(5) «El proyecto no podía consentir la distinción entre penas y medidas de seguridad que consagran las escuelas intermedias. Semejante distinción es inconciliable con el principio de la responsabilidad legal, que nosotros admitimos. Por esto es que en el proyecto aparecen reunidas, bajo el nombre de sanciones, todas aquellas medidas a las cuales deben ser sometidos los delinquentes». Así escribe Gómez en el citado estudio de la *Revista Penalé*, p. 788.

(6) «En perfecta coincidencia con el credo científico de sus autores, el proyecto argentino traduce los postulados fundamentales de la escuela positiva», escribe Gómez en la *Revista Penalé*, ya citada, p. 782.



JULIO ANDRES BELLONI

(«*Criminalia, Rassegna italiana di Studi Penali*». Roma, año I, octubre - diciembre 1937, fasc. IV, pág. 317).





El Nuevo Proyecto Argentino en el Desarrollo de las Reformas Penales



SUMARIO: 1. — El acontecimiento científico del nuevo Proyecto argentino de Coll y Gómez. 2. — «Dualismo y unitarismo» de las sanciones penales: proyecto francés, códigos griego, romano, proyecto suizo, etc., proyecto Ferri, proyecto Ortiz, proyecto Vieites, código Almaraz, proyecto Coll y Gómez. Valor progresivo de la faz dualista y valor absoluto de la forma unitaria. Reflejos formales de dualismo en los códigos de Colombia y Méjico y su sustancial unitarismo. El paso hacia adelante del proyecto argentino: su sistema de las sanciones. 3. — Cuestión de la determinación de las condenas: solución jurídica adoptada. Doctrina no seguida por Jiménez de Asúa. Doctrina italiana adoptada. Realizaciones de Méjico y de Colombia, de conformidad con la doctrina italiana. Referencia al sistema de Martínez de Castro, modernizado en 1929. Sistema de las penas pecuniarias en el proyecto argentino. Referencia al sistema Almaraz. 4. — El proyecto Coll-Gómez en conjunto. Su sistematización científica. Principios de la defensa social y de la peligrosidad criminal. Reparación del daño criminal. Desde el delito al hombre delincuente: la sanción como medida de seguridad. 5. — Conclusión.

* *

1. Una nueva afirmación de la escuela positiva, otro gran estado latino del nuevo mundo, particularmente querido por nosotros los italianos, avanza por el camino del progreso legislativo en materia penal: la Argentina se dispone a adecuar finalmente sus normas penales a la fervorosa cultura criminológica que caracteriza a América. Hablamos del proyecto Coll-Gómez ⁽¹⁾. Tal es el acontecimiento que estimula nuestro afán por el progreso de la justicia penal y de la escuela penal italiana, y que tenemos la fortuna de registrar y considerar al cerrarse el primer año de vida de nuestra Revista.

No se trata, en efecto, de una mera ampliación del campo de realización de los nuevos principios penales, sino de algo más, es decir, de un progreso en la forma misma de realización que se acerca mucho a la orientación señalada en Roma, hace dieciséis años, por el proyecto Ferri.

Para confirmar lo dicho, no estará demás comparar los códigos homogéneos, empezando con la reseña somera de las características de la reforma penal promovida por los distinguidos colegas Coll y Gómez, relacionándola con las anteriores afirmaciones positivistas del mundo latino de allende el océano.

¿Cuáles son, pues, los caracteres típicos generales del proyecto Coll-Gómez?

(1) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública (de la República Argentina). Proyecto de código penal para la República Argentina redactado en cumplimiento del decreto del 19 de septiembre de 1936 y precedido por una exposición de motivos, por los doctores JORGE E. COLL y EUSEBIO GÓMEZ. Buenos Aires, Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937, pág. LX-124.



El cultor de la comparación jurídica, advierte a primera vista que este nuevo texto pertenece, también al sistema de aquellos cuerpos de leyes que —en contraposición al sistema de la *common law*, importado de Inglaterra a los Estados Unidos de Norteamérica y al Canadá— son clasificados por la doctrina como de tipo *latino*, y se caracterizan con el sello de la distinción dicotómica de los delitos (sistema toscano, opuesto a la tricotomía de los franceses y de los anglosajones). Pero lo que más interesa ahora en el proyecto Coll-Gómez, es el unitarismo de las sanciones (en oposición con el dualismo de «penas» y «medidas de seguridad») concebidas modernamente de manera que la llevan a la altura de un texto positivista, en línea directa con el proyecto Ferri y el código Almaraz.

Como estos, por otra parte, el proyecto Coll-Gómez contempla solamente los delitos, reservando el otro elemento de la dicotomía de los hechos delictuosos, las contravenciones, para los reglamentos especiales ⁽²⁾.

Dejamos de lado la parte especial, cuya sistemática —dicho sea de paso— nos hace preferir el libro II del Código Rocco, para destacar estas primeras características eminentes de la estructura del nuevo texto, a la que debe agregarse otro rasgo notable: el de la brevedad y agilidad de estilo, superiores a las de los otros textos correspondientes en el mundo latino ⁽³⁾, y el de su lenguaje, exento de toda jerga técnica, claro y accesible a todos —como lo quería

(2) La comisión redactora, de conformidad con el voto expresado por CRIMINALIA (pág. 84, del corriente año), ha rechazado la idea, que fuera sometida expresamente a su examen, de incorporar también a su proyecto las normas relativas a las contravenciones. Confirma por lo tanto, el criterio de Ferri (Proyecto de 1921. Informe: Criterios fundamentales de la reforma, N.º 1; y *Principios de derecho criminal*, pág. 124-27). Es sabido que la ley penal argentina ya se inspira en aquellos principios: el código penal contempla solamente los delitos, al par de los códigos mejicano y colombiano. Como ejemplo notable de ley de contravenciones en la Argentina, recordamos el proyecto Soler: *Anteproyecto de código de faltas para la provincia de Santa Fe* (Córdoba, 1936), sobre el cual hemos escrito en *Scuola Positiva*, 1936, IX-X.

(3) A los fines de la comparación con los demás textos positivistas de los países latinos, damos un cuadro en el cual está anotado el número de los artículos que cada uno dedica a la parte general (libro I) y, al lado, el número total de los artículos de cada texto, sin contar las disposiciones transitorias. En la lista, ordenada según el orden creciente de extensión de la parte general, el proyecto argentino está a la cabeza, aun cuando no gana en laconicidad al texto del código criminal polaco: 92 artículos. Observamos que si los legisladores colombianos hubiesen podido suprimir, como aconsejamos, el superfluo artículo 24, el código colombiano no estaría en el segundo lugar, si bien no podría ocupar el primero en cuanto a rigurosidad técnica de la redacción, en lo cual el proyecto argentino es superior.

Sobre el nuevo código colombiano, solamente nosotros hemos escrito, hasta ahora, en Europa (véase, últimamente *Scuola Positiva*, 1937 VII-VIII).

TEXTOS	LIBRO I	TOTAL
Proyecto Coll-Gómez	114	393
Código colombiano	115	431
Código mejicano 1931	122	400
Proyecto Ferri	131	—
Código Almaraz	290	1222

Recordamos que el código penal vigente en la Argentina (1921-22) consta de 302 artículos, de los cuales 72 están dedicados a la parte general, mientras que el código Rocco consagra 240 a la parte general y está compuesto de 649 artículos, sin contar la parte de las contravenciones (734 artículos en total). Recordamos también que la demasiada extensión fué un defecto técnico bien evitado por el proyecto Ferri y muy reprochado al código Almaraz por sus «revisores», los cuales, en la nueva ley de 1931 se mantuvieron alejados de él.



nuestro Ferri (*)— a pesar de que la redacción del proyecto aparece evidentemente apurada y podría ser mucho más concisa, defectos estos que la revisión podrá corregir con facilidad.

*
* *

2. Hace veinte años, en el curso de la superación, —trabajosa, retardada, pero irresistible— del sistema penal clásico, por obra de las nuevas orientaciones positivistas en el terreno de las reformas legislativas, se había diseñado netamente y era puesta de relieve como proceso transaccional por la serena clarividencia de Ferri, la faz del eclecticismo al cual pertenece el código Rocco. A esta faz corresponden ahora, además del código Rocco, el proyecto checoslovaco (1926), los códigos yugoslavo (1929), polaco (1932), danés (1934), el proyecto preliminar francés de 1934, el código griego (1934), el chino (1935), el rumano (1936), el proyecto suizo (1937), etc.

Esta faz se caracteriza, como es sabido, por la solución de compromiso adoptada entre ciertos postulados del derecho penal de los antiguos clásicos y las exigencias expresadas por la conciencia científica moderna; es decir, por la adopción, esencialmente de penas (elemento arcaico), por un lado, y de *medidas de seguridad* (elemento moderno), por el otro: he ahí el dualismo.

La solución científica integral exige, en cambio, —como indicaba el proyecto Ferri de 1921, y luego, entre otros, el proyecto Ortiz y el proyecto Vicites de Cuba, y, también la primera afirmación audaz de la escuela penal italiana en la legislación positiva: el código Almaraz— la solución monista.

No nos detendremos a recordar que la idea del agregado de las medidas de seguridad, procedente de Alemania, fué recogida por primera vez en el proyecto suizo de 1893, de Karl Stooss, y realizada por primera vez en el efímero código penal español de 1928-29 (5). Es una idea envejecida que ya no satisface la conciencia científica contemporánea.

(4) Este resultado de la forma literariamente popular en la redacción del código, responde a una exigencia conciente de los colegas Coll y Gómez, quienes, inspirándose en la conocida máxima de Montesquieu, se han preocupado constantemente de ello. Véase: *Exposición de motivos* pág. X.

(5) Excepción hecha de pocas leyes penales, como la portuguesa (1886), la austriaca (que además de las «penas» prevé solamente «penas accesorias», algunas veces correspondientes —como en nuestra legislación penal anterior a la de Rocco— a las medidas de seguridad: interdicción de un oficio o profesión, segregación pedagógica especial para los menores, internación en casas de trabajo, etc.), así como la albanesa (1928) y la turca (1926) modeladas sobre nuestro código de 1889-90, y también la siamesa y algunas otras, además del código de la República de San Marino (1865), todas las legislaciones se han orientado hacia las «medidas de seguridad». Para diversos datos acerca de las medidas de seguridad véase: *Résumé de documents en matière pénale et pénitentiaire*, de J. Simon van der Aa, de la universidad de Groninga, en Holanda.



Esta última exige el repudio absoluto de toda concepción vulgar y anticuada y la adopción de un sistema unitario de sanciones, correspondiente a la experiencia crítica y a la conciencia de la competencia cultural: sanciones de la más diversificada graduación, adaptables a los casos más variados, pero inspiradas en un único principio lógico, nunca contradicho.

Desde el punto de vista de la evolución, la faz transaccional del eclecticismo, representa justamente para los positivistas, una contradicción activamente corrosiva, metida dentro de la maciza y orgánica estructura del viejo sistema penal clásico, y por ella representa un camino que conduce hacia la desaparición completa de los escombros del pasado y hacia la plena realización de los principios modernos. Es —considerada en el presente— reflejo de las posibilidades prácticas que la reforma penal del viejo mundo encuentra en el tiempo. Porque, no hay que olvidarlo, el viejo mundo se desenvuelve a través de complejas y pesadas tradiciones, mientras que la reforma integral auspiciada es un producto de alta cultura que pone de manifiesto un *Sollen* (empleamos el término exótico, tan grato a nuestros profesores de Filosofía), un *deber ser*, pero el ser de hecho y sus posibilidades inmediatas no consienten la equiparación instantánea y completa de la realidad con el ideal, aun cuando este haya extraído sus motivos de las entrañas mismas de aquella y no se pierda en los cielos nebulosos de la utopía.

En verdad, para la realización de los postulados de la moderna escuela italiana de derecho penal, se requiere no sólo la remoción de arraigados prejuicios populares, secando y saneando los pantanos académicos —que tal vez pudieran ser operados con hierro y fuego—, sino también la formación, no susceptible de ser improvisada, de una clase técnica de administradores de la justicia con cultura apropiada, y una radical reforma penitenciaria (6).

La formación de esta clase y la conciencia de la inadecuación de los viejos establecimientos penitenciarios, es precisamente la función práctica que con ritmo creciente viene promoviendo la faz ecléctica de las legislaciones. Con su eclecticismo, la ley positiva, plantea hoy problemas de orden práctico que ayer no existían, y los plantea a los «prácticos», a los magistrados y a los profesionales. Con ello se valoriza y se desarrolla gradualmente la cultura científica como Ferri había previsto.

(6) Véase, sobre este punto, Ferri: *Principii di diritto criminale*, pág. 655-58, recordando el orden del día de una de las primeras sesiones de la comisión redactora del proyecto italiano de 1921, acerca de las reformas previas requeridas por la ley penal moderna y la autorizada conformidad de Mortara (sobre el cual, v. CRIMINALIA, del corriente año, pág. 84-86 y 162-53).

Coli y Gómez, en la citada *Exposición de motivos*, pág. IX y X, exponen a este propósito sabias consideraciones y dan muestras de una adaptación concienzuda al repudiar la sanción «indeterminada» (pág. XXIII).



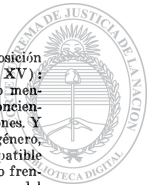
La faz ecléctica, que extiende su realidad a través del mundo, de Europa hasta América y Asia, (aquí, por ejemplo, con el nuevo código chino) ha ido imponiendo el reflejo formal de su dualismo. También las dos legislaciones latinas del nuevo mundo que realizan los postulados del positivismo penal (el principio de la responsabilidad penal sin excepciones de menor edad, de enfermedad mental, etc.), en Méjico (América Septentrional) y Colombia (América Meridional), se han adaptado, aun cuando sólo formalmente, a dicho dualismo. Tal dualismo, en efecto, separado de su presupuesto de dos órdenes distintos: de moralmente imputables y moralmente no imputables, en Méjico y Colombia está subordinado al gran principio penal moderno, llamado (impropiamente) de responsabilidad legal o social, o mejor universal ⁽¹⁾. Pero, en tanto, encontramos también allí, sino la división de los medios represivos penales en las viejas penas y las nuevas medidas de seguridad, la subdivisión de las sanciones en penas (modernizadas) y medidas de seguridad, de manera que podemos observar como la *forma de la faz dualista aparece casi universalmente*, al punto que ni los más progresistas legisladores se atreven a reeditar la audacia de Almaraz haciéndola desaparecer. La modernización prosigue impensadamente bajo las mismas formas de dualismo.

Hemos dicho «casi universalmente» y no «universalmente», ya que aparece sobre el horizonte de la fenomenología jurídica otro progreso formal señalando una etapa más avanzada: el proyecto Coll-Gómez.

Se renueva la audacia de Almaraz con una técnica más adecuada a la madurez de los tiempos y que permite esperar mejor suerte. La audacia reside en haber adoptado el unitarismo también formal.

No encontramos la formulación expresa de un artículo correspondiente a los arts. 18 del proyecto Ferri y 32 del código Almaraz, conforme con la sanción legislativa mejicana de 1931 y del nuevo código penal de Colombia. Este ya no presenta las vacilaciones de los mejicanos, que tanto amargaron a Almaraz. En el informe que acompaña al proyecto definitivo se lee: «No hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada los actos de los locos, de los anormales, de los intoxicados, de los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad, deben también estar sometidos a la acción del código penal, de la misma manera que los normales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad de todo individuo que comete un acto antisocial, calificado como delito, y cualesquiera sean las condiciones psíquicas en que se encuentre».

(1) No podemos aquí extendernos más sobre este tema, pero remitiremos a aquellos que se interesen por el asunto, a nuestros precedentes estudios, especialmente: «El dualismo penal y las modernas legislaciones latinoamericanas», en «Presupuestos de la Criminología penal», fasc. III, 1936.



Palabras que corresponden exactamente a las de la exposición de motivos del proyecto Coll-Gómez, en donde se lee (pág. XV): «Todo autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, proceda o no concientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones. Y consagramos, pues, sin reservas ni limitaciones de ningún género, el principio de la responsabilidad legal, que es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva». «La acción del estado frente al delincuente —dice más adelante el informe de los autores del nuevo proyecto argentino, los cuales, con propósito deliberado la fundan en exigencias prácticas, innegables universalmente, prescindiendo de enunciados que trascienden de la materia de un código penal, y por ello fuera de lugar (*)—, se traduce en la coerción que se impone al reo para someterlo a un régimen o tratamiento de readaptación o eliminatorio en defensa de la sociedad. La denominamos sanción, usando la terminología del proyecto italiano de 1921, porque ella expresa, sin equívocos, el significado de consecuencia jurídica del delito. *Por otra parte excluye —dicen todavía— la distinción, inadmisibles en la postura científica que hemos tomado, entre penas y medidas de seguridad*» (*).

* *

*

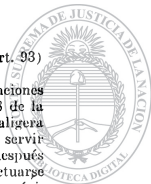
Las sanciones, previstas unitariamente en el proyecto son (Art. 30):

1. reclusión;
2. prisión;
3. internación en un manicomio o en un establecimiento especial de cura y tratamiento;
4. expulsión del país (sanción accesoria contra el extranjero particularmente peligroso);
5. multa.

Ya que no nos proponemos, con las presentes consideraciones sobre el proyecto argentino, más que ofrecer un ensayo —que otros completarán luego— no daremos mayor extensión al estudio de las medidas mencionadas, ni al de las instituciones de la reparación del

(8) Conviene observar la convergencia de esta orientación con la nuestra. Véase Belloni: «Observando y recapitulando» y «El sistema penal moderno y la ética» (alejándonos de la doctrina contenida en las sutiles observaciones de Laplace en «Razón pública y sistemas penales», en *Criminalia*, pág. 209 y sig., si ellas van más allá de señalar una contradicción de los técnico-jurídicos a la manera de Rocco, que nosotros no vamos a contradecir aquí, puesto, que de hecho lo que acontece en la Argentina, así como anteriormente el proyecto Ferri y la reforma penal en Méjico y Colombia, refuta toda interpretación arbitraria, que sería contraria a la misma concepción de Laplace).

(9) Exposición citada, XIX. Coll, conjuntamente con Ramos, se destacó por haber combatido aquel dualismo en el Congreso internacional de derecho penal de Bruselas (1926), que fué la primera gran afirmación de la *Asociación Internacional de Derecho Penal* (surge en 1924, en reemplazo de la *Unión Internacional de Derecho Penal* de antes de la guerra). Entonces Coll se encontró al lado de Enrique Ferri: Véase, *Scuola Positiva*, 1926, XII; E. Ferri, «La criminología italiana en los congresos de Bruselas y de Viena», V. en *Revista Penal Argentina*, t. VI, la relación de Coll y Ramos.



daño (Arts. 92, 94, 98) y de la publicación de la condena (Art. 93) que integran a aquéllas ⁽¹⁰⁾.

En cuanto a la concepción moderna del sistema de las sanciones en el proyecto Coll-Gómez, después de recordar el artículo 18 de la Constitución (ley fundamental que, integrando la ley penal, aligera a esta última de ciertas disposiciones): «Las cárceles deben servir para custodia, y no para castigo de los condenados. . . », y después de haber observado que las sanciones de detención deben efectuarse todas —de conformidad con el proyecto de código penal— en régimen de trabajo con fines de educación moral de higiene, de habitación técnica y rendimiento económico ⁽¹¹⁾, debemos recordar que el sistema está totalmente inspirado en función del criterio básico de un código moderno: El de la peligrosidad criminal que se trata de combatir en el delincuente. Repetimos que en el contexto de las normas es realizado plenamente el principio de la correspondiente responsabilidad universal (Art. 4-29).

*
* *
*

3. No se acepta, por otra parte, la tesis, cara a Jiménez de Asúa, de la condena indeterminada; tesis que responde, ciertamente, a postulados de lógica abstracta o a la visión de una «sociedad-límite», para decirlo con los sociólogos, pero no a las condiciones de civilización de nuestro siglo que, precisamente, tiene la gran misión de liberarse de las moles de la ignorancia y de la falta de humanidad del pasado, y de realizar y perfeccionar institutos técnicos adecuados ⁽¹²⁾ y asegurar un gran desarrollo de la capacidad profesional y moral de los organismos judiciales ⁽¹³⁾.

(10) Hemos querido componer una tabla de comparación entre las distintas sanciones, las del proyecto y las de los códigos mejicanos y colombianos: resalta por sí misma la sinteticidad de la distinción de Coll y Gómez. Pero la tabla es demasiado complicada debido a la diversidad de los tres textos respecto de los tipos de especificación, y resulta demasiado extensa —el código mejicano enumera más de 17 variedades de sanciones— para reproducirla aquí con alguna utilidad.

(11) Arts. 32 y 38. Véase: *Exposición de motivos*, citada, pág. XX-XXI, donde se hace mención de la «norma insuperable del proyecto italiano de 1921». Nosotros debemos recordar las correspondientes normas de las leyes penales mejicana (cód. pen., artículos 72, 79, 81) y colombiana (nuevo cód. pen., arts. 43, 62, 65, 70).

La remuneración del trabajo del condenado debe ser intangible: ninguna sanción disciplinaria puede tomarla. La duración del trabajo obligatorio no será dejada al arbitrio administrativo, pues el proyecto fija la duración en 44 horas semanales (Art. 39); la administración penitenciaria establecerá los horarios. Se consignan provisiones especiales para el trabajo de las mujeres (Art. 37).

(12) Tenemos que mencionar una vez más, a título de ejemplo y de honor, lo que a este propósito se está haciendo en Bélgica, y de lo cual es incansable animador nuestro amigo Luis Vervaeck. También en la Argentina existen comienzos de realización, dignamente derivados de aquéllos que justamente despertaron, en su tiempo, la admiración de nuestro Ferri.

(13) Véase, nota 6.



Hemos hecho mención de la tesis de Jiménez de Asúa, extendida en forma ingenua y antijurídica ⁽¹⁴⁾, porque es notable que la Argentina—en la cual tuvo tanta resonancia la doctrina de dicho autor, aunque no siempre con beneficio científico— se inspire ahora, con tanta lucidez como firmeza, en la realidad práctica y en las complejas exigencias del derecho.

Séanos permitido, en este punto, referirnos a la doctrina italiana.

«Aquí —había dicho Ferri en el informe con que acompañaba su Proyecto, en la parte relativa a la valoración de la peligrosidad— radica un aspecto muy delicado e importante de las reformas propuestas, ya que la importancia asignada a la personalidad viva del delinuyente, mientras, por una parte, hace aún más difícil fijar en la ley, con normas rígidas y automáticas, las sanciones para cada autor de un hecho delictuoso, por la otra, no puede dejar al juez un arbitrio ilimitado y sin contralor que podría comprometer las irrevocables garantías del derecho individual conquistadas por la escuela clásica en la civilización moderna». Y, como es sabido, el proyecto Ferri se proponía superar las dificultades mediante un triple orden de medidas: preparación de la magistratura, a hacerse dentro de las universidades; normas en el código sobre la peligrosidad de los delinuentes (Arts. 20-22 y 74-77 del Proyecto); y garantías de tutela jurídica aseguradas al condenado y a su familia en la ejecución de la sentencia, sobre la que se extiende la acción jurisdiccional mediante una forma adecuada de contradictorio de las partes (capítulo V del título III del proyecto Ferri).

Respecto de esta última exigencia, recordamos el magnífico ejemplo de la ley belga de 1930 de *défense sociale* contra la delincuencia de los reincidentes y de los alienados, el procedimiento de la cual merece que se tenga presente como uno de los ejemplos más notables que sobre este tema ofrece Europa al estudioso del derecho comparado.

Volvamos al proyecto argentino. No acepta en absoluto el llamado principio de la condena indeterminada, pero acepta el

(14) Véase en *Scuola Positiva*, 1934, fasc. III-IV, nuestras críticas a la *Ley de vagos y maleantes* española del 4 de agosto de 1933, y que Jiménez de Asúa presenta como afirmación científica de primer orden. Téngase presente la obra del mismo Luis Jiménez de Asúa: «*El nuevo código penal argentino* (de 1922), etc., Madrid, 1928, presentado por Ramos y Coll. Entre otras cosas que no pueden aplaudirse, el autor de aquel libro escribió (pág. 360-361) palabras sin sentido jurídico y de hecho simplemente falsas, contra la concepción de Enrique Ferri sobre «*La función jurídica del criterio de peligrosidad criminal*» (publicada en *Scuola Positiva*, 1926, pág. 433-46, y luego recopilada en «*Principios de derecho criminal*»). Nosotros, que habíamos señalado modestamente —en «*Études criminologiques*», París, 1929, pág. 273— en aquel trabajo, la gran contribución última de nuestro criminalista a la definición jurídica de la nueva escuela penal italiana, aprovechamos esta oportunidad para elevar nuestra protesta contra las críticas opuestas por Jiménez de Asúa. Y nos place, así, hacernos eco de una glosa del inolvidable Daniel, cuando reaccionó contra la circulación que se daba en la Argentina a afirmaciones contrarias a la ciencia italiana y a las exigencias jurídicas de todo país de civilización común.



de una *indeterminación relativa*, la cual, desde la discrecionalidad ordinaria de la individualización de la condena dentro de límites más amplios que los de la ley todavía vigente, establecidos en general para todo delito —individualización que debe hacerse según la *peligrosidad criminal* del reo (Art. 17-20)—, llega hasta la sanción indefinida (en el máximo) para los delinquentes alienados o particularmente peligrosos desde el punto de vista antropológico-criminal ⁽¹⁵⁾.

No se diferencia, pues, del actual proyecto Coll-Gómez, el proyecto Ferri, el cual, como es sabido, condicionando las sanciones penales a la peligrosidad criminal de los sujetos, establecía ciertos límites generales —máximo y mínimo— para los delitos, salvo algunos casos bien especificados (como en los de los Arts. 64 y 65 del proyecto Coll-Gómez), en los cuales la ley debía consignar sólo el límite mínimo, o (como en los casos de los Arts. 62 y 63 del proyecto Coll-Gómez) ningún límite por tratarse de una sanción estrictamente médica (manicomio criminal).

En forma análoga establecen el código penal méjicano (Arts. 51-52) y el colombiano (Arts. 36-40), salvo que este último omite la determinación del mínimo para las medidas de seguridad reservadas a los anormales psíquicos más graves y a los menores (Art. 64), lo que es discutible.

Sin embargo, no será inoportuno para el estudioso del derecho comparado —examinando la cuestión de *jure condendo*—, considerar el sistema general de flexibilidad práctica del período mismo de duración de las mayores sanciones de detención fijado en la sentencia de condena. Aludimos al sistema que fué realizado por la cordura de Antonio Martínez de Castro, el primer codificador de la ley penal en Méjico (1871-1872). Este sistema puede dar resultados prácticos notables hasta en un código de tipo elasicista, como el mencionado y como el código penal de Costa Rica de 1924 (Arts. 174-81). Su aplicación a un código de inspiración moderna lo valoriza plenamente. Nos referimos al sistema de la liberación anticipada (libertad preparatoria) y de la detención prolongada (retención), dentro de ciertos límites verificándose ciertas condiciones, en base a la conducta del detenido: sistema aplicable a todas las

(15) Véase, art. 61 y sig. *Exposición de motivos* citada, pág. XXII-XXIII. Advertimos que no aprobaríamos la tesis según la cual, a los fines de la condena se debe tener en cuenta solamente la alienación —en sentido grave— comprobada en la comisión del delito (Art. 62 y 63) y no también aquella que se ponga de relieve después en el condenado; véase, sin embargo, el art. 60.

Acercas del problema de la individualización de la pena, nos atenemos a las observaciones y propuestas hechas en nuestros trabajos: «*La individualización penal y las doctrinas en conflicto*» (1933), «*La individualización penal y el derecho comparado*» (1934); y «*La individualización penal en los desenvolvimientos del sistema Martínez de Castro*» (1935).



sanciones detentivas menos breves, por ejemplo, según la ley mejicana vigente, a todas las sanciones de detención superiores a dos años ⁽¹⁶⁾.

La ley penal propuesta para la Argentina se aproxima al principio de la *libertad preparatoria*, —que acabamos de mencionar—, algo más que otras legislaciones, mediante su sistema —subordinado al criterio de la peligrosidad criminal— de la *libertad condicional*, que no tiene aplicación a las condenas detentivas inferiores a tres años y si no han transcurrido las tres cuartas partes del tiempo efectivo de la condena. Para obtener dicha *libertad condicional* se exige, no sólo el hecho pasivo de la buena conducta, sino también el activo de la capacidad para el trabajo demostrada durante la residencia penitenciaria, sea cual sea la situación económica del condenado, disposición expresa que merece ser destacada (Arts. 42-48 y 73-74).

Señalamos, por otra parte, nuestra reserva sobre la rigidez formal del art. 47, que enumera los casos excluidos del beneficio de la libertad que nos ocupa.

Pasamos por alto las normas de la condena que aun se llama —por ejemplo, en la ley argentina vigente— condicional, y a la cual denominan Coll y Gómez, en su texto, con mayor propiedad, de *ejecución condicional*, estableciéndola para los delincuentes primarios ocasionales o pasionales y coordinada siempre con el principio de la peligrosidad criminal ⁽¹⁷⁾.

Nos queda por decir algo todavía acerca de la sanción pecuniaria (multa), para terminar nuestras consideraciones sobre el sistema de las sanciones en el nuevo proyecto argentino. La multa puede contribuir siempre a una mayor individualización penal, por cuanto se dispone expresamente (Art. 81) que el juez debe aplicar multa —aun si no estuviere ésta establecida para el delito en la parte especial del código— toda vez que resultare que el delito, en el caso concreto, tuvo entre sus móviles un fin de lucro; multa suplementaria que ha de adecuarse a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del condenado —como disponen también las leyes penales de Méjico y de Colombia— hasta el límite, como tal muy discutible, de 5.000 pesos.

(16) Cód. Almaraz, art. 232-40 y cód. mejicano de 1931, arts. 84-89. Véase también, Belloni: «*Un interesante sistema de sanción penal por tiempo indeterminado*», *La Corte d'Assises*). Este sistema modernamente aplicado, corresponde también al en *Criminalita de Ceniceros*, año III, enero de 1937, pág. 135-99 (de «*Quindena*» de principio por el cual el proceso penal que se agotaba con la sentencia irrevocable de condena, tiende, con el juicio último sobre la peligrosidad del condenado, a prolongarse durante la ejecución: Véase, sobre esto, Ferri: «*Principii*» cit., pág. 375 y sig.; Florian, «*Principii di diritto processuale penales*», II edición, Nápoles, 1932, pág. 32, etc.

(17) Art. 82-91. Véase *Exposición* cit., pág. XXIV-XXV.



A este propósito, es oportuno mencionar el ordenamiento más original dado por nuestro amigo Almaraz en su código, en el cual establecía las sanciones pecuniarias proporcionadas siempre a la renta del condenado. «La unidad de la multa —decía— es la *utilidad diaria*: toda multa debe expresarse en un múltiplo de dicha unidad» (18). Si cabe expresar un voto *de jure condendo*, es de augurar que del proyecto Coll-Gómez desaparezca, al menos, el límite puesto a la individualización pecuniaria, en el caso de que no quiera llegarse a introducir el notable perfeccionamiento sugerido por el antecedente de Almaraz, para que el legislador no deje al arbitrio del juez más de lo necesario.

*
* *
*

4. No hemos querido consignar sino algunos puntos de vista sobre el sistema de las sanciones penales del proyecto Coll-Gómez y un pequeño ensayo de las observaciones que suscita en quienes observan con interés y auspician la progresiva realización de la reforma penal moderna. A esta altura, podemos destacar los aciertos sistemáticos, evidentes a primera vista, que resultan del notable carácter unitario —en la substancia y en la claridad de la forma— del nuevo proyecto argentino, malgrado los inevitables defectos de toda obra humana, algunos de ellos fácilmente corregibles en la marcha desde el primer esquema de proyecto hasta la codificación.

Volvamos a hojear el proyecto y consideremos el ordenamiento y la organización del mismo.

La modernidad eficiente del sistema de sanciones, que acabamos de considerar, recibe un impulso decisivo por su unitarismo, es decir, por el hecho de que, dentro de los límites de la garantía jurídica general que exige el grado actual de evolución, todas las disposiciones del proyecto están coordinadas en base al principio fundamental de la defensa social contra la peligrosidad criminal, sin las interferencias ilógicas e inoperantes de los textos bastardos.

En el primer párrafo de su exposición de motivos, dedicado a afirmar los principios doctrinarios que orientan la reforma, los autores rinden abierto homenaje al «concepto básico de la defensa social», se fijan la tarea de realizar la consiguiente «teoría de la peligrosidad» adaptando la ley y sus sanciones al hombre delincuente.

(18) Cód. Almaraz, arts. 83-88. Véase, sobre este tema, Daniel: «Reforma penal en México y doctrina jurídica italiana», Roma, 1933, pág. 77-79 y nuestros «*retroscendentes a la criminología*», Roma, 1932, pág. 29, donde mencionábamos la máxima concordante de Filangieri y de Vicente Russo.



te, y declaran que han ordenado las normas con rigurosa disciplina científica teniendo en mira, precisamente, el resultado práctico.

El proyecto impondrá al juez un estudio completo de la personalidad del delincuente, ofreciendo, así, al consorcio civil medios de defensa contra la delincuencia más eficientes y tranquilizadores que los actuales; la coerción penal, pues, tiene en mira directamente el resarcimiento (*reparación de perjuicios*), la adaptación social del delincuente o su eliminación de la comunidad civilizada. El resarcimiento del daño que, como justamente recordaba Ferri en el informe de 1921, es una de las propuestas sobre las cuales la escuela italiana había insistido más para la integración de la penalidad, halla aquí (Arts. 92-98) el debido relieve y una reglamentación cuidadosa ⁽¹⁹⁾.

A la adaptación del delincuente o, en los límites de la necesidad, a su eliminación del consorcio civil, tiende ya toda la orientación —no objetivamente formalista, sino racionalmente subjetiva— de las normas, comenzando desde el título II del primer libro (el título I, en tres artículos, delimita la aplicación de la ley en el espacio y en el tiempo) dedicado al delito.

Responsabilidad por dolo, preterintención, delito culposos, causa, error de persona, tentativa, desistimiento espontáneo de la tentativa, mandato y acuerdo para delinquir, tentativa de delito imposible, participación criminal, gravedad efectiva del delito distinta de la gravedad querida por el delincuente, condiciones personales no comunicables de los partícipes, causas de justificación del hecho (Art. 15), etc., toda esta materia está ordenada en armonía con el criterio de la peligrosidad criminal —y, en conjunto, de una manera a menudo técnicamente superior a los códigos de México y de Colombia—, de modo tal que el título III, dedicado al *delincuente*, no solamente viene a ser la continuación numérica sino la continuación íntima del II.

El título III —*El delincuente*, integrado por el IV sobre el *Régimen de la minoridad* ⁽²⁰⁾— en tres artículos (17-19) ordena la valoración de las circunstancias de peligrosidad criminal para delinquir, inmediatamente después, la clasificación de los delincuentes (Art. 18), derivada de aquélla.

(19) Véase, Ferri: *Relación*, capítulo VI: *Proyecto*, art. 90-99; y Cód. Almaraz, art. 74 («La reparación del daño siempre formará parte integrante de las sanciones»); Cód. pen. mejicano, 1931, arts. 29-39 y 82; Cód. pen. colombiano, arts. 92-96 y 79.

(20) De la regulación de la justicia penal para los menores, no decimos, por ahora, nada más, porque nos ocuparemos de ello más adelante. Aquí solamente hacemos notar que no contradice —como sucede en otras legislaciones—, sino que integra armónicamente las normas generales.



Sobre esto, que es el punto central del proyecto, volveremos más adelante, ofreciendo a los criminólogos de lengua italiana la traducción de las normas mismas. Aquí no podemos dejar de poner de relieve la actuación directa de los criterios allí establecidos en toda la aplicación de las sanciones, de conformidad con lo dispuesto en el ya mencionado art. 61. Este artículo exige también que el tribunal haga uso adecuado de los resultados técnicos «necesarios para el completo conocimiento de la personalidad del sujeto a quien haya de imponérsele sanción», y abre así el camino a las varias normas del importante título VI: *De la imposición de las sanciones* (Arts. 61-81), por las cuales la condena se ejecuta con dignidad moderna, como medida de seguridad. Permítasenos finalmente señalar, a este propósito, la disposición contenida en el art. 33, N.º 3, por la cual las eventuales penas disciplinarias impuestas a los condenados deben ser tales que no ofendan *la dignidad y la salud* del sujeto.

•
• •

5. La decidida orientación jurídica y, a la vez, la línea sistemática de todo el texto, esbelto en su conjunto, ágilmente construido y manejable —podemos ir ahora más allá del relieve, que hicimos al comenzar, de los aciertos, que podríamos llamar externos, del texto—, otorga, pues, a las distintas sanciones penales un carácter moderno y altamente humano, desde el momento en que se inicia el juicio hasta que se aplica la sentencia al condenado.

Todo ello está hecho de modo que se realiza ya antes de la ejecución, y en forma tal que responde plenamente, en general, al grado de madurez histórica del proyecto, llegado con posterioridad al proyecto Ferri y a los textos que, audazmente o con alguna perplejidad, continuaron aquella afirmación sencilla y grande.

Es cierto que, pasando de las líneas generales a un examen detallado, tendríamos algunas reservas que hacer —como, por ejemplo, sobre el hecho de haber preferido, a una mayor simplicidad de los títulos II y III, especialmente, la no formulación expresa de la «peligrosidad criminal» (con un buen artículo, ¡cuántos artículos discutibles se hubieran ahorrado!); cierta rigidez en cuanto a los límites preestablecidos arbitrariamente, por ejemplo, respecto de las sanciones para los delinquentes anormales psíquicos e intoxicados crónicos; y, en general, acerca de las sanciones detentivas por sus mínimos elevados, etc.—; pero criticar en abstracto es mucho más fácil que enfrentar ciertas exigencias prácticas locales... Detengámonos, pues, en las grandes innovaciones realizadas. Son espléndidas y vigorosas. Están fundadas, en efecto, sobre una hon-

da base cultural, verdaderamente argentina por el sello que les presta no sólo la obra madura y selecta de Coll y Gómez, sino los antecedentes y el estado actual de toda una literatura y de una experiencia segura en su lozanía. No son innovaciones improvisadas las que se devuelven generosamente a la cultura penal italiana. En aquellas lejanas y jóvenes tierras latinas, que si no tienen el tesoro de una tradición elaborada a través de los siglos, tampoco tienen el peso y los escombros que aquélla deja en la ruta, la ciencia penal italiana encuentra en ellas no sólo ciudadanía (?) y desenvolvimientos progresivos para sus últimas conquistas, sino también ejemplos seguros. Y, mediante ellas, nuevos aportes de una experiencia más clara por su misma juventud feliz, ofrece a todos aquella civilización latina lanzada hacia las más amplias posibilidades del mundo moderno.



JULIO ANDRES BELLONI

(«*Revista Penal Svizzera*», 1938,
fasc. 3, p. 292).





El Proyecto de Código Penal Argentino de 1937

1. LOS PRECEDENTES EN LA AMERICA LATINA



Hace tres años, ocupándonos en estas mismas páginas de la repercusión del proyecto Ferri de 1921 en las reformas penales de los países latinos, teníamos razón en considerar a las leyes penales de los Estados Unidos de Méjico como la más significativa expresión de esa nueva orientación legislativa ⁽¹⁾.

Al cabo de poco tiempo, han surgido otros elementos para integrar el cuadro que entonces se esbozaba, tanto en la vieja Europa como en América; pero lo que da a nuestro esquema de entonces un desarrollo decisivo es —después de la gran reforma penal de la República de Colombia ⁽²⁾—, el proyecto de Código penal para la República Argentina por los profesores Coll y Gómez ⁽³⁾.

Se acogen plenamente en él los tres principios conexos de la defensa social; de la responsabilidad penal universal, teniendo en vista la peligrosidad del delincuente; y de la consiguiente reforma de las sanciones, reunidas en un sistema unitario.

De este modo, se vincula en línea directa al *Proyecto Ferri de 1921*, que concretaba la primera sistematización jurídica de los postulados de la crítica criminológica adelantados por la escuela positiva, afirmando la adecuación de la penalidad a la defensa social contra la delincuencia, y rechazando, por ello, las pretensiones expiatorias de las antiguas penas, al par que disponiendo las sanciones en modo de afrontar el fenómeno de la peligrosidad criminal —el cual escapaba, en gran parte, a la represión a través de las excepciones de la enfermedad mental, de la ebriedad y hasta de la minoridad, postuladas por el criterio penal antiguo—.

(1) *La peligrosidad criminal en las reformas penales de los países latinos* en esta revista, 1935, pág. 52-81. Cfr. también nuestra memoria sobre *La peligrosidad criminal y el dualismo penal en las más modernas legislaciones latinoamericanas*, en *Giustizia Penale* de Roma, 1936, parte I, fasc. III, y la titulada *Un interesante sistema de sanciones por tiempo indeterminado en La Corte d'Assise*, de Foggia. N.º 364. Debe recordarse también el volumen de Gerardo Daniel: *Reforma penal en Méjico y doctrina jurídica italiana*, Roma, 1933.

(2) Véase nuestra memoria: *La nueva ley penal positivista en Colombia*, en *Scuola Positiva*, de Milán, 1937, parte I, fasc. 7-8.

(3) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública (de la Argentina): *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, redactado en cumplimiento del decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez. Buenos Aires, talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937, LX-124. Edición italiana: J. E. Coll-E. Gómez, *Proyecto de código penal argentino*, traducido y comentado por G. A. Belloni y F. P. Laplaza, Milán, Hoepli, 1938, XXXII-93. En esta edición italiana señalamos particularmente el prefacio de Laplaza sobre *Los estudios penales en la Argentina*, por cuanto él enseña cuán profundas bases culturales propias tiene la reforma en aquel gran país sudamericano.



Se tendía, por lo tanto, a una renovación radical y total del sistema represivo. Las sanciones eran escogidas según una graduación más bien extensa, para permitir una individualización penal más precisa: se preveían en ellas varias especies, muy diversas, tanto como lo era la personalidad de los delinquentes (sanos de mente, alienados en varias formas, intoxicados crónicos, menores, reos primarios, habituales, profesionales, etc.); pero todas eran unificadas en el moderno principio que las inspiraba, dirigiéndolas y considerándolas en razón únicamente de la defensa social, sin pretensiones moralistas o de justicia absoluta inalcanzables.

Recuérdese que estas grandes líneas del *Proyecto Ferri* fueron todas seguidas —prescindiendo de los fracasados proyectos de la República de Cuba (1926 y 1929)— por la reforma penal mejicana realizada en el *Código Almaraz* (1929).

Mientras en el viejo mundo sólo en parte se separaban con dificultad de los principios penales ya establecidos por la escuela clásica, yuxtaponiendo al sistema de las viejas penas un sistema de medidas de seguridad encaminado a impedir la evasión de los delinquentes más peligrosos de las mallas del código penal, sin excesiva preocupación por la armonía de la construcción normativa, —la obra de Almaraz fué una osadía iconoclasta que, a pesar de no haber logrado la perfección, aportó, sin embargo, algún progreso técnico a la parte general ⁽⁴⁾, que debía suscitar una grave reacción aun en un país propenso a las innovaciones, como lo es Méjico. Y las suscitó. Las suscitó, más que otra cosa, por aversiones personales y antagonismos políticos ⁽⁵⁾. El texto del código Almaraz, pues, sobre todo por el cargo que se le hizo de no haber resuelto bien los problemas de la parte especial, fué sometido a una revisión que tendió a llevar el hecho hasta sus mismas raíces. Se debió, en primer lugar, a uno de los miembros más previsores y autorizados de la Comisión revisora —José Angel Ceniceros— que no se llegase a tal extremo, a pesar de todo.

La revisión terminó adoptando los grandes principios del positivismo penal. Tuvo el mérito de reducir a un texto simple y breve una ley demasiado compleja y farragosa; pero su mérito principal fué el de haber conservado substancialmente el nuevo principio de la responsabilidad, correspondiente a la peligrosidad criminal. Mas, como símbolo de las tempestuosas contiendas, quedó la regresión a una nomenclatura dualista de las sanciones (*sanciones*, que comprenden *penas y medidas de seguridad* sin que haya siquiera una distinción especificada en el código); nomencla-

(4) Cfr. Daniel, *ob. cit.* pág. 44 y sig.

(5) Cfr. cuanto escribíamos en la *Giustizia penale* de 1934, parte I, fasc. V: *La ley penal mejicana 1931*.



tura dualista privada de sentido, al par que de determinación, que sólo la elaboración doctrinaria ha utilizado luego aproximándola al modelo ofrecido, entre tanto, por la reforma penal colombiana (2).

Diverso origen y diverso significado tuvo, al nacer, la análoga nomenclatura del código de 1936 para la República de Colombia.

La reforma penal se cumplía en Bogotá, donde había vigorosos y autorizados discípulos directos de la escuela romana de Enrique Ferri, y también ella hizo suyo un sistema que comprende *penas y medidas de seguridad*.

Igualmente aquí el sistema estaba subordinado al principio ferriano de la responsabilidad penal universal, sin excepciones de enfermedad mental, ebriedad, minoridad: lo que transforma completamente su significado comparándolo con el dualismo de los códigos ecléticos. También aquí las penas eran concebidas de un modo enteramente diverso al antiguo. Se distinguen de las medidas de seguridad en cuanto son medidas más determinadas, destinadas a aplicarse a personalidades psíquicas más estables, a personalidades en las cuales existe una mayor correspondencia entre el delito cometido y la peligrosidad criminal; mientras que las medidas de seguridad están previstas como sanciones a aplicarse a las personalidades más inestables, más cambiantes, como la de los alienados, las de los intoxicados crónicos, las de los menores, en las cuales la gravedad del delito cometido no se adecuaba sino casualmente a la peligrosidad criminal, y para los cuales las medidas represivas (curativas y preventivas) exigen una mayor elasticidad.

Es notable cómo, de este modo, la innovación profunda del sistema penal se desenvuelve bajo un aspecto formal correspondiente a la faz eclética de transformación parcial de todos los viejos códigos penales, a partir del famoso *proyecto Stooss*, del código penal español de 1928-29 y del *código Rocco* (1930-31).

En el *código Rocco*, que se caracteriza especialmente por su eclecticismo, domina un principio de severidad que no es, sin embargo, un principio jurídico penal ni un principio científico de lógica unitaria: si el autor de un delito resulta ser alienado, de modo tal que con el viejo sistema clásico hubiera quedado exento de penalidad, es castigado en *razón de su peligrosidad* con una medida de seguridad; si, en cambio, resulta de sus condiciones, según el viejo principio, que es moralmente imputable, el autor es castigado con una pena en *razón de su presunta culpabilidad moral*; y las penas y las medidas de seguridad pueden sumarse y combinarse cuando se quiere integrar la valoración sobre la gravedad objetiva del hecho delictuoso, en función de la imputabilidad moral del reo,

(2) Véase nuestra segunda memoria sobre *La peligrosidad criminal y el dualismo penal*, etc. en *Giustizia Penale*, 1937, parte I, fasc. IV.



con la consideración subjetiva de la peligrosidad. Una medida de seguridad puede agregarse siempre a una pena; y así también una leve infracción jurídica puede conducir, por ejemplo, a una sanción detentiva gravísima. En el terreno práctico y penitenciario, las penas y las medidas de seguridad son, para quien debe sufrirlas, la misma cosa, en el sentido de que las medidas de seguridad son penas (*). El dominio de este principio de severidad represiva se refirma y se explica difícilmente frente a los delitos pasionales que, en realidad, son los menos imputables moralmente y, en general, los menos sintomáticos para la peligrosidad de la reincidencia. Como es sabido, desafiando toda contradicción de sus propios postulados, el *Código Rocco* dispone que los estados emocionales y pasionales no atenúan ni disminuyen la responsabilidad penal de viejo estilo. Existe un cúmulo de motivos heterogéneos; pero, sin embargo, domina a todo este complejo de normas un principio, aunque empírico, de política criminal represiva. En cambio, los otros sistemas penales de sello ecléctico parecido, carcean a menudo de un criterio unitario empírico semejante. A ellos pertenece la legislación penal argentina vigente, con su código penal de 1922, completado, en perspectiva, por el *Proyecto de ley sobre el estado peligroso de los delinquentes* (1926), sobrepasado ahora por el *Proyecto Coll-Gómez* que lo superará con su propio unitarismo científico (*).

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROYECTO COLL-GÓMEZ

La homogeneidad y la lógica científica son las características sobresalientes del nuevo proyecto de código penal argentino. El proyecto enfrenta la peligrosidad criminal con el *unitarismo sancionatorio*.

El nuevo texto coordina francamente el principio de la defensa social en la represión de la delincuencia con el criterio de la peligrosidad criminal; y, de este modo, afirma aquel concepto básico de la nueva orientación que se denomina responsabilidad social o universal, del cual hemos hablado más arriba. En su sistema unitario de *sanciones*, (simplemente *sanciones*, sin la común subdistinción entre penas y medidas de seguridad; *sanciones*, que

(7) Véase: Francisco Antolisei, *Penna y medidas de seguridad*, Sassari, 1933, pág. 10, y Gunnar Dybwad, *Theorie und Praxis des Faschistischen Strafvollzugs*, Bonn, 1934, pág. 56-59. Interrogado por Dybwad un detenido en la colonia agrícola de Gorgona, sobre si encontraba diferencias entre la «pena» que cumplía y la «medida de seguridad» de internamiento que estaba también sufriendo, respondía tristemente: «Hay siempre 600 gramos de pan y la misma sopa». Expresiva respuesta, para indicar cuanto todos saben.

(8) El proyecto de ley de 1926 ha sido reproducido ahora, con su exposición de motivos, en la *Revista Penal y Penitenciaria* de Buenos Aires, 1937, N.º 5, pág. 491-528. Entre sus autores, estaba también Gómez, que ahora en unión de Coll, ha tenido la fortuna de ir más allá.



dejan atrás el viejo concepto de la pena) se tiende claramente a apartar las fuerzas criminales del consorcio civil, y a procurar la enmienda de los detenidos, no descuidando tampoco la reparación del daño causado por el delito. Todas las sanciones siguen estos lineamientos ⁽⁹⁾.

El carácter «defensista» del proyecto es afirmado netamente por sus autores en la Exposición de motivos. Así también se afirma del modo más claro su modernidad positivista. El principio de la responsabilidad universal, incorporado al contexto de los artículos 4-29, está establecido, con precisión inequívoca, en las siguientes palabras de los autores: *«todo autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción (penal) adecuada a sus condiciones... El principio de la responsabilidad legal es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva... La coerción impuesta al reo en defensa de la sociedad la denominamos sanción, usando la terminología del proyecto italiano de 1921, porque ella expresa, sin equívocos, el significado de consecuencia jurídica del delito. Por otra parte, excluye la distinción —inadmisible en la postura científica que hemos tomado— entre penas y medidas de seguridad»* ⁽¹⁰⁾.

El principio de la peligrosidad del delincuente domina todo el contenido del proyecto, pero no está consagrado en un artículo especial, si bien los artículos 17, 18 y 21 establecen la graduación de la misma bajo la forma de circunstancias de mayor (Art. 17) o menor (Art. 18) peligrosidad para los adultos, y de valoración de la peligrosidad de los menores delincuentes (Art. 21). Más adelante hablaremos de la tipología antropológico-criminal.

En este lugar, antes de terminar el párrafo, deseamos añadir solamente una breve noticia sobre la estructura intrínseca del texto en examen.

Con un sistema biotómico de distinción de los hechos delictuosos (no se sigue la tricotomía franco-suiza y anglo-germana), se trata —como también ocurre, por lo demás, en los códigos penales de Méjico y Colombia, y anteriormente en el *Proyecto Ferri*— de un código que reprime solamente *delitos*. La materia de las contravenciones es regulada por otras leyes. Recordamos que la República Argentina es un estado federal (compuesto de catorce provincias, un distrito federal y diez territorios). La materia contravencional es de competencia de las entidades estatales que componen la federación. El código penal para los delitos es nacional. Son provinciales, en cambio, todas las leyes penales de procedimiento. De

(9) Las sanciones son: 1) Reclusión; 2) prisión; 3) internamiento en manicomio o establecimiento especial de curación y tratamiento; 4) expulsión del país (sanción accesoria contra extranjeros particularmente peligrosos); 5) multa.

(10) Exposición de motivos, pág. XV y XIX.



esta manera, la competencia del nuevo sistema represivo de los delitos del cual nos ocupamos, en orden al derecho sustantivo, se extiende sobre el vasto territorio de 2.797.000 km.² de aquel estado.

El proyecto consta de dos libros, uno dedicado a la parte general en 114 artículos, y el otro a la parte especial en 279 artículos. En general, es un conjunto sobrio, claro y pasablemente redactado ⁽¹¹⁾. El libro I consta de 10 títulos ⁽¹²⁾; el libro II, de 14 títulos ⁽¹³⁾. No dejaremos de decir que este segundo libro nos satisface poco por el ordenamiento de la materia. Los autores se han apartado en él lo menos posible de las disposiciones sobre los delitos en particular del código penal vigente, el cual, a su vez, se separaba poco del modelo que le precedió. Pero lo que importa para la sistemática científica es el otro libro, el primero. El merece verdaderamente nuestro interés.

3. CARACTER JURIDICO

Los autores del proyecto se jactan, no arbitrariamente, de haber aplicado *con riguroso sentido jurídico*, los principios doctrinarios que hemos tratado; se jactan de haber hecho aplicación, así, en cada una de las instituciones de la parte general e, igualmente, en los límites de lo posible, donde tratan de los delitos en particular y de sus circunstancias calificativas ⁽¹⁴⁾, del principio de la peligrosidad criminal. El *sentido jurídico* consiste en la observancia de la doctrina expresada por Ferri sobre la función jurídica del criterio de la peligrosidad criminal ⁽¹⁵⁾. Son rechazados los simplismos biológicos, utópicos y antijurídicos —entendido el derecho, sobre todo, como garantía cívica y considerando a la sociedad en su elemento esencial que es el individuo— de la doctrina de Ji-

(12) Los títulos del libro I son: 1) Aplicación de la ley; 2) El delito; 3) El proyecto. En la elaboración, los autores, preocupados por la solución de los problemas supremos, han descuidado los detalles, y también, alguna vez, la forma lingüística.

(12) Los títulos del libro I son: 1) Aplicación de la ley; 2) El delito; 3) El delincuente; 4) Régimen de la minoridad; 5) De las sanciones; 6) De la imposición de las sanciones; 7) Condena de ejecución condicional; 8) Reparación de daños; 9) De las acciones; 10) Extinción de sanciones y acciones.

(13) Los títulos del libro II son: 1) Delitos contra las personas; 2) Delitos contra la honestidad sexual; 3) Delitos contra el estado civil; 4) Delitos contra la libertad; 5) Delitos contra los derechos intelectuales; 6) Delitos contra el patrimonio; 7) Delitos contra la seguridad pública; 8) Delitos contra la seguridad de la Nación; 9) Delitos políticos; 10) Delitos contra el orden público; 11) Delitos contra el sentimiento nacional; 12) Delitos contra la administración pública; 13) Delitos contra la fe pública; 14) Delitos contra el comercio, la industria y la economía pública.

(14) Exposición, cit., pág. V.

(15) Enrique Ferri, *La función jurídica del criterio de peligrosidad criminal*, en la *Scuola Positiva*, 1926, pág. 423-446.



ménez de Asúa, que había sido ampliamente divulgada en el mundo iberoamericano y particularmente en la Argentina. Queda rechazada, por lo tanto, en términos generales, la tesis de la condena indeterminada.

No se ha pretendido imponer condenas a personas, acaso consideradas socialmente peligrosas, sin que éstas hayan cometido un delito, aun cuando la exigencia haya sido mencionada por los autores (16): no se ha seguido, afortunadamente, el ejemplo del caótico *Proyecto Martínez* de Cuba (17). Las sanciones penales son conminadas *post delictum, propter delictum*: la peligrosidad criminal específica no es confundida con la genérica peligrosidad social. Ningún arbitrio ilimitado y sin control es librado al juez, acordándosele, sin embargo, un poder discrecional útil para la individualización sancionatoria según las diversas categorías de delinquentes.

Recordamos que Enrique Ferri, en la *Relación* de su *Proyecto de 1921*, decía: «no se puede dejar al juez un arbitrio ilimitado y sin control, por el cual podrían resultar comprometidas las irrevocables garantías del derecho individual conquistadas por la escuela clásica en la civilización moderna».

Por ello, el nuevo Proyecto argentino considera la peligrosidad criminal de la personalidad viviente del reo a través de la violación de la ley penal cumplida por éste, y, siguiendo el ejemplo del proyecto italiano, circunscribe, con cierto objetivismo jurídico, la aplicación represiva de la penalidad.

Aun aquí es menester tener cautela para que, al abrir paso a la equidad, no se deje, en cambio, penetrar a la arbitrariedad.

Por esto son beneficiosos los límites puestos a la elasticidad absoluta de las leyes —a aquella extensa, verdaderamente anti-jurídica, que auspiciaba Jiménez de Asúa—, y parecen quedar en lugar secundario ciertas rigideces, susceptibles de ser eliminadas, a las cuales han cedido alguna vez los autores, por ejemplo: en cuanto a los casos contemplados en el art. 47, que excluyen de la liberación condicional, o por los mínimos de detención establecidos con respecto a los delinquentes anormales psíquicos e intoxicados crónicos.

Lo que realmente importa es poner los elementos de la sociedad a cubierto de la arbitrariedad judicial, y para ello será siempre necesario trazar límites de seguridad jurídica general.

(16) Exposición, cit. pág. XVIII.

(17) Véase sobre ello, nuestras observaciones recogidas por el doctor Fernando Ortiz: *El proyecto de código Martínez ante la crítica italiana*, en la *Revista Bimestre Cubana*, de La Habana, 1937, N.º 3, pág. 411-415.



Aquí, donde no se trata sino de señalar algunos aspectos salientes, no es oportuno extenderse más sobre este argumento; y tampoco nos hemos propuesto hacer el resumen de la obra de Coll y Gómez, sino que nos limitamos a indicar a los estudiosos para que ellos mismos profundicen su examen.

4. TIPOLOGIA CRIMINAL E INDIVIDUALIZACION JUDICIAL

Lo que distingue la delimitación jurídica de un código positivista de las rigideces mecánicas de un código no positivista, es el hecho de que aquélla está limitada a lo estrictamente necesario, no llega jamás al absurdo y presenta una múltiple graduación, a través de la cual la casuística puede ser manejada prácticamente en el sentido, siempre limitado por desgracia, de las posibilidades humanas de justicia. No olvidamos, por otra parte, los grandes principios de orientación mediante los cuales el moderno sistema penal se separa de los modelos que lo precedieron: responsabilidad universal, peligrosidad criminal, sanciones penales dirigidas simplemente contra la peligrosidad del reo. En consecuencia, adopción preponderante del elemento antropológico en sus diversas variaciones.

La tipología criminal que contempla el *Proyecto Coll- Gómez* está determinada siempre, como se advierte en la *Exposición de motivos* a propósito de la reincidencia, por la consideración concreta del hombre delincuente, por lo cual, por ejemplo, no se considera la reincidencia en abstracto, sino el delincuente reincidente en concreto. El proyecto distingue, por lo tanto, además de los delincuentes dolosos (Art. 4, párr. 1) y simplemente culposos (Art. 4, párr. 3), a los delincuentes reincidentes (Art. 20 f), 66, 106) y no reincidentes, menores (19, 21) y mayores, anómalos psíquicos (Art. 20 c), 25, 64, 113), alienados antes de la condena (Art. 20 c), 60, 62 y 113) y alienados por enfermedad psíquica sobreviniente (Art. 60), semialienados, inconscientes e intoxicados (Art. 64), ocasionales (Art. 20 a), pasionales altruistas o emocionales excusables (Art. 20 b), instintivos (Art. 20 d), 65), habituales (Art. 20 c), 66, 106), profesionales (Art. 20 e), etc.; y esto se hace tanto para los fines propiamente penales como para los penitenciarios, ya que en un sistema enmendativo, como lo es el positivista, el magisterio penal no se agota ciertamente con la sentencia condenatoria definitiva.

Así, la conducta posterior del condenado tiene una gran importancia, sea para el instituto de la *condena de ejecución condicional* —para los reos primarios, ocasionales o pasionales menos peligrosos (Arts. 82, 91), sea para el instituto de la *liberación condicional*, aplicable a las condenas detentivas no inferiores a tres años, transeu-



rridas las tres cuartas partes del tiempo efectivo de la condena; liberación condicional para la cual, no sólo se exige el hecho pasivo de la buena conducta, sino también el activo de la capacidad de trabajo demostrada durante la permanencia en el penal (Arts. 42-48 y 73-74).

La tipología criminal expresada en los esquemas generales del legislador, se determina, pues, en una individualización precisa. A este propósito, recordamos todavía la disposición (Art. 81) por la cual el juez puede imponer condena a pena pecuniaria según un principio de tipología económica, condenando a multa aunque ésta no esté establecida para el delito en la parte especial del código, toda vez que resulte que entre los móviles del delito haya un fin de luero: *multa suplementaria* que se adecúa a las circunstancias del hecho y a las condiciones económicas del reo —como se expresa también en las leyes penales de Méjico y de Colombia—.

Pero el legislador argentino ha colocado aquí el absurdo de un límite (en la cifra de 5.000 pesos). ¡Cuánto más oportuno es el legislador suizo que, en el art. 48, pár. 2 del Código penal de 1937, libera al juez, cuando el reo obró con fines de luero, del límite máximo de la multa imponible (20.000 francos)! Recordamos todavía el ordenamiento original del *Código Almaraz*, que establecía las sanciones pecuniarias siempre proporcionadas a las rentas del reo: «La unidad de la multa, decía, es la *utilidad diaria*: toda multa será expresada en un múltiplo de tal unidad» (Arts. 83-88). Esta precisa disposición podría ser integrada con el precepto humano y sabio del legislador suizo (Art. 48 cit., pár. 2): «para juzgar de la condición del condenado —según la cual debe fijarse el importe de la multa— es preciso considerar especialmente las rentas y el patrimonio, el estado civil y las cargas de familia, la profesión y las ganancias, la edad y la salud»; es decir, que el concepto de la utilidad diaria debe ser luego referido a la entera posición social del reo, considerando sus cargas y también sus necesidades particulares, a través de la salud y de la edad.

A la personalidad efectiva del delincuente, en el aspecto de su peligrosidad criminal, el *proyecto Coll-Gómez* refiere, por lo demás, como norma, todos sus institutos, como la responsabilidad por dolo, la preterintención, el delito culposo, la concausalidad, el error de persona, la tentativa, el desistimiento espontáneo de la tentativa, el mandato y el acuerdo para delinquir, la tentativa de delito imposible, la participación criminal, la gravedad efectiva del delito diversa de la querida por el delincuente, las condiciones personalísimas de los codelincuentes, las causas de justificación del hecho, etc.

5. CONCLUSION

El proyecto argentino del cual nos hemos ocupado, es rico en innovaciones tan importantes como para excusar los defectos secundarios de la redacción con que ha sido presentado y que, por lo demás, pueden ser fácilmente eliminados con un poco de diligencia. Se trata de introducirle retoques técnicos, ya señalados por la crítica, de cuidar la eliminación de algunas asimetrías, de realizar un contexto que corresponda, aun desde el punto de vista del estilo, a la dignidad cultural propia de una reforma de altísimo interés, de una reforma típicamente adecuada, en los valores científicos, a los progresos —no improvisados— de la elevada cultura criminológica argentina.



ANSELMO CRISAFULLI





El nuevo Proyecto Argentino y el Código Rocco

SUMARIO: 1. — Premisa; 2. — Noticia sobre la estructura de los textos examinados; 3. — El delito. El elemento subjetivo: dolo, preterintención, culpa. Concurso, causalidad y concausa. Tentativa y complicidad; 4. — El delincuente: criterios de responsabilidad. Peligrosidad criminal, individualización penal, clasificación de los delincuentes; 5. — Las sanciones.

1. Las corrientes de ideas acerca de los delitos y de las penas, en el doble terreno de la ciencia y de la vida social, han aparecido siempre en todos los pueblos civilizados, con ligeras diferencias, como reflejo de las fuentes científicas italianas. Gloria no despreciable ésta, por la cual Italia vivió una vida destacada, aun cuando la barbarie del osecurantismo teológico dominaba en Europa las mentes de los filósofos.

En 1764, César Beccaria descubrió más amplios y más humanos horizontes para la justicia penal. Su libro, más que una despiadada requisitoria contra la justicia ilimitada, absurda y feroz de sus tiempos, fué una «espléndida promesa para el porvenir como señal de revolución en el ministerio social de la justicia sobre los delitos», y, al mismo tiempo, punto de partida de la que fué la gloriosa escuela clásica.

No hacemos afirmaciones peregrinas al decir que todos los códigos se inspiraron hondamente en las enseñanzas de la escuela clásica, de la cual pueden considerarse encarnaciones más o menos conformistas. Aun hoy, esa influencia tradicional, está poderosamente presente en los múltiples movimientos de reforma de las leyes penales en el mundo, si bien por decurso natural, su majestuoso cielo se ha cerrado, merced a un nuevo fermento de ideas manifestadas una vez más bajo el claro cielo de Italia y elevadas, siguiendo las leyes universales de la evolución, por la escuela positiva que retuvo así para Italia la primacía en las ciencias penales.

El nuevo movimiento científico iniciado hacia fines del siglo XIX por Lombroso, en el aspecto antropológico, y afirmado inmediatamente después por Ferri en el aspecto sociológico-jurídico, expandióse gradualmente a través de las legislaciones y no dejó de imponer su vitalidad en los códigos más recientes. Los proyectos en elaboración, avanzando cada vez más en el sentido positivista, representan la tendencia de la evolución progresiva del clasismo al positivismo penal.

La incontrarrestable orientación actual de las reformas penales, y la conciencia del glorioso legado de nuestros precedentes





persuasivos del mundo, han conferido el valor y el significado de *verdad vivida* a la verdad científica que había proclamado la nueva escuela criminológica italiana a propósito de la falacia doctrinaria y legislativa del viejo sistema penal.

Ahora bien, es sumamente interesante destacar como, en el campo de la práctica, vinieron a sufrir un proceso de equívoca actuación y atenuación todos aquellos postulados de la nueva tendencia criminológica que, tanto la realidad empírica como la ciencia, completándose mutuamente, según se ha dicho, habían indicado, en perfecta armonía de conclusiones, como los más adecuados al cambio de las exigencias sociales. Y pensar que el conocimiento del bien debiera siempre, infaliblemente, traducirse en acción... Pero tanto no nos es concedido en tierra de mortales.

La misma rebelión misonista, que se levantó en el campo teórico contra el positivismo criminológico, en defensa de aquel purismo clásico que pretendía contener y pronunciar la verdad indefectible, se manifestó no menos evidente en la práctica legislativa, conduciéndola así necesariamente a los proteiformes compromisos de cómodo eclecticismo que constituyen la característica común de códigos y proyectos de la post-guerra en todos los países.

En tanto, en medio del continuo fluctuar de las nuevas ideas y el entre cruzamiento de las opiniones en lucha, no siempre serena, de palabras, se reclamaba con urgencia en los diversos pueblos una adecuada organización legislativo-penal frente al continuo incremento del delito. Los legisladores, temerosos de abandonar completamente el viejo sistema y de comprometerse con el nuevo adoptándolo con todas sus consecuencias, optaron por un empirismo legislativo.

En definitiva, las divergencias conceptuales de las dos principales *Escuelas*, la Clásica y la Positiva, fueron perpetuadas en el sistema dualista de casi todas las legislaciones. Pero, en realidad, las nuevas concepciones aparecidas en el campo del derecho penal habían señalado la bancarrota del antiguo sistema y, especialmente, las medidas de seguridad contra los delincuentes no responsables moralmente, consideradas, ahora, como expresión de justicia —y, por tanto, inevitables en todos los códigos modernos—, las cuales contradecían el principio central de la responsabilidad moral conforme con el cual los delincuentes irresponsables eran declarados extraños al problema penal.

Era preciso, sin embargo, afrontar, en la aplicación ulterior de los nuevos institutos, el problema de la sistemática, encuadrando en ella el programa integral de los principios de la Escuela Positiva para superar el dualismo legislativo; pero, hasta ahora, había faltado el coraje científico de hacerlo.



Los penalistas creyeron ver en tal estado de cosas un síntoma de la crisis por la cual atraviesa todavía la ciencia criminológica. Escribiendo, en otra ocasión, acerca del mismo argumento, dijimos que no debía hablarse de crisis, sino de decadencia momentánea debida a la enfermiza atmósfera intelectual, colmada de tesis conciliativas que predomina comunmente por el imperioso deseo de sentirse reposar en puerto seguro y en un mundo de ideas menos agitadas. Semejante actitud espiritual ha prevalecido especialmente en Italia. En efecto, el más sintomático y característico ejemplo de eclecticismo legislativo es ofrecido, precisamente por la patria de César Lombroso.

El nuevo Código Penal Italiano ha debido renunciar al principio de la unidad formal por motivos de necesidad social y de oportunidad política. Debe reconocerse, sin embargo, que la solución de compromiso entre los principios tradicionales y las numerosas innovaciones de las tendencias modernas, ha aparecido como la que mejor responde a las condiciones del país.

Este mismo hecho explica la poca fortuna que encontró en Italia el famoso Proyecto Ferri de 1921: *era políticamente prematuro.*

Ahora, los autores del Proyecto Argentino, los profesores Coll y Gómez, han logrado percibir acabadamente, con intuición profunda y desapasionada, las razones que imponían en la práctica aquel abominable dualismo legislativo y, destacando sus incongruencias lógicas y prácticas, los prejuicios y las aberraciones del método, han llegado a la verdadera *evidencia* y han articulado sobre ella una construcción sistemática e integral en la cual se ordena la gloriosa herencia de los clásicos y las radicales concepciones del positivismo criminológico.

La Argentina se coloca hoy a la vanguardia en el campo legislativo penal, obteniendo un triunfo sobre las fragmentarias, inorgánicas, dispersas y hasta contradictorias leyes de defensa social que han encontrado aquiescencia en la práctica legislativa de muchos países de Europa y de América.

Esta es, esquemáticamente, la atmósfera legislativa y científica dentro de la cual viene a colocarse el Proyecto y, después de cuanto se ha dicho debe aparecer lógicamente evidente su gran importancia histórica, a la vez, por el contenido técnico-jurídico y más todavía por el valor político-social que señalará inevitables repercusiones internacionales. Por dicha evidencia implícita, no advertimos la necesidad de insistir ulteriormente afirmando la importancia de la reforma; si bien, de haberse presentado la oportunidad, lo habríamos hecho a riesgo de ser considerados por alguno como inclinados al humo del incienso o amantes de las profundas notas del órgano.



El Proyecto, superando las dificultades académicas y, sobre todo, las timideces de los legisladores contemporáneos, ha cumplido el paso lógico y recto que era lícito esperar después de tantas experiencias, acogiendo como bases fundamentales los dos conceptos de la defensa social y de la peligrosidad del delinuyente que implica, a su vez, como consecuencia, los conceptos, de responsabilidad legal y de pena-sanción.

La defensa social, como advertía Ferri, es la tarea práctica y cotidiana de la función de estado, fuera y por encima de las doctrinas filosóficas, de las creencias religiosas y de las polémicas escolásticas. El estado, administrando la justicia penal, no puede tener la pretensión de realizar determinada tendencia filosófica o cierta creencia religiosa o una doctrina académica cualquiera. El estado cumple una función positiva y cotidiana preservando y defendiendo a la colectividad de la delincuencia, que es uno de los tantos males sociales que ponen en peligro y ofenden la solidaridad del consorcio civil.

Esta es la idea madre que dará la nueva orientación a todas las legislaciones conduciéndolas hacia el principio de la responsabilidad universal, que es la suprema necesidad de la justicia penal, si es que realmente se proponen defender a los honestos contra los delinuentes.

Una vez superadas las arqueológicas teorías penales de la expiación, de la retribución moral, de la reintegración del orden jurídico, una vez que la justicia humana sea considerada como una función natural de defensa y de preservación y que, como consecuencia, se afirme y reconozca el derecho de intervención y defensa del estado contra todos los factores perturbadores del orden social, se llega a la conclusión de que interesa poco saber si el hombre es o no libre en la esfera de sus voliciones o si obra por necesidad extrínseca o intrínseca, pero sí que, de todos modos, sea un loco o un sabio, es preciso ponerlo en condiciones de que no pueda dañar a la sociedad, pues de este único modo se afronta resueltamente el problema de la responsabilidad en su totalidad y se resuelve con absoluta coherencia, en todo el rigor de los términos, sobre la base de su presupuesto.

Así lo ha hecho, exactamente, el Proyecto Argentino, precisando el principio en su docta exposición de motivos para evitar equívocos, de esta manera: «Todo autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, padezca o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones. Consagramos, pues, sin reservas ni limitaciones de ningún género, el principio de la responsabilidad legal, que es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva».



El concepto de que todo aquel que comete un delito en sentido sociológico debe legalmente responder del mismo, no es más que una consecuencia radical, perfectamente lógica y espontáneamente demostrada por la evidencia de los hechos, del principio de la defensa social, por encima de la insuficiencia ecléctica de los varios sistemas y engranajes legislativos que desempeñan, en las sociedades modernas, la suprema función de la justicia penal.

Debe advertirse, todavía una vez más, en contra de ciertos técnicos del derecho, que el concepto de la responsabilidad legal no chocha contra las creencias religiosas, las cuales tienen propios y particulares principios acerca de la culpa moral que no entran en la esfera del derecho penal. La circunstancia de que el magistrado penal prescindiera de investigar y determinar la culpabilidad moral, no debe ser considerada como la negación de la responsabilidad moral en la esfera religiosa. ¿No afirma acaso la doctrina moral del cristianismo que el hombre *no puede* erigirse en juez de la conciencia de otro hombre? Semejante juicio corresponde a Dios y abstenerse de él en el ejercicio mundano de la defensa social no significa sino rendir homenaje al más exquisito sentido de responsabilidad moral.

Sobre la base de tales principios la técnica de la pena sufre también en el Proyecto una transformación profunda y revolucionaria, superando con concepción audaz y racional al mismo tiempo, la distinción entre penas y medidas de seguridad, viene a ser considerada como «sanción», liberándose así del marco de la vieja y defectuosa hermenéutica según la cual el ser humano era una especie de casillero burocrático que no dejaba traslucir ningún destello de humanidad y ningún rayo de vida.

Verdaderamente, el tema es seductor y nos sentimos tentados de ocuparnos, aunque fuere con estilo telegráfico, de otros aspectos no menos interesantes de la reforma Argentina, llamando la atención de los estudiosos sobre la noción del delito, del delincuente, del régimen de la delincuencia de los menores y, en general, sobre la precisión de la técnica legislativa. Pero nos vemos obligados a poner punto final y llegar rápidamente al término de nuestro artículo que no pretende dictar, calando gafas académicas, orgullosas reglas de enseñanza, sino simplemente expresar el entusiasmo de un estudioso a quien no faltará la ventura tan anhelada, de ver pronto realizadas las enunciaciones doctrinarias que un día fueron predicadas desde Roma —la patria del derecho— hasta un país generoso y amigo y que son tales como para asegurarle una reforma legislativa palpitante, con las palpitaciones de la verdadera humanidad, y una nueva justicia ni más severa ni más piadosa de la que le ha sido administrada hasta ahora, pero sí una justicia más verdaderamente humana y técnicamente más eficaz, tal cual la reclama y espera doquiera la civilización moderna.



ANSELMO CRISAFULLI

(«*Criminalia. Rassegna italiana di Studi Penali*». Roma, año 1, octubre - diciembre 1937, p. 299).





El nuevo Proyecto de Código Penal Argentino (1)



Como condición primordial para quien entienda ocuparse del *Proyecto de Código Penal Argentino*, con seriedad de intención y bondad de propósito y no por estéril exhibicionismo académico o doctrinario, se impone, a nuestro parecer, un examen preliminar acerca de la atmósfera histórico-legislativa y científica, aunque sólo sea contemporánea, que respira la atormentada ciencia de los delitos y de las penas.

Y agreguemos, como condición mínima indispensable, la de proceder al examen sin prejuicios, con la mente absolutamente emancipada de todo preconcepto de escuela o de dogma, para poder así dar el debido relieve al significado y alcance del *Proyecto* mismo, sin que, por otra parte, tengamos ahora la pretensión de investigar la razón de ser de su preparación histórica. Para llegar a tanto, sería necesario seguir otro camino, largo y fatigoso; pero, para nuestros fines bastará una mirada panorámica a los resultados alcanzados paulatinamente en la serie progresiva del pensamiento científico penal.

El destino de la guerra mundial —como el de todas las guerras y revoluciones— no ha sido solamente derribar cetros y coronas y reducir a ruinas, envueltos en el curso fatal de sus vicisitudes, sistemas y ordenamientos político-sociales, sino también el descubrir e iluminar nuevas realidades.

Es indiscutible que todas las creencias se prueban en los momentos de grandes vicisitudes políticas y sociales y que en ellos se distingue, con impresionante nitidez, las teorías vitales de las que no lo son, las de la carena construida con robustez de aquellas otras que, por su fragilidad, no soportan los embates del mar.

Así ocurrió con las teorías sobre el fenómeno del delito.

En el período de la post-guerra la delincuencia adquirió formas y proporciones alarmantes debido a múltiples razones, difíciles de escrutar en su complejidad y que sería ocioso ilustrar aquí. Y fué, precisamente, la realidad histórica de la invasión de la delincuencia lo que dió el golpe de gracia al tradicional sistema penal que, en la ocasión, se había revelado en toda su impotencia, a la vez que aparecía minado en sus fundamentos, desde casi medio siglo, por los progresos de la ciencia, de la lógica experimental y de la crítica. Los hechos, que constituyen siempre el orador más

(1) Este artículo fué publicado, también, con ligeras modificaciones, en la revista «L'Argentino» que aparecía en Roma bajo la dirección de Tito Livio Foppa, año V. N.º 6, 15 de diciembre de 1937, pág. 23.



históricos, explican el gran interés que demostramos por el Proyecto de un nuevo Código Penal argentino ⁽¹⁾. Debemos advertir, empero, que no lo tomamos como pretexto para permitarnos las acostumbradas vaeuidades solemnes, con las consiguientes posturas grotescas de superioridad, sino, más bien, para seguir la estela de aquellas ideas que fueron formuladas por primera vez entre nosotros, para observar cómo se realizan prácticamente en legislaciones extranjeras y, luego, de la espontánea comparación con las leyes nuestras, extraer las conclusiones que resulten — o que deberían resultar para nosotros— según la marcha natural del progreso científico en la sucesión del presente hacia el porvenir.

Nuestra actitud mental implica, además, el repudio de cierta microcefalia catedrática —representada, amplia pero no exclusivamente, por los doctores del tecnicismo jurídico— que sólo brilla por su palabrerío hueco y resonante, con la ilusión de servir los intereses culturales del país con sus prestidigitaciones cerebrales.

De un tiempo a esta parte, algunos acomodaticios «pacifistas» académicos se complacen en dar pruebas de obediente valor y, con sutilezas intelectuales, se afanan en demostrar la *superación* de las disidencias doctrinarias, la *conquista* de una *fórmula definitiva* del derecho penal *adecuado al momento histórico*, y así sucesivamente: todo lo cual es, en realidad seductor, pero, por desgracia, no es verdadero.

Tan dañosos artificios científicos imponen una reacción, si realmente se quiere el progreso, ya que no es admisible racionalmente, ni posible lógicamente, que alguien (que no sea un *retardado*) pueda adherir a tan extraña manera de razonar, cuando la experiencia legislativa nos hace palpar las divergencias, y nos enseña que las cosas son de otra manera conduciéndonos a la evidencia contraria.



Antes de entrar al examen comparativo del proyecto argentino con nuestro código, estimamos oportuno hacer previamente algunas advertencias explicativas sobre nuestro trabajo, el cual, digámoslo de inmediato, no se aviene a ser reducido a unidad sistemática, por la necesidad de referirse y coordinar principios heterogéneos.

Nuestro código, en efecto, como es sabido, responde a la orientación dualista ⁽²⁾, que coloca en un mismo plano, vinculándolos

(1) JORGE E. COLL Y EUSEBIO GÓMEZ. *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. Redactado en cumplimiento del decreto de 10 de septiembre de 1936 y precedido de una Exposición de Motivos. Buenos Aires, 1937.

(2) Véase, A. CRIVAPPELLI, *La giustizia punitiva nel nuovo Codice*, Messina, 1934.



en una común unidad material, los principios de la escuela clásica con los de la escuela positiva, por los cuales el delincuente viene a ser considerado desde un doble punto de vista: el de la *imputabilidad moral* (capacidad de entender y de querer), para la aplicación de la pena entendida en el sentido tradicional, y el de la *peligrosidad*, para la aplicación de las medidas de seguridad. El proyecto argentino, en cambio, se propone realizar una legislación positiva explícitamente inspirada, con orientación sistemática, unitaria y homogénea, en el criterio de la peligrosidad del delincuente.

Es evidente, entonces, que los dos textos determinan la ordenación de las distintas cuestiones y las respectivas normas legislativas, de conformidad con los criterios en que cada uno se ha inspirado. Para poner un ejemplo, encontramos que las llamadas *circunstancias atenuantes o agravantes comunes* se refieren, en nuestro Código, al delito, la mayor o menor gravedad del cual constituye el presupuesto para la graduación de la pena; mientras que en el proyecto argentino, se habla de *circunstancias de mayor o menor peligrosidad*, refiriéndolas a las condiciones personales del delincuente⁽³⁾.

Ello nos induce a no seguir —desde el punto de vista sistemático de nuestro tema— el orden de los dos textos, y esto es conveniente, en nuestro sentir, porque los conceptos de delito y de delincuencia están, en definitiva, en función recíproca e interfieren entre sí de tal manera que prácticamente no son posibles las particiones netas en la división de la materia. Además, la profunda divergencia de los dos sistemas termina por anularse en las conclusiones prácticas particulares, las cuales son generalmente concordantes; pero, en cambio, se habrán puesto de manifiesto las tortuosidades del «método» no positivista, favoreciendo así el progreso nacional.

El código Rocco, por ejemplo, establece que para que exista responsabilidad se requiere capacidad de entender y de querer; pero luego, por razones oportunistas de política criminal, aunque no siempre de acuerdo con la ciencia, estatuye que los estados emotivos y pasionales no atenúan ni disminuyen la responsabilidad penal. Declara *no punible* al delincuente enfermo mental, y ordena su internación en un manicomio judicial por un tiempo mínimo de

(3) Para aclarar más la diversa posición conceptual de los dos sistemas reproducimos lo que sigue del Informe elevado al Rey: «El artículo 137 del proyecto Rocco establece que la gravedad del hecho delictuoso debe ser el criterio fundamental que guíe al juez en el ejercicio del poder discrecional. Con el fin de prevenir interpretaciones disconformes con el espíritu de esta norma, ha sido suprimido en el texto definitivo, el indicado criterio subsidiario de la peligrosidad, que, en cambio, era mencionado en el proyecto de 1927, para no dejar dudas de que la peligrosidad del delincuente, para la aplicación de la pena, puede ser tenida presente, en cuanto coincida con la capacidad para delinquir, o sea con la aptitud del individuo para violar las normas jurídicas».



diez años, a la manera inglesa (4). Para que el delincuente sea *punido* se requiere un hecho previsto en la ley como delito, cometido con «conciencia y voluntad»; pero si alguien comete una acción u omisión que no constituye delito en la creencia errónea de que lo constituye (delito putativo), ordena que el imputado absuelto sea sometido a medidas de seguridad que pueden ser —y lo son— restrictivas de la libertad personal. En definitiva, es preciso circunnavegar a través de 649 artículos antes de arribar a las mismas playas del proyecto argentino, el cual prevé igualmente, en sus 93 artículos, el manicomio para el delincuente enfermo mental, una sanción para el delincuente que ha tentado un delito imposible, y así sucesivamente.

*
• •

2. El Proyecto argentino consta de dos libros, sin ocuparse de las contravenciones. El primero contiene las normas generales del derecho penal y está dividido en los diez títulos siguientes: Título I: *Aplicación de la ley*; título II: *El delito*; título III: *El delincuente*; título IV: *Régimen de la minoridad*; título V: *De las sanciones*; título VI: *De la imposición de las sanciones*; título VII: *Condena de ejecución condicional*; título VIII: *Reparación de perjuicios*; título IX: *De las acciones*; título X: *Extinción de las sanciones y acciones*. El libro segundo contiene las normas para las diversas especies de delitos en particular, y se divide en catorce títulos; mas, como prometemos volver sobre el argumento por lo que concierne a la parte especial, no haremos ahora mención alguna sobre él.

Nuestro código en cambio, como es sabido, se divide en tres libros (*De los delitos en general, de los delitos en particular y de las contravenciones en particular*). Se ocupa de los delitos y de las contravenciones, según el sistema del código derogado que había logrado repudiar, no sin dificultad, la vieja tripartición que distinguía las infracciones (*reati*) en crímenes, delitos y contravenciones.

Lógicamente, aunque sea superfluo advertirlo, nuestro estudio tendrá por objeto solamente las normas relativas al delito.

Las normas del Proyecto argentino sobre la fuerza obligatoria de la ley penal en el tiempo y en el espacio, responden a los prin-

(4) Por una circunstancia de carácter histórico ocasional, probablemente por complacer a la Reina Victoria, contra cuya vida atentó un alienado, el jurado inglés —relata Stallybrass, en un estudio publicado por el Instituto de Estudios Legislativos, Roma, 1934—, ya no puede absolver a un imputado por alienación mental, sino que debe dictar un veredicto especial que afirma que aquel era culpable de la acción u omisión que se le imputa, pero que era alienado en modo de no ser jurídicamente responsable de sus actos cuando cometió la acción o la omisión. Semejante veredicto es considerado como una absolución (*verdict of acquittal*); se excluye el derecho de apelar, y se ordena que el imputado sea internado como loco criminal por tiempo indeterminado (*till the King's pleasure is known*), lo que puede también significar por toda la vida.



cipios aceptados por la mayoría de las legislaciones contemporáneas; está prevista, conservando una tradición del país, la retroactividad de la ley penal posterior siempre que su contenido sea más favorable al delincuente.

•
•

3. El título segundo está dedicado a las normas concernientes a las condiciones generales del delito; el problema de la responsabilidad es resuelto aplicando «con un estricto sentido jurídico el principio de la peligrosidad en cada una de las instituciones de la parte general e igualmente, dentro de lo posible, en la concepción de los delitos y de sus circunstancias calificativas», con lo cual se aleja profundamente del sistema de Rocco que requiere, en cambio, para la ineliminación de una acción u omisión prevista como delito, una *conciencia* (criminal) y una *voluntad* (libremente determinada), coonestando así el concepto de responsabilidad (por causa de delito, Art. 42) con el de imputabilidad (idoneidad abstracta para responder penalmente por un hecho, Art. 85) ⁽⁵⁾.

Ya en otra ocasión ⁽⁶⁾ pusimos de relieve la actual inutilidad práctica de tales distinciones, así como la de otros conceptos: «voluntad libre», «conciencia y voluntad», «capacidad de entender y de querer», etc., que no pueden representar más que inútiles y engorrosos disfraces verbales del concepto, oculto bajo fórmulas diversas, de la voluntariedad del hecho humano, de la cual no prescinde —como erróneamente afirman algunos— el criterio de la responsabilidad legal y más bien la incorpora con un doble significado, esto es: para establecer si un hecho es o no delictuoso y para individualizar la peligrosidad criminal del delincuente. Sobre el particular, se expresaba así la exposición de motivos del *Proyecto Ferri*: «... para establecer si un hecho es o no delictuoso, el elemento decisivo es siempre el psíquico. Pero elemento psíquico no en el sentido de una pretendida «libre elección o libertad volitiva o siquiera, simplemente, de la voluntariedad como fundamento

(5) La distinción entre *imputabilidad* y *responsabilidad* fue establecida por Romagnosi (*Génesis del derecho penal*, 595) que ha considerado la imputabilidad una cosa de hecho y la responsabilidad una cosa de derecho. El legislador italiano ha ratificado la distinción con las normas contenidas en los artículos 42 y 85 del Código penal y creemos oportuno reproducir aquí lo que dice el *Informe* al intentar justificar la distinción aceptada: «El artículo 85 no es el duplicado del artículo 42. Entre las dos disposiciones intercede la misma diferencia que en derecho privado existe entre las normas que rigen la capacidad de contratar y las que regulan el consentimiento. El primer artículo rige la capacidad de obrar dentro del campo del derecho penal, es decir, la capacidad del individuo para discernir y seleccionar conscientemente los motivos, y para inhibirse; reproducir, en suma, la noción de la persona normal a la que puede aplicarse la ley penal. El segundo de los artículos en cuestión, en cambio, rige la voluntad efectiva concretamente presente en el hecho, que es necesaria para que el individuo, genéricamente capaz y, por ende, imputable, puede ser llamado a responder penalmente de un hecho determinado».

(6) Véase, A. CRISAPULLI, *Note critiche al Progetto preliminare del Libro I del Codice Penale per la Repubblica di San Marino*, en *Scuola Positiva*, 1935, pág. 146 y sig.



de culpa moral, sino en el sentido psicológico de la génesis de todo acto humano... por lo cual tiene una complejidad mayor, que es preciso analizar, no como criterio ético de distinción entre moralmente responsables e irresponsables, sino como condición jurídica del delito y, sobre todo, como índice de una personalidad más o menos antisocial y peligrosa en el autor del hecho sometido a sanciones represivas».

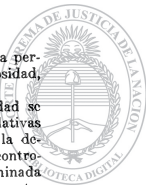
El elemento psicológico del delito —sin ser considerado como criterio ético de distinción entre moralmente responsables o irresponsables— asume justamente, en el Proyecto argentino, la doble función indicada. Es adoptado como base para la distinción entre el delito doloso, preterintencional y culposo. En esta triple distinción del delito, no aporta innovaciones sustanciales y reproduce las nociones de la ciencia italiana, evitando, sin embargo, las criticadas sutilezas conceptuales.

El elemento psíquico que jurídicamente califica el acto voluntario como delito doloso, es la *intención* (núcleo central de la actividad psíquica criminal y, por ello, la condición jurídica necesaria para todo delito), que comprende, inseparablemente, el concepto de la voluntariedad (no puede concebirse un acto intencional involuntario) y el de la previsión (que es a nuestro sentir, una variedad, un aspecto del proceso psicológico intencional formalista) del código Rocco.

Las nociones del delito preterintencional y culposo son análogas a las de nuestro código, salvo el agregado, respecto a la preterintención, de un oportuno criterio directivo para el juez con relación al medio empleado, el cual racionalmente no debería producir por sí solo el evento más grave, en realidad no querido por el agente.

Las cuestiones técnico-jurídicas sobre la tentativa, sobre curso de delitos, sobre la relación de causalidad, sobre la responsabilidad «parcial», etc., han perdido la importancia teórica y práctica que hasta ahora tienen entre nosotros, puesto que el concepto de la peligrosidad del delincuente, absorbente y preeminente sobre los demás, no requiere el continuo alambicamiento y la sublimación de normas abstractas a las cuales debe acudir a menudo el juez para adaptarla a aquel que juzga.

En materia de concausa, el artículo 5.º establece que las preexistentes, simultáneas o sobrevinientes «que guarden relación directa con el delito», no excluyen la relación de causalidad entre la acción y el evento. De la formulación de este artículo, resulta implícito que el principio de causalidad domina toda la materia penal, aun cuando no exista una expresa disposición legal, como en nuestro código.



Asimismo, las disposiciones referentes al error acerca de la persona ofendida por el delito obedecen al criterio de la peligrosidad, a los efectos de las sanciones.

Las figuras delictivas de la tentativa y de la complicidad se diferencian notablemente de nuestro sistema; las normas relativas a ellas están estrictamente subordinadas a las exigencias de la defensa social. En cuanto a la tentativa, están superadas las controversias sobre las llamadas teorías subjetiva y objetiva, eliminada la noción de delito frustrado, la distinción entre actos preparatorios y de ejecución, y los «actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito» previstos con el código Rocco; en suma, la tentativa es considerada como síntoma de la peligrosidad del delincuente y para confirmarlo, basta destacar el hecho de que también se sanciona la tentativa de un delito imposible (7).

La descripción analítica de las varias formas de coparticipación criminal que figuran en nuestro código, se reduce, en el Proyecto argentino a una disposición sintética que las comprende a todas, sea como participación predominantemente psicológica (mandato, instigación, consejo, etc.), sea como participación preponderantemente material (autores, coautores y cómplices). En efecto, el artículo 11 establece que todos aquellos que concurren moral o materialmente «en cualquier forma a la ejecución de un delito, serán sometidos a las sanciones estatuidas para el mismo»; el delito, pues, es considerado como una acción única y colectiva, por lo cual ha parecido superfluo formular categorías para sistematizar *a priori* los diversos coparticipes.

La norma genérica sobre la responsabilidad común a todos los coparticipes, se concreta en la disposición de que dicha responsabilidad asumirá diversas formas y grados de sanción según las circunstancias de mayor o menor peligrosidad (Art. 79), que el juez deberá valorar aplicando la pena dentro de los límites señalados para cada delito. Naturalmente, se deduce de este criterio que las circunstancias personales «no son comunicables entre los partícipes, a menos que constituyan elementos propios del delito o sirvan para facilitar su ejecución» (Art. 18). Está también prevista la coparticipación por el delito culposo, cuando el evento es el resultado del concurso de varias personas y todas ellas son pasibles

(7) El Código Rocco, respecto de la tentativa, sin abandonar el criterio dualista, ha repudiado la doctrina subjetiva en cuanto a las penas, aceptada ya respecto de las medidas de seguridad; esto es, según dice Florian, la ha repudiado en cuanto a la imputabilidad y la ha aceptado en cuanto a la peligrosidad. De ahí, que en lo concerniente a la imputabilidad y a las penas, el Código realiza la tradicional teoría objetiva sin posibilidad de infiltraciones subjetivas. Por otra parte, la punibilidad está excluida cuando, por la inevidencia de la acción o por la inexistencia del objeto, es imposible el evento dañoso o peligroso (Art. 49), por lo cual la tentativa imposible, queda fuera del campo de la verdadera represión, al que pertenece solamente la tentativa idónea, y puede dar lugar a una medida de seguridad, según la libre apreciación del juez. Véase, FLORIAN, *Tratado*, 1934, vol. I, pág. 665 y siguientes.



de sanciones penales. El artículo 9 regula la hipótesis del mandato no aceptado y del acuerdo no cumplido, los cuales son también castigados penalmente.

4. Después de haber dicho en general, como hasta aquí, que el problema de la responsabilidad está regido por el criterio de la peligrosidad del delincuente, y de haber hablado del elemento psicológico del delito, es hora de preguntarnos cual es la norma jurídica precisa, prevista expresamente, que rige la responsabilidad de todo aquel que, dolosa o culposamente, cometiere un delito.

Semejante norma fundamental y característica no está formulada expresamente, por lo tanto hay que deducirla del espíritu de la ley.

La peligrosidad del delincuente es el punto de partida y el supuesto necesario de la sanción. Se manifiesta de la manera más variada, en el delito consumado y en el intentado, por las causas más diversas, por enfermedad mental o nerviosa, por el *raptus* de una emoción, por el ímpetu de una pasión, por desgraciadas circunstancias de ambiente, etc.; pero, una vez que se haya manifestado la peligrosidad, en mayor o menor grado, no puede ni debe faltar la defensa social, realizada mediante las sanciones adaptadas a la personalidad del delincuente, y respecto de toda persona, cualquiera sea la condición en que se encuentre.

Están previstos expresamente los casos de justificación del hecho. El concepto de justicia humana en cuanto se traduce en la legislación represiva, halla en el proyecto Coll-Gómez una fórmula que se aleja definitivamente de los artificiosos convencionalismos tradicionales de la culpa moral, para acercarse a las concepciones realistas señaladas por el progreso de las ciencias naturales.

Si bien no tiene concreción legislativa a través de una norma determinada, como en el proyecto Ferri (Art. 18), se afirma, sin embargo, de manera sistemática, con la organización del principio de la peligrosidad.

El criterio directivo para excluir o no la responsabilidad penal, reside en la apreciación de la antijuridicidad del acto en su determinación subjetiva: faltando ésta, el acto carece de significación desde el punto de vista penal, y así, en el proyecto argentino están previstas *«las circunstancias que suprimen la delictuosidad de un hecho que, objetivamente, revestiría las condiciones para ser considerado delito, conforme a las previsiones de la ley. Tales circunstancias no son sino las mal llamadas causas de justificación»*.

Muy oportuna nos parece la observación acerca de la impropiedad de la expresión *causas de justificación* porque, en efecto, cuando falta el elemento objetivo no hay nada que *justificar*, ya que el propio delito no existe en su substancia. Es impropio afirmar que quien, en el ejercicio de un derecho, comete un hecho que



reviste la forma de delito, pero sin que, por otra parte, exista la substancia del mismo, está justificado. En tal caso no existe delito, y es una, superfetación la de ciertos dogmáticos que, en casos semejantes, quieren ver la transformación de un delito en un hecho no delictuoso (8).

Con prescindencia de las causas de justificación, o mejor, como dice la Exposición de Motivos: *«establecido que las mismas son circunstancias que eliminan la ilicitud del hecho, se advierte sin mayor esfuerzo, cual es la filiación del proyecto. Ella es perfectamente definida. Todo autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones. Consagramos, pues, sin reservas ni limitaciones de ningún género, el principio de la responsabilidad legal, que es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva»*.

Repetimos lo que ya hemos dicho sobre el tema (9): el proyecto ha superado todas las dificultades académicas y, sobre todo, las timideces de los legisladores modernos, y ha logrado un triunfo sobre las leyes penales fragmentarias, inorgánicas, dispersas, y, a veces, contradictorias, que han sido reconocidas en la práctica legislativa de muchos países de Europa y de América; ha dado el paso lógico y derecho que era lícito esperar después de tantas experiencias.

A este propósito, insistimos sobre otra observación, conforme se ha dicho otras veces y en diversas ocasiones, es decir, que el concepto de la responsabilidad legal no choca con las creencias religiosas, las cuales tienen principios propios y particulares sobre la culpa moral, principios que, por ser ajenos a la esfera del derecho penal, no deben ser ni afirmados ni negados por éste. Cuando se afirma que, en el ministerio penal, se ha de prescindir de la investigación y determinación de la culpabilidad moral, no se quiere con ello significar el desconocimiento de la responsabilidad moral,

(8) Determinar en particular cuales sean las causas de discriminación y de justificación de un hecho, para los epígonos *oficiosos* del pensamiento académico-penal italiano, es considerado un problema de difícil solución. Según Maggiore, por ejemplo, para una correcta construcción dogmática de la teoría de la antijuridicidad, hay que establecer una distinción entre las causas de justificación verdaderas y propias (que quitan al hecho la dirección antijurídica y lo convierten en no-delito, de manera que en vez de negar el derecho serviría para su afirmación) y las causas que tan sólo eliminan la capacidad objetiva de querer el bien y el mal de manera que los actos cometidos bajo su impulso tienen objetivamente todas las características de los delitos, pero carecen del elemento subjetivo. En la primera categoría (causas de justificación) están comprendidas: la ejecución de la ley; la obediencia jerárquica; la legítima defensa; el estado de necesidad; el consentimiento del ofendido. En cambio, la ignorancia, el error, el caso fortuito, la enfermedad mental, la edad, son causas referidas a la teoría de la no imputabilidad.

Si comparamos, en sus aspectos técnicos, estas causas de «no nacimiento del derecho penal» con aquellas del Proyecto argentino (error de hecho, ejercicio de un derecho o de funciones propias, estado de necesidad, legítima defensa) se verá, con lógica naturalidad, de que parte está la sencillez y la realidad del pensamiento latino.

(9) Véase, A. CRISAFULLI, *Brevi considerazioni sul Progetto di Codice Penale argentino* en, «L'Argentina», Roma, 1937, fasc. 6.

(en sentido trascendental). Por otra parte, la misma doctrina moral del cristianismo ¿no afirma que el hombre no puede hacerse juez de conciencia del hombre? Este juicio está reservado a Dios; y, en el ejercicio terrenal de la defensa social, abstenerse de él no es sino un homenaje rendido al más exquisito sentido de responsabilidad moral.



•
• •

La responsabilidad legal implica el criterio de la adaptación de la pena a la personalidad (y peligrosidad) del delincuente, sin lo cual dicho principio llegaría a ser verdaderamente algo terrible. A ello tiende el artículo 61, que transcribimos: «*La sanción será impuesta al delincuente dentro de los límites fijados para cada delito, según su peligrosidad establecida de conformidad a los artículos 17, 18, 19. El tribunal requerirá todos los informes y antecedentes que sean necesarios para el más completo conocimiento de la personalidad del sujeto a quien haya de imponer la sanción*».

Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, enumeradas en los artículos 17 y 18 mencionados, no son taxativas, con lo cual se previenen las objeciones empíricas, ya surgidas en su oportunidad contra el proyecto Ferri, y que se proponen demostrar la imposibilidad de una enumeración de la ley que incluya todas las circunstancias que, dentro de la infinita variedad de los hechos humanos, pueden señalar y precisar la peligrosidad del delincuente.

La apreciación de la peligrosidad del delincuente es, en verdad, ardua tarea, nada fácil pero no imposible, y, por eso, el proyecto hace muy bien en no señalar límites y no restringir la valoración de todas aquellas circunstancias que pueden indicarla, y a exigir el examen de toda la personalidad del delincuente, que no es una realidad compacta, única e independiente, sino una *resultante*, el producto de condiciones exteriores, de ambiente, individuales-orgánicas, psicológicas, y, en modo particular, subjetivo-prácticas, etiológicas, según enseña, por ejemplo, Del Greco. De ahí que para penetrar una realidad tan complicada, aparezca necesario, y se le exige al juez, recurrir a los conocimientos y a los puntos de vista de las más variadas ciencias.

Inspirándose en estos criterios científicos, el proyecto, si bien no da una definición teórica de la peligrosidad, los concreta legalmente mediante la disposición del art. 19:

«*La enumeración de circunstancias de mayor o menor peligrosidad hecha en los artículos anteriores (17 y 18) —que se reproducen*



en nota ⁽¹⁰⁾— *no impedirá la consideración de otras que, fundadas en el conocimiento de la personalidad del delincuente, en la apreciación de los motivos que lo determinaron y en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, permitan establecer el grado de la peligrosidad. La valoración de cada una de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad será hecha en relación a la personalidad del sujeto, integralmente considerada*».

Llegados a este punto, si extendemos al art. 133 del Código Rocco el procedimiento comparativo e ilustramos los puntos de vista de los dos sistemas, que fundamentalmente aparecen cada vez más condicionados por los presupuestos de la respectiva atmósfera conceptual, vemos que el Código Rocco no se ha dejado influenciar por las razones positivistas del fecundo método de Galileo o, cuando menos, se ha dejado enredar en el curso de su evolución con agregados tan *parciales* que legítimamente podemos considerar que las aspiraciones positivas han quedado insatisfechas.

Si no queremos desfigurar la realidad con frases ambiguas y bien construídas, debemos reconocer que, sustancialmente, contra toda ilusoria apariencia formal, las normas del art. 133 significan sólo un breve paso hacia el enorme camino a recorrer. Sobre este argumento desearíamos ser bien comprendidos, especialmente por nuestro maestro Florian, para evitar que se considere, una vez más, (") este «temperamento nuestro de poca conformidad» como «una flagrante y quizás apresurada incompreensión histórica».

Podemos estar de acuerdo en cuanto a la poca o mucha conformidad, ya que si es poca la nuestra, ello se debe a que queremos mucho nuestros principios.

El art. 133, nuevo en su forma, reproduce las antiguas posiciones de pensamiento, si se quiere técnicamente perfeccionadas, pero tiende siempre a la dosimetría de la pena, que debe imponerse en el sentido tradicional al caso concreto, en relación con la *mayor o menor peligrosidad del delito*: esto es todo.

La práctica judicial cotidiana nos enseña, además, si queremos referirnos también a ella, que ese artículo ha quedado como letra muerta, respecto a las esperanzas y a los propósitos del positivismo criminológico, pese a lo que escriba, en sentido contrario, el profesor Florian.

Por otra parte, sobre este punto, la exposición de motivos se expresa con significativa claridad: «...Se dispone que, para ejercei-

(10) Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, extraídas de la antropología y de la psicología criminal, y las referentes a las condiciones personales del delincuente, sus antecedentes familiares, sociales, etc., filiación directa del proyecto Ferri, son las siguientes: (transcribe los arts. 47 y 48 del proyecto Collaioni).

(11) Véase, *Scuola Positiva*, 1936, pág. 425-29; *Cose lette. Criminalia*, 1937, pág. 89 y sig., fasc. II, pág. 170 y siguientes.



tar la facultad de moverse entre el máximo y el mínimo establecido en la ley, el juez debe tener en cuenta la *gravedad del hecho delictuoso (reato)*, (no la peligrosidad ni la personalidad del delincuente) considerado por sí mismo, vale decir independientemente de las circunstancias especiales que puedan significar un aumento de la pena ordinaria, *deduciendo tal gravedad de aquellos elementos objetivos y subjetivos* que la ley especifica en el art. 133.

La comisión parlamentaria ha discutido si dicha enumeración es taxativa o simplemente declarativa, manifestando su preferencia por una indicación que no impide al juez tener en cuenta también otros elementos, como, por ejemplo, los «datos antropológicos», las enfermedades anteriores al hecho delictuoso, el haber cometido el delito contra persona a la cual el culpable debía gratitud.

La enumeración es taxativa, según la técnica legislativa penal moderna, que ha dejado de lado las indicaciones meramente ejemplificativas, porque cuando una serie de especificaciones no es taxativa, es preferible enunciar, en su lugar, solamente el concepto general en el cual están contenidos necesariamente todos los casos especiales.

Por otra parte, dicha enumeración es tan amplia que sería asaz difícil imaginar un elemento apreciable para *establecer la gravedad del hecho delictuoso (reato)* que no esté comprendido en ella. Así, limitándonos a los ejemplos presentados por la Comisión, los datos antropológicos pueden influir sobre el juicio relativo a la *gravedad del hecho delictuoso*, en tanto tengan influencia sobre el «*carácter del autor*», mientras ellos, por sí mismos, no tienen ninguna influencia sobre la voluntad individual».

Finalmente el Proyecto argentino, con su clasificación de los delinquentes, presenta un ulterior criterio general para poder determinar mejor, prácticamente, la prescripción de adecuar la sanción a la personalidad del delincuente, y, al mismo tiempo, completa y hace realizable, segura y *enteramente*, el principio de la responsabilidad legal.

Sería prácticamente imposible individualizar la sanción a la personalidad del delincuente por el delito cometido, sin remontarse de la materialidad exterior del acto a las condiciones personales y psicológicas que lo han determinado: la relación nos dará el grado de *pertenencia* del delito a la personalidad del autor, la distinta reacción del individuo a los estímulos exteriores (exógenos) o interiores (endógenos).

Ya no se trata de una simple investigación de psicología criminal, sino de una base de hecho que sirve precisamente de paso al ordenamiento práctico de la defensa social. El examen de la clasificación del delincuente para colocarlo en una determinada categoría, es referido, en el Proyecto, a las situaciones personales siguientes previstas en el art. 20: «*El tribunal establecerá, de una manera fundada,*



la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar:

- a) Si cometió el delito cediendo, exclusivamente, a una ocasión especial y transitoria;
- b) Si cometió el delito en el ímpetu de una pasión o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieron excusable;
- c) Si cometió el delito en estado de alienación mental, grave anomalía psíquica, inconciencia completa o intoxicación crónica de alcohol, drogas o estupefactivos;
- d) Si la naturaleza y modalidad del delito o delitos cometidos, los motivos determinantes o las condiciones personales, demuestran su índole criminal;
- e) Si con la comisión de dos o más delitos anteriores, no culposos, y consideradas las mismas circunstancias y el género de vida llevado, demuestra haber adquirido el hábito de delinquir o su tendencia a vivir, aunque sólo sea en parte, de los productos del delito;
- f) Si antes fué condenado, en el país o en el extranjero, por otro delito, que no sea militar o político, aunque hubiere mediado indulto o conmutación; y si la reincidencia, tenidas en cuenta las circunstancias especificadas en los dos párrafos anteriores, lo presentan como un sujeto peligroso».

La clasificación de los delinquentes en el sistema de Rocco está determinada en función de las materiales exigencias judiciales: sobre la base de la imputabilidad surgen las tres categorías fundamentales de los delinquentes *imputables, no imputables y parcialmente imputables*.

Los imputables (Art. 85) se dividen en *primarios* (pueden incluirse a los delinquentes ocasionales, que no son mencionados específicamente y a los delinquentes por pasión, arts. 90 y 62 N.º 2.º, que casi nunca reinciden) y *reincidentes* (reincidentes propiamente dichos —reincidencia genérica y específica, arts. 99 y 102—; habituales, art. 103; profesionales, art. 105).

Una figura especial es la del delincuente por *tendencia* (Art. 108) que el proyecto Rocco había caracterizado mediante la «*instintiva tendencia a delinquir*» (Art. 104), queriendo seguramente con ello interpretar la genial figura lombrosiana del delincuente nato.

Los no imputables (Art. 88) o parcialmente imputables (Art. 9) pueden ser también los delinquentes ebrios por caso fortuito o fuerza mayor (Art. 91), los delinquentes en estado de intoxicación crónica producida por alcohol o sustancias estupefacientes (Art. 95), los sordomudos (Art. 96), los menores (no imputables los me-

nores de catorce años, con pena disminuída los mayores de catorce años y menores de dieciocho años, (Arts. 97 y 98).

Como se ve, no se trata de una verdadera y propia clasificación; pero sustancialmente, se encuentran las diversas figuras tradicionales de delincuentes.



5. Correspondería ocuparse ahora de las sanciones y ver cómo funcionan en los dos textos, pero nos limitamos aquí a una somera reseña informativa, tanto más que si quisiéramos detenernos en este argumento, no haríamos sino repetir lo que hemos escrito ya sobre el tema.

El Proyecto Coll-Gómez ha acogido el concepto *unitario* de las sanciones (reclusión, prisión, internación en un manicomio o establecimiento especial adecuado para la curación o tratamiento, expulsión del país, inhabilitación y multa), refundiendo las penas y las medidas de seguridad.

Esto significa querer *humanizar* la justicia.

No podemos sino complacernos, en nombre de la civilización.



MARIO D'ANIELLO

*(«Il Tribunale», Roma - Nápoles,
año XVII, N.º 11, 30 de noviem-
bre de 1938, p. 2).*







Por una iniciativa muy laudable ha sido traducido al italiano y publicado el Proyecto de código penal argentino. Tal proyecto, como se sabe, es obra de los doctores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, quienes han infundido en él su mejor doctrina y, lo que es más importante, al par que reclama la atención, su experiencia de magistrados y organizadores de institutos penitenciarios y de educación.

La traducción se debe a dos jóvenes docentes de valía, el italiano Julio Andrés Belloni, quien ha escrito un prefacio elevado y sintético, y el profesor argentino Francisco Pedro Laplaza, de la Universidad de Buenos Aires (sic), que ha acompañado la publicación con una introducción histórico-crítica sobre la ciencia penal de su país, expresando a menudo la simpatía que siente por el nuestro.

Un rápido examen deja la impresión neta de la decidida orientación a acoger los principios de la escuela positiva italiana y, si se procede a un examen particular, puede decirse que no hay norma alguna que no manifieste la superación de toda teoría clásica —también la ciencia penal argentina tiene su escuela clásica— y la afirmación de los nuevos principios: examen psicopatológico del delincuente, extensión de los poderes del juez, amplitud del campo de investigación, especialmente de las relaciones entre delinquentes y delito, tratamiento penitenciario educativo e instructivo y, sobre todo, unidad de las sanciones.

*
• •

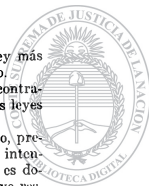
La parte general del proyecto —única conocida por ahora— se compone de ciento catorce artículos agrupados en diez Títulos.

Resumimos brevemente las disposiciones más importantes.

El Título I se refiere a la aplicación de la ley penal. El proyecto refirma dos normas de valor universal, relativas a la aplicación de la ley en el espacio y en el tiempo.

Se aplica la ley argentina por el delito cometido en el territorio del estado, o que en éste produzca sus efectos, o bien en el extranjero si se debiera aplicar una norma de derecho internacional; se aplica también si el delito es cometido en el extranjero por un funcionario o empleado en el desempeño de su cargo o comisión.

(1) Editor Ulrico Hoepli, Milán.



Se confirma además el principio de la aplicación de la ley más favorable, en la hipótesis de leyes que se suceden en el tiempo.

El título II se ocupa del delito. No están previstas las contravenciones, con respecto a las cuales existen disposiciones en las leyes de las distintas provincias del estado federal.

Se mantiene la tradicional tripartición del delito en doloso, preterintencional y culposo. Para el dolo es acogida la teoría de la intencionalidad —y no podía ser de otro modo—, ya que el delito es doloso cuando el resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que se tuvo en la ejecución (Art. 4).

El art. 5 se ocupa de la relación de causalidad material, afirmando que las causas preexistentes, simultáneas o sobrevenientes que tengan una relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y el resultado: parece, pues, que el proyecto acoge el principio de la causalidad eficiente, aunque falta una norma que fije el principio de la causalidad jurídica, como lo hace nuestro art. 40.

Acerea de la coparticipación de varias personas en el delito, el proyecto argentino suprime también toda diferencia entre participación primaria o secundaria y trata de la misma manera a todos los concurrentes, materiales y morales, en el delito doloso o culposo, con la salvedad de establecer si el partícipe entendió concurrir a un delito de mayor o menor gravedad (Art. 12).

Nos parece impecable la fórmula de exclusión del delito («no existe delito») en lugar de nuestra no punibilidad, por causa de error o engaño, del ejercicio del derecho o de funciones, del cumplimiento del deber u orden, de necesidad no evitable y no provocada, de defensa legítima, de rechazar la violencia contra un representante de la autoridad en el acto de ejercer las propias funciones. Aquí es digna de relieve la definición de la defensa legítima, o sea, la necesidad de defender un derecho propio, siempre que concurren las siguientes circunstancias: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, defecto de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Tales circunstancias se presumen, por ley, con respecto a aquellos que rechazan una agresión nocturna al lugar habitado, o una sorpresa de extraños en la habitación en actitud sospechosa, o el ingreso a la propia habitación aislada.

Pero, sobre todo, es digno de relieve el permiso concedido por ley de repeler la violencia del funcionario público que, entre nosotros, se reconoce con dificultades después de la abrogación del art. 199 del código penal de Zanardelli y a pesar del amplio alcance del art. 51 del código Rocco.

El proyecto argentino acepta un principio idéntico al de nuestro legislador con relación al exceso culposo: establece el art. 16



que, en tal caso, el culpable será sometido a las sanciones dispuestas para los delitos cometidos por culpa o imprudencia.

El título III se ocupa del delincuente y representa la parte central del proyecto, pues coloca como fundamento del sistema la *personalidad* del reo.

La observación judicial debe tener por objeto, sobre todo, a la persona del delincuente y, en particular, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que son los factores de aquélla y corresponden en gran parte a nuestros artículos 61, 62 y 133 del cód. penal. Entre las circunstancias de mayor peligrosidad señalamos, por su originalidad, la del art. 17, inc. 8: haber cometido el delito cuando por razón del cargo, profesión u otra situación particular surgiera, para el autor, la obligación de una conducta personal y social más digna; y entre las circunstancias de menor peligrosidad, la del art. 18, inc. 6: la confesión del delito en formas y circunstancias reveladoras de remordimiento (como ya había previsto el proyecto Ferri), así como también la del art. 18, inc. 7: la miseria, cuando la naturaleza del delito y sus circunstancias la señalen como causa determinante.

Pero más dignos aún de destacarse son los artículos 19 y 20, mediante los cuales el legislador argentino manifiesta toda su enérgica voluntad de imponer el estudio completo e integral del delincuente. Para semejante investigación, todos los medios son útiles y todos los elementos factores necesarios para una valoración consciente y segura. Por ello, en materia de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, se dispone la aplicación analógica de la ley penal: «la enumeración de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad hecha en los artículos precedentes, no impedirá la consideración de otras que, fundadas en el conocimiento de la personalidad del delincuente, en la apreciación de los motivos que lo determinaron y en la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, permitan establecer el grado de peligrosidad»; por ello, también, en el art. 20 se impone el estudio del delincuente frente a su delito, es decir, que el juez debe establecer, de manera fundada, la relación entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor.

El título IV se ocupa del régimen de la minoridad fijada, como en nuestro código, a los dieciocho años de edad. El menor: a) si no es peligroso es confiado por el juez al padre, tutor o curador, mediante resoluciones siempre revocables; b) si está abandonado se le entrega a un instituto de educación público o privado hasta la edad de 21 años, salvo la necesidad, para el menor de quince años, de ser alojado en un reformatorio educativo público a causa de su mayor peligrosidad o de perversión, impulsividad o tendencia a delinquir (Art. 21).

El título V trata de las sanciones. Se aplican sólo a los mayores de 18 años, y consisten en la reclusión, la prisión (con aislamien-



to celular nocturno y obligación de trabajo e instrucción), la internación en un manicomio o en un establecimiento público adecuado para la cura o tratamiento, la expulsión del país (para los delitos de extranjeros), la inhabilitación y la multa (Art. 30). Y también aquí, como con respecto a la búsqueda de las causas del delito y a la identificación judicial de la sanción, se manifiesta la naturaleza netamente subjetiva del tratamiento penitenciario. El art. 36 establece, en efecto, que los hombres débiles o enfermos y los que pasen de sesenta años descontarán la reclusión en los establecimientos destinados a prisión. Y una norma enteramente nueva, hasta en nuestra legislación, es la del art. 42 por la cual los condenados a reclusión perpetua pueden obtener la libertad condicional, y la del art. 60 por la cual el período transecurrido en el manicomio judicial se computa a los efectos del cumplimiento de la sanción. Tales normas no sólo constituyen una novedad, sino que indican la neta y decisiva orientación penológica subjetiva, así como la función genuinamente reeducativa, más que represiva, de la pena, de conformidad con el principio fijado en el estatuto constitucional de la República Argentina.

El título VI se refiere a la imposición de las sanciones. La regla fundamental, sobre la que se eleva el sistema de la ley, es que la sanción sea impuesta al delincuente según el grado de su peligrosidad, dentro de los límites fijados para cada delito. Por esto consagra todo un sistema para adaptar la sanción al hombre de conformidad con los resultados de la investigación psico-patológica que —repetámoslo una vez más— tiene una importancia preponderante sobre el examen objetivo del delito. Así, la ley excluye el concurso material de delitos (Art. 72) y, en caso de concurso de delitos, conmina una sanción más grave, pero que no alcanza nunca la suma de las sanciones conminadas para cada uno de los delitos cometidos (Art. 67). Y una gran reafirmación del principio es la dictada por el art. 63, con respecto a los delitos cometidos en estado de inconsciencia completa, cuando resulta la ausencia de toda peligrosidad (en tal caso no se aplica la sanción), y por el art. 76 que considera el delito tentado como consumado, salvo la prohibición de infligir el máximo de la sanción.

El título VII se ocupa de la condena de ejecución condicional.

La ejecución de la condena puede ser suspendida cuando la duración de la sanción no supera los dos años y el delincuente resulta ser de peligrosidad atenuada o ha cometido el delito solamente por ocasión, pasión o emoción excusable. La suspensión dura de dos a seis años y es revocada si el delincuente comete otro delito en el término de prueba, salvo que se trate de delito culposos, en el cual caso la revocación es facultativa.



El título VIII concierne a la reparación de los daños, entre los cuales figura la publicación de la sentencia para el resarcimiento de los daños morales, a pedido del ofendido o también de oficio (Art. 93). Aquí el proyecto argentino acoge un principio nuevo para otras legislaciones, no excluida la italiana: «En el caso de que el condenado esté absolutamente privado de recursos, si se trata de condenados a multa, el juez fijará la parte de las ganancias o estipendios que deberá depositar periódicamente hasta el pago total; las cuotas serán fijadas teniendo en cuenta el monto de las ganancias o estipendios y las cargas de familia del condenado».

El título IX se ocupa de las acciones que se distinguen en públicas (no reservadas al ofendido), dependientes de instancia privada (violación, estupro, rapto, ofensas al pudor), salvo la conexión con delito perseguible de oficio y salvo que el delito sea cometido contra un menor o incapaz sin padres, tutor o curador, o bien cuando uno de estos últimos sea autor o cómplice del delito; y privadas, para los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia, calumnia e injuria, concurrencia desleal y violación de secretos.

El título X establece las reglas de la extinción de las acciones y de las sanciones.

La acción —y no, como entre nosotros, el delito— se extingue por la muerte del imputado, amnistía, prescripción (los términos son aumentados en la mitad para los habituales y los reincidentes) y renuncia del ofendido con respecto a los delitos de acción privada.

Las sanciones se extinguen por amnistía, indulto, perdón para los delitos de acción privada, y prescripción. No está sujeta a prescripción la sanción de internación en un manicomio u otro establecimiento para el tratamiento y la cura del delincuente.

De esta breve e incompleta reseña surge la gran afinidad entre el proyecto argentino y nuestro código, tanto en sus principios informadores como en la estructura sistemática. Pero la gran reforma, todavía más revolucionaria, está dada por la unificación de las sanciones, propuesta ya en Italia por Ferri en el proyecto de 1921. El proyecto argentino no conoce sino al delincuente y la sanción, excluida la pena de la que elimina hasta la denominación. Esto acontece para defender a la sociedad contra la responsabilidad (legal) del delincuente peligroso, manifestada a través del delito.

Como se sabe, el juicio integral debe dirigirse prevalentemente sobre la persona del delincuente que presenta mayor o menor peligrosidad, para la individualización de la sanción más o menos grave. Y, en efecto, si la ley argentina, por ejemplo, quiere ser generosa en el caso de la libertad condicional, también están previstas circunstancias minuciosas y precisas, como índices de peligrosidad, a los efectos de su revocación.

Permítasenos formular una reserva acerca de la correspondencia a estos principios del art. 59, que establece el cómputo de la custodia preventiva en la duración de la sanción: dos días de prisión equivalen a un día de reclusión. No sabemos en qué límites está fijada la duración de la custodia preventiva en el derecho procesal penal argentino, y bien puede darse que, si los procesos son rápidos, la observación carezca de importancia práctica; pero si el tratamiento penitenciario de las sanciones, dirigido a la reeducación del condenado, se resuelve en un tratamiento de favor, sobre todo cuando ya no se habla de pena, aquella doble comparación de la prisión a la reclusión nos parece injusta y, sobre todo, no adherente al principio. De todos modos, éste es un punto de mínima importancia que desaparece frente a la claridad y la altura de miras del proyecto, en el cual los institutos principales resplandecen con toda su modernidad y practicidad al suministrar a la sociedad instrumentos seguros para la defensa contra el delito.

Al leer este proyecto y la exposición de motivos (relación) de los ilustres redactores —en la cual los nombres de Ferri, Pessina, Brusa, Garofalo, Zanardelli, Crivellari, Majno, Manzini, Florian, Rocco son citados en los puestos de honor, y en la cual las referencias a nuestro código penal se encuentran casi en cada página—, nosotros, los italianos, debemos sentir con mayor razón todo el orgullo de nuestra civilización jurídica y expresar a la Nación Argentina nuestros sentimientos de entusiasmo y de simpatía que consolidan vínculos de amable latinidad.



JORGE H. FRIAS

(«Récueil des Documents en matière pénale et pénitentiaire». — Bulletin de la Commission Internationale Pénale et Pénitentiaire, vol. VIII, 1939, p. 397).





El Proyecto de Código Penal para la República Argentina de 1937 (1)



Por decreto del 29 de diciembre de 1936, el Gobierno argentino designó a Jorge Eduardo Coll, profesor de derecho penal, ex miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital y actualmente Ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, y a Eusebio Gómez, también, profesor de derecho penal, ex director de la Penitenciaría Nacional y actualmente juez de instrucción de los tribunales criminales de la capital, para presentar un proyecto de reforma del código penal en vigor, aplicado en el territorio de la República desde 1922 y sobre la inoportunidad de la cual la Conferencia nacional de abogados, reunida en Tucumán, del 13 al 18 de julio del mismo año, se había pronunciado algunos meses antes, y en ella Coll, en contradicción con la comisión de la cual era miembro, expuso la necesidad de reformar dicho código «coordinando sus disposiciones con el principio del estado peligrosos».

El 8 de julio de 1937, Coll y Gómez, llegados al término de su cometido, elevaron al Poder Ejecutivo el proyecto de código penal que habían redactado, proyecto que el mencionado poder ha sometido al examen del Congreso nacional y que, además, es objeto de un amplio estudio en la sección penal del Instituto Argentino de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, que forma parte de ella. De este proyecto damos una información objetiva y sintética.

Indicaremos, ante todo, que se compone de dos libros y de 393 artículos; el primer libro comprende las disposiciones generales, reunidas en diez títulos que se refieren a la aplicación de la ley, al delito, al delincuente, al régimen de los menores, a las penas, a la aplicación de las penas, a la condena condicional, a la reparación del perjuicio causado, a las acciones y a la extinción de las penas y de las acciones.

El segundo libro está dividido en 14 títulos que se refieren en particular a los delitos contra las personas, contra las costumbres, el estado civil, la libertad, los derechos intelectuales, el patrimonio, la seguridad pública, la seguridad de la Nación, a los delitos políticos, a los delitos contra el orden público, el sentimiento nacional, la administración pública, la fe pública, el comercio, la industria y la economía pública.

(1) Proyecto de código penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del decreto de 19 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez. Ministerio de Justicia e Instrucción Pública. Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937.



Además, contiene algunas disposiciones supletorias que los autores del proyecto han creído conveniente redactar para el caso en que fuera adoptado con el restablecimiento de la pena de muerte, «que el mismo no admite».

Se trata de una obra que se apoya en la doctrina positivista, de la cual sus autores son partidarios convencidos. «No queremos discutir —afirman en su *Exposición de motivos*— los postulados de la escuela positiva, que sirven también de fundamento sólido a los códigos de tendencias doctrinarias adversas, aunque haya obstinación en no reconocerlo, y, especialmente, basándonos en el principio del estado peligroso que constituye el delito, hemos elaborado la reforma según una disciplina científica rigurosa que, por serlo, permite esperar los mejores resultados prácticos». Pero, contrariamente a sus concepciones y convicciones, no han establecido, como lo reconocen en el lugar indicado, la pena indeterminada, porque esta institución, dicen, no puede ser adoptada todavía en su país. Resulta, pues, que el proyecto impone la *sanción* (terminología del proyecto italiano de 1921, que aplican, según su afirmación, porque ella expresa sin equívocos el significado de las consecuencias jurídicas del delito y porque, además, excluye la distinción entre penas y medidas de seguridad, inadmisibles en la posición científica que han adoptado) en los límites fijados para cada delito, según el grado de peligro que constituye el delincuente, como lo dice el código en vigor, aunque menos conforme al principio del estado peligroso que éste del cual nos ocupamos.

• •

Examinando las disposiciones generales, constatamos que el proyecto no da una definición del delito; se limita solamente a establecer, en el título respectivo, las formas de su elemento subjetivo, la definición del cual está dada precisando así los conceptos del dolo, de la preterintención y de la culpabilidad e introduciendo las últimas formas en la parte general a fin de evitar repeticiones, que los redactores no consideran necesarias en la parte especial cuando se trata de delitos en los cuales el mismo elemento puede ser preterintencional o resultar de imprudencia, de negligencia, de inexperiencia o bien de la inobservancia de las leyes, reglamentos y deberes (culposos).

En el título al cual nos referimos, con el propósito de evitar las discusiones suscitadas en la práctica a raíz de la causa cooperante, y si, por error o azar, se comete un delito contra una persona distinta de aquélla contra la cual la acción iba dirigida, se dispone que la causa cooperante no excluye la relación entre el delito y su



resultado, y que, en los casos de error o de azar evidentes, las circunstancias calificativas de agravación que deriven del estado de la víctima no serán tomadas en consideración con respecto al efecto de la pena, pero sí lo serán las que califiquen el delito en razón de las condiciones inherentes a la persona contra la cual iba dirigida la acción.

Por lo que concierne a la tentativa, se mantiene la concepción del código actual, después de haber procurado, como lo afirman los autores del proyecto, precisar más claramente las circunstancias que interrumpen el *iter criminis* y en virtud de las cuales no se llega a cometer el delito, estableciendo que dichas circunstancias deben ser «fortuitas o independientes del autor», en lugar de «extrañas a su voluntad», como lo establece el código vigente. Además, el proyecto sanciona la tentativa de delito imposible, cuando no hay lugar a eximir de sanciones al autor.

En materia de participación, el proyecto se adapta, según la opinión de los autores, al criterio más conforme con la realidad. Todos los que participan, moral o materialmente, de cualquier forma, en la comisión de delitos, son cómplices para los cuales la sanción es la misma que para el delito, aunque deberá ser graduada por los jueces en los límites establecidos para cada delito según las circunstancias. Los redactores dicen que, por lo que concierne al delito cometido por imprudencia, negligencia o inexperiencia, «a pesar de las observaciones de Florian», han dispuesto de manera precisa que, si el resultado ha sido causado por diversas personas, todas ellas deben ser alcanzadas por la sanción penal.

En cuanto a las circunstancias que suprimen la culpabilidad, el proyecto establece solamente: el error de hecho que no derive de la culpabilidad, el ejercicio de un derecho o de funciones propias, el estado de necesidad, el derecho de legítima defensa; por razones evidentes, según la observación de Coll y Gómez en la *Exposición de motivos*, han sido suprimidas en la enumeración algunas que figuraban en el código vigente.

En lo que concierne al delincuente, el proyecto no define el delito que él constituye. Da solamente una enumeración de las circunstancias que deben tomarse en consideración para determinar la *mayor o menor peligrosidad* que constituye el delincuente, pero sin que la enumeración sea limitativa; el proyecto contiene una disposición según la cual la enumeración de las circunstancias que él mismo expone, no impedirá tomar en consideración otras razones fundadas en el conocimiento de la personalidad del delincuente, apreciando los motivos que determinaron su acción y examinando la *gravedad* y las modalidades del acto delictuoso que permitan establecer el grado de peligrosidad.



En esta parte, los autores del proyecto han seguido el proyecto de reformas de 1928, elaborado por una comisión designada para redactar las leyes complementarias del código penal, proyecto que el Poder Ejecutivo sometió en 1932 al Senado de la Nación, después de haberle introducido algunas modificaciones.

Las circunstancias de la mayor nocuidad del delincuente que están enumeradas en el proyecto, se refieren a la vida anterior personal, familiar y social, disoluta, deshonesta, parasitaria; a los antecedentes judiciales por delitos y faltas; a las condiciones físicas y psíquicas anormales; a los motivos innobles o fútiles; al tiempo, lugar, cuerpo del delito y al grado de su preparación, ejecución y consumación; a la agravación de las consecuencias del delito y a la actividad agravante hacia la víctima; a la obligación de una conducta más digna, tanto personal como social, en razón de las funciones, de la profesión o de otra situación particular. Si se trata de delitos cometidos por negligencia o imprudencia, el hecho de causar el daño en circunstancias que permitieran preverlo fácilmente.

Las circunstancias que demuestran la menor nocuidad del delincuente son las siguientes: la dignidad personal, familiar y social; el hecho de que el delincuente se haya distinguido por una conducta meritoria en sus funciones o profesión; que haya cometido el delito en un estado de intoxicación transitoria, no provocada ni previsible; que haya actuado bajo la sugestión de una muchedumbre, asamblea o revuelta; que haya procurado espontánea o diligentemente evitar o disminuir las consecuencias del delito; que haya confesado el delito en forma y circunstancias que revelen el remordimiento; la miseria.

Las circunstancias de la mayor o menor nocuidad del delincuente deben ser apreciadas por el tribunal para establecer, de manera fundada, la relación que existe entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor y para determinar si lo ha cometido cediendo exclusivamente a una condición especial y transitoria, en un arranque de pasión social o en estado de emoción violenta que las circunstancias hagan excusable; en estado de alienación mental, de grave anomalía psíquica, de inconsciencia completa o de intoxicación crónica; si la naturaleza del delito, los motivos determinantes o las condiciones personales demuestran su carácter criminal; si los delitos anteriores, no cometidos por imprudencia, negligencia o inexperiencia, o por inobservancia de las leyes, reglamentos y deberes (no culposos) y la consideración de las mismas circunstancias y de la manera de vivir, demuestran que ha adquirido el hábito de cometer crímenes; si, con anterioridad, ha sido condenado, ya en el país, ya en el extranjero, por otro delito que no sea político o militar, y si la reincidencia que se tiene en cuenta en estas circunstancias lo presenta como un individuo peligroso.



Las penas establecidas por el proyecto son las siguientes: reclusión, prisión, internación en un asilo de alienados o en un establecimiento especial de tratamiento o de cura, expulsión del país como pena accesoria de toda condena por delito no cometido por imprudencia, etc. (no culposo) pronunciada contra un extranjero que sea, al mismo tiempo, delincuente habitual o reincidente peligroso o de carácter criminal, privación de derechos y multa. Considerando, además, que corresponde al código penal estipular con rigurosa precisión las normas esenciales del régimen de las penas, los autores del proyecto estiman que las penas de reclusión y de prisión deben ser purgadas no solamente en establecimientos separados, pero con aislamiento celular nocturno, sino que estas penas deben comportar la obligación de trabajar, haciendo posible que los condenados, después de haber purgado dos años de la pena y según sus condiciones personales, sean empleados en trabajos públicos del estado nacional o provincial, a condición de que no sean contratados por particulares; que el condenado debe ser obligado a frecuentar la escuela, a llevar el uniforme prescripto, a someterse a todas las medidas higiénicas y sanitarias prescriptas y a los reglamentos administrativos que se establezcan, los cuales no pueden modificar las líneas generales que el proyecto determina para cada pena, «ni autorizar medidas, a título de corrección disciplinaria, que ataquen la dignidad o la salud del condenado o que dependan de la remuneración de su trabajo, etc.». Por lo que concierne a los hombres débiles o enfermos condenados a reclusión, se establece que la sufrirán en un establecimiento destinado a la ejecución de la pena de prisión y, por lo que se refiere a las mujeres condenadas, el proyecto dispone que ellas sufrirán su pena, es decir, una u otra de las sanciones privativas de libertad, en el establecimiento designado a ese efecto con la obligación de efectuar en dichos establecimientos trabajos apropiados y, en la medida de lo posible, labores de jardinería, horticultura y agricultura. Además, indica el régimen a aplicar a las condenadas encintas, prescribiendo que, en este caso, las penas privativas de libertad deben ser suspendidas. Dicha suspensión se extenderá hasta los 40 días posteriores al parto, pudiendo prolongarse ese término en caso de necesidad en virtud del informe de peritos. Con excepción de esta disposición especial, las mujeres condenadas están sometidas a las reglas establecidas para los hombres.

El proyecto determina también el horario y la duración del trabajo y la distribución de su producido que deberá ser empleado en reparar los daños y el perjuicio, a pagar los alimentos según el código civil, a cubrir los gastos del establecimiento y a formar un peculio que será entregado a los condenados a su salida.

En el artículo sobre las penas, el proyecto trata de la libertad condicional, institución que fué establecida por el código penal ac-



tual y que ha dado un admirable resultado en la capital de la República mediante la acción combinada de la cámara criminal y correccional y del patronato de liberados; esta acción ha sido favorecida últimamente por las excelentes informaciones suministradas por el *Instituto de Clasificación* de la Dirección General de Institutos Penales, creada por la ley sobre la internación (ley número 11.833), y compuesto por el jefe del anexo psiquiátrico, un profesor de derecho penal y un representante del patronato.

El proyecto autoriza al tribunal a acordar la libertad condicional al condenado a reclusión perpetua que haya sufrido 25 años de su pena a contar desde el día en que ha sido sometido a dicha sanción, y al condenado a reclusión temporaria, así como también a los condenados a prisión por 3 años o más, una vez que hayan purgado los tres cuartos de su pena contados de la misma manera, y previo informe del director del establecimiento quien debe constatar que el condenado se ha conducido bien, no sólo observando regular y constantemente los reglamentos, sino también aprendiendo un oficio y dando pruebas de aptitud para el trabajo cualquiera sea su situación económica. El informe debe basarse sobre la observación continua del condenado en todas las circunstancias de su vida.

El proyecto no admite la libertad condicional del reincidente, con excepción de ciertos casos a los cuales son aplicables las sanciones determinadas de las que hablaremos más adelante. Las condiciones bajo las cuales es acordada la libertad condicional, son, más o menos, las mismas que las que se exigen actualmente: el liberado debe residir en un lugar determinado; observar las reglas de conducta fijadas por la decisión judicial; ejercer durante el tiempo impuesto un oficio, un arte o una profesión, si no posee medios de existencia suficientes; no cometer nuevos delitos; someterse al control de un patronato indicado por el tribunal y, si no existe patronato en el lugar de residencia del liberado, someterse a la autoridad de policía de dicho lugar o a la persona indicada por el tribunal.

Conforme a las disposiciones del proyecto, la libertad condicional es, no solamente revocable, con la consecuencia de no computarse el tiempo que ésta hubiere durado, en el caso de que el liberado cometa un nuevo delito, sino también (susceptible de ser suspendida) por el tribunal en caso de alguna infracción a las demás condiciones establecidas.

Acerca de las sanciones, debemos agregar que el proyecto contiene, en el título sobre *la aplicación de las sanciones*, disposiciones especiales para ciertos delinquentes, que es interesante conocer. Prevé, para los delinquentes alienados y para los que han cometido el delito en estado de inconsciencia completa, el internamiento en una casa de alienados o en un establecimiento apropiado hasta que se establezca que la peligrosidad ha desaparecido completa-



mente, permitiendo, en los casos de inconsciencia completa, que la pena no sea impuesta si las condiciones personales del autor, las circunstancias de hecho y el informe del perito oficial constatan la ausencia de toda peligrosidad. Para los delinquentes psíquicamente anormales y los intoxicados crónicos, los individuos de carácter criminal, los criminales habituales y los reincidentes peligrosos, para los delinquentes reiterantes según el número de delitos cometidos, excepto el caso de delitos continuados, y la gravedad de la sanción correspondiente, se ha establecido la reclusión por tiempo indeterminado con un mínimo de duración, pero, una vez vencido el término, se les puede acordar la libertad condicional en las condiciones mencionadas, estableciendo, además, por informe de peritos, cuando se trata de delinquentes psíquicamente anormales y de intoxicados crónicos, que el delincuente no constituye un peligro ni para sí ni para los otros. La sanción finaliza al cabo de cinco años, si la libertad no ha sido revocada. En los casos de reclusión perpetua, el tribunal decidirá después de 25 años de reclusión.

Hacemos notar también que el proyecto sanciona la tentativa como delito consumado, pero sin imponer el máximo de la pena: en el caso de reclusión perpetua se la ha fijado entre 10 y 25 años. Para la tentativa de delito imposible, se ha previsto que la pena máxima que corresponde al delito consumado será disminuida en la mitad y podrá ser reducida hasta el mínimo, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.

El proyecto prevé igualmente la institución de la condena condicional, que ha sido establecida por primera vez en la República por el código actual haciendo, según la *Exposición de motivos*, las proposiciones fundamentales siguientes: la ejecución de la pena no será suspendida sino en caso de primera condena, en el caso de prisión que no exceda de dos años o de multa hasta 1.000 pesos (sic); será necesario que el delito sea ocasional o pasional, además, es preciso que las circunstancias indiquen el menor grado de nocuidad. No se suspende tampoco la ejecución en los casos de concurso real de delitos, a menos que la sanción a imponer sea de multa que no exceda de 2.000 pesos. El proyecto dispone, además, que el condenado podrá ser sometido a vigilancia durante un período de prueba; el no cumplimiento de la obligación de reparar los daños causados por el delito mediante el empleo de maniobras engañosas, y la falta de pago sin causa justificada de la suma fijada por la misma resolución, darán lugar a la ejecución de la pena suspendida condicionalmente.

El proyecto exige también, para la libertad condicional, que el condenado haya cumplido con las obligaciones civiles derivadas del delito e impuestas por la sentencia, a menos que pruebe que se ha encontrado en la imposibilidad de cumplirlas.



Agreguemos que el proyecto se ocupa, además, de la reparación del daño moral y material causado por el delito a la víctima o a terceras personas, disponiendo, entre otras cosas, que el tribunal puede fijar la indemnización, como lo hace el código actual, aun sin que la parte lesionada lo demande, estableciendo prudentemente el monto de la indemnización en caso de ausencia de pruebas completas, pero permitiendo a la parte damnificada dirigirse a la jurisdicción civil para reclamar el aumento al que crea tener derecho. El proyecto se ocupa también de las acciones determinando las que son públicas y las que son privadas, y de la prescripción de las acciones y sanciones, admitiendo como causa de interrupción de la prescripción la perpetración de otro crimen y la continuación del proceso.

En fin, el proyecto, respetando el régimen de los menores, permite aplicar a los niños y a los adolescentes las medidas educativas necesarias, sin sentimentalismo exagerado y conforme con sus rasgos personales características en evolución. Como lo dicen en su *exposición de motivos*, los autores del proyecto han elaborado esta parte de su trabajo «teniendo en cuenta de manera especial el feliz resultado obtenido mediante la aplicación de las normas que, en su conjunto, representan el sistema dominante de la «Colonia-hogar Ricardo Gutiérrez». Cuando el delito ha sido cometido por una persona de menos de 18 años, las diversas disposiciones del proyecto deben ser aplicadas; ellas se reducen, más o menos, a lo siguiente: si las circunstancias del delito y las condiciones del menor permiten admitir que no hay peligro alguno, el tribunal podrá dejarlo a sus padres o confiarlo a un tutor o guardián; si el menor ha sido dejado moralmente abandonado o si constituye un peligro, debe ser internado en un establecimiento adecuado de educación, público o dependiente de una institución privada, hasta la edad de 21 años, pero teniendo la posibilidad de salir antes si las razones de su internamiento han desaparecido; si el menor, en el momento de la intervención del tribunal, ha alcanzado los quince años y constituye un gran peligro o si manifiesta signos de perversidad, impulsión o tendencia a la criminalidad, deberá ser internado en un reformatorio o en la sección especial de un establecimiento público de educación durante un tiempo indeterminado, pero si su conducta experimenta una mejoría moral o una modificación favorable, deberá ser remitido a un establecimiento de educación carente del régimen de la sanción especial hasta la edad de 21 años. En caso de inadaptación, el tribunal resolverá conforme a las disposiciones para los delinquentes adultos y será transferido al establecimiento correspondiente.

El proyecto prevé la libertad vigilada por intermedio de un delegado del tribunal, y resuelve el caso de un menor que, habiendo cometido un delito antes de los 18 años, es juzgado o condenado después de haber alcanzado dicha edad, disponiendo que el tribunal podrá apli-



car las disposiciones relativas a los menores o acudir a las sanciones establecidas para los adultos. Dispone también medidas especiales para los menores deficientes o enfermos y ordena el examen obligatorio de la personalidad del menor por el tribunal que tendrá en cuenta las condiciones familiares y del medio y utilizará los informes y las experiencias necesarias.

Terminamos esta exposición objetiva y sintética constatando que, con respecto a los delitos en particular, la técnica del código actualmente en vigor es conservada y que el proyecto prevé penas mucho más severas adoptando, según la afirmación de sus redactores, la proposición de establecer precisamente una mayor severidad en lo que concierne a las penas. La eficacia de una ley penal, dicen los redactores en su *Exposición de motivos*, no está basada en la severidad de las medidas por las cuales ella reacciona contra los delitos, sino en la posibilidad de adaptar estas medidas a las condiciones personales del delincuente.

Se introducen, por otra parte, algunas circunstancias calificativas de agravación, como, por ejemplo, la del homicidio perpetrado en la persona de un funcionario público, de un jefe de estado extranjero o de un representante diplomático, y el delito cometido en el ejercicio de las funciones o por odio o menosprecio de la autoridad, y se suprimen otras, tales como el *peligro de muerte* en caso de lesiones corporales; son propuestas disposiciones que no tienen antecedentes en nuestro derecho, como las que se refieren a la lesión corporal no punible, mientras no sea cometida con un arma, si no tiene otras consecuencias para la víctima que la incapacidad para el trabajo, en sus ocupaciones habituales, por un término que no exceda de tres días; ciertos delitos del proyecto están redactados con mayor claridad de la que emplea el código actualmente en vigor, como el abandono de personas; están previstos casos nuevos, especialmente el delito, que se puede considerar como abandono moral, que consiste en la entrega de una persona de menos de 18 años para guardarla permanentemente u ocultarla con el mismo objeto, sin llevar ese hecho a conocimiento de la autoridad; se crean nuevos delitos en nuestro país, como el de incumplimiento de los deberes de asistencia, y se suprimen otros, como el adulterio; se llenan algunas lagunas u omisiones del código actual, a saber: el precepto relativo a la complicidad en los delitos contra la libertad, que establecía el proyecto de código de 1906, origen del que está hoy en vigor; se prevén algunos atentados contra los derechos intelectuales que pueden ser considerados como delitos y se encuentran hoy en la ley N.º 11.723; se modifica la designación de algunos delitos con el objeto, se afirma, de darles mayor precisión científica, como los delitos «contra el patrimonio», en lugar de los delitos «contra la propiedad», y se incluye entre los bienes susceptibles de ser hurtados a toda energía económicamente

apreciable (energía eléctrica, energía genética, etc.); se atribuye mejor ubicación a ciertos delitos a saber: a las disposiciones sobre los fraudes en el comercio y en la industria, que figuran en el código actual entre los delitos contra la fe pública, incorporándolas al capítulo de los delitos contra el comercio, la industria y la economía pública, y se introducen también allí las disposiciones relativas de la ley N.º 11.210 sobre represión de monopolios, con ciertas modificaciones.

Finalmente, constatamos que, en relación con los delitos contra el orden público, existe entre los autores del proyecto una marcada divergencia en lo que concierne a la represión del comunismo, del anarquismo, etc. Coll ha propuesto el texto del artículo 298, que dice: «Será punido con dos meses a seis años de prisión: 1.º el que incite públicamente o bajo forma de propaganda privada a cometer un delito contra una persona o institución; 2.º el que, por los medios y formas establecidos en el inciso precedente, preconice la violencia para cambiar los principios esenciales de organización social establecidos en la constitución nacional». Gómez ha manifestado su oposición a la introducción del inciso 2.º arriba mencionado.



CARLOS SALVAGNO CAMPOS

*(«Revista Nacional» de Montevideo,
año I, julio de 1938, N.º 7, p. 73).*



Carlos Salvagno Campos, nació en Montevideo el 19 de agosto de 1898. Alumno de la Universidad, se graduó de doctor en la Facultad de Derecho en el año 1924. Desde las aulas definió su vocación jurídica que le ha conquistado en temprana edad jerarquía de maestro. En 1933 fué designado Profesor Agregado de Derecho Penal y luego ocupó la cátedra de esa disciplina del Derecho a cuya profundización se ha consagrado sea en el estudio de la doctrina, sea en el terreno de la crítica y de la investigación objetiva. Fruto de esa labor vocacional y docente es su bibliografía jurídica, ya notoria en el extranjero, en la que se advierte riqueza de información, original aporte de experiencia personal y sólida construcción de doctrina. Junto a la vocación jurídica se definió también en él, desde la primera juventud, viva inclinación a las letras y, especialmente, a la literatura dramática. Incorporado a la actividad intelectual de la generación a que pertenece, se inició como crítico teatral de «El País» y luego fué redactor del mismo diario. Autor de diversos dramas y comedias, una de ellas fué laureada con el premio anual del Ministerio de Instrucción Pública y otras están mereciendo el honor de la traducción al francés. Su bibliografía jurídica comprende los siguientes estudios: «Los Delitos Sexuales», «Memoria para la creación de un Instituto de Criminología aplicada», «El Suicidio», «El Delito innominado», «La Interpretación analógica», «Teoría sobre la reincidencia en el homicidio», etc. La bibliografía literaria la forma: «Barlovento» (novela y cuentos), y las obras dramáticas: «La Salamandra», «Don Juan Derrotado», «La Mujer Solitaria», etc.



El proyecto de Código Penal para la República Argentina

SUMARIO. 1. El Proyecto y sus antecedentes históricos. — 2. Su inspiración positivista. — 3. Su sistematización general. El delito. — 4. El delin-
cuente. — 5. Las sanciones. — 6. Conclusiones.

1. Hace algún tiempo, tuvimos oportunidad de señalar la franca entonación positivista que acusa el nuevo Código Penal uruguayo, entrado en vigencia en 1934 ⁽¹⁾. Actualmente, una nueva y aun más decisiva influencia del positivismo se vislumbra en la legislación latino-americana. Nos referimos al Proyecto del Código Penal para la República Argentina que acaba de ser publicado oficialmente en Buenos Aires. ⁽²⁾.

La reforma proyectada es de verdadera importancia y adquiere, por circunstancias locales, un significado de trascendencia. Para comprender esto último, necesario se hace reseñar sucintamente la historia de la legislación penal argentina. La Revolución de Mayo, —fuente de la independencia de todas las repúblicas de origen colonial hispano-americano—, determinó la formación libre del estado argentino. Pero esta emancipación no alcanzó en él, como en ninguna de las otras naciones sudamericanas, al campo de las leyes: los nuevos países incapacitados espiritualmente en el proceso evolutivo de su nacionalidad para dictarse de inmediato normas legales propias, continuaron siendo, durante mucho tiempo, territorios de aplicación de las originarias leyes de la Madre Patria. El Primer Código Penal argentino fué promulgado en 1886 por el Presidente Juárez Celman y entró en vigencia en 1887 ⁽³⁾. Mas él no satisfizo por entero al Gobierno; por ello fué que en 1890, éste designaba ya una comisión encargada de redactar un conjunto de reformas: surgió así el llamado Proyecto Piñero, Rivarola y Matienzo en 1891 ⁽⁴⁾. Este fué desplazado en 1900 por un nuevo Proyecto de reformas, de la Comisión de Códigos de Diputados. En 1904 el Gobierno designa una nueva Comisión Revisora, que redacta el llamado Proyecto de 1906. Diez años más tarde, el diputado Rodolfo Moreno recoge este proyecto y,

(1) «Aspetti positivisti della riforma penale uruguayana», en la «Scuola Positiva», 1935, I, p. 209 y sts.

(2) Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937.

(3) Fué la obra del penalista Carlos Tejedor, inspirándose en el Código de Baviera (1865), retocado por una Comisión Revisora (1881), y enteramente reformado por la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados (1885). Su principal comentarista fué Rodolfo Rivarola, Exposición y crítica del Código Penal, 3 vols., Buenos Aires, 1890. Su primer comentarista, cronológicamente, fué Julián Aguirre, Código Penal de la República Argentina, Buenos Aires, 1887, quien lo glosó con transcripciones en una obra carente de originalidad.

(4) Proyecto de Código Penal, 2.ª edic., Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional 1898.





ampliado y modificado, lo presenta a la Cámara de Diputados. Una Comisión especial se aboca a su estudio, se realizan encuestas entre los especialistas, etc. Así surge el Proyecto de 1917 ⁽⁸⁾, convertido en Código Penal por decisión legislativa, a partir del 29 de abril de 1922 ⁽⁹⁾.

Pero tampoco este Código logró colmar, en general, los anhelos de los criminalistas, no obstante todas las mejoras que contenía: sus diversos defectos fueron señalados por Juan P. Ramos ⁽⁷⁾, Jorge E. Coll ⁽⁸⁾, el español Jiménez de Asúa ⁽⁹⁾, y, sobre todo, por José Peco, quien le dirigió tan agudas como severas críticas ⁽¹⁰⁾. En realidad, sobre la vieja estructura científica que consolidó el originario Proyecto Tejedor, se habían ido injertando diversas innovaciones que no condecían, no sólo con las aspiraciones modernas, sino tampoco entre ellas mismas, por su propia índole. La República Argentina que, en el consorcio de las naciones latino-americanas se distinguió siempre por sus ilustres y fecundos penalistas, quedó de tal modo dotada de un Código Penal vacilante en sus inspiraciones respecto de la defensa social y de la política criminal moderna, y que no llegaba a rebasar los viejos moldes del neo-clasicismo. Además se le consideró incompleto bajo varios aspectos. Por tal causa surgieron los Proyectos complementarios y de reformas de 1926, sobre el «estado peligroso» y el del gobierno de 1932 que reforzaba la defensa social frente a ciertos delincuentes de extrema peligrosidad ⁽¹¹⁾.

Empero, todo eso no constituía sino parciales paliativos a una codificación que, científicamente, a nuestro juicio, no está a tono con una nación tan progresista y avanzada como es la Argentina. Por ello, sólo pudimos ver con profundo beneplácito el decreto del Poder Ejecutivo de 19 de septiembre de 1936, que encomendaba a dos destacados penalistas la tarea de formular un nuevo y definitivo Proyecto de reformas al Código Penal, cuya obra tan meritoria es la que hoy nos ocupa. Y, por todo eso, también, es que decimos que ella encerraba una significación trascendente para esa hermana república.

(7) V. J. Peco. La reforma penal argentina de 1917. 20 Bs. As. 1921.

(8) Bibl. general sobre el Código de 1922: Rodolfo Moreno (hijo), El Código Penal y sus antecedentes, 7 vls., Buenos Aires, 1923; O. González Moura, Derecho Penal, 4 vls., Buenos Aires, 1922; C. Malagarriga, Código Penal Argentino, 3 vls., Buenos Aires, 1925; E. Díaz, El Código Penal, Buenos Aires, 1928; T. Jofré, El Código Penal de 1922 Buenos Aires, 1922; Concordancia del Proyecto de Código Penal de 1917, (dirigida por J. P. Ramos); Idem, Curso de Derecho Penal, 4 tms., Buenos Aires, 1934-36; etc.

(9) Ibid. y diversas.

(10) Consideraciones sobre la responsabilidad en el Código Penal Argentino, en Revista Penal Argentina, 1922, I, p. 122.

(11) El nuevo Código Penal Argentino, etc. Madrid, 1928, *passim*.

(12) Ibid. *passim*.

(13) Coas. I. conjuntísima monografía de Peco, La Reforma Penal en el Senado de 1933, Buenos Aires, 1936.



El Proyecto de Código Penal para la República Argentina es el fruto valioso y maduro de dos fuertes mentalidades, dedicadas siempre al estudio y a la interpretación del derecho penal: Jorge E. Coll y Eusebio Gómez.

2. El Proyecto asienta sus instituciones en los cimientos definitivamente establecidos hoy por el positivismo penal. Sus propios autores se apresuran a proclamarlo así, al comienzo de su Exposición de motivos (p. IV), con estas palabras: «Sobre los postulados, no discutidos ya, de la escuela positivista, —postulados que sirven de fundamento sólido aun a los códigos de tendencias doctrinarias adversas, aunque haya obstinación en no reconocerlo—, sobre esos postulados, repetimos, en base al principio de la peligrosidad en el delito, hemos elaborado la reforma, con una rigurosa disciplina científica que, por serlo, determina la esperanza de los mejores resultados prácticos».

Y la lectura de sus disposiciones lo confirma ampliamente en general, como se verá.

El Proyecto Coll-Gómez es una obra forjada en un cuño netamente positivista, en todas aquellas de sus conclusiones que sirven para reforzar la defensa social a través de la llamada Política Criminal.

3. Aparte tres artículos iniciales destinados a la aplicación de la ley penal, la sistematización de la parte general, al abordar las diversas cuestiones comunes del derecho criminal, adopta en modo implícito la conocida tripartición propugnada principalmente por Ferri: el delito, —el delincuente—, y la sanción ⁽¹²⁾.

Con respecto al delito, éste no es definido, pero sí se definen y precisan las distintas formas del elemento subjetivo. (Art. 4). El dolo se determina por la correspondencia entre el resultado y la intención. La preterintención se configura cuando el resultado excede a la intención, si el medio no debió producirlo «razonablemente», adverbio, éste, de fácil entendimiento, que encierra doctrinariamente, a nuestro entender, la idea de la previsibilidad o de la previsión sin volición del evento, en los grados de improbable o imposible. El concepto del delito culposos es el mismo del Código italiano de 1930. Dentro de él, también se resuelve en forma afirmativa como en el Código italiano, la responsabilidad de todos los copartícipes (art. 14), solución que, aunque choque contra la teoría que sólo puede ver un concurso de delincuentes penalmente ponderable a los fines de la responsabilidad, individual, cuando media concierto voluntario ⁽¹³⁾, no vacilamos en admitir como una ventaja para la defensa

(12) V. La Scuola Positiva, 1916, p. 496.

(13) Cons. Florián, Parte Generale del Diritto penale, II, N.º 555.



social, impuesta por la experiencia de la justicia y que no carece de antiguos e ilustres defensores (14).

Respecto al elemento material, el problema del error *personae* y de la *aberratio ictus* está resuelto con una fórmula que responde al concepto de la peligrosidad: «Si por error o por accidente se comete un delito contra persona distinta de aquella hacia la cual iba dirigida la acción o contra la cual se tenía intención de dirigirla, no se tendrán en cuenta, a los efectos de la sanción, las circunstancias calificativas de agravación que deriven de la condición de la víctima. En cambio, serán tenidas en cuenta, a los mismos efectos, las circunstancias que califiquen el delito por razón de las condiciones inherentes a la persona contra la cual iba dirigida la acción o se tenía la intención de dirigirla» (Art. 6) (15).

El viejo Código de 1886 distinguía, en el *iter criminis* del delito, entre la frustración y la tentativa propiamente dicha, (Arts. 3 y 8). El Código de 1922, —siguiendo la ley de reformas de 1903—, suprimió la previsión de la primera forma, que quedó absorbida por la segunda (16). El Proyecto actual mejora la forma legislativa estableciendo que «cuando se ha comenzado la ejecución de un delito y éste no se consuma por circunstancias fortuitas o independientes del autor, el tribunal impondrá, según las modalidades del hecho o de la acción realizada, la sanción establecida para el delito consumado, no pudiendo imponer el máximo», (Arts. 7 y 76). No obstante no tener este artículo en general, más que una mera pretensión informativa, que me sea permitido aquí, —sin ningún ánimo de crítica—, una somera digresión doctrinaria sobre esta cuestión llena de interés. La solución dada por el Proyecto, en conformidad con la del artículo 56 del Código italiano, no es, a nuestro juicio, la que mejor responde al concepto de la peligrosidad. Ella parece inspirarse en las ideas de Geyer, recogidas en la Argentina por Peco (17), por las que se observa que aun dentro de la ejecución incompleta de la tentativa, puede existir una voluntad más pertinaz y depravada, y también más peligrosa, que la que se podría traducir de una ejecución completa, con efectos frustrados. Si esto es verdad indudable, sólo puede aparecer ella como tal en casos especiales. A

(14) V. p. ej., Chaveau et. Hélie, *Théorie du Code Pénal*, IV, París, 1887, N.º 1425.

(15) En nuestra opinión, esta fórmula es superior, por su claridad y sencillez, a la de los artículos 60 y 82 del Código italiano de 1930, pero inferior a la del artículo 23 del Código uruguayo de 1934: «Cuando por efecto de un error de hecho el mal recayere sobre distinta persona que la que el sujeto se proponía ofender, la responsabilidad se determina por la intención, y el culpable debe ser castigado, no con arreglo a la ley violada, sino con sujeción a la que intentaba violarse».

(16) V. González Roure, *Ibid.*, II, p. 130 y sta.; Malagarriga, *Ibid.*, I, p. 302; Díaz, *Ibid.* N.º 215; etcétera.

(17) La reforma penal argentina de 1917-20, p. 387.



nuestro entender, la ley no debe guiarse en sus previsiones genéricas por la posible presencia de hipótesis de excepción, sino por lo que en la vida real ocurre de un modo general y corriente. Pensamos como Florian que la tentativa revela por lo común una menos energética voluntad criminosa ⁽¹⁸⁾. En cambio, el agente que llegó al efectivo agotamiento de toda su acción antisocial y que no logra su objeto por circunstancias independientes de su voluntad, continúa siendo subjetiva y objetivamente tan peligroso, como si hubiera conseguido su propósito, salvo en aquellos casos de delito imposible en que la índole absurda de los medios inocuos empleados excluyen una peligrosidad apreciable ⁽¹⁹⁾ y que sólo podría merecer, a lo sumo, según las circunstancias, las llamadas medidas de seguridad. Lo que importa es la comprobación de esa real peligrosidad, que surge como un toque de alarma para las exigencias de la defensa social, o, como muy bien y muy sencillamente decía Garófalo, es «*exerciorarse sempre si el criminal es efectivamente un criminal*» ⁽²⁰⁾. Y si en ello radica la razón que modernamente se puede aducir para la desaparición de la previsión del delito frustrado, más lógico nos resulta entonces que éste deba ser equiparado, en sus consecuencias penales, antes que a la figura de la tentativa, a la de la consumación ⁽²¹⁾. Esta es la solución que surge de la economía del artículo 3 del nuevo Código uruguayo, en la que el delito frustrado queda siempre, legalmente configurado ⁽²²⁾ lo que deja íntegra, hasta el máximo, la responsabilidad penal según sea su peligrosidad demostrada. Añadamos que esta consideración es puramente de principios, por cuanto la clásica fórmula que con el Proyecto se provee al arbitrio del magistrado para la imposición de la sanción, virtualmente permite siempre una buena adecuación de la defensa social frente al sujeto que delinque.

(18) Ibid, I, p. 658.

(19) Recordemos la aguda observación de Von Hippel para distinguir la tentativa peligrosa de la que no lo es: «En el primer caso, un espectador de recto juicio habría dicho al autor: —¡Deténeos!—, en el segundo lo habría dicho tan sólo: —¡Estúpido!—». (Manuale di diritto penale, tr. Vozzi, Nápoles, 1936, p. 223, nota 21).

(20) La criminología, tr. de Dorado Montero, Madrid, s.f., p. 298. V. tbm. Ferri, Sociología Criminal, tr. de Soto y Hernández, Madrid II, p. 176.

(21) Romagnosi sagazmente escribía: «Questo é un delitto frustrato, perché non ha avuto suo effetto, ma io dico ch' egli ció non ostante non deve riguardarsi rapporto al suo autore come semplice tentativo, ma bensì come un delitto consumato», (Genesi del diritto. Prato, 1837, p. 680).

(22) En el seno de la Comisión Revisora del Código uruguayo hemos propugnado la conveniencia de que se establezca expresamente que, cuando agotada la acción criminosa, su resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, éste se tiene la misma como legalmente configurado. Esta disposición ofrece la ventaja de que la ley acepta implícitamente la procedencia de la justa doctrina alemana del arrepentimiento eficaz, para los casos en que el delincuente, luego de su acto punible, repara útilmente o evita las consecuencias nocivas del mismo, sin llegar a lesionar materialmente el bien jurídico protegido y revelando un contrainpulso social espontáneo que se oponga a la idea de su peligrosidad.



Las llamadas causas de justificación, (estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, etc.), han sido encaradas con un criterio científico que transforma la economía del Código actual. Los autores del Proyecto adhieren a la teoría, prevalente en Alemania, que las relaciona con el concepto de la antijuricidad del acto, (Art. 15). Por lo tanto son consideradas, no ya como causas dirimentes de la responsabilidad por la exclusión del elemento subjetivo, sino, más primordialmente, como causas dirimentes del delito. Ocurrida la hipótesis prevista, no será ya del caso establecer si existe o no un delincuente peligroso y responsable de un hecho que importa un delito, sino, antes bien, si ese hecho, materialmente nocivo y antisocial, reviste los caracteres de la antijuricidad esencial del delito.

Por el artículo 9 el mandato y el acuerdo para cometer un delito determinado, no seguidos de ejecución, así como el mandato para el mismo fin no aceptado, son pasible de sanción. Los autores, que invocan dos valiosos precedentes, el Proyecto Ferri de 1921 y el suizo de 1918, fundan este criterio en el principio positivista de la peligrosidad.

La consecuencia no nos parece tan absoluta, si se tiene en cuenta que el acuerdo y el mandato penal no constituyen siempre índices seguros de peligrosidad, desde el momento en que nada impide que ellos puedan ser imprevistos y la inexecución la consecuencia de un proceso consciente de valoración de la antisocialidad del acto, lo que revelaría, en tal caso, en la psiquis del agente, la existencia de fuerzas inhibitorias capaces de hacer desaparecer virtualmente toda peligrosidad.

4. El Título III trata del protagonista del delito. Bajo la rúbrica el delincuente, los artículos 17 y 18 establecen debidamente como circunstancias de mayor o menor peligrosidad aquéllas que en los Códigos neoclásicos se insertan como agravantes y como atenuantes. El concepto de la peligrosidad no está expresamente definido. Pero, por el examen de dichas circunstancias, se advierte que él es más amplio que el estrictamente patológico, puesto que en él se incluyen racionalmente índices de índole psíquica, afectiva y sociológica. Los autores expresan que, con ello, adoptan las concepciones de Florian ⁽²³⁾. Pero la enunciación de tales índices no es taxativa (Art. 19), requiriéndose a los jueces la apreciación de esas y otras circunstancias, en la doble relación entre la personalidad del sujeto con el delito cometido, lo cual, a nuestro juicio, no importa otra cosa sino la adopción, también, del criterio positivista enunciado



por Florian acerca de la causalidad, como índice de peligrosidad del agente (24).

Esta labor valorativa judicial tiene por objeto establecer, a los fines de la pertinencia de la sanción, la naturaleza personal del agente, determinándose: a) si cometió el delito, cediendo, exclusivamente, a una ocasión especial y transitoria; b) si cometió el delito en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusables; c) si cometió el delito en estado de alienación mental, grave anomalía psíquica, inconsciencia completa o intoxicación crónica del alcohol, drogas o estupefactivos; d) si la naturaleza y modalidades del delito o delitos cometidos, los motivos determinantes o las condiciones personales, demuestran su índole criminal; e) si con la comisión de dos o más delitos anteriores, no culposos, y consideradas las mismas circunstancias y el género de vida llevado, demuestra haber adquirido el hábito de delinquir o su tendencia a vivir, aunque sólo sea en parte, de los provechos del delito; y f) si antes fué condenado, en el país o en el extranjero, por otro delito, que no sea militar o político, aunque hubiere mediado indulto o conmutación; y si la reincidencia, tenidas en cuenta las circunstancias especificadas en los dos párrafos anteriores, lo presenta como un sujeto peligroso». (Art. 20).

En mérito de este artículo, se ve que la clasificación científica de los delinquentes se eleva concretamente a la categoría de un presupuesto legislativo necesario para la adecuación del tratamiento del delincuente, según se trate de delinquentes habituales, pasionales o emotivos, alienados o instintivos (de índole criminal), habituales o reincidentes.

El Proyecto atribuye al Código Penal la finalidad de proveer sobre el problema del menor delincuente, apartándose así de la doctrina que ve en ello un contenido que debe ser objeto de ley especial. La minoridad penal tiene por límite la edad de 18 años (Art. 21). Si el menor no acusa peligrosidad el juez podrá dejarlo confiado a sus padres, tutores o curadores, y, en el caso contrario, o si se hallara moralmente abandonado, se prescribe su internación en un establecimiento educativo hasta los 21 años de edad, sin perjuicio de su salida anticipada en la hipótesis en que desaparecieran las causas que motivaron su internación o apareciera evidente su reforma moral. Cuando el menor de 18 años y mayor de 15 revelare una considerable peligrosidad, perversión, etc., deberá ser internado en un Reformatorio o sección especial de un establecimiento educativo público.



Todo el Título IV, destinado al tratamiento del menor delincuente se integra, en el resto, por un conjunto de atinadas y científicas disposiciones fundadas al mismo tiempo en un concepto positivo de la individualización del régimen, teniendo en cuenta la naturaleza de los factores endógenos y exógenos que llevaron a delinquir al menor a fin de apropiarse su reforma y garantizar la defensa social.

5. — El Título V está destinado a las sanciones. En él, se acoge el concepto de la responsabilidad social y se hace tabla rasa, decididamente, con el distingo entre la pena y las medidas de seguridad, esa especie de transacción entre la escuela clásica, que sustentaba la pena-castigo para los delincuentes de mentalidad normal, y la teoría positivista que reclama por igual la necesidad de la defensa social frente a todos los delincuentes de mentalidad normal, y la teoría positivista que reclama por igual la necesidad de la defensa social frente a todos los delincuentes, sean ellos normales o anormales mentalmente ⁽²⁵⁾.

La palabra pena queda proscripta del texto. Siguiendo la terminología y el espíritu del Proyecto Ferri de 1921 se emplea genéricamente sanciones. Estas son: 1.º, la reclusión; 2.º, la prisión; 3.º, la internación en un manicomio o en un establecimiento oficial adecuado para la curación o tratamiento; 4.º, la expulsión del país; 5.º, la inhabilitación y 6.º, la multa. (Art. 30).

El Proyecto establece, —inspirándose siempre en el Proyecto Ferri—, normas completas y de sabia previsión para la organización del trabajo de los delincuentes condenados a prisión o reclusión. (Artículos 32 y 38 y sts.).

El delincuente alienado será internado en un sanatorio, del que no podrá salir sino una vez comprobada su ausencia de peligrosidad para sí y para sus semejantes (Art. 62). Disposiciones especiales adecúan la defensa social con respecto a los delincuentes en estado de inconsciencia, a los que, sin ser alienados, acusan una anomalía psíquica, a los intoxicados crónicos y a los habituales y reincidentes peligrosos (Arts. 63-6). Al delincuente que ha demostrado una verdadera índole criminal, se le someterá a reclusión por tiempo indeterminado, no menor del máximo que el que establezca la ley o no menor de siete años, si dicho máximo fuera inferior a este término, cuando esta sea la sanción. (Art. 65).

En la imposición de las sanciones, no se adopta la condena indeterminada, —de la cual son decididos defensores, no obstante, Coll y Gómez—, por razones circunstanciales que impiden aún, en la Argentina, la implantación en las cárceles del sistema reformativo



que dicha condena reclama ⁽²⁶⁾. Pero justo es consignar como lo hacen notar los autores, que este sacrificio no es absoluto, pues proponen la reclusión por tiempo indeterminado, con un mínimo de duración, para los delincuentes de grave anomalía psíquica, para los que hayan demostrado verdadera tendencia criminal, para los habituales, para los reincidentes peligrosos y para ciertos reiterantes, los que puedan obtener el beneficio de la libertad condicional. (artículos 42 y 64 y sts.).

Los magistrados, al resolver las sanciones, habrán de determinarlas de acuerdo con la peligrosidad puesta de manifiesto por el delincuente, para lo cual deberán requerir todos los informes y antecedentes que sean necesarios para el más completo conocimiento de la personalidad del sujeto a quien hayan de imponer la sanción (artículo 61), fórmula ésta con la que se concreta nítidamente el arbitrio judicial y la individualización de la sanción, que son la base de la justicia criminal en nuestros días.

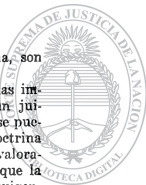
La llamada condena condicional, —que el Proyecto denomina más propiamente condena de ejecución condicional—, sólo es aplicada a los delincuentes ocasionales, emocionales o pasionales, que siendo primarios, revelen menor peligrosidad y que no merezcan una sanción de prisión mayor de dos años o multa no superior a dos mil pesos. Cuando la sanción fuera debida por un concurso real de delitos no procede la aplicación de este instituto, a menos que ella determine una sanción de multa de la cuantía expresada. (Arts. 82 y sts.).

La responsabilidad civil debe ser decretada de oficio y alcanza a la obligación de reparar tanto el daño material como el moral que se haya causado. (Art. 92). Muy atinadamente se establece que los tribunales podrán disponer, a petición de parte lesionada, la publicación de la sentencia, total o parcialmente, siempre que ello contribuya a la reparación del daño moral acusado. (Art. 93).

El instituto jurídico de la libertad condicional está regulado por condiciones más severas que las vigentes. No beneficia a los condenados a menos de tres años de prisión y sólo podrá concederse una vez cumplidas las tres cuartas parte de la condena, previo informe de la Dirección del establecimiento de prisión o reclusión que acredite la buena conducta y el aprendizaje de un oficio, con aptitud para el trabajo, y «cualquiera que sea la condición económica» de los mismos, (Arts. 42 y 43), democrático principio éste, juiciosamente puesto al servicio de la inmutabilidad de la justicia frente a la inmutable peligrosidad.

6. — Tales son, así resumidos, los lineamientos generales del Proyecto. La parte especial, como en el Código actual, no contiene

(26) Exp. de motivos, ps. XXII. III.



el libro destinado a las contravenciones que, en la Argentina, son objeto de las legislaciones provinciales.

Digamos ahora que sería impropio considerar estas rápidas impresiones, sacadas de una primera lectura, como si fueran un juicio ponderado del Proyecto. Los valores de un Código penal no se pueden apreciar como es debido sino una vez que la crítica y la doctrina han procedido serenamente y con tiempo al examen y a la valoración de todas y cada una de sus disposiciones y, sobre todo, que la jurisprudencia lo haya sometido a la prueba suprema de las exigencias de la vida real, prueba, ésta, que, como observaba Jiménez de Asúa, no se puede estimar más que al cabo de un mínimo de cinco años de aplicación. Pero lo que podemos afirmar, eso sí, como resultado seguro de esa primera lectura, es que, —sean cuales fueran las discrepancias de detalle que sobre tal o cual punto pudiera merecer—, es él uno de los proyectos mejor escritos, que su ponderable avance científico es positivo porque no tiene nada de utópico, que sus disposiciones revelan la gran experiencia y la gran madurez de juicio propia de la envergadura intelectual de sus autores y que su sanción legislativa, con reformas o no, importaría para la Argentina un indiscutible mejoramiento de ciencia y de eficacia en la lucha de la defensa social frente al fenómeno de la delincuencia.

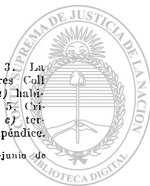
Sólo que, para terminar, debemos hacer a su respecto la misma observación que dedicamos al nuevo Código penal uruguayo: de nada valdrán las conquistas legislativas que importaría su sanción y fracasaría en sus buenas finalidades, sí, para su aplicación, no se dota a la justicia del complemento necesario de los institutos administrativos destinados al tratamiento apropiado para la readaptación del delincuente y no se consagra la especialización científica integral de la magistratura criminal. Pero esta observación no ha escapado al discreto criterio de los autores, quienes se apresuran a formularla en la Exposición de Motivos.

ERNESTO J. URE

*(«Revista Penal y Penitenciaria»
de Buenos Aires, año II, N.º 4,
abril - junio de 1937, p. 255).*







SUMARIO. — 1. Propósito. — 2. Fundamento de la incriminación. — 3. La incriminación en el Proyecto de Código Penal de los doctores Coll y Gómez. — 4. Elementos del delito conforme al Proyecto: *a)* habitualidad; *b)* elemento material; *c)* elemento intencional. — 5. Crítica: *a)* requisito de la habitualidad; *b)* elemento material; *c)* terminología; *d)* clasificación. — 6. Nuestra opinión. — 7. Apéndice.

«Revista Penal y Penitenciaria» de Buenos Aires, año II, N.º 4, abril-junio de 1937, pág. 255.

1. PROPOSITO

En un reciente estudio tuvimos oportunidad de destacar, en líneas generales, las innovaciones substanciales que, en relación al actual, contiene el Proyecto de Código Penal que acaba de someterse a la consideración del Poder Legislativo, y nos referimos, en especial, a una de las nuevas figuras delictuosas que se proponen crear ⁽¹⁾. Nos ocuparemos ahora de otra incriminación, desconocida para el Código vigente, y que reviste también un ponderable interés social: la usura.

Pero antes, séanos permitido fijar cuál es nuestra posición y nuestro propósito. Elaborar un Código presidido por un criterio científico, con una orientación doctrinaria definida, y, lo que es más, con principios originales que motivarán, sin duda, las más animadas controversias en el país y en el extranjero, es tarea reservada para quienes, como los doctores Coll y Gómez, son maestros de la ciencia penal. Pero, una vez estructurado, creemos que es deber de los estudiosos que incursionan en el campo frondoso y complejo del derecho penal, señalar las imperfecciones que, como toda obra humana, pueda contener, y contribuir, en la medida de sus esfuerzos, a divulgar los aspectos característicos de los nuevos delitos proyectados.

Con ese propósito, que es de colaboración, expondremos nuestra disidencia parcial con la forma en que se ha encarado la represión de la usura y procuraremos, además, indicar los elementos constitutivos de la infracción. Tal es, a nuestro juicio, el mejor homenaje que podemos rendir al Proyecto y a sus autores.

(1) «La protección penal de la familia», leído en la Sociedad Argentina de Criminología.

2. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACION

Desde largo tiempo atrás, mucho se ha discutido en doctrina acerca de la naturaleza de la usura, así como también sobre la conveniencia de erigirla en delito. No nos extenderemos en consideraciones sobre el primer punto, puesto que ello escapa a la índole de este artículo, pero, remitimos al lector interesado en ahondar el tema a un documentado estudio del doctor Fernando Cermesoni ⁽²⁾.

En cuanto a lo segundo, no todas las opiniones han coincidido, aun cuando la prevalente ha logrado, paulatinamente, ir incorporando a la legislación positiva la sanción penal de la usura. En la discusión del proyecto Zanardelli se la excluyó expresamente por considerarse que violaba sólo intereses privados que no repercutían en el orden social ⁽³⁾, y en el recordado estudio del doctor Cermesoni puede encontrarse la síntesis de los fundamentos sustentados por los adversarios de la represión. Por su parte, Florian quiso prevenir el peligro que entrañaría la incriminación con estas palabras: «no siempre la operación usuraria significa un daño para el sujeto pasivo; la ayuda, aun conseguida a elevado precio, puede tal vez salvar a un comerciante, y también a uno que no lo sea, empeñado o en dificultades. De un mal, como a menudo ocurre por la armonía de los contrastes, puede surgir un bien. El usurero afronta el alea de perder su dinero por la insolvencia del deudor, corre la eventualidad de ser demandado en juicio civil y, lo que es peor todavía, de pagar con su persona en juicio penal, pues no es rara la extorsión (*ritorsione* en el texto) de quien, luego de haber implorado el préstamo y de haber embolsado el dinero, corre a denunciar a su benefactor, haciéndose la víctima» ⁽⁴⁾.

Otros, por fin, en la preparación del Código italiano, observaron la ineficacia de las leyes dictadas en todos los tiempos y en todas las naciones para combatir la usura, cuya raíz no ha podido nunca desarraigarse ⁽⁵⁾, objeción que fué fulminada al aducirse que las leyes penales dictadas para tutelar la vida, el patrimonio, el honor no han conseguido, al través de los tiempos, evitar el homicidio, el hurto, la injuria, y, sin embargo, a nadie se le ocurriría suprimirlo.

Pero, pese a tan autorizadas opiniones, es evidente que la usura, que aun desde el punto de vista civil es combatida como un ilícito

(2) «La usura». Sobre la fijación de intereses usurarios en relación con el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos, ver A. Frondizi, «El problema de la usura», en Rev. Crítica de Jurisprudencia, 1932, I, pág. 90, y la tesis laureada de Guillermo Díaz, «Inmutabilidad de la cláusula penal», Buenos Aires, 1935.

(3) FILIPPO LONARDO: *Il delitto di usura nel nuovo Codice Penale*, en Rivista Penale, 1931, II, página 309.

(4) Cita de ANGELOTTI, *Delitti contro il patrimonio*, en el Trattato de Florian, págs. 497 y 498.

(5) Observ. de FABRI, citado por LONARDO en op. cit. pág. 311. SALTIELLI Y ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice Penale*, pág. 1118.





to jurídico, debe ser sancionada por la legislación represiva, desde que concreta una agresión, no sólo al interés particular y a la economía del Estado, sino también al orden público y al interés social. El doctor Tomás D. Casares, que es un Juez que hace honor a la magistratura argentina, en un ilustrado fallo, ha expresado con tanta claridad como concisión que «la usura es substancialmente incompatible con las buenas costumbres», y no hay orden público sin buenas costumbres (*).

Y a fin de no abundar más en la *vexata quaestio* de la usura nos limitaremos a agregar que la sanción proyectada constituye una acertada medida de política criminal de los codificadores y que su incriminación es reclamada con insistencia, sobre todo por los encargados de administrar justicia, quienes, por el vacío de nuestra legislación, se ven constreñidos a dejar impune un hecho francamente antisocial (*).

3. LA INCRIMINACIÓN EN EL PROYECTO ARGENTINO

Desde el punto de vista jurídico-penal, el préstamo a interés usurario puede ser considerado desde dos aspectos:

- a) Como la expresión de un sistema de vida parasitario e in-moral; y
- b) Como un hecho ilícito aislado que, de por sí, concreta la violación a una norma penal.

En el primer supuesto, que es el criterio que adopta el Proyecto, se requiere, para la incriminación, el requisito de la *habitudinalidad*. No así en el segundo, en el que la incriminación se genera con la conclusión de un solo contrato u operación en el que se estipulen intereses usurarios, sin la exigencia de la habitualidad (*).

Ambos criterios trasuntan dos sistemas perfectamente diferenciados. Mientras el segundo se endereza a sancionar el aprovechamiento abusivo del estado de necesidad económica del sujeto pasivo, sin tener en cuenta si ese hecho es la reiteración de otros similares, el primer sistema tiende a sancionar un «modus vivendi», una profesión, que se reputa incompatible con elementales normas de convivencia social. Como puede advertirse, la naturaleza de la infracción es totalmente diversa en uno u otro supuesto.

En el Proyecto de los doctores Coll y Gómez se legisla el delito en el Título de Delitos contra el Patrimonio. Creemos que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, está acertadamente ubicado

(*) Juicio «Bordiglia J. c/ el Labat Lorenzo», en «La ley», julio 19-1937.

(7) En la nota que, conjuntamente con el Juez de Instrucción, doctor Antonio L. Ferná, dirigimos a la comisión codificadora, sugerimos la creación del delito de usura, fundados, además, en la experiencia de la práctica judicial.

(8) El artículo 229, inciso 3.º, del Proyecto, dispone: «Se impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a dos mil pesos: ...al que en forma habitual, mediante préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios, y al que, en la misma forma, procure préstamos, cobrando, por su intervención, comisiones usurarias, para sí o para terceros».



dentro de esa categoría. Florian plantea el problema de si la usura es delito contra el patrimonio o si, más bien, debe considerársele delito contra la economía nacional ⁽⁹⁾, y Berenini, en un libro reciente ⁽¹⁰⁾, se decide abiertamente por la última solución. Dice que no siempre concurren los elementos del dolo y del daño, necesarios para integrar el delito patrimonial, mientras que es evidente el daño político y social que deriva del hecho moralmente ilícito de la usura. «La usura, que provoca una profunda alteración en el mercado del valor de las mercancías (el dinero es una mercancía, objeto de todas y las más variadas convenciones), perturba la economía pública tanto como cualquiera de los otros hechos inherentes a los fraudes al comercio, en los cuales el daño privado no representa la objetividad jurídica del delito», y reproduce las palabras de Florian, en «Il delitto di usura» (Nota económico-jurídica publicada en «La Riforma Sociale» en el año 1935), «La usura, aun en los casos concretos en que puede no ser perjudicial para quien recurre a ella, es siempre un mal económico-social: envenena la vida del crédito, y no sólo desde el punto de vista económico sino también del de la moral social».

Sin embargo, acompañamos a los autores del Proyecto en su disidencia con el pensamiento de los eminentes juristas cuyas opiniones acabamos de transcribir. Es cierto que la usura es susceptible de concretar también un ataque a la economía y al comercio, pero no olvidemos que existen delitos que vulneran, simultánea o sucesivamente, intereses jurídicos diversos —por ejemplo: el caso frecuente del que falsifica un documento para estafar, del que roba con violencia en las personas, del que hurta con violación de domicilio—, y, en tales hipótesis, la técnica jurídico-legislativa aconseja clasificar el delito en el título de interés preferente y más inmediatamente lesionado, que, en la usura, es, sin duda alguna, el patrimonio. La observación directa de la realidad de las cosas, conduce fácilmente a esa conclusión.

Estimamos, pues, que la objetividad jurídica genérica de este delito está en la lesión al patrimonio, a cuya tutela tiende el Título IV de la parte especial del Proyecto.

(9) Loc. cit., pág. 498 (Nota).

(10) «Delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio», del Trattato de Florian, 1937, páginas 18 y 19.

El miembro informante de la ley francesa decía que la usura «ataca la propiedad en sus fundamentos, perjudica la agricultura, corrompe las fuentes de la industria, desvía la actividad humana de profesiones útiles, impide que el propietario haga mejoras, y, en fin, es la ruina de las familias y lleva la desesperación a los hogares».

4. ELEMENTOS DEL DELITO

a) HABITUALIDAD

La *habitualidad*, es decir la repetición de determinada acción que considerada aisladamente carece de valor para el derecho, puede ser apreciada:

- 1.º) Como elemento constitutivo de delito;
- 2.º) Como circunstancia de mayor peligrosidad en el agente.

En el Proyecto figura expresamente como elemento esencial para la configuración de delito en los artículos 229, inciso 3.º, —usura—; 276, incisos 1.º, 2.º y 3.º —ejercicio ilegal de la medicina—, y 348, inciso 5.º —encubrimiento—, y aun cuando no la consagre en forma explícita, creemos que también debe serlo en el supuesto del artículo 173 —beneficio de la prostitución ajena—. Como circunstancia calificativa de mayor peligrosidad en el deliniente, en el artículo 20, apartado e), relacionado con las disposiciones de los artículos 17, 19, 66 y 85 de la parte general. Nos referiremos sólo a la primera categoría cuando hablemos de habitualidad, por ser la única que interesa a este estudio.

Para que pueda darse por integrado el delito es necesario, pues, según el criterio informador del Proyecto, la repetición de determinada conducta. La ley no sancionará el *hecho aislado*, como acontece con el homicidio, el hurto, la estafa, la injuria, sino una serie de esos hechos, singulares y autónomos entre sí. En otros términos, un préstamo usurario no será suficiente para constituir delito, pero sí lo serán *varios* préstamos usurarios, con independencia de modalidades especiales y diversidad de sujetos pasivos. No juzgamos conveniente, a este respecto, hacer disquisición del significado técnico de «acto», «acción» y «hecho», porque son nociones que están en la mente de todos y puede llevar confusiones que deben evitarse en trabajos que, como éste, tienen un propósito de divulgación y una finalidad esencialmente práctica ⁽¹¹⁾.

El número —cantidad— de acciones necesarias para conformar el delito es cuestión que se deja librada a la jurisprudencia, y es elemento de ponderable importancia para la aplicación de la sanción, que tendrá que ser proporcionada a la cantidad y calidad de las acciones cumplidas. El Juez tendrá, por lo tanto, que comprobar

(11) MARRASINI en *Il momento esecutivo del reato*, 1923, pág. 114, expresa: «hecho, acción y acto son conceptos concéntricos que se anidan en un haz común. Pero el hecho incluye, junto con la conducta, el resultado; la acción, en cambio, rechaza toda consideración de efecto y es solamente conducta; el acto, por fin, es parte, fragmento, átomo de la acción, siempre que ésta no se agote en un acto único».





«ese extremo y constatar, asimismo, si cada una de las acciones lleva en sí el requisito de la antijuridicidad. Un préstamo usurario, acompañado por diez que no lo sean, no alcanzará a perfeccionar el delito.

Otras particularidades propias del *delito habitual* —llamado por algunos *colectivo*—, que interesa señalar, son el no admitir tentativa y que en él no existe un *iter criminis* ⁽¹²⁾. Nos remitimos a las palabras de Giovanni Leone, que contemplan ajustadamente estos aspectos... «y por consiguiente, ese hecho, que apreciado aisladamente, estaba desprovisto de importancia jurídica, ahora, adherido a la serie, encadenado a los otros, adquiere relevancia jurídica. Lo que quiere decir que los elementos singulares de la serie los momentos singulares de la reiteración, no tienen individualmente carácter criminoso y, con respecto a ellos, no puede hablarse de *iter criminis*. Se podrá hablar *ex-post*, pero impropriamente, porque el *iter-criminis* debe ser reconocido *ex-ante*, en su desenvolvimiento, en su progresión y, sólo así entendido, puede dar fundamento a la teoría de la tentativa» ⁽¹³⁾.

b) ELEMENTO MATERIAL

El elemento material del delito, según se deduce del articulado, consiste en el cobro habitual de intereses usurarios en operaciones que importen préstamos de dinero.

Las únicas dificultades que pueden presentarse —dificultades más aparentes que reales— estriban en establecer el extremo de la habitualidad y el carácter *usurario* de los intereses. Ambas son cuestiones de hecho, cuya apreciación quedará librada al criterio prudente del Juez.

Aceptada la licitud del préstamo de dinero a interés —salvo en el derecho canónico y en las escuelas socialistas—, la dificultad finca en precisar cuándo éste comienza a ser ilícito, usurario. Por de pronto, no puede haber duda que la noción de *interés usurario* queda excluida en el caso de los que no excedan de la medida del llamado interés corriente de plaza. Tampoco puede ser identificado con el concepto de «alto interés», superior al normal, que, en algunos casos aparecería tal vez justificado y que está aceptado (empresas riesgosas, negocios que reportarán pingües beneficios, sociedad en participación, ciertos seguros marítimos, escasez de capital dis-

(12) Conf. VANNINI en *Il Codice Penale articolo per articolo*, de Hugo Conti (comentario al artículo 56). «No es posible la tentativa en los delitos en que se requiere habitualidad de cierta conducta que no consiente un principio de ejecución». Id. MANNINI, «Trattato di diritto penale secondo il codice de 1930», tomo I, pág. 573.

(13) «Rento abituale, continuato e permanente», pág. 73.



ponible) (14). Alguien comparó la alta medida del interés con el honorario que cobra un cirujano de renombre por sus servicios profesionales.

Para Saltelli y Romano Di Falco es toda prestación vejatoria, ofensiva de la moralidad pública (15), concepto un tanto vago e impreciso que carece de la virtualidad suficiente para aclarar el criterio. Más clara es la opinión de Lonardo, concorde con la doctrina italiana, al decir que el interés es usurario cuando no obedece a una contraprestación adecuada, cuando es *sine causa* (16).

En suma, el punto es cuestión de hecho, que, en cada caso especial, debe ser apreciado en relación a circunstancias de lugar, tiempo, personas, riesgos. Recién entonces el juzgador estará en condiciones de decidir si la desproporción entre el monto del préstamo y la cantidad obligada a devolver alcanza a cifras usurarias.

A los efectos de la incriminación, es indiferente que la ventaja usuraria se concierte a favor del agente o de otra persona, ya que si se excluyera esta última hipótesis sería fácil burlar la finalidad de la ley; resultaría sencillo al usurero contratar a nombre de terceros y evitar así la presunción o la prueba de la habitualidad y, con ello, la sanción correspondiente.

También es indiferente la forma en que se formalice la operación y se perciba el interés. Por eso, el Proyecto, con la mayor previsión, dispone «aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones» (17).

Por último, la sanción alcanzará también a aquél que, en forma habitual, intervenga para procurar o facilitar la operación, obtenida por su gestión comisiones usurarias. La razón que fundamenta la incriminación del *comisionista* es la misma que inspira la del *capitabista*.

(14) (14) La jurisprudencia de nuestros tribunales ha declarado válido el interés que no exceda del 10 o/o. y, en otras ocasiones, lo ha extendido hasta el 12 o/o.

(15) Obra citada, página 1119.

(16) Obra citada, página 310.

(17) Es sabido que el préstamo usurario se disfraza, casi siempre, con las apariencias de otra operación y que el prestamista no se expone a las contingencias que suponía Florian (ver N.º 2). El procedimiento corriente era exigir al deudor un cheque sin fecha, con lo cual se aseguraba, en caso de incumplimiento, la acción penal por infracción al artículo 302. Pero, a raíz de la jurisprudencia sentada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal (Fallos, tomo I, N.º 193 pág. 205), que consagra el principio de que no incurrir en ese delito la persona que suscriba un cheque en formulario que no le corresponde, la sagacidad de que aquéllos hacen gala los ha llevado a adoptar un procedimiento más repugnante aún para asegurar la ejecución de la obligación, procedimiento que hemos tenido ocasión de comprobar en una denuncia recientemente formulada ante la Justicia de Instrucción. Contra la entrega del dinero, y como condición *sine qua non*, el prestamista exigió del prestatario la suscripción de un documento, con fecha en blanco, cuyo texto es el siguiente: «Buenos Aires, de 1937. Recibí del señor X. X. la suma de x pesos para ser depositada en el día de mañana en su cuenta corriente del Banco N. X.). Si el deudor no rescatara la suma prestada, con los intereses usurarios pactados, se llenaba el espacio destinado a la fecha y se lo acusaba criminalmente por el delito de defraudación (artículo 173, inciso 2.º)».

c) ELEMENTO PSICOLÓGICO

El elemento moral de la infracción está constituido por la intención de realizar el hecho reprimido por la ley, sin que se requiera la concurrencia de dolo específico. Vale decir, que el agente obre con voluntad consciente de cobrar intereses usurarios en los préstamos de dinero que efectúe en forma habitual.



5. CRÍTICA

a) No encontramos ajustado el criterio con que se ha estructurado el delito. A este respecto, nuestra discrepancia es fundamental: no debe perseguirse únicamente el ejercicio de una *profesión* inmoral, sino el *hecho*, antijurídico, ilícito, contrario a las normas sociales y éticas repugnante en sí mismo así se cumpla en una sola ocasión y aun cuando no constituya el medio de vida del sujeto activo.

A la ley penal, y dada la esencia del delito —punto al que nos referiremos muy luego— no tiene que interesar si el autor es o no un profesional: basta que sea un *usurero*, y es usurero quien presta a interés usurario una sola vez, como es estafador quien estafa una sola vez. Nos remitimos en apoyo de nuestra aseveración al ejemplo presentado en la nota N.º 17, que trasunta un caso típico y brutal de usura.

De acuerdo con el criterio de la habitualidad como elemento constitutivo del delito, el acreedor puede presentarse ante el Juez, reconocer que efectivamente ha prestado cinco mil pesos y exigido otro tanto en concepto de intereses, que ha simulado el préstamo en la forma de ese pseudo mandato, que sabía que su deudor necesitaba fatalmente aquel dinero para costear los gastos de la enfermedad de un miembro de su familia y que no tenía a quien recurrir, para alegar, como decisiva defensa, que esa es la única operación usuraria que tiene realizada. Supongamos que este último extremo es exacto, que no hay «habitualidad», que la investigación no prueba la existencia de un hecho anterior análogo. La justicia no tendrá más remedio que sobreseer a ese acreedor y, lo que es peor todavía, declarar inmune su buen nombre y honor (sic), pues el hecho no es constitutivo del delito de usura y la exigencia del documento tampoco configura el de extorsión del artículo 219 del Proyecto. A lo sumo, podrá ser encaadrado en la situación que prevé el artículo 220, «in fine», reprimida con multa de cien a dos mil pesos. Y, sin embargo, no es posible desconocer que, en la hipótesis planteada, estamos frente a un caso típico de «usura», que, único o reiterado, merece sanción más severa que la del artículo 220, que no la contempla expresadamente.



Es que *usurero*, en el lenguaje corriente, es quien hace profesión de la usura. Pero la ley debe expresarse en lenguaje técnico, propio de una ciencia como es el derecho, y no en el vulgar ⁽¹⁸⁾.

Existen justos motivos de orden moral y de política criminal que justificarían ampliamente la sanción de un hecho aislado, sin condicionarlo a la comprobación de una práctica: el orden público y el interés jurídico que la ley protege en el Título de los «delitos contra el patrimonio», se siente igualmente violado, lesionado, con una sola agresión integrativa de delito, llámese éste, estafa, robo, defraudación, daño o usura. El *nomen delicti* es indiferente a tal efecto.

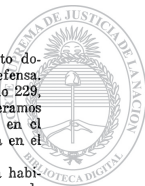
Es exacto que la habitualidad produce una mayor conmoción en cuanto es índice revelador de una tendencia antisocial y de más acentuada peligrosidad, pero, en tal caso, la habitualidad debe funcionar como *circunstancia* calificativa de mayor peligrosidad, de acuerdo con las normas establecidas en la parte general del Proyecto, relativas a las sanciones y a la aplicación de las mismas. Y a que ya hemos hecho mención ⁽¹⁹⁾.

No se diga entonces que el sistema de vida vicioso, que comporta prestar dinero a interés usurario en forma habitual, quedaría sin sanción. Todo lo contrario. En primer lugar, porque al profesional se le aplicaría el máximo de la sanción, a la que, por otra parte, podría dársele una mayor elasticidad. En segundo término porque, en la solución que propugnamos, cada hecho, que con el requisito de la habitualidad constituye un anillo de la misma cadena, sería tratado como delito autónomo y, cuando se demostrare la perpetración de más de uno, se aplicarían las normas del concurso conforme al sistema del cúmulo jurídico que adopta el Proyecto.

Las causas que determinan la exigencia de habitualidad en el ejercicio ilegal de la medicina, en el encubrimiento y en el beneficio de la prostitución ajena, son otras muy diversas y justificables. No puede concretar una lesión a los intereses tutelados por la ley, ni siquiera una amenaza, la conducta de quien, por excepción y movido por sentimientos filantrópicos, proeediera a la curación de un accidentado o recomendará las excelencias de un medicamento, o en el de quien también por vía de excepción, aceptar un obsequio adquirido con dinero proveniente del ejercicio de la prostitución. Ni en uno ni en otro supuesto podrá advertirse

(18) En contra Manzini, obra cit., tomo I, págs. 284 y 285. «Tratándose de leyes de derecho penal sustancial, las represiones que puedan tener tanto un significado técnico-jurídico como un significado vulgar, deben ser entendidas en el sentido vulgar, siempre que del complejo de la norma o de su nexa con otras normas, no aparezca evidente que la ley ha querido usarla en el sentido técnico-jurídico. En las leyes de derecho penal, que constituyen reglas de conducta elementales para todos y que deben ser entendidas por todos, se prefiere el lenguaje vulgar, inteligible a cualquiera, a la terminología jurídica».

(19) Supra N.º 4 a).



la presencia del elemento intencional que caracteriza el delito doloso, ni en ellos la sociedad verá alarma que autorice su defensa.

En cambio, según nuestro entender, en el caso del artículo 229, inciso 3.º, debe sancionarse el hecho aislado porque consideramos que la esencia del delito no está en la *profesionalidad* sino en el aprovechamiento abusivo de un estado de necesidad económica en el sujeto pasivo.

b) Esa es, en verdad, la usura, y debe ser, eliminada la habitualidad, elemento esencial del delito. Y lo mismo puede abusar de la necesidad ajena uno que viva habitualmente de ese comercio como uno que ocasionalmente lo realice para acrecentar su patrimonio.

A decir «estado de necesidad», aludimos a una necesidad de dinero derivada de cualquier circunstancia, y no la circunscribimos a los estados de indigencia o miseria. El concepto es comprensivo de estos casos y de todos aquellos otros en que la víctima, por carencia de fondos —que puede ser momentánea—, se ve en el trance ineludible de procurárselos a cualquier precio y de aceptar cualquier imposición de la voluntad de quien se los facilita. En tal hipótesis entra el caso, corriente y doloroso del que necesita dinero para subvenir a necesidades primarias de la vida o para abonar erogaciones que reconozcan como causa un móvil noble, como el del que lo necesita para pagar deudas que puedan comprometer su buen nombre o la estabilidad de su empleo, y, por fin, el del que lo necesita para adquirir los estupefacientes que le exige imperiosamente su vicio. Pero no el del que necesita capitales para empresas o negocios que le significarán un enriquecimiento patrimonial, seguro o probable.

No importa entonces que ese estado de necesidad económica se refiera a un individuo caído en desgracia, a un pródigo o a un vicioso, pues la ley no debe tener en vista la moralidad de la víctima, sino, pura y exclusivamente, si ésta, en el momento de la celebración del contrato usurario es una persona que *necesita* proveerse de dinero si el autor ha *aprovechado* voluntaria y conscientemente de esa necesidad para imponer su voluntad y conseguir la suscripción de un acto jurídico que importe el logro de una compensación usuraria.

«La ley no requiere, expresan Saltelli y Romano Di Falco (2º), que la usura para constituir delito sea disimulada con artificios. La usura es siempre, por sí misma, fraudulenta. Eso implica, por definición, el abuso de una necesidad ajena», y más adelante agregan que la usura es condenable por el inmoral y despiadado aprovechamiento de un deudor que se debate en la angustia (*strettoie*



en el texto) de su estado de necesidad. Y una límpida sentencia del Tribunal de Roma ⁽²¹⁾ afirma que «no importa que el estado de necesidad provenga de desventura o de vicio. Lo que importa establecer es la relación de causalidad entre el logro de la ventaja usuraria y la *condición psicológica anormal* en que se encuentra el sujeto pasivo». No es posible diseñar con menos palabras y con más claridad la verdadera naturaleza del delito.

Esa es, repetimos, la esencia de la infracción. De lo contrario, no se explicaría por qué aparece en el Proyecto legislada en el capítulo de la *Defraudación*. Consideramos útil a nuestra demostración transcribir nuevamente el artículo, que se coloca, como acabamos de decir, en el Título VI —Delitos contra el Patrimonio— y en el Capítulo IV —defraudación—. Dice el artículo 229:

«Se impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a dos mil pesos:

- 1.º Al que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca, o un tesoro, y se apropiare la cosa o la parte de tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil.
- 2.º Al que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito.
- 3.º Al que en forma habitual, mediante préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios, y al que, en la misma forma, procure préstamos, cobrando, por su intervención, comisiones usurarias, para sí o para terceros».

Tal como figura estructurada la incriminación ¿dónde se percibe el *fraude* que debe caracterizar toda defraudación? En cambio, lo hallamos nítidamente caracterizado en el artículo 228, inciso 6.º del Proyecto que sanciona al que «aprovechándose de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de la insuficiencia o enfermedad mental de una persona, etcétera, etcétera».

Es evidente que la objetividad jurídica específica de ambos delitos es distinta aun cuando los dos sean lesivos del patrimonio, pero ambos ofrecen un elemento similar, que entraña el fraude: el aprovechamiento abusivo de una necesidad, que, por ser más grave en el artículo 228, está reprimido en forma grave también ⁽²²⁾.

Ese elemento distintivo lo encontramos asimismo en el artículo 220 del Proyecto, catalogado como extorsión, y que sanciona con multa de cien a dos mil pesos al acreedor que «abusando de la situación del deudor, exija o acepte a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un giro o cheque de fe-

(21) Rivista Penale 1933, pág. 815. Conf.: Angelotti en obra cit. Nota de pág. 506.

(22) Al hablar de *fraude* no nos referimos al ardido o engaño de la *estafa*, sino que el término se emplea para distinguir aquellos delitos patrimoniales en que la conducta, para la consecución del fin propuesto, no se traduce en una actividad física.



cha posterior o en blanco; o un documento cualquiera por el cual el deudor se reconozca autor de un delito o pueda aparecer como tal». Y debemos anotar aquí un dato de real interés, que creemos apoya nuestra tesis: esta última incriminación está destinada, evidentemente, a perseguir prácticas de los usureros, según así puede leerse en la Exposición de Motivos ⁽²³⁾, y, sin embargo, no requiere habitualidad. ¿Por qué exigirla entonces en el artículo 229 y por qué no exigir en éste el *abuso* del 220?

Nos adelantamos a las objeciones que se harán a la solución propuesta y que ya se hacen a la del Proyecto: la dificultad que se notará en la práctica para probar que el préstamo es usurario y que ha existido abuso de necesidad económica. Por de pronto, un Código Penal no va a dejar sin sanción hechos ilícitos porque, en la práctica, resulte dificultosa la prueba del mismo. Una ojeada al Código bastará para reconocer una buena cantidad de delitos cuya prueba es difícil y no por ello se pretenderá eliminarlos. Luego, que son cuestiones de hecho, libradas a la habilidad y diligencia de la investigación que puede, aunque laboriosamente, llegar a acreditar esos extremos.

La mayoría de las legislaciones que han dado jerarquía de delito a la usura —y aun de las que exigen habitualidad—, requieren el aprovechamiento del estado de necesidad como elemento del hecho punible. En Bélgica, el decreto real del 18 de marzo de 1935, considera usura al «hábito de prestar dinero a interés superior al normal en modo excesivo, con abuso de la inexperiencia, debilidad, pasiones, necesidades e ignorancias del deudor». En Brasil, el decreto-ley del 7 de abril de 1933, ampliatorio de disposiciones del Código Civil, referente a la usura, impone penas de seis meses a un año a los infractores que realicen operaciones usurarias, y declara circunstancia agravante el aprovechamiento de la inexperiencia de un menor o las deficiencias o perturbaciones mentales en que pueda encontrarse una persona. El Código italiano reprime al que efectúe operaciones usurarias aprovechando del estado de necesidad de una persona (artículo 644), mientras que la legislación francesa condiciona la represión a tres requisitos: que se trate de préstamo en dinero, que el interés estipulado sea superior a la tasa legal y que el hecho sea habitual en el prestamista. La ley alemana de 1880, incorporada al Código Penal, en el inciso 1.º reprimía al que abusare de las necesidades del prestatario o de su debilidad de espíritu o inexperiencia y en el inciso 4.º al que

(23) Exp. de Motivos del Proyecto, pág. XLV: «Prevemos también, en el mismo capítulo, el hecho muy generalizado y corriente en las prácticas de los usureros, de hacer suscribir a sus víctimas documentos por los que se reconocen o pueden aparecer como autores de delitos». La hipótesis de la nota 17.



hiciera hábito de la usura, y casi todos los cantones de Suiza prevén la situación del que «abusando de su destreza o de la inexperiencia o debilidad del mutuuario, traten de hacer préstamos leoninos» ⁽²⁴⁾.

c) Estimamos que la palabra *cobre* del Proyecto («cobre intereses usurarios... cobrando por su intervención») no es adecuada al concepto que se quiere expresar. En efecto, el verbo «cobrar», según la definición académica, significa recoger, percibir uno la cantidad que otro le adeuda. Para quien se cifiera a una interpretación estricta del vocablo, el delito se consumaría recién en el momento en que el prestamista percibe la ventaja usuraria, en el instante en que el dinero, sale del patrimonio del deudor e ingresa efectivamente en el del agente, no antes, en tanto que el hecho se genera en la conclusión y no en la ejecución del convenio usurario, que es cuando actúa el elemento intencional y cuando se opera el abuso del estado de necesidad económica del sujeto pasivo.

Resulta de toda evidencia que ese ha sido el espíritu del Proyecto, y sólo aquellos dados a interpretaciones bizantinas, que desafortunadamente nunca faltan, podrían atribuir un significado diverso al «cobrar» del Proyecto, que se distingue precisamente, como ya tuvimos ocasión de hacerlo notar, por la claridad del lenguaje. A fin de aclarar el concepto y de que este articulado no desmerezca de los restantes, nos parecería más adecuado utilizar «estipulen» —que es convenir, concertar, acordar— y, mejor todavía, «se haga prometer» —prometer es obligarse a hacer o dar alguna cosa, asegurar—, como reza en el Código italiano (al que... se haga dar o prometer).

d) Una última observación nos merece el Proyecto: la poca afortunada ubicación especial del delito de usura dentro del artículo 229. Hemos transcritto íntegramente dicho artículo. En él se han agrupado tres supuestos de delito: dos que se refieren a una misma especie —apropiación indebida de los incisos primero y segundo— y luego, en el inciso tercero, aparece, diríase «prendido», el de usura, que ninguna similitud ofrece con los anteriores y que, por consiguiente, debe ser legislado en artículo aparte.

En un Proyecto que se destaca por el riguroso criterio científico, cuidadosamente pulido hasta en los menores detalles, no es posible pensar siquiera en un deficiencia de técnica legislativa, sino más bien en una inadvertencia de los codificadores. Es un detalle de esos que la crítica exigente encontrará en cualquier obra, por mayor que sea el grado de perfección alcanzado, que en nada afecta el valor integral de la misma —que en este caso lo tiene, y mucho— y que es fácilmente subsanable.

La última subdivisión de la clasificación de los delitos —clasificación hecha en base a la naturaleza y a la estructura técnico-

(24) CERMESONI, obra citada.



jurídica del delito— es el «artículo», que distingue a una figura delictuosa de la otra y le da su fisonomía propia dentro del «título» y del «capítulo». Cada artículo puede, sin embargo, contemplar varias figuras delictuosas pero siempre que sean de la misma especie de delito, identificadas en cuanto al objeto jurídico substancial específico y en sus elementos fundamentales, y diferenciadas sólo en cuanto a circunstancias o a modalidades relacionadas con la forma y medio con que se cumple la transgresión a la norma y se lesiona el bien tutelado. Tal como, a simple título ilustrativo, en los casos de los artículos 219, 223, algunos incisos del 227 (no ciertamente el 1.º, que debiera legislarse como delito autónomo), los dos primeros incisos del 229, 234, 236, etcétera, del Proyecto.

6. NUESTRA OPINION

Nuestra opinión emerge de las observaciones formuladas con anterioridad. Sintetizaremos, no obstante, los aspectos que consideramos deben ser objeto de modificación:

- a) El requisito de la *habitualidad* debe ser radiado del delito de usura y trasladado al de beneficio de la prostitución ajena (al que, en forma habitual se beneficiare... etc).
- b) Debe darse mayor elasticidad a la sanción, llevando su máximo hasta dos años.
- c) Debe incorporarse el elemento del abuso de la necesidad ajena.
- d) El término «cobro» debe ser reemplazado por «estipule» o por la frase «se haga prometer». No así en el caso del intermediario, ya que, por regla general, el mediador percibe el importe de su comisión usuraria cuando el deudor recibe el dinero facilitado por el prestamista.
- e) El artículo debe ser legislado formando parte de un capítulo independiente, segregado de la apropiación indebida de cosa tenida por error y de la apropiación indebida de la cosa perdida o tesoro. En ese mismo capítulo, y dada la evidente analogía del elemento intencional y material, podrían legislarse los casos previstos en el artículo 228, inciso 6.º —en el que más que «ardid o engaño»

se percibe un «abuso de necesidad»— y también el del artículo 220 del Proyecto, toda vez que en este supuesto se perfila con mayor nitidez el «abuso» que la «intimidación» o «coacción» productora del estado de constrictión en el sujeto pasivo tal como lo reclama la extorsión ⁽²⁵⁾.

Al dar término a esta fatigosa exposición, sólo aspiramos a que nuestras observaciones puedan ser de utilidad para la configuración definitiva de la incriminación propuesta, y deseamos fervorosamente que el Proyecto de los doctores Coll y Gómez, tan interesante por muchos conceptos, con las modificaciones razonables que puedan sugerirse, sea objeto de preferente atención y despacho por parte del poder legislador. Nuestro país podrá preciarse entonces de tener uno de los más completos y mejores códigos del mundo.

7. APENDICE

PROYECTO DE CLASIFICACION

CAPITULO V

ABUSO DE NECESIDAD Y DE INCAPACIDAD

En nuestra opinión

En el Proyecto

Abuso de necesidad, pasión o inexperiencia de menor o incapaz.

Art. 230 . — Se impondrá prisión de dos a seis años al que, aprovechándose de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de la insuficiencia o enfermedad mental de una persona, aun que su interdicción no se haya pronunciado, le hiciere suscribir un documento que importe cualquier efecto jurídico, sin que la nulidad de que el documento pueda estar viciado haga desaparecer la ilicitud del hecho.

Art. 228, inciso 6.º

Igual

(Figura en el Capítulo IV)
(Defraudación)





Art. 231. — Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de cien a dos mil pesos:

Usura.

Inciso 1.º Al que, aprovechándose del estado de necesidad económica de una persona, se haga prometer o dar por ésta intereses usurarios por préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones.

Inciso 2.º Al que en la misma forma procure préstamos, cobrando o haciéndose prometer por su intervención, comisiones usurarias.

Abuso de la situación del deudor.

Art. 232. — Se impondrá multa de cien a dos mil pesos al acreedor que, abusando de la situación del deudor, exija o acepte, a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un giro o cheque de fecha posterior o en blanco, o un documento cualquiera por el cual el deudor se reconozca autor de un delito o puede aparecer como tal.

Art. 229, inciso 3.º: Se impondrá prisión de un mes a un año o multa de cien a dos mil pesos al que, en forma habitual, mediante préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios, y al que, en la misma forma, procure préstamos, cobrando, por su intervención, comisiones usurarias, para sí o para terceros.

(Figura en el Capítulo IV)
(Defraudación)

Art. 220.

Igual

(Figura en el Capítulo III)
(Extorsión)

ERNESTO J. URE
Y
ANTONIO L. BERUTI

*(«Revista Penal y Penitenciaria» de
Buenos Aires, año III, N.º 10,
octubre - diciembre 1938, p. 635).*





La relación de causalidad

OBSERVACIONES AL ART. 5.º DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL (*)

ERNESTO J. URE

Por los doctores

Y

ANTONIO L. BERUTI

Jueces de Instrucción en lo Criminal de la Capital (1)

Art. 5.º del Proyecto:

Las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes que guarden relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y su resultado.

Reforma propuesta al Art. 5.º:

Las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes no excluyen la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado, salvo cuando las sobrevinientes hayan sido por sí solas suficientes para producir el resultado.

En tal caso, si la acción u omisión precedente es constitutiva de un delito, se aplicará al autor la sanción correspondiente a ese delito.

FUNDAMENTOS:

Los autores del Proyecto de Código Penal no consagran expresamente en el texto de la ley, seguramente por considerarlo superfluo, el principio de causalidad material, según el cual el hombre no puede ser responsabilizado por un hecho delictuoso si el resultado no ha sido causado por su conducta. Pero han considerado oportuno afirmar en forma explícita, que el concurso de causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes no excluye la relación causal que forzosamente debe existir entre acción u omisión y resultado, para que un delito sea físicamente imputable al hombre. Vale decir, que sientan el principio abolicionista de la «concausa» como atenuante que, si no contemplado en el actual Código, ha sido reconocido en numerosas decisiones jurisprudenciales y aceptado en cierta doctrina nacional.

Estamos de acuerdo con el propósito del Proyecto pero no con la redacción del art. 5.º, que consideramos defectuosa desde el punto de vista técnico.

(*) Informe presentado a la Sección Derecho Penal del Instituto Argentino de Estudios Legislativos. Sesión del 18 de agosto de 1936.

(1) Estando en prensa este número, el doctor Beruti fué ascendido a Vocal de la Excm. Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional.





Dice el artículo 5.º que «las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes que *guarden relación directa* con el delito, no excluyen la, relación *entre éste y su resultado*». Es decir, entre el delito y su resultado. Y decimos que tal redacción nos parece imperfecta porque la relación de causalidad material no vincula al delito con el resultado, sino a la acción u omisión con el resultado. Salvo que se atribuya al vocablo *resultado* una significación diversa que la estrictamente jurídica.

En efecto, el delito es la síntesis de una actividad física o material y de una actividad psíquica o intelectual. Como hecho físico que se proyecta al mundo exterior para modificarlo, se nos presenta como un fenómeno que, a su vez, sintetiza un antecedente y un consecuente. En otras palabras, el elemento material del delito está conformado por dos términos que deben hallarse vinculados por un nexo causal: el antecedente, que es la *causa*, está constituido por la acción u omisión humana, y el consecuente, que es el *efecto*, está constituido por el resultado o evento penal.

El delito, pues, en su aspecto objetivo, encierra esos dos términos o elementos: conducta y resultado. Ambos están dentro del delito, y su suma y vinculación, forman el elemento material de cada tipo delictivo.

A nuestro juicio es, pues, de toda evidencia, que no se puede hablar, como lo hace el Proyecto, de relación entre el *delito* y su *resultado* sino de relación entre *acción u omisión* y *resultado*, por la sencilla razón, que es sin embargo técnica y científica, de que el resultado, como antes dijimos, que es parte integrante del delito, está en el delito.

Todo cambia, como enunciamos al comienzo, si se da a *resultado* una significación distinta a la que le atribuimos. Entendemos esa palabra como sinónimo de *evento*, este término que utiliza la doctrina y la legislación italiana para expresar un concepto claro y que, como lo observó el profesor Soler en una anterior sesión de este Instituto, es lástima que no haya tomado carta de ciudadanía entre nosotros porque es, en realidad, insustituible.

En su noción más simple, aunque no la más acertada y justa, el evento penal es la lesión al interés jurídico tutelado por la norma. E insistimos en que damos una noción simplemente formal, porque recordamos en este momento una cáustica crítica que Orfeo Cecchi hace a las nociones simplistas del «evento» en un ágil artículo de la Rivista Penale. Pero como estamos hablando del artículo 5.º del Proyecto Coll-Gómez y no de la teoría del evento, nos limitaremos a reproducir la definición de Cecchi, que es uno de los que más y mejor han estudiado el punto: «es aquella parte del resultado de la conducta que lesiona o amenaza directa o inme-



diatamente los bienes o intereses de especial importancia pertinentes al sujeto pasivo primario del delito».

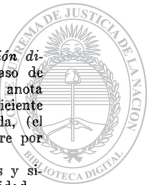
De acuerdo con aquella noción simple, el «evento» es, para nosotros, el «resultado» al que, por fuerza, deben referirse los codificadores cuando lo relacionan con el principio de la causalidad material.

De modo, entonces, que tomado exactamente el mismo ejemplo que utilizaron en otra sesión los doctores Malbrán y Soler, en el homicidio cometido en la persona de un modesto padre de familia, se producen resultados diversos: uno de carácter estrictamente penal, y otros de carácter extra-penal. El resultado o evento penal —que está en el delito o dentro del delito—, es la lesión producida al interés jurídico a cuya tutela atiende el Título I del Libro Segundo del Proyecto, «Delitos contra la Persona», o, si se quiere, el evento es la muerte de esa persona. Y los resultados extra-penales son las consecuencias o efectos ulteriores, el «post» del delito, que nada tienen que hacer con éste desde el punto de vista penal, tales como ser la angustiosa situación económica que se plantea en el hogar de la víctima, etc. En el homicidio perpetrado en la persona de un notable artista que deja inconclusa una obra maestra, el evento o resultado penal es exactamente el mismo que en el ejemplo anterior, mientras que el resultado —consecuencia, efecto— extra-penal o atípico del delito será la pérdida sufrida por el arte en general y, en especial, por el acervo artístico nacional. Y, así, podrían formularse infinidad de hipótesis en que deben distinguirse netamente el resultado penal, típico, del resultado extra-penal, que es indiferente para la conformación del delito.

Y creemos que es incuestionable que cuando el Proyecto, en su artículo 5.º, ha sentado expresamente el principio abolicionista de la concausa, ha querido aludir al resultado penal, a ese resultado que es consecuencia de la conducta humana y que, unido a ésta por un nexo causal, constituye el elemento material del delito, esencial para que éste pueda existir, y no a los efectos o consecuencias de otro orden.

Se ha observado, y nos adelantamos a la objeción, que existen ciertos delitos que no requieren un evento, tales como los llamados «formales». No estamos conformes con tal opinión porque entendemos que todo delito formal, o de consumación anticipada como plásticamente se los llama ahora, tiene un evento penal, sólo que, en el tiempo, coincide el momento de actuación de la conducta con el de producción del evento (o resultado) típico del delito.

Para terminar con este aspecto de la redacción del art. 5.º y, fundado en las razones expuestas, estimamos que el artículo en examen debe ser reformado y, en caso de prosperar esta proposición, en la forma conereta que luego nos permitiremos sugerir.



No estamos tampoco de acuerdo con las palabras *relación directa*, que utiliza el Proyecto para prever, sin duda, el caso de excepción y establecer, de manera implícita, que cuando se anota la concurrencia de una causa sobrevenida por sí sola suficiente para producir el resultado, la relación causal queda excluida, (el ejemplo clásico de la casuística italiana del herido que muere por el incendio del hospital).

Es decir, cuando la causa sobrevenida —las anteriores y simultáneas no pueden excluir por sí solas la relación de causalidad— se presenta como un hecho nuevo, que por propia voluntad ha determinado el evento de modo exclusivo, cuando ha funcionado con eficacia causal exclusiva.

Nos parece, entonces, más conveniente decir eso, que expresará la «mens legis» con mayor claridad que la que puede surgir de las palabras «relación directa», que, por otra parte, pueden prestarse a equívocos y confusiones con «causas dependientes e independientes del agente» y con causas mediatas e inmediatas», sobre todo cuando el Proyecto, con evidente acierto, no sugiere criterio alguno para la valoración del vínculo causal.

En definitiva, y solicitando excusas por la extensión de estos fundamentos, que infringe la norma de la brevedad impuesta por el plan de trabajo aprobado en la última reunión, proponemos la antes apuntada redacción al art. 5.º, que es casi análoga a la del art. 41 del código italiano de 1930. No consideramos un demérito adoptar normas substancialmente similares a las de otras legislaciones, menos aún si, como en el caso, aquel artículo del código italiano ha sido uno de los más cuidadosamente elaborados.

NOTA: Uno de los autores —el Dr. Ure— resuelve una interesante cuestión práctica que ofrece el tema en un caso de Jurisprudencia que se publica en este mismo número, página 597.

AUGUSTO H. MORISOT

(Reportaje aparecido en «El Orden» de Santa Fe, marzo 19 de 1938, p. 5).





Sobre el Proyecto de Código Penal nos habla el Profesor doctor Augusto Morisot

LA REFORMA SE INSPIRA EN EL PRINCIPIO DE LA PELIGROSIDAD

«En mi concepto —ha dicho uno de los autores— es necesario pasar la responsabilidad del individuo a la sociedad y cargar sobre ella las consecuencias.»

Entre los asuntos de importancia sometidos a la consideración del Congreso, se destaca, sin lugar a dudas, el proyecto de Código Penal redactado por los doctores Coll y Gómez, en cumplimiento del decreto del 19 de septiembre de 1936

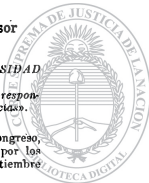
Por considerarlo de interés, hemos solicitado la opinión del doctor Augusto Morisot, profesor de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ex decano del mismo instituto, ex rector de la Universidad Nacional del Litoral, miembro del Instituto Argentino de Estudios Legislativos y correspondiente nacional de la Sociedad Argentina de Criminología.

El doctor Morisot, accediendo a nuestro requerimiento, se ha expresado en los términos siguientes:

El proyecto elaborado por los profesores doctores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, es merecedor del más franco y decidido elogio. En él se concretan las ideas sostenidas por esos dos maestros, con fervorosa convicción, en la docencia y en la magistratura; y pone de manifiesto la posibilidad de aplicar prácticamente los principios sustentados por la escuela positiva, que, como lo dicen los mismos autores, en la exposición de motivos, «sirven de fundamento sólido aun a los códigos de tendencias doctrinarias adversas, aunque haya obstinación en no reconocerlos».

La reforma se inspira sustancialmente en el principio de la peligrosidad que los doctores Coll y Gómez aplican, en el articulado del proyecto, con un sentido jurídico que pone de manifiesto su dominio absoluto del problema, la firmeza inquebrantable de su posición doctrinaria, su ejemplar dedicación y su capacidad constructiva, que ha salvado victoriosamente los obstáculos que surgen cuando se trata de solucionar, a través del precepto legal, complejas cuestiones sociales y psicológicas.

Fundado en la peligrosidad del delincuente, el proyecto sitúa en su verdadero terreno al problema represivo. El doctor Coll ha traducido claramente su pensamiento con estas palabras: «En mi concepto es necesario pasar la responsabilidad del individuo a la sociedad y cargar sobre ella el peso de las consecuencias». La teoría que sustenta la he explicado en diversas ocasiones. La sociedad es un todo indivisible que forma al individuo y determina que éste, en razón de causas múltiples y complejas, que la misma sociedad podría evitar, en gran parte, infrinja sus leyes. La sociedad, pues, no debe reaccionar violentamente y en forma punitiva o represiva, sino por medio del tratamiento que mejor convenga, teniendo el deber de aplicar una medida de defensa, no como contra-ataque, sino a manera de profilaxis, como lo hace respecto de otros fenómenos físicos y morales que restan vitalidad a su organismo, que menoscaban energías a su actividad espiritual. Cuando no se ha podido evitar el delito por otros medios substitutivos penales, ocurrida la infracción, la sociedad tiene el deber de aplicar al individuo el tratamiento que mejor convenga a su personalidad, como un imperativo de su finalidad vital y espiritual; y de ahí, de ese imperio emerge el concepto de sanción, no con carácter punitivo, sino coercitivo, al que es preciso someterse, por





ser el individuo parte del todo que conviene mantener en mayor armonía, evitándose su desintegración. Si está demostrado que la sociedad condiciona al individuo merced a factores hereditarios, educación, sentimientos y hábitos, el trabajo, el placer, la alegría, los tóxicos, la vida entera; y por lo tanto sus reacciones delictuosas de inadaptación, son consecuencias directas o indirectas del medio, nada es más absurdo que asentar las bases de la ley sobre la venganza, así sea bajo la honorable forma de la justicia y cargar la responsabilidad sobre el individuo a quien todos inclinamos a delinquir, facilitando infinitos medios de corrupción que la sociedad tolera, haciendo cada vez más débiles los postulados de la moral y más fuertes las solicitudes del placer, ante las dificultades cada día mayores para ganarse el sustento. El delito, como otras tantas calamidades que padece la sociedad, es la demostración más acabada de su incomprensión, de su incuria. Esto no quiere decir, sin embargo, que las sanciones de la ley carezcan de energía necesaria a sus fines y que la ley se convierta en un derecho protector del delincuente, como pensaba Dorado; al contrario, el remedio debe ser apropiado al sujeto, porque no se trata de compadecerse ante el resultado, sino de aplicar una sanción con criterio científico y práctico. De ahí la necesidad de formular la ley conforme a la clasificación de la delincuencia, para resolver el caso atendiendo al principio de la peligrosidad. Toda norma en el código penal debe responder a ese principio. La consecuencia de estos postulados es que la sanción se diferenciará en el tratamiento, en su especie, sin tener en cuenta los prejuicios que mantienen la diferenciación entre penas y medidas de seguridad».

La mención detallada de todas las disposiciones elogiables que contiene el proyecto, excedería, sin duda, el límite del espacio que ustedes han pensado acordarme, por lo que me concretaré a señalar algunos de los rasgos más salientes:

Precisa los conceptos del dolo, de la preterintencionalidad y de la culpa;

Establece que la concausa no excluye la relación entre el delito y su resultado;

Somete a sanción el mandato y el acuerdo para cometer un delito determinado, cuando no son seguidos de ejecución, así como el mandato, para el mismo fin, que no sea aceptado;

No establece distinción entre autores y cómplices, y considera partícipes a todos los que concurren, moral o materialmente, en cualquier forma a la ejecución del delito, correspondiendo, naturalmente, a los jueces graduar la sanción de acuerdo a las circunstancias, dentro de los límites señalados para cada delito;

Cuando, en el delito culposo, el resultado ha sido causado por el concurso de varias personas, hace a todas pasibles de sanción;

Declara que no hay delito cuando el agente ha realizado el hecho: 1.º Por error de hecho; 2.º Ejercicio de un derecho o de funciones propias; 3.º En estado de necesidad; 4.º En legítima defensa. Excluye la sanción en esos casos y en aquéllos en que concurren causas absolutorias mencionadas expresamente en algunas figuras delictivas en particular. Inspirado el proyecto en los principios de la escuela positiva, somete a sanción a todo autor de delito, sano o enfermo mental, mayor o menor de edad, consciente o inconsciente, adaptando, como es natural, esa sanción a sus condiciones, a fin de individualizar el tratamiento;

Hace una enumeración de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad, la cual no excluye la consideración de otras que, fundadas en el conocimiento de la personalidad del delincuente, en la apreciación de los motivos que lo determinaron y en la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, permitan establecer el grado de la peligrosidad. La valoración



de cada una de las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad será hecha en relación a la personalidad del sujeto, integralmente considerada;

Impone al tribunal la obligación de establecer, de una manera fundada, la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar si éste es un delincuente ocasional, pasional, emocional, alienado, de índole criminal o habitual, o si obró en estado de grave anomalía psíquica o de inconsciencia completa o de intoxicación crónica de alcohol, drogas o estupefactivos;

Consagra un título especial a los menores de 18 años que delinquen, aplicando certeramente medidas educativas encaminadas a tratar al niño y al adolescente conforme a sus características personales, en evolución;

Denomina «sanciones» a las medidas que se aplican a los delinquentes, excluyendo en esta forma la distinción entre penas y medidas de seguridad, que admite el código actual. Las sanciones son: reclusión, prisión, internación en un manicomio o en un establecimiento oficial adecuado para la curación o tratamiento, expulsión del país, inhabilitación, multa. Como se ve, no figura la pena capital, lo que importa un nuevo acierto;

Dispone que la sanción será impuesta dentro de los límites fijados para cada delito, según la peligrosidad del delincuente. Es de lamentar que los autores del proyecto no hayan llegado a aplicar en él la condena indeterminada, expresando que esta institución requiere elementos indispensables de los que aún carecemos. «Nuestras cárceles —dicen— no permiten la implantación del sistema reformativo, que la sentencia indeterminada exige. Aspiramos a la posible aplicación del proyecto y, frente a la realidad debemos sacrificar, en esta parte, una de nuestras más fuertes convicciones. Empero, el sacrificio no es absoluto. Establecemos la reclusión por tiempo indeterminado, con un minimum de duración, para los delinquentes de grave anomalía psíquica, para los que hayan revelado índole criminal, para los habituales, para los reincidentes peligrosos y para los reiterantes, según el número de delitos perpetrados y la entidad de la sanción que a éstos corresponda. Los sometidos a reclusión por tiempo indeterminado podrán obtener la libertad condicional».

Reglamenta la condena de ejecución condicional, facultando al tribunal para imponer al condenado la observancia de disposiciones referentes a conducta y lugar de residencia; y establece que, cuando para el delito, además de las sanciones de prisión o multa, estuviere establecida la de inhabilitación, el tribunal podrá disponer que ésta sea cumplida, si por la naturaleza del delito o por otras circunstancias considerare conveniente no suspender su ejecución en forma condicional.

Declara que de todo delito nace la obligación de reparar el daño moral y material causado a la víctima o a un tercero, y el tribunal, en su sentencia, aun sin que el damnificado lo requiera establecerá el monto de la indemnización, prudencialmente, en defecto de plena prueba. Con esta disposición se afirma la doctrina que considero más acertada, y que sostiene la exclusión de la justicia civil del conocimiento de las acciones tendientes a obtener la reparación del daño causado por el delito; sin embargo, la exclusión no es absoluta, pues el precepto agrega que «si el damnificado estimara que la indemnización fijada prudencialmente por no haber mediado plena prueba, no alcanza a resarcir los perjuicios sufridos, podrá reclamar, ante la jurisdicción civil, el aumento que considere que corresponde, sin que en el nuevo juicio pueda discutirse el derecho a la indemnización establecida en la sentencia condenatoria». Si bien esta parte del artículo ha sido introducida «por razones de orden práctico, para evitar inconvenientes» opino, que debería mantenerse el principio en su absoluta integridad, orientando hacia ese fin todas las disposiciones legales que rigen la materia.

El libro II comprende los preceptos relativos a los delitos en particular, agrupándolos en XIV títulos.

Podrá no estarse de acuerdo en un todo con la elaboración técnico-legislativa de algunos de los artículos del proyecto, pero creo que los legisladores deben huir de la tentación de introducirle reformas parciales que alteren su contenido y destruyan su unidad. Coincido con los doctores Coll y Gómez cuando dicen: «Si bien encontramos perfectamente lógica la discusión parlamentaria de los proyectos elaborados por comisiones técnicas, consideramos que no debieran ser alterados, en lo fundamental, sin escuchar antes a sus autores, que tienen el derecho de ser oídos». La circunstancia feliz de ser actualmente el doctor Coll, Ministro de Justicia e Instrucción Pública, le permitirá intervenir en los debates que puedan suscitarse en el Parlamento, y estoy seguro de que, tanto él, como el doctor Gómez, por su calidad de hombres de ciencia de probidad reconocida, habrán de ser los primeros en aceptar las observaciones que puedan formularse y que se inspiren en el deseo de perfeccionar la obra.

Confiamos en que el Congreso, en el próximo período parlamentario, dedicará al proyecto de los doctores Coll y Gómez, la atención que merece una obra que es expresión auténtica del pensamiento científico argentino. En esa forma, al honrar a dos maestros del Derecho, se honrará a sí mismo.



RAFAEL GARCIA ZAVALIA

*(«La Ley» de Buenos Aires, 2 de
septiembre de 1938, tomo 11, sec-
ción doctrinaria, p. 80).*





Las falsedades documentadas en el Proyecto Argentino de Código Penal



El proyecto de Código Penal de los doctores Coll y Gómez, científica y firmemente orientado, que mereciera el caluroso elogio del ilustre maestro Florian, (1) encara con acierto y claridad lo relativo a los delitos de falsedad documental, recogiendo enseñanzas y observaciones de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia.

Desarrolla el tema en los capítulos III y IV del Título XII, «Delitos contra la fe pública» y, a diferencia del código actual (arts. 292 y sigts.), que trae disposiciones comunes para la «falsificación de documentos en general», dedica uno de los capítulos a la «falsificación de instrumentos públicos» y otro a la «falsificación de instrumentos privados».

Este distinguo es un progreso de técnica legislativa, puesto que tiende a evitar confusiones en lo que hace a la naturaleza intrínseca de las dos categorías de instrumentos y a los requisitos de realización del delito en uno y otro caso.

El código vigente (art. 292), reprime al que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere un verdadero, *de modo que pueda resultar perjuicio*, imponiendo pena mayor para la falsificación de instrumento público. Se requiere así, para ambos tipos de documento, que haya perjuicio, siquiera eventual. En cambio, el proyecto suprime la exigencia del daño cuando se trata de instrumentos públicos (art. 374).

La innovación la explican los autores en la Exposición de motivos. «No consideramos, dicen, elemento esencial para la falsificación de los primeros (instrumentos públicos): el perjuicio real o potencial que la ley en vigor exige. El perjuicio existe en el mero ataque a la fe pública, a la fe que el documento público debe inspirar por imposición de la ley». (2).

Si bien se catalogan los de la especie como delitos contra la fe pública, considerada ésta en un sentido objetivo —y de allí la inclusión de los instrumentos privados—, atendiendo al crédito que los documentos de cualquier especie suelen encontrar en el público, independientemente de un particular sello de autenticidad, no puede desconocerse que, refiriéndose a una infracción que pone en peligro esa confianza pública, mediante una alteración de la verdad, deben existir marcadas diferencias de grado y de perpetración, según se trate de la falsedad en instrumentos públicos o privados; y es en su mérito, que no puede tampoco perderse de vista el sentido subjetivo que predomina en aquéllos, como efecto de la garantía que nace de la intervención condicionada del funcionario público que los certifica, otorgándoles *fe erga omnes* (art. 995, C. C.). Siendo así, el delito queda en este caso perfeccionado con la sola realización de la falsedad y el perjuicio no necesita buscarse ya como requisito adicional, desde que se produce un daño público efectivo al violarse las garantías probatorias que la ley acuerda al acto del funcionario público, con lesión inmediata para el interés social. Así lo ha entendido el código italiano de 1930 en su art. 476, prescindiendo del acápite del daño, que incluía el art. 275 del código de 1889.

«En autos Zurita (3) hice notar la equivalencia que para el Código Penal tienen los términos documento e instrumento; pero que cuando la ley habla de instrumentos es evidente que se refiere a los documentos que surten efectos

(1) «La Escuela Positiva», enero-febrero 1938, I, pág. 25.

(2) Proyecto, publicación oficial, pág. 57.

(3) Rev. LA LEY, t. 7, pág. 194.



jurídicos, que dan o justifican un derecho, lo que envuelve una idea específica dentro de la amplia acepción del vocablo documento. Agregó ahora, que la confrontación del art. 292 del Código Penal con los arts. 979, 987, 1012, 1020 y 1026 del Código Civil, revela que aquella disposición represiva no ha querido dar una acepción más lata a la palabra documento, desde que para determinar la penalidad se refiere precisamente a los instrumentos públicos y a los privados que, dentro de nuestra terminología jurídica, no son otros que los consignados en la ley civil.

«Ahora bien, el art. 979 del Código Civil trata de los instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, calificación inherente también a los instrumentos privados, de igual contenido jurídico, pero sin las formalidades y fe pública que se acuerda a los primeros (arts. 987, 995, 1012 y 1020, *ibidem*). Sobre el particular, dije también en el caso Zurita, que cuando el art. 979 expresa que «son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos», etc., no ha querido ni ha podido evidentemente circunscribir esos actos a los de carácter privado que indica el art. 944 del Código Civil, pues, no sólo se refiere en general a actos jurídicos, sino que los relaciona con todos los instrumentos extendidos por «funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado»; idea amplia que no distingue índole ni rama del derecho. Y si el art. 984 del Código Civil preceptúa que vale como instrumento privado el que emana de un oficial público incompetente, o que no tuviera las formas debidas, es innegable que los instrumentos privados, en sustancia, abarcan todos los hechos y actos en cuya virtud comienzan o terminan las relaciones de derecho en la expresión más lata». (4).

Reproduzco esos párrafos de una sentencia, para hacer resaltar el esfuerzo interpretativo a que lleva la deficiente redacción del Art. 292 de nuestro Código Penal, que habla de documentos en general y sanciona la falsificación de instrumentos en particular, sin dar nociones precisas sobre tales actos, haciéndose por ello necesario acudir a otras esferas del derecho. Gran ventaja aporta el proyecto, señalando sus autores que: «A fin de salvar múltiples dificultades prácticas que la experiencia nos ha exhibido, hemos procurado fijar, con la precisión debida, las circunstancias que la ley penal, independientemente de la civil, debe tener en cuenta para establecer cuándo un instrumento ha de considerarse público y cuando ha de considerarse privado». (5).

El Art. 378 del proyecto dice así: «Para los efectos de la ley penal, son instrumentos públicos, además de los que, por la ley civil tengan ese carácter, los siguientes: los testamentos ológrafos o cerrados; las letras de cambio; los títulos de créditos transmisibles por endoso o al portador, que no sean de los comprendidos en el Art. 355; los decretos y resoluciones de las autoridades nacionales, provinciales o municipales y sus copias debidamente autenticadas; las actas de los cuerpos legislativos o comunales o de los que desempeñen una función pública del estado nacional o de los estados provinciales y sus copias debidamente autenticadas; las actuaciones y expedientes administrativos en el orden nacional, provincial o municipal; los certificados, constancias y comunicaciones que emanen de las reparticiones públicas de la nación, de las provincias o de los municipios; los documentos provenientes de esas mismas reparticiones, que habiliten para el ejercicio de alguna actividad o que sirvan para comprobar la identidad de las personas, el cumplimiento de alguna obligación o carga o la facultad de hacer uso de un derecho o de usarlo en determinadas condiciones».

Este enunciado significa la autonomía penal que hoy no existe, pero me parece que, en parte, puede traer perplejidad, aumentando la duda actual, de si la equiparación de los testamentos ológrafos, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, es al solo efecto de la

(4) De mi voto «in res» «Rollero», Rev. LA LEY, t. 7, pág. 176.

(5) Rev. LA LEY, t. 7, sec. leg., pág. 129.



aplicación de la pena concerniente a los instrumentos públicos, o si se refiere también a las condiciones esenciales de la imputabilidad.

Dilucidar este punto es de capital importancia, porque se vincula con dos cuestiones sustanciales que distinguen la falsificación del instrumento público de la del privado. Ellas son: la exigencia del perjuicio, que el proyecto sólo admite en los privados (Art. 379), y el momento consumativo, ya que la falsificación de un instrumento público se consuma, como ya se dijo, con la sola alteración de la verdad, porque desde ese momento queda herida la fe pública que la ley confiere al acto, mientras que la falsificación de los documentos privados, que sólo obligan con su reconocimiento (Art. 1026, C. C.), se perfecciona con el uso, mediante el cual se cumple recién el fin propuesto, utilizándose prácticamente el engendro.

El art. 297 del Código Penal vigente, dice: «Para los efectos de este capítulo, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos, etc.». Esta redacción, semejante a la del Art. 284 del código italiano derogado, dió lugar a controversias en Italia sobre si la equiparación era *quod delictum* o *quod poenam*,⁽⁶⁾ habiendo cesado toda discusión con el art. 491 del nuevo código de ese país, por el cual, si la falsedad recae en los susodichos documentos, en lugar de la pena establecida para la falsedad en instrumento privado se aplican las penas establecidas para la falsedad en actos públicos.

Esta postura definitiva del Código de Rocco, a pesar de la tentativa de enmienda adversa de 1910, se explica suficientemente en la Relazione: ⁽⁷⁾ «El legislador penal no puede mudar naturaleza, séame lícita la expresión, a las cosas; o sea mudar la esencia íntima de tales documentos, que son, jurídicamente, *documentos privados*. Si su importancia y delicadeza justifican una sanción más grave, no consienten una ficción jurídica en contraste con la realidad».

Es sensible que el proyecto, en el afán de simplificar, englobe en el art. 378 todos los documentos que merecen, por naturaleza o por razones de política criminal, igual tratamiento, empleando términos universales: «Para los efectos de la ley penal son instrumentos públicos, etc.», pues así se recae en el inconveniente que se empenó en salvar el escrupuloso código italiano. A menos que haya querido significarse una completa equiparación, con la cual no comparto, y que tampoco se ve muy claramente, ya que, en el proyecto de enmienda, al art. 284 del código italiano de 1889, se creyó todavía necesario recalcar que era «para todos los efectos de los artículos precedentes».

Ninguna objeción habría para que la equiparación fuera *quod sustantiam* en todos aquellos documentos a los cuales presta su garantía la autoridad pública y cuya falsificación se consuma con el acto mismo del falsario, entre los que puede incluirse el testamento cerrado, que se coloca bajo la fe y guarda de un oficial público (art. 366 y sigts., C. C.); pero esto no ocurre con el testamento ológrafo, que no es originariamente un instrumento público, pues sólo se le da valor como acto público (art. 3650, C. C.), una vez presentado en juicio —verdadero acto de uso, característico en los documentos privados— y ordena su protocolización (arts. 630 y 633, Cód. de Proced. Civil). En cuanto a las letras de cambio y títulos de crédito endosables o al portador —salvo los indicados en el art. 355 del proyecto— son por su naturaleza instrumentos privados, y si su falsificación se considera de tanto peligro como la de los instrumentos públicos, ello es porque, dada la seguridad y confianza que debe imprimirse a los actos de comercio, con su alteración se hierde más intensamente la objetividad de la fe pública, razón para equipararlos en la pena, mas no para confundirlos totalmente con aquellos otros que llevan con-

(6) Crivellari, «Il codice penale per il regno d'Italia», vol. VIII, pág. 256; Lombardi, «Delitti contro la fede pubblica», Trattato de Floriani 2.^a ed., pág. 117.

(7) «Relazione Ministeriale sul progetto del codice penale», II, pág. 258.



sigo la garantía de la fe pública, creándose una alcurnia de que éstos carecen.

El propósito muy encomiable de dar amplitud a la ley penal, independiéndola de los estrechos límites del Código Civil, que sólo mira las relaciones privadas, para dar jerarquía a todos los documentos públicos y auténticos vinculados con cualquier rama del derecho, a mi modo de ver, debió cumplirse sin incorporar simplemente a la enumeración los testamentos ológrafos y los títulos de crédito aludidos. Así se habría redondeado el artículo, dándole un aspecto doctrinario —aceptado también por la jurisprudencia—, en cuanto a que son: instrumentos públicos todos aquéllos otorgados por un funcionario público, ya sea del orden legislativo, ejecutivo-administrativo o judicial, a condición de que hayan sido extendidos en la forma que las leyes o reglamentos hubieren determinado. Y se evitaría cualquier confusión añadiendo un apartado al art. 378 que comprendiera los documentos que excluyo, especificando, como en el art. 491 del Código Italiano, que se los equipara al solo efecto de la pena. Con lo cual se da a esas piezas mayor categoría, pero no se les cambia su esencia íntima y, como instrumentos privados que son, el delito quedaría consumado con el indispensable uso, siempre que la falsificación fuera apta para ocasionar un perjuicio cierto o posible.

Interesa también dilucidar el punto con relación a la falsedad ideológica. Esta se elimina en el Código en vigor en la falsificación de instrumentos privados, reservándose para los instrumentos públicos (art. 293), de suerte que, según sea el grado de la equiparación, en los testamentos ológrafos, las letras de cambio y los títulos privados de crédito, habrá o no delito con la inserción de cláusulas mentidas.

Si las dudas de interpretación que suscita el art. 297 del Código Penal vendrían a salvarse ahora con el ejemplo citado del proceso legislativo italiano, con mayor razón ha de exigirse una perfecta claridad en el texto nuevo (artículo 375), que pareciera apartarse de esa solución.

Si bien en el proyecto se introduce excepcionalmente la falsedad intelectual en los instrumentos privados, cuando ellos estén destinados a servir de prueba (art. 380), la dificultad subsistiría con respecto a la pena aplicable, porque, si la equiparación es total, correspondería la de los instrumentos públicos, y si es al solo efecto de la pena, sería la que fija el artículo 380.

• •
•

Como ya lo expresé, la investigación del perjuicio se descarta en la falsificación de instrumentos públicos, quedando en el artículo 379 del proyecto para la falsificación de instrumentos privados, ya que se incrimina al que hiciera, en todo o en parte, un instrumento privado falso o adultere uno verdadero, *de modo que pueda resultar perjuicio*, con una interesante innovación. pues agrega, «aunque del instrumento no surja una relación jurídica ni esté destinado especialmente a servir de prueba».

Se ha entendido hasta ahora, en un sentido restricto, que instrumento privado es solamente aquel que posee la idoneidad de fundar una pretensión de derecho o de probar un hecho jurídicamente importante. El proyecto amplía bien el delito, si se considera que cualquier manifestación escrita trascendente, como materialización del pensamiento, tiende a revelar la verdad de un acto, cuya alteración puede ser lesiva a los intereses públicos o privados en el orden moral o material. Es mejor, como lo hace el proyecto, comprender todas las posibles falsedades perjudiciales en una fórmula genérica, que no hacer enumeraciones, como en otros Códigos, que resultan excluyentes.

En lo relativo al perjuicio, el proyecto ha reproducido los términos del artículo 292 del código de 1922. «De modo que pueda resultar perjuicio» es la frase, que me parece incompleta, porque podría ocurrir que no aparezca el



daño y si un provecho ilícito procurado, suficiente para sancionar la falsedad. Y tan es así, que ha habido divergencia de opiniones en el caso de una receta médica falsificada para procurarse estupefacientes. (8).

A propósito, en mi voto *in re* Bollero, anoté: «Cuando con la falsedad se ataca un interés público, especialmente protegido, no es necesario buscar el daño de tercero, porque el perjuicio va de suyo en la violación de la norma protectora y lo funesto de su consecuencia; pero si la lesión va únicamente dirigida al derecho privado, es indispensable ya el perjuicio ajeno, pues de otro modo no se cumpliría la exigencia de daño potencial que trae el art. 202 del Código Penal, y no sería bastante el beneficio ilícito procurado porque el Código no ha previsto, como en el italiano actual (art. 485), el fin alternativo de procurar para sí o para otro una ventaja o producir a otro un daño. Dado lo incompleto de nuestra fórmula, en relación al móvil del delito, habría que destacar en el último caso la infracción cuando no asoma el daño, aunque se constata una ventaja injusta para el delincuente».

«El uso de la pieza falsa tiende aquí a lesionar directamente el interés público, reglamentado con altos fines de profilaxis social y de sanidad de la raza, como amparo contra el vicio que la deapauera. No es necesario, entonces, investigar si al fin de procurarse una ventaja corresponde el de acarrear a otros un daño». (9).

Yo propondría una fórmula parecida a la del art. 485 del Código Italiano para el 379 del proyecto, que tendría también la ventaja de dar expresión legal, hoy omitida, a la exigencia del acto de uso imprescindible para la consumación del delito. El artículo quedaría así: «Se impondrá prisión..., al que hiciere en todo o en parte, un instrumento privado falso o adulterado un verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio o una ventaja procurada para sí o para otros, cuando se haga uso del documento o se dejare que otros lo usen».

Precisamente, teniendo en cuenta las discusiones sobre el carácter de documento privado que suscitara la receta médica y lo relativo al perjuicio, es que el proyecto, no obstante la redacción extensiva del art. 379, ha querido recalcar el peligro que entraña su falsificación e incorpora el art. 382, por el que se reprime al que falsificare o adulterare recetas médicas, cuando ellas sean indispensables para adquirir un determinado producto o una determinada preparación.

Otro artículo nuevo es el 380, sin precedente entre nosotros, pues la falsedad ideológica, ya dije, se limita ahora a los instrumentos públicos (art.293, Código Penal). Dicen escuetamente los autores: «Hemos creído necesario, además, admitir la falsedad ideológica para los instrumentos privados, cuando ellos estén destinados a servir de prueba o a establecer una relación jurídica». (10). Es una forma de imprimir mayor seguridad a estos documentos, de especial interés jurídico, por la buena fe con que se los presume emitidos en el conjunto de relaciones de la actividad humana.

Dejo así de manifiesto el indiscutible progreso técnico del proyecto en la parte comentada.

(8) J. A., t. 56, pág. 66.

(9) Rev. LA LUY, t. 7, pág. 176.

(10) Rev. LA LUY, t. 7, sec. leg., pág. 131.



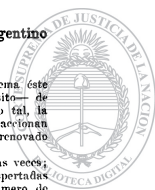
EMILIO C. DIAZ

(«La Ley» de Buenos Aires, 29 de octubre de 1938, tomo 12, sección doctrinaria, p. 1).





Adecuación de la sanción al delincuente en el Proyecto Argentino de Código Penal



1. En la lucha sin tregua de la sociedad contra el delito, problema éste siempre actual y de apremiante solución, ya se trate — en el propósito — de restaurar el mal que origina, o bien de impedir o de reprimir, como tal, la peligrosa manifestación de la actividad en seres inadaptados, que reaccionan antisocialmente, aparecen en el tiempo, siguiéndose unos a otros, en renovado ensayo, toda suerte de medios y de sistemas.

Inspirarlos: la concepción más o menos integral del asunto, algunas veces; la sensibilidad del común, el temor y la alarma generales o la piedad, despertadas en un determinado momento de la vida social, en el más crecido número de casos; las enseñanzas de la ciencia penal, fundada en la observación de la realidad y en la experiencia, en más contadas ocasiones.

2. Así se quiso castigar el delito en el delincuente, primero. Borrar sus efectos, luego.

Combatirlo: en oportunidades, proponiéndose lograr su aniquilamiento; en otras, para contener simplemente su producción y difusión, o atenuar los deplorables efectos que comporta.

Acudiendo, en modo exclusivo o coadyuvante, según las épocas y conforme al predominio de las doctrinas y cual postrer y decisivo instrumento siempre, al resorte de la ley penal, se arbitra la pena:

Con un sentido de expiación y de castigo.

Como retribución por la sociedad, al delincuente, del mal causado por éste, con otro, que se le aplica, luego, para purgar el primero.

Ideando la pena para que los sufrimientos de su aplicación escarmienten a propios y extraños: dura y dolorosa en el condenado; ejemplar y edificante, en los demás, a quienes se les ofrecía en espectáculo, con los más sombríos tintes, para largo y saludable recuerdo.

Concibiendo la pena correccionalista, en un noble intento de reforma, calculada como refuerzo para los desfallecientes resortes de la voluntad, en crisis; ayuda al reo en la tarea de procurarse la propia enmienda. Informada la doctrina y movidos sus acentos por un generoso arranque de bondad hacia seres a quienes estima víctimas de momentáneo extravío, apartados de la recta senda del bien y a los cuales es necesario ayudar a reconstituir su vida.

La pena defensa, por último, necesaria únicamente cuando todos los otros variados medios y en particular los de índole preventiva, han fracasado.

3. Empero y siguiendo las líneas generales de esta fecunda concepción, se diseñan dos tendencias, si próximas por sus resultados, en la práctica, profundamente separadas en punto a doctrina y cuanto al fundamento del sistema, esto es, el de la responsabilidad penal.

Las teorías de la política criminal atendiendo al criterio tradicional, del cual no ha conseguido independizarse, colocan junto a la pena, reservada para los delinquentes normales y por tanto responsables, una institución creada por ella: la medida de seguridad, para los anormales, irresponsables, pero peligrosos.

La doctrina de la Escuela Positiva, sosteniendo el principio de la responsabilidad social de cuantos viven en el seno de la sociedad, somete al delincuente, cualquiera fuere la categoría a que pertenezca y según la clasificación formulada por ella, a la sanción específica respectiva, sin distinguir entre normales y anormales.

Para la primera, conforme enseña Von Liszt la pena es un mal dirigido por el Estado contra el delincuente a causa del delito, que puede tender en su



ejecución y según la categoría del delincuente: a la adaptación artificial, haciendo que vuelva a ser otra vez un miembro útil a la sociedad, intimidándolo o, en otros casos, corrigiéndolo. Asimismo, puede por medio de la selección artificial y suprimiendo perpetua o temporalmente la posibilidad física de cometer delitos, lograr la inoportunidad del delincuente (1).

Caracterizando a la sanción, dentro del campo del positivismo penal, escribe Floriani, uno de sus cultores más conspicuos: Constituye un tratamiento al cual el Estado somete, con fines de defensa social, a todo aquél que haya cometido un delito y que aparezca socialmente peligroso. Puede, así, representar o no un mal para el delincuente. No es éste un requisito esencial e indispensable de la misma, precisamente porque no lo reclama la misión de defensa y preservación a la cual la sanción debe responder. Más bien deberá ella, alcanzando el fin concreto de la seguridad, en cuanto sea posible, tener eficacia psicológica, y así, ser de tal naturaleza que despierte, eduque y desarrolle en el ánimo del delincuente sentimientos y aptitudes que favorezcan su rehabilitación y concurren a evitar su recaída en el delito (2).

El Código Penal, por consiguiente, acude en último término, con sus sanciones, a la defensa más enérgica de la sociedad. Es uno, pero no el único, de los instrumentos de que ésta se vale para combatir a los delincuentes. Por ser el último del que debe echarse mano y a fin de evitar su fracaso ha de procurarse que revista toda la eficacia necesaria.

He ahí el anhelo constante de la sociedad: que tenga la eficacia requerida por la gravedad del fenómeno y la importancia vital de los intereses heridos o amenazados por las actividades antisociales de los delincuentes.

5. Mas, no es fácil discernir en qué reside la eficacia de un Código Penal, y es por ello que caben diversas preguntas:

¿Está en el número de artículos, cada uno de los cuales contenga en sí mismo la figura de un hecho delictuoso, de manera que no deje de reprimirse ninguna forma de delito, por insignificante que aparezca, en su materialidad?

¿Reside en que sus disposiciones se hallen redactadas, por el contrario, en forma amplia y general?

¿En la gravedad y energía de las penas?

¿En su levedad?

¿Por señalar el legislador, de antemano, la represión pertinente sin permitir al juez otra función que la de aplicarla como la previó?

¿En la minuciosa previsión de todas las circunstancias posibles que cada hecho pueda ofrecer?

¿En la fijación de escalas para graduar la pena, cuidadosamente dosificada?

¿O en su absoluta indeterminación?

6. Detengámonos en esta serie de interrogaciones y ensayemos dar una respuesta, aproximadamente satisfactoria.

La virtud de un buen codificador no consiste en realizar todas las condiciones que nos han servido para plantear este elenco de cuestiones. Tampoco reside en aferrarse a una y agotar su aplicación. Y ello porque no constituyen sino la exageración de algunos de los aspectos que una ley de carácter represivo ofrece.

La eficacia no se alcanza por el número de artículos que un Código contenga, ni por el de figuras delictivas, para prever cuantos casos posibles pueda imaginar la mente acuciosa del legislador. Fuera de que resulta materialmente improba la tarea y aparece hasta contraria a las enseñanzas del buen sentido pretender el conocimiento por anticipado, de todos, absolutamente todos, los casos y de cuantas maneras puedan darse de delinquir, ello solamente signifi-

(1) VON LISZT. Tratado de Derecho Penal (traducción de Jiménez de Asúa), tomo 2.º, pág. 6.

(2) Parte general del Derecho penal, 4.ª ed., ps. 761 y 762.



caría el repudio para los autores y la represión de las acciones, sin que baste esto al fin buscado.

Por otra parte, la ausencia de alguna figura delictiva, por excepción, sólo acarrearía consecuencias limitadas a un número de bienes y de lesiones, determinado, y nada más.

El opuesto extremo: conceptos genéricos y ampliamente comprensivos, aunque corrigiendo en parte los inconvenientes, tampoco constituye, por sí solo, solución al problema.

La terrible y draconiana exacerbación de las facultades represivas tiende una triste experiencia en la historia, desde muy antiguo y sin éxito. Ha originado, además, la desmoralización y el dolor más cruento en los pueblos que sufrieron este verdadero azote. Nada, en verdad, la aconseja.

Predeterminar cuidadosamente en la ley pena por pena o someter al juzgador a la tiranía de las reglas taxativas para el aumento o la reducción de las que debe en concreto aplicar, fué preocupación propia de una época pretérita, de una etapa superada ya en el perfeccionamiento de las instituciones penales. Fruto de la desconfianza y del temor, de una reacción dolorosa contra el despotismo del poder e inspirada en el deseo de no dejar librados al arbitrio judicial los bienes sobre los cuales se actúa para reprimir ha quedado en la memoria como recuerdo de una época de transición en el desarrollo y evolución de las ideas que presiden el derecho penal.

Contentarse con la pena fijada para cuantos sean llevados ante el tribunal como partícipes en la comisión de un delito, en idéntica proporción para todos, de antemano prevista, dejando solamente una mínima oportunidad para que el juzgador pueda adecuarla al procesado, primordialmente por razones, por consideraciones, de naturaleza objetiva, es alimentar ilusiones y abandonarse a ellas correr grave riesgo y aun dar ocasión a perjuicios considerables para el orden y la seguridad colectiva.

Modernas tendencias preconizan hoy la sentencia indeterminada, en el intento de hallar solución al problema. Ella por sí sola no sería suficiente, sino se refiere el juicio a la peligrosidad criminal del delincuente y dentro de él a los móviles determinantes del hecho y a la clasificación en la cual deba colocarse el reo.

7. La bondad y eficacia de un Código de índole represiva, como es el Penal, depende en mucha parte, sino exclusivamente, de la manera cómo haya de elegirse y proporcionarse las sanciones al delincuente. Bajo qué garantías debe suspenderse su cumplimiento y en qué condiciones acordarse la libertad. Puntos esenciales son éstos a los cuales es indispensable acordarles suma atención, reglamentándolos con verdadero arte. Arduo problema de fina técnica.

Demostración de ineficacia palmaria, en un sistema como el seguido por el Código que nos rige, lo que ocurre con un delito de tan frecuente comisión cual es el hurto simple. Aislado y por un delincuente ocasional no reviste en sí mismo mayor gravedad, ni su producción inquieta mayormente al público. Atendiendo a estas circunstancias objetivas el Código lo ha penado con prisión de un mes a dos años, en el art. 162. Puede esta sanción resultar suficiente como defensa contra delinquentes de la condición anotada. Empero, hurtos simples no son delitos que sólo cometen los delinquentes primarios. Por el contrario y en la mayoría de los casos estos hechos constituyen la actividad de delinquentes de una categoría mucho, pero muchísimo más peligrosa: la de los habituales. Pues bien, no requiere demostración bastando enunciarlo simplemente. La falla de nuestra ley, por insuficiencia de sus previsiones, a este respecto. Conforme a las disposiciones de la misma no es posible reprimir a tales delinquentes sino con la pena fijada para el ocasional, la que resultará siempre corta, aunque les sea aplicada en su maximum desde un comienzo. Y así, en los cuatro primeros delitos que se logre probarles la pena no puede exceder de este máxi-



num, por más que el juez advierta su inocuidad; pues la ley no contiene previsión alguna sobre el particular. Ocurrirá ello en los cuatro primeros delitos, porque después y cualquiera fuere la proporción en que se la gradúe, la pena aplicada por el quinto debe necesariamente acompañarse de la medida eliminatoria del art. 52, inc. 4.º del mismo Código Penal, que inexorablemente decreta la reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los Territorios del Sud, como accesoria de esta última condena.

Y este mal aparece agravado con el criterio erróneo advertido con bastante generalidad en la actuación judicial, de graduar la pena en proporción al monto de lo substraído y no a la verdadera condición del autor. Es por ello que los primeros hechos determinan cortas detenciones y recién en las últimas condenas, y no siempre, suele aplicarse el reducido máximo de la ley. El criterio es pernicioso, tanto para el delincuente, a quien una prisión más prolongada hubiera quizá servido de freno e influido para una modificación favorable en su conducta, disciplinándole y haciendo que adquiriera hábitos de trabajo, y que perseverando pueda reintegrarse al seno social como miembro útil, cuanto para la sociedad, que no logra ser eficaz en el empleo de sus medios defensivos.

En cambio, los términos breves de prisión, antes que beneficiarle le perjudican. Sin tiempo ni ocasión para ensayar un sistema de reforma y readaptación, se le lleva, en plazo más o menos fijo, al remedio heroico de la reclusión por tiempo indeterminado, medida de seguridad eliminatoria, de enorme trascendencia, como que se la arbitra para segregar definitivamente al condenado, presunto incorregible.

En este particular siempre se nos ofrecerán de rigurosa actualidad las palabras del maestro Ferri, en su «Relazione sul Progetto preliminare di Codice Penale Italiano», de 1921: «Todo delito es la acción de un hombre: A este hombre y no al hecho objetivo debe aplicarse el medio defensivo establecido en la ley. Este mismo hombre, después de cumplida la condena, deberá vivir respetando los derechos ajenos o cometiendo nuevos delitos. De ahí, que, criterio fundamental para una reforma de las leyes de defensa social contra la criminalidad, debe ser el de procurar que la sanción resulte más sovera, más eficaz, para el delincuente habitual y más peligroso, por tendencia congénita o adquirida, y menos rigurosa para la mayoría de delincuentes, ocasionales y menos peligrosos. Cuanto a aquéllos preocuparse de impedir que repitan las acciones criminales, segregándoles del consorcio civil. Respecto de éstos, primordialmente, readaptarles, para que a su vuelta al seno de la sociedad sean ciudadanos laboriosos y no peligrosos» (pág. 4 y 5).

8. Veamos, ahora, lo que en nuestro país se ha hecho en este particular. En el reciente proyecto de Código Penal redactado por encargo del Poder Ejecutivo y del que son autores los profesores de la Facultad de Derecho, doctores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, se ha atendido a este singular e importante aspecto, precisamente para asegurar la eficacia de la represión.

«El proyecto dispone que la sanción será impuesta —dicen en la p. XXII de la publicación oficial correspondiente— al condenado dentro de los límites fijados para cada delito, según su peligrosidad. Quiere decir, que, contrariando nuestros conceptos y nuestra convicción, no proponemos la condena indeterminada. Liberar a un delincuente cuya peligrosidad se conoce, nada más que porque haya transcurrido el tiempo que marcó la sentencia —agregan luego— basada en el precepto de la ley no significa, por cierto, la satisfacción debida a dichas exigencias. Y a la inversa, mantener la detención de un condenado por el mero hecho de que debe cumplir un tiempo fijado de privación de libertad, aunque se tenga la evidencia de que ya no es peligroso, tanto importa como imponer un sacrificio inútil».

«Sin embargo, la institución de la condena indeterminada no puede adoptarse, todavía, en nuestro país. Carecemos de los elementos indispensables para



que tal institución sea lo que debe ser. Nuestras cárceles no permiten la implantación del sistema reformativo, que la sentencia indeterminada exige.

9. Las disposiciones del proyecto se hallan informadas por el criterio positivista de la responsabilidad legal.

La responsabilidad legal se define y justifica dentro de las doctrinas del positivismo penal en estos términos: «Todo hombre, por el solo hecho de vivir en sociedad y por tanto, de alcanzar las ventajas, la protección y las garantías que el consorcio social comporta, debe responder a la misma de su manera de conducirse (responsabilidad social) cuando ataque, en los otros hombres o en la colectividad, las condiciones de existencia y consiguientes derechos, esto es, cuando tenga una forma de actividad inferior a aquel mínimo de disciplina social, variable de época a época, sin el cual no es posible la convivencia humana». Concepto enunciado una vez más por Ferri en su invocada «Relazione» (pág. 10).

Sienta el proyecto argentino, en su art. 11, el principio de imputabilidad en todo autor de delito, en toda persona que asuma el carácter de partícipe en el delito, esto es, que concurre moral o materialmente y en cualquier forma a la ejecución. Fuera de los casos declarados en la misma ley (art. 15) de inexistencia de delito: por error substancial de hecho; por obrar el autor en ejercicio de un derecho o de las funciones inherentes a un cargo o profesión, dentro de sus respectivos límites; en el cumplimiento de un deber legal o por orden legítima de autoridad pública competente; en estado de necesidad, o en legítima defensa, la participación en un hecho delictuoso, cualquiera fuere la condición particular del individuo, determinará que se le aplique la sanción correspondiente, adecuada a cada persona, dentro de la categoría a la cual pertenece, especialmente considerada en el proyecto, como hemos de verlo dentro de poco.

No se detiene allí; avanza más aún. Reprime el mandato y el acuerdo entre personas para la comisión de un delito determinado, aunque el mismo no vaya seguido de ejecución. La peligrosidad revelada por el criminal concierne, en cuantos a él concurren, determina la represión, fuera de que existe en ello, siempre, peligro para el orden público. También pena al autor de la proposición, no aceptada (art. 9.º).

Este concepto positivista de la responsabilidad legal es fecundo en consecuencias de todo orden. Tiene la virtud de eliminar del juicio penal, cual nota Ferri cualquier discusión respecto de la responsabilidad o irresponsabilidad moral en el imputado. En cambio, reduce con general beneficio la tarea del tribunal. En aplicación de sus principios se limita ella al examen técnico, primero, de los elementos de prueba para conocer con certeza que existe la imputación física: si el reo es realmente quien causó o intervino en la ejecución del hecho reprimido por la ley. Luego, a comprobar cuáles son las condiciones individuales y sociales del imputado en orden a la sanción que mejor convenga a su personalidad moral. Elimina las eternas discusiones sobre la posibilidad de haber o no querido la acción, de haber podido o no determinarse con libertad. Simplifica el juicio al suprimir una serie de cuestiones que en la práctica introducen en él toda clase de trabas, en procura de una declaración de irresponsabilidad por supuestas anomalías mentales, que traen como resultado el sobreesamiento definitivo, con el consiguiente internado en establecimiento de cura y custodia, y esto, a veces, que en otras se alcanza la inmediata soltura, por entenderse que no ofrece peligro, no obstante la prueba elocuente del hecho por el cual acaba de procesarsele.

Cuantos tenemos práctica judicial sabemos que la actividad de los parientes y allegados del reo no cesa una vez obtenido el sobreesamiento. Poco después, al tiempo de la internación en manicomio u otro establecimiento, los mismos que tanto se empeñaron para obtener la declaración de insania, reanudan sus empeños para alcanzar, ahora, otra de cura o de mejoría, al menos, que



a veces y por erróneo criterio judicial, permite la soltura del internado, muchas con grave riesgo y hasta daño, para cuantos deben convivir en él (*).

Ningún inconveniente puede acarrear en la práctica la adopción de este fundamento doctrinario de la responsabilidad legal en el Proyecto. Ninguna perturbación, ni grande, ni pequeña.

Bajo el régimen del actual Código se establece la diferencia, concordante con los criterios tradicionales, entre imputables e inimputables, y conforme a las enseñanzas de la Política Criminal se prevé y dispone una medida de seguridad: internación en establecimiento adecuado, para los primeros, cuando se muestren peligrosos para sí o para los demás (art. 34, inc. 1.º). Atiende al peligro para asegurar la defensa social contra aquellos que cometen hechos previstos en la ley como delitos y que por razón de inconsciencia o de alienación mental no pudieran comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones y resultan, así, inimputables, relevándoles de responsabilidad penal, por decisión del juez. Significa con este sistema no desentenderse del individuo que habiendo violado la norma penal y apareciendo peligroso, es declarado inimputable.

En el Proyecto toda diferencia desaparece entre imputables e inimputables, de acuerdo al principio de la responsabilidad legal, que hemos precisado ya. No se trata de investigar, sino una sola cosa: Si el reo es partícipe o no en una acción delictuosa, esto es, que no aparezca justificada por causas de hecho, previstas en la ley misma. Acreditado lo primero se le aplica el tratamiento adecuado a su particular condición, según la categoría a la que pertenezca, dentro de la clasificación positivista de los delinquentes. La fundamental diferencia está en que no se aplica como medida subsidiaria y en defecto de la pena, sino en modo principal y a título de sanción normal.

La investigación médico-legal relativa a las condiciones de salud mental del procesado ha de practicarse con el mismo interés y diligencia, tanto en aplicación de una ley que se ajuste al sistema del positivismo penal, como en las leyes que respondan a las doctrinas del neoclasicismo o de la Política Criminal; pero, en éstas tiénese tanta preocupación a fin de precisar si se trata de persona responsable o no, y en cambio en aquella lleva por finalidad determinar la categoría del delincuente, responsable siempre, y el tratamiento al cual habrá de someterse. En ésta todo aquel que delinque se halla dentro del derecho penal y sujeto a la sanción que corresponda, mientras que en la otra el inimputable, alienado, está fuera del derecho penal propio y sólo a título de peligroso y por la actuación de una medida de seguridad, que se coloca al margen de la pena y en su remplazo, puede detenerse o internarle en establecimiento adecuado.

10. El proyecto de los doctores Coll y Gómez establece una fundamental diferencia en el régimen al cual ha de someterse a los que cometan delito, según se trate de menores o de adultos. Para los primeros, dentro de los diez y ocho años de edad, propone medidas de educación, cura o disciplina, según los casos, antes de aplicarles sanciones de carácter penal. Y únicamente cuando estas medidas no dieran el resultado que se presume, faculta al Tribunal a imponer las señaladas para el delincuente adulto.

En presencia de estos delinquentes, mayores de diez y ocho años, las sanciones se adaptan a la categoría a la cual pertenezcan y a la peligrosidad revelada, tanto por el hecho cometido y sus motivos, como por los antecedentes personales, conocidos a través de un examen atento de cuantos actos y situaciones sirvan para precisar la personalidad moral del procesado. Una adecuada internación en establecimiento de cura cuando se trata de alienados mentales, como también cuando el hecho se cometió en estado de completa inconsciencia o el sujeto ofrezca peligrosidad. Asimismo si se cometió a causa de anomalía grave que no importa alienación, o en estado de intoxicación crónica producida

(*) Véase, Emilio C. Díaz, Internamiento de seguridad.



por el alcohol o el uso de drogas o estupefacientes: internación en establecimiento especial con régimen curativo y trabajo obligatorio por tiempo no inferior al máximo de la sanción estatuida para el delito, y siempre no menor de tres años. Para los demás se prevé la clasificación del delincuente; si se comprueba tratarse de un delincuente de índole criminal manda someterle a reclusión por tiempo indeterminado no menor del máximo de la sanción establecida para el delito o de no menos de seis años, si fuera inferior a ésta; perpetua, si la sanción señalada lo fuera (art. 65).

11. El criterio con el cual los redactores del proyecto encaran el problema de los menores que cometieron hechos reprimidos por la ley como delito, significa un notable progreso en el derecho positivo penal. No es aventurada la afirmación de que el pensamiento expresado en la Exposición de Motivos se halla fielmente traducido en las disposiciones: «El régimen de la minoridad, que proponemos —dicen sus autores— permite aplicar sin dificultades, todas las medidas educativas necesarias para tratar al niño y al adolescente conforme a sus características personales, en evolución».

Producido el fundamental cambio en la consideración del problema, llevada al primer plano la personalidad del agente y tendiendo a aplicarle en modo y forma adecuados el tratamiento penal, se alcanzaron estas dos comprobaciones. La aplicación a los menores del derecho penal propio de los adultos conducíanles a la mayor desmoralización y a recaer en el delito. Las penas, aunque impuestas en forma y medida atenuada, con arreglo al concepto dominante dentro de las teorías clásicas, traían, por desgracia, esta consecuencia. Las cárceles eran contra todo propósito, pero fatalmente, verdaderos campos de cultivo y arrastraban a la persistencia en el delito. Ahora bien, el estudio del asunto, con base científica, la observación y examen de las causas del delito, permitieron conocer que el menor llegaba a él, no por carencia de suficientes nociones jurídico-penales, no por ignorar la significación, ilicitud, e inconveniencia de sus actos, sino por faltarle firmeza de carácter, por no poseer la resistencia necesaria para sobreponerse a los factores, de ordinario ambientales, que impulsan a su comisión. Bien claramente lo señala ya en 1893 Stooss: «Lo que falta al adolescente, no es tanto la facultad de apreciar que su conducta es culpable y punible, es más bien el poder de conformarse a este juicio, dominándose para resistir a lo que le impulsa al mal; en una palabra, la madurez del carácter» (*).

Desde la feliz denominación del Título «Régimen de la minoridad» en el proyecto argentino adviértose la visión cabal del asunto y de la solución que el problema demanda. Incluye normas cuidadosamente calculadas para regular la actuación del Estado, en el orden penal, frente al menor que ha cometido delito, entendida y practicada como de amparo y salvaguardia para el mismo.

Considera tal a estos efectos al que no haya alcanzado la edad de diez y ocho años. Ha eliminado, por de pronto, las supervivencias, fruto de concepciones ya superadas, que hallan origen en el criterio de la responsabilidad moral y de la pena-castigo, incluidas en el Código de 1886 y aun en el actual, relativos a la exención de pena o a su reducción, según la edad del menor que hubiera cometido delito. El primero eximia de pena al menor de diez años de edad, en todos los casos, y pasando de ella y hasta la de quince años, si no se probaba que obró con discernimiento (art. 81, incs. 2.º y 3.º). La sanción del actual en 1921, eleva el límite para la exención a catorce años, pero, sin desentenderse de él, pues provee a su amparo y suprime toda referencia relativa al erróneo y desacreditado criterio del discernimiento (art. 36).



Para la ley derogada el 21, como para la dictada en su reemplazo, la edad menor de diez y ocho años constituía una causal de atenuación de la pena (art. 83, inc. 2.º del Código de 1886; art. 37, inc. b), del de 1921).

12. El Proyecto, consecuente ahora con el principio rector adoptado, de la responsabilidad legal, suprime todo límite. Siempre que un menor de diez y ocho años comete delito funciona a su respecto la ley penal. Y ello sin desmedro para nadie. Revistiendo, como revisten, las normas arbitradas, un carácter de franco amparo y proponiéndose el Estado aplicar un régimen, que constituye verdadero tratamiento de reforma, en interés del menor, ningún inconveniente existe y sí positivo beneficio por la actuación judicial correspondiente, cualquiera fuera la edad del menor. No la inspira un sentido punitivo en esta delicada función de defensa de la sociedad, sino un sano propósito de adecuación del tratamiento por medio de precisas informaciones acerca de los motivos determinantes de la conducta del menor, transgrediendo las normas legales, para procurar remedio a un estado de peligro revelado por tales reacciones antisociales y que demanda tutela, educación, ambiente sano, cuando no medidas más enérgicas de disciplina y aislamiento del medio.

Condiciona el régimen a la peligrosidad del menor. Si apareciere carente de ella ensaya mantenerle en un medio familiar, bien con sus padres, o con un tutor o guardador, si no fuere inconveniente. En caso de ser esto así o por tratarse de abandono moral, le confía a un establecimiento educacional hasta cumplir veintidós años. Este régimen de internado se establece, cual se ve, en subsidio para aquellos casos en que se comprueba no ser conveniente el mantenimiento bajo la autoridad del padre o de un tutor o guardador, que aparecen, con razón, preferibles y por ello se indican en primer término. En cambio, cuando existe peligrosidad dispone la internación hasta la edad de veintidós años.

Mas, también puede darse que se esté en presencia de un menor que revele grave peligrosidad, apreciada de acuerdo a las previsiones del art. 17 (no del art. 18, como por error se lee en el art. 21, inc. c) o que acusare perversión, impulsividad o tendencia a delinquir. Si al momento de intervenir el Tribunal, el menor tuviere ya quince años de edad, corresponde su internación en un reformatorio o en la sección especial de un establecimiento de educación, por tiempo indeterminado. Llegado a los diez y ocho años de edad y siempre que hubiere transcurrido un año, por lo menos desde su ingreso, si revelare una reforma moral positiva o una modificación favorable en su personalidad puede ser trasladado a un establecimiento de educación o eximido del régimen de la sección especial, permaneciendo hasta los veintidós años. No modificado el estado de peligro se le aplica la sanción como si hubiera cometido el delito en edad mayor de diez y ocho años. Se le traslada al establecimiento que corresponda, para no salir hasta cumplidos los veintidós años de edad. En caso de inadaptación al régimen del establecimiento se observa este mismo temperamento, aunque en él llevara menos tiempo.

Otra categoría, con régimen adecuado, la constituyen los menores deficientes o enfermos mentales, nerviosos o infecto-contagiosos. A éstos, si no fuera posible mantenerles o resultare ello inconveniente, con sus padres, tutor o guardador, y requiriesen tratamiento especial, se les interna en el establecimiento que corresponda.

13. En cuanto a los menores que no revelen peligrosidad, cual ocurre con los que fueron internados por resultar inconveniente su permanencia junto a los padres, tutor o guardador, o por hallarse moralmente abandonados, o que hubieran revelado peligrosidad no mayor, puede anticiparse la salida del establecimiento cuando desaparezcan las causas que determinaron la medida o por acreditarse su reforma moral, capacidad de las personas que le tendrán a su cargo para dirigir su educación y la situación del ambiente en que ha de vivir y siempre que de todo ello resulte conveniente la salida para su salud y adaptación social. Podrá, asimismo, disponerse la libertad vigilada por inter-



medio de un delegado. Si no observa las reglas de conducta impuestas, o si posteriormente por sus hábitos, indisciplina, inmoralidad o perversión revela peligrosidad, se le interna en establecimiento de educación, si no hubiere cumplido quince años de edad y pasando de esta edad sometido al régimen disciplinario ya detallado. La internación puede prolongarse hasta la de veintidós años.

El Tribunal que haya de juzgar definitivamente al que cometió el delito antes de los diez y ocho años, después de alcanzada esta edad se halla facultado para aplicar las disposiciones especiales relativas a menores o las sanciones propias de los mayores.

14. Base del régimen al cual ha de someterse al menor es el juicio acerca de su personalidad. Se lo reglamenta en el Proyecto con amplio criterio y agudo sentido de las proyecciones que el mismo está llamado a alcanzar. Motivos determinantes del delito, circunstancias de su producción, condiciones personales del menor, apreciación de las familiares y de ambiente en que ha vivido, conocimiento directo del menor y práctica de las informaciones y pericias necesarias; en mira a la aplicación de los procedimientos que mejor convengan a su educación y tratamiento, este es el cuadro dentro del cual debe desenvolver su acción tutelar el Tribunal, en todos los casos.

Las directivas para el logro de las finalidades de educación o corrección disciplinaria perseguidas, según lo advierte necesario el juicio anteriormente descrito, forman parte también del Título. La internación en establecimiento educacional público o dependiente de una institución privada consiste en un régimen psico-pedagógico adecuado a la formación del carácter, instrucción primaria elemental, cultura física y enseñanza de un oficio o profesión. La que se cumple en reformatorio o en sección especial de un establecimiento público adecuado significa un régimen disciplinario con aislamiento nocturno, instrucción elemental y trabajo obligatorio.

Con las medidas detalladas tiende el Proyecto a evitar, en todo lo posible la aplicación al menor de las sanciones penales correspondientes al delito. Se ha visto en qué forma. Un sistema de educación y de disciplina, cuando aparezca necesario, sustituye al de alivio y reducción en el cumplimiento y graduación de la pena, que hoy rige. Recién al comprobarse la inadaptabilidad del menor al régimen especial dispuesto y que persiste el estado peligroso, cumplida la edad de 18 años y después de transcurrido un año, por lo menos, desde su ingreso al establecimiento, manda que se le aplique la sanción que corresponde, como si se tratara de un delincuente adulto.

15. La adecuación de las sanciones al delincuente adulto se halla regulada también con criterio positivista. Mantiene el Proyecto el sistema propuesto entre nosotros por los redactores del relativo al estado peligroso de los delinquentes, presentado al P. E. el 29 de diciembre de 1926, por los doctores Carlos de Arenaza, Eusebio Gómez, Rodolfo Moreno (h.), Juan P. Ramos, y Nerio Rojas. Contempla al delincuente ocasional cuando establece una sanción-tipo en cada uno de los artículos, que en la Parte Especial, prevé las figuras delictivas, acciones u omisiones declaradas delito por ellos.

En esta parte no difiere, sino en la cuantía señalada para la represión específica, en algunos casos, de la forma adoptada por el Código. Pero, cuando se trata de determinar la naturaleza y el monto de la sanción a aplicar a cada delincuente, al condenarle, entonces sí se advierte la fundamental diferencia. Manda observar asimismo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad previstas en los Arts. 17, 18 y 19 del Proyecto, que luego hemos de examinar.

Si el autor es un alienado mental, corresponde que se le interne en un manicomio. No podrá salir de él sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio Público y previo dictamen de peritos oficiales que declaren que ya no es peligroso para sí, ni para terceros.



Tres características, que ya señalaran los redactores del proyecto de estado peligroso, citado, singularizan esta sanción. Primero, el carácter obligatorio de la internación; segundo, el dictamen de peritos oficiales; tercero, la exigencia de una comprobación terminante y no presuntiva, de haber desaparecido el peligro para sí y para terceros, en el individuo. Se diferencia del Código en que éste establece la previsión como medida de seguridad, para imputables, por razón de alienación, caracterizada en él de una manera también diferente, no expresa la obligatoriedad de la internación, ni determina que los peritos llamados a dictaminar deban ser oficiales. En el Proyecto la internación constituye la sanción para el delincuente de esta categoría.

16. El delito cometido por persona que obró en estado de inconsciencia completa, determina también la internación en un establecimiento adecuado y su salida cuando se den en él condiciones análogas al caso de alienación mental; sin embargo, existe una diferencia: la internación se halla supeditada a la peligrosidad del individuo, no sólo en punto a duración, sino asimismo para aplicarse. Cuando las condiciones personales del agente, las circunstancias del hecho y el informe de peritos oficiales autoricen a declarar la ausencia de toda peligrosidad, la sanción no se impone.

Parécenos que en la previsión del Proyecto falta una condición, indispensable. La inconsciencia no solamente debe ser completa, sino sobrevenir en modo accidental. Si así no fuere el beneficio de este régimen podría alcanzarse fraudulentamente, con grave perjuicio para la seguridad social.

17. A los delinquentes afectados por anomalías psíquicas graves o que cometieran el delito en un estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o el uso de drogas o estupefacientes, debe internárseles por tiempo indeterminado en un establecimiento especial, con régimen curativo y de trabajo obligatorio, en cuanto lo consienta, naturalmente, su estado de salud. El tiempo de internación no será inferior al máximo de la sanción estatuida para el delito, ni menor de tres años, si dicho máximo fuera inferior.

La forma en que hallamos redactada la disposición para el supuesto de tratarse de reclusión perpetua puede dar lugar a una interpretación distinta a la que debemos suponer estuvo en la intención de los redactores. Dice el artículo: Si la sanción fuere la reclusión perpetua se impondrá ésta (art. 64). De acuerdo a la letra, cuando el delito cometido por persona afectada de grave anomalía psíquica o en estado de intoxicación crónica, ya citados, tenga sanción de reclusión perpetua, no se aplica el internamiento, sino directamente la sanción de reclusión. Ninguna razón valedera milita para esta solución, contraria a los propósitos informativos del régimen adoptado en el artículo. Lo que se ha querido determinar, en nuestro entender, es el tiempo que debe durar el internado, en principio, y el total de la sanción, si se presenta luego la situación considerada en el párrafo siguiente.

Desaparecida la necesidad de permanencia en el establecimiento especial, comprobada por peritos oficiales, el Tribunal convertirá el internado en reclusión o prisión, según corresponda, por tiempo indeterminado, con el mismo mínimo señalado antes.

Una vez cumplido este tiempo mínimo puede concederse la libertad condicional, previo informe de peritos oficiales, que establezca que ya no ofrece peligro el condenado, ni para sí, ni para los demás. Se acuerda por el Tribunal y dura en período de prueba, cinco años (art. 73). Tratándose de reclusión perpetua la oportunidad de la sultura recién se alcanza después de 25 años de cumplimiento de la sanción (art. 74).

18. Los delinquentes de índole criminal, demostrada ésta por la naturaleza y modalidades del o de los delitos cometidos, por los motivos determinantes o por las condiciones personales, son reclusos por tiempo indeterminado, no menor del máximo fijado por la disposición respectiva del delito, o no menor de 6 años, si fuera por menos de este término. Tratándose de reclusión perpetua



se aplica ésta (art. 65). La libertad condicional se puede lograr en los mismos plazos del caso anterior.

Para el delincuente habitual, cuya condición se establece por haber cometido otros dos delitos o más, pero no culposos y asimismo cuando por la naturaleza y modalidades del delito, los motivos determinantes o las condiciones personales y el género de vida que hubiera llevado hasta entonces demuestra haber adquirido el hábito de delinquir, a su tendencia a vivir, aunque sólo sea en parte, de los provechos del delito, según el texto del art. 20, inc. e) se prevé la reclusión por tiempo indeterminado, no menor de diez años, en un establecimiento especial, en el lugar que determine el P. E. Si el máximo de la sanción correspondiente al delito es superior a diez años, el mínimo de la reclusión no será inferior a dicho máximo. Perpetua, si lo es la sanción.

Igual solución da el Proyecto para el delincuente que comete el tercer delito, esto es, para el reincidente por segunda vez, en delitos con sanción privativa de la libertad. No basta esto, sin embargo, es necesario que se presente como sujeto peligroso, teniendo en cuenta las circunstancias relativas al delito, los motivos determinantes y las condiciones personales y género de vida, ya aludidas. Siempre y en estos casos aparece la obligación para el Tribunal de realizar un juicio de peligrosidad, con declaración fundada de su resultado.

La reincidencia y la habitualidad, como lo advierte Ferri ⁽⁴⁾ no implican fenómenos equivalentes y es necesario diferenciar el verdadero y propio delincuente habitual de los reincidentes y de los responsables en la comisión de varios delitos. Existen categorías, que Ferri señaló, entre los delincuentes habituales. Primero, el que lo es por tendencia congénita, inclinado a cometer delitos de sangre y de violencia y asimismo contra la propiedad, que antes o después de la condena reitera las acciones criminales. Segundo, el autor de delitos repetidos no graves, particularmente contra la propiedad, por desafección al trabajo metódico. Tercero, el ocasional, a veces comienza delinquiendo en edad menor, por abandono moral, sufre condenas breves, la cárcel le empeora, su personalidad psico-física experimenta alteraciones perjudiciales y constituye el tipo característico y más frecuente de delincuente por hábito adquirido. Cuarto, el delincuente profesional, que organiza, bien sólo o asociado con otros, una verdadera industria criminal, especialmente contra la propiedad, en ocasiones sin repugnarle la violencia y los delitos de sangre, como medios de consumir las otras depredaciones. La peligrosidad en los delincuentes por tendencia congénita y en los profesionales es mayor. Menor, en los desafectos al trabajo y por hábito adquirido.

El índice legal en el Proyecto se hace residir no precisamente en la reincidencia, puesto que sólo se reclama la comisión de dos o más delitos no culposos, anteriores, sino en la repetición de los hechos delictuosos, por el acusado respecto de quien se ha de formular juicio.

El índice psicológico se fija atendiendo: 1.º, a la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso; 2.º, a los motivos determinantes del mismo; 3.º, a las condiciones personales y al género de vida observado hasta el momento de cometerlo. Para ello se aprecia que no es producto de la ocasión transitoria o de imprevisto impulso, sino del cálculo y de la preparación, en orden al primero, y en cuanto al segundo, por los móviles egoístas y de provecho personal, buscando en la costumbre de delinquir el medio de procurarse la subsistencia y la satisfacción de sus bajas pasiones. Todo conforme a la directiva de Ferri.

19. El llamado concurso real o material de delitos se contempla en el Proyecto con un criterio que estimamos apartado sin beneficio del sistema anterior. Hemos visto que tanto en casos relativos a delincuentes habituales, como para los reincidentes por segunda vez, se requiere el juicio previo de peligrosidad

(5) Relazona..., ya citada, p. 58.



para imponerles la sanción por tiempo indeterminado. No basta, que se cometa un nuevo delito; corresponde demostrar en forma fundada la adquisición por parte del delincuente, del hábito de delinquir o su tendencia a vivir del provecho del delito, comprobaciones que evidencian por sí solas la peligrosidad criminal. Asimismo será necesario acreditar plenamente esta peligrosidad en el reincidente, por cuanto no puede declararse con certeza su existencia por la sola comisión de nuevo delito mediando anterior condena. En cambio, el proyecto para resolver el problema del concurso real de delitos atiende al número y a la gravedad legal de los hechos. La concurrencia de dos delitos con sanción en la ley de tres a seis años de prisión, de tres delitos con un máximo de seis años de prisión, uno de ellos, y los otros dos con sanción de tres años o menos de prisión; o cuando fueren cuatro o más los delitos, reprimidos cada uno con sanción de tres años o menos de prisión, en todos estos casos se reprime al delincuente con reclusión por tiempo indeterminado no menor de diez años. Este minimum se eleva a 25 años cuando se trate de dos o más delitos con sanción de reclusión no perpetua, o de prisión por más de seis años, y si uno tuviere reclusión no perpetua y el otro u otros prisión por más de seis años.

Si bien es cierto que los delitos que concurren son, por lo menos desde el punto de vista de la sanción prevista en la ley, de los más graves, en presencia del criterio con todo acierto observado, de considerar primordialmente la peligrosidad criminal del delincuente, no puede decirse que sea bastante para apreciarla con acierto siempre, el índice determinado por la consideración del número y la gravedad legal de los delitos cometidos. Si para el reincidente, quien ha sufrido ya condenas, no se estima suficiente en el Proyecto la ejecución de nuevo delito para imponerle reclusión por tiempo indeterminado, menos podría serlo para el reiterante, por cuanto lo realiza antes de toda condena. El juicio de peligrosidad, en base a la naturaleza del delito, a los motivos determinantes de su comisión y a las condiciones en que se ha desenvuelto la vida del delincuente hasta entonces, requerido en los anteriores casos no nos parece menos sino más indicado en los supuestos de concurso real que en los de reincidencia y de habitualidad.

20. Otro de los regímenes digno de señalarse en el Proyecto, que preside el funcionamiento de los demás, es el prescripto por el art. 20. El Tribunal debe, siempre, establecer de manera fundada, la relación entre el delito cometido, en sus aspectos materiales, y las condiciones personales de su autor. Permite conocer la categoría a la cual pertenece y adaptar, así el tratamiento que más convenga y la medida de la sanción misma, desde que no debe ir más allá de lo prescripto por la necesidad impuesta por la defensa social, ni quedarse corta en sus alcances.

La particular adecuación se realiza valorando las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad. Hállanse previstas en los arts. 17 y 18 del Proyecto. Tanto los de una como los de la otra clase atienden en su configuración a los elementos de juicio de índole personal, de la actuación del sujeto, antes y en el hecho tal como se desarrollara, las modalidades de su ejecución y la conducta observada posteriormente por el acusado. La mayor parte de dichas circunstancias ofrecen, si bien en franca oposición, correspondencia entre sí, llevando al ánimo del juzgador la convicción de darse en el mismo una mayor y más grave o una menor peligrosidad.

Para lo primero, la vida precedente personal, familiar y social: disoluta, deshonesto o parasitaria. Frente a ello, revelando una peligrosidad menor: la dignidad en los tres mismos aspectos de la vida del sujeto. Frente a la existencia de antecedentes judiciales por delitos o faltas, el haberse distinguido por una conducta meritoria en el ejercicio de un cargo o profesión, o la realización de actos reveladores de acentuados sentimientos sociales. Las condiciones orgánicas y psíquicas anormales, aunque no constituyan alienación, ni traduzcan índole criminal, si han podido influir en la comisión del delito, como reve-



ladores de mayor peligrosidad, en oposición a la circunstancia de menor peligrosidad, haber delinquido en un estado de intoxicación transitoria no provocada ni previsible. Realizarlo por sugerión de una multitud, de una asamblea en tumulto, o en circunstancias de excitación pública, cuando la personalidad del agente no acuse las anomalías descriptas ya.

Es circunstancia de mayor peligrosidad la comprobación en el individuo, a través del hecho cometido, sus modalidades, la oportunidad y condiciones de la ejecución, de una más acentuada insensibilidad moral. Lo propio que el haber agravado las consecuencias del delito, observado, después de su comisión, una actitud agravante hacia la víctima, el perjudicado, la autoridad o respecto de las personas que hubieran acudido al lugar del hecho, o bien cometido el delito cuando razones de cargo o profesión u otra situación particular, crearan para el autor la obligación de una digna conducta personal y social.

Demuestran, a su turno, un fondo moral bueno las circunstancias previstas de haber procurado, espontánea y diligentemente evitar o disminuir las consecuencias del delito o el daño causado, inmediatamente después de la comisión; la confesión del delito en forma y circunstancias reveladoras de remordimiento; la miseria, cuando la naturaleza del delito y las circunstancias que lo rodearon la señalen como causa determinante.

Por último, esta consideración y valoración de las circunstancias enumeradas no excluye la de otras que también permitan conocer el grado de peligrosidad del delincuente. Empero, siempre esta valoración habrá de hacerse en relación a la personalidad del sujeto, integralmente considerada. Es esta una previsión de suma importancia y que requiere no sólo tacto en el juzgador, sino una preparación especializada, para no descuidar los elementos menos ostensibles y asimismo saber interpretarlos en su verdadero significado y valor. Muchos factores concurren, desde la calculada ocultación por el sujeto mismo y sus allegados de cuanto pueda resultar desfavorable para él, hasta la influencia sutil, las más de las veces inconscientes, de la repercusión del hecho en el público, la presión del ambiente apasionado que se forma en derredor de los que aparecen revestidos de cierta notoriedad, por el comentario y las publicaciones; para evitar estos escollos requiérase en el magistrado bien despierta la atención y una rigurosa y constante acción de auto control.

Debemos detenernos aquí. La exposición anterior permite ya extraer algunas conclusiones que expondremos:

1.º El problema jurídico que implica adecuar en la ley la sanción al delincuente, a fin de que el Código resulte eficaz como instrumento, llamado, en último término, a asegurar la defensa social, es de gran importancia y trascendencia y reclama atención detenida. Las disposiciones pertinentes deben ser objeto de cuidadoso y prolijo estudio, y su elaboración responder a la más fina técnica.

2.º El criterio de la responsabilidad legal conviene a la solución del problema, porque amplía el campo en la actuación del derecho penal, da a sus instrumentos mayor flexibilidad, permitiendo adoptar el tratamiento que mejor se ajuste a la condición del delincuente, acorde con los fines de prevención especial que al mismo, en su actuación, se le asignan, al propio tiempo que no descuida los de prevención general, asegurándolos más, quizá.

3.º El principio de la peligrosidad criminal, adoptado en el proyecto argentino de Código Penal, de los doctores Coll y Gómez, es de todo punto de vista útil, tanto al hacerlo funcionar, para fundamento de la responsabilidad penal, respecto de los menores de 18 años; como también en los casos de delito cometido en estado de inconsciencia completa, que aconsejamos se requiera al propio tiempo, accidental, y asimismo tratándose de concierto criminal y de mandato, o mejor dicho, instigación, por ser más comprensivo el concepto; cuanto para aquellos en los cuales informa la naturaleza o la medida de la sanción, en concreto.

4.° El ajuste de las sanciones a la categoría del delincuente, conforme a la clasificación a la cual corresponda, adoptado por el Proyecto, está llamado a rendir positivos beneficios y a hacer más eficaz la represión.

5.° La organización del régimen eminentemente preventivo, fundado en la peligrosidad, a objeto de evitar la aplicación de las sanciones a los menores de 18 años, con amplio y sagaz criterio, para someterles previamente a un tratamiento adecuado de educación y cura o de corrección y disciplina, según resulte corresponder, constituye una de las instituciones mejor logradas en el Proyecto.

6.° El juicio obligatorio de peligrosidad, al examinar la personalidad del delincuente, por sus condiciones personales y a través de su conducta en el hecho y aun después, a efectos de determinar la categoría a la cual pertenece, como también cuando ha de aplicársele reclusión por tiempo indeterminado, debe disponerse asimismo y ampliando su esfera de actuación, a los casos de concurso real de delitos reprimidos con reclusión por igual término.

7.° Los índices legal y psicológico adoptados por el Proyecto para determinar el grado de peligrosidad específica del delincuente se hallan regulados en forma conveniente.



CARLOS MOUCHET

(«Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional» de Buenos Aires, N.º 25, setiembre - octubre 1938, p. 1449).





Los delitos de estafa y de defraudación en el proyecto de Código Penal



En este trabajo me propongo considerar la forma como legisla los delitos de estafa y defraudación el importante proyecto de nuevo Código Penal para la República Argentina, redactado por los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez, en cumplimiento de la misión que les encomendara el Poder Ejecutivo por decreto de fecha 19 de setiembre de 1936.

I. — Terminología

El título VI del proyecto se denomina *Delitos contra el patrimonio* y está dividido en ocho capítulos: I, *Hurto*; II, *Robo*; III, *Ertorsión*; IV, *Defraudación*; V, *Usurpación*; VI, *Daño*; VII, *de la quiebra y de la falencia civil*; VIII, *Disposiciones comunes a este título*.

Desde un principio las designaciones del título VI y de su capítulo IV nos sugieren algunas observaciones al confrontarlas con las que figuran en el Código Penal vigente, que emplea las expresiones *Delitos contra la propiedad y estafas y otras defraudaciones, respectivamente*.

La nueva designación del título VI es explicada por los autores del proyecto en los siguientes términos: «Para responder a las exigencias de una mayor precisión científica llamamos a estos delitos *contra el patrimonio* y no *contra la propiedad*». La exposición de motivos, muy sobria en esta parte no aclara en qué consiste esa mayor precisión de terminología. Aunque la cuestión no tiene mayor importancia, a mi juicio no era indispensable el cambio. La palabra *propiedad* —que, desde luego, posee un significado más vasto que *dominio*, puesto que la comprende— tiene, en nuestro derecho, el mismo valor jurídico que el término *patrimonio*. Así lo ha declarado la Suprema Corte de la Nación en el juicio *Horta v. Harguindeguy* (1). El artículo 17 de la Constitución que ampara la *propiedad* —dijo la Corte— «protege todo aquello que forma el *patrimonio* del habitante de la Nación, trátase de derecho reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad a los efectos de la garantía constitucional».

En cuanto a la modificación del epígrafe del capítulo IV, reduciéndolo a la palabra *Defraudación* en lugar de *estafas y otras defraudaciones*, obliga, a mi modo de ver, a formular una observación importante, relacionada con el concepto jurídico de los delitos de estafa y de defraudación. Aunque la exposición de motivos no dice nada acerca de esta simplificación de terminología, creo que ella tiene su origen en la tendencia de una parte de la doctrina nacional de confundir o asimilar —erróneamente, en mi opinión— los delitos de estafa y de defraudación. Si, como revelan creerlo los autores del proyecto y como también lo sostuvo el doctor Rodolfo Moreno (2), autor del Código Penal vigente, la estafa no es sino una especie del género defraudación, sería lógico, entonces, considerar suficientemente la denominación genérica.

(1) J. A. IX., 194, o Gaceta del Foro, XXXIX, 369, año 1922.

(2) *El Código Penal y sus antecedentes*, V, 180, Buenos Aires, 1923.



II. — Estructura del capítulo IV del título VI del Proyecto, Modificaciones al Código vigente

El capítulo IV del título VI del proyecto presenta, esencialmente, análoga estructura que el mismo capítulo del Código y consta también de cuatro artículos (226 a 229).

En el artículo 226 se reprime el delito de estafa y en los artículos 227 a 229 se prevén los denominados *casos especiales de defraudación*. En los artículos 226, 227 y 228 se mantienen las mismas sanciones que establecen los artículos 172 a 174 del Código Penal vigente. En el artículo 229 se modifica la pena: en lugar de multa de 500 a 2.000 pesos se impone prisión de un mes a un año o multa de 100 a 2.000 pesos.

Varias innovaciones de diferente naturaleza, se advierten en el proyecto:

- a) correcciones en la redacción de algunas disposiciones del texto vigente;
- b) cambios en la ubicación dentro del mismo capítulo de algunos casos especiales de defraudación;
- c) supresión de casos;
- d) agregación de nuevos casos;
- e) exclusión de un pretendido caso de defraudación, para llevarlo a otro capítulo bajo otra designación.

a) Ante todo, adviértese que se perfecciona la redacción de algunas disposiciones del Código vigente, por ejemplo: los artículos 172, 173, incisos 2.º, 4.º y 8.º y 174, inciso 2.º.

b) Respecto a los cambios de ubicación, podemos señalar como ejemplo, que la defraudación mediante pesas o medidas falsas aparece trasladada del tercer artículo del capítulo al segundo, con el fin, según parece advertirse, de reducir el mínimum de la pena a un mes en lugar de dos años, lo que es acertado.

c) Se suprime el inciso 3.º del artículo 173 del Código vigente. Sin duda se habrá considerado que la defraudación cometida «haciendo suscribir con engaño algún documento» estaría comprendida en la concepción genérica de la estafa que da el artículo 225 del proyecto.

d) Se crea un delito nuevo, el delito de usura, ubicándolo en el último inciso del artículo 229 del proyecto. Establece esta disposición que se impondrá prisión de un mes a un año o multa de 100 a 2.000 pesos «al que, en forma habitual, mediante préstamos de dinero, aunque sean disimulados con el aspecto de otra clase de operaciones, cobre intereses usurarios, y al que, en la misma forma, procure préstamos, cobrando, por su intervención, comisiones usurarias, para sí o para terceros». Estimo que la creación de esta nueva figura delictuosa es muy acertada, por responder a una verdadera necesidad social. Pero no comparto el criterio de considerar este delito como un caso de defraudación, pues creo como el juez de instrucción doctor Ernesto J. Ure, que se trata de un delito especial. Dicho magistrado ha publicado sobre este punto del *proyecto* un valioso estudio en el que considera que se ha deslizado aquí un error. Propone la agregación en el título VI del *proyecto* de un nuevo capítulo, al que denomina *Abuso de necesidad y de incapacidad*, que comprendería los delitos que figuran en los artículos 228, inciso 6.º (hacer suscribir documento a persona incapaz), 229, inciso 3.º (usura) y 230 (extorsión), que tiene análogos elementos intencionales y materiales (2).

Asimismo, se crea en el artículo 228, inciso 4.º, un nuevo caso de defraudación aplicando prisión de dos a seis años «al que cometiere el delito en perjuicio de una administración pública o institución privada de beneficencia. Si el autor fuera un funcionario público, se le impondrá, además, inhabilitación especial por doble tiempo al de la condena». Constituye una feliz innovación prever las situaciones a que se refiere dicho inciso, pero

(2*) Ernesto J. Ure, *El delito de usura*, en *Revista penal y penitenciaria*, año II, número 4, pág. 255, Buenos Aires abril-mayo-junio de 1937.



creo que, en realidad, no se trata de un caso especial de defraudación, sino de circunstancias calificativas de agravación, debiendo tener, por lo tanto, otra ubicación que haga más aparente la generalidad de la disposición.

e) Se excluye con acierto del capítulo de la defraudación el caso previsto en el inciso 4.º del artículo 175 del Código vigente y se lo traslada en el proyecto al capítulo de la extorsión. En la exposición de motivos se señala el fundamento de esta innovación: «Consideramos que debe figurar en este capítulo (de la extorsión) y no en el de las defraudaciones, como en el Código actual, el hecho del acreedor que abusando de la situación del deudor, oxija o acepte, a título de documento, crédito o garantía, por una obligación no vencida, un giro o cheque posterior o en blanco».

III. — La estafa

Comparamos ahora el texto del artículo 172 del código con el artículo 226 del proyecto, sobre incriminación de la estafa.

Dice el artículo 172 del Código vigente: «Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza, o apañando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño».

La redacción de este artículo, considerado desde mi punto de vista, merece varias observaciones: a) emplea la palabra *defraudare*, que induce a confusión entre la estafa y la defraudación; b) menciona el *abuso de confianza* como un caso de ardid o engaño en la estafa, cuando dicha expresión corresponde en realidad al medio de ejecución de otro delito diferente (la «defraudación»); presenta una innecesaria enumeración de casos de engaño, fácilmente sustituible por una fórmula elástica que abarque todos los casos posibles, mediante la noción clara del delito, caracterizado por el empleo del *ardid* o *engaño* (1).

El autor del Código vigente se limitó a reproducir, sin mayor análisis, las disposiciones de las leyes anteriores, tomadas del derecho español, tal como figuraban en los Códigos de 1850 y 1870.

Dice el artículo 226 del proyecto: «Se impondrá prisión de un mes a seis años al que mediante *falsedades*, *ardid* o *engaño* determinare a otro a entregar dinero o una cosa mueble, a otorgar una escritura o a suscribir, entregar o destruir un documento, perjudicando en cualquier forma el patrimonio, en beneficio propio o de un tercero».

Por las observaciones formuladas al artículo 172 del Código, puede advertirse la manifiesta superioridad de la disposición del proyecto. Se completa la noción del medio doloso, agregando al *ardid* o *engaño*, las *falsedades*, aunque creo que toda falsedad supone el propósito de engañar. También se nota que se ha ampliado, atinadamente, el concepto del delito, considerando, de acuerdo con la doctrina, que no sólo puede cometerse en provecho del autor del delito, sino también de un tercero.

Resulta del proyecto que, para la existencia del delito de estafa, deberán aparecer reunidos los siguientes elementos materiales:

- 1.º El empleo consciente de un medio doloso llamado *falsedades*, *ardid* o *engaño*;
- 2.º La entrega al estafador de dinero o de una cosa mueble, o el otorgamiento de una escritura, o la suscripción, entrega o destrucción de un documento;

(3) Cfr. Sigfrido A. Radaelli y Carlos Mouchet, *No existe defraudación de los derechos intelectuales*, en *Estudios*, número 294, pág. 410 y siguientes. Buenos Aires, diciembre de 1935.



3.º Perjuicio patrimonial para la víctima;

4.º Correlativo enriquecimiento patrimonial del autor del delito o de un tercero.

La característica esencial del delito de estafa, que lo diferencia de los demás atentados contra la propiedad, reside en el medio de ejecución empleado, denominado *ardid* o *engaño*.

El concepto de la estafa aceptado por el proyecto coincide con las mejores definiciones doctrinarias: por ejemplo, Merkel (*), en su sobria definición, dice que la estafa es «la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño».

En conclusión, debe considerarse acertado el artículo 226 del proyecto desde los puntos de vista de la doctrina penal y de la técnica de redacción legislativa.

IV. — La defraudación. Distinción con la estafa y con otros delitos «sui generis»

Después de las anteriores observaciones de detalle, llega el momento de plantear el problema, fundamental a mi juicio, de la distinción entre la estafa, la defraudación y otros delitos «sui generis» contra la propiedad o patrimonio.

Considero que, tanto en el Código Penal vigente como en el proyecto, se contemplan bajo el nombre genérico de *defraudación* tres categorías distintas de delitos: a) estafa; b) defraudación; c) delitos «sui generis» contra la propiedad, clasificados erróneamente como *casos especiales de defraudación*.

En la doctrina y en la jurisprudencia nacional se ha insinuado algunas veces (*) y planteado claramente en otras (**) la distinción entre la estafa y la defraudación como delitos diferentes, con elementos y caracteres propios.

El doctor Emilio C. Díaz, profesor de derecho penal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, nos dice que existe defraudación «cuando sin que medie ardido o engaño (como en la estafa) y, por tanto, por la libre voluntad del propietario la cosa es consignada o entregada a alguien, por un título que importe obligación de devolverla o de emplearla para un caso determinado, y éste, abusando de la confianza en él depositada, la convierte en provecho propio o de un tercero (†).

El elemento diferencial entre la estafa y la defraudación —expresa el doctor Juan F. González— consiste en la forma de perpetrar el apoderamiento. Y agrega: «En la estafa, el delincuente se vale del engaño, del ardido y de la astucia para conseguir la voluntad del propietario y efectuar el apoderamiento. En la defraudación no existen maniobras de ninguna clase, sino que el apoderamiento se efectúa espontáneamente, porque el propietario ha entregado la cosa. Lo que se viola en este delito es la confianza depositada».

(4) *Derecho Penal* (alemán), traducción de P. Dorado, II, 63-61, Madrid, s. d.

(5) Eduardo Padró, *Nuevo Código Penal argentino explicado*, 141, Buenos Aires, 1922; Rodolfo Moreno (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, V, 180-181. Buenos Aires, 1923. Recordamos también que en la exposición de motivos del proyecto de Código Penal del año 1891, se decía: «El artículo 208 enuncia en particular diversos casos de defraudación, que podrían quedar comprendidos en el artículo anterior, conviniendo, por otra parte, más propiamente la denominación de estafas a los casos del artículo 207 y la de defraudación a los del 208».

(6) Ricardo Van Sice, nota en J. A., I, 1918, pág. 762 y siguientes; Remigio Molinas, *Diferencias entre el hurto, el robo, la estafa y la defraudación*, nota en J. A., I, 1918, pág. 521 y siguientes; Emilio C. Díaz, *El Código Penal para la República Argentina*, 3.ª edición, 341, 342, Buenos Aires 1923; J. A. Moyano y A. D'Agostino, *Diferencia entre estafa y defraudación*, en *Revista de Colegio de Abogados de Buenos Aires*, XI, 231-252, Buenos Aires, mayo-junio de 1933; Carlos Mouchet, *Estafa y Defraudación*, en *Jurídicas y Sociales*, noviembre-diciembre de 1934 y enero-febrero de 1935; Juan F. González, *El Código penal y la jurisprudencia*, II, 168-170, Buenos Aires, 1935; Alfredo J. Molinario, *Derecho Penal*, 145-148, Buenos Aires, 1937.

(7) *El Código Penal para la República Argentina*, cit., 342.



«En la estafa como en el hurto y en el robo, la idea del delito nace y se desarrolla antes de efectuar el apoderamiento; en cambio, en la defraudación la concepción del dolo se desarrolla después que ha obtenido la posesión voluntaria y espontánea de la cosa». «Esta diferencia doctrinaria que a decir verdad olvidan los jueces en sus sentencias —afirma finalmente— tiene su importancia desde el punto de vista de la graduación de la pena. Desde que es más peligroso el estafador que pone su ingenio al servicio de la delincuencia, que el propio defraudador al que sólo la ocasión lo impulsa hacia el delito» (*).

Los elementos materiales del delito de defraudación son los siguientes:

- 1.º El empleo de un medio doloso llamado *abuso de confianza*;
- 2.º La apropiación ilegítima de bienes ajenos existentes en poder del autor de la defraudación con anterioridad a la misma en virtud de un título precario (lo que implica relación de derecho preexistente);
- 3.º Perjuicio patrimonial para la víctima;
- 4.º Correlativo enriquecimiento del autor del delito.

Tanto en el Código como en el proyecto, este delito se contempla como un caso especial de defraudación. Pero creo, sin dejar de respetar la opinión de los doctores Coll y Gómez, que no se trata de un caso especial, sino de la defraudación misma.

Este delito está previsto en el inciso 2.º del artículo 173 del Código en los siguientes términos:

Art. 173. — *Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:*

- 2.º *El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.*

El artículo 227, inciso 1.º del proyecto establece:

Art. 227. — *Se impondrá la misma sanción estatuida en el artículo anterior:*

- 1.º *Al que se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos, documentos, o cualquier cosa mueble, que haya recibido en depósito, comisión, administración u otro título que produzca la obligación de entregar o devolver.*

En la corriente legislativa seguida por el Código actual y por el proyecto se contemplan bajo el común denominador de *defraudación* a delitos con elementos diferentes (estafa, defraudación y delitos «sui generis»). Y bajo el nombre de *casos especiales de defraudación* se reúnen una serie de delitos que, en su mayoría no presentan los elementos de la estafa o de la defraudación. Si se empleara un lenguaje riguroso, los *casos* para poder ser tales deberían tener elementos y caracteres comunes. Por el contrario, si se analizan dichos casos se ve la diversidad de elementos.

¿Existe el delito de defraudación como género, con elementos propios?

Lo único que puede advertirse de común en todos estos delitos es que causan un ilegítimo perjuicio al patrimonio, con lucro doloso para el autor. Pero esto no es suficiente para admitir la concepción amplia de la defraudación como delito, pues lo mismo sucede en otros delitos contra el patrimonio. ¿Podría decirse, acaso, como se expresó en un interesante fallo (*), que la defraudación se caracteriza por la desapropiación sin violencia en beneficio propio? No, porque también falta la violencia física o mental en otros delitos contra el patrimonio (en el hurto, en algunos casos de usurpación, y en la quiebra y concurso civil punibles).

(*) El Código Penal y la jurisprudencia. cit., II 169-170.

(9) Causa contra J. Stump. Jurisprudencia Criminal y Comercial. Fallos y disposiciones de la Excelentísima Cámara de Apelaciones de la Capital, V, Buenos Aires, 1885.



En el sistema que surge del Código y del proyecto, la noción de la defraudación parece ser tan amplia que podría llegar, prácticamente, a comprender todos los atentados criminales contra el patrimonio, no previstos bajo otro nombre. Así, se podrían admitir indefinidamente nuevos casos de defraudación. Esta noción tendría un contenido tan vasto que ofrecería dificultades para una definición en la que quedarán comprendidos todos los casos.

Semejante concepción amplia y cómoda permitiría hacer entrar en esta idea vaga de *defraudación* todos los delitos inominados contra el patrimonio.

Admitida sin mayor análisis, se pretendió considerar como defraudación el delito de entrega de cheques sin provisión de fondos (Ley número 9.077), después los delitos contra los derechos intelectuales (Ley número 11.723), y ahora, en el proyecto de nuevo Código Penal, el delito de usura.

Recordemos que fracasada la tentativa de castigar como defraudación la entrega de cheques sin provisión de fondos, fué necesario considerarla como delito autónomo, legislado actualmente en el artículo 302, del Código Penal ⁽¹⁰⁾.

En cuanto al segundo antecedente que cito, la jurisprudencia ⁽¹¹⁾, aceptando la teoría que he sostenido en diversos trabajos con Sigfrido A. Radaelli desde el mismo día de la sanción de la Ley número 11.723 ⁽¹²⁾, ha declarado el error en que incurrió ésta al considerar como defraudación los delitos contra los derechos intelectuales. El proyecto también acepta estas conclusiones y decide, con gran acierto, un título especial a dichos delitos, a los que concede una lógica autonomía, ya que tienen una naturaleza jurídica diferente de la defraudación.

Finalmente, pienso que también deberán reconocerse como figuras delictuosas autónomas a varios de los delitos calificados como casos especiales de defraudación.

El progreso jurídico exige la diferenciación legal de los diversos hechos delictuosos. Es necesario separar, aclarar y definir. Así es como se ha llegado a diferenciar los delitos de robo, de hurto, de estafa, de defraudación, de entrega de cheques sin provisión de fondos, de falsificación, de violación de los derechos intelectuales, etc.

V. — Consideraciones finales

De acuerdo con las observaciones e ideas expuestas, cabe proponer una diferente ordenación metódica de los delitos contra la propiedad o patrimonio.

Considero que el título de *Delitos contra el patrimonio* debería tener una división diferente de la proyectada, estableciendo capítulos distintos para la estafa, para la defraudación y para cada uno de los delitos «sui generis» a que me he referido anteriormente.

Algunos de dichos delitos «sui generis», que figuran en los artículos 227 a 229 del proyecto, parecerían, a primera vista, estar comprendidos en la noción de la estafa o de la defraudación, pero si se examinan sus elementos se advierte que no es así. Por ejemplo, la «defraudación» en la substancia, cantidad o calidad de las cosas que se entreguen en virtud de un contrato o de un título obligatorio (artículo 227), inciso 2.º) parece, en el primer momento, un simple caso de estafa, porque aquí hay un engaño. Pero este engaño es —como dice Moreno ⁽¹³⁾— de diferente naturaleza que en la estafa. No es la víctima del delito la que entrega la cosa, sino el autor del delito. Además, está de por medio el incumplimiento de un contrato o de un título obligatorio.

(10) Conferencia de R. Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, cit., VII, 132-35.

(11) Causa contra José Russo y Juan José Mienta, Cámara de Apelaciones en lo Criminal, 20 de abril de 1936, *Gaceta del Foro*, tomo 122, 59, 1936: I, L. II, 454, 1936.

(12) Ver Sigfrido A. Radaelli y Carlos Mouchet, *Delitos contra los derechos intelectuales*, 3.ª edición, Buenos Aires, 1935.

(13) *El Código Penal y sus antecedentes*, cit., V, 199-200.



Sin embargo, debe señalarse, como un verdadero caso de estafa, el previsto en el inciso 3.º del artículo 228 (lucro indebido con pretexto de supuesta remuneración a un juez o a otro funcionario público). Este caso podría ser fácilmente suprimido, pues está comprendido en la noción genérica de la estafa (artículo 226), ya que el pretexto invocado no es sino un *engaño*.

En otros de los mencionados delitos «sui generis» ni siquiera existe una aparente semejanza con la estafa o la defraudación, pues tienen una naturaleza visiblemente diferente, como resulta del examen de sus elementos y caracteres. Por ejemplo, el abuso de firma en blanco, la sustracción de cosa mueble por su propio dueño, el fraude en la construcción de una obra o en la entrega de materiales de construcción, la apropiación de tesoro o de cosa perdida, la usura, etcétera, son delitos que presentan caracteres tan especialísimos que justificarian, a mi juicio, su segregación del actual capítulo de la defraudación.

El juez doctor Antonio L. Beruti, ha expuesto una crítica al capítulo sobre estafas y defraudaciones del Código Penal vigente, que coincide en algunos puntos con la aquí desarrollada. Dice que se ofrece a nuestra vista como «un conglomerado de disposiciones inorgánicas arrojadas casi al azar, que se refieren promiscuamente a los delitos de estafa y de defraudación, formas éstas de vida propia, diversas en su naturaleza y que tienen caracteres netamente específicos y particulares». Opina que «... en nuestro Código debe legislarse separadamente sobre la estafa y construir un nuevo capítulo relativo a lo que llamaríamos apropiación indebida» siguiendo el ejemplo de nuestros vecinos del Uruguay. Formas éstas de delitos que absorberían muchos de los incisos de aquellos cuatro artículos de nuestro Código, pero no todos tampoco, puesto que en algunos se prevén modalidades que no participan de ninguno de los caracteres de aquellas dos formas de infracción: ejemplo, el inciso 4.º del artículo 175 que reprime, no sabemos si como defraudador o como estafador, al titular de un crédito que acepta un cheque postdatado con referencia al momento en que se suscribe. Y entonces, como consecuencia lógica, surgiría la necesidad de un tercer capítulo que se haría cargo de esas figuras específicas de delito contra el patrimonio, donde podría involucrarse la previsión de otras modalidades que no han sido contempladas hasta ahora y cuyo desconocimiento fué puesto de manifiesto por la jurisprudencia o por los hechos en su concreta realidad» (13*).

También corresponde formular una observación acerca de las penas. Teniendo en cuenta los caracteres diferentes de la estafa y de la defraudación, y considerando la mayor peligrosidad del estafador, comparto la opinión de que éste debería ser reprimido con una pena más grave que la del defraudador. Debe recordarse que la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, aunque refiriéndose a ambos delitos, aconsejó en la nota enviada a la comisión redactora del proyecto, el aumento del máximo de la pena hasta 10 años.

Conviene agregar, para desvanecer cualquier duda que haya suscitado esta exposición, que la construcción del capítulo IV del título VI del proyecto, no impediría la eficacia de las sanciones con que se reprimen los delitos de que se trata, pues las distinciones señaladas tienen un valor sobre todo doctrinario. Por otra parte, el texto proyectado es, por sus acertadas innovaciones y por su más clara y correcta redacción, muy superior al actual Código vigente.

Confieso que mis reparos y sugerencias reposan en puntos de vista doctrinarios distintos de los que inspiran el proyecto. Me he limitado a plantear únicamente, como una contribución al estudio y discusión del proyecto, lo que en mi pensar constituye una cuestión de progreso jurídico y de técnica legislativa, como lo es la diferenciación legal de los delitos.

(13*) Antonio Luis Beruti, *Breve excursión por las Lagunas del Código Penal*, en *Anales de la Sociedad Argentina de Criminología*, tomo III, págs. 61-63, Buenos Aires, 1938.



FAUSTINO INFANTE

(«La Capital» de Rosario, 8 de noviembre de 1938).





La Reforma Penal y el Proyecto Coll-Gómez



La vida penal pasa inadvertida para la enorme mayoría de las personas. No tienen con ella ningún punto de contacto. Quizás es lo que les pasa a los obreros que ignoran que al lado del taller está el laboratorio y no perciben que será alguno de ellos el que más influya en la marcha de la vida de todos los humanos.

El Juez don Serafín Álvarez decía con razón que la justicia es la justicia penal, porque la otra, la civil, la comercial, era un mero arreglo, acomodo, y hasta no sé si llegaba a decir apañeo de intereses. La legislación y la justicia penales son medios y órganos importantísimos por medio de los cuales el Estado realiza la transcendental función de la seguridad pública, que es su función específica.

Desde los tiempos más remotos en las organizaciones sociales más incipientes se encuentra siempre la ofensa del hombre al hombre y la reacción del ofendido. Estos son los elementos originarios del derecho penal. Institución de derecho privado que sólo interesa a los ofendidos, a su familia, y que se extiende después al clan, a la tribu, a la nación.

Es interesante señalar que en la evolución de la legislación penal se observa una disminución de los casos punibles y de la intensidad de las penas a medida que la civilización progresa, aumentando, por decir así, la legislación civil y disminuyendo la penal; y cumpliéndose al mismo tiempo una transformación de la sanción penal que deja poco a poco de ser el remedio que tiende a resarcir o recuperar el daño causado, para convertirse en un arbitrio ejercitado por el poder público para sus fines públicos velando por la estabilidad social.

El ofendido reacciona, bien para repeler el ataque, bien para devolver instintivamente golpe por golpe, daño por daño, dolor por dolor, pero su reacción se mueve también por el propósito de vengarse y esto hace que se vaya en la contraofensa más allá de lo necesario y de lo justo. El mismo Talión representó ya un progreso, porque al decir «ojo por ojo», se prohibía que se cobraran dos ojos por uno, como quizás hizo más de un ofendido.

El delito público como tal, sólo aparece cuando se ofende a las creencias religiosas y se provoca así la primera reacción de la autoridad pública.

El delito público como tal, sólo envuelve la ofensa hecha a los brahmanes pero no la hecha a los chartrías, baichías o parias. Para el pueblo Hebreo los delitos graves eran la blasfemia, la adoración de Moloch, la idolatría, el perjurio, la apostasía y el adulterio por la naturaleza religiosa del vínculo matrimonial.

Este es el motivo por el cual la pena se impone más para fines de expiación que de conservación social.

Así lo revela el nombre que en Roma se daba a la pena llamada «supplicatio» porque era una súplica elevada a los dioses a fin de aplacar su ira. La pena capital era la consagración de la cabeza con el mismo propósito «sacratio capitis». Era ese también el motivo por el cual la pena debía ser imputada espontáneamente: el reo debía precipitarse desde una roca, tomar la cicuta o abrirse las venas. Todavía hoy en el revólver que se deja encima de la mesa del traidor a la patria, hay un gesto que quizás en el fondo no sea otra cosa que esa persistencia extraordinaria y curiosa de ciertas modalidades que responden a razones históricas.

No lo es menos el que todos estos pueblos primitivos coincidieran en el sistema de las compensaciones, o sea, del pago que el ofensor debía hacer



al ofendido, que durante mucho tiempo se creyó característico y privativo de los pueblos germánicos, y que las modernas investigaciones realizadas en los últimos cuarenta años han demostrado que practicaban también en la India, Egipto, China, Cartago, Grecia y Roma; como así también que en Grecia durante los siglos IV y V antes de Jesucristo se nos presentan, expuestos por los principales filósofos, sistemas que más de dos mil años después seríamos desarrollados en forma extraordinaria.

Para Pitágoras, el mundo es una armonía. La balanza, que luego fué el emblema de la justicia, representaba el estado armónico de las relaciones entre los hombres. La pena no era otra cosa que el peso para compensar que había que poner en el otro platillo de la balanza para restablecer el equilibrio que la acción antijurídica había quebrado. En esencia la afirmación fundamental de la Escuela Clásica de Derecho Penal.

Platón es el primero que recomienda el sistema preventivo del delito. Considera que todo delincuente es un enfermo o un hombre a quien por falta de la cultura suficiente no se le ha dotado de la aptitud intelectual necesaria para evitar las acciones delictuosas. Hay pues que curar e instruir y prevenir así la delincuencia. No otra cosa sostendría la Escuela correccionalista.

Para Aristóteles el fin primordial de la humanidad es la felicidad. Las dos fuerzas que mueven al hombre son el atractivo del placer y el horror al dolor; y como el delito es una causa del dolor la represión tiene por fin asegurar el mantenimiento de las condiciones que logren esa felicidad. Son pues los intereses sociales los que determinarán la reacción contra el delito en nombre de la defensa social. Es la Escuela positivista la que coincidirá en lo fundamental con estas afirmaciones.

En Roma hasta en las leyes de las XII Tablas dictadas el año 451 a. J., prevalecía el sistema de las composiciones. Más adelante se distingue los «delicta privata» y los «delicta publica». Los primeros, como el hurto, sólo afectaban al orden de los intereses particulares y daban lugar a la acción represiva a petición de la parte ofendida, en tanto que los segundos afectaban al Estado y daban lugar a una acción que cualquiera del pueblo tenía la facultad de ejercer. En uno de esos procesos tan notablemente cumplidos en la evolución de las instituciones jurídicas romanas por medio de las «questiones extraordinarias», la mayoría de los «delicta privata» pasaron a ser «delicta publica», y esta transformación se cumple respecto de todos en la época de Justiniano.

Pero no es tan sólo esta evolución la que merece una atención especial en el Derecho Romano, pues al lado de ella pueden colocarse las disposiciones legales distinguiendo los matices de la responsabilidad: la «Lex Aquilia». Con la invasión de los bárbaros, los pueblos germánicos imponen sus disposiciones penales, y entre ellas, la de las composiciones, llamada «veregildo». Palabra compuesta de «wehr» que quiere decir defensa, y «geld» moneda, vale decir que una vez abonada esa especie de tributo se volvía a la paz.

Durante todo el período feudal las guerras privadas perturbaron de tal manera la vida de los pueblos que la Iglesia de Roma se vió obligada a establecer la «tregua de Dios» que duraba cuarenta días.

La ley Sállica establecía el monto del «veregildo»; y al lado de éste empieza a aparecer un sistema que prevaleció sobre el de las compensaciones y que consistía en la imposición de una multa denominada «fredus», probablemente de la palabra alemana *friede* que quiere decir paz. El «fredus» lo percibía el Estado y adquiere así el Derecho penal el carácter de Derecho público. Los señores feudales contaron desde entonces con esas multas como uno de los ingentes ingresos de sus arcas. Cuando el delito era cometido por un señor feudal contra otro, si el ofendido no resolvía emprender la guerra privada, podía hacer citar al ofensor ante la corte feudal constituida por otros señores de igual categoría, porque el principio legal, era que nadie podía ser juzgado sino por sus iguales.



No deja de ser notable el derecho que asistía al condenado que desconfiaba de la justicia del fallo para retar a duelo a los miembros de la corte. Claro está que este duelo, especialmente durante el primer período, tenía un carácter religioso, pues era un combate judicial que como las ordalías estaba fundado en la creencia de que la divinidad intervendría para defender y ayudar a quien tuviera la razón y la justicia.

De todos modos, este derecho penal del período feudal era muy rudimentario y así se explica la intervención preponderante de la Iglesia no sólo en los delitos que consideraba de su fuero privado, como la herejía, la blasfemia, el sacrilegio, la brujería, el sortilegio y la simonía, sino también en los cometidos aun por las personas más importantes dado el papel que se consideraba obligada a cumplir en aquella sociedad.

Al recoger la doctrina del Derecho Romano la Iglesia tenía presente las teorías sobre la responsabilidad, a las que ya hicimos referencia, y este concepto se completaba con la afirmación de la igualdad de los hombres predicada por Jesús.

Hasta la primera mitad del siglo XVIII puede decirse que se aplicaban en una gran confusión los preceptos del Derecho Romano, del Derecho Germánico y del Derecho Eclesiástico, acentuándose la arbitrariedad desde que en el siglo XV se organizan las grandes nacionalidades y los Estados dependientes de los monarcas absolutos. No había Códigos Penales, regían sólo ordenanzas reales y el Rey tenía la facultad de reprimir sin ninguna limitación, de ahí la desigualdad de las penas y la atrocidad del régimen represivo.

Los enciclopedistas con Juan Jacobo Rousseau a la cabeza atacan el poder absoluto de los reyes sosteniendo que la sociedad se organizó sobre la base del acto de voluntad, la convención, el contrato social y por consiguiente que no puede haber ningún poder social que no obre sino por delegación. Es así como el año 1793 apareció, según afirman algunos, el primer Código Penal del mundo.

La evolución racionalista triunfa en la revolución francesa, cumpliendo el movimiento iniciado con Descartes para establecer la emancipación del espíritu en la investigación de la ciencia.

Es Mirabeau el que afirma el principio de que el derecho era la inviolabilidad de la libertad y la revolución francesa sostiene el predominio de la libertad como pedestal de la sociedad humana que ha vivido bajo la opresión y los vejámenes de la organización servil de las épocas anteriores.

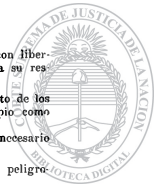
No otro sentido tiene la proclamación de los derechos del hombre, lo que se llama entre nosotros garantías individuales o constitucionales, y veremos que el problema del Derecho Penal será precisamente el de conciliar estas garantías con la defensa de la sociedad.

A los veinticinco años de edad el marqués César de Beccaria publica su «Tratado de los delitos», y sostiene como indispensable que se establezca la publicidad, la igualdad y la humanidad de las penas. Pugna por la abolición de los tormentos y sienta el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

Por último al proclamarse adversario de la pena de muerte, puntualiza y precisa la tendencia de su doctrina.

La Escuela Clásica toma varias formas afirmando la responsabilidad de los imputables y sosteniendo el principio de que el delincuente lo es por su voluntad. Da a la pena un sentido y alega expiatorio, retributivo e intimidatorio. Ningún crimen, ni pena sin ley. Ninguna pena sin crimen.

Es en el año 1876 cuando el médico psiquiatra Lombroso publica su libro sobre «El hombre delincuente», y ech a las bases de la moderna teoría positivista en la cual se afirma como fundamento de la represión la necesidad de la defensa social.



No es necesario dilucidar si el delincuente ha cometido el delito con libertad, basta con el hecho de que viva en sociedad para que se tomen a su respecto las medidas que aseguren la defensa social.

Es así como se afirma el principio de la peligrosidad y el Proyecto de los doctores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez consagra este principio como base fundamental de su campaña legislativa.

Para que un Código pueda ser filiado en la escuela positivista es necesario que se presenten en él estos tres caracteres esenciales:

1.º La aceptación de la llamada responsabilidad social y de la peligrosidad del delincuente.

2.º La multiplicidad de sanciones para poder individualizar el tratamiento penal y defensivo; y

3.º La recepción de la sentencia indeterminada.

Salvo este último carácter, a propósito del cual dicen los autores del proyecto que no proponen la condena indeterminada contrariando sus conceptos y sus convicciones tan sólo porque nuestras cárceles no permiten la implantación del sistema reformativo que la sentencia indeterminada exige, pero afirman que dentro de los límites fijados para cada delito la sanción debe ser impuesta según la peligrosidad del condenado.

Así como el Código vigente no puede ser catalogado entre las leyes positivistas, el proyecto aun con la excepción indicada debe serlo sin ninguna vacilación.

Viene a mi recuerdo la síntesis de la doctrina del positivismo crítico español, que bajo el rótulo de «Derecho protector de los criminales» que le pusiera Dorado Montero, representa las modernas concepciones penales de España, sentada en los postulados de defender a la sociedad contra el peligro que el criminal representa, mediante procedimientos asegurativos y tutelares —que no excluyen el necesario rigor en ciertos casos— como la defensa contra los enfermos peligrosos, contra los dementes, contra los incapaces en general que son temibles para los coasociados.

Así la sintetiza Jiménez de Asúa que en el terreno de las fórmulas penales de un porvenir remoto, cree que con el derecho protector de los delinquentes, no será preciso un código con carácter jurídico y de tipo coactivo, pues será suficiente, para garantizar contra posibles arbitrariedades, un simple expediente de temibilidad; y en el de las reformas inmediatas al considerar que todo el centro de gravedad del moderno derecho penal recae sobre la peligrosidad que puede manifestarse por el crimen o por actos no catalogados como infracciones, le inspira la proposición de elaborar dos códigos distintos el «Código sancionador», destinado a la peligrosidad delictiva, y el «Código preventivo», que contendría los principios reguladores del estado peligroso sin delito.

El principio de la peligrosidad se mantiene en todo el articulado del proyecto de Código con el más estricto rigor. Todo autor de delito sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones.

El delito no es un problema ni religioso ni ético. La pena, que en el proyecto se llama sanción, no es ni expiatoria, ni retributiva, ni intimidatoria, es sencillamente el procedimiento que la sociedad arbitra en su defensa y por eso pueden decir los doctores Coll y Gómez que su proyecto es el más defensivo de los textos legales que hasta hoy se haya proyectado o sancionado en el país.



Recuerda la historia, y es interesantemente señalarlo, cómo criterios que parecen completamente nuevos inspiraron ya ciertas acciones señaladas en una forma de verdadera intuición genial. Tres sentencias fueron dictadas por el areópago en las cuales hay destellos, y en alguna algo más, de este mismo principio. Relata Aristóteles, que el areópago absolvió a una mujer que envainó a su amante queriendo darle un filtro erótico; y bien, el fundamento de esa absolución era evidentemente la falta de peligrosidad.

La segunda resolución fué la de expulsar a uno de los mismos miembros del tribunal que ahogó a un pájaro que perseguido por un gavilán fué a acurrucarse en sus rodillas. Evidentemente no podía realizar ese areopagista ningún acto que más evidentemente exteriorizara su falta de condiciones espirituales para el cumplimiento de su sagrado ministerio.

Refiere por último, Quintiliano, que el areópago condenó a muerte a un niño que le arrancaba los ojos a las codornices, queriendo de ese modo evitar que creciera y se desarrollara el monstruo incipiente que en esa pobre criatura se exteriorizaba ya de manera tan cruel y despiadada. La extrema peligrosidad de ese menor justificaba el rigor de la pena que dentro de la Escuela positivista ha de ser eliminatoria cuando la defensa de la sociedad la imponga y el tratamiento de readaptación sea infructuoso.

Además de esta reforma fundamental hay otras que por sí solas bastarían para justificar la aprobación del proyecto. El régimen de la minoridad es un acierto extraordinario. Claro está que sus dos autores se han distinguido especialmente en esta materia.

Jiménez de Asúa recuerda al doctor Jorge Eduardo Coll como el fiscal por cuya gestión se puso en libertad a cien niños, substraídos así a los peligros de las contaminaciones de las cárceles y reformatorios. Fué este acontecimiento que, dice Jiménez de Asúa, será sin duda el acto que en su vida podrá recordar Coll con más orgullo, el que indujo al escritor Juan José de Soiza Reilly, a dedicarle una de sus más delicadas novelas «La escuela de los pillos», documento emocionante y acusatorio contra las sociedades que abandonan a las criaturas desvalidas.

Con gran complacencia se lee en la obra de Jiménez de Asúa sobre el Nuevo Código Penal Argentino, se refiere al vigente, una rectificación de los juicios vertidos sobre la colonia penal de Marcos Paz al visitarla en el año 1923, en una nota en la que indica que en agosto de 1925 la había hallado transformada en un verdadero instituto modelo, debiéndose el milagro a Jorge Eduardo Coll su gran amigo.

El proyecto excluye el dualismo entre penas y medidas de seguridad, y fija el régimen esencial de cada una de las sanciones, por considerar que las disposiciones legales y reglamentarias deben formar parte del mismo Código a fin de que no se ponga en peligro su misma finalidad.

Es por ello que hemos dicho ya en otra ocasión que es indispensable tanto o más que el Nuevo Código, el que se construya y organice las nuevas cárceles, que con los magistrados, doctores en Derecho penal, después de haber cursado estudios especiales y acreditado la competencia y la experiencia necesarias, y la sanción del Nuevo Código Procesal, integrarán la reforma penal que nuestro país está exigiendo. El Código Penal, ley de fondo, única para toda la Nación, como fundamento básico de la reforma; el Código Procesal que asegure el legítimo funcionar de sus instituciones; el magistrado especializado que aplique las leyes realizando su finalidad, y las cárceles en las que se opere el milagro de la readaptación, devolviendo a la sociedad como elementos útiles y provechosos a los que de otra manera hubieran sido valores perdidos en perjuicio propio y de la sociedad.



FAUSTINO INFANTE

*(«La Prensa» de Buenos Aires, 18
de mayo de 1939).*





Aplicación de la Ley Penal



DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO Y QUE PRODUZCAN SUS EFECTOS EN TERRITORIO NACIONAL. — LA LEY, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Los trescientos noventa y tres artículos del proyecto de Código Penal de los doctores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez están divididos en dos libros.

El primero, como indica su título, está consagrado a las «Disposiciones generales», comprende ciento catorce artículos y está dividido en diez títulos.

El título I, en sus tres artículos, trata de la «Aplicación de la ley». En lo sustancial es idéntico al del código vigente.

El inciso primero del artículo primero del código y el inciso primero del artículo primero del proyecto tienen casi los mismos términos, aunque los del segundo son más explícitos. Dicen así:

CÓDIGO

Artículo 1.º — Este código se aplicará:

1.º Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la nación argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

PROYECTO

Artículo 1.º — Este código se aplicará:

1.º Por delito cometido, en todo o en parte, en el territorio de la nación argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción o que en el territorio de esos lugares deba producir sus efectos.

Esta conservación de la forma en que está redactado el artículo primero significa que los autores aceptan la interpretación dada al mismo por la Cámara Criminal y Correccional de la capital en la sentencia dictada en pleno en 28 de agosto de 1928, y por la cual se resolvió que correspondía aplicar la ley penal argentina y procedía la jurisdicción de los tribunales argentinos en caso de delito de bigamia por segundo matrimonio realizado en el extranjero, si se había celebrado en la República el primer matrimonio y si los cónyuges tienen en ella su domicilio.

En los casos «C. L.», sentencia del 15 de octubre de 1925, y «V. A.», sentencia del 28 de octubre de 1927, la Cámara, interviniendo la misma sala, había resuelto que a mérito de lo dispuesto por el artículo primero, inciso primero del Código Penal, en el delito de bigamia cometido en país extranjero, correspondía entender a la justicia argentina cuando el hecho había tenido efectos en nuestro territorio. En el segundo de los casos la Cámara había revocado la resolución del juez que se había declarado incompetente, por considerar que debían entender los tribunales del país donde se había celebrado el matrimonio delictuoso.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA



Al producirse un tercer caso, el mismo juez, no obstante los pronunciamientos mencionados de la Cámara, sostuvo el criterio que había sido objeto de la revocatoria, manifestando que por tratarse de una sentencia de una sala y no de la Cámara no había vacilado en someter una vez más la resolución al criterio del tribunal, ante la importancia del caso y la posibilidad de su modificación.

Compartiendo el criterio sustentado por la Cámara respecto de la calificación de la bigamia como delito instantáneo, considera el juez que toda la cuestión gira simplemente sobre los efectos del delito imputado, y a este respecto dice que el hecho de haber el cónyuge llevado a efecto su segundo matrimonio, sin estar disuelto el primero, no afecta a nadie más que al otro cónyuge, desde que el primer matrimonio celebrado en la Argentina no puede ser modificado ni anulado por el segundo, y los derechos inherentes al cónyuge inocente, al régimen de los hijos y de los bienes, están tan firmes y tan legalmente existentes como si el hecho no se hubiera cometido. Señala también la circunstancia de no ser en el caso el cónyuge del primer matrimonio quien acciona sino el del segundo, quien encontrándose lesionado en sus derechos patrimoniales por la demanda de «litis expensas» interpuesta ante el juzgado civil, alega los derechos del perjudicado. Hace notar que esa alegación ante los jueces argentinos no implica en absoluto la sujeción de la cuestión criminal, desde que la demanda de nulidad y daños civiles emergentes del delito, corresponde al juez del domicilio. Se refiere a la disposición contenida en el artículo primero del Tratado de Montevideo, en la cual se fija como regla general la territorialidad de la ley penal, para dirimir las cuestiones de jurisdicción, pues se decreta que los hechos serán juzgados por la ley del lugar donde fuesen cometidos.

Por último, el juez se refiere al distinguo que hace la doctrina sobre la materia entre la calidad y clase de efectos producidos por el acto jurídico, y si éstos son contra el Estado mismo o contra los particulares, pero como modalidades propias del delito cometido y no como consecuencias civiles de la acción. Cuando un delito ejecutado en el exterior continúa su ejecución en la Argentina para perfeccionarse, cuando se dejan sentir en la sociedad argentina todos sus efectos, tales hechos, entre los que se pueden citar los ocurridos en la frontera, disparos de armas, falsificación de moneda y otros, son «penables» por la ley argentina; pero en el caso de la bigamia no ocurre tal cosa, y tanto es así que si el delincuente estuviera domiciliado en el extranjero no habría posibilidad de pedir su extradición.

A esta opinión se adhirió el fiscal de Cámara y entonces la presidencia de la Cámara resolvió integrar la Sala, en vista de que podría producirse jurisprudencia contraria entre las diversas Salas del tribunal y en un todo según lo dispuesto en la acordada del 27 de abril de 1923. Esta resolución está firmada por el entonces camarista doctor Jorge Eduardo Coll.

LA SENTENCIA DE LA CÁMARA. — EL VOTO DEL DOCTOR COLL

Al fundar el doctor Coll su voto por la confirmación de la sentencia, dijo que el artículo primero, inciso primero del Código Penal tiene su origen y fundamento en el tratado de derecho penal de Montevideo, y su alcance se ha precisado en el discurso del delegado argentino, doctor Roque Sáenz Peña.

El artículo segundo de ese tratado dice así: «Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado, que sería justiciable por las autoridades de éste si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e inte-



reses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los Tribunales y penados según las leyes de este último». Se extiende el doctor Coll en el análisis de los antecedentes de la aprobación de este artículo para concluir que es preciso, para que proceda su aplicación, que esté en la intención del delincuente realizar un hecho contra el individuo o intereses protegidos por las leyes en forma tal que alcance a perjudicarlos. Por eso en el caso planteado al realizarse el segundo matrimonio en el extranjero, se consuma el delito de bigamia, se infringen las leyes extranjeras, y es verdad que puede ser sujeto pasivo del delito y cónyuge del primer matrimonio pero lo es principalmente la persona engañada a quien se llevó a un matrimonio nulo. El orden social está principalmente alterado donde se celebra este matrimonio, donde se ocultan la verdad y se falsean las leyes. Los efectos sobre el primer matrimonio son de orden secundario, pues siendo válido, la situación de familia no se altera. Contempla a continuación diversas situaciones de delitos cometidos en el extranjero que pueden tener efectos indirectos y variables en nuestro país ocasionando perjuicios tanto de orden moral como económico o jurídico, pero en los cuales no es el propósito del delincuente el producir esos efectos. En resumen, los efectos a que se refiere la ley no son actos jurídicos sino actos materiales:

Señala más adelante el hecho importante de haber sido sancionada en Inglaterra, que sigue el principio de la territorialidad, una ley para reprimir la bigamia cometida en el extranjero.

La ley de un lugar donde el matrimonio se ha celebrado, no puede seguir perennemente al individuo y regir su voluntad si fija en otra parte su domicilio. Se refiere luego al caso fallado por el Tribunal Supremo de Madrid absolviendo a un alemán que, casado en España, se había divorciado en Alemania y casó nuevamente en este país, regresando otra vez a España. Esta es la tesis también sostenida por el Instituto de Derecho Internacional, que se pronunció en su sesión de Munich, sosteniendo que la justicia penal de un país en el territorio del cual se realizan o debieran realizarse, según la intención del culpable, los efectos de su actividad, no es competente en razón de esos solos efectos.

EL VOTO DEL DOCTOR ORIBE

El camarista doctor Oribe sostuvo que correspondía la jurisdicción de los tribunales nacionales, fundándose en los siguientes considerandos: que el delito de bigamia cometido en el extranjero afectaba intereses protegidos por la ley argentina, independientemente del elemento material de la infracción, porque su objetividad jurídica consiste en la lesión de los derechos recíprocamente adquiridos por los cónyuges del primer matrimonio, motivo por el cual la ley la coloca en los delitos contra el estado social, es decir, en los delitos creados para asegurar y proteger la existencia normal de la familia; equipara el doctor Oribe las consecuencias del segundo matrimonio realizado en el extranjero, a las que se producirían si hubiese sido celebrado en la República, pues sostiene que ataca en la misma forma la institución del matrimonio monógamo, base fundamental de la familia, que es el elemento primordial de la sociedad civil. La solución contraria equivaldría a asegurar al delincuente que tuviera la advertencia de contraer nuevo matrimonio más allá de nuestras fronteras, un asilo tranquilo al volver a nuestro país.

EL VOTO DEL DOCTOR ORTIZ DE ROZAS



El camarista doctor Ortiz de Rozas sostuvo la jurisdicción de nuestros tribunales y la aplicación de la ley argentina, siempre que el primer matrimonio se hubiera celebrado en ella y los cónyuges hubieran tenido o tuvieran también en ella su domicilio. Se entiende generalmente, dice, que al referirse las leyes a los efectos producidos en el territorio de un Estado por los delitos cometidos en otros, no aluden a las consecuencias jurídicas sino pura y simplemente a los hechos con que termine y se caracterice o perfeccione la acción delictuosa, pero esta interpretación no es conforme ni a los términos ni a los conceptos prevalecientes en la doctrina. La amplitud de la disposición del artículo segundo del Tratado de Montevideo y del artículo primero del Código Penal, patentiza que cabe perfectamente la idea de delitos totalmente cumplidos en el extranjero, pero que pueden y deben ser reprimidos en el país donde rigen y tienen amparo los derechos e intereses que afectan. Esta parece ser por otra parte, creo, la opinión del doctor Peco.

Se refiere a la ley de Inglaterra citada por el doctor Coll, para completar su razonamiento en el sentido de que el principio de la territorialidad sufre aquí una excepción, aun en esa Nación caracterizada por ser una de las más respetuosas del mundo.

Cita después la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de los doctores Villegas, Ugarriza y García, primero en consignar una disposición análoga a la del artículo primero del código vigente, y la interpretación concordante que sostenía el doctor Obarrio. Pero en su sentir lo que revela y precisa claramente el concepto de las cláusulas del Tratado de Montevideo, que estima también como la verdadera doctrina del artículo primero, inciso primero del Código Penal, es la manifestación categórica y ratificada del doctor Roque Sáenz Peña, de haber aceptado la comisión el principio proclamado por Fiore: «Sea quien fuera el autor o la víctima de un crimen, su represión corresponde a los tribunales y a las leyes que amparan el derecho violado».

Como ha podido verse, toda la cuestión estriba en la apreciación de la existencia y naturaleza de los efectos que en la Argentina produzca o pueda producir el segundo matrimonio, y la resolución de la Cámara por mayoría de cinco de sus miembros, sostiene la aplicación de la ley argentina y la jurisdicción de los tribunales argentinos.

Para terminar esta exposición, que hubiera deseado más breve, quiero hacer resaltar el hecho significativo de haberse mantenido en el proyecto Coll-Gómez una disposición legal que importaba la consagración de una jurisprudencia establecida en contra de lo sostenido por uno de los autores, pues esta circunstancia importantísima pone bien de manifiesto el criterio objetivo que se ha tenido en la redacción de todo el proyecto sacrificando opiniones personales, de las cuales quizá participaría el modesto autor de estas líneas en aras del establecimiento de disposiciones legales que fueran fieles intérpretes de la experiencia jurídica nacional.

JOSE VALDIVIESO

*(«Revista Jurídica». Facultad de De-
recho de Cochabamba, Bolivia,
N.º III, mayo de 1938, p. 29).*







«Sobre los postulados, no discutidos ya, de la Escuela Positiva, postulados que sirven de fundamento a los Códigos de tendencias doctrinarias adversas, aunque haya obstinación en no reconocerlos, sobre estos postulados, repetitivos, y, especialmente, en base al principio de la peligrosidad en el delito, hemos elaborado la reforma, con rigurosa disciplina científica, que por serlo, determina la esperanza de los mejores resultados prácticos. (De la Exposición de Motivos).

1. — EL DERECHO PENAL EN LA ARGENTINA

El Derecho en general y particular el Penal, ha tenido en la Argentina inteligentes cultores. Sería suficiente citar la cumbre más alta del pensamiento científico: José Ingenieros. Maestro genial, autor de «Criminología» una de las obras más completas y rebosantes de sabiduría, Ingenieros no es, solamente, una gloria argentina, lo es de la América toda.

En torno de esa figura vigorosa, —sensiblemente desaparecida— desuellan con relieves de prestigio continental los notables catedráticos Juan P. Ramos, Jorge E. Coll, Eusebio Gómez, José María Paz Anchorena, R. Moreno, Carlos de Arenaza, Soler y tantos otros que han contribuido a la formación del Derecho Penal con investigaciones de singular importancia.

La Argentina es, pues, un gran centro donde florecen las doctrinas jurídicas. El catedrático más completo de nuestros tiempos Luis Jiménez de Asúa, estuvo en Buenos Aires, dictando conferencias en su Universidad. En julio del presente año, se reunirá, en aquella capital gigante, el Primer Congreso Latinoamericano de Criminología. Para 1940, hay corriente de ofrecer la Ciudad de Buenos Aires, para sede del Duodécimo Congreso Penitenciario Internacional. Es así, como esta nación sabe destacar junto a su creciente progreso material, el adelanto cultural de sus instituciones.

2. — LA COMISIÓN REDACTADORA

Por Decreto de 19 de setiembre de 1936, el Poder Ejecutivo de la República Argentina encomienda a los doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez redactar el proyecto de reformas al Código Penal. Después de un arduo trabajo —como reconocen los redactores— el

Proyecto ha sido elevado a consideración del señor Ministro de Justicia e Instrucción Pública, con fecha 8 de julio de 1937, precedido de una exposición de motivos que es una maravillosa síntesis de doctrina y técnica (1).



3. — EL PROYECTO

El Proyecto del Código Penal se compone de dos Libros; Libro Primero se ocupa de las disposiciones generales dividido en diez títulos:

1. — Aplicación de la ley.
2. — El Delito.
3. — El Delincuente.
4. — Régimen de Minoridad.
5. — De las sanciones.
6. — De la imposición de las sanciones.
7. — Condena de ejecución condicional.
8. — Reparación de perjuicios.
9. — De las acciones.
10. — Extinción de las acciones y sanciones.

Libro segundo trata de los Delitos, dividido en 14 títulos:

1. — Delitos contra las personas.
2. — Delitos contra la honestidad.
3. — Delitos contra el estado civil.
4. — Delitos contra la libertad.
5. — Delitos contra los derechos intelectuales.
6. — Delitos contra el patrimonio.
7. — Delitos contra la seguridad pública.
8. — Delitos contra la seguridad de la nación.
9. — Delitos políticos.
10. — Delitos contra el orden público.
11. — Delitos contra el sentimiento nacional.
12. — Delitos contra la administración pública.
13. — Delitos contra la fe pública.
14. — Delitos contra el comercio, la industria y la economía pública.

Con un total de 393 artículos.

4. — BREVE COMENTARIO

De nuestra parte, nos permitimos dedicar al proyecto un breve comentario, ocupándonos —por ahora— únicamente de algunos títulos.

(1) Rige en la Argentina el Código Penal, promulgado el 9 de octubre de 1921, del que hicimos una referencia en nuestro estudio «La Pena de Muerte en la doctrina y la legislación contemporánea»: Revista Jurídica N.º 1.

5. — TÍTULO PRIMERO — APLICACIÓN DE LA LEY

La aplicación de la ley es estudiada por los tratadistas de Derecho desde 3 puntos de vista diferentes: a) Aplicación de la ley penal en el espacio; b) en el tiempo; y c) con relación a las personas.

La aplicación de la ley en el espacio plantea los principios de territorialidad, extraterritorialidad e intraterritorialidad, doctrinas muy conocidas. El Proyecto, sobre el particular, no encierra ninguna innovación y se ajusta a las disposiciones dominantes en la codificación universal.

En cuanto a la aplicación de la ley penal en el tiempo, acepta la retroactividad de la ley más benigna. Parece haber perdido, en nuestros días su importancia antigua la polémica ardorosa sosteniendo la doctrina de la irretroactividad de la ley.

Entre nosotros el destacado juriconsulto Dr. Melehor Terrazas, comentarista del Código Civil, no admite ninguna excepción a ese principio; porque, lo contrario dice, es confundir el efecto retroactivo con la fuerza derogativa de la ley. De otro lado, el no menos eminente Profesor de Derecho Dr. Rafael Canedo, se muestra partidario de la retroactividad, tratándose: 1.º De las leyes que reglan la capacidad de las personas; 2.º de las leyes interpretativas; 3.º de las leyes penales; 4.º de las leyes procedimentales; 5.º de las leyes formales.

La doctrina del Dr. Canedo se halla más conforme con las exigencias jurídicas (1).

El Proyecto dispone:

Art. 2.º — Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al tiempo de 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 sanción se limitará a la establecida por esa ley.

En el cómputo de la prisión preventiva, se observará, separadamente, la ley más favorable al procesado.

Los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho, desde el día en que se inicie su vigencia.

6. — TÍTULO SEGUNDO — EL DELITO

Comenzaremos por decir que, en la concepción de la escuela Clásica, el delito es un ente jurídico (Carrara). Para los positivistas el delito y su autor son entes biosociológicos (Jiménez de Asúa). Quizá sea, uno de los capítulos más interesantes en el Derecho Penal.

(1) Acerca de la aplicación de la ley penal en el tiempo, publicamos en «El Imparcial», un artículo comentando la Ley del Divorcio Absoluto que quitaba al adulterio figura delictiva.





el estudio y definición del delito. La mayor parte de los códigos vigentes dan una definición así:

«Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley».

«Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo contrario».

(Art. 1.º Código Penal Español, 1932;

(Art. 1.º Código Penal Chileno, 1874).

«Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal».

(Art. 2.º Código Penal Mejicano, 1929).

«La infracción es intencional cuando se comete por acción o por omisión conciente y voluntaria».

(Art. 81.º Código Penal Peruano, 1924).

«Comete delito por negligencia el que, por una imprevisión culpable obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable, cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal».

(Art. 82.º Código citado).

«Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal».

«Para que esto se considere tal, debe contener una norma y una sanción».

(Art. 1.º Concepto del delito, Código Uruguayo, 1934).

El proyecto no encierra ninguna definición categórica del delito, se ocupa del delito doloso, del delito preterintencional, del delito culposo.

DELITO DOLOSO. — Art. 4.º — El delito es doloso cuando es resultado de la acción u omisión que lo constituye responde a la intención que se tuvo al ejecutarlo.

El delito es preterintencional, en los casos especialmente determinados en la ley, cuando el resultado excede a la intención que se tuvo al ejecutarlo, si el medio empleado no debió, razonablemente producirlo.

DELITO CULPOSO. — El delito es culposo, en los casos especialmente determinados por la ley, cuando el resultado deriva de imprudencia, negligencia o impericia, o de la inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes deberes o disciplinas.

7. — CÓDIGO PENAL. RUSSO, 1927.

El derecho Penal Soviético, fuertemente influenciado por los postulados del positivismo: responsabilidad social, peligrosidad, sentencia indeterminada, no reposa en el principio de legalidad (sólo la ley puede crear los delitos y determinar las penas) y, tampoco, contiene una definición directa del delito.

Art. 1.º — La Legislación Penal de la R. F. S. S. R. tiene por misión la defensa del estado socialista de los trabajadores y labriegos y, en el interior, el amparo del orden jurídico establecido, contra la conducta peligrosa (delito), cuya protección se realiza por el empleo contra los autores, de las medidas de defensa social establecida en este Código.

Art. 6.º — Se considera como peligrosa toda acción u omisión que vaya dirigida contra la constitución de los soviets o que lesionen el orden jurídico establecido por el Gobierno de Trabajadores y Labriegos, para la época de tránsito al estado comunista.

Con ello, —dice el profesor Grodinsky— el Derecho Penal soviético no da una definición formal del delito, ni reconoce el principio «Nullum crimen sine lege». Agrega: para el Código Penal soviético es delito el acto representativo de un peligro, que es síntoma del estado peligroso del autor.

El Proyecto Argentino no desconoce el principio de la legalidad, sino que por el contrario, cobran vida los dogmas del derecho Penal; pero sí, cree inoficioso el dar una definición del delito. Por eso, en la Exposición de Motivos, los redactores dicen: «No damos una definición del delito por ser evidente su inoficiosidad; pero sí hemos creído necesario referirnos a las formas del elemento subjetivo. Precisamos así, los conceptos del dolo, de la preterintencionalidad y de la culpa».

8. — TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO, POR LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

Una de las construcciones jurídicas más grandes es, inequívocamente, la teoría jurídica del delito, expuesta por Luis Jiménez de Asúa en su discurso leído en la solemne inauguración del Curso Académico en la Universidad de la España Republicana, año 1931 y cuando la juventud universitaria regresaba a las aulas después de haber destronado al Rey perjuró Alfonso de Borbón.

Juzga Jiménez de Asúa que los postulados de la Escuela Positivista sólo son realizables dentro de un estado socialista y que mientras no se llegue a esa transformación político-social, es urgente situar de nuevo en el cauce jurídico el delito y la pena. De esta suerte





independiza la Criminología y el Derecho Penal, disciplinas individualizadas que subsistirán en tanto impere el régimen burgués y capitalista. Según esta concepción la Criminología estudia el delito y a su autor como entes biosociológicos. El Derecho Penal se circunscribe a la técnica estrictamente jurídica.

Definición del delito. — Dicho catedrático define.

«Acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad».

El mismo profesor se encarga de hacer notar que no es una verdadera definición sino un repertorio de los caracteres del delito, siendo esos caracteres en el aspecto positivo:

1.º — Actividad. 2.º — Tipicidad. 3.º — Antijuricidad. 4.º — Imputabilidad. 5.º — Culpabilidad. 6.º — Condicionalidad objetiva. 7.º — Punibilidad. Anota que la esencia técnica jurídica del delito radica en estos tres requisitos: Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad.

Intentaremos hacer un resumen de esos caracteres, siguiendo la exposición de la teoría jurídica del delito, elaborado por el citado maestro.

Actividad. — Usa la palabra acto en su acepción más amplia comprendiendo la acción y la omisión y así define: acto: Manifestación de voluntad que, mediante acción u omisión produce un cambio en el mundo exterior. Requisito: voluntariedad de la acción u omisión; entendiéndose por acto voluntario la acción u omisión espontánea y motivada.

Tipicidad. — Es decir que para que un acto sea ineliminable, es absolutamente necesario que el legislador lo haya descrito de una manera objetiva en la parte especial, como tal infracción (figura delictiva).

Antijuricidad. — Contrario al derecho. «Cuando un acto, a pesar de reunir el requisito de la tipicidad, esto es de tener figura delictiva y de proceder de un designio intencional y de un sujeto imputable, está ausente de antijuricidad, por ser conforme con las normas de cultura entonces no hay delito y, por tanto, contra la acción justificada no puede descargarse pena alguna, ni exigirse responsabilidad civil». (Crónica del Crimen, Jiménez de Asúa).

Imputabilidad. — Expresa: el más puro sentido clásico la imputabilidad que es la facultad de atribuir al sujeto los actos que realiza como su causa eficiente y libre (imputabilidad moral). Define la imputabilidad dándole esencia psicológica, en oposición de la moral, diciendo: Es la facultad de conocer el deber.

Culpabilidad. — O sea el nexo ético y psicológico que liga al sujeto con el acto u omisión, reviste dos formas: Dolo y Culpa.



Punibilidad. — Lo característico en el delito es ser punible. Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Condicionalidad objetiva. — «Son condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad los presupuestos procesales, expresa o tácitamente exigidos en las leyes punitivas, al describir y penar una concreta figura de delito».

Este es, uno de los capítulos oscuros de la teoría jurídica del delito.

Nuestra opinión modesta cree que la postura adoptada por el Proyecto Argentino es más certera, porque, con la construcción técnica-jurídica del delito, por acabada que sea, es regresar nuevamente a las especulaciones abstractas del Derecho Clásico, enmarañando la ciencia.

9. — PROYECTO DE CÓDIGO PENAL CHILENO, 1929.

El Proyecto de Código Penal Chileno de 1929, de escasa difusión, sin embargo de su notoria importancia, suprime la definición del delito e inserta en la Exposición de Motivos los siguientes párrafos que no podemos resistirnos a la tentación de transcribirlos:

«De acuerdo con casi todos los Códigos modernos, el Proyecto no define el delito. Se ha considerado innecesario. Suprimido en parte el Art. 1.º del Código, se elimina la noción de la voluntariedad y corta de plano las estériles discusiones sobre el libre albedrío y determinismo, controversia ésta que corresponde más bien a la filosofía que al Derecho Penal donde ha sido completamente estéril».

Apremiados por circunstancias de tiempo, cortamos el trabajo en este punto, ofreciendo continuarlos en números sucesivos de la Revista.



OSE VALDIVIESO

*(«Revista Jurídica». Facultad de
Derecho de Cochabamba, Bolivia,
N.º IV, octubre de 1938, p. 17).*





El Proyecto de Código Penal Argentino

DE LA VIDA DEL DELITO. (ITER CRIMINIS)



En la vida del delito distingue el proyecto: a) Tentativa; b) Desistimiento de la tentativa; c) Mandato y acuerdo para delinquir; d) Tentativa de delito imposible.

TENTATIVA. Art. 7.º Cuando se ha comenzado la ejecución de un delito y éste no se consuma por circunstancias fortuitas o independientes del autor.

DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA. Art. 8.º El desistimiento espontáneo de la tentativa no da lugar a otra sanción que la que pueda corresponder a los actos de ejecución realizados en cuanto ellos revistan el carácter de delitos.

MANDATO Y ACUERDO PARA DELINQUIR. Art. 9.º El mandato y el acuerdo para cometer un delito determinado, cuando no son seguidos de ejecución, como el mandato, para el mismo fin, que no sea aceptado, serán sometidos a las sanciones que correspondan.

TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE. Art. 10.º Cuando la tentativa fuere un delito imposible y no correspondiere eximir de sanciones del autor, se aplicará la que corresponda conforme a lo dispuesto en el título VI.

En esta materia, la diferencia substancial con un código clásico, está en que la penalidad no subsiste el criterio objetivo de sancionarse con una considerable rebaja de la pena señalada al delito consumado.

CODIGO PENAL SOVIETICO

Dice el profesor M. Grodsinsky. «Partiendo de la teoría de la peligrosidad equipara el nuevo Código Penal los actos preparatorios a la tentativa. El nuevo Código Penal, silencia el delito imposible, como ocurría en el Código de 1932; pero la doctrina soviética y la práctica de los tribunales son del parecer de que el delito imposible demuestra la peligrosidad del autor y por ello la tentativa inidónea, debe acarrear las mismas medidas de defensa social que la tentativa ordinaria».

El Código Penal Ruso, prescribe:

Art. 19.º La tentativa de cualquier delito y los actos preparatorios del mismo, consistentes en la elección y apresto de los instrumentos y medios y la producción de condiciones previas para la ejecución del delito, serán perseguidos como el delito consumado. El Tribunal deberá apreciar para la individualización de las medidas



correcionales, el grado de peligrosidad del sujeto que ha ejecutado la tentativa o los actos preparatorios, así como el grado de preparación del delito y la mayor o menor proximidad del resultado. Además, deberán ser objeto de examen el motivo y la causa de que el delito no alcanzase su perfección.

En los casos en que el delito no fuere ejecutado por desistimiento espontáneo de la persona que se proponía cometerlo, el tribunal impondrá una medida adecuada de defensa social por aquellos hechos efectivamente realizados por el autor de la tentativa o de la preparación.

NUEVO CÓDIGO PENAL URUGUAYO. (Comenzó a regir el 1.º de julio de 1934).

El reciente Código Penal de la República Uruguay, se ocupa: Art. 5.º De la Tentativa y del delito imposible.

Art. 7.º Del acto preparatorio, de la conspiración y de la proposición.

DELITO FRUSTRADO. El proyecto no hace mención del delito frustrado, conformándose así con la técnica de la mayoría de los Códigos y proyectos nuevos. Sin embargo, el Código Penal Español Reformado (de 27 de octubre de 1931), anota que son punibles, no sólo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa (Art. 3).

«Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado del delito, y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente».

«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».

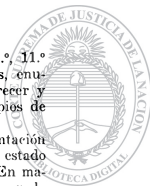
Art. 4.º La conspiración y la proposición para cometer un delito, sólo son punibles en los casos en que la ley los pena especialmente.

La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito, propone su ejecución a otra u otras personas.

CODELINCUENCIA

El Código Clásico castiga a cuantos intervienen en el delito en la medida de su participación criminal, estando la penalidad dosificada de acuerdo a esa participación. De aquí, las diversas categorías; por ejemplo, el Código Penal Boliviano, en el Art. 8.º, expresa: «Son delincuentes o culpables sujetos a la responsabilidad que les imponga la ley, no solamente los autores del delito, o de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores o fautores, y los recep-



tadores o encubridores». Cuatro categorías. Los Arts. 9.º, 10.º, 11.º y 12.º, para tificar estas diferentes especies de delinquentes, enumeran multitud de casos que no hacen otra cosa que oscurecer y alambicar el problema. En realidad, son casuismos muy propios de Códigos de esta naturaleza.

El Proyecto Argentino, sobre el particular, es de orientación clara y definida, en consonancia con la fórmula dirigente del estado peligroso. Con gran acierto la Exposición de Motivos, dice: «En materia de participación adoptamos el criterio más conforme con la realidad, sin entrar en distinciones especiosas que a nada conducen sino a crear dificultades y equívocos. Todos los que concurren, moral o materialmente, en cualquier forma, a la ejecución del delito, son partícipes. Bajo esta denominación, común, comprendemos a los autores y cómplices, porque, ninguna razón existe para agrupar en categorías diversas a los que intervienen en un hecho que es el resultado de la acción colectiva. Con igual criterio hemos estatuido que la sanción para el partícipe será la establecida por el delito».

PARTICIPACIÓN. Art. 11.º Todos los que concurren, moral o materialmente, en cualquier forma, a la ejecución de un delito serán sometidos a las sanciones estatuidas para el mismo.

CODIGO PENAL RUSO

La Legislación Penal Soviética reconoce tres categorías. 1.ª Autores; 2.ª, Instigadores y 3.ª, Cómplices, agrupando estas dos últimas categorías bajo la denominación genérica de participantes.

Art. 17. Las medidas de defensa social de índole correctiva, serán aplicadas, tanto a las personas que han cometido un delito —autor —como a los participantes—, instigador y cómplice.

Son instigadores los que han inducido a la ejecución del delito.

Son cómplices los que cooperan a la ejecución del delito por consejos, indicaciones, prestación de medios y allanamiento, de obstáculos, u ocultando al autor o cerrando las huellas del delito.

CODIGO PENAL URUGUAYO

Son responsables del delito además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuese como autores, fuese como cómplices. (Art. 59). Se refiere, asimismo, a la participación en muchedumbre (Art. 65).

En los delitos culpables, cada uno responde de su propio hecho, a diferencia del Proyecto Argentino que admite «la teoría en cuya virtud se reconoce, como perfectamente posible, el concurso de personas en los delitos por culpa».

RESPONSABILIDAD LEGAL. — ESTADO PELIGROSO

«Todo autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, sea cual sea el estado de su salud mental, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones». (De la Exposición de Motivos).



Conocidos son los caracteres diferenciales de la tendencia clásica y de la positiva, caracteres agrupados en síntesis completa por el eminente catedrático Jiménez de Asúa, en la forma siguiente:

TENDENCIA CLÁSICA: a) Método esencialmente especulativo; b) Imputabilidad basada en el libre albedrío y responsabilidad moral; c) El delito como ente jurídico y d) la pena como un mal y como medio de tutela jurídica.

TENDENCIA POSITIVA: a) Método experimental; b) Responsabilidad social derivada del determinismo y peligrosidad del delincuente; c) El delito como fenómeno natural y social producido por el hombre y d) la pena no como castigo sino como medio de defensa social.

Fundadamente el proyecto de Código Penal chileno de 1929, dice: «Al Derecho Penal de hoy no le interesa saber si la voluntad es libre o determinada. Lo que le importa es la peligrosidad del sujeto, sea loco o normal. Es por eso que, con sobrada razón, se pretende substituir los viejos conceptos de la responsabilidad e imputabilidad moral por el de responsabilidad social, para formular así, este conocido postulado moderno de defensa: todos los hombres, sanos, o enfermos mentales, son socialmente responsables».

CAUSAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Los tratadistas de Derecho, suelen dividir en tres grupos las causas excluyentes de responsabilidad criminal (en la Legislación Boliviana, esas causas se denominan circunstancias que destruyen la criminalidad o culpabilidad de un acto, Art. 13):

1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD: Perturbación mental, minoridad penal, miedo insuperable, fuerza irresistible, etc. (En el sujeto, no hay conciencia ni libertad).

2. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: Legítima defensa, estado de necesidad. (El hecho no reviste figura delictiva).

3. EXCUSAS ABSOLUTORIAS, por ejemplo: impunidad del robo y hurto entre cónyuges (no hay pena) (Derecho Penal, por Jiménez de Asúa).

INEXISTENCIA DE DELITO



Una de las grandes novedades del Proyecto y que llama la atención, poderosamente, es la relativa a la supresión de las causas de justificación. Es aquí donde la técnica Argentina a llegado a su más alta perfección y se lanza victoriosa a la conquista de las legislaciones del porvenir con paso certero, por la lógica inconvencible de sus argumentos.

«En el título que venimos exponiendo —se lee en la Exposición de Motivos— consignamos, como es lógico, las circunstancias que suprimen la delictuosidad de un hecho que, objetivamente, revestiría las condiciones para ser considerado delito conforme a las previsiones de la Ley. Tales circunstancias, no son sino las mal llamadas causas de justificación. Cuando ellas concurren, nada hay que justificar, ya que no existe figura delictuosa, ausente, como está, el elemento subjetivo, que es de la esencia del delito. Es impropio decir, por ejemplo, que el que, en ejercicio de un derecho comete un hecho que tiene la forma pero no el contenido del delito, está justificado».

Según el Proyecto (Art. 15), no existe delito cuando el agente realiza el hecho:

1.º **ERROR DE HECHO.** Por error substancial de hecho, que no deriva de culpa, aunque sea determinado por engaño de un tercero, si los medios de que éste se valió eran idóneos para sorprender la buena fe del agente.

2.º **EJERCICIO DE UN DERECHO O DE FUNCIONES PROPIAS.** En ejercicio de un derecho, o de las funciones inherentes a un cargo o profesión, dentro de sus respectivos límites, o en cumplimiento del deber impuesto por una disposición legal o por una orden legítima de la autoridad pública competente.

3.º **ESTADO DE NECESIDAD.** Por la necesidad de conjurar el peligro inminente y grave en que se encuentre un derecho, propio o ajeno, cuando no sea evitable de otro modo y no haya sido provocado por acción u omisión dolosa del agente. Si el peligro recayere sobre un derecho patrimonial será necesario que el hecho realizado, importe un mal menor que el que se procuró evitar.

4.º **DEFENSA LEGÍTIMA.** Por la necesidad de defender un derecho propio, siempre que concurran las siguientes circunstancias: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

5.º Por la necesidad de defender un derecho ajeno, siempre que concurran las condiciones requeridas para la defensa del derecho propio y que, en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, no haya participado en ella que ejercita la defensa.



6.º Para rechazar la violencia contra un representante de la autoridad en el acto de ejercer sus funciones, cuando las circunstancias no permitan rechazarla de otro modo, ni vencer en otra forma, una resistencia que importe peligro para la persona.

CODIGO RUSSO

Art. 13.º Las medidas de defensa social de tipo correctivo no serán aplicadas contra las personas que han cometido hechos peligrosos, cuando el Tribunal declare que los actos ejecutados por ellas han sido cometidos en estado de legítima defensa contra ataques al Gobierno Soviético o al orden revolucionario, o por los que se defienden a sí mismos o a otras personas, siempre que no hayan excedido los límites de la defensa legítima.

Las medidas de defensa social de tipo correctivo, no serán aplicadas en caso de que tales hechos sean cometidos para evitar un peligro, que en las circunstancias concretas no podía ser evitado por otros medios, siempre que el daño causado sea de menor importancia en comparación con el mal impedido.

CODIGO PENAL URUGUAYO

El Código Penal Uruguayo, divide las circunstancias que eximen de pena en: Justificativas: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de la ley y la obediencia al superior. (Arts. 26, 27, 28 y 29); de Inimputabilidad: locura, embriaguez, intoxicación, minoridad, sordomudez. (Arts. 30 al 35); de Impunidad: pasión provocada por el adulterio, homicidio piadoso, tribunal de honor en el delito de duelo, la piedad, el honor o el afecto en ciertos delitos contra el estado civil, la retorsión y la provocación en los delitos contra el honor (Arts. 36 al 45).

La doctrina argentina, expuesta más arriba, se ha encargado de mostrarnos el grave error que encierra esta suerte de clasificaciones.

•
o

TITULO III

EL DELINCUENTE

Conquista auténtica de la escuela positiva es el estudio del delincuente. El Derecho Penal que se debatía en las concepciones lógico-abstractas de la postura clásica —de índole esencialmente jurídica— se vió frente a un campo de insospechadas fronteras. Había que abandonar el análisis objetivo del delito y sus consecuencias sim-



plemente materiales, para ver que ese acto, como todo acto humano, era el resultado de un proceso de factores. El delincuente en un «ente biosociológico» y concurren a la comisión del acto antisocial, dos grandes grupos de factores: los llamados endógenos a biológicos, propios de la constitución fisiopsíquica del delincuente, y, los denominados exógenos, mesológicos, propios del medio en que el delincuente actúa. (Criminología por Ingenieros. Factores determinantes del delito).

Podría decirse con propiedad que el Derecho Penal —más exactamente la Criminología— adquiere dignidad científica con la obra de los positivistas. Desde la genial concepción de Lombroso del tipo delincuente y de las contribuciones valiosísimas de Garófalo y, especialmente, de Ferri, vemos que el hombre delincuente es el material, precioso en las investigaciones científicas hasta las novedosas conclusiones de la Endocrinología y de Psicología Criminal.

Un Código Positivo girará, pues, en consecuencia, en torno a los problemas que plantea el hombre delincuente, el hombre peligroso, considerado socialmente. Ya se puede observar la posición diametralmente opuesta entre las escuelas Clásica y Positiva. El Código Penal Clásico se ocupa del delito y de las circunstancias agravantes y disminuyentes, partiendo del supuesto que existe una culpabilidad «típica o normal», por ejemplo, el Código Penal Boliviano —de filiación clásica—, distingue en el Art. 17, tres grados en los delitos o culpas: el primero, o el más grave de todos; el segundo, o el de inferior gravedad; el tercero, o el menos grave de todos. Para la calificación de algunos de estos grados, —añade dicho Art.— los jueces atenderán al mayor o menor número de las circunstancias agravantes o disminuyentes del delito que estén probadas en el proceso. Si concurre mayor número de circunstancias agravantes, la penalidad se aplica en su máximo; si las circunstancias disminuyentes son en mayor número, se aplica la pena en su minimum y, en el término medio cuando concurren agravantes y disminuyentes en igual número. Las circunstancias agravantes y disminuyentes, están enumeradas taxativamente en los Arts. 14, 15 y 16 del Código Penal. El Juez, en su sentencia no puede salir de ellas; no tiene arbitrio judicial.

Un Código Penal positivo enfoca el problema desde el punto de vista de la peligrosidad del delincuente (de esa perversidad activa y constante de que habla Garófalo). Y, naturalmente, insertará en su articulado circunstancias de mayor o menor peligrosidad, enumeración que no es taxativa.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD. Indica el Proyecto (artículo 17).

1.º La vida precedente, personal, familiar y social, disoluta, deshonesto o parasitaria.



2.º Los antecedentes judiciales por delitos y faltas.

3.º Las condiciones orgánicas y psíquicas anormales, aunque no constituyan alienación ni produzcan índole criminal, si han podido influir en la comisión del delito.

4.º Haber obrado por motivos innobles o fútiles.

5.º El tiempo, el lugar, los instrumentos y el modo de preparación, ejecución, y consumación del delito; las formas de participación en el mismo; la relación familiar o social con la víctima y la situación de inferioridad en que ésta haya podido encontrarse, en cuanto tales circunstancias, acusen una mayor insensibilidad moral.

6.º Haber agravado las consecuencias del delito.

7.º Haber observado, después del delito, una actitud agravante hacia la víctima.

8.º Haber cometido el delito cuando razones de cargo, profesión, u otra situación particular, crearan, para el autor la obligación de una más digna conducta personal y social.

9.º En los delitos por culpa, el haber causado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable y fácilmente previsible.

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD. Art. 18 — Serán consideradas circunstancias de menor peligrosidad, en el delincuente:

1.º La dignidad en la vida personal, familiar y social.

2.º El haberse distinguido por una conducta meritoria en el ejercicio de un cargo o profesión o por la realización de actos que revelen acentuados sentimientos sociales.

3.º El haber delinquido en un estado de intoxicación transitoria no provocada, ni previsible.

4.º El haber obrado por la sugestión de una multitud, de una asamblea en tumulto, o en circunstancias de excitación pública, cuando la personalidad del agente no acuse las anomalías no previstas en el número tres del artículo anterior.

5.º Haber procurado espontánea y diligentemente, evitar o disminuir las consecuencias del delito o el daño causado, inmediatamente después de la comisión.

6.º La confesión del delito en forma y circunstancias que revelen remordimiento.

7.º La miseria, cuando la naturaleza del delito y las circunstancias que lo rodearon la señalaron como causa determinante.

Como se ve, el Proyecto acepta como criterio dirigente la peligrosidad, sin definirla. La Exposición de Motivos, dice: «No definimos la peligrosidad, pero, si se examina el conjunto de las disposiciones contenidas en el título, se descubre, sin esfuerzo, el concepto que de ellas tenemos. Rechazamos, en absoluto, la tendencia a considerar la peligrosidad siempre indefectiblemente, como el efecto o la consecuencia de una anomalía antropológica. La peligrosidad, como bien observa Florian, no puede encerrarse en una fórmula

patológica que, a todas luces, sería insuficiente. Ella puede reconocer, y reconoce, en muchísimos casos, un origen netamente social. El género de vida que una persona lleva, por ejemplo, cuando es contrario a los principios representativos del *mínimum* de ética indispensable para la disciplina colectiva, crea la peligrosidad, indudablemente, sin que sea necesario el concurso de una anormalidad antropológica».

. . .

TITULO IV.

REGIMEN DE LA MINORIDAD

El Proyecto se inspira en las normas que, en conjunto representan el sistema imperante en la Colonia Hogar «Ricardo Gutiérrez», que constituye un legítimo orgullo de la República Argentina, por ser un establecimiento modelo entre los de su género. De ese régimen nos ocupamos extensamente en la «*Revista Jurídica*» N.º 2, bajo el título de «Patronato Nacional de Menores».

. . .

TITULO V

DE LAS SANCIONES

Los Códigos Clásicos tienen para los delitos penas prefijadas de antemano, es decir, a priori y su graduación se regla por el sistema absurdo de las circunstancias agravantes y disminuyentes.

El Derecho Penal contemporáneo erige como una de sus fórmulas, la sentencia indeterminada, o sea, la fijación de penas determinadas a posterior entre un *máximum* y *mínimum* o bien, partiendo solamente del *mínimum*. Es una institución en cuya virtud la persona responsable de un delito es condenada a encarcelamiento sin término especificado, permaneciendo en prisión y sometida a un tratamiento reformador, hasta que parezca estar apta para recibir su libertad».

CODIGO PENAL RUSO

El tantas veces citado Profesor Grodsinsky, escribe: «El fundamento del empleo de medidas de reacción social no reside en la culpabilidad, sino exclusivamente en la peligrosidad del autor, revelada





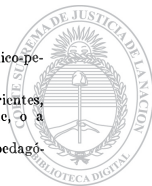
en la comisión de un acto peligroso. Por consiguiente las medidas de defensa alcanzarán igualmente a todas las personas peligrosas y sólo se diferenciarán por su carácter cada una de las medidas de defensa social. En consecuencia, los principios y el nuevo Código en ellas inspirado, denominan a todas las medidas de reacción social, «medidas de defensa social», y las dividen en tres categorías atendiendo a la personalidad del agente: cuando se trata de menores o de jóvenes que deben ser educados, se aplicarán medidas de índole médico-pedagógica (Artículos 12 y 25); cuando el autor se halle en estado de anormalidad psíquica, se emplearán medidas de carácter médico que persigan un fin curativo, y de aislamiento (artículos 10 y 24); en todos los demás casos, serán impuestas medidas de naturaleza correctiva que traten de lograr la inocuización y la enmienda social (artículo 20)»

Art. 20. — Las medidas de defensa social de especie correctiva, son las siguientes:

- a) Declaración de enemigo de los trabajadores con pérdida del derecho de ciudadanía de la U. R. S. S. y con extrañamiento absoluto del territorio de la U. R. S. S.;
- b) Privación de libertad con aislamiento riguroso;
- c) Privación de libertad sin aislamiento riguroso;
- d) Constreñimiento al trabajo, sin privación de libertad;
- e) Privación de los derechos políticos y de determinados derechos civiles.
- f) Extrañamiento temporal del territorio de la U. R. S. S.
- g) Destierro del territorio de la U. R. S. S. o de una determinada localidad, con domicilio forzoso o sin él, o bajo prohibición de residir en un determinado lugar o sin tal prohibición;
- h) Privación de empleo bajo prohibición de desempeñar éste u otros cargos análogos o sin tal prohibición;
- i) Prohibición de ocuparse en una determinada actividad o de ejercer un oficio determinado;
- j) Represión pública;
- k) Confiscación de bienes total o parcial;
- l) Multa;
- m) Admonición;
- n) Imposición del deber de reparar los daños ocasionados.

Art. 24. — Las medidas de defensa social de naturaleza médica, son las siguientes:

- a) Curación obligatoria;
- b) Internado en sanatorios con aislamiento.



Art. 25 — Las medidas de defensa social de índole médico-pedagógica son las siguientes:

- a) Entrega del menor a la potestad de sus padres o parientes, si éstos tienen posibilidad de mantenerle y educarle, o a otras personas o autoridades;
- b) Internado en establecimientos especiales curativo-pedagógicos.

EL PROYECTO

En la terminología jurídica, la Comisión Redactora, se muestra partidaria de la denominación de «sanciones», que excluye la distinción entre penas y medidas de seguridad.

ENUMERACIÓN DE SANCIONES. Art. 30 — Las sanciones establecidas para los delitos cometidos, con mayores de 18 años, son:

1. — Reclusión.
2. — Prisión.
- 3 — Internación en un manicomio o en un establecimiento oficial adecuado para la curación o tratamiento.
4. — Expulsión del país.
5. — Inhabilitación.
6. — Multa.

Entre las sanciones no figura la de muerte, posición que corresponde al triunfo franco de la corriente abolicionista.

CARACTERÍSTICAS. — El proyecto de las siguientes características: 1) — Establece para el cumplimiento de la reclusión y prisión locales distintos con aislamiento celular nocturno; 2) — Impone en trabajo obligatorio; 3) — En el régimen penitenciario obliga a concurrir a la Escuela del establecimiento, a vestir el uniforme que establezca la autoridad administrativa, a someterse a todas las medidas higiénicas y sanitarias y a los reglamentos administrativos; 4) — Impone la reclusión celular como corrección disciplinaria; 5) — Intervención y censura de la correspondencia de los condenados; 6) — Régimen del trabajo de los condenados, debiendo organizarse el trabajo no solamente con fines educativos o higiénicos, sino también, de habilidad técnica y rendimiento económico; 7) — Horario y duración del trabajo, fijándose la duración en 48 horas semanales; 8) — Distribución del producto del trabajo, aplicándose, simultáneamente: 1.º, a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos; 2.º, a la prestación de alimentos según el Código Civil; 3.º, a costear los gastos



que causare en el establecimiento y 4.º, a formar fondo propio que se le entregará a su salida; 9) — Inhabilitación o interdicción: la reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherentes la inhabilitación absoluta, quedando el condenado sometido a la curatela que el Código Civil establece para los incapaces; 10) — Concesión de libertad condicional a los condenados a reclusión o prisión.

PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD. — Es digno de mención especial el artículo 37.

Art. 37. — La ejecución de las sanciones privativas de la libertad, impuesta a mujeres, será suspendida en caso de que la condenada se encuentre encinta o no hayan transcurrido 40 días del alumbramiento. Este plazo podrá ser ampliado en caso de necesidad establecida por informe de peritos oficiales.

INTERNACIÓN EN UN MANICOMIO O EN ESTABLECIMIENTOS ADECUADOS PARA EL TRATAMIENTO Y CURACIÓN

Art. 50. — La internación en un Manicomio se hará efectiva en Manicomios criminales o en secciones especiales de los Manicomios comunes del Estado. La internación en establecimientos adecuados para el tratamiento y la curación se hará efectiva, cuando no se disponga de tales establecimientos en secciones especiales de los Institutos de carácter oficial en que sea posible el tratamiento que corresponde.

Las sanciones, expulsión del país, inhabilitación y multa, no ofrecen gran novedad.

•
• •

TITULO VI

DE LA IMPOSICION DE LAS SANCIONES

La condena indeterminada, en su fórmula amplia, no ha sido todavía acogida en el Proyecto. Dice la Exposición de Motivos: «carecemos de los elementos indispensables, para que tal institución sea lo que debe ser. Nuestras cárceles no permiten la implantación del sistema reformativo que la sentencia indeterminada exige». Sin embargo, establece la reclusión por tiempo indeterminado con un



mínimum de duración, para los delinquentes de grave anomalía psíquica, para los que hayan revelado índole criminal, para los habituales, para los reincidentes peligrosos y para los reiterantes, según el número de delitos perpetrados y la entidad de la sanción que a estos corresponde.

NORMA GENERAL PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS SANCIONES. Art. 61 — La sanción será impuesta al delincuente dentro de los límites fijados para cada delito, según su peligrosidad.

Para la imposición de las sanciones debe tenerse en cuenta si el delito se ha cometido en estado de alienación mental, de inconsciencia completa, o a causa de una grave anomalía psíquica o de un estado de intoxicación; si el delincuente es de índole criminal, habitual o reiterante, etc.

INSTITUCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

La política criminal en su lucha contra las penas cortas de privación de libertad, patrocina la condena condicional, el perdón judicial y la multa.

El Proyecto acoge la condena de ejecución condicional, en el artículo 82: El Tribunal, en los casos de primera condena, cuando se impusiere prisión que no exceda de dos años o multa no mayor de 2.000 pesos, podrá disponer, en la misma sentencia, que se deje en suspenso, en forma condicional, el cumplimiento de las sanciones.

En los restantes títulos del Libro Primero, el Proyecto trata de la reparación de perjuicios, de las acciones, de la extinción de las acciones y sanciones.

JUICIO CRÍTICO

En nuestro concepto, el Proyecto es de factura impecable, de sólida orientación doctrinal y de superlativa técnica. Corresponde al prestigio y a la preparación consagrada de los ilustres maestros doctores Jorge E. Coll y Eusebio Gómez, el primero de los cuales, ejerce en la actualidad el alto cargo de Ministro de Estado en el Despacho de Justicia e Instrucción Pública. Este dato nos induce a pensar que el proyecto se convertirá en una bella realidad, con la aprobación o sanción del Cuerpo Legislativo.

Cochabamba, agosto de 1938.



SECCION SEGUNDA

Notas y Comentarios

Bibliográficos







Hemos recibido este proyecto, publicado por el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública y redactado en cumplimiento de un decreto gubernativo del 19 de septiembre de 1936. Con razón, pues, consideramos que se trata de un proyecto oficial, y no de uno elaborado por estudiosos privados.

Dejamos a los juristas el comentario de la inspiración doctrinaria y filosófica y el aspecto técnico del proyecto. Debemos, sin embargo, hacer notar que la influencia del proyecto italiano Ferri de 1921 es evidente y explícita, y culmina en el instituto de las «sanciones», con eliminación de la «pena» y de las «medidas de seguridad».

Se declara que todo el proyecto se orienta «hacia un solo ideal, que es el credo científico de la hora», el cual es de marca netamente positivista. «Este ideal no es otro que el de la paz y la seguridad colectiva, eternamente turbadas por la incesante explosión del delito. Considerando a éste como fenómeno natural y social, mediante la admisión, confesada o no, del fecundo método preconizado por la escuela positiva, los medios de lucha no presentan divergencia. Al concepto básico de la defensa social, se une el de que es necesario abandonar el criterio objetivo de las viejas leyes para sustituirlo mediante el subjetivo, gracias al cual nos ponemos en condición de juzgar, más que al delito mismo, a su autor. Y así ha podido imponerse la teoría de la peligrosidad, que nos conduce a la solución del problema de adaptar la ley y sus sanciones al hombre delincuente».

Declaran los autores: «Sobre los postulados indiscutidos de la escuela positiva, postulados que sirven también de sólido fundamento a códigos de tendencia doctrinaria adversa, aunque haya obstinación en no reconocerlo, sobre estos postulados, repetimos, y especialmente en base al principio de la peligrosidad en el delito, hemos elaborado la reforma . . .»

«Se profieren injurias contra las leyes penales científicas, atribuyéndoles un sentimentalismo pernicioso. Unicamente la incompreensión puede suscitar un reproche tan aventurado. Se dice que los códigos hechos por los penalistas consideran al delincuente como un enfermo que debe ser tratado con delicadas atenciones. Nada más contrario a la verdad en la cual se encarna la incesante prédica de nuestra ciencia, que exige la aplicación efectiva de las sanciones mediante su eficaz adaptación a la personalidad del delincuente».

«La mentalidad del jurista, del civilista, que sólo conciben el derecho como sistema de normas lógico-abstractas a aplicarse al hombre, no concebirá jamás la aplicación de la ley distintamente a cada procesado, como debe hacerse para no caer en el funesto error de poner en libertad a un individuo peligroso, e imponer una sanción prolongada a un delincuente ocasional. El proyecto obliga al juez a realizar un estudio completo de la personalidad del delincuente y le confía los medios de defender a la sociedad con un elevado criterio de apreciación, que le servirá para la aplicación racional de sus preceptos».

Es entonces evidente que el fundamento de todo el proyecto está en el estudio del delincuente y se apoya por ello en bases antropológico-criminales.

La peligrosidad, substrato previsto en las sanciones, no es definida; pero los autores rechazan en forma absoluta la tendencia a considerarla siempre, indefectiblemente, como el efecto o la consecuencia de una anomalía antropológica. Ella reconoce en muchísimos casos un origen netamente



social. El género de vida que una persona lleva cuando es contrario a los principios que constituyen el mínimo de ética indispensable para la disciplina colectiva, crea indudablemente peligrosidad, sin que ocurra el concurso de una anormalidad antropológica».

El proyecto dispone que el juez establezca de manera fundada, la relación existente entre el delito cometido y las condiciones personales de su autor, para determinar a qué categoría pertenece. La explícita «clasificación de delinquentes» (donde los recuerdos de la codificación italiana son ostensibles) está contenida en el art. 20 del proyecto.

El tribunal determinará si el autor:

- a) Cometió el delito cediendo exclusivamente a una ocasión especial o transitoria;
- b) Cometió el delito en el ímpetu de una pasión social o en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable;
- c) Cometió el delito en estado de alienación mental, grave anomalía psíquica, inconsciencia completa o intoxicación crónica de alcohol, drogas o estupefactivos;
- d) Si la naturaleza y modalidad del delito o de los delitos cometidos, los motivos determinantes o las condiciones personales demuestran índole criminal;
- e) Si con la comisión de dos o más delitos anteriores, no culposos, y consideradas las mismas circunstancias y el género de vida llevado, demuestra haber adquirido el hábito de delinquir o la tendencia a vivir, aunque solamente en parte, de los provechos del delito;
- f) Si fué condenado anteriormente, en el país o en el extranjero, por otro delito, no militar ni político, aunque haya mediado indulto o amnistía, y si la reincidencia, teniendo en cuenta las circunstancias especificadas en los párrafos anteriores, lo presenta como sujeto peligroso.

La aplicación individualizada de las sanciones está establecida en el artículo 61: «La sanción será impuesta al delincuente dentro de los límites fijados para cada delito, según su peligrosidad establecida de conformidad con los arts. 17, 18 y 19. El tribunal requerirá todas las informaciones y antecedentes que sean necesarios para el más completo conocimiento de la personalidad del sujeto pasible de sanciones». Los arts. 17 y 18 que recuerdan a los arts. 61 y 62 de nuestro código penal, contrariamente a éstos, no agravan o atenúan el hecho delictuoso, pero prevén circunstancias de mayor o menor peligrosidad del delincuente.

El art. 19 agrega, además: «La enumeración de circunstancias de mayor o menor peligrosidad hecha en los precedentes artículos, no impedirá la consideración de otras que, fundadas sobre el conocimiento de la personalidad del delincuente, sobre la apreciación de los motivos determinantes, y sobre la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, permitan establecer el grado de peligrosidad. La valoración de cada una de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, será hecha en relación a la personalidad del sujeto, integralmente consideradas».

Es claro entonces que la personalidad del sujeto, su individualidad biológica y social, dominan todo el sistema del proyecto, de modo que su aplicación no podría tener lugar sin dicha base exquisitamente antropológico-criminal.

Puesta en evidencia, con verdadera complacencia, esta inspiración, por otra parte bien conforme con la tradición argentina, mucho más libre que las europeas de ciertas trabas, queremos detenernos sobre algunos puntos de más particular e inmediato interés médico-legal.



Con relación al infanticidio (Art. 118), los autores critican el código argentino vigente, que concede los atenuantes en cuanto el delito sea cometido «durante el parto», o «mientras la madre se encuentra bajo la influencia del estado puerperal». «Parecería —dicen ellos— que el legislador desease tener en cuenta las alteraciones psíquicas, observadas con relativa frecuencia, mientras subsiste el estado puerperal. Pero, si se ha querido aludir a tales alteraciones, para justificar la atenuación, el error es manifiesto, puesto que ella no tiene otro fundamento que el aceptado tradicionalmente: el propósito de ocultar la deshonra». Han modificado, entonces, la fórmula del siguiente modo: «durante el parto o mientras dure el estado puerperal».

Del punto de vista médico-legal, parece excesivamente extenso llevar el infanticidio hasta los límites del estado puerperal, si bien éste puede considerarse más breve que la clásica cuarentena.

El proyecto resuelve en sentido positivo la cuestión de la gravidez por atentados sexuales (Art. 125): «No dará lugar a ninguna sanción el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer o de su representante legal, cuando la gravidez provenga de estupro».

En el capítulo sobre las «lesiones», se ha introducido una disposición que resuelve ciertas situaciones, sobre las cuales he tenido ya ocasión de expresar algunas opiniones divergentes con aquélla más comunmente admitida en Italia.

El art. 127 dice: «La lesión producida sin el uso de arma, que no da lugar a otra consecuencia que la incapacidad para atender a las ocupaciones ordinarias por un término que no exceda de tres días, y que cure espontáneamente dentro del mismo término, no está sometida a sanción».

Los autores comentan: «Las razones que fundan esta reforma son claras: la insignificancia del hecho basta para que no constituya delito, debiendo considerarse como simple contravención. Si se recuerda que el vínculo familiar constituye circunstancia calificativa de agravación del hecho delictuoso en cuestión, se comprende sin esfuerzo que la disposición prevista es conveniente. Con frecuencia, en ciertas clases sociales, las reyertas conyugales o los excesos de corrección de padres a hijos, suelen dar lugar a pugilatos, por los cuales, como consecuencia, se produce una lesión tan leve como para sanar espontáneamente en brevísimo término. Si la autoridad interviene y la justicia se pone en movimiento, los mismos lesionados se apresuran, pasada la excitación momentánea a implorar perdón para el ofensor. Imploración inútil, naturalmente, puesto que el delito es de acción pública. Ocurre así, que por un hecho banal se pronuncian condenas que privan al hogar del único sostén. La sociedad, que no ha sentido conmoción alguna por el hecho, no tiene ningún interés en que sea aplicada una sanción. Los tribunales, en varias ocasiones, con criterio humano, aunque no legal, han declarado que las lesiones leves producidas al cónyuge sin intención de lesionar, a modo de corrección, no constituyen delitos».

Dedicamos este inciso a los intérpretes italianos, que forzando el concepto clínico de la enfermedad, han promovido procedimientos de acción pública con condenas de muchos meses por equimosis puntiformes curables en 48 horas. Con exceso tan inhumano y evidente, ha surgido la torcida teoría del exceso culposo en el delito doloso de golpes (*percosse*); la cual teoría, con toda su debilidad jurídica, no tiene otro fin que el de impedir las consecuencias de la rigidez interpretativa considerando una realidad clínica médico-legal simple y límpida (Ver mi artículo publicado en *Giustizia Penale*, *Presupposti*, 1935).

Otro punto interesante para la medicina legal es la supresión de la circunstancia agravante del «peligro de vida». Según los autores la realidad de este peligro no puede establecerse de manera cierta, puesto que depende de apreciaciones *inseguras*. La cuestión es discutible, desde el punto de vista



médico, puesto que en realidad hay casos en los cuales el peligro de vida es seguro e indiscutible, aunque después no se realice. Pero es bien comprensible que, en el sistema del presente proyecto, esto nada agrega a la peligrosidad del delincuente, y no se justificaria ninguna agravación de la sanción.

El proyecto es, en conjunto, digno de la mayor atención por parte de los médicos legistas y los antropólogos criminalistas. Bien entendido que esta atención se aguzará considerablemente, si la inspiración y las principales disposiciones del mismo consiguen pasar a la codificación vigente de un gran país como la Argentina. El mejor éxito depende, como bien dicen los autores, de dos condiciones: la primera es la construcción de institutos penales dotados del material necesario para readaptar al delincuente mediante el trabajo, la educación y la disciplina. Se necesitan cárceles bien organizadas y, sobre todo, bien dirigidas. La otra condición, igualmente primordial, es la preparación especializada de la magistratura. Sin embargo, opinan los autores, a pesar de que estas condiciones no son susceptibles de realizarse en breve tiempo en la Argentina, ello no debe obstar a la reforma legal, especialmente si se considera que en las disposiciones propuestas no se ha omitido contemplar la situación actual y los elementos actualmente a disposición del país.

LEONE LATTES.

LA GIUSTIZIA PENALE, parte II (El Código y la ejecución), fase. 6, junio de 1938, columna 826.

JORGE EDUARDO COLL Y EUSEBIO GOMEZ, «PROYECTO DE CÓDIGO PENAL ARGENTINO», traducido y comentado por G. A. Belloni y F. P. Laplaza. Milán, Hoepli, 1938, XXXII, 94.

La edición italiana del Proyecto Coll-Gómez llega muy oportuna para hacer conocer, aun a aquellos que no conocen la lengua castellana, el importante documento de la tendencia reformadora de la legislación penal que viene afirmándose decididamente en la América Latina con posterioridad al conocido *Proyecto Ferri*. Ella tiene el valor particular de los comentarios que los traductores ofrecen en la amplia «Reseña introductiva», y de un cuidadoso índice analítico. La traducción comprende tanto la completa Relación de los autores (exposición de motivos), como el texto mismo del proyecto, en su parte general, que es aquella donde se encuentra concretada la profunda reforma. Ulteriores anotaciones de los traductores completan los textos.

Conforme con la codificación de otros estados latinoamericanos y con el *Proyecto Ferri*, este proyecto de código penal se refiere solamente a los delitos, dejando a una reglamentación aparte la materia de las contravenciones (faltas).

Mientras en Europa el *Proyecto italiano de 1921* ha sido acogido solamente en parte por los autores de las sucesivas reformas penales, manteniéndose los principios tradicionales como base de los códigos, en la América Latina, especialmente en los Estados Unidos de Méjico, en Colombia, y ahora en el gran estado Argentino, la reforma penal no ha vacilado en seguir la radical orientación renovadora de aquel producto de la escuela positiva. En consonancia con la vasta y profunda cultura criminológica argentina —ya puesta de relieve por el profesor Laplaza en nuestra revista (v. Just. pen., Los presupuestos, 1938, fase. II, col. 120-130) y ahora nuevamente evidenciada en este prefacio al Proyecto Coll-Gómez— (cultura profundamente vin-



culada a los desenvolvimientos de la ciencia penal italiana) la reforma trazada por los autores del proyecto último supera las mismas formas características de las legislaciones mejicana y colombiana.

Aquí, en efecto, se ha adoptado un criterio unitario, no sólo en la sustancia, sino también en la forma de las sanciones.

El *Proyecto Coll-Gómez* afirma, en efecto, el concepto «defensista» del magisterio penal; dirige entonces la represión de la *peligrosidad criminal* realizando —como los códigos penales de Méjico y Colombia— el principio positivista de la *responsabilidad social*, y manteniéndose alejado del dualismo actual de «pena» y «medida de seguridad». El tiene en vista, en esencia, la defensa social y la regeneración, en cuanto es posible, de los delinquentes, así como, —acentuadamente—, la *reparación del daño* causado por el delito.

Análogamente a lo que han hecho los legisladores de los Estados Unidos de Méjico y Colombia y los autores del más renombrado proyecto cubano (Ortiz y Vieytes), Coll y Gómez, docentes ilustres de la Universidad argentina y antiguos secuaces de la Escuela romana de Ferri, no vacilan en afirmar: «cualquier autor de delito, sea cual sea el grado de su desarrollo mental, y sea cual fuere el estado de su salud psíquica, proceda o no conscientemente, debe ser sometido a la sanción adecuada a sus condiciones... El principio de la responsabilidad legal es el único compatible con las exigencias de la defensa colectiva... La coerción impuesta al reo en defensa de la sociedad la llamamos sanción, usando la terminología del *Proyecto Italiano de 1921*, porque ella expresa, inequívocamente, el significado de consecuencia jurídica del delito. Ella excluye, pues, la distinción inadmisible en la posición científica por nosotros asumida, entre pena y medida de seguridad».

Nos encontramos frente a la afirmación precisa de un *credo* científico, que no es compartido por todos. Pero lo que es notable es que tal *credo* científico encuentre la propia categórica afirmación en una realización de tan vastos alcances. Es este un hecho de indudable interés, en vista del cual nuestros colaboradores Belloni y Laplaza han realizado una obra ciertamente útil ofreciendo la oportunidad de dar cuenta exacta de ella a los lectores italianos.

Dirigiendo la represión de la delincuencia también hacia la enmienda del reo, el *Proyecto Coll-Gómez* repudia, y condena, con meditadas argumentaciones, la pena de muerte. Por lo demás él persigue la peligrosidad social del *delincuente*, no ya la «predilectiva» que una doctrina ibérica, muy difundida en América, quería igualmente perseguir. La sanción, como se ha puesto de relieve, no puede ser sino la *consecuencia jurídica del delito*. Y los autores del Proyecto se honran de haber dado para ésta normas «con estricto sentido jurídico», rechazando en líneas generales el principio simplista de la «sanción por tiempo indeterminado».

En suma, el carácter positivista del Proyecto Coll-Gómez, consiste esencialmente:

- a) En la realización del principio de responsabilidad penal sin excepciones de enfermedades mentales, minoridad, ebriedad, etc.: no se persigue la culpa moral, sino sólo la peligrosidad criminal del reo, peligrosidad que no excluye ciertamente las condiciones anormales ni la falta de madurez psíquica;
- b) En el unitarismo de las sanciones: asumiendo una posición distinta con relación a los precedentes actuales de las reformas penales americanas (acerca de los cuales véanse los estudios de Belloni sobre «El dualismo penal en las más recientes legislaciones latinoamericanas», en nuestra revista, *Presupuestos*, 1936, fasc. III y 1937,



fase. IV), el proyecto argentino realiza un sistema de sanciones netamente unitario, a pesar de contener una graduación muy variada en la aplicación de aquéllas, según la múltiple tipología antropológica criminal.

Y, por otra parte, las conquistas obtenidas por la gloriosa escuela clásica en la civilización moderna, para salvaguardia de los individuos y para afirmar la certeza jurídica contra los posibles arbitrios administrativos, esos principios jurídicos que constituyen el alma de nuestra disciplina, marcan todavía con su sello la norma penal proyectada. La cual parece destinada a una pronta codificación, especialmente después de que el profesor Coll —ya nombrado presidente de la importante Sociedad Argentina de Criminología, confirmandósele así la adhesión científica de sus colegas— ha sido llamado al gobierno de la República como Ministro de Justicia.

C. P.
(CORRADO PERRIS)

*
.

CRIMINALIA, Roma, enero-junio 1938, pág. 75.

JORGE EDUARDO COLL Y EUSEBIO GOMEZ, PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO, traducidos y comentados por G. A. Belloni y F. P. Laplaza, Milán, Hoepli, 1938; págs. XXXII-93.

He aquí la traducción italiana del *proyecto Coll-Gómez*, del cual nos hemos ocupado en el último fascículo de *Criminalia* (confróntese nuestro artículo sobre «*El nuevo proyecto argentino y el Código Rocco*», página 229 y siguientes, y el de Belloni «*El nuevo proyecto argentino en el desenvolvimiento de las reformas penales*», página 317 y siguientes). Ella ha vertido a nuestro idioma el texto íntegro de la *Exposición de motivos* y todo el libro I, esto es, la parte general del texto normativo: Belloni advierte justamente que frente al gran interés científico que presenta tal libro, los 279 artículos de la parte especial del proyecto no merecen la tarea de traducirlos, por cuanto las innovaciones allí concretadas por los autores resultan claramente de la *exposición de motivos*, que para la edición italiana ha sido oportunamente integrada por algunas notas a cargo de los traductores. Un amplio y envidado *índice analítico* del proyecto constituye un mérito más de esta edición, y facilitará el estudio para el cual se la ofrece a los lectores de nuestro país.

En el prefacio, Belloni no olvida de hacer notar cómo los estudios de derecho penal comparado están languideciendo donde prevalece la fortuna académica de los juristas de la llamada técnica jurídica. Pero también la escuela positiva debe ahora volver a cuidar sistemáticamente aquellos estudios, en la conciencia de su propia base experimental universalista y de los propios horizontes ilimitados en punto a la reforma penal: «La moderna escuela penal italiana —advierte nuestro colega— debe proceder a demostrar que su problema de *lege condenda* se vincula a aquél de la *lege lata*, no por ilusionismos de la voluntad o por la sola crítica negativa, sino también por el parangón de las leyes positivas de vanguardia, realizadoras de sus propios postulados. Entre éstas, está por incluirse el trabajo de los profesores argentinos Coll y Gómez, que aun como simple proyecto, es de una singular relevancia» por su carácter positivista.

Nosotros nos asociamos plenamente al deseo de que la publicación italiana de este proyecto sirva además para renovar la concordancia antigua y los



intercambios culturales entre los colegas argentinos y nosotros. Una interesante y precisa memoria de Laplaza sobre «*Los estudios penales en la Argentina*», que se lee como sugestiva introducción a la obra de sus colegas de la Argentina, demuestra ampliamente cuán fecundos fueron los contactos culturales, por lo cual el actual proyecto no puede ser considerado como extranjero con respecto a los estudios penales en Italia. No sólo está inspirado en el proyecto Ferri, sino en toda la evolución científica que ha precedido a éste.

Que la experiencia deba ser válida, nos parece indiscutible. Que su vigencia sea próxima lo asegura, además del hecho de su madurez, la circunstancia de que Coll ha sido llamado ahora al gobierno de la República Argentina, como ministro de Justicia, y que el presidente Ortiz, en su programa de gobierno, ha anunciado la inminencia de la reforma penal. Así la Argentina tendrá finalmente un código penal moderno digno de su cultura.

A. C.

(ANSELMO CRISAFULLI).

* *

REVUE DE DROIT PENAL ET CRIMINOLOGIE. — Bruselas. — Diciembre de 1937, página 1311.

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, redactado en cumplimiento del decreto del 10 de septiembre de 1936, y precedido de una Exposición de motivos, por los profesores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez. — Buenos Aires, edición de los establecimientos gráficos de la Penitenciaría Nacional. — Volumen de 124 páginas.

Publicación realizada por el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la República Argentina.

Comienza por una larga Exposición de los principios que han inspirado esta reforma y por indicaciones preciosas con respecto a la estructura del citado código penal y a su aplicación. El delito y el delincuente, las disposiciones relativas a los menores, las sanciones penales, las penas condicionales, los delitos contra las personas, y particularmente los delitos contra las buenas costumbres, los delitos que se refieren al estado civil, a la libertad, al patrimonio, a la seguridad pública, a la existencia de la nación, los crímenes políticos contra el orden público, contra el sentimiento nacional, y las administraciones públicas, los delitos contra la fe pública, el comercio, la industria, la economía pública, todo es sucesiva y metódicamente examinado.

Proyecto que testimonia una ciencia penal evolucionada, una ciencia penetrada de justicia y de humanidad, y a la cual no es ciertamente extraña la legislación italiana.

GINO CUTORE DI SAN CARLO.

* *

COLL, J. E. y GOMEZ, E. — **PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO**, U. Hoepli, Milán, 1938-XVI.

El proyecto de código penal argentino está traducido y comentado por G. A. Belloni y F. P. Laplaza, los cuales han hecho una obra realmente útil

presentando al estudioso italiano esta manifestación de la laboriosidad latina en América. Las páginas de Belloni, como siempre lúcidas y exhaustivas, confieren interés al volumen.

G. VIDONI.



RIVISTA PENALE, Roma, setiembre de 1938.

J. E. COLL y E. GÓMEZ: PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO

Es la edición italiana del proyecto de código penal redactado por los profesores Coll y Gómez y comprende la «exposición de motivos» y el libro primero del proyecto conteniendo la parte general.

La traducción está precedida de un ensayo de G. A. Belloni sobre «El proyecto de Coll-Gómez y el estudio juscomparativo» y de una memoria de F. P. Laplaza sobre «Los estudios penales en la Argentina»; está acompañada de notas a cargo de los traductores en la «exposición de motivos» y enriquecida por un completo índice analítico que facilita el estudio del volumen.

Sobre la reforma penal argentina, ver el artículo del profesor Gómez publicado en esta revista, 1938, fasc. de julio, pag. 781.

IL LIBRO ITALIANO, Roma, mayo de 1938.

3214. COLL, JORGE EDUARDO, GÓMEZ, EUSEBIO, PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO. 1938, 8.º, pp. XXXII-93.

El volumen comprende dos estudios introductivos de los traductores. El trabajo de Belloni, titulado «El proyecto Coll-Gómez y el estudio juscomparativo», pone de relieve la singular importancia del proyecto de Coll-Gómez para facilitar el conocimiento de las orientaciones progresivas de las reformas legislativas; el de Laplaza, sobre «Los estudios penales en la Argentina», ofrece algunos lineamientos sobre los estudios penales argentinos, sobre las varias escuelas y sus correspondientes realizaciones, sobre las reformas legislativas, útiles para una mejor comprensión del nuevo proyecto argentino.

Está reproducida luego íntegramente la exposición de motivos, redactada por los autores, y que contiene los principios doctrinarios que han inspirado la reforma proyectada. Siguen finalmente las disposiciones generales del proyecto de código penal.

El volumen está correlacionado mediante un índice analítico.

«**LA CORTE D'ASSISE**, Rassegna di diritto criminale e di ita giudiziaria»

FOGGIA (ITALIA), 1938, pag. 81.

JORGE EDUARDO COLL - EUSEBIO GÓMEZ, PROYECTO DE CODIGO PENAL ARGENTINO traducido y comentado por G. A. Belloni y F. P. Laplaza. Ulrico Hoepli editor. Milán, 1938.

El Proyecto de Código penal argentino redactado por los profesores Coll y Gómez representa una nueva afirmación de la escuela penal italiana, y la cuidadosa y límpida traducción que de él nos dan G. A. Belloni y F. P. Laplaza, «servirá no solamente para facilitar a los estudiosos el conocimiento de las



orientaciones progresivas de las reformas legislativas, sino también para renovar los simpáticos contactos entre los criminalistas de los dos países, que han producido ya fecundos resultados, no pudiéndose olvidar cuán generosa fué la acogida y la colaboración de la Argentina a las primeras afirmaciones de la crítica y de las investigaciones positivistas relativas a la reforma penal promovida especialmente por César Lombroso y Enrique Ferri.

Así escribe Belloni —que con fervor de apóstol, entre los jóvenes, dirige su mente a la valoración de los postulados de la moderna escuela italiana de derecho penal— en su brillante introducción al Proyecto.

Y es verdaderamente simpática la colaboración que un jurista argentino, Laplaza, presta para la traducción, en nuestro idioma, de una obra de su noble país, con el objeto de someterla al juicio de los críticos italianos, y, especialmente, para declarar, con orgullo, «que la Argentina tiene, con este Proyecto, la posibilidad de ser el primer país del mundo donde se experimente integralmente la eficacia de los principios científicos concretados en el célebre proyecto italiano de 1921».

Tenemos, pues, una traducción que no sirve para importar teorías exóticas, anacrónicas, en nuestro país, sino para dar valor y para confirmar la primacía italiana en el campo de las reformas penales.

Establecido esto, invitamos a los amigos y estudiosos del derecho a considerar el nuevo proyecto del código preparado para la Argentina, los principios doctrinarios del cual están ampliamente expuestos en la relación que precede al mismo proyecto.

La reforma se basa sobre el concepto fundamental de la defensa social o legal, y sobre el criterio de juzgar, antes que el delito mismo, al delincuente sobre la base del principio de la peligrosidad en el delito. Son los postulados de la escuela positiva italiana, aceptados parcialmente en el vigente Código italiano, a los cuales la reforma da amplio desenvolvimiento en las disposiciones del Proyecto.

El Proyecto consta de dos libros: el primero contiene el conjunto de las disposiciones generales y está dividido en diez títulos, que son: título I: Aplicación de la ley; título II: El delito; título III: El delincuente; título IV: Régimen de la minoridad; título V: De las sanciones; título VI: De la imposición de las sanciones; título VII: Condena de ejecución condicional; título VIII: Reparación del daño; título IX: De las acciones; título X: Extinción de sanciones y acciones.

El segundo libro reúne los preceptos relativos a los delitos en particular. Divídese en catorce títulos, los cuales tienen los siguientes epígrafes: título I: Delitos contra la persona; título II: Delitos contra la honestidad sexual; título III: Delitos contra el estado civil; título IV: Delitos contra la libertad; título V: Delitos contra los derechos intelectuales; título VI: Delitos contra el patrimonio; título VII: Delitos contra la seguridad pública; título VIII: Delitos contra la seguridad de la Nación; título IX: Delitos políticos; título X: Delitos contra el orden público; título XI: Delitos contra el sentimiento nacional; título XII: Delitos contra la administración pública; título XIII: Delitos contra la fe pública; título XIV: Delitos contra el comercio, la industria y la economía pública.

No entraremos en el detalle de las varias disposiciones del Proyecto (1), y nos limitamos a considerar aquéllas que representan innovaciones con relación a las legislaciones vigentes.

El Proyecto, ante todo, contempla solamente los delitos, dejando las contravenciones a reglamentaciones especiales, como en el proyecto Ferri de 1921, y como el Código penal mejicano y el colombiano.

(1) Estudios comparativos entre el proyecto argentino, el proyecto Ferri de 1921 y el Código italiano, han sido publicados por Crisafulli y Belloni en *Criminalia* (fasc. IV, 1937) y por E. Florian en *Scuola Positiva* (fasc. 1-2, 1938).



La innovación, a la vez que hace al código penal más ágil y ligero, elimina toda la vasta materia de las contravenciones que han invadido las leyes penales modernas; las cuales contravenciones ya que constituyen, por otra parte, una trasgresión a normas minuciosas de disciplina social, administrativa y fiscal, y por ende, un ilícito administrativo, está bien que sean reguladas separadamente, con sanciones administrativas de base exclusivamente pecuniaria (2).

Otro elemento importante del Proyecto, que constituye la parte central de la reforma, es el relieve dado a la personalidad del delincuente, para el cual se destina un título especial en el código: «título III: El delincuente».

Hemos aludido ya a que el principio científico que informa el Proyecto es el de la peligrosidad del delincuente. Los autores del Proyecto no definen, sin embargo, la peligrosidad, y rechazan, en forma absoluta, la tendencia a considerar la peligrosidad, siempre e indefectiblemente, como el efecto y la consecuencia de una anomalía patológica. Recordando la observación de Florian, admiten que la peligrosidad no puede encerrarse en una forma patológica que, evidentemente, sería insuficiente. Ella puede reconocer, y reconoce en muchísimos casos, un origen netamente social. Por esto, en el título III se hace una enumeración de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, que no debe ser entendida en sentido taxativo, ya que es imposible —se dice— prever la multitud de circunstancias del más diverso origen que pueden concurrir en un sujeto para convertirlo en socialmente peligroso. Y, en el artículo 17, asignan carácter de circunstancia de mayor peligrosidad a la vida precedente, personal, familiar y social, disoluta, deshonesto o parasitaria.

Algo más y mejor que el artículo 133 del Código penal italiano, aunque hubiera sido preferible una definición expresa de la peligrosidad criminal.

Otro elemento esencial de la reforma es el carácter unitario dado al Proyecto con la abolición de la distinción entre penas y medidas de seguridad.

Usando la terminología del proyecto italiano de 1921, se denominan sanciones a todas las normas coercitivas impuestas al delincuente, a saber: reclusión, prisión, internamiento en manicomio o establecimiento especial adaptado para la curación y el tratamiento, expulsión del país, inhabilitación y multa. No es admitida la pena de muerte.

Ahora bien, el concepto comprensivo de *sanciones* responde más exactamente a las premisas científicas del Proyecto, basadas en el principio de la peligrosidad del delincuente y de la defensa social contra el delito.

Por otra parte, la más reciente literatura, tanto en Alemania como entre nosotros, tiende hacia el concepto unitario de la pena y de las medidas de seguridad, unidad del derecho penal que encuentra ya actuación, sugerida por la experiencia, y por lo cual el sistema adoptado por el proyecto argentino responde a la más moderna elaboración de los fines de la pena.

Dejaremos de ocuparnos de la parte especial del Proyecto —la sistemática de la cual, como ya ha observado Belloni, hace preferible el libro II del Código Rocco—, y, en resumen, podemos concluir que: el Proyecto elaborado por los insignes profesores Coll y Gómez representa, sin exageradas innovaciones, un indudable progreso en las reformas de las legislaciones penales, y constituye para nosotros motivo de viva complacencia porque las razones que lo han inspirado provienen, en gran parte, de la ciencia penal italiana: con lo cual viene a reafirmarse una vez más la indiscutida primacía del pensamiento jurídico italiano en el campo de las doctrinas penales y la influencia científica que ejercen en las grandes comunidades latinas.

V. LA MÉDICA.

(2) Conf. Petrocelli, *Le funzioni della pena*, en *Rivista di diritto penitenziario*, 1935, pág. 1363.

MONITORE DEI TRIBUNALI. Giornale di Legislazione e Giurisprudenza civile e penale. Milán (Italia), 25 de junio de 1938, pág. 415.

JORGE EDUARDO COLL - EUSEBIO GOMEZ, Proyecto de Código Penal argentino traducido y comentado por G. A. Belloni y F. P. Laplaza. Editor Ulrico Hoepli, Milán, 1938, — pág. XXXII-93.

El volumen consta de cuatro partes: una interesante introducción de Belloni; una completa noticia de la literatura penal en la República Argentina, de Laplaza; la exposición de motivos y la parte general del Proyecto de Código penal; como complemento, un índice alfabético del Proyecto, que hace más fácil la consulta con fines comparativos.

La publicación no interesa solamente a los estudiosos del derecho comparado o a los técnicos del derecho penal y de la política criminal: interesa a todos aquellos que siguen con atención el desenvolvimiento y el progreso científico y práctico de una materia tan viva y palpitante cual es la lucha contra la criminalidad y la tutela jurídica de las personas y de los bienes.

Pero interesa sobre todo al amor propio nacional, ya que significa un triunfo de la escuela positiva italiana y, después del proyecto Ferri de 1921, aparece como el más completo ejemplo de aplicación en la práctica, de la traducción legislativa, de la doctrina que se enorgullece de haber nacido en Italia, y constituye para nosotros un título de honor por la original contribución aportada a dichos estudios.

Otro motivo que recomienda la lectura del Proyecto argentino es el de las continuas referencias que hace a la legislación y también a la ciencia italianas; y lo que torna particularmente instructiva y útil para nosotros su lectura, es que dichas referencias van acompañadas de consideraciones críticas de especial interés, tanto cuando las conclusiones son favorables como cuando son contrarias a las soluciones adoptadas entre nosotros.

Hay naturalmente, en los motivos (especialmente en los relativos a la parte especial) y en el texto, alguna cosa que nos interesa en menor grado: se trata de lo informado por condiciones locales que difieren notablemente de las muestras, como, por ejemplo, cuando se excluye la incriminación de las *lesiones* de pequeña entidad porque parecen ser frecuentes en el ámbito familiar, o cuando, por el contrario, se carga la mano para el *abuso de arma*: —más frecuente en la América Meridional que en Italia—, o cuando se previene un delito ignorado por nosotros, como es el de la *donación de menores*.

Así también ofrece menor interés para nosotros la referencia a precedentes legislativos locales, o la presentación de fórmulas que —por ser más correctas— deben sustituir a locuciones menos felices de la legislación penal actualmente vigente en la República Argentina.

Son, en cambio, muy interesantes y dignas de toda atención y reflexión las consideraciones que se refieren a la persona del delincuente.

Aun aquéllos, en efecto, que permanecen fieles a la tradición clásica, que quieren considerar ante todo el *hecho delictuoso* punible, no han negado nunca la importancia de conocer y determinar la figura del *autor* del delito; así como tampoco ningún positivista ha pensado jamás que no fuese necesario determinar, en primer lugar, el hecho punible y las circunstancias en las cuales ha sido cometido, para determinar después la personalidad del sujeto que debe ser castigado por la sanción represiva. Pero que el juicio final deba ocuparse más de la determinación de dicha personalidad para poder aplicar la medida represiva más apropiada, es algo que, en realidad, está aún demasiado poco cuidado en muchas legislaciones, como para no opinar que, en este punto, los motivos del Proyecto significan un verdadero y notable progreso, digno en todo de ser meditado e imitado.





Es digno de atención el hecho de que el Proyecto, obra declarada de decididos positivistas, no ose traducir enteramente en acto el ideal de la pena indeterminada. Los positivistas, en efecto, no pueden siquiera negar que, si desde el punto de vista de la intimidación (que nadie puede excluir de la ley penal) la pena indeterminada aparece como instrumento eficaz, por otra parte, el espectro del arbitrio ilimitado del juez y la consiguiente imposibilidad de realizar una perecuación, y el diverso tratamiento de los distintos participantes en el mismo delito, pueden producir en el público una impresión de injusticia que restaría toda eficacia a aquella que se llama justicia penal; de donde resulta que no se puede menos que permanecer dudosos y vacilantes (como precisamente se encontraron los autores positivistas del Proyecto, al encargar la aplicación del principio), y la conclusión práctica podrá ser todavía una mayor latitud en los mínimos y, sobre todo, en los máximos de las penas imponibles por el juez, antes que el juicio pueda llegar a una perfección tal que consienta la adopción del anhelado principio.

La cual consideración —la duda en cuanto a la aplicación del principio— se repite también en el punto de la *peligrosidad* del individuo, considerada como base exclusiva de la aplicación de la sanción,

El criterio de la peligrosidad está también acogido —si no en la integridad de la doctrina positivista, en medida notable— en el Código penal Rocco; y es, acaso, con las medidas de seguridad, el principal aporte de la doctrina positivista al Código Rocco. Sin embargo, si se piensa que la *peligrosidad* es atribuida al autor del delito en base a un juicio estimativo, en gran parte inductivo, y, estábamos por decir —aunque sepamos que el término no es exacto— indiciario, surge la duda de si no se confía demasiado en ella para extraer un criterio recto de justicia y de aplicación de la sanción. Ejemplo de la dificultad de establecer la *peligrosidad* y su grado nos lo da, justamente, el poner la miseria entre las circunstancias de *menor* peligrosidad del delincuente (artículo 18 del proyecto, N.º 7), cuando la naturaleza del delito y sus circunstancias la señalen como causa determinante.

Que la miseria —más bien, la necesidad, como decía Parini— pueda ser un atenuante, especialmente en los delitos contra la propiedad (o el patrimonio, como quiera decirse), de acuerdo; pero no parece que pueda ser índice de *menor peligrosidad*: más bien sería, por el contrario, una condición que haga más peligroso al sujeto.

En la exposición de motivos del libro segundo deben señalarse las consideraciones por las cuales el adulterio es excluido del Proyecto como delito (pág. 37 y sig.).

Las razones para ello invocadas nos parecen absolutamente convincentes, y nos sentimos tentados a recordar que, además de Pessina y de Brusa, se debería agregar, a los autores italianos citados en el Proyecto, el nombre de Stoppato que se adhería a tal opinión.

Por último, una notable disposición del Proyecto de Código penal argentino —que acaso encontraría lugar más adecuado en el código de procedimientos, en el título de la instrucción— es la del artículo 75: «El tribunal, requerirá todas las informaciones y los antecedentes necesarios para el más completo conocimiento de la personalidad del sujeto a quien se deba imponer la sanción (el imputado)». Nosotros diríamos, en vez de «tribunal», el «juez instructor», y agregamos que para cada imputado debiera tenerse un informe del médico (¿de las cárceles?) que describa sus anomalías físicas o psíquicas reveladas en la visita u observación del médico mismo (¿alienista?).

F. LUZZATTO.

BOLETIN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

(Universidad Nacional de Córdoba. Año 1, número 1. Septiembre - octubre de 1937. Córdoba. Imprenta de la Universidad, 1937). pág. 151.

JORGE EDUARDO COLL Y EUSEBIO GÓMEZ: *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*. Buenos Aires, 1937. — LX páginas de Exposición de Motivos y 124 de texto.

Se encuentra ya en manos del público el proyecto de nuevo Código Penal, elaborado por los profesores Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, por encargo del Poder Ejecutivo.

Comisionados por decreto de 19 de setiembre de 1936, han cumplido su cometido en el breve término de meses, pues su presentación lleva fecha de julio 8 del corriente año. Y esta exigüidad de tiempo para dar cima a una labor orgánica de total renovación acreditada en sus autores la ciencia y experiencia que dan autoridad de codificador.

Las bases doctrinarias de la nueva legislación que se proyecta, tienen, entre otros méritos, el de su unidad sistemática, la que agregada a una metódica y nomenclatura correlativa, invisten a la ley que las ordena y disciplina de un verdadero valor de código.

La exposición de motivos con que se acompaña su texto, hácenos conocer en síntesis, esas bases doctrinarias, las cuales corresponden íntegramente a los postulados del positivismo, dominantes en el ambiente jurídico penal de la época. Esa orientación científica aparece sinceramente vivida en la cátedra y en la magistratura por los autores del proyecto y francamente confesada. Se trata de un documento de filiación legítima y reconocida.

Huelga en esta nota, de simple bienvenida, recordar el contenido sustancial del ideario positivista; la extraordinaria obra de polémica y de divulgación cumplida por la Scuola al través de medio siglo, lo ha incorporado, hace tiempo, a la cultura ambiente.

Empero, digamos, como mejor homenaje a los autores del proyecto, que la cátedra de la Universidad de Córdoba, a cargo del suscrito, recíbelo como la más alta ejecutoria de la orientación y seriedad de su enseñanza; la que desde hace una década viene observando no obstante las voces disonantes que con frecuencia resuenan en su estrado y cuyo eco nunca desoyó.

Agreguemos, que si la orientación científica del proyecto merece nuestra adhesión sin reservas, su estructuración técnica legislativa compromete ya nuestra preocupación, que continuaremos realizando cuotidianamente en un paralelo constante con la actual legislación.

PABLO MARICONDE.





INDICE



SECCION PRIMERA: *Estudios críticos, comentarios y artículos de presentación:*

EUGENIO FLORIAN	3
FELIPE GRISPIGNI	17
JULIO ANDRÉS BELLONI	25
» » »	41
ANSELMO CRISAFULLI	53
» »	61
MARIO D'ANIELLO	77
JORGE H. FRIAS	85
CARLOS SALVAGNO CAMPOS	97
ERNESTO J. URE	109
ERNESTO J. URE Y ANTONIO L. BERUTI	127
AUGUSTO H. MORISOT	133
RAFAEL GARCÍA ZAVALÍA	139
EMILIO C. DÍAZ	147
CARLOS MOUCHET	163
FAUSTINO INFANTE	173
» »	181
JOSÉ VALDIVIESO	187
» »	197

SECCION SEGUNDA: *Notas y comentarios bibliográficos:*

<i>Archivio di Antropologia Criminale</i>	215
<i>La Giustizia Penale</i>	218
<i>Criminalia</i>	220
<i>Révue de Droit pénal et criminologie</i>	221
G. VIDONI	221
<i>Rivista penale</i>	222
<i>Il Libro italiano</i>	222
<i>La Corte d'Assise</i>	222
<i>Monitor dei tribunali</i>	225
<i>Boletín de la Facultad de Derecho (Córdoba)</i>	227