

LA REFORMA PENAL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	210
UBICACION	<i>E. 67</i>
FICHA MATERIA	



LA REFORMA PENAL

ESTUDIO DE LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO
DE CÓDIGO PENAL, REDACTADO POR LOS DRES. SAAVEDRA, BEAZLEY,
RIVAROLA, MOYANO GACITUA, PINERO Y RAMOS MEJIA.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

EN QUE DEBE INSPIRARSE

POR

JULIO HERRERA

Ex Senador Nacional
Miembro de la Corte de Justicia de Catamarca

CON UN PROLOGO DEL Dr. OSVALDO MAGNASCO



BUENOS AIRES

LIBRERÍA É IMPRENTA DE MAYO

J. E. HALL Y CA. LIBREROS EDITORES

143 - CALLE PERÚ - 143

1944



PRÓLOGO



Respondiendo á la sentida necesidad de practicar una revisión del Código Penal, á objeto de adaptar sus disposiciones á nuestro estado social y á los progresos indicados por la legislación comparada, la doctrina general y la jurisprudencia de nuestros tribunales, la Administración Nacional inaugurada en 12 de Octubre de 1904, dictó dos meses después de instalada en el gobierno, el decreto de 19 de Diciembre del citado año, constituyendo una comisión encargada de preparar, entre otros importantes trabajos legislativos, un proyecto de modificaciones al recordado código.

Las frecuentes reformas generales ó parciales, introducidas en el cuerpo de esa delicada legislación, no habían logrado, según lo manifestaba el gobierno en los fundamentos de su resolución, satisfacer los unánimes anhelos de una justicia equitativa, equilibrada y concorde con el estado social de la población en las varias regiones de la república y menos en la Capital Federal, expresiones sin duda llenas de verdad, no obstante la reconocida versación de los diversos autores de las reformas y la seria dedicación consagrada por ellos á la tarea.



La insuficiencia de esa labor era tan sensible, que á poco de apreciada, labrábase en todos la convicción de que no sólo no resultaba mejorado el llamado Código del doctor Tejedor, sino que éste quedaba siempre preferible como obra de codificación, en su fundamental unidad de criterio y á veces aún en algunas de las disposiciones de detalle ú órganos cuya reforma no obstante se proponía.

La comisión designada por el gobierno de 1904 afrontó desde luego su múltiple y difícil cometido, consagrándose al exámen y estudio del referido código y al año y medio presentó su planilla de innovaciones explicándolas en una exposición de motivos sintética y analítica á la vez. Diciéndose compenetrada de los fines exclusivamente prácticos de su labor, decidió desechar á priori toda tentativa de innovación que, en su sentir, no estuviese abonada por una bien acreditada experiencia, porque un código legislativo «no es sitio aparente para ensayos de teorías más ó menos seductoras». Ese mismo criterio práctico la indujo á no pararse ante la filiación de las modificaciones que resolvía aceptar, importando poco que ellas respondiesen á una ú otra de las conocidas escuelas en que se divide la opinión de los penalistas.

Recordemos que apenas dado á la publicidad, el trabajo fue objeto de críticas de concepto general, de método científico y de pormenor. Se le observó desde luego, un criterio excesivamente conservador y circunspecto hasta la timidez, en cuanto había dejado deliberadamente de lado reformas ya implantadas con ventaja en otras naciones y mantenía sis-



temas y preceptos del código vigente contra los que la experiencia ya se había pronunciado en modo más ó menos expresivo y categórico. A nuestro estudio profesional fueron dirigidas algunas observaciones de conjunto y de detalle, y un magistrado judicial nos remitió las suyas, objetando varios artículos del flamante proyecto.

Caído ya en transitorio olvido, no obstante la urgencia de la reforma cada día más perentoria, se presentó al estudio un alto magistrado de provincia, ex-senador al congreso de la nación, solicitándonos algunas líneas de prólogo para su obra *La reforma penal*, que ya tenía concluída. Era el doctor Julio Herrera, de Catamarca, cuyos dotes de extraordinaria laboriosidad intelectual conocíamos. Espíritu analítico, erudito, perseverante, de criterio muy adobado por la experiencia de la vida y las disciplinas del pensamiento, fuerte para apartar de su labor investigadora y de juicio cualquier factor ageno á los métodos científicos, franco en sus ideas y sobre todo en su expresión, perdimos un poco la inquietud que suele producirnos este género por demás frecuente de solicitudes que, por regla general nos es forzoso evacuar con celeridad poco avenida con las exigencias de la buena crítica. Pero se trataba en el caso, de un especialista de la rama penal y recordamos entonces su honrosa participación en los debates parlamentarios provocados por la última reforma, con discursos y observaciones que llamaron la atención, así de los colegas como de los estudiosos en general.

En esas claras y concienzudas exposiciones cri-



tivas é informativas, su autor revelaba conceptos precisos y firmes sobre la materia en debate y vistas de conjunto cuya homogeneidad y armonía no podían resultar sino de una consideración larga y meditada de la ciencia penal en sus múltiples aspectos. Exponiendo uno de esos conceptos, acaso el más medular en toda la vasta y compleja materia del delito y la penalidad, decía: «La pena no puede tener por objeto contraponer al mal producido por el delito, otro mal. Su misión es más noble, más elevada; en manos de la sociedad es un instrumento para el bien: la regeneración individual cuando es posible; la preservación social, en todo caso. Como toda función orgánica—y el derecho lo es—ella debe tener un fin que no es, por cierto, devolver mal por mal, sino alcanzar un resultado en el porvenir, y es ese resultado el que se debe tener en cuenta, más que el crimen cometido. Ihering en Alemania ha dado capital importancia á esta idea de fin de la pena, destinada según él á vivificar toda la osatura del derecho. Si la defensa social es el objetivo de la pena, el peligro social debe ser su medida.»

Tal es el autor del trabajo dado hoy á la publicidad con el propósito de contribuir al mejor éxito de la reforma legislativa que nos ocupa. Y convenía, ciertamente, su lectura y apreciación más detenidas, tratándose de una obra prolijamente elaborada por tan distinguido criminalista, siéndonos grato reconocer que si la primera impresión le era favorable, su estudio detenido deja la convicción de ser una valiosa contribución á la reforma, á punto de que no podría ser ésta llevada á cabo sin tenerse en cuenta y



consultar el presente erudito y completo trabajo de observaciones doctrinarias y prácticas, generales y de pormenor.

El proyecto de la comisión ha merecido al doctor Herrera juicios radicalmente adversos, en críticas de expresión acaso excesivamente franca en ocasiones, pero en todo caso bien motivadas y expuestas con manifiesto espíritu de lealtad y sinceridad. Dueño su autor de un criterio fundamental categórico, hace girar á su alrededor toda la vasta y compleja materia, manteniéndolo rigurosamente en los múltiples desenvolvimientos impresos á su labor. El estudio del problema penal practicado á la luz de sus antecedentes históricos, doctrinarios y experimentales, le dá un concepto definido de la infracción y de la pena, y es con él que penetra y avanza en el campo de su asunto, señalando errores é infiriendo con segura firmeza las conclusiones que en su sentir corresponde adoptar y plasmaren ley. Por otra parte, su material de información jurídica es abundante y bien se nota que el expositor y el crítico se halla al corriente de su asunto en lo más sustancial de la evolución operada en esta movetiza rama del derecho, desde los conceptos ingenuos y de primera impresión de las sociedades primitivas, hasta los superiores desarrollos que la moderna filosofía y la experiencia judicial y carcelaria han dado á las doctrinas que se disputan el predominio de los fundamentos penales.

Considerada así la obra de los reformadores oficiales, no oculta el doctor Herrera la desilusión que ella le produce, estimándola vacilante y contradic-



toria en sus conceptos, incierta en su sistema, carente de unidad y, de ahí, extraviada en la mayor parte de las innovaciones que introduce al código, cuyo macizo conserva en todo el anacronismo de su espíritu y de sus orientaciones atrasadas ó insuficientes.

«Nuestras esperanzas—dice—no se han realizado. El proyecto conserva en toda su integridad el viejo armazon del código actual, igual al de los códigos de principios del siglo pasado, que todos los pueblos civilizados han abandonado como incompatible con los progresos de la civilización y de la ciencia penitenciaria, limitándose á introducir el modernísimo instituto de la liberacion condicional al cual se exige el milagro de moralizar á los que el Estado mismo se encarga de corromper hasta la médula. Funesto error é infantil también, pues ello equivale á pretender que una máquina anticuada, de resortes enmohecidos, haga el trabajo de una moderna, proveyéndola de una pieza nueva. Presidio, prisión, detención, no son sino una sola cosa bajo nombres diferentes: el aprisionamiento es común con ó sin trabajo; el amontonamiento de delincuentes, primarios, reincidentes, de ocasión, por temperamento, por pasión, por hábito, adultos y jóvenes, todos soportando la misma pena, todos confundidos, todos mezclados en una promiscuidad repugnante. El aprisionamiento individual, proscripto; las cortas penas prodigadas como antes, salvo la aplicación del *sursis*; los menores desde los catorce años, identificados á los adultos; en cada provincia imponiéndose penas diferentes en intensidad y cla-

se; la deportación, fracasada en todas partes, erigida en supremo é inefable remedio para combatir la reincidencia. Tal es el sistema penal adoptado por el proyecto»

« Al igual de los códigos medioevales, en éste no se vé otra cosa que la idea retributiva, el *quia peccatum* como fin de la pena, el viejo principio de la intimidación dominando soberano, sin que nada evoque la idea de enmienda, de reforma moral del delincuente, de utilización de la pena en bien de la sociedad y del individuo ».

« Su concepto del delito y de la pena—dice en las síntesis de la Introducción—es el tradicional, el mismo del código vigente. Como éste, considera el crimen solamente en su materialidad; su más ó menos gravedad después del mal producido y de las circunstancias que lo han rodeado, sin que la personalidad de su autor influya mayormente en ella y, de consiguiente, en la pena que se le debe aplicar. Que el delincuente sea un niño de catorce años ó un hombre de treinta, un malvado ó un hombre honrado, para el proyecto es lo mismo, salvo la facultad del Juez de aumentar ó disminuir un poco la cantidad de pena, que queda la misma para todos. El peligro que el delincuente ofrece según su más ó menos perversidad, apenas si se tiene en cuenta como una simple circunstancia agravante, exactamente como en el proyecto Tejedor ó el código actual, sin que tal circunstancia autorice á salirse de la pena legal. El motivo que tan capital importancia ofrece para apreciar la criminalidad de fondo del agente, es completamente olvidado; su rol, por el





proyecto, se reduce á aumentar ó disminuir algo la pena entre dos límites inflexibles y lo más que podrá hacer el Juez en presencia de un delincuente que todo el mundo absuelve, porque todos comprenden que en su lugar hubieran procedido lo mismo, es condenarlo al mínimun de una pena igual á la que sufren los peores criminales».

¿A qué conceptos y á qué necesidades debe responder un código? ¿Qué es un cuerpo de legislación penal? El doctor Herrera se dirige á sí mismo esas y otras preguntas semejantes, sobre todo cuando afronta de lleno el estudio de un sistema represivo racional y entonces expone con la misma amplitud sus ideas propias, declarando firmemente que un código de esa especie, «ya no puede ser vaciado en el molde clásico definitivamente roto, ni inspirarse en vetustas ideas ni en necesidades que no son las de nuestra época. Por el contrario, debe penetrar resueltamente en las modernas corrientes aceptando las ideas más exactas de hoy sobre el delito y la pena; debe dirigir y encauzar el movimiento de las nuevas ideas y no hacer el resúmen y como el epílogo de una época ya pasada. Un código debe estar en consonancia con la vida, con las realidades presentes, con las necesidades y aspiraciones del momento en que aparece, resolviendo con criterio científico y práctico á la vez, los problemas palpitantes de la actualidad, sin limitarse á consagrar concepciones que hoy sólo tienen un valor histórico, pero que se arraigan en el espíritu con la fuerza de lo que nos hemos acostumbrado á considerar verdades indiscutibles y que ostentan una tradición se-



cular y una gran obra cumplida en el desenvolvimiento de la civilización humana ».

Y no es que el distinguido autor de este volumen carezca de la prudencia que, sobre todo esta delicada rama del derecho exige, en cuanto se refiere a innovaciones. Su espíritu no es un espíritu revolucionario; no es sistemático ó tendencioso; sus severas censuras á lo que llama **misoneismo** están lejos de implicar un deseo empírico ó inmoderado de novedad. No, su trabajo abona otra cosa: su prudencia, su mesura, su temor á la exageración y su propósito, uniformemente mantenido, de rehuir toda reforma avanzada y aconsejar únicamente aquellas que, después de maduradas en largos debates doctrinales y sido incluídas en otros códigos, han pasado con ventaja por el crisol de la aplicación judicial y penitenciaria.

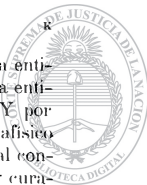
No quiere ello decir que sus opiniones deban en todo caso ser acogidas sin exámen ni debate; nó: algunas de ellas necesitarán la unción depuradora de la controversia, pero estamos seguros de que, cualesquiera que sean las contingencias que la discusión les reserve, las doctrinas de este libro influirán eficazmente en la obra gubernativa y muy á menudo saldrán triunfantes y se impondrán por el vigor irresistible de sus fundamentos.

De cualquier modo, el amplio estudio ofrecido hoy por el Doctor Herrera á la consideración de los preparados y del país en general, constituye un generoso incentivo para reanudar con decisión y provecho el examen del proyecto oficial y lograr al fin el cuerpo de legislación penal que la república tan



premiosamente necesita. Hay en sus páginas un material por todo concepto rico y de consiguiente no desdeñable: ilustración histórica, filosófica y jurídica, principios nítidamente expuestos, críticas extensamente razonadas, proposiciones presentadas con todo el prestigio de una caudalosa información moderna y, singularmente, hay en ese trabajo método científico hecho á base de conceptos sustanciales consistentes.

La doctrina de la preservación social ilumina sostenidamente el conjunto y el detalle de la obra. De ese tronco firmemente arraigado, deriva él las gruesas bifurcaciones primeras y luego toda la abundante ramificación. El *quia peccatum* es hoy un absurdo, una indigna y cruel extemporaneidad. No se puede castigar propiamente hablando, ni siquiera reprimir. Ambos conceptos dan á la sanción penal el repugnante carácter de una venganza social desavenida con las ideas generales de la actual civilización. La pena no se aplica con el propósito retributivo de infligir un mal al que mal obró; el infractor por malvado que sea, por rebelde que se muestre á las superiores exigencias del derecho individual ó social, no puede ser mirado como una presa destinada á «expiar su delito» ó á experimentar los agravios de ese rencor colectivo que el viejo derecho denominaba impulsivamente «vindicta pública». El estado es un ente de pura razón, insusceptible de indignaciones, de odios, de venganzas y de sentimientos primarios. Sus funciones, sobre todo á este respecto, son de mera defensa, de conservación, de utilidad y de



edificación general. Para él no debe existir la entidad abstracta del delito sino subordinada á la entidad real, corporal, viva, del delincuente. Y por tanto, para él no debe existir el concepto metafísico de la pena sino invariablemente acomodado al concepto positivo y útil de remedio profiláctico y curativo ó regenerador.

La individualización penal es, pues, de racional y práctica necesidad, completada por lo que en el tecnicismo se denomina paralelismo de la pena. Racional, porque no cabe otra cosa si el fundamento de la preservación colectiva es el único criterio primordial de la penalidad, y práctica, porque ha resultado ello tan sencillamente factible como conveniente y eficaz. La rama penal se halla así, en la fecunda evolución iniciada por los reformadores del siglo diez y ocho, singularmente por el inolvidable autor del tratado «De los delitos y las penas», evolución ampliamente impulsada, transformada y ensanchada ahora por los desarrollos sociales modernos. Ya nadie presta fé al credo clásico ni al denominado de la «justicia» en tanto se hallare este constituido por el solo sentimiento abstracto del *jus suum cuique*, que muy escaso ascendiente tiene en el campo de la ciencia penal aplicada. La sociedad impone sus penas nó con los conceptos distributivos de las religiones, sino por necesidad y en orden á los fines peculiares de esas penas.

Eso constituye el dogma penal actual y no es él un dogma de pura especulación científica, sino legislativa, gubernamental, ó sea de derecho positivo. Es la legislación codificada la que, al recoger y ha-



cer suyas las mejores enseñanzas de la doctrina, ha dado definitiva autoridad á esas nociones medulares, animada siempre de la fundada esperanza de mejorarlas todavía más en los pormenores de la aplicación por una experiencia que va resultando lisonjera. Decimos ésto porque si es siempre prudente ponerse en guardia contra las conclusiones de lo que es de mera doctrina—muy á menudo expresión generosa del sentimiento ó anticipo por el momento impracticable de progresos positivos más ó menos lejanos—no podría decirse lo mismo de la obra del legislador cuya cautela, circunspección y discernimientos prácticos permiten creerlo libre de los peligros de la exageración, de la imprudencia y de la novelería.

Cuando la opinión ilustrada se imponga del sustancioso contenido de este libro, habrá advertido que la gravedad de la crítica no está principalmente en la dirigida al múltiple detalle del proyecto, sino á la llevada contra su criterio inspirador. El doctor Herrera imputa á la reforma errores esenciales, como que son de principios. El proyecto, dice él, no altera sustancialmente el código en vigor; con él la legislación criminal de la república continuará imbuida de los mismos prejuicios, de las mismas ideas atrasadas, de las mismas peligrosas disposiciones que la han hecho ineficaz y en gran parte desprestigiado. Aún las buenas innovaciones que introduce resultan insuficientes por cortedad y falta de encaje y ajuste precisos en el conjunto, á punto de dejar comprometida la simetría íntima del código.



Es esa faz de la vigorosa crítica la que exige preferente consideración, porque á ser ella fundada como nos inclinamos á creerlo, el esfuerzo de la comisión resultaría en mucha parte estéril y su obra, en general, necesariamente deshauciada. Pensamos también que por fortuna, ha de poder encontrarse un terreno en el que sea fácil conciliar el proyecto con la crítica, pues no es presumible que los encargados de la reforma se resistan á aceptar la generalización de algunos de los varios conceptos de que han hecho uso en su obra, sólo inducidos por un espíritu de eclecticismo, acaso exagerado y por consiguiente impropio. La comisión no puede conformarse con el régimen anacrónico del código vigente y, menos, pretender mejorarlo por el sistema desacreditado del injerto. El tronco sería siempre viejo y las nuevas ramas correrían riesgo de no prosperar.

El congreso nacional antes de clausurar sus actuales sesiones, podría someter á sus comisiones de códigos reunidas, la tarea de revisar el proyecto, invitando á sus autores y al doctor Herrera, sin perjuicio de los demás aportes de valer indicados en el caso, y preparar de ese modo el código penal nuevo que el país viene requiriendo y se hace necesario darle á la posible brevedad. Nuevo decimos, porque bien que puedan ó deban subsistir muchas de las disposiciones en vigor, habrá que impregnarlo íntegra, esencialmente, de espíritu actual dándole una sola alma, un solo criterio, una única inspiración fundamental. De ese modo, el gobierno podrá dejarse de las exploraciones, tanteos y hesitaciones



en que lo tienen sumergido las normas de la presente legislación penal, particularmente en materia de cárceles y sus regímenes, complemento necesario de la reforma del código.

El incremento de la penalidad en la república es un hecho desgraciadamente comprobado. Entre las múltiples causales á que tan desconsoladora contingencia responde, no es la menos eficiente la que radica en la ya muy sentida insuficiencia de la ley y en su falta general de contextura sólida y de conceptos definidos, previsores é influyentes. Las prisiones de la república continúan siendo simples locales de reclusión en los que el delincuente accidental se pervierte y, el profesional, no sólo no se edifica, ni siquiera estaciona ó paraliza sus energías negativas, sino que las perfecciona siniestramente adiestrando por lo menos el espíritu—si no también la manualidad, como no pocas veces ocurre—con la permanente cavilación en que se le deja libre y como silvestremente abandonado.

Ello no puede subsistir así, existiendo como existen, los remedios. La liberación condicional, la ley Berenger, la ley Strauss, la individualización y el paralelismo de las penas, la mayor amplitud del criterio judicial dentro de las normas nuevas, los asilos reformatorios ó escuelas de prevención, la supresión de distingos penales que á nada conducen si no es á perturbar la acción social, la edificación de prisiones adecuadas, la implantación, hecha posible así, de verdaderos sistemas carcelarios, y todo animado por el pensamiento uniforme de la defensa colectiva, sin preconceptos de retribución ni expiación ni



justicia distributiva, he ahí, en sus lineamientos más comprehensivos, el plan fácilmente practicable, sin optimismos, de la reforma penal.

Es cuestión de simple buena voluntad, porque tenemos la seguridad de que no cabrán disidencias en lo fundamental y ellas recaerán tan sólo sobre las articulaciones de detalle—y éstas, cualquiera que sea la suerte que les quepa en el debate—no alcanzarán á comprometer los fines y la eficacia de la reforma.

En tan útil tarea, el libro del doctor Herrera será una valiosa colaboración, porque, sean cuales sean las imperfecciones de que pudiera adolecer, han de serle siempre reconocidos, además de los nobles propósitos con que su autor lo ofrece, la extensa ilustración con que aborda la materia, el severo método con que la presenta y desarrolla y el general acierto de sus recomendaciones.

O. MAGNASCO.



INTRODUCCIÓN



Cuando se discutió en el Senado de la Nación el proyecto de reformas al Código Penal, levantamos nuestra modesta voz para combatirlo y para demostrar al Congreso y al país, que no eran reformas parciales las que ese Código necesitaba, sino una modificación fundamental, que importase un cambio completo de orientación, de acuerdo con las nuevas vistas de la ciencia, que, en el último cuarto de siglo, había hecho progresos inmensos. Al pasar revista á ese admirable movimiento científico, hicimos notar la falsedad, ya evidenciada, del concepto clásico del delito y de la pena que inspiró nuestro Código ó, mejor dicho, los Códigos europeos que le sirvieron de modelo, haciendo del delito una abstracción ajena á las realidades de la vida, y la necesidad, hoy reconocida por todos, de individualizar aquella, teniendo en cuenta, más que el crimen, el criminal, puesto que ella tiene un fin que se realiza en el futuro.

El resultado de ese debate no nos sorprendió, porque estaba en nuestras previsiones; pero tenfa-



mos fé en que nuestras ideas se abrirían camino en la opinión ilustrada del país, porque ellas habían sido definitivamente consagradas por la ciencia, después de una experiencia secular que demostraba que las viejas doctrinas, no solo habían sido impotentes para luchar contra el crimen, sino que favorecían su desarrollo, dando origen al problema de la reincidencia, que se presenta amenazador en todas las naciones civilizadas. Nuestra fé no nos engañó, pues al año siguiente de la sanción de esa ley, que desde el primer momento suscitó vivas protestas (¹), apareció un decreto del Poder Ejecutivo Nacional nombrando una comisión para que redactara un proyecto de Código Penal, el que vió la luz pública en 1906 y fué sometido al Congreso en ese mismo año.

Nuestra actitud en esa discusión, contraria á las ideas, al parecer, dominantes entonces, la acogida que ella tuvo en los órganos más ilustrados de la prensa y la opinión favorable que hicieron llegar hasta nosotros hombres eminentes, especialmente preparados en la materia, nos ponían en el deber de estudiar este proyecto á la luz de las doctrinas que con tanto calor habíamos defendido y dar nuestra opinión sobre él, por desautorizada que pudiera ser y aunque ella no tuviera otra importancia que llamar la atención y provocar la discusión sobre un asunto de tanta trascendencia para nuestro país. Producto de ese estudio es la obra que hoy entregamos á la publicidad, preparada en los momentos que

(1) Meses después, se recibió en el Ministerio de Justicia de la Nación una nota firmada por magistrados y numerosos miembros del foro de La Plata pidiendo la suspensión de esa ley.

nos dejaban disponibles tareas más urgentes para nosotros, habiéndolo limitado á la parte general, que es la más importante, pues su estudio completo nos hubiera tomado un tiempo de que no disponíamos y hubiera demorado demasiado su aparición, esterilizando, acaso, nuestro esfuerzo.

Vamos ahora á hacer un juicio general sobre ese trabajo, considerándolo bajo un punto de vista sintético.

¿Ha respondido el proyecto á las aspiraciones del país, de poseer un Código sabiamente concebido, capaz de poner un dique á la delincuencia que crece en proporciones amenazadoras, hasta constituir uno de los problemas más graves de la actualidad? ¿Se ha inspirado él en el gran movimiento científico de que hemos hablado, satisfaciendo las nuevas vistas de la ciencia en orden al delito y á la pena? Después de cuarenta años de vanos esfuerzos ¿habrá llegado el momento de tener nuestro Código Penal definitivo, como los tenemos ya, desde hacen muchos, en los demás ramos de la legislación, un Código que haga honor al país y que conjure los peligros que amenazan, más que su presente, su porvenir? Si hemos de juzgar por la frialdad con que ha sido recibido y por el largo tiempo que hace que está pendiente de la consideración del Honorable Senado, sin que este alto cuerpo se preocupe de él, debemos creer que la opinión del país le es adversa y que, posiblemente, seguirá la suerte del de 1891. Y esa es también la nuestra.

Como no es posible suponer que sea desconocido para los distinguidos autores del proyecto el movi-





miento científico contemporáneo á que nos hemos referido, debemos creer que una profunda divergencia nos separa en su apreciación, y que, mientras ellos piensan que el legislador apenas puede aprovechar de una que otra institución aislada, como la condena y liberación condicional, debiéndose dejar intacto el fondo de ideas que sirvieron para elaborar los códigos hoy existentes, sin duda por considerar prematuro modificarlas, nosotros creemos que el resultado más importante de aquél ha sido la sustitución de aquellas ideas anticuadas y falsas por principios más exactos y más de acuerdo con las exigencias de esta época, y que un Código moderno no puede prescindir de aceptarlas íntegramente, si es que ha de llenar cumplidamente su alta misión social.

Ante esta divergencia fundamental de ideas, conviene que volvamos á insistir sobre lo que en la oportunidad mencionada dijimos, para demostrar el falso concepto que del delito y de la pena tenía la escuela penal en que se inspiró nuestro Código y, podemos decir también, en que se inspira el proyecto.

Nos explicamos que juristas tan distinguidos como los autores de éste, se resistan á abandonar ideas que se han acostumbrado á considerar como verdades indiscutibles, que han sido profesadas por sabios eminentes en cuyas obras admirables han aprendido la ciencia que profesan y han encontrado resueltos los más arduos y complicados problemas de la criminalidad, que han inspirado los códigos del mundo entero, que se han enseñado en las universidades, que se han respirado en el ambiente, que



parecen nacer al calor de nuestros sentimientos más íntimos, como un producto espontáneo de nuestra conciencia, que nos dice que el criminal debe ser castigado porque él ha *merecido* serlo, por que es *moralmente* culpable, porque el principio absoluto del deber se impone al hombre y él es *libre* para cumplirlo. Por otra parte, su educación misma de juristas, las abstracciones y generalizaciones propias de la ciencia, el hábito de aplicar y de interpretar los textos que encierran para ellos las grandes verdades á que rinden culto, parece que fuera un obstáculo á las innovaciones que chocan demasiado abiertamente con los principios admitidos, que tienen á su favor una tradición secular.

Es por esto, sin duda, que los grandes juristas que redactaron el Código Italiano, no supieron desembarazarse de las ideas tradicionales, si bien penetraron más resueltamente que los autores de nuestro proyecto en el campo de las nuevas, y llevaron á cabo una creación magnífica, si la hemos de juzgar á la luz de la ciencia clásica, y cuya pureza de líneas, riqueza de detalles, delicadeza de matices, sorprende y admira; monumento grandioso, en verdad, que atestigua la gloria del pasado, pero que queda extraño á las exigencias del presente, elevándose, en alas de la abstracción, á regiones donde no palpita la vida, á un mundo de ilusiones y de quimeras. Ellos olvidaron que esa ley debía aplicarse á hombres que difieren profundamente los unos de los otros, que la justicia penal es una justicia relativa y esencialmente práctica que solo



tiene que ver con hechos concretos y con realidades vivientes.

Y es por esto también que los grandes reformadores no han sido juristas ó no lo han sido exclusivamente. No lo ha sido el príncipe de Schwarzenberg autor de la Carolina, no lo fué Colbert inspirador de la Ordenanza de 1670, no lo fueron Beccaria, Bentham, Kant, Voltaire y los enciclopedistas, no lo son Lombroso, Ferri, y tantos otros de la época contemporánea.

Talvez porque la idea de justicia es innata en el hombre, la idea de culpabilidad se arraiga tan profundamente, que en todo tiempo los hombres han creído que la responsabilidad penal debía basarse en la responsabilidad moral.

Se equivoca, sin duda, Ferri cuando afirma que la idea de culpabilidad es invención moderna, pues ella es tan antigua como el mundo y se la ve aparecer en el *clan* ó tribu primitiva, bajo la forma de pena interna, impuesta por el tribunal doméstico, que no se debe confundir con la pena externa ó *vergeid*, que tiene su origen en la venganza contra el enemigo exterior; y de estas dos formas en que se bifurca la penalidad primitiva es, sin duda, la primera, la reacción moral y expiatoria, donde tiene su origen el derecho penal moderno (1).

Pero esta idea de culpabilidad, tenía por base el daño social ó individual, pura y simplemente el hecho material, apreciándose aquella según la importancia del ofendido. Es el derecho canónico, que al afirmar la idea de responsabilidad, toma recién en cuenta

(1) Tarde, *Les transformations du droit*, Chap. I.

el punto de vista subjetivo, al culpable que es necesario reformar por la expiación y la pena, y este punto de vista subjetivo debió volverse muy pronto dominante, aunque al pasar de la Iglesia al Estado se deformase, abandonando la enmienda para preocuparse solo de la intimidación.

Como se vé, hay una modificación completa en la manera de encarar el delito, lo que es ya un progreso que nos aproxima á la doctrina moderna ó clásica. La voluntad es el fundamento de la responsabilidad, y siendo ella de la misma naturaleza en todos los hombres, la culpabilidad se apreciará por la cantidad de voluntad puesta en el hecho; más este es grave, mayor será la culpabilidad del agente, de manera que la gravedad objetiva del hecho da la medida de su gravedad subjetiva. Es siempre la tendencia á considerar este por el lado objetivo.

De esta manera de considerar la responsabilidad, nació el sistema de las penas arbitrarias, contra el cual se levantó la voz poderosa de Beccaria, dando origen á la escuela clásica. Ella surgió, pues, como una reacción contra un sistema subjetivo que hacía el arbitrio del Juez todo poderoso, no solo en la aplicación de la pena, sino en su elección misma. Luego hemos de ver que la escuela moderna nació también de una reacción dentro del clasicismo, siendo sus grandes precursores, clásicos como Beccaria, Bentham y Filangieri. Esta escuela, basaba la responsabilidad penal en la responsabilidad moral y esta en la existencia del libre albedrío. Dada la idea que ella se hacía del libre





albedrío, forzosamente tenía que llegar á la abstracción, haciendo de lado al individuo. Aquél era algo así como un poder soberano, como un poder creador: la facultad de elegir entre dos opuestas posibilidades, elección que debía hacerse por medio de motivos, pero sin ser determinada por ellos. La voluntad obra soberanamente con independencia de toda impulsión y ella puede elegir lo mismo un partido que su contrario. Siendo todos los hombres libres, todos son igualmente responsables frente de un mismo hecho, de manera que, en la apreciación de la responsabilidad, no hay para que tener en cuenta el individuo; basta con el hecho material, y es á la gravedad objetiva de este hecho, según sus diversas modalidades, que la responsabilidad debe medirse.

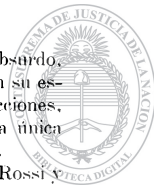
Se comete un crimen, un homicidio, por ejemplo. Las circunstancias pueden variar al infinito; puede haber sido premeditado, puede haber sido alevoso, puede haberse cometido con crueldad inútil, con un fin depravado, etc. Todas estas circunstancias, aun las puramente subjetivas como la premeditación, son apreciadas en su relación con la materialidad del hecho, con la más ó menos crueldad ó sangre fría con que él ha sido realizado. Si el hecho ha sido premeditado ó alevoso, presenta mayor gravedad objetiva, debe ser más severamente castigado, pero no se tiene en cuenta la naturaleza ó el carácter del criminal ⁽¹⁾.

(1) En la discusión de la ley de reformas á que nos hemos referido, uno de nuestros más distinguidos colegas, miembro de la Comisión que despachó el proyecto, y cuyo fallecimiento ha sido una pérdida irreparable para el país, el Dr. Mantilla, nos replicó diciendo que la individuali-



El criminal, pues, según esta escuela, es una cantidad sin valor, que no hay para que tener en cuenta cuando se fija la pena. Esta se deduce por el Juez de una sencilla operación matemática. Si llamamos A al crimen cometido, a una circunstancia atenuante y b una agravante, tendremos que el hecho de que se trata puede representarse por esta fórmula rigurosamente algebraica: $A = a + b$. Llamamos x á la pena que fija el Código para el delito A (que es el término medio entre el máximo y el mínimo) y β á la diferencia numérica entre la fracción de pena que corresponde á la circunstancia atenuante a y la que corresponde á la agravante b , la pena que corresponde al delito será: $X = x - \beta$. Efectuando la suma ó la diferencia indicada, según el caso, tendremos el valor de X , la pena. Con esta fórmula, el Juez hallará, en todos los casos, la pena que busca, exactamente como el algebrista encuentra el valor de una ecuación substituyendo las letras por cifras en la fórmula general. El único factor que no tiene puesto en ella, es el hombre. Que se trate de un bandido ó de un delincuente de ocasión es igual. El Juez sin preocuparse de la sociedad, sin preocuparse del delincuente, plantea una ecuación y la resuelve; y con la pena así aplicada, se pretende combatir el crimen y

zación que pedíamos existía en nuestro Código con las circunstancias atenuantes y agravantes. Nos esforzamos, entonces, en demostrar el error que encerraba esta apreciación, pues semejante falsa individualización ha existido siempre, y, como decimos en el texto, aquellas solo se tienen en cuenta con relación al hecho material, lo que nada tiene que ver con la individualización que la ciencia persigue hoy, que es la que tiene en cuenta la naturaleza del agente, su carácter, su temperamento, para volverlo por medio de ella al camino del bien, si esto es posible, ó para defender con eficacia á la Sociedad.



defender á la Sociedad! Todo esto parece absurdo, y á ese absurdo llegó la escuela clásica con su espíritu racionalista, con su amor á las abstracciones, con su olvido sistemático de la realidad, la única que debe tener en cuenta el derecho penal.

La escuela ecléctica, capitaneada por Rossi y Ortolán principalmente, se apercibió del error fundamental en esta construcción todo artificial, y quiso corregirla, incurriendo en otro aún más grave, porque pretendió que, en cada caso, debía constatarse la existencia ó no existencia de la libertad y medirla; olvidándose que no existe un criterio para constatarla ni para medirla, y que aún existiendo, como lo pretendió Kant ⁽¹⁾, se llegaría á este resultado que todo el mundo rechaza: castigar menos ó no castigar á los criminales más peligrosos, de quienes más tiene que temer la sociedad, los impulsivos, los degenerados, todos aquellos que una causa orgánica impulsa al delito ⁽²⁾.

Se vé como toda esta creación clásica no era sino una construcción teórica, basada en abstracciones; era el estudio del delito como un ente jurídico, como una infracción no como una acción. Y para convencernos mejor de esta verdad, que se deduce con evidencia de lo que llevamos dicho, oigamos al más grande de los clásicos modernos, á Carrara: « Toda la inmensa variedad de reglas (prohibitivas y punitivas) debe elevarse á una verdad fundamental. Trátase de encontrar la fórmula que exprese este principio y de ella deducir los preceptos parti-

(1) Von Litz, *Der Zweckgedanke in Strafrecht*.

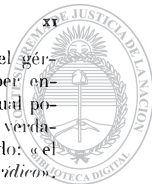
(2) Sobre lo que precede, ver Saleilles, *L'individ. de la peine*, Chap. III y IV.

culares. Una fórmula debe contener en sí el germen de todas las verdades.... Yo creía haber encontrado esta fórmula sacramental de la cual podrían deducirse, una á una, todas las grandes verdades del derecho penal. La expresé diciendo: «el delito no es un *ente de hecho* sino un *ente jurídico*». Con semejante proposición pareceme que se cerraban las puertas á la espontanea evolución de todo el derecho criminal por virtud de un orden lógico é infalible» (1).

La ciencia, pues, estudiaba el delito como una pura abstracción, volvemos á repetirlo; el homicidio, el robo, no eran hechos humanos que debieran estudiarse en sí mismos, sino puras creaciones jurídicas á cuyo estudio aplicaba solo la lógica, buscándose fórmulas y deduciéndose de ellas reglas que se creían infalibles; exactamente como el matemático estudia las leyes de la extensión y del número, y del puro razonamiento llega á deducir las grandes verdades que han de tener una rigurosa aplicación en la naturaleza. ¿Pero cómo no aperebirse que el derecho penal vive solo de realidades y que es absurdo buscar *fórmulas sacramentales* para deducir reglas á aplicarse á seres humanos, como si fueran manequés andantes, como si todos estuvieran cortados sobre el mismo patrón?

Y esta tendencia á la abstracción en ciencias que solo tienen que ver con realidades, no ha sido exclusiva al derecho penal. En economía política, Adam Smith y su escuela estudiaban los fenómenos económicos como entes abstractos y en medi-

(1) CARRARA, *Programma*, Part., Gen., Pref.





cina, se estudiaban las enfermedades en sí, con prescindencia de los enfermos. Pero estas ciencias han evolucionado más rápidamente que el derecho penal, y hoy el médico cura el enfermo no la enfermedad, y el economista estudia los fenómenos de que se ocupa su ciencia, tales como se producen en la realidad en cada país, teniendo en cuenta las condiciones especiales en que se desenvuelven.

Y era lógico que así sucediera. Las instituciones que dominaron indiscutidas durante la primera mitad del siglo pasado, nacieron al calor del nuevo credo con que los reformadores del siglo XVIII sustituyeron los principios que antes habían nutrido a la humanidad y que pronto debían desaparecer, en medio del fragor de la gran revolución. Los enciclopedistas por un lado, Rousseau y los espiritualistas por otro, socabaron los fundamentos mismos de la sociedad y proclamaron las verdades sobre que debía asentarse la sociedad nueva.

Los primeros, siguiendo las huellas de Descartes, pero sin respetar sus reservas, proclamaron el dogma de la infalibilidad de la razón. Se hizo cruda guerra a la tradición, y costumbres, religión, Estado, todo debía desaparecer y la Razón debía reemplazarlos. El hombre es libre, decían ellos, y no tiene más amo que la razón. La razón clásica, ha dicho Taine, no conocía la tradición ni conocía al hombre actual; no se preocupaba tampoco de estudiarlos. «Le parecía que era más corto y más cómodo, según su pendiente original, cerrar los ojos ante el hombre real, meterse en un almacén de nociones corrientes, sacar de ellas la noción del hom-



bre en general y después edificar en el aire» (1).

La enciclopedia tenía por fin mostrar la unidad de todas las ciencias, y el amor á la generalización y á la unidad lógica, tan conformes con el génio de la Francia que tiende siempre á lo grande y á lo universal en todo, inspiró su doctrina. Y por eso construye la política según el modelo de las matemáticas, al decir del mismo autor (2).

Para Rousseau que es espiritualista, y con más razón que para los enciclopedistas, ateos y materialistas por lo general, el hombre es libre, capaz de elegir entre dos acciones y, por lo tanto, creador de sus actos. Su pacto social nace de este concepto de libertad y, de consiguiente, de igualdad entre todos los hombres. «Con anterioridad á él no hay derecho verdadero, porque este derecho nace del pacto social, único verdadero, puesto que es el único que se halla establecido entre seres perfectamente iguales y libres en absoluto, seres abstractos, especies de unidades matemáticas, todas del mismo valor, teniendo todos la misma misión y cuyas convenciones no vienen á turbar ninguna desigualdad, ninguna coacción» (3).

Por eso los dogmas fundamentales de ese pacto son libertad, igualdad y soberanía del pueblo, y ellos deben inspirar las leyes políticas y civiles de los nuevos Estados.

Así, pues, según estas doctrinas, las futuras instituciones deben ser creadas por la razón, teniendo

(1) H. Tarne, *Los orígenes de la Francia contemporánea*, T. 2º, Libro Tercero, Cap. III.

(2) Taine, *Ob. cit.* Cap. IV.

(3) Taine, *Ob. y lug. cit.*



por fundamentos la igualdad y la libertad, y así lo fueron, en efecto. ¿Cómo extrañar, entonces, que la legislación y la ciencia modernas, vivieran en la abstracción y en el idealismo, sin preocuparse de las realidades de aquí abajo, formulando teoremas y reglas generales para aplicarse á hombres y á cosas? Y en particular el derecho penal, por su naturaleza misma, debía sufrir más hondamente la influencia de esas ideas y tan grande, tan paderosa fué **esa influencia**, que después de casi medio siglo de lucha, de discusión, de progreso, ellas se arraigan aun tan profundamente en espíritus ilustrados, que parece vana pretensión el querer arrancárselas!

Napoleón I, con la claridad del génio, veía todo el mal que estas ideas absolutas, inspirando las nuevas legislaciones, debían hacer á los pueblos, y así decía, con profunda verdad, en el Consejo de Estado, el 20 de Diciembre de 1812: « La ideología, tenebrosa metafísica que, al buscar sutilmente las causas primeras quiere sobre ellas fundar la legislación de los pueblos, en lugar de amoldar las leyes al conocimiento del corazón humano y á las enseñanzas de la historia, es la causante de todas las desgracias de nuestra hermosa Francia». Y pudo decir también del mundo entero, sobre el cual tan grande influencia ejerce el espíritu de esa Nación.

El Derecho Penal clásico fué la obra más acabada de esos ideólogos, y él nació impregnado del espíritu de la filosofía imperante que imprimió su fisonomía intelectual y moral al siglo. Ninguna otra ciencia refleja mejor las ideas apriorísticas y absolutas de esa filosofía y su desprecio por las enseñan-



zas de la experiencia y de la historia, y por lo mismo, porque trasunta fielmente los fundamentos de ella, es que ha tenido vida intensa dominando todos los espíritus, hasta que aquella cayó á los golpes de la nueva filosofía, que iluminó las postrimerías del siglo XIX.

Todos los Códigos modernos, salvo los sancionados recientemente, se han inspirado en esa escuela, y no solo basan la responsabilidad penal en la moral, sino que hacen del delito una entidad jurídica, determinando la misma ley la circunstancia susceptibles de modificar la criminalidad del hecho en cuanto á su mayor ó menor gravedad objetiva y fijando de antemano una pena, que puede variar entre dos límites inflexibles, pero que el juez no puede modificar teniendo en cuenta los móviles y la naturaleza del agente. El extraviado de un momento y el criminal pervertido, el hombre que queda honesto á pesar de todo y el profundamente criminal, el que no delinquirá más y el que reincidirá fatalmente, son víctimas de la misma pena, que no hará sino colocar á todos en el mismo nivel moral. ¿Qué de extraño entonces que esos Códigos no hayan servido sino para hacer criminales?

Esto lo ve todo el mundo; no se trata de teorías más ó menos discutibles, sino de algo que tiene todos los caracteres de la evidencia; basta la razón de cualquiera para comprenderlo así. Y esta misma razón nos dice que la ley debe ser hecha, no para un tipo de hombre que no existe en realidad, sino para los hombres tales cuales son, diferenciando más ó menos profundamente los unos de los otros por su



inteligencia, por su voluntad, por sus pasiones, por sus tendencias, aplicando á cada uno la pena que necesita, como el médico aplica á su enfermo el remedio que le conviene.

La justicia social no debe cernerse en alturas inaccesibles, en un mundo de abstracciones y de idealismo, sin ver el delincuente detrás del delito, sin preocuparse de su porvenir, sin preocuparse, sobre todo, de la sociedad, la víctima más importante, que vá á experimentar las dolorosas consecuencias de una penalidad aplicada sin criterio, insuficiente para el perverso, exagerada y por lo mismo injusta é inadecuada para el que no lo es, corrompiéndolos á todos por igual y haciendo cada vez más formidable el ejército del crimen!

En el discurso mencionado, nos esforzamos en demostrar, con ejemplos tomados de la realidad, que tal era nuestro Código, hecho á imagen y semejanza del español de 1850 y del de Baviera, un enorme anacronismo en esta época, en virtud del cual no se puede hacer sino una justicia impersonal, objetiva, distribuyendo los años y meses de prisión, según el resultado de una ecuación matemática; despejando una incógnita por medio de eliminaciones, sumas y restas!

Un autor distinguido, miembro de la Comisión redactora del proyecto, en una obra que vió la luz pública el año pasado (1), dice que la cuestión del libre albedrío no se puede poner entre nosotros porque el Código Penal la ignora, pues en ninguna parte habla de libertad moral, como no habló tampoco el proyecto de Tejedor. Tampoco habla de ella

(1) Rivarola, *Derecho Pen. Argentino*, ed. 1910.



el Código francés, tampoco lo hace el Código italiano, para no citar sino el más antiguo y el más moderno de los Códigos clásicos, pero ellos, al igual del nuestro, la suponen siempre. Para ellos, el fundamento de la responsabilidad está en la culpabilidad moral y esta no existe sin libertad, y no podía ser de otro modo, porque en las épocas que hemos mencionado, el libre arbitrio no admitía contradictores, era una verdad de evidencia entonces, que todos aceptaban. Es por eso que la pena tenía un carácter expiatoria, era un *malum passionis propter malum actionis*, y nadie puede discutir seriamente que ella no tenga ese carácter en nuestro Código. Hemos dicho que él supone siempre la libertad, aunque no la mencione, y en efecto, la fuerza irresistible moral, causa eximente de pena, no es más que la desaparición de la libertad, la semiresponsabilidad por causas psíquicas no es sino la disminución de la libertad, la premeditación es causa agravante en todos los casos porque el delito premeditado es el acto libre por excelencia; al niño de catorce años se lo castiga como al hombre de treinta, porque él es ya moralmente responsable de lo que ha hecho, porque es necesario *expiar* la falta cometida, aunque el castigo sea desastroso para él y para la sociedad, etc. ⁽¹⁾

Hemos reseñado, tan brevemente como nos ha

(1) Uno de los más autorizados expositores de nuestra ley penal, el Dr. Manuel Obarrio, ha dicho: «La responsabilidad moral basada en la libertad, es el fundamento de la imputabilidad penal en los principios que dominan el derecho positivo de todos los pueblos civilizados... La Ley penal no reprime los actos que violan sus prohibiciones ó sus preceptos, sino cuando el agente ha procedido con inteligencia y libertad... En estas bases está calcada la legislación criminal.» *Curso de Derecho Penal*, Introducción, págs. LXIX, LXX, LXXI.



sido posible, los resultados desgraciados que han tenido los falsos principios de la escuela clásica sobre el derecho penal moderno; pero no seríamos hombres de progreso, como ha dicho Renan, sino tuviéramos el respeto del pasado y ese pasado no es todo de sombras para esa escuela. Ella tiene el gran mérito de haber levantado la bandera del individualismo defendiendo los derechos humanos contra la tiranía del Estado; de haber sólidamente afianzado el sentimiento de piedad social desconocido anteriormente y de haber estrechado los vínculos de caridad y de fraternidad entre los hombres. Concluyó con la barbarie de las penas sustituyéndolas con obras más dulces, más humanas, más en armonía con la naturaleza de estos; abolió ó restringió considerablemente la pena de muerte, y en todas partes se levantaron establecimientos carcelarios que han sido el honor del siglo pasado. Se la llamó escuela humanitaria y con razón, porque un sople de humanidad, de caridad, de amor, la impulsó en todas sus creaciones, persiguiendo, no solo el castigo de la falta, sino la enmienda del culpable.

Pero su falso punto de partida esterilizó sus esfuerzos para el bien. Bajo su imperio, la criminalidad asumió en todas partes proporciones inquietantes, la criminalidad juvenil se reveló amenazadora, lo mismo que la precocidad cada vez mayor en el mal, y, por último, la reincidencia, la llaga de nuestra época, es materia de preocupación para los legisladores y criminalistas del mundo entero.

El exceso del mal trajo el remedio. Como en otras ocasiones, vamos á ver surgir del seno mismo



de la escuela dominante la reacción que ha modificado completamente la ciencia penal. Quedará una vez más evidenciada la verdad de que las reacciones surgen siempre del fondo de las doctrinas contra las que se reacciona y las llevan á cabo los partidarios de estas; y, lo que es más singular, en nuestro caso son sus fundadores los que, por una especie de intuición genial, descubrieron las verdades que han servido de base á la reforma.

Los que piensan que las doctrinas modernas son una novedad introducida por Lombroso, Garófalo y Ferri, para no hablar sino de los fundadores de la escuela positiva, incurren en un error, á que no son extraños los mismos expositores y partidarios de esa escuela, y que ha contribuido no poco á crear prevenciones, por la creencia de que propendían á destruir por su base, ideas que han sido el patrimonio de la humanidad durante siglos.

La ciencia penal no escapa ni podía escapar á la ley general de la evolución.

Desde los orígenes de la penalidad, se la vé caminar lentamente, pero con seguridad, en el sentido de su perfeccionamiento, y las escuelas modernas, la última etapa de esta evolución, nos aparecen como la sistematización de antiguas verdades, como una doctrina más orgánica, más homogénea y más científica, elaborada con materiales ya existentes.

Casi no existe un principio, de los que se tienen como conquistas modernas, que no tenga sus raíces en el pasado. El libre albedrío se viene discutiendo desde muy antiguo, si bien bajo el punto de vista teológico más bien que del penal, y son muchos los



pensadores que han creído en la posibilidad de prescindir de él para fundar la responsabilidad. La idea de fin de la pena, la encontramos en el origen mismo de la penalidad, como una antítesis, al decir de Saleilles, que no ha dejado jamás de existir con la idea de sanción, si bien entonces, más que una oposición como ahora, era una compenetración la que se verificaba. Beccaria y principalmente Bentham, basaron sus sistemas en la utilidad de la pena para los fines de la defensa social, y la misma idea encontramos en los Enciclopedistas Diderot, d'Alembert, Helvetius y Voltaire, que protestaron, en nombre de la utilidad, contra los horrores de la doctrina de la expiación, y si buscamos el origen de ese principio de utilidad, lo encontraremos muy lejos, en las doctrinas de los filósofos griegos.

La misma individualización de la pena, que es una consecuencia de aquella idea de fin, ya se encuentra como en germen en el antiguo derecho, no sin duda en la época del *vergelt* que solo contemplaba el daño social ó individual y que era un derecho enteramente objetivo, sino cuando, con el derecho canónico y con el derecho romano, se afirmó la idea de responsabilidad, el punto de vista subjetivo. Es curioso observar, como el derecho canónico había llegado á individualizar la pena en una forma análoga á la que entendemos hoy por tal y á hacer de la enmienda una función de ella, practicando por primera vez el aprisionamiento celular con la *detrusio in monasterium*; la separación individual para evitar la corrupción mutua había sido ya sancionada en el canon 23 del Concilio de Beziers



(1246): *ul alterutrum vel per se vel per alios perverti nequeant.*

Es también digno de observar, como el derecho romano, tan sabio siempre, llegó, por el procedimiento formulario, á realizar ampliamente la individualización, oponiendo á la justicia abstracta de la ley la justicia individualizadora. Este poder era confiado al Pretor. Órgano vivo del derecho (*civitas iuris civilis*), era la personificación de la justicia; no era el Juez sujeto á la ley, sino el legislador colocado por encima de ella y reduciéndola al silencio cuando parecía contrariar la justicia. Esta facultad dada al Pretor de individualizar la justicia, apartándose del derecho existente, se ha mantenido durante siglos, y los Emperadores concedieron á ciertos juristas, mediante el *jus respondendi*, la autorización para crear el derecho en un caso particular (*jura condere*) ⁽¹⁾.

Ni aún el método pertenece á esa escuela positiva, porque ya Augusto Comte había determinado el que se debe seguir en el estudio de las ciencias sociales y sus relaciones con las ciencias biológicas y naturales, es decir, con las ciencias que estudian la naturaleza física del hombre y el campo donde ejerce su actividad y la necesidad de aplicar á su estudio los métodos de observación directa y la inducción científica. Spencer en Inglaterra, Wundt en Alemania, Ardigó en Italia, aplicaron el método positivo al estudio moral y psicológico del hombre.

Es, pues, un error pensar que la escuela «nueva» ha aparecido como un paladín dispuesto á llevarse

(1) R. Von Ihering, *Zweck im Recht*, n.º. 17º.



todo por delante, á hacer tabla raza de todos los progresos de la ciencia en la sucesión de los tiempos. No; su misión, su noble y gran misión, ha sido aplicar al estudio del derecho penal ese método positivo que tan fecundos resultados ha tenido desde Galileo. Claudio Bernard y tantos otros en el desarrollo de las ciencias, y apoderarse de todas esas ideas aisladas, fragmentarias, no bien maduras algunas, virtualmente contenidas en la última evolución de la escuela dominante, para construir una doctrina que aparece, naturalmente, como una exigencia de los tiempos. El gran mérito de Lombroso, Garófalo y Ferri no está en ser *creadores* de los principios sobre que se sustenta la nueva escuela, sino en haber comprendido que era ya llegado el momento de la gran reforma y haberla emprendido valientemente, con espíritu y método científicos.

Claro es que esa escuela, en su reacción contra los principios apriorísticos de la clásica y como sucede siempre en estos casos, fué demasiado léjos y sus exageraciones ó conclusiones prematuras, como por ejemplo, las de la escuela antropológica de Lombroso, seguirán siendo materia de discusión por mucho tiempo aún. Pero queda un fondo de verdades que tienen el apoyo de todos los grandes criminalistas de las diferentes escuelas y de las que no puede prescindir el legislador cuando se ocupe de dictar un Código Penal. De ellas vamos á hablar ahora.

En todo tiempo, antes como ahora, el gran problema de la ciencia penal ha sido buscar un fundamento para la pena, y con razón, puesto que no es

posible investigar los medios de luchar contra el crimen, sino se conoce la razón de ser de este derecho de la Sociedad.

Ahora bien, este problema no comporta sino dos soluciones posibles, sobre las cuales se ha llevado la discusión: ó bien la pena debe tener un carácter retributivo, de expiación de la falta cometida, *punitur quia peccatum est*, y mirar, por tanto, el pasado, ó, por el contrario, debe preocuparse solo de defender á la Sociedad, impidiendo que el delincuente repita su crimen ú otros lo imiten, es decir, debe proponerse un fin de defensa social, un fin eminentemente utilitario, *punitur ne peccetur*.

A la noción clásica de la pena formulada por Hugo Grocio: *Pœna est malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, es decir, que la pena es un mal que se opone al mal del delito y que tiene por objeto solo este mal, se contrapone hoy día la idea de un fin, que está en el futuro, no en el pasado. El objeto de la pena es realizar un bien á la Sociedad y un bien al individuo, de preservación para la primera, de rehabilitación para el segundo. La pena, pues, en lugar de mirar al pasado, debe mirar el porvenir, en lugar de realizar un mal, debe practicar un bien.

Esta fecunda idea, esta idea madre de la ciencia penal moderna, ha sido puesta en luz, en 1877, por Ihering, en su magistral obra «*Der Zweck im Recht*». El derecho, dice, no es el principio superior que rige el mundo; no es un fin en sí mismo; es solo el medio de realizar un fin que es el sosten de la sociedad humana. En el terreno del derecho, todo





existe para el fin y en vista del fin; el derecho entero no es más que una creación única del fin. La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto del punto de vista del dogmatismo del derecho, como de su historia. ¿Cuál es el fin del derecho? La garantía de las *condiciones de vida de la sociedad* asegurada por el poder coactivo del Estado. El establecimiento de la pena, agrega, por vía legislativa, es una pura cuestión de política social. Se sintetiza en este aforismo: la pena es legítima allí donde la sociedad no puede pasar sin ella. Como todos los actos voluntarios, como el derecho en general, la pena debe tener un fin, fin que se encuentra en el porvenir. El fin de la pena es la conservación social ó, lo que es lo mismo, evitar el *peligro con que el delito amenaza las condiciones de vida de la sociedad*. Este peligro no es el *concreto* del acto aislado sino el *abstracto* de toda una categoría de acciones. El castigo del acto aislado no es más que la necesaria consecuencia de la amenaza de la pena; esta amenaza sería vana sino la siguiera la represión. Es del todo indiferente que un acto aislado comprometa ó no á la sociedad y no hay error más funesto en derecho criminal que sustituir el *efecto* de la amenaza por el *efecto* de la pena. Cualquiera que sea el efecto del acto respecto á la sociedad, hay que castigarlo como consecuencia de la amenaza. El delito no se puede castigar como acto aislado porque la pena no puede impedir su realización; el acto está ya en el pasado y el fin de la pena se encuentra en el porvenir ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Ihering, *Der Zweck im Recht*, Cap. VIII. Ns. 116, 160, 169 y sig.



Esperamos que se nos dispensará la extensión de la cita, en gracia á la importancia de ella y á la inmensa repercusión que ha tenido esta doctrina.

Esta idea, del carácter puramente relativo de las disposiciones legales y, en particular, la existencia de un fin en la penalidad, dió lugar á una verdadera revolución en la ciencia, particularmente en Alemania, donde numerosos publicistas sostuvieron esta teoría llamada *relativa*, es decir, la pena fundada en la moción de su fin. He aquí como se expresa Lizt, uno de los más brillantes sostenedores de esa doctrina. «Toda especie de derecho, dice, es de creación humana y reconoce por fin la protección de intereses humanos. Este rol de potencia protectora es de la esencia misma del derecho; la idea de finalidad es la fuerza que le dá nacimiento» (1).

La lengua alemana, que se presta mejor que otras á la formación de los neologismos, expresa en dos palabras la pena retributoria de los clásicos y la pena nueva á que se refiere el movimiento de ideas que hemos mencionado. La primera se llama *Vergeltungsstrafe*, pena retributoria, y la segunda, *Zweckstrafe*, es la pena caracterizada por su fin, que no es otro que un fin social y debe ser adaptada á éste, de manera á producir todo el resultado que se tiene en vista. Ella puede variar según el efecto que se quiere alcanzar, y su determinación es el objeto de una política especial que es la política criminal, pero su justificación está en su finalidad.

La pena, así comprendida, es independiente de toda consideración metafísica, pero es perfectamen-

1 Lizt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 49.



ciencia está muy lejos de haber llegado á la descon-
soladora conclusión de que la libertad moral no
existe; por el contrario, todos nos sentimos, gracias
á Dios, libres y dueños de nuestras acciones, capa-
ces de elevarnos y moralizarnos más y más con
nuestros propios esfuerzos, que nos libentan de la
tiranía de los más bajos apetitos. Esta creencia, que
nos dignifica ante nosotros mismos, es el más po-
deroso sostén de la moral y el estímulo más eficaz
para nuestro perfeccionamiento y para la lucha por
la vida. La confianza en la fuerza todopoderosa de
la voluntad, siquiera esa confianza sea una ilusión,
eleva al hombre sobre todo lo creado, haciéndolo
capaz de llegar á los más altos destinos. Si la liber-
tad no existiera, la idea que tenemos de ser libres
es una *idea fuerza*, como dice Fouilleé, capaz de
reemplazarla, influyendo poderosamente en nuestra
conducta.

No debemos destruir esa confianza en esto que
nos parece que es lo más noble y excelso que exis-
te en nosotros, para arrojar á las almas en ese ne-
gro abismo del pesimismo y de la fatalidad donde de-
saparecerían sus mejores atributos para ser el ju-
guete de su inconciencia, de sus instintos y de las
taras de su origen.

Todo lo contrario; el legislador debe respetar esa
creencia, que aun á este solo título tiene gran in-
fluencia sobre nuestra conducta; debe tener fé en
que su acción no será ineficaz para moralizar á los
hombres, arrancándolos de esa atmósfera de miseria
moral con que el determinismo lo envuelve y para
levantar al catdo, haciéndolo digno de la comunidad



de los buenos, y debe creer que sus leyes, prudentemente inspiradas, han de ser bastantes á sanear el ambiente de corrupción y de sensualismo que hoy nos rodea. Noble tarea, sin duda, que no ha de ser infecunda, porque el Cielo bendice siempre los esfuerzos que los hombres y los pueblos hacen para mejorarse y elevarse á la región serena del bien!

Pero cuando se ocupe de dictar la ley penal, debe comprender que esta es una ley eminentemente práctica, que no tiene otro fin que defender á la sociedad contra el crimen y que ella debe tender á realizar ese objetivo único, sin buscar un apoyo inútil en un libre arbitrio que lo llevaría, siendo lógico, á atentar contra ese mismo fin, castigando menos á los criminales más peligrosos. Por el hecho de vivir en sociedad, el hombre es responsable ante esta de los actos que ponen en peligro su conservación; libre ó no libre, su responsabilidad social es cierta. El legislador debe detenerse aquí; lo demás corresponde á Dios.

Puede él creer que el libre arbitrio justifica la pena, que él no puede castigar sino al que es moralmente culpable y que, de consiguiente, es la justicia absoluta la que legitima ese derecho; en buena hora; nosotros no nos oponemos á ello; lo único que deseamos es que el legislador, al aplicar aquella, se coloque en el solo terreno de la utilidad social. La responsabilidad moral seguirá siendo el fundamento de la pena, si así se quiere; pero la individualización deberá ser el criterio de su aplicación.

Antes de terminar, debemos presentar aquí la



partidarios de ellas, vamos á ver surgir las mismas ideas, no solo de los partidarios de la escuela clásica, sino de sus fundadores mismos.

Beccaria es un utilitario convencido. La idea de justicia natural ó religiosa debe ser extraña á la ciencia; nada es más peligroso, dice, que las teorías que hacen de un tribunal humano el vengador de la justicia divina ofendida por el delincuente: son concepciones de esta naturaleza que dieron nacimiento á los abusos de la antigua jurisprudencia. La sociedad, según él, está fundada sobre la noción de lo útil, porque es la utilidad ó, por mejor decir, la necesidad, que ha conducido á los hombres al contrato social, donde él encuentra el fundamento del derecho de castigar. Lo que caracteriza para él la pena, es su fin. «De la mera consideración de las verdades hasta aquí expuestas resulta evidente que el fin de las penas no es afligir ni atormentar al hombre ni borrar un delito consumado. Querer deshacer un crimen ya cometido es un propósito vano. El fin no es otro que *evitar la reincidencia del culpable é impedir á los otros que delincan*» ⁽¹⁾, exactamente lo que sostiene Litz, el más ilustre defensor de la finalidad. ¿Qué se necesita para alcanzar este fin de la pena? Un sencillo cálculo de utilidad: que el mal producido por la pena, exceda al bien que el culpable podría sacar del crimen.

Sin embargo, Beccaria no supo sacar de su concepción de la pena su natural consecuencia, la individualización de ella, en razón misma de la reacción que él llevó á cabo contra el sistema imperante. La

(1) Beccaria, *Des délits et des peines*, Chap. XV.



obra tenía por objeto protestar de la arbitrariedad de las penas, que á tantos abusos dió lugar, y era natural, entonces, que negara toda facultad al Juez de salirse de los términos expresos de la ley. La interpretación de esta le estaba prohibida; el Juez, dice, debe establecer un silogismo perfecto, cuya premisa mayor debe ser la ley común; cuya menor debe referirse á la acción, su armonía ó no con la ley, y cuya consecuencia será la libertad ó la pena» (1). Y esta falta de lógica en Beccaria fué una verdadera desgracia, por la influencia que su doctrina tuvo en la ciencia.

Bentham, con su sistema eudemonista, es el antepasado directo de las escuelas modernas. En su doctrina, encontramos un sistema más completo y mejor coordinado que en Beccaria. Para Bentham, no hay otra moral que la utilidad, y el fundamento único del derecho penal está en su finalidad. Infligir un mal por el mal cometido, es para él el colmo de los absurdos. Solo el fin de utilidad, inteligentemente comprendido, debe ser la guía y la medida de las reglas de penalidad. La justicia no tiene valor para él; las penas y las recompensas son medios de aumentar la suma de felicidad general y el legislador debe, en su organización, tener siempre en vista su perfecta apropiación á este fin, no siendo permitido usar de un medio preventivo que fuese de naturaleza á hacer más mal que el delito mismo. Bentham solo se ocupa del futuro, el pasado para él no tiene importancia. La misma pena no debe ser infligida por el mismo delito á todos los delinquentes;

(1) Beccaria, *Op. cit.* Chap. IV.



debe dejarse cierta latitud al Juez, quien deberá tener cuenta de la edad, del rango, de la situación social, etc. Aquí vemos aparecer ya la individualización ⁽¹⁾.

Las doctrinas spenceriana y darviniana sobre la evolución y la selección, se apoderaron de esas ideas y les dieron mayor desenvolvimiento, haciéndolas formar parte de un sistema más vasto y más científico. La felicidad, como un fin lejano y necesario, es el término de la evolución cosmológica, según Spencer, y para llegar a ella se requiere obedecer á la *ley de adaptación al medio*, es decir, á las condiciones de vida, tanto individual como social. Darwin, también encuentra el fin de la moral en el bien general, del cual forma parte la felicidad individual. En suma, el derecho está fundado en la idea de felicidad final y en ella consiste su razón de ser.

No necesitamos entrar en mayores desenvolvimientos de estas doctrinas, ni insistir sobre la gran influencia que ellas tuvieron en la escuela positiva. Basta citar estas palabras de Ferri: «El desarrollo grandioso y fecundo de la filosofía experimental en la segunda mitad de nuestro siglo, especialmente con el estudio biológico y psicológico del hombre considerado como uno de tantos anillos en la variada cadena zoológica y el estudio positivo de la sociedad humana como organismo natural había ya formado un ambiente intelectual y determinado una corriente general, de las cuales los nuevos estudios

(1) Bentham, *Traité de législation civile et penale*, T. I y II.



sobre los fenómenos criminosos no son sino un aspecto particular » (¹).

No estará demás observar, con motivo de estas palabras de Ferri, que la escuela antropológica, al aceptar la hipótesis spenceriana del organismo social, y sin tener en cuenta la distinción del mismo Spencer entre *organismo discreto* (la Sociedad) y *organismo continuo* (el animal), llegó á exageraciones como esta: « como en un organismo se corta el miembro dañado, así en el organismo social se elimina el delincuente »; y al buscar el origen del crimen en el mundo animal y aún en toda la naturaleza organizada, y confundiendo, á lo que nos parece, el delito con los medios de que la naturaleza ha dotado á los seres para la lucha por la vida, habla de delitos entre animales y aún en las plantas insectívoras, aunque inclinándose á solo llamar tales á los comeditos entre animales de la misma especie.

Estas y otras exageraciones de Lombroso y el traer á la ciencia problemas tan graves como esos, han hecho mucho mal á la escuela positiva.

Se vé, pues, como esta escuela no nació para arrazar con todo lo existente ó, como se ha dicho, con un propósito de « nihilismo científico », sino que ha sido un producto de la evolución dentro de la misma escuela clásica ó, como dice el mismo Ferri: « un desarrollo ulterior de la escuela clásica iniciada por Beccaria » (²), auxiliada por el progreso de las ciencias naturales, morales y políticas en estos últimos tiempos; y con Lombroso,

(1) Ferri, *Sociologia criminal*, Introduzione, p. 1.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, Introduzione, p. 28.



Garófalo y Ferri ó sin ellos, un poco más temprano ó un poco más tarde, esas doctrinas hubieran conquistado el lugar que hoy ocupan en la ciencia. Es la virtud de las grandes ideas, destinadas á marcar rumbos al espíritu humano: una vez que han aparecido no mueren más. Pueden quedar como pérdidas durante muchas generaciones, podrá creérse-las desaparecidas para siempre, pero, llegado el momento oportuno, renacen con extraordinario vigor, iluminan todos los espíritus, se apoderan de todas las almas y con enorme fuerza de expansión dan la vuelta al mundo y asientan definitivamente su imperio, señalando un nuevo paso de la humanidad en el camino del progreso, sobre el cual uo volverá.

Hay algo, sin embargo, y muy fundamental, que separa á Bentham y Beccaria de la escuela positiva; la creencia en el libre albedrío.

Mientras los primeros lo aceptan en toda su extensión, quedando como la idea dominante á la cual se subordinan las demás, la otra lo niega rotundamente y de esta diferencia surge la orientación distinta de ambas escuelas.

Idéntico antagonismo existe entre las escuelas modernas; pero las ideas han hecho camino, la libertad moral ha quedado para sus partidarios como el fundamento de la penalidad, pero el acuerdo se ha producido unánimemente sobre la concepción de la pena como un fin y, lo que es su consecuencia, que el legislador no puede considerar el crimen como un fenómeno existente por sí mismo, en el estado aislado y objetivo, sino como inseparable de sus



causas y condiciones, siendo la principal la consideración de su autor, que de su rol antes secundario, debe pasar al primer plano: es decir, que la responsabilidad no debe apreciarse por el grado de libertad, sino por el peligro social que el agente ofrece; que en lugar de pesar la cantidad de voluntad culpable, se debe tener en cuenta la naturaleza de esa voluntad, en lugar de su valor cuantitativo su valor cualitativo, el sentimiento más ó menos perverso, más ó menos antisocial que ha provocado el crimen. La pena, en lugar de tener un carácter expiatorio, de retribución, debe tener por único fin, la defensa social. Estas fueron las conclusiones á que arribamos en la discusión á que tantas veces nos hemos referido.

Las diferentes creencias sobre la responsabilidad penal no podían ser un obstáculo á esta conciliación, que hoy nos aparece tan clara que sería necesario estar ciego para no verla. Mientras las escuelas italiana, alemana, lionesa, etc., ó niegan en absoluto la libertad moral ó la relegan á la categoría de una hipótesis inútil para la ciencia, otras, aunque creyendo en ella, piensan que es una cuestión metafísica extraña al derecho penal, ciencia práctica por excelencia, y otras, por último, aceptando la idea de finalidad con todas sus consecuencias, piensan que el libre arbitrio debe quedar como el fundamento de la pena, como su sanción y nada más.

Y bien, ¿se ha inspirado en estas nuevas ideas el proyecto que nos ocupa? Evidentemente nó; basta un ligero examen para comprenderlo.

Su concepto del delito y de la pena es el tradi-



cional, el mismo del Código vigente. Como este, considera el crimen solamente en su materialidad; su más ó menos gravedad depende del mal producido y de las circunstancias que lo han rodeado, sin que la personalidad de su autor influya mayormente en ella y, de consiguiente, en la pena que se le debe aplicar. Que el delincuente sea un niño de catorce años ó un hombre de treinta, un malvado ó un hombre honrado, para el proyecto es lo mismo, salvo la facultad del Juez de aumentar ó disminuir un poco la cantidad de pena, que queda la misma para todos. El peligro que el delincuente ofrece, según su más ó menos perversidad, apenas si se tiene en cuenta como una simple circunstancia agravante, exactamente como en el Proyecto Tejedor ó el Código actual, sin que tal circunstancia autorice á salirse de la pena legal. El motivo, que tan capital importancia ofrece para apreciar la criminalidad de fondo del agente, es completamente olvidado; su rol por el proyecto, se reduce á aumentar ó disminuir algo la pena entre dos límites inflexibles, y lo más que podrá hacer el Juez en presencia de un delincuente que todo el mundo absuelve, porque todos comprenden que, en su lugar, hubieran procedido lo mismo, es condenarlo al mínimum de una pena igual á la que sufren los peores criminales.

La pena en el Proyecto, es la misma del Código que nos rige, puramente expiatoria, sin que se advierta el propósito de darle un fin de utilidad social. Es el hecho realizado y no la naturaleza del criminal, que la determina. Compárese el Proyecto con el



Código y se verá que son las mismas penas inmorales, corruptoras, desterradas ya de todos los Códigos, las que sanciona, sin que la enmienda del criminal aparezca como un objetivo de ellas. Es la expiación, es la intimidación, el único fin de la pena en el Proyecto y en ninguna de las que establece se vé el propósito de hacerla servir como un instrumento para alcanzar un resultado en el porvenir. Quiérase ó no se quiera, es la idea retributiva la que domina sola en él, sin que la idea de fin aparezca en ninguna parte.

¿Y la condena condicional, se nos dirá, la pena eliminadora contra los reincidentes, qué son sino procedimientos de individualización? Es cierto y lo hemos reconocido, pero ellos han sido colocados en el Proyecto á guisa de remiendos, con más ó menos acierto, pero sin que ello importe alterar el criterio fundamental que domina en la obra. El resultado de semejante heterogeneidad de principios, de tan opuestas tendencias dentro de una misma ley, no puede ser sino desastroso y, en el mejor de los casos, estéril en la lucha contra el crimen.

Cuando hemos sostenido en las líneas que preceden y antes de ahora, la necesidad de que el legislador se coloque en el terreno de la defensa social al dictar la ley penal, prescindiendo en absoluto de cuestiones metafísicas, como la libertad moral, no hemos pretendido con eso y nada está más lejos de nuestro espíritu, negar la existencia de esta y mucho menos que aquel tome partido en favor del determinismo entregándose á un fatalismo que sería funesto al pueblo para quién dicta sus leyes. No; la

ciencia está muy lejos de haber llegado á la descon-
soladora conclusión de que la libertad moral no
existe; por el contrario, todos nos sentimos, gracias
á Dios, libres y dueños de nuestras acciones, capa-
ces de elevarnos y moralizarnos más y más con
nuestros propios esfuerzos, que nos libertan de la
tiranía de los más bajos apetitos. Esta creencia, que
nos dignifica ante nosotros mismos, es el más po-
deroso sostén de la moral y el estímulo más eficaz
para nuestro perfeccionamiento y para la lucha por
la vida. La confianza en la fuerza todopoderosa de
la voluntad, siquiera esa confianza sea una ilusión,
eleva al hombre sobre todo lo creado, haciéndolo
capaz de llegar á los más altos destinos. Si la liber-
tad no existiera, la idea que tenemos de ser libres
es una *idea fuerza*, como dice Fouilleé, capaz de
reemplazarla, influyendo poderosamente en nuestra
conducta.

No debemos destruir esa confianza en esto que
nos parece que es lo más noble y excelso que exis-
te en nosotros, para arrojar á las almas en ese ne-
gro abismo del pesimismo y de la fatalidad donde de-
saparecerían sus mejores atributos para ser el ju-
guete de su inconciencia, de sus instintos y de las
taras de su origen.

Todo lo contrario; el legislador debe respetar esa
creencia, que aun á este solo título tiene gran in-
fluencia sobre nuestra conducta; debe tener fé en
que su acción no será ineficaz para moralizar á los
hombres, arrancándolos de esa atmósfera de miseria
moral con que el determinismo lo envuelve y para
levantar al caído, haciéndolo digno de la comunidad





de los buenos, y debe creer que sus leyes, prudentemente inspiradas, han de ser bastantes á sanear el ambiente de corrupción y de sensualismo que hoy nos rodea. Noble tarea, sin duda, que no ha de ser infecunda, porque el Cielo bendice siempre los esfuerzos que los hombres y los pueblos hacen para mejorarse y elevarse á la región serena del bien!

Pero cuando se ocupe de dictar la ley penal, debe comprender que esta es una ley eminentemente práctica, que no tiene otro fin que defender á la sociedad contra el crimen y que ella debe tender á realizar ese objetivo único, sin buscar un apoyo inútil en un libre arbitrio que lo llevaría, siendo lógico, á atentar contra ese mismo fin, castigando menos á los criminales más peligrosos. Por el hecho de vivir en sociedad, el hombre es responsable ante esta de los actos que ponen en peligro su conservación; libre ó no libre, su responsabilidad social es cierta. El legislador debe detenerse aquí; lo demás corresponde á Dios.

Puede él creer que el libre arbitrio justifica la pena, que él no puede castigar sino al que es moralmente culpable y que, de consiguiente, es la justicia absoluta la que legitima ese derecho; en buena hora; nosotros no nos oponemos á ello; lo único que descamos es que el legislador, al aplicar aquella, se coloque en el solo terreno de la utilidad social. La responsabilidad moral seguirá siendo el fundamento de la pena, si así se quiere; pero la individualización deberá ser el criterio de su aplicación.

Antes de terminar, debemos presentar aquí la

expresión de nuestra gratitud, de nuestro más vivo y respetuoso reconocimiento, al Dr. Osvaldo Magnasco por haber deferido á cubrir esta producción con su alta autoridad científica. Este modesto libro, cuyo único mérito es la intención que lo ha dictado, la de ser útil á nuestro país, no merecía, por cierto, el honor que el gran escritor y abogado eminente ha querido discernirle, y, seguramente, es ella lo único que lo justifica ó explica. De todos modos, él reconocerá con nosotros que: *fecimus quid potuimus, faciant meliora potentes.*



TÍTULO PRIMERO

APLICACION DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I

CON RELACIÓN AL TERRITORIO

1—Pensamos que una ley, sobre todo la ley penal, debe ser redactada con la mayor corrección, empleando un lenguaje preciso que no diga más ni menos que lo que el legislador se propone decir. Todo lo que se considere superfluo debe suprimirse, mucho más si con esta supresión se evitan dificultades y conflictos en la aplicación de ella.

Tal es el caso del inciso 1º del art. 1º del proyecto que nos hemos propuesto estudiar en esta obra. La especificación que allí se hace está demás y esta opinión nuestra se encuentra reforzada por la de los legisladores de los pueblos civilizados, como lo demuestran los más importantes Códigos modernos, los cuales, salvo el Holandés, no establecen semejante especificación.

La aplicación de la ley penal á los delitos cometidos en los buques de guerra ó mercantes y en las aguas jurisdiccionales de un Estado, está regida por la ley internacional, cuya prelación, respecto á las leyes particulares de cada país, es indiscutible. Ahora bien, de dos cosas la una: ó lo legislado por el inciso que discutimos está de acuerdo con lo que establece el derecho internacional y entonces





es inútil, ó no lo está, y en tal caso las disposiciones de este prevalecerán, con evidente desprestigio de aquella.

La misma Comisión redactora del proyecto debe pensarlo así, aunque se muestre poco lógica con sus opiniones, puesto que nada estatuye en él respecto á la jurisdicción que debe conocer en los delitos comunes perpetrados por los Enviados Extraordinarios y Ministros Plenipotenciarios de la República en los países extranjeros ó por los de éstos en aquella, esto es, si es la del país que representan ó, como lo quieren algunos distinguidos publicistas, del país en que ejercen sus funciones ⁽¹⁾.

Pero, aparte de su inutilidad, lo dispuesto en el inciso puede ofrecer en la práctica inconvenientes muy serios dignos de ser tenidos en cuenta, y contiene errores de concepto y de forma que no pueden pasar sin corrección.

Desde luego el inciso incurre en una omisión que importará la exención de la jurisdicción nacional en delitos que por el lugar en que han sido perpetrados deben caer bajo ella. Tal es la de los delitos cometidos en los lugares fuera de las fronteras donde se encuentre nuestro ejército, los cuales deben caer bajo el imperio de nuestras leyes penales de acuerdo con los cánones del derecho internacional, la doctrina uniforme de todos los tratadistas y la práctica de todos los pueblos civilizados ⁽²⁾.

(1) Fiore *Derecho int. penal*, Cap. I, §§ XXII y sigt. y los autores que cita.

(2) Debe entenderse principalmente, y esto no se discute, de los delitos militares ó comunes cometidos por ó contra miembros del ejército expedicionario, ya se trate de soldados ó de habitantes del país invadido. Sería absurdo en estos casos pedir auxilio á las leyes del adversario, lo que importaría subordinar la soberanía del país invasor á la del invadido. La Alemania en 1870 y el Japón en su guerra reciente prescindieron de sus Códigos aplicando la ley marcial en toda su extensión. Estos excesos, en que jamás incurrió la Francia, se evitarían con una disposición expresa de nuestras leyes penales.

Es verdad que nuestras leyes de justicia militar prevén el caso declarando que la jurisdicción militar debe entender en los delitos comunes cometidos en territorio enemigo donde se encuentren nuestras tropas (Cód. de Just. Militar, Tratado primero, art. 120; pero como á ellos debe aplicarse



Un ejército expedicionario en país extranjero lleva consigo, al mismo título que los buques de guerra, la soberanía de la Nación á la cual pertenece, porque el Estado existe moralmente allí donde se encuentra la fuerza militar que lo representa y que afirma su poder y su voluntad, y de consiguiente, puede considerarse como ocurrido en su territorio todo aquello que tiene lugar donde su ejército se encuentre.

Por otra parte, la República Argentina por medio de tratados puede reglar, de otra manera que lo hace el inciso, la aplicación de su ley penal, ampliándola ó restringiéndola en ciertos casos, de donde resultarían disposiciones contradictorias emanadas del mismo poder soberano y aunque aquellos, como ley suprema, se aplicarían siempre, esto nada quita á la falta de seriedad que tales manifestaciones de voluntad contradictorias revelarían y á la impropiedad de consignar en el Código disposiciones á sabiendas de que en muchos casos se pasará sobre ellas y que solo servirían para demostrar nuestra vacilante política internacional por falta de ideas fijas y de propósitos definidos de gobierno.

Y para que se comprenda la posibilidad de que esto suceda, basta tener en cuenta que Francia y Bélgica tienden á hacer adoptar por las demás naciones los principios que ellas sustentan respecto al castigo de los delitos perpetrados en buques mercantes con bandera extranjera en aguas jurisdiccionales de un Estado, que son los contrarios de los que adopta el proyecto, como luego se va á ver.

2—La redacción de la disposición que nos ocupa no puede ser más incorrecta.

En efecto, los delitos cometidos á bordo de los buques

el Cód. Pen. Ord. y no el militar. (Id., Tratado tercero, art. 506), él debe ratificar lo dispuesto por éste por medio de una disposición de carácter general como la que vamos á proponer, pues de lo contrario, siendo el Cód. Pen. Ord. posterior al militar, podría entenderse derogado éste en esta parte, puesto que declara *que él solo se aplicará* en los casos que taxativamente enumera, entre los que no están comprendidos aquellos delitos.



mercantes con bandera argentina, sea que naveguen en alta mar ó se encuentren en aguas de una Nación extranjera, caen bajo el imperio de nuestra ley penal, lo mismo que los delitos perpetrados en idéntica clase de buques con bandera extranjera en aguas jurisdiccionales de nuestro país: lo que importa adoptar reglas diferentes y en diametral oposición según se trate de buques argentinos ó de buques extranjeros.

Después de redactado el inciso 1º, parece que la Comisión se apercebíó de esta contradicción y en vez de corregir la redacción que era lo natural, optó por salvarla al final del artículo en una forma á todas luces inconveniente. Dentro del criterio de la Comisión, el inciso 1º pudo haberse redactado de la siguiente manera, haciendo innecesaria la aclaración consignada después:

«Por delitos y faltas cometidas ó cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, en sus buques de guerra, en los mercantes que lleven su bandera cuando naveguen en alta mar ó se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprímiese ó en buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales.»

No es dudoso que esta redacción es más correcta y precisa que la del proyecto y ya se sabe que estas cualidades del lenguaje no son cosa baladí cuando se trata de un Código Penal.

3—El brevísimo informe de la Comisión autora del proyecto no permite darse cuenta de las razones que han informado la disposición que criticamos, pero de su redacción parece desprenderse que ella piensa que, sin una disposición expresa del Código, quedarían impunes los delitos cometidos á bordo de buques mercantes con bandera argentina en aguas de otro Estado cuando este se abstenga de reprimirlos: grave error que debemos destruir, con tanta más razón cuanto, que si fuera exacto ese modo

de pensar, quedaría justificado, en parte al menos, el inciso 1º que nosotros consideramos inútil.

Respecto á los delitos perpetrados en aguas jurisdiccionales de un Estado, existen dos sistemas frente á frente: el inglés y el francés. La Inglaterra ha sostenido siempre el principio que el mar litoral es una parte del territorio y que, de consiguiente, toda infracción en él cometida cae bajo la jurisdicción inglesa, principio confirmado por la ley de 28 de Agosto de 1878 con motivo del asunto relativo al buque alemán Franconia (1).

La Francia y la Bélgica, á las que siguen otras Naciones, exceptúan de la jurisdicción local los delitos que se cometan entre los tripulantes cuando no se altere la tranquilidad del puerto y cuando no se solicite el auxilio de la autoridad local, en cuyo caso acuerda la *ex-territorialidad* á los buques extranjeros (2).

Pero, de que no exista una regla uniforme al respecto ¿se puede deducir que los delitos cometidos á bordo de buques con bandera argentina en aguas francesas ó belgas queden impunes? De ninguna manera.

Los buques mercantes en alta mar, según el derecho internacional, forman parte del territorio del Estado que les presta su nacionalidad y, de consiguiente, se hallan enteramente sometidos á la soberanía nacional, la cual rige á las personas del equipaje, regula sus actos, provee al mantenimiento de la disciplina y castiga los delitos cometidos á bordo. Cuando el buque penetra en las aguas litorales de otro país, no por eso deja de quedar sometido á las leyes de su Nación, y, en caso de haberse cometido un delito en esas aguas, se produce un conflicto de jurisdicción

1) *Territorial Waters jurisdiction act. 1878.*

(2) Calvo, *Dcho. int.*, T. I, párraf. 198 y sig.—Martens, *Dcho. int.*, T. III, Lib. III, Cap. II, párraf. V.—Lawrence Wheaton. *Comentaire*, T. IV pág. 347 y sigs.—Garraud, *Droit pen.* T. I, n. 144, pág. 272 y sig. Se exceptúan de esta regla, como es natural, los delitos cometidos por ó contra personas extrañas al equipaje.





entre la soberanía de la Nación á la cual el buque pertenece y la de aquella en cuyo territorio se encuentra (2).

Parece natural que prevalezca la jurisdicción de la Nación en cuyas aguas el buque se encuentra, por ser el *locus patratí criminis*.

Pero, si esta renuncia á ejercerla ó no la establece sino en casos determinados, por ejemplo cuando se altera la tranquilidad del puerto, la soberanía de la Nación á la cual el buque pertenece conserva la plenitud de su jurisdicción en todos los demás casos.

Ella no se paraliza por el hecho de que el buque penetre en aguas extranjeras y la prueba está en que, cuando se limita á pasar sin detenerse en ellas, la conserva como en alta mar, no reconociéndose en tal caso en derecho internacional la jurisdicción de la Nación á la cual esas aguas pertenecen (3).

Esto es tanto más exacto cuanto que la Francia y la Bélgica, si renuncian á ejercer jurisdicción en los delitos cometidos en sus aguas litorales, lo hacen por respeto á los derechos del Estado cuyo pabellón enarbola el buque.

En efecto, como lo hacen notar Garraud y Haus (3), los principios adoptados por esas Naciones respecto á esos delitos, emanan del dictámen del Consejo de Estado francés de fecha 20 de Noviembre de 1806, los que fueron incorporados más tarde á la Ordenanza francesa de 20 de Octubre de 1833 sobre la marina mercante y en Bélgica

(1) Ortolan, *Droit. pen.*, T. I, n. 396.—Haus, *Droit. pen.* T. I, n. 217, págs. 158 y sig.

(2) Martens, *Dcho. int.*, T. II, párrf. 53.—Fiore, *Dcho. penal int.*, Cap. I, §§ XI y XIII. La ley inglesa del 78 que hemos mencionado levantó enérgicas protestas en Alemania, Francia é Inglaterra misma por su aplicación á los buques que pasan sin detenerse en aguas inglesas. Por esta abusiva extensión de la jurisdicción, la ley aludida se ha puesto en contra de los principios del derecho internacional reconocido por los publicistas más eminentes, entre ellos los mismos ingleses: como Robert Phillimore, Travers, Twiss, Heffter, Bluntelli, Perels, etc.

(3) Garraud, *Droit pen.*, T. I, n. 144, págs. 273 y 274.—Haus, *Droit pen.* T. I, n. 217, págs. 158.



al decreto real del 11 de Marzo de 1857. Ese dictámen, en su parte pertinente, dice así: «En cuanto á los delitos que se cometan entre los individuos de la tripulación de un buque neutral, *los derechos del Estado neutral* deben ser respetados porque se trata de la disciplina interior del buque en la cual, sin que sea su auxilio reclamado ó lo exija la tranquilidad del puerto, no debe mezclarse la autoridad local.»

Wheaton, citado por Calvo, afirma que la Francia ha establecido acerca de este punto las reglas más conformes con los principios del derecho de gentes. ⁽¹⁾

Cuando esas Naciones se abstienen de conocer de estos delitos por respeto á los derechos del Estado neutral, no se preocupan de averiguar si sus leyes los establecen: les basta saber que la ley de las Naciones se los confiere.

No siendo, pues, discutible que las leyes penales argentinas se aplican á los delitos cometidos en buques de su bandera en puertos ó aguas de otra Nación, cuando ésta no los castiga, no se comprende como la Comisión pueda pensar que ellos quedarían impunes sin una disposición expresa del Código.

4—Siendo, pues, inútil é inconveniente, como creemos haberlo demostrado, la disposición consignada en el inciso 1, pensamos que ella debe suprimirse, limitándose el proyecto, á ejemplo de los más modernos y sabios Códigos europeos, á establecer que la ley se aplicará á los delitos y faltas cometidas ó cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación.

En efecto, en el sentido jurídico, territorio de una Nación es aquella parte del globo sobre la cual ésta ejerce su soberanía, de manera que el comprende, no solo la tierra y las aguas que abrazan sus límites, sino *el mare proximum* ó sea aquella parte del mar que bañan sus costas hasta donde puede llegar el proyectil del más fuerte cañón:

(1) Calvo, *Derecho int.*, tom. I, § 198, pág. 312, ed. 1878.



potestas terrae finitur, non finitur, armorum vis; (1) en cualquier lugar ocupado por nuestro ejército de tierra ó de mar: los buques de guerra en cualquier parte que se encuentren, por que ellos conducen una parte del poder público de la Nación: y los mercantes que enarbolan nuestro pabellón, cuando naveguen en mar libre, pues todo barco en este caso se considera, como dice Martens, una porción flotante del territorio del Estado cuyo pabellón enarbola, sin dejar de quedar sometidos á sus leyes en las aguas extranjeras. (2)

Así, pues, aunque el Código no lo diga, la Nación ejerce plena jurisdicción, que nadie le puede discutir, no solo sobre su territorio real, sino sobre éste otro territorio ficticio que el derecho de gentes reconoce á todas las Naciones, y, de consiguiente, sus leyes rigen en uno y en otro sin ninguna contradicción.

5—En cuanto al inciso 2, nada tendríamos que observar puesto que es indiscutible que nuestra ley penal es la que se debe aplicar á tales delitos; pero, si se aceptase lo que más adelante proponemos sobre la exterritorialidad de la misma en lo que respecta á los delitos cometidos en el extranjero contra nuestra Nación, como estos compren-

(1) Tres millas generalmente. El tratado de Montevideo en su art. 12 fija cinco, lo que está de acuerdo con los progresos alcanzados por la artillería que envía proyectiles hasta una distancia de más de siete millas marinas. El instituto de Derecho internacional reunido en París en 1894, estableció que esa zona fuera de seis millas, pero en caso de guerra cada Estado tiene el derecho de fijar una más extensa, de acuerdo con el alcance de los cañones de la costa, por la declaración de neutralidad ó por una notificación especial.

La extensión fijada por el tratado de Montevideo está de acuerdo con la proposición del Ministro Seward á la Gran Bretaña en 1854, que la fijaba en cinco millas ó sea 9260 metros.

2) Martens, *Dcho. int.*, parte general, § 198, Parte Especial, § 56.—Calvo, *Droit. int.*, §§ 196, 197 y 198.—Vattel, *Droit de gens.*, Lib. I, C. 19.—Fiore, *Dcho. penal int.*, Prim. Part., C. I, VIII.—Bello, *Dcho. int.*, Cap. III.—Wheaton, *Elem. Droit int.*, vol. I., pág. 2, ch. 2, §§ 9 y 10.—Bonfils, *Droit des Gens.* n. 607 y 625.

den aquellos por tratarse de ofensas contra la administración pública de ella, este inciso estaría de más.

6—Por lo que respecta al inciso 3, creemos, por lo que hemos dicho al discutir el 1, que debe suprimirse por que los *delicta juris gentium*, entre los cuales se encuentran los de piratería, pueden ser juzgados por todas las Naciones, salvo cuando se cometan en las aguas jurisdiccionales de un Estado. A los buques piratas el derecho internacional los considera buques sin bandera (aunque enarbolan una), de consiguiente sin nacionalidad y por tanto justiciables por cualquier país en cuyo poder caigan, en conformidad con sus leyes. No teniendo bandera, ninguna Nación puede alegar para juzgarlos derechos preferentes á los de la Nación que los ha aprehendido y de consiguiente la jurisdicción de esta no puede estar en conflicto con ninguna otra. ⁽¹⁾

La persecución de los piratas, más que un derecho es un deber de los pueblos civilizados, puesto que se trata de enemigos de la humanidad entera, cuyos delitos, realizados en un teatro inmenso, se dirigen indistintamente contra todos ellos y, de consiguiente, todos deben aunar su acción para librar de ellos á los mares. Como cada Nación separadamente sería impotente para conseguirlo, se hace indispensable el concurso de todas y de ahí que este deber haya pasado del derecho interno al de gentes.

Es verdad que para que sea esto exacto es necesario que se trate de verdaderos actos de piratería, reconocidos como tales por la ley de las Naciones, y el proyecto, al legislar este delito en los arts. 215 y 216, siguiendo á la ley del 63, comprende actos que, en realidad, no son piráticos. Tales actos no podrían ser juzgados por nuestros tribunales, salvo que, por otras razones, ellos cayeran bajo el imperio de nuestra ley penal.

De lo que acabamos de decir se desprende que esta-

(1) Calvo, *Dcho. int.*, T. I, § 201—Martens, *Dcho. int.*, T. III, § 93.—Flore. *Dcho. penal int.*, Cap. II, § LXXXIII.





mos conforme con lo que dispone el inciso 3. mientras se trate de verdaderos actos de piratería, y nuestro disentiimiento se refiere solo á la conveniencia de consignar esa disposición, ya que pensamos que en cuanto á ella, como en los casos comprendidos en el inciso 1 y los otros que hemos mencionado, debe estarse á lo dispuesto en el derecho internacional y á las convenciones que nuestro país celebre con las demás Naciones.

7—El breve informe de la Comisión redactora del proyecto apenas dice una palabra sobre el artículo que estudiamos, limitándose á afirmar que, siguiendo á la mayoría de los Códigos modernos ⁽¹⁾, ha creído necesario fijar el alcance jurisdiccional de la ley, pero no nos dice porque no sigue á esa misma mayoría en cuanto á la represión de ciertos delitos cometidos en el extranjero y que están ligados á nuestro país por un determinado vínculo jurídico.

Según el proyecto, la ley penal argentina debe ser esencialmente territorial, al igual de la legislación criminal de Inglaterra y Estados Unidos. Naciones que constituyen una excepción en el mundo civilizado, sin duda porque desde muy antiguo el principio de la *territorialidad* está fuertemente arraigado en sus tradiciones, á las que tan profundo respeto profesan. Pero semejante principio lleva á consecuencias tan inadmisibles, que esos mismos países se han visto obligados á hacer concesiones al principio opuesto, castigando los crímenes de traición, asesinato y bigamia aunque hayan sido cometidos en territorio extranjero. ⁽²⁾ De manera que si el proyecto fuera ley, la República Argentina sería la única Nación en el mundo que admiti-

1 La gran mayoría de los Códigos modernos, por no decir casi todos, figurando entre ellos los de mayor autoridad en el mundo científico, como el italiano, no consignan ninguna disposición análoga al art. 1 del proyecto, dejando el cuidado de dar reglas para la aplicación de la ley, en cuanto al lugar, al derecho de gentes y á los tratados.

2) Stephen, *Summary of the criminal laws*.—Lewis, *On foreign jurisdiction*.

ría la territorialidad de su ley penal, en su más absoluta acepción.

Los autores que sostienen la territorialidad de la ley penal, Phillimore, Cornwal, Lewis, Story, Wheaton, Hall, Mittermaier, Klüber, Feuerbach, Köstlin, se ven obligados, ante las consecuencias inevitables é inadmisibles de este sistema, á aceptar numerosas excepciones, particularmente con respecto á la piratería, trata de negros y en general los *delicta juris gestium* cualquiera que sea el lugar en que se hayan cometido, como también con respecto á los atentados dirigidos desde el extranjero contra el Estado y aún contra sus ciudadanos. (1)

Tales excepciones no tienen justificación posible y por lo mismo demuestran la falsedad del principio en el absolutismo con que se enuncia.

No se encuentran al abrigo de críticas tampoco los demás sistemas: el *personal*, el *real*, el *cosmopolita*, y esto ha llevado á muchos juristas á renunciar á establecer sobre bases científicas el principio que debe regir la jurisdicción y dejar al Estado la facultad de resolver las cuestiones que se presenten en cada caso y de acuerdo con sus conveniencias y los sentimientos amistosos que le inspire la Nación con quien trata.

Si se tratase solo de teorizar buscando los principios de aplicación más conveniente, hecha abstracción del momento presente, no estaríamos distantes de aceptar la corriente en que se coloca el proyecto, ya que pensamos que la jurisdicción del *forum delicti commissi* debiera prevalecer en atención al interés preferente en la represión y á las mayores facilidades para el juicio (2). Pero cuando se trata

(1) Lawrence Wheaton, *Comment.*, T. IV, pág. 345 y sigt.

(2) Véase el brillante discurso pronunciado por el Dr. Roque Sáenz Peña en el Congreso de Montevideo; es lo mejor que hemos leído sobre esta cuestión. *Actas del Congr. Sud Americano de Delict. Int. privado* pág. 144 y sigt.





de confeccionar el Código Penal de una Nación, no son teorías más ó menos seductoras las que deben prevalecer, no un liberalismo que podría resultar quimérico, sino la realidad de los hechos tal cual ella se ofrece á nuestra vista en el momento presente, el estado actual de las sociedades humanas con sus antagonismos más ó menos irreductibles, su diversidad de civilizaciones, sus prejuicios tradicionales, sus recelos y sus desconfianzas más ó menos fundados, pero reales.

Y bien, el hecho que se impone al legislador en estos momentos y que debe tener muy en cuenta al sancionar la ley penal es este: todos ó casi todos los pueblos rehusan la entrega de sus nacionales para que sean juzgados en el lugar del delito y nuestro mismo país ha consagrado este hecho en su ley de extradición y en la mayor parte de los tratados celebrados, como lo haremos notar más adelante.

La no entrega de los nacionales y la exterritorialidad de la ley penal en cuanto á los delitos cometidos por éstos en el extranjero, han seguido un desenvolvimiento paralelo y no podía ser de otro modo si se ha de evitar que cada país se convierta en el refugio de sus criminales, gozando impunemente del fruto de sus crímenes. Mientras la extradición de los nacionales no sea obligatoria para todos los países, fatalmente habrá que extender la competencia de los Tribunales para los delitos cometidos fuera del territorio.

Aunque un país estuviera dispuesto á entregar sus nacionales, la necesidad de dar efecto exterritorial á la ley penal no existiría menos. Puede no existir tratados con algunos países ó que la regla de la reciprocidad diplomática obligue á ese país á no entregar sus súbditos, como le sucedió á Inglaterra, á la cual las exigencias de esa reciprocidad forzaron á consignar la cláusula de no extradición de los nacionales en los tratados con el Austria en 1853, con

la Francia en 1876 y en otros. ¿Cómo castigar entonces á los nacionales refugiados en su país después del delito?

El principio de la exterritorialidad es, pues, el único, hoy por hoy, que garantiza la represión y realiza la protección jurídica que cada país debe á sus nacionales; hoy pocos lo niegan, reduciéndose todo á un cálculo de *razón* y de *prudencia* respecto á la medida dentro de la cual y según los casos, haya de ejercerse esta jurisdicción. (1)

La territorialidad en la forma en que hoy se la puede aplicar es de todo punto insuficiente, como se vé, para satisfacer las obligaciones del Estado moderno en la esfera de la justicia criminal, tanto más exigentes cuanto que los pueblos civilizados se sienten vinculados por aspiraciones y tendencias comunes hacia la realización de la justicia universal.

El principio de la territorialidad se practicó ampliamente cuando las naciones permanecían sistemáticamente aisladas las unas de las otras, siéndoles indiferentes los delitos que se cometían fuera de su territorio cualesquiera que fueran su gravedad, su autor ó el daño que de rechazo espermentasen; pero, en la época presente, en que las relaciones de pueblo á pueblo se estrechan cada vez más, estableciéndose una verdadera comunidad de intereses y aspiraciones, en que el delito ha adquirido un carácter internacional que antes no tenía debido á la facilidad y rapidéz de las comunicaciones, la aplicación de semejante principio con las trabas actuales que le quitan toda su eficacia, sería un atentado á esa solidaridad universal, impidiendo, no solamente que cada país contribuya al mantenimiento del orden jurídico en los demás, sino también que pueda hacer respetar la autoridad de las leyes penales en su propio territorio.

8—Pero, colocándonos en el terreno puramente juri-

(1) Mancini. *Relazione--La legge penale nella sua efficacia internazionale.*





dico, ¿tiene un Estado la facultad de llevar el imperio de su ley penal más allá del territorio? Es indudable que sí.

Los fundamentos mismos del derecho punitivo de la sociedad y la misma territorialidad de la ley penal, justifican, en nuestro concepto, la exterritorialidad de la misma, si se nos permite la expresión.

En efecto, la defensa social que justifica el derecho de castigar dentro del territorio, lo justifica también para los delitos cometidos fuera de él. La defensa social obliga al legislador a conservar el orden público poniendo en ejercicio su función punitiva contra cualquiera que lo turbe, ya sea por actos realizados dentro como por actos realizados fuera del territorio. Se comprende que el orden público puede encontrarse comprometido por unos ó por otros, y ante este deber supremo del legislador, las fronteras nada significan, desde el momento que la represión debe tener lugar dentro de ellas y cuando esto sea posible, sin llevar un atentado á la autonomía de los otros Estados.

Nadie puede sostener que un pueblo cumple con este deber supremo de velar por su propia conservación, si no ampara los derechos de las personas á quienes debe protección ó no impide el escándalo y el mal ejemplo que son consecuencias de la impunidad.

Por otra parte, la territorialidad de la ley tiene aplicación, no solo por los hechos cometidos en el territorio, no solo por los efectos lesivos que en él tienen lugar, sino también por las personas que se encuentran en él mismo donde quiera que hayan cometido el delito, ya que su impunidad constituiría una amenaza á la seguridad social. (1)

Se vé, pues, como el mismo principio de la territorialidad justifica la extensión que deseamos que se dé á nuestra ley penal.

1) Zanardelli. *Relazione—Efficacia della legge penale rispetto al luogo.*

Claro es que la exterritorialidad tiene que sujetarse á restricciones aconsejadas ó impuestas por los mismos principios que acabamos de invocar y por conveniencias sociales y políticas, y el derecho penal internacional dá reglas ciertas para determinarlas.

9.—Como antes manifestamos, la Comisión autora del proyecto nada dice respecto á las razones que haya tenido para negar todo efecto exterritorial á la ley, pero como el art. 1.º, ha sido tomado del proyecto de 1891 y la omisión á que nos referimos, también existe en este, debemos creer que los fundamentos á que obedeció aquella son los mismos que se encuentran en el informe de la que redactó éste.

Hagámonos cargo de esos fundamentos que, en resumen, son los siguientes:

«Bajo la influencia del estatuto personal, algunos Códigos modernos han extendido el imperio de la ley penal á los delitos que cometiera el nacional en territorio extranjero. Esta doctrina no es aceptable por que se opone á los fines de ésta y á los principios de la legislación general.

Nuestra Constitución y ley civil declaran iguales á todos los *habitantes* y con iguales derechos civiles; reciprocamente ninguna aplicación debe tener la ley respecto al que no es *habitante*, aunque sea ciudadano. La ley, pues, no tiene más alcance que el de la defensa de nuestra sociedad y no de las extrañas, cuya soberanía debemos respetar».

Si no existieran razones de más peso para justificar la territorialidad de la ley, la justicia del principio contrario quedaría evidenciada.

No es verdad que el estatuto personal justifique el imperio de la ley penal para los delitos de los nacionales fuera del territorio. Ya lo hemos visto: son otras y mucho más sólidas las razones que lo justifican.





El estatuto personal comprende solo las leyes que regulan el estado y la capacidad de las personas, lo mismo que las relaciones de familia (1), y si algunos escritores lo han desconocido hasta tal punto que lo han falseado en su esencia haciendo que la ley penal siga al nacional á todas partes como la sombra al cuerpo, esto no quiere decir que el imperio de la ley penal más allá del territorio tenga por fundamento el estatuto personal.

Si bien la ley penal no hace parte de este estatuto, no podría afirmarse, y nadie lo ha hecho, que ella pertenezca tan solo al estatuto real. El Estado en uso de su soberanía puede imponer á sus súbditos la obligación de observarla y respetarla aun fuera de su país y mientras los vínculos de nacionalidad no se rompan, el ciudadano no podrá sustraerse al imperio de ella. (2)

Pero, volvemos á repetirlo, el fundamento de la extraterritorialidad no está aquí. No tenemos para que preocuparnos de averiguar si la ley penal es territorial ó personal, ó territorial para el extranjero y personal para el nacional: bástenos saber que el Estado tiene el supremo deber de mantener el orden público, en los límites del interés nacional, sobre su propio territorio, donde quiera que se haya cometido el delito que lo turbe; es este interés el que lo mueve, ya se trate de ofensas á bienes jurídicos por él garantidas ó de la repercusión en su territorio, del delito cometido fuera.

En cuanto al argumento en sí mismo nada tiene de serio, y solo el respeto que nos merecen los que lo hacen nos induce á refutarlo.

Arrancando de la novedad de que los habitantes son

(1) Félix, *Deho. int. privado*, T. I., Cap. IV., n. 22. — Savigny, *Derecho Romano*, T. VI. § CCCIXII, pág. 202.—Art. 6, Cód. Civ.—*Tratado de derecho internacional privado de Montevideo*, Tit. 1., Arts. 1 y 2.

(2) Martens, *Op. cit.*, T. III., lib. III., Cap. II., § 87.—Fiore, *Deho. pen. int.*, Cap. II., párrf. XLI.—Haus, *Droit penal*, T. I., n. 225, pág. 157 y 158.—Garraud, *Droit penal français*, T. 1., n. 152, pág. 295.



iguales ante la ley y gozan de los mismos derechos, se concluye que ninguna aplicación debe tener ésta respecto al que no es habitante. Pero si la igualdad de derechos civiles de que gozan todas las naciones civilizadas fuera una razón para negar imperio á la ley respecto al que no es habitante, el problema ni siquiera existiría; y luego se olvida que la misma ley civil que se invoca, en cuanto es personal, sigue al nacional ó domiciliado cuando deja de ser *habitante* para dirigirse á cualquiera otro país, fallando el argumento por su base. Hágase una excepción, en hora buena, respecto á la ley penal restringiendo su imperio al territorio, pero no por medio de tan peregrina argumentación.

Volvemos á repetir, ya que es bueno no dejar nada sin contestar: al dar efecto extraterritorial á su ley penal, el legislador no se propone defender sociedades extrañas sino la propia sociedad y con ello, en vez de negarla, afirma la soberanía de las demás naciones, en cuanto contribuye al más eficaz imperio de sus leyes represivas, evitando la impunidad.

Este injustificado temor de herir las autonomías de los otros Estados, nace de la confusión que se hace entre la autoridad de la ley penal y la competencia jurisdiccional del Juez. La jurisdicción es esencialmente territorial en razón de la imposibilidad en que se está de herir al autor del delito en tanto que habite en el extranjero, pero no sucede lo mismo con la autoridad de la ley, que, al llevar su imperio más allá de las fronteras, no compromete autonomía alguna (1).

10—Antes de terminar este punto, debemos hacer notar que los Congresos internacionales de derecho penal, en estos últimos tiempos, han discutido ampliamente esta

(1) Fiore, *Dcho. int.*, Cap. II, § XII.—Haus, *Droit pen.*, T. I, n. 221, pág. 155.—Pessina, *Diritto pen.*, T. I, § 18, pág. 107.—Garraud, *Droit pen. français*, T. I, n. 152, pág. 256.



grave cuestión, dándole una solución en un todo de acuerdo con las ideas que hemos espuesto. Hoy ya no existen defensores de la territorialidad, considerada impracticable en el estado actual de las sociedades humanas, sino como una aspiración á realizarse en un futuro muy lejano, y todas las opiniones convergen en el sentido de dar efecto exterritorial á las leyes penales, discutiéndose solamente la extensión de este efecto.

En el VI Congreso Plenipotenciario Internacional de Bruselas, celebrado en Agosto de 1900, se protestó vivamente contra el espectáculo escandaloso que ofrecen los criminales, quienes, gracias á los conflictos y lagunas de las legislaciones, pueden escapar á toda represión. Los profesores Poittevin y Wulfert sostuvieron elocuentemente la doctrina *cosmopolita*, declarando que es de interés y deber social que la justicia entienda de toda queja legítima, cualquiera que sea el querellante, cualquiera que sea el lugar del delito, cualquiera que sea la habilidad desplegada por los culpables para huir de los tribunales, puesto que el delito lleva un atentado, no á un orden público determinado, sino al orden social necesario al mantenimiento de la civilización humana.

El Congreso sancionó por unanimidad las siguientes conclusiones, que sostuvo brillantemente el relator general Mr. Rode, y que nos interesa conocer:

Cada Estado puede castigar, de conformidad á sus leyes, las infracciones de cierta gravedad de que sus nacionales se han hecho culpables fuera del territorio, sea como autores, sea como cómplices, aun cuando el hecho inculminado no fuese punible en el país sobre cuyo territorio ha sido cometido.

Entre estas infracciones deben estar comprendidas todas las que pueden dar lugar á la extradición. La persecución solo tiene lugar cuando el inculpado se encuentra sobre el territorio nacional. Cuando la infracción ha sido.

cometida contra un extranjero, la persecución puede estar subordinada á una queja de la parte lesionada ó de su familia ó á gestión oficial de la autoridad del país donde el hecho se cometió.

Y esta otra:

Las reglas que preceden no son aplicables cuando el inculcado, juzgado en país extranjero como autor de la misma infracción, ha sido absuelto, ó habiendo sido condenado, ha sufrido ó prescripto su pena ó ha sido agraciado ⁽¹⁾.

11—Dado lo que dispone nuestra ley de extradición, no se comprende como los autores del proyecto no la hayan tenido en cuenta. Dispensémos si volvemos á insistir sobre lo ya dicho en gracia á la importancia, que nos parece decisiva, de esta consideración.

En efecto, la ley núm. 1612 de 25 de Agosto de 1885, prohíbe conceder la extradición de los nacionales, disposición que existía ya ó ha sido incorporada á diversos tratados celebrados. ⁽²⁾ Sin embargo, nuestra política en este, como en otros muchos casos, ha sido vacilante é incierta y tan luego negaba la entrega del nacional, tan luego la concedía ⁽³⁾, según el país con quien trataba, las ideas personales de los gobernantes ó de sus diplomáticos ó cualquiera otra circunstancia, menos la única que se debió tener en cuenta: las garantías que ofrecía el país donde el delito se cometiese para la defensa de nuestro compatriota.

Ahora bien, si la ley penal argentina no alcanza al nacional que haya cometido un delito en el extranjero, si él no puede ser entregado cuando su extradición sea solici-

(1) *Revue pénitentiaire*, n. 7, Juillet-Novembre, 1900.

(2) *Tratado de extradición con España*, 1881, art. 3. *Id.* con Bélgica, 1886, art. 3, inc. 1. *Id.* con Portugal, 1878. *Id.* con Italia, 1886, art. 2. *Id.* con los Países Bajos, 1893, art. 3, inc. 1. *Id.* con Chile, 1894.

(3) *Tratados con la Gran Bretaña*, 1880, art. 3. *Id.* con los Estados Unidos de N. A., 1896. *Id.* de Montevideo 1889, art. 20.





lada por cualquiera Nación con excepción de la Gran Bretaña, Estados Unidos y las que subscribieron el tratado de Montevideo ¿cómo se castiga á ese delincuente refugiado en nuestro territorio? ¿Deberá vivir impune gozando del fruto de su delito, insultando y conmoviendo á la sociedad, nada más que por que se nos ha ocurrido ir contra principios universalmente admitidos, nada más que por que la ley que protege al *habitante* no debe alcanzar al que ha dejado de ser habitante?

Para evitar este escándalo está la expulsión que establece el art. 3.º del proyecto, se nos dirá.

Ya nos ocuparemos de este punto, pero antes es conveniente dejar sentada la verdadera doctrina sobre extradición del nacional por su gran importancia y por la relación directa que tiene con la materia que nos ocupa.

12—Nuestra ley del 85 con la disposición á que nos hemos referido, no consignó ninguna novedad sinó, por el contrario, aceptó un principio universalmente admitido entonces y ahora, sin más excepción que Inglaterra y Estados Unidos de Norte América que han sostenido siempre la entrega del nacional ⁽¹⁾ como una consecuencia de la territorialidad que reconocían á la ley penal y las Naciones que subscribieron el tratado de Montevideo.

Las razones de esta casi universal adhesión al principio de la no extradición del nacional son varias y de peso, siendo la principal la falta de garantías bastantes para la defensa en ciertos países ó la diferencia sustancial de los procedimientos judiciales. Así, por ejemplo, los países

1) Ya dijimos antes que el legislador inglés, á pesar de la territorialidad que reconocía á su ley penal, autoriza la persecución en Inglaterra de sus nacionales que hayan cometido en el extranjero los delitos de alta traición, moneda falsa, asesinato y bigamia, y en estos casos en que sus autoridades judiciales son competentes, no hace lugar á la extradición. Véase art. 6.º de la ley inglesa de 9 de Agosto de 1870, 33 y 34. Victoria Cap. III. En los tratados celebrados por esta Nación con Francia, Dinamarca, Alemania, Bélgica, Italia y Austria fué excluida la entrega de los Nacionales.



que tienen el jurado no creen, y talvez con razón dentro de su punto de vista, que los que carecen de él ofrezcan iguales garantías a la defensa del inculpado, en tanto que los que, como nosotros, no admiten ni probablemente admitirán jamás el juicio por jurados que no está en sus hábitos y que tiene gravísimos inconvenientes, piensan y con sobrada razón, que él no ofrece garantías eficaces de represión y que la justicia popular puede a veces estar imbuida de prejuicios hostiles a la patria del acusado.

Por otra parte, dado el diferente nivel a que alcanza la civilización en los distintos pueblos y su diversidad de costumbres ¿no es racional que en ciertos casos un país tema fundadamente que su nacional no encuentre las garantías necesarias para su defensa y de consiguiente resista su entrega? (1)

En el Congreso de Bruselas a que antes nos hemos referido, se debatió ampliamente esta interesante cuestión. El relator general Mr. de Rode y los sabios criminalistas Nocito y Prins sostuvieron la tesis tradicional de que cada país debe castigar sus nacionales y, en consecuencia, no les está permitido entregarlos. Otros distinguidos congresistas, Beranger, Garçon, Thiry, defendieron, no la tesis

(1) Estas razones han llevado a los pueblos europeos y norteamericanos a establecer, por medio de capitulaciones, un régimen excepcional en el Extremo Oriente, según el cual y contrariando el principio de que el poder jurisdiccional es uno de los atributos de la soberanía territorial, los cónsules ejercen jurisdicción en aquellos países en nombre de sus respectivos Estados conociendo en la penal de los delitos de sus nacionales. El Japón es el único de estos países que se ha sustraído a este régimen desde 1899 por tratados celebrados después de 1894. Los turcos, los persas, los chinos son naciones civilizadas, pero su estado social, sus instituciones, sus costumbres, sus leyes, difieren completamente de los de las naciones cristianas de Europa y América y de consiguiente su justicia no les ofrece ninguna garantía. «Los estados no cristianos, ha dicho M. Férand-Giraud, son forzados por la ley teocrática de su constitución de excluir a los extranjeros de sus territorios. La institución de la justicia extra-territorial tiene, pues, su explicación y su razón de ser; más que convencional, es impuesta por una necesidad que es necesario sufrir a menos de renunciar a toda relación entre ciertas Naciones.» *Les justices mixtes dans les pays hors chrétienté*, p. 12.



contraria, esto es, la extradición obligatoria de los nacionales, que ni aún se mencionó, sino simplemente que la tendencia favorable á la extradición debía ser estimulada y que convendría traducirla en aplicaciones prácticas prudentes, rodeándola de requisitos y de reservas serias; y en esta última opinión se inspiró el Congreso resolviendo que se debía dejar á la diplomacia resolver el punto en cada caso y según las circunstancias, examinando con cuidado si las garantías de la defensa eran suficientes, si los procedimientos no eran demasiado diferentes, sino eran tirantes las relaciones entre las dos potencias, etc.

Idéntico voto había dado con anterioridad el Congreso de Oxford, sancionando la siguiente fórmula:

Entre países cuya legislación criminal reposase sobre bases análogas y que tuviesen confianza en sus respectivas instituciones judiciarias, la extradición de los nacionales, sería un medio de asegurar la buena administración de la justicia penal porque se debe considerar como un desideratum de la ciencia que la jurisdicción territorial sea en tanto como posible, llamada á juzgar.

De manera que nadie sostiene hoy la entrega lisa y llana del nacional refugiado en su patria y, de consiguiente, existiendo casos en que ella no se debe ni se puede realizar, no habría otro medio de castigar á los ciudadanos que delinquen en el extranjero que atribuir esta jurisdicción á los magistrados nacionales (*).

13—Pero los autores del proyecto dan un corte inesperado á la cuestión, estableciendo en el artículo 2º la expulsión para los que habiendo cometido un delito en el extranjero se refugiasen en la República, sin distinguir entre nacionales y extranjeros y siempre que no fueren extraídos.

Así entendemos nosotros esta disposición, mejor dicho,

(1 Fiore, *Derecho penal internacional*, Cap. II, § LXXIV.



nos obliga á entenderla así el informe de la Comisión redactora del proyecto de 1891 del cual ha sido ella tomada; pero es posible que la autoridad judicial la interpretase como que se refiere solo á los extranjeros puesto que el proyecto se abstiene de legislar la extradición, sin duda porque cree preferible dejarlo á una ley especial ó á los tratados que se celebren, y esa ley existe, como se ha visto, y prohíbe la extradición del nacional como existen tratados que consignan igual prohibición; de manera que la autoridad judicial tendrá que concluir que ella se refiere solo á los delinquentes extranjeros, únicos cuya extradición está permitida. Semejante resultado garantizaría la impunidad de los argentinos que delinquen en el exterior, lo que no se puede admitir.

Pero si el artículo 2 del proyecto se refiere también al nacional, como creemos, semejante disposición sería sin precedente en la legislación de los demás países, sin fundamento alguno racional y un verdadero atentado á nuestra ley fundamental y á la humanidad misma.

El derecho del nacional á permanecer en el territorio de su patria, es un derecho absoluto del cual no puede ser despojado sinó en virtud de una condena penal, allí donde el destierro figura entre las penas ⁽¹⁾. El emerge del fundamento mismo sobre que descansa la asociación política, pues, como decia Miguel Cané ⁽²⁾, los ciudadanos argentinos son propietarios indivisos del patrimonio nacional y no se les puede privar del derecho de residir en su propio territorio ⁽³⁾.

De ningún artículo de la Constitución Nacional puede deducirse el monstruoso poder de que los autores del proyecto suponen armado al Poder Legislativo de la Nación

(1) Garraud, *Droit pen. français*, T. I. n. 178, pág. 333.

(2) Cané, *Expulsión de extranjeros*. (Apuntes..

(3) Impallomeni, *Cod. pen. illustr.*, n. 32, pág. 62.



de expulsar de su patria á un ciudadano argentino, criminal ó nó.

Puede éste ser castigado por sus delitos de conformidad á lo que prescribe el artículo 18 de aquella, pero jamás expatriado sin juicio previo, sin pena inflingida por su juez natural, sin siquiera la constancia de que en realidad se trata de un delincuente.

¿Qué es la expulsión sino arrancar á un ciudadano de su hogar, alejarlo de su familia, de todos los seres á quienes ama, de su propiedad, de sus negocios, para que vaya talvez á mendigar el sustento á otras tierras, si es que alguna le abre las puertas que su patria le cierra; qué es la expulsión sino una pena, la pena de destierro que hemos abolido ya totalmente y pena aplicada en abierta violación con lo prescripto en el artículo 18 de la Constitución?

¿No es atentar, ya no contra nuestro derecho público, sino contra los deberes que impone la humanidad, arrojar á un hombre de su patria para que vague tal vez hasta el fin de su vida sin encontrar, como un ser maldito, un palmo de tierra donde posar sus plantas, ya que es presumible que si su patria lo expulsa de su seno con mayor razón lo harán los demás pueblos que no tienen ninguna obligación para con él, y esto sin acusación, sin defensa, sin pruebas, sin juicio, en una palabra, que acredite su culpabilidad?

El eminente publicista Fiore, dice á este respecto:

«El Estado no podría expulsar un nacional, por que el derecho de habitar un país pertenece principalmente á los que son miembros de aquella asociación política, y se deduce como una consecuencia de sus derechos políticos. Si el Estado pudiese expulsar un nacional, no se podría discutir á los demás Estados el derecho de prohibir á los expulsados la entrada á su territorio. ¿Cuál sería, por



otra parte, el lugar en que ésta persona tendría derecho á habitar?» (1)

La expulsión de extranjeros es una de las cuestiones más vivamente controvertidas, aun ahora, que la han adoptado casi todos los países y la única razón, concluyente por otra parte, que se ha dado para justificarla, es la de que el extranjero *no haciendo parte de la Nación*, su recepción individual en el territorio es puramente facultativa, de simple tolerancia y en ninguna manera de obligación, y, por tanto, el derecho en si mismo existe y está universalmente reconocido y practicado. (2)

Pero, aun la misma expulsión de extranjeros está limitada, en la mayor parte de las naciones, á determinada clase de individuos, no existiendo ese derecho respecto á los domiciliados, esto es, con permiso de la autoridad para fijarse en el territorio, á los casados con mujer del país y con hijos nacidos en él ó por lo menos con un tiempo de residencia, etc., aun en el caso de crímenes cometidos en el extranjero. (3)

En la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 15 de Mayo de 1893 (4) pronunciada en el juicio seguido con motivo de la expulsión (deportación) de algunos individuos de nacionalidad China, el Juez Brewer, que la firmó en disidencia, dijo:

«Deportación es castigo. Contiene primero arresto y privación de libertad; y segundo remoción del hogar, se-

(1) Fiore, *Derecho penal int.*, Cap. III., § 100.

(2) Martens, *Derecho int.*, T. III., lib. III., Cap. III., n. 91.—Faustin Hélie, *Treat. de Dcho. Int. Crim.*, T. V., pág. 658.—Garraud, *Droit pen. français*, T. I., n. 178, Cap. III.—Vattel, *Law of Nations*, Libro I., C. 19, §§ 230 y 231.—Ortolan, *Diplomatie de la mer.*, Lib. II., pág. 297.—Bonfils, *Droit des gens.*, n. 442.

(3) Haus, *Droit pen. belg.*, T. II, n. 761.—Garraud, *Droit pen. français*, T. I., n. 178, III. — *Ley holandesa de 13 de Agosto de 1849.*—*Ley austriaca del 27 de Julio de 1871, etc.*

(4) Véase Canó, *Expulsión de extranjeros*, pág. 192 y sig.



paración del negocio y de la propiedad. Si la deportación es un castigo, exige un juicio previo, según el principio constitucional que nadie será privado de su vida, libertad ó propiedad sin el debido proceso de ley.»

El Juez Fuller, también en disidencia, decía, por su parte: «Esta ley inflige castigos sin debido juicio; es una *sentencia legislativa* de destierro, y como tal es absolutamente nula.»

Y si este juicio severo se hacía de una ley de expulsión de chinos, ¿cuál hubiera sido el que les mereciese una ley que expulsase ciudadanos norte americanos?

No se debe confundir este caso con aquel en que un Estado, por graves motivos de orden público, prohíbe la entrada en su territorio á un nacional que ha fijado voluntariamente su residencia en país extranjero. Esta prohibición se justifica como una medida política y de alta administración, cuando el nacional, por sus condiciones y vinculaciones con algunos de los partidos políticos del país, puede, con su sola entrada, producir graves perturbaciones que á toda costa es necesario evitar.

El caso se produjo en Francia, con motivo de la entrada á ese país del príncipe Gerónimo Bonaparte, después de la conclusión de la guerra con Alemania y la proclamación de la República, ordenándose su reconducción á la frontera.

El caso se ha reproducido recientemente con nuestro ilustre huésped el príncipe de Braganza, á quien el Gobierno del Brasil no permitió desembarcar en su patria, apesar de sus protestas, y si bien se puede dudar que el estado de la política interna de ese país hiciera necesaria medida tan severa, no se puede desconocer el perfecto derecho de aquel gobierno para dictarla.

¡¿—De manera, pues, que no siendo aceptable la expulsión del nacional, no queda más remedio para evitar la impunidad de aquellos de nuestros compatriotas que de-

linquen en el extranjero refugiándose en nuestro país, que dar efecto extraterritorial á nuestra ley penal, por lo menos mientras subsista la ley del 85 y no se denuncien los tratados existentes.

Pero antes de seguir considerando el art. 2, es necesario concluir con las observaciones que nos sugiere el 1.

15—Existe un otro caso de aplicación de la ley penal que, dada su importancia, no se explica satisfactoriamente la omisión que hace de él el proyecto. Nos referimos á los delitos cometidos en el extranjero y que atacan *la vida política y económica* del Estado, esto es, los delitos contra la seguridad de éste, la falsificación de moneda metálica ó fiduciaria con curso legal en él, de sellos, de títulos de la deuda pública y sus cupones y en general de todo valor de crédito público.

No es posible desconocer la importancia y gravísimo peligro que tales delitos entrañan y, de consiguiente, la necesidad en que se encuentra todo país de defenderse de ellos con penas apropiadas, cualesquiera que fuesen el lugar donde se hubiesen perpetrado y la nacionalidad del autor.

Por otra parte, ellos pueden no ser castigados por todas las demás Naciones (1); en todo caso, es de temer la excesiva lenidad del castigo, si se tiene en cuenta el poco interés de ellas en reprimir delitos de esta naturaleza y la indulgencia de sus tribunales tratándose de hechos que poco ó nada les afectan.

Son muy raros los Códigos, aun aquellos que se muestran poco dispuestos á extender la acción penal á hechos cometidos fuera del territorio, que no hayan consignado

1) La jurisprudencia inglesa sostiene que no deben castigarse. Lord Ellenborough y Lord Lindhurst la han criticado con excelentes razones. Esta cuestión ha sido nuevamente discutida en los diversos países y diversamente resuelta.





alguna disposición tendente á reprimir estos delitos y, por cierto, no de los de más autoridad. ⁽¹⁾

Igual uniformidad existe en la doctrina. Todos los autores que tenemos á la vista sostienen la competencia del Estado para juzgar á los autores de tales delitos, cualesquiera que sean la nacionalidad de estos y el lugar del delito. ⁽²⁾

Los Congresos internacionales de derecho penal, desde mucho tiempo atrás, vienen reconociendo el derecho de los Estados de castigar esta clase de delitos cometidos en pais extranjero. El instituto de derecho internacional reunido en Bruselas en 1878, y en Mónaco en 1883, así lo declararon y, últimamente el Congreso Penitenciario Internacional de 1890, cuya sanción importa conocer:

Cada un Estado puede castigar, conforme á sus leyes, los crímenes y los delitos cometidos fuera de su territorio por nacionales ó por extranjeros, sea como autores, sea como cómplices, contra la seguridad, la fortuna ó el crédito público de este Estado. La persecución no está su-

(1) Los reprimen: *Cód. It. art. 4. Id. de Just. crim. de Francia, arts. 5 y 6* (es de advertir que el de 1808 que le precedió, con ser esencialmente territorial, hacia una excepción con estos delitos declarándolos punibles. *Cód. pen. de Holanda, 1881, arts. 4 y 5. Id. de Procs. penales de Bélgica, 1878, art. 5. Id. penal de Alemania, 1872, § 4, n. 1, 2 y 3. Id. id. de Australia, 1872, § 7. Id. id. de Zurich, 1871, § III.—Id. id. del Ticino, 1873, art. 3, § 1.—Id. id. de Ginebra, 1872, art. 3. Stoos, *Proy. de Cód. pen.—Ley Orgánica de los Tribunales españoles, 1870, art. 333 y sigt.—Proy. de Cód. penal Japonés, art. 5.**

(2) Solo mencionaremos los que abren opinión sin tener en cuenta á los que se limitan á exponer la respectiva legislación en esta parte: Fiore, *Dcho. pen. int.*, Cap. II, § XLII.—Martens, *Dcho. int. T. III, § 90.*—Haus, *Droit pen. T. 1, n. 225.*—Prins, *Science pen. et Droit posit. L. I, C. III. Sec. III. n. 107.*—Tissot, *Droit. pen. T. III, L. I, C. VIII.*—Ortolan, *Droit pen. T. I, n. 277 y sigt., pág. 125.*—Berner, *Lehrbuch, etc., § 151.*—Merkel, *Dcho. pen., T. I, § § 104 y 105.*—Garraud, *Droit pen. franç., T. I, Tit. II, Cap. III, § XX, n. 156.*—Tuozi, *Corso di Diritto pen. T. I, Tit. II, Cap. III, § IV.*—Pessina, *Diritto pen., T. I, Lib. I, Cap. II, § § 18 y 20.*—Crivellari, *Códice pen., T. I, pág. 231.*—Impalomeni, *Código pen. Illustrato, L. I., Tit. I, n. 35, pág. 69.*—Puglia, *Diritto pen., pág. 64.*—Moyano Gacitúa, *Ciencia Crim. Cap. III, pág. 49, etc.*—Saenz Peña, *Discurso en el Congreso de Montevideo, Actas del Congreso, pág. 153 y 154. Trat. de Dcho. int. Penal, art. 2°*

bordinada á la presencia del inculpado en el territorio del Estado lesionado.

16—Las mismas razones que justifican la jurisdicción de nuestro país para reprimir los delitos á que nos acabamos de referir, la justifican cualquiera que sea el delito cometido contra él, y, de consiguiente, creemos que nuestra ley penal debe aplicarse á todos los que se realicen en el extranjero en daño de este. Es por esto que dijimos antes que el inciso 2º del art. 1, estaba de más, puesto que él quedaría comprendido en una disposición de carácter general.

La frase del inciso 1º «ó cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina» no se refiere, seguramente, al caso que venimos estudiando, sino al de los delitos que se reputan cometidos en el territorio porque en él se ha producido el efecto lesivo que ha estado en la intención del agente. Se vé la profunda diferencia que separa unos de otros: en un caso se trata de delitos contra la Nación, en el otro de delitos cometidos en territorio argentino.

Los delitos cuyos efectos se producen en nuestro territorio, son cometidos en el extranjero pero consumados en nuestro país, de manera que son cometidos en parte fuera y en parte dentro de nuestro territorio, no siendo entonces dudoso que se les debe aplicar la ley penal argentina. Algunos ejemplos aclararán nuestras ideas y harán comprender mejor el alcance de la frase transcrita.

De un país extranjero se remiten alimentos envenenados con el objeto de matar á alguno sobre nuestro territorio ó se dispara un tiro que mata á un individuo dentro de nuestras fronteras. Un comerciante de la Banda Oriental, bajo pretexto de una falsa empresa, pide dinero á un capitalista de Buenos Aires, quien se lo remite creyendo en la sinceridad del negocio. En todos estos casos y en otros muchos que se podrían imaginar, el delito





ha producido su efecto en nuestro territorio, ha sido consumado en él, porque los delitos se consuman allí donde producen el efecto lesivo que está en la intención del agente y deben quedar sometidos al imperio de nuestra ley penal.

La frase del proyecto que expresa perfectamente lo que acabamos de decir, no puede comprender los delitos cometidos en el extranjero contra la Nación y que no siempre tendrán en nuestro territorio su objetividad jurídica, y si tal ha sido la intención de los autores del proyecto, han estado poco felices al emplear conceptos que pueden tener un alcance muy diverso.

La manera como está redactado el segundo párrafo del art. 1 del proyecto de 1891, de donde fué tomado el artículo que estudiamos, demuestra mejor que nada que la intención de esos autores fué referirse á los delitos que, preparados ó ejecutados fuera, se consuman dentro del país. Su exposición de motivos nada dice al respecto, lo que prueba que no se pretendió dar efecto extraterritorial á la ley en este caso y sí solo sentar un principio indiscutible, cual es el de la aplicabilidad de la ley del lugar donde el delito se consuma.

17—El Código italiano, cuya gran autoridad científica no es posible desconocer, extiende su aplicación á los delitos cometidos en el extranjero en daño de un nacional (art. 6), y lo mismo hacen Francia y otros países, naturalmente con exclusión de la jurisdicción extranjera.

Nos permitimos disentir de esta exageración del principio de la extraterritorialidad, pensando que en este caso debe primar, sobre cualquiera otra jurisdicción, la del lugar del delito.

En efecto, cuando razones de gran importancia no lo impidan, es necesario, y esa es la tendencia de la ciencia y de la legislación, dar la prevalencia á la jurisdicción del *locus patratí crímenis* que es la que se encuen-



tra en mejores condiciones para juzgar esos delitos y á la que le toca más de cerca los efectos de los mismos.

Sin embargo, es posible que el país donde el delito se ha cometido no solicitase la extradición apesar de haber sido requerido para ello: en cuyo caso, al dejar de usar de este derecho, privaría á nuestro nacional de la protección que él tenía derecho á esperar de la justicia extranjera y, de consiguiente, nace en nuestro país el *natural derecho* de castigar ese extranjero ⁽¹⁾, puesto que él debe protección á sus miembros en cualquiera parte donde se encuentren.

Hay, pues, en este caso el derecho de admitir una jurisdicción supletoria, que solo se ejercitaría cuando el país extranjero se negase á castigar. ⁽²⁾

18—En cuanto á los delitos cometidos por extranjeros contra extranjeros en territorio también extranjero, pensamos, en contra de lo que dispone el Código italiano, que no deben caer bajo el imperio de nuestra ley penal, pues nada justifica la jurisdicción, aún supletoria, de nuestro país en tales delitos.

Su castigo no estaría justificado ni por la necesidad de defender este de las agresiones dirigidas contra él, ni por la necesidad de conservar el orden público amenazado, ni por el deber de protección hacia sus nacionales lesionados por un delito cometido fuera del territorio, ni por ninguna otra consideración atendible.

Este deber de tutela universal que algunos países se arrogan y que la teoría *cosmopolita* descarta ver realizada, es enteramente ajeno á la función punitiva del Estado, que solo debe ponerse en movimiento cuando la necesidad de

(1) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 151, pág. 229.—GATTAUD, *Ob. cit.*, T. I., § 157, pág. 303:—Maurice Bernard, *Des conflits de souve.*

(2) *Proy. del Cód. P. Suizo*, art. 3, § 2.—*Proy. C. japonés*, art. 5 y *propos. francés y ruso*.



la propia defensa, cuando las exigencias de la propia conservación, lo impongan. Cuando hemos justificado el efecto exterritorial de la ley penal en ciertos casos, nos hemos colocado siempre bajo este punto de vista, que es el único legítimo.

Los efectos perjudiciales de la impunidad se evitan con la extradición y, en último caso, caso muy remoto, con la expulsión, pero la expulsión establecida y reglamentada por una ley especial, no por el Código.

19—No aceptamos, pues, lo dispuesto por el art. 2, del proyecto.

La expulsión de extranjeros es una medida de alta policía que nada tiene que ver con la función represiva del Estado. No solo la impunidad del crimen cometido, sino cualquier otro antecedente que haga peligrosa la morada de un extranjero entre nosotros, da lugar a la expulsión. El criterio dominante en este caso debe ser el peligro de alteración del orden público y este criterio solo puede encontrarse en una ley especial, sabiamente reglamentada y en el poder administrador encargado de aplicarla con un fin esencialmente político y con arreglo a las circunstancias.

La estructura esencialmente jurídica de un Código nada tiene que ver con una medida puramente preventiva, de alta policía, esencialmente política, que debe aplicar el poder administrador, jamás los tribunales que no pueden constituirse en jueces de las cuestiones de interés social, ni partir con el gobierno el cuidado de mantener el orden interior y las buenas relaciones con las naciones extranjeras ⁽¹⁾.

Solo la ley especial puede fijar los límites y garantías de una tal medida, evitando caer en el abuso que la haría

(1) Haas, *Droit pen.*, T. II, n. 758.



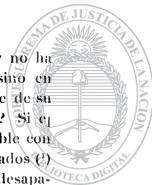
odiosa, antipática y talvez ilusoria. Y de esto es una prueba el mismo proyecto, que fulmina la expulsión cualquiera que sea la importancia del delito, aunque se trate de duelo, adulterio, injurias y calumnias ó cualquier delito leve, los cuales generalmente son exceptuados de la extradición como también los delitos políticos (1) únicos que exceptúa en el párrafo 3º del art. 2º; y al exceptuar éstos y no los otros demuestra que su intención ha sido comprender los últimos.

Sin duda, éstas ó análogas razones hicieron que el Parlamento italiano rechazase la proposición que se le hizo de establecer la expulsión en el Código para los extranjeros que hubiesen delinquido contra extranjeros en el exterior (*).

20—El párrafo segundo del mismo artículo consigna una disposición que no le conocemos precedente en la legislación y que nada puede justificar. Si razones poderosas, como debemos suponer, obligaron á los autores del proyecto á no extender la aplicación de la ley penal más allá del territorio ¿cómo es que ellas desaparecen ó pierden su importancia, al extremo de hacer nacer la jurisdicción de nuestro país para juzgarlo, por un hecho del expulsado?

(1) *Tratado de Montevideo, art. 22.* No será sin interés conocer las siguientes disposiciones adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional reunido en Génova en 1892: 1º La extradición no puede ser acordada por crímenes ó delitos puramente políticos;—2º Tampoco será admitida por infracciones mixtas ó conexas á crímenes ó delitos políticos también llamados delitos políticos relativos, á menos, sin embargo, que no se trate de crímenes graves al punto de vista de la moral y del derecho común como el asesinato, homicidio, envenenamiento; así como robos graves, particularmente aquellos que son cometidos á mano armada;—3º En lo que concierne á los actos cometidos en el curso de una insurrección ó en una guerra civil..... ellos no podrán dar lugar á extradición sino cuando constituyen actos de barbarie odiosa ó de vandalismo inútil según las leyes de la guerra y solamente cuando la guerra haya concluido;—4º No se reputan delitos políticos los hechos delictuosos que son dirigidos contra las bases de toda organización social, y no solamente contra tal Estado determinado ó contra tal forma de gobierno.

(2) Zanardelli, *Relaciones finale*.



¿Acaso el principio de la territorialidad de la ley no ha sido aceptado por razones de interés público, sino en beneficio exclusivo del delincuente, de manera que de su sola voluntad depende que ella se aplique ó nó? Si el imperio de la ley fuera del territorio es incompatible con el respeto absoluto á la soberanía de los otros estados (1) ¿cómo es posible que un acto del expulsado haga desaparecer ese respeto y sea permitido agredir esas soberanías?

Lo natural parece ser, que si el quebrantamiento de la expulsión constituye una falta, como es indudable, sea ella castigada directamente y es lo que los demás países hacen.

Las leyes de expulsión que conocemos, castigan el hecho de que el extranjero no obedezca la orden ó vuelva á entrar al territorio, con prisión hasta de seis meses (2).

1) Véase informe anteriormente citado de la Com. red. del proyecto de 1891.

2) Francia, *Ley de 8 de Agosto de 1893*. — Bélgica, *Ley de 15 de Febrero de 1897*, art. 6°. — Italia, *Legge sulla pubblica sicurezza*, art. 91. — Holanda, *Ley de 13 de Agosto de 1849*, etc.



CAPÍTULO II

CON RELACIÓN AL TIEMPO

21—En cuanto al artículo 3º, podemos anticipar que, en general, estamos conformes con él, haciéndonos un deber en reconocer que la comisión redactora ha resuelto la delicada cuestión de la retroactividad benigna de la ley penal con espíritu liberal y progresista, consignando disposiciones más adelantadas que las de otros Códigos contemporáneos. Sin embargo, pensamos que algunas modificaciones se imponen, las cuales, aunque parezcan de detalle, las conceptuamos sustanciales.

Un exagerado respeto á la cosa juzgada y el temor á dificultades prácticas en su aplicación, han obligado á muchos códigos modernos á limitar la retroactividad de la ley penal cuando hubiese condena, al caso en que ella quita al hecho el carácter delictuoso que antes tenía, sin aperebirse que esta excepción la violaba lo mismo. Una ley de orden público, como es la penal, que solo tiene en mira el interés social dentro de la justicia, no puede estar limitada por nada ni aún por la *res judicata* que *non est veritas sed pro veritate accipitur*, tanto más que, como lo observa Mancini, no se atenta en realidad á ésta ⁽¹⁾.

(1) Mancini, *Relazione, Retroattività benigna della legge penale*.



Las dificultades prácticas pueden salvarse fácilmente y el artículo que examinamos lo demuestra suficientemente, y, en todo caso, tales dificultades no son una razón de derecho que justifique la violación de un principio de evidente justicia, tan evidente que nadie se ha atrevido a negarlo, irrogándole al condenado un daño innecesario y, por lo tanto, injusto, puesto que la ley reconoce inútil este exceso de pena. Por otra parte, esas dificultades prácticas aparecen más como un fantasma que como una realidad. El Código Penal español de 1870, en su art. 23 estableció la retroactividad amplia aún para los casos ya juzgados é idéntica disposición consignó el art. 48 del nuestro, y ni la España ni nosotros jamás hemos experimentado tales dificultades, como no las experimentó la Francia con su Cód. de 1791 y Hanover con su ley de 1814. Brusa, en una sabia monografía defendiendo la retroactividad de la ley para los casos ya juzgados, recuerda que en Italia, cuando se dictó la amnistía de Junio de 1878 que comprendía todos los delitos sin excepción, los jueces debieron tomar en consideración millares y millares de procesos, trabajo que se agotó en poco tiempo sin perjudicar la labor ordinaria (1).

Hoy la ciencia, reaccionando contra este error de la legislación, dá la razón á nuestro actual Código Penal, preconizando la retroactividad amplia de la ley penal, tanto respecto á los juicios pendientes como á los fenecidos por sentencia irrevocable (2).

22—Hechas estas observaciones generales, vamos á estudiar el artículo 3 del proyecto.

El engloba en el aparte segundo los diferentes casos

(1) *Revista giuridica «Il flangeri», Part. I, anno XII, n. 2, cit. Crivellari.*

(2) Garraud, *Droit. pen., T. I, n. 250 y sig.*—Crivellari, *Códice penale, T. I, n. 92 y sig., pág. 115 y sig.*—Brusa, *Monografía cit.*—Haus, *Droit. pen., T. I, n. 186.*—Puglia, *Diritto pen., pág. 51.*—Tolomei, *Diritto e procedura penale, pág. 169.*

que pueden ocurrir respecto á la retroactividad cuando existe condena, los cuales, en nuestro concepto, deben ser considerados separadamente.

En efecto, la ley nueva puede: 1º borrar del número de los delitos hechos que antes eran considerados como tales; 2º manteniendo la calificación, limitarse á substituir á la pena que antes tenía otra más benigna; y 3º finalmente, sin cambiar la pena, establecer diversa graduación en la penalidad ó alterar los elementos constitutivos del delito, asignándole límites y condiciones distintas.

En el primer caso, no es posible dudar que, desde el momento que la sociedad reconoce la legitimidad de ese hecho, derogando su represión porque piensa que él no le trae perjuicio ó peligro alguno, debe cesar toda condena, de pleno derecho, por obra de la misma ley, sin necesidad de que el penado lo solicite, porque no se trata de una gracia ó del ejercicio de un derecho renunciable, sino de un deber del Estado que no puede eludir sin la más flagrante injusticia y sin llevar un atentado á nuestra carta fundamental.

Por otra parte, la ley no puede desconocer una circunstancia que se ha puesto ya de manifiesto en otra ocasión y que haría que esta disposición no se cumpliera nunca: nos referimos á la ignorancia del penado respecto al derecho que la ley le acuerda. Nuestro actual Código, en su artículo 48, sanciona la retroactividad benigna de ley en caso de condena, en términos absolutos, que los jueces deberían cumplir de oficio, y ni uno solo de los penados solicitó la conmutación ó rebaja de su pena. Se ve, pues, que la ignorancia de éstos es regla, á lo que parece, sin excepción, y el legislador no puede dejarla de tomar en cuenta (1).

23—Lo mismo podemos decir respecto al segundo caso

(1) El Cód. It. art. 2 establece la cesación *ipso jure* de la condena y sus efectos penales.





que hemos mencionado, esto es, cuando la ley nueva se limita á substituir una pena más severa por otra que lo es menos. No puede caber la menor duda que si la sociedad piensa que una pena menor basta para reprimir el hecho, sería inicu aplicar mayor pena que la que la ley cree necesaria, nada más que porque el penado no sabe que puede pedir la conmutación.

En uno y otro caso la cesación ó cambio de penalidad se produce *ope leges*: es la ley misma quien la opera y, de consiguiente, el juez debe proceder de oficio.

En ellos no hay necesidad de reabrir procesos, que es lo que quiso evitar la Comisión, según lo dice en su informe: basta con que el juez lea la parte dispositiva de la sentencia y ordene la libertad del penado ó haga la conmutación.

Aclaremos este punto con un ejemplo.

Supóngase que un individuo ha sido condenado al máximo de la pena fijada al hecho por la ley anterior, seis años por ejemplo, y que la nueva ley reduce este máximo á cinco años. El juez no tiene sino substituir los seis años por los cinco. Supóngase que la ley antigua castiga un delito con prisión ó penitenciaría y la ley nueva con multa: el juez procederá lo mismo cambiando una pena con otra y así en los demás casos.

La Comisión al formular ese temor, ha tenido, sin duda, en cuenta lo que decía la redactora del proyecto de 1891, compartiendo los temores que se manifestaron en el Parlamento italiano al discutir este mismo asunto y que lo obligaron á suprimir algunas disposiciones contenidas en el proyecto de Zanardelli sobre retroactividad de la ley cuando hubiera habido condena.

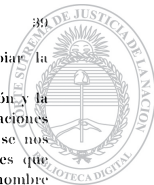
Pero lo único que suscitó dificultades entonces, fué el tercer caso á que nos referimos anteriormente, estando todos conformes en dicha retroactividad, cuando aquélla

horra la criminalidad del hecho ó se limita á cambiar la pena por otra menos grave.

24—Dada la gran trascendencia de esta cuestión y la necesidad de esclarecerla, evitando erróneas apreciaciones sobre aquella discusión y la sanción que le siguió, se nos permitirá hacer mérito de las autorizadas opiniones que allí se vertieron, por los que llevaron la palabra en nombre de las respectivas comisiones en una y otra Cámara, contra el proyecto Zanardelli en esta parte.

En la Cámara de Diputados, el Relator Villa á nombre de la Comisión, manifestó: que ésta nada tenía que observar respecto á la retroactividad de la ley en el caso de que el hecho hubiera dejado de ser delito ó el legislador se hubiera limitado á conmutar la pena antigua por otra más benigna, pues nadie podía dudar de que, en estos casos, cesa la condena ó se produce la conmutación por ministerio mismo de la ley, y agregaba:

«Pero hay un otro caso y es aquel en que el legislador no substituye esplicitamente una pena á otra, sino que establece una diversa graduación de penalidad, una diferente medida en el máximo y en el mínimo... Cualquiera ve como en tal hipótesis la ley no pronuncia ya en modo absoluto una pena más benigna, pero deja sólo la posibilidad al juez de poder aplicar una pena menor. Ahora el juez, para saber si deberá usar de la facultad que la nueva ley le deja, necesitaría entrar en el juicio de los hechos, necesitaría investigar la conciencia del juez (que antes falló) y encontrarla ó en la sentencia, ó en el veredicto de que emanó, y cuando no se pudiese asir esa conciencia en tales antecedentes necesitaría volver sobre el hecho y rehacer el procedimiento... No se trata aquí de una conmutación que la ley misma haya pronunciado, sino de una mayor benignidad que el juez podrá ó nó usar. Para conocer la conciencia del juez necesitaría hacer indagaciones indiscretas contrarias á toda razón de prudencia de ley, entrar en el



secreto de una conciencia que no puede escrutar sin vulnerar la más sagrada, la más inconcusa autoridad, la de la sentencia».

En el Senado, el Relator Pessina sostuvo las mismas ideas, agregando: «Se notó, en efecto, como amenudo acontece, que la ley nueva no se limite á mitigar la simple pena, pero modifique la hipótesis misma del delito y reconozca como causas excusadoras circunstancias que no eran tales según la ley anterior, ó elimine del número de las circunstancias agravantes alguna de aquellas que existían en la ley antigua ó exija condiciones para su realización que en ésta no se exigían; de lo que resultaría la necesidad de otros tantos juicios por los cuales, ó la magistratura italiana sería constreñida á rehacer del lado jurídico todas las causas ya juzgadas, ó debería instituir un número extraordinario de tribunales á ese objeto.»

Se ve, pues, cómo en el Parlamento italiano no se arguyó en contra y, por el contrario, se reconoció explícitamente que la ley nueva debía tener efecto retroactivo respecto á los casos juzgados, ya se trate de hechos que han dejado de ser delitos ó que son reprimidos con menor pena y por eso el decreto real de 1.º de Diciembre de 1889 núm. 6509 establece reglas para la conmutación de unas penas con otras.

De manera que los antecedentes que ha tenido á la vista la Comisión redactora del proyecto que estudiamos no justifican, por lo menos en lo que respecta á los dos primeros casos á que nos hemos referido antes, el requisito que exige en el aparte segundo del artículo 3, de que sólo se proceda á solicitud del penado y, por el contrario, nos dan ampliamente la razón en lo que venimos sosteniendo: que en ellos los jueces deben proceder de oficio.





25—Donde ese requisito tiene aplicación es en el tercer caso, es decir, cuando la ley nueva no conmina pena menor, sino que su mayor benignidad *puede resultar* de diversa graduación en la penalidad ó de las circunstancias modificadoras de la criminalidad.

Aquí necesariamente tendrán que reabrirse los procesos y rehacerse las sentencias, puesto que habrá de ventilarse la existencia misma del delito definido en la sentencia anterior, según sus nuevos elementos constitutivos, ó la modificación de la pena por su diversa graduación, la existencia de un nuevo atenuante ó la supresión de un agravante.

Pero pensamos que la solicitud puede hacerla no sólo el penado, sino también los que están autorizados á proceder en su nombre ⁽¹⁾ ó el ministerio público, y que ella debe aprovechar á los participantes del delito: coautores ó cómplices.

En cambio, nos parece inaceptable el otro requisito que establece la misma disposición, esto es, *que las circunstancias invocadas consten de autos*.

Comprendemos los temores de los autores del proyecto respecto á la prueba de circunstancias que se refieren á un hecho realizado muchos años antes, pero es necesario no exajerarlos hasta el extremo de crear una restricción que puede dar lugar, y dará seguramente, á muy graves injusticias.

Para darnos exacta cuenta del peligro, si lo hay, examinemos los diversos casos que pueden presentarse:

(a) *Modificación en los elementos constitutivos del de-*

(1) Su defensor, el defensor general ó un miembro próximo de la familia. La falta de establecimientos penales en la República, obliga á las provincias á mandar algunos de sus delincuentes á la Penitenciaría de la Capital Federal, por lo que conviene no exigir que sea precisamente el penado quien haga la solicitud.



lito, por ejemplo en los delitos contra la honestidad, la edad de la víctima (1).

En este caso, bastarán las constancias del proceso y solo excepcionalmente se alegarán hechos ajenos a él.

(b) *Diferente graduación de la pena*. En este caso, no hay hechos nuevos que alegar, sino fijar la pena que corresponda de acuerdo con la nueva ley.

(c) *Supresión de alguna circunstancia agravante*, por ejemplo la premeditación (2). Evidentemente el juez deberá limitarse á fijar la nueva pena, eliminando ese agravante de que se tuvo cuenta en la anterior condena.

(d) *Admisión de un nuevo atenuante*, por ejemplo la ceguera ó la sordomudez.

En este caso, tratándose de circunstancias que actualmente nada influyen en la criminalidad del hecho, sólo por excepción se las encontrará mencionadas en el proceso. Y bien ¿sería justo negar retroactividad á la ley nada más que porque el proceso guarde silencio sobre esto? ¿Seguirán soportando una pena excesivamente severa porque él calle sobre esas circunstancias?

Estas y cualesquiera otras por el estilo, son de prueba fácil y segura: no así las accidentales ó que sólo tienen relación con el hecho, únicas que podrán ocasionar dificultades para su exacta comprobación á consecuencia del tiempo transcurrido.

(1) La última Ley de Reformas modificó los elementos constitutivos del delito de extorsión. Véase art. 168 y sig. C. P. y art. 20 inc. a), b) y c) L. de R.

(2) Son muchos y muy distinguidos los autores que consideran la premeditación como circunstancia no agravante, puesto que ella sólo revela la cantidad abstracta de voluntad que entra en la ejecución del delito y no su calidad concreta. Es una consecuencia de la nueva orientación de la ciencia penal á que no es ajeno el proyecto. Véase Prins, *Science penale et Droit positif*, ns. 295, 296 y 297. — Impallomeni, *L'Omicidio*, n. 150 y sig.—R. de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie*, cap. VIII, pág. 240. —Tarde, *La Philosophie Penale*, cap. VII. Véanse págs. 464 y sig.—Alimena, *La Premeditazione*. etc.

Para concluir, observaremos que, si se aceptaran nuestras ideas, debería consignarse en el Código de un modo expreso, para evitar errores que ya se han producido, que si el hecho que motivó la condena ha dejado de ser delito ó tiene pena menor, la cesación de la condena y sus efectos penales ó la conmutación de la pena se operarán de *pleno derecho*.





TÍTULO SEGUNDO

DE LAS PENAS

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

26—En otra ocasión ⁽¹⁾ dijimos que la parte más importante del Código, la que debía preocupar con preferencia la atención del legislador, es la que se refiere á la penalidad, pues del acierto en la elección del sistema represivo, de la organización racional y eficaz de la lucha contra el crimen, depende, en gran parte, la solución del problema penal que para nosotros, como para todos los pueblos civilizados, reviste tan capital importancia.

Llamamos, entonces, la atención del Congreso y del país sobre los vicios del actual sistema, que la ley de 1903 no modificó, el cual, en lugar de propender á la reforma y á la rehabilitación social del delincuente, lo corrompía aun más y era el más poderoso factor de criminalidad y de reincidencia que fuese posible imaginar, y, al mismo tiempo, indicábamos los medios de corregirlo de acuerdo con los principios de la ciencia penitenciaria.

(1) *Discurso ante el Senado de la Nación, Diario de Sesiones, 1903.*





Parecía, pues, que teníamos derecho á esperar que el proyecto que estudiamos, redactado mucho después, hiciera lugar á esas ideas que el informe de la comisión encuentra acertadas y que dedicara una especial atención á esta trascendental cuestión destinada á conjurar uno de los más grandes peligros sociales de un país. Los que asustados ante la ola siempre creciente de la reincidencia, inventaron la pena exótica de la deportación para combatirla, no tenían, siquiera, la excusa de pensar que no era llegado aún el momento de tomar en sério la amenaza de un peligro sin actualidad para nosotros.

Y que este peligro es real, lo saben todos los que han tenido ocasión de examinar nuestras estadísticas parciales, los informes de las oficinas antropométricas y en general todos los que de cerca ó de lejos algo tienen que ver con nuestra justicia criminal. El día que poseamos una estadística bien llevada y que los adelantos de nuestra legislación nos permitan constatarla, nos asombrará el aumento enorme de la reincidencia, y nos convenceremos que nuestros delincuentes son, repitiendo una pintoresca expresión de Dostoyuki ⁽¹⁾, *caballos de regreso*, porque casi fatalmente vuelven á la prisión, cuando la han sufrido por primera vez.

Es necesario estar ciego para no comprender que este alarmante fenómeno, se debe principalmente ⁽²⁾ á nuestro absurdo régimen carcelario, no reformador, no intimidante, pero hondamente corruptor por la vida en común de

(1) *La casa de los muertos*, pág. 115.

(2) La inseguridad de la represión, es decir, la probabilidad que tiene el delincuente de no ser descubierto por la pésima organización de nuestra policía judiciaria, es otra causa que concurre al mismo fin, como concurre también la malísima organización de la justicia correccional, confiada en las Provincias á los Jueces de Paz, elementos políticos, muchas veces caudillos locales, incapaces de sustraerse á la camaradería y las influencias de todo género que pesan sobre ellos. En la Provincia de Buenos Aires, en 1898, sobre 5204 delincuentes, solo á 14% se les siguió proceso, y solo fueron condenados 68.



los detenidos y condenados de todas clases, que la ley no solo autoriza sino impone y que convierte las cárceles, al decir de Gautier, en verdaderas cloacas que derraman sobre la sociedad sus purulencias y gérmenes contagiosos. Y cuando hablamos de *régimen carcelario* nos expresamos mal, pues en la República Argentina hay cárceles ó locales que se destinan á ese objeto, pero en realidad no existe régimen ninguno ni bueno ni malo, quedando él confiado de hecho al capricho ó al criterio de catorce administraciones provinciales, que hasta ahora solo han demostrado su absoluta ineptitud en este sentido.

Para no citar sino un ejemplo que demuestre lo que es la represión entre nosotros, en el presidio de la primera Provincia Argentina, Buenos Aires, el de Sierra Chica, no existe, nada que se parezca á un régimen. Los presidiarios hacen vida común durante el día y no se ocupan en nada, pues los pocos minutos que emplean en picar piedra en las canteras vecinas á donde van por secciones, no es trabajo sino alivio á su clausura, y durante la noche son encerrados de á dos en cada celda. (1) No reciben instrucción alguna. La vida en común de día y de noche, la ociosidad y la falta de instrucción son, pues, las características del más importante presidio argentino.

El aumento de la criminalidad, siendo un mal social gravísimo, puede obedecer á estados anormales transitorios de un país, independiente de la ley penal, pero el aumento de la reincidencia demuestra algo más, demuestra la ineficacia de aquella, el fracaso de una organización penitenciaria defectuosa ó absurda como es la nuestra.

Lavigne, hablando del sistema represivo de Italia anterior á 1862 y posteriormente la ilustre escritora doña Concepción Arenal, pintando el estado de las prisiones españolas, han dicho la última y más elocuente palabra

(1) La pederastia es el vicio dominante en el establecimiento. Véase Gómez, *Estudios penit.* t.ºg. 55 y sig.



sobre un régimen penitenciario que en ningún pueblo civilizado puede subsistir un día más. ⁽¹⁾

Régimen penitenciario absurdo, lenidad en el castigo, que entre nosotros es una de sus consecuencias, inseguridad de la represión, indiferencia y abandono de la sociedad hacia el delincuente que extinguió su pena; hé aquí condensadas las causas de la reincidencia en nuestro país.

Pero no debemos insistir más sobre esta vergüenza nacional, que, en la ocasión referida, denunciarnos desde la tribuna parlamentaria.

27—Nuestras esperanzas no se han realizado. El proyecto conserva en toda su integridad el viejo almacén del Código actual, igual al de los Códigos de principios del siglo pasado, que todos los pueblos civilizados han abandonado desde hace mucho tiempo como incompatibles con los progresos de la civilización y de la ciencia penitenciaria, limitándose á introducir el modernísimo instituto de la liberación condicional, al cual se exige el milagro de moralizar á los que el mismo Estado se encarga de corromper hasta la médula. Funesto error é infantil también, pues ello equivale á pretender que una máquina anticuada, de resortes enmohecidos, haga el trabajo de una moderna, proveyéndola de una pieza nueva.

Presidio, prisión, detención, no son sino una sola cosa bajo nombres diferentes: el aprisionamiento es común con ó sin trabajo, el amontonamiento de delinquentes primarios, reincidentes, de ocasión, por temperamento, por pasión, por hábito, adultos y jóvenes, todos soportando la misma pena, todos confundidos, todos mezclados en una promiscuidad repugnante. El aprisionamiento individual proscrito, las cortas penas prodigadas como antes, salvo la aplicación del *sursis*, los menores desde los

1) Lavigne, *Informe*, en Crivellari, *Il Codice Penale*.—Concepción Arenal, *Est. y evit.*, pág. 7.



catorce años identificados á los adultos, en cada provincia imponiéndose penas diferentes en intensidad y clase; la deportación, fracasada en todas partes, erigida en supremo é inefable remedio para combatir la reincidencia, tal es el sistema penal adoptado por el proyecto.

Al igual de los Códigos medioevales, en éste no se ve otra cosa que la idea retributiva, el *quia peccatum* como fin de la pena, el viejo principio de la intimidación, dominando soberano, sin que nada evoque la idea de enmienda, de reforma moral del delincuente, de utilización de la pena en bien de la sociedad y del individuo. *Fiat justitia et pereat mundus* parece ser la divisa de sus autores.

Singular misonceismo este que nos mantiene aferrados á un sistema que la experiencia de todas las naciones, inclusive la nuestra, y el simple buen sentido condenan, nada más que por horror á lo nuevo, á lo nuevo para nosotros pero viejo para otros pueblos, que lo están practicando con éxito superior aún á las esperanzas que la teoría hacía abrigar. ¡Singular aplicación de la ley de la inercia tan poderosa en los pueblos de origen español y que se traduce en este adagio asaz vulgar, pero que tan gráficamente demuestra su imperio: *más vale lo malo conocido que lo bueno por conocerse*.

Y esta novedad que nos resistimos aun á adoptar nosotros, tiene dos siglos.

Parúm est coercere improbos pena nisi probos efficias disciplina hacia gravar el papa Clemente XI en la prisión de San Miguel de Roma y la ciencia penitenciaria desde Howard, Franklin y Benthan, viene trabajando con ardor en la realización de esta divisa por medio de la prevención individual que es la más grande y eficaz función de la pena.

Después de lo expuesto, no necesitamos decir que el proyecto no establece las penas paralelas tan necesarias cuando se adopta el principio de la individualización de



ella, y á pesar de que no hay Código moderno ni proyecto (1) que no las adopten, el informe de la comisión calla sobre las razones de esta omisión. De consiguiente, el móvil del delito solo se tiene en cuenta para atenuar ó agravar la pena y no para determinar su naturaleza.

28—La Comisión redactora, en su informe, manifiesta que deliberadamente ha omitido establecer el régimen de las penas por ser materia de leyes especiales, las cuales establecerán el que el tiempo demuestre ser el mejor, pues los sistemas hoy conocidos están aun en tela de juicio. (Véase informe, págs. XXXIII y XXXIV.)

¿De manera que la República Argentina, que ofrece la peculiaridad de que en ella hay tantos criterios para la ejecución de las penas como provincias cuenta, va á esperar tranquilamente cincuenta, cien ó más años y tal vez eternamente hasta que se invente un nuevo régimen ó se haga el acuerdo sobre algunos de los existentes, lo que es poco menos que imposible, pues ninguno está ni puede estar libre de inconvenientes; y, mientras tanto, cada una de ellas aplicará el régimen que mejor le parezca ó no aplicará ninguno, que es lo más probable, y las cosas seguirán como van!

Existen tres sistemas penitenciarios: el filadelfiano, el auburniano y el irlandés ó progresivo. La Comisión cree que ellos no están aun suficientemente discutidos, y, sin embargo, son, algunos por lo menos, de una antigüedad venerable y pensamos que á su respecto se ha dicho todo lo que es posible decir y no hay sino elegir el que se considere mejor.

Los dos primeros, particularmente el auburniano, se vienen ensayando desde 1603 en la prisión de Ambsterdan, en la de San Miguel de Roma, fundada en 1703, en la de Milán que lo fué por María Teresa en 1759, y en la de Gand abierta en 1775. Los trabajos de Howard en esta

1) *Proy. suizo, francés, ruso y japonés.*

época, dieron poderoso impulso al aprisionamiento celular practicado en todos esos establecimientos.

En 1829 se abrió la célebre prisión de Filadelfia donde se practicó ese aprisionamiento de día y de noche. Ya en 1816, Nueva York hizo construir la prisión no menos célebre de Auburn en la cual se estableció el sistema que lleva su nombre, aislamiento de noche y trabajo en común y en silencio durante el día, desde 1825. En 1867, Inglaterra que había suprimido la deportación, adoptó, bajo el nombre de *servitude penal*, el sistema progresivo que es una combinación de aquellos hasta cierto punto y que Walther Crofton practicó en Irlanda.

De manera, pues, que el aprisionamiento celular más ó menos extenso, base de todos esos sistemas, viene discutiéndose y practicándose desde hacen tres siglos, y de consiguiente, nada nuevo se puede decir sobre él. El legislador de cualquier país no tiene sino elegir entre estos tres sistemas ó crear un otro con los elementos de juicio que la experiencia universal le dá.

No es posible dejar á la ley, que tarde ó nunca se dictará, el establecimiento del régimen penal cuya necesidad se impone de un modo ineludible, por la razón, que no es tal, de que el Código no debe ser reformado. El debe ser establecido por éste, ya que no existe razón alguna sería para no hacerlo, si queremos realizar esta exigencia de la justicia y de nuestras instituciones: de que el tratamiento penal sea igual para todos en la República Argentina, y de que él llene, no solo el fin de intimidación, sino el de enmienda.

Es necesario concluir con este desorden y pronto. A causa de este funesto error que viene haciéndose ya tradicional, en nuestro país, no hay la justicia penal única que ha querido la Constitución, sino catorce justicias penales que aplican las penas más diversas al mismo delito, quedando libradas en su ejecución al capricho, no de los





gobiernos que no se cuidan de esto, sino de los alcaides ó guardianes de la cárcel. El desórden, la desigualdad, el arbitrario más chocante, son las características de nuestra justicia penal.

Y lo más singular es que la Comisión quiere dejar á la ley el establecimiento del régimen penitenciario, sin darse cuenta que, si no se ha de reformar el Código, ella no podrá establecer ni el sistema filadelfiano cuya bondad es indiscutible en las cortas penas, ni el progresivo cuya primera etapa ó período lo constituye dicho régimen, por cuanto el art. 14 del proyecto limita la reclusión celular á solo la noche.

La Comisión cree haber hecho mucho con establecer la segregación nocturna y el trabajo durante el día, sin fijarse que la libre comunicación de los penados produce todos los inconvenientes de las prisiones en común, ya puestos de manifiesto por Benthan hace un siglo (1) y condenados hoy por la ciencia y que el sistema auburniano quiso y consiguió evitar con la prescripción del silencio.

1) Bentham, *Theorie des peines et des recompenses*, T. I. Lib. II. Cap. V. pag. 138 y sigt.

SISTEMA REPRESIVO DEL PROYECTO

29—No será sin interés pasar en rápida revista las penas que establece el proyecto, las cuales, *mutatis mutandi*, son las mismas de nuestra actual legislación.

No es nuestro propósito volver sobre una crítica que en la ocasión ya citada hicimos, sino de un modo completo, que las circunstancias no permitían, lo bastante, sin embargo, para poner de relieve los inconvenientes de esas penas, pero creemos que no estará de más agregar algunas observaciones antes de esponer el sistema penal que, en nuestro concepto, debe reemplazar al del proyecto.

30—El proyecto conserva la pena de muerte, pero el informe de la Comisión, tan sobrio por lo general, en este caso lo es más, callando completamente las razones que hayan pesado en su ánimo para sancionarla por mayoría de votos.

El movimiento abolicionista, que comenzó en el siglo XVIII con Beccaria y Sounenfels y al cual no fué extraño el utilitario Bentham, tomó gran incremento en el siglo XIX á pesar de la viva oposición que le hizo la nueva escuela positivista y consiguió que muchos países la suprimieran de su escala penal. Desde entonces se ha discutido nuevamente sobre su legitimidad, discusión que amenaza pro-





longarse indefinidamente, alejando cada día más una solución cualquiera.

Pero, esta misma discusión, ardorosa y tenaz, está probando que el legislador no debe aceptarla de ligero poniendo á la ley en pugna con la conciencia de los mismos magistrados encargados de aplicarla y tal vez con la conciencia nacional. Esta reserva se explica tanto más si se tiene en cuenta, como ha dicho un ilustre pensador (1), que la justicia humana siendo relativa, tiene necesidad de penas relativas también y la pena de muerte participa de lo absoluto, no ofreciendo recurso alguno contra el error judicial, no tan raro como algunos piensan.

Ya otra vez dijimos (2) que la pena de muerte es legítima, y por lo tanto debe ser aceptada sin vacilar por el legislador, si ella es necesaria al mantenimiento del orden público.

Este es el único terreno en que debe colocarse el legislador, cuya misión es precisamente la defensa social.

Muy lejos está de haberse probado esta necesidad como entonces lo demostramos.

La historia está allí para probar que esta pena no fué jamás intimidante, jamás disminuyó el número de delitos, apesar de ser prodigada hasta el absurdo y ejecutada con verdadera ferocidad. Espantosos son los refinamientos de crueldad de los pueblos del Oriente con sus condenados á muerte, inspirados más bien por el genio del infierno que por el de la justicia (3), bastando citar el horroroso suplicio de los dornajos (4) y la Edad Media llegó con la ferocidad de estos hasta exceder á los mismos pueblos bárba-

(1) Prins, *Science penale et droit positif* n. 662.

(2) *Discurso citado*.

(3) Tissot *Droit Penal*, Lib. II. Cap. XXII. pág. 346.

(4) Descrito por Heródoto. Véase Tissot. Ob. cit. pág. 338 n. (a). Recuerda esta pena la que establece la L. 4. T. 81, P. VII, desnudando al reo y untándolo de miel para que lo coman las moscas.



ros (1). La misma éra moderna no está libre de barbarie en las ejecuciones capitales: el descuartizamiento, la exposición de los cadáveres embreados en la horca para que fuesen devorados por los pájaros de presa y que tan bellas páginas inspiró á Hugo en el *L'Homme qui rit*, son frecuentes (2), y sin embargo, toda esta ferocidad no sirvió de nada para disminuir el número de crimenes.

Y esto se explica. La criminalidad obedece á causas profundas sobre las cuales poca influencia tiene la modalidad de la pena.

Por otra parte, el criminal, se sabe, es imprevisor, y, en todo caso, tiene muchas probabilidades de escapar á la muerte, que se presenta á su espíritu como un mal número á la lotería, posible pero improbable; en cambio el provecho del delito que tiene para él seducciones irresistibles, está al alcance de su mano. Tal pena, esfumándose en un porvenir remoto é incierto, no será nunca suficiente para contener el brazo de un asesino, impulsado al homicidio por el atractivo de un lucro muy superior al que podría conseguir por un trabajo penoso que él detesta.

La profesión del criminal, como cualquiera otra, tiene sus ventajas y sus riesgos: la ventaja es cierta, el riesgo aleatorio; la elección no es dudosa. El peligro en ciertas profesiones arriesgadas no impide al obrero honrado dedi-

(1) Tissot. Ob. cit., pág. 389.

(2) Una ley inglesa prescribía para la ejecución de la pena de muerte en los casos de alta traición: 1° debe ser arrastrado á la cola de un caballo desde la prisión hasta el lugar de la ejecución; 2° debe ser suspendido por el cuello pero de manera á no producir la muerte; 3° las entrañas deben ser arrancadas y quemadas mientras está aún con vida; 4° debe ser decapitado; 5°, sus miembros deben ser separados; 6° la cabeza y los miembros deben ser expuestos en un lugar público.

Esta ley no se ejecutaba ya en tiempo de Bentham, no porque no estuviera vigente, sino porque el rey la conmutaba quitándole estos refinamientos de barbarie. Bentham. *Theorie des peines*. T. I. Lib. II. Cap. XIII, pág. 277.



carsec á ellas; el fantasma del patibulo, riesgo de su profesión, retraerá al criminal del delito? (1)

Ya lo dijo Bentham (2), es un error muy frecuente en el legislador y en las clases honestas de la sociedad, juzgar al criminal por ellos mismos (3), que encaran la muerte como un gran mal y una muerte infame como el peor de todos los males. Su vida es miserable y degradada y no tiene precio para él sino por los goces á que aspira; está habituado á arriesgarla y la arriesga porque teme más la indigencia y el trabajo que la muerte. El suplicio para él no es una infamia, es casi una glorificación, y por eso lo sufre generalmente con verdadero heroísmo. La prensa, por su parte, se encarga de acentuar los contornos trágicos del cuadro: las impresiones del último momento, las palabras fielmente recogidas, la expresión de la fisonomía, hasta los movimientos más ó menos acelerados del pulso . . . todo es transmitido á un público ávido de emociones fuertes, que discute, comenta, se apasiona, produciendo en aquellos cuya naturaleza los arrastra al crimen, el deseo de imitar al héroe.

Si la pena de muerte no ha sido, en realidad, intimidante jamás, á pesar de la manera enteramente bárbara como era aplicada ¿cómo pensar, sin hacerse demasiadas ilusiones, que ella lo ha de ser ahora cuando el proyecto rodea de tales trabas su aplicación que parece del todo imposible

1. Dorado, *Bases para un nuevo derecho penal*, págs. 65 y 66.

(2) *Theorie des peines*. T. I. Cap. XIV, pág. 251 y sig.

3) Uno de los grandes inconvenientes de la justicia penal contemporánea es este *automorphismo psychologique* en virtud del cual todo hombre normal y de conciencia tranquila, prestando sus propios sentimientos al criminal, piensa que la amenaza de una pena tiene el mismo poder de intimidación y la misma influencia deshonrosa sobre el criminal que sobre él cuando éste es, ó bien un *declassé*, un alienado, un apasionado que no reflexiona ó un astuto que premedita el crimen y piensa quedar desconocido: un hombre, en fin, cerca del cual la conciencia normal no existe ó ha desaparecido. E. Ferri, *La justicia penal, su evolución, sus defectos, su porvenir*.



que pueda llegar el momento en que sea impuesta? Con esta pena no caben los términos medios; ó se la aplica con todo rigor buscando á que se produzca el efecto intimidante á que se aspira ó no se la aplica de ninguna manera, evitando así una crueldad inútil.

31—Y bien, lo primero es imposible. Nuestra corta experiencia de Nación nos demuestra que las ejecuciones capitales repugnan á la conciencia nacional y parecen inconciliables con la cultura y el carácter humanitario y generoso del pueblo argentino. Cada vez que una ejecución ha sido ordenada, y lo es rarisimas veces, estos sentimientos se manifiestan con fuerza incontrastable; la sociedad entera se siente hondamente conmovida, rechazando con horror el espectáculo sangriento con que se la amenaza; sus clases más cultas, la prensa, el clero, las sociedades filantrópicas, hombres y mujeres, se ponen de pié movidos por un mismo poderoso impulso donde se siente palpar el alma nacional, para pedir á los Poderes Públicos el perdón del que se va á ejecutar, olvidando voluntariamente sus crímenes para dar lugar á una profunda conmiseración, mal gravísimo pero ineludible cuando se establece este antagonismo entre la ley que fulmina la pena y la conciencia colectiva que la rechaza.

Y la gracia se produce casi fatalmente, como un homenaje á un sentimiento público que se debe respetar.

Bentham, con su admirable clarividencia, se dió cuenta de los inconvenientes de esta contradicción entre el carácter nacional y la ley y exclama: «De ahí resulta un sistema penal incoherente, contradictorio, uniendo la violencia á la debilidad, dependiendo del humor de un Juez, variando de circuito en circuito, ora sangriento, ora nulo» (1).

(1) *Traité de Legislation civile et penale*, T. II, 3^a. Part., Cap. IX., pág. 207— Ed. 1830.



No queda sino el segundo término del dilema: la supresión de la pena de muerte. Allí vamos más rápidamente de lo que se piensa y allí van todos los pueblos civilizados.

El movimiento abolicionista, en nuestro concepto, está destinado á un triunfo próximo. A medida que la humanidad progresa, la aplicación de la pena de muerte disminuye visiblemente (1): cada siglo que pasa arranca de los Códigos numerosos delitos capitales aliviando la tarea del verdugo. La lógica nos dice que llegará un momento en que el cadalso desaparecerá definitivamente. De todos modos, el actual estado de transición no puede durar: ó llegamos al fin ó retrocedemos, como ha dicho un filósofo contemporáneo, sobre el camino sangriento del pasado, volviendo al patíbulo su carácter intimidante y dando un mentís á la historia que proclama el endulzamiento de las costumbres y de las penas como una consecuencia de la civilización.

32—Pero volvamos á nuestra demostración de que la pena de muerte no es necesaria á la defensa social.

La estadística prueba que la limitación en la aplicación de esta pena ó su supresión de hecho ó de derecho no ha traído aumento alguno en la gran criminalidad, como ya lo dijimos en otro momento. (2)

Lo primero es de toda evidencia y nuestra misma experiencia personal lo prueba.

Los Estados que la han abolido completamente como

(1) Este progreso secular y continuo en la disminución de la pena de muerte está confirmado por la historia. Véase Tissot, T. I, Cap. XXII, y Tarde, *Philosophie Penale*, Cap. IX. Como comprobación de esto y para solo referirnos á la época contemporánea, en Inglaterra, donde hasta 1870, existían 240 especies de crímenes con pena capital, solo subsisten 3. En Francia el Código de 1810 aplicábala á 115 clases de delitos; hoy solo existen 22.

(2) Dorado, *Bases para un nuevo derecho penal*, págs. 62 y 63. Berner, *Ob. cit.*, Lib. II, T. II, n. 4, pág. 183.



Italia, Holanda, Portugal, Rumania, Noruega ⁽¹⁾ y los que la han abolido de hecho, como Bélgica y Finlandia, no han comprobado ningún aumento en su criminalidad. ⁽²⁾

Según Mr. Le Jeune y Mr. Prins, la gran criminalidad ha quedado estacionaria en Bélgica desde 1831 y la cesación de las ejecuciones capitales no ha determinado aumento alguno (Discurso de Mr. Le Jeune en el Parlamento Belga en Mayo de 1893).

He ahí la estadística que presenta A. Francart en el *Bulletín de la Unión int. de Droit pen.*, vol. VII, pág. 45:

De 1841 á 1855 — 191 condenados á muerte — 43 ejecuciones.

De 1855 á 1890, habiendo aumentado la población en un 50 % y cesado toda ejecución capital, la justicia ha pronunciado solo 124 condenaciones capitales.

En Holanda, donde se abolió la pena de muerte en 1870, hubieron de 1861 á 1869, 19 asesinatos y de 1871 á 1879 solo 17 á pesar del aumento de población. ⁽³⁾

En Italia se abolió dicha pena en 1889 y á pesar de ser el país que acusa mayor número de delitos de sangre, la estadística nos demuestra que aquella circunstancia no ha influido en el aumento de los delitos con pena capital.

(1) Además de las citadas, la han abolido los siguientes cantones suizos: Fribourg, Neuchâtel, Geneve, Zurich, Bâle-Ville, Bâle, Campagne, Tessin, Berne, Thurgovie, Soleure, Vaud, Schafousse, Appenzel, Grisons, Argovie, Glaris; la República de San Marino; los Estados norteamericanos de Michigan, Rhode Island, Wisconsin y Maine; Venezuela y Costa Rica en la América del Sud.

(2) G. Vidal, *Cours de Droit criminel*, n. 461, págs. 506 y 507. — Prins, *Science Penale*, n. 654 y sig. — Ferri, *Nosiologia Criminale*, Cap. IV, n. 52.

(3) *Summarised Information on capital punishment*, 1881. — Ferri, *Ob. cit.* pág. 581.



De 1880 á 1886—	4692	crímenes cap.
» 1887 á 1889—	4080	» »
» 1890 á 1892—	3993	» »
» 1893 á 1895—	4043	» »
En 1896	— 3868	(¹) » »

En Francia, por el contrario, donde la población crece y la guillotina no descansa, la cifra de los homicidios aumenta:

En 1889.....	372	homicidios
» 1890.....	420	»
» 1893.....	429	»
» 1894.....	441	» (²)

Resulta, pues, comprobado con toda evidencia que esta pena no es necesaria á la conservación del orden social y que, de consiguiente, su mantenimiento es injustificable.

33—Uno de los más serios inconvenientes de esta pena es la desigualdad en su aplicación, desigualdad que no ha de desaparecer nunca porque ella nace de la oposición de aquella con sentimientos y creencias sociales é individuales.

Ciertas exigencias legales para su aplicación (véase art. 6, inc. 3, del proyecto) y el derecho de gracia del P. Ejecutivo, hacen que ella dependa del azar más que de la criminalidad del reo, influyendo poderosamente el carácter y los sentimientos de Jueces y Gobernantes (³) y aún el momento en que debe ejecutarse. Castro Rodríguez y Castruccio no fueron condenados á muerte; otros, indiscutiblemente menos criminales, han sido ejecutados.

(1) Ferri, *Ob. cit.*, pág. 882, nota (2).

(2) Prins, *Science penale*, pág. 407 y 408, nota (2).

(3) Es sabido que el Presidente de Francia Mr. Grevy conmutó la pena de todos los condenados á muerte. Como esto le valiera ataques de la prensa, su sucesor adoptó una actitud contraria. El actual Presidente Mr. Fallieres parece seguir, en esta materia, igual conducta que Mr. Grevy.



En los países donde esta pena existe, el derecho de gracia reduce las ejecuciones á una débil proporción respecto á las condenaciones pronunciadas. En Francia, en los cuatro quinquenios de 1881 á 1900, la media anual de los condenados á muerte, fué de 29, 30, 28 y 17, y las ejecuciones por cada quinquenio 5, 8, 12, 5, de manera que las condenas ejecutadas es de 6 % (1). En Alemania de 5 %, en Austria de 8 % y en Inglaterra de 50 por ciento (2).

La pena de muerte, en la forma que lo establece el proyecto, importa su abolición ó poco menos, pues creemos, y con nosotros lo creó también la comisión redactora, que será muy difícil su aplicación. También lo creerán los criminales, con lo que ella perderá todo carácter de prevención general, que es ó puede ser su única utilidad, y, como dijimos, su aplicación será una crueldad inútil.

Además, como lo observamos ante el Senado de la Nación, estando escrita en el Código nos hacemos la ilusión de que es una pena real que será normalmente aplicada, y descuidamos el establecer otra de análoga gravedad, en alto grado intimidante, que la reemplace, y es precisamente la omisión en que incurre el proyecto, pues el presidio por tiempo indeterminado, sin trabajo las más de las veces ó con un trabajo que importa un alivio á la privación de libertad (art. 11 y 12 del proyecto) y con liberación á los 20 años, está muy lejos de ser una pena verdaderamente intimidante (3).

(1) G. Vidal, *Droit Crim.*, Ed. 1906, pág. 563, nota (2).

(2) Tarde, *Philosophie pen.*, pág. 547, nota (1). Ed. 1895. — Según Ferri, esta proporción es de 2 % en Austria, de 43 % en España, de 9 % en Suecia, de 1 % en Dinamarca, de 3 % en Baviera, de 2 % en Alemania, de 27 % en Australia y Nueva Zelanda, etc. *Sociología crim.*, ed. 1900, pág. 681, nota (1).

(3) El proyecto, para confirmar la fama de galantes de que gozamos, exime á las mujeres de la pena de muerte (excepción que Tarde, citándonos, comenta risueñamente) y no reserva ninguna pena severa para ellas.



34—El proyecto, en su art. 11, establece la pena de presidio.—¿En qué consiste, según él, esta pena? Aunque parezca extraño, no es fácil contestar á esta pregunta.

Dicho artículo es tomado textualmente del 8 de la ley de reformas de 1903, el que modificó el 60 del Código. Este último distinguía la pena de presidio por tres circunstancias que la diferenciaban de cualquiera otra privativa de libertad y que le daban el carácter que ha tenido siempre y en todas partes: 1º trabajo en beneficio del Estado, de donde le viene su nombre de *trabajos forzados*; 2º trabajos duros y penosos como los *damnatio in metallum*, *damnatio ad opus metalli* (1) de los romanos ó la extracción de las minas, desecación de pantanos y otros penosos de que habla el Código francés de 1791; 3º prohibición de recibir auxilios de fuera del establecimiento.

Las tres circunstancias han desaparecido en el art. 11 del proyecto, el que se expresa así: «El presidio se cumplirá con trabajos forzados en establecimientos destinados al efecto». El producto del trabajo no es en beneficio del Estado (v. art. 16), no se exige que sea penoso, ni está prohibido aliviar su situación por auxilios recibidos de fuera.

De manera que lo que caracteriza el presidio, según el proyecto, son los *trabajos forzados* en un establecimiento especial. ¿Qué se debe entender por *trabajo forzado* y en qué se diferencia éste del trabajo igualmente forzado de la prisión, puesto que en éste el trabajo no es voluntario sino impuesto?

¿Debe ser al aire libre ó sedentario? El proyecto guar-

exhoneriéndolas también del presidio y en ciertos casos de la prisión á pesar de que, á veces, superan al hombre en sus crímenes.—V. Tarde, *Philosophie pén.*, Cap. IX—V. pag. 562—Lombroso, *Aplic. jud. y médicas*, págs. 222 y sigts.

(1) *Ley 2, párrf. 6, D. de penit.* Entre las condenas *in metallum* é *in opus metalli* no existe otra diferencia que el peso de las cadenas, más pesadas en la primera que en la segunda.

da silencio sobre esto y, al parecer, lo deja librado al gobierno ó dirección del establecimiento.

35—Cuando se emplea el vocablo *trabajo forzado* en solo esta pena y no en otras donde el trabajo también es obligatorio, sin acompañarlo de explicación alguna, debe ser por que se piensa que él tiene un valor entendido, no solo técnico sinó vulgar, al alcance de todo el mundo, como deben serlo los términos de que se vale un Código Penal. ¿Lo tiene en realidad?

El trabajo del presidiario siempre se ha entendido como un trabajo duro y penoso, *pena mortis proxima*, pero cuando esos adjetivos fueran borrados por la reforma de 1903 del art. 60, debió ser, no cabe otra interpretación, porque se pensaba que aquél trabajo no debía tener ese carácter, que talvez se consideraba inhumano. Queda, pues, eliminada la hipótesis de que el trabajo forzado sea sinónimo de *trabajo duro y penoso*. Por lo demás, la naturaleza é intensidad de estos trabajos varían con los países. Los *publicwork houses* de Inglaterra, segundo periodo de la *servitude penale*, son trabajos públicos, en el exterior, como construcciones de diques, de docks, de prisiones, etc. El *Zuchthaus* de Alemania exige el trabajo dentro del establecimiento, aunque también son permitidos fuera en condiciones especiales. En Francia, la transportación organizada por la reforma de 1854 y que sustituyó al presidio, es el trabajo agrícola en las colonias y aunque, por el Código y la ley del 54, debe ser un trabajo penoso, solo tiene este carácter en el periodo de preparación del terreno, que en la Cayena particularmente es peligroso, siendo después de lo más liviano que sea posible imaginar, aún para un obrero libre, ⁽¹⁾ Están divididos en tres clases; en las 2ª y 3ª los forzados no reciben salario, pero en la 1ª pueden ser admitidos á la asigna-

(1) *Rev. pénit.*, 1894, págs. 196, 210, 373 y 374.





ción ó colocación individual, recibiendo entonces una remuneración.

Basta con estos ejemplos para demostrar que el *trabajo forzado* no tiene ni la misma naturaleza ni la misma intensidad en todas partes.

36—En verdad es una singular pena esta, que siguiendo en gravedad á la pena de muerte, á la que reemplaza, no se sabe en que se distinga de la prisión y en que consista su mayor gravedad. Sin embargo, existe una diferencia entre ambas. En la pena de prisión (art. 14) es obligatoria la reclusión celular nocturna y la instrucción.

Así, pues, la única diferencia entre ambas es que la primera parece calculada para corromper y la segunda no. Con el presidio, el proyecto ha creado una escuela normal del crimen, donde la vida en común de día y de noche, la ociosidad cuando no existan obras públicas en que emplearlos (art. 12) que será lo más frecuente y la falta de instrucción intelectual, moral y religiosa y de enseñanza de una profesión, harán los verdaderos profesionales del delito.

Claro es que ésta no puede haber sido la intención de los ilustrados autores del proyecto, pero no por esto es menos cierto lo que decimos y dada la redacción del art. 11 esa pena no es ni puede ser otra cosa. Por poco que estos señores se hubieran detenido sobre ella, la hubieran variado sustancialmente.

De presidio no conserva más que el nombre y sus peores defectos: desigual, corruptora, desmoralizadora, . . . lo que le ha valido la execración universal y que sea borrada de los Códigos de todos los pueblos cultos. Su única cualidad, la que le han reconocido todos los pueblos en todos los tiempos, la ejemplaridad, que le hacía intimidante y suficiente para *expiar* los más grandes crímenes, por el espectáculo repetido de las cadenas, de las fatigas y de los

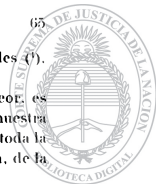
signos vergonzosos de la esclavitud de los culpables (7). ha desaparecido.

No, esta pena no es el presidio, no, es algo peor, es aquella cosa sin nombre contra la cual se levantó nuestra voz en el Senado de la Nación para combatirla con toda la fuerza de nuestra alma en nombre de la civilización, de la humanidad, del decoro nacional!

Hubiéramos deseado entonces, desearíamos ahora poseer la elocuencia penetrante de un Howard para convencer á los hombres públicos de nuestra patria de que están cometiendo un error, un inmenso error, al dejar subsistente, por largos años talvez, esos antros de corrupción que el proyecto llama presidio, donde el delincuente primario, al que una ocasión, que no volverá acaso á presentarse, manchó con sangre humana, el extraviado de una hora, va á convertirse en el criminal endurecido, en el reincidente de conciencia encallecida, sediento de sangre y de innobles placeres, enemigo para siempre de la sociedad!

¿Que dirá ésta, cuando al hacer cargos á ese hombre por sus crímenes, le conteste: mi conducta fué intachable, vivía de mi trabajo, me sentía tan honrado como cualquiera de mis semejantes, hasta que un momento de extravío, una pasión súbita que me cegó, hizo de mí un criminal. Teníais la obligación de tenderme la mano, si nó en mi interés, en el vuestro al menos, de ayudar á mi rehabilitación, de enseñarme á amar á Dios y á los hombres, de destruir los perniciosos efectos del medio en que me crié ó de las taras que heredé, de dignificarme con el trabajo haciéndome amable, de volverme, en suma, á la senda de la virtud para poder ser útil á mi patria y á mis semejantes. En lugar de hacerlo así, me habeis precipitado aún más hondo en el abismo, me habeis arrojado á esto que llamais

(7). Chauvau Adolphe, T. 1, pág. 96.





presidio, me habeis obligado á permanecer veinte años de mi vida con la escoria humana, sin ver otra cosa que el mal en todas las formas, en contacto diario con todas las depravaciones, respirando una atmósfera infernal donde solo el vicio y el crimen pueden germinar; habeis fortificado en mi alma las tendencias del mal, habeis ahogado todo cuanto de bueno había en mí y cuando habeis logrado corromperme hasta la médula, haciéndome fundamentalmente criminal, me arrojaís en medio de vosotros marcado con la infamia del presidiario, envilecido á mis propios ojos y á los de los demás; ¿de que os quejáís? ¿no hubiera sido necesario un verdadero milagro para que sucediera lo contrario?

Y tendremos que confesar que tiene razón; que ese criminal endurecido y reincidente es obra de nuestra sociedad, es un producto todo suyo, y que de sus nuevos crímenes, debe responder la sociedad más que él.

37—Lo hemos dicho ya, pero es necesario repetirlo aún una vez más. La experiencia universal ha demostrado que el presidio⁽¹⁾ es hondamente depravador y el más poderoso factor de la delincuencia profesional, de las asociaciones de malhechores, de la gran criminalidad. La facilidad de las evasiones sólo se pueden evitar por medios inhumanos como el que expresa el art. 15 del Código Francés: . . . «Llevarán en los pies un grillete ó serán desposados de dos en dos con una cadena» y el 107 del Código Español⁽²⁾.

(1) Primitivamente se llamó *galeras* por que el condenado remaba en las galeras del Rey, en tiempo en que la navegación se hacía aún á remo: de la naturaleza de este servicio vino el nombre de *galeote* y también de *forzado* por el trabajo á que estaban sometidos. Se llamó más tarde *pena de cadena* y también *trabajos forzados*; últimamente recibió en Francia el nombre de *bagne* (baño), según unos (Ortolan) por los bajeles viejos donde eran aprisionados, según otros (Prins) porque en Constantinopla eran accidentalmente internados en un establecimiento de baños.

(2) Bentham, *Theorie des peines*, etc., T. I, Lib. II, Cap. V, pág. 138 y sig. y Cap. X, pág. 189 y sig.—Ortolan, *Dcho. pen.*, T. I, n. 689.—Tissot.



Después de Bentham que estudió y vió prácticamente los inconvenientes de esta pena, nada se puede decir que no haya sido ya admirablemente dicho por él. «Encierra todo lo que se puede imaginar de más eficaz para infectar el cuerpo y el alma . . . Es una escuela donde la maldad se aprende por medios más seguros que los que se pueden encontrar para enseñar la virtud. El fastidio, la venganza y la necesidad presiden esta educación de perversidad. La emulación no es más que el resorte del crimen. Todo se eleva al nivel del más perverso: el más feroz inspira á los otros su ferocidad, el más astuto su astucia, el más libertino su libertinaje. Todo lo que puede manchar el corazón y la imaginación se vuelve el recurso de su desesperación. Unidos por un interés común, se ayudan recíprocamente á sacudir el yugo de la vergüenza. Sobre las ruinas del honor social se eleva un honor nuevo compuesto de falsedad, de intrepidez en el oprobio, de olvido de todo porvenir, de enemistad contra el género humano y es así que los desgraciados que se habrían podido volver á la virtud y á la felicidad llegan al heroísmo del crimen, á lo sublime de la maldad» (1)

Mucho más tarde, Fedor Dostoyuski, que estuvo encerrado cuatro años en un presidio ruso, no hace sino confirmar esta admirable pintura y ¡quién sabe! tal vez la realidad que palpita en las páginas de su obra es aún más horrible que todo lo que nos enseña Bentham. Psicólogo profundo, observador admirable, nos hace de mano maestra la fisiología del criminal y la descripción de un régimen abominable que él califica de infierno, de condenación, que funde á todos en un solo molde hasta darles el mismo aspecto exterior, el mismo brutal cinismo, idéntica

Dcho. pen., T. I., Cap. XXII, VI. pág. 391. — Chauveau Adolphe, *Ob. y tug. cit.* — Garraud, *Droit pen.*, T. II., n. 346, I. — Silió y Cortés, *La Crisis del Dcho. penal*, págs. 254, 255 y 256.

(1) *Traité de législat. civ. et pen.*, T. II., Cap. IX., pág. 203.



vanidad enfermiza, igual depravación, cuya pintura llega á producir náuseas. Rencor profundo hacia la sociedad, sed de goces prohibidos, espantosa apatía, sin haber podido descubrir jamás el menor indicio de arrepentimiento, odiando un trabajo excesivo que no era ocupación sino obligación, robándose y maltratándose mutuamente, hienas en vez de hombres . . . tales son los resultados del presidio que nos describe Dostoyuski (1).

36—El proyecto pudo evitar, en parte siquiera, los perniciosos efectos de la promiscuidad de día y de noche, estableciendo la división por clases como en Francia y que adoptó el proyecto de 1891 (2).

Pero se dirá tal vez: la ley especial que establezca el régimen de las penas evitará esos inconvenientes. Ya hemos dicho lo que pensamos de esa ley y la posibilidad de que pasen largos años bajo el imperio exclusivo del Código: pero, ¿es qué puede el Código establecer una pena sin decir en qué consiste, cuales son sus caracteres esenciales? ¿es qué puede infligir una pena de la cual solo el nombre se conoce y cuya gravedad intrínseca ó en relación á las demás queda ignorada? Formular tales preguntas es responderlas.

No es posible confundir lo que se refiere á la *esencia* de la pena con las demás circunstancias que tienen relación con la ejecución de ésta, como por ejemplo, el lugar donde ésta debe tener efecto, la manera como se ha de realizar el trabajo penal, la división en clases á que nos acabamos de referir, etc. La primera es de resorte exclusivo del Código, las segundas pueden reservarse para una ley especial.

Supongase que esta ordena trabajos *duros y penosos*, reclusión celular, etc., los que dicen relación con la *esencia* misma de la pena. Como estas circunstancias

(1) *La Casa de los Muertos*, págs. 44, 45, 50, 51, 53, 56 y 57, 108 á 111 etc.

(2) Art. 16.



importan agravación á la que establece el proyecto, simple privación de libertad con trabajo, á los que hubieran cometido delitos en el intervalo de ambas leyes tendrá que aplicárseles el presidio del Código y no el de la ley nueva, por ser aquel más benigno. Ambas penas serían diferentes en su esencia y de consiguiente deberá aplicarse, en la hipótesis expresada, la más favorable al acusado.

Y que esa agravación existirá no cabe la menor duda. El trabajo penoso como la desecación de pantanos, el saneamiento de terrenos insalubres ó su preparación para el cultivo ⁽¹⁾, es indudablemente más grave que el simple trabajo de que habla el proyecto, y la reclusión celular lo es más que la vida en común, como lo demuestran las reducciones de pena á que se han visto obligados otros países cuando se pasa de uno á otro régimen. En Francia, por ley de 5 de Junio de 1875, se redujo de un cuarto la pena cuando debía ser sufrida en aprisionamiento individual, y en Bélgica por ley de 4 de Marzo de 1870, esta reducción, en análogo caso, fué de 3.12 para el primer año, de 4.12 para los 2º, 3º, 4º y 5º, de 5.12 para los 6º, 7º, 8º y 9º, etc.

De manera que la ley nueva no sería, en este caso al menos, una ley complementaria del Código, sino una ley reformatoria.

La singular disposición que criticamos, cuya vaguedad permite las más diversas interpretaciones, ya que no es posible tomarla á la letra porque entonces resultaría inferior en gravedad á la prisión, hará que en la República

(1) Sabido es que en la Guayana Francesa los desmontes produjeron epidemias que diezmaron á los forzados, llegando á morir hasta el 68 % en la Montagne d'Argent, por cuya razón fué necesario trasladarlos á la Nueva Caledonia y más tarde dejaron los mejores en ésta y llevaron los peores á la Guayana.



Argentina existan catorce penas de presidio, todas diferentes entre sí y de intensidad diferente también.

39—El art. 12 del proyecto consagra una doctrina sobre el trabajo penal con la cual no estamos conformes.

Para darse cuenta de su razón de ser, conviene tener presente el origen de esa disposición. Ella es copiada de la segunda parte del art. 61 del Código actual, el cual, á su vez, fué tomado del proyecto Tejedor y éste, en lo que se refiere á la prohibición de emplear á los condenados en obras públicas contratadas por particulares, lo tomó del art. 97 del Código español de 1850 reproducido por el 108 del de 1870.

Este y los de la América del Sur que en él se han inspirado, son los únicos que consignan tal disposición que debió su origen en España á los abusos de las empresas que explotaban el trabajo penal en una forma tal que produjo verdadero escándalo, llegándose hasta seguir procesos criminales contra algunas de ellas (1). En vez de contenerlos enérgicamente, optaron por suprimir la causa con la disposición citada.

Mucho dudamos de la conveniencia de conservar semejante disposición prohibiendo la mano de obra penal en las obras públicas llevadas á cabo por empresas, pues aun supuesto que ella tuviera inconvenientes reales que no pudieran ser evitados de otra manera, es indiscutible que serían mucho menores que los que acarrea la ociosidad en que hoy se los tiene y sobre cuyo efecto desmoralizador no hay para que insistir.

Pero esos inconvenientes, si existen, desaparecen con una buena reglamentación como ha sucedido en Francia, y, en todo caso, nunca pueden ser tales que justifique la prohibición de ese modo de trabajo penal, económico, pro-

(1) Pacheco, *El Cod. pen. concord. y coment.*, T. I, comentario al art. 97.



vechoso y que llena satisfactoriamente los fines que con él se propone la sociedad.

En ninguna nación, fuera de las nombradas, está prohibido el trabajo por empresa, y en Francia, Bélgica, Alemania..... en casi todas las naciones civilizadas, se lo practica en grande escala sin que se hayan producido inconvenientes que no sean fácilmente salvables.

40—Existen en uso dos sistemas principales: el trabajo por administración (*regie*) y el por empresas, sin contar el mixto ó de los «confeccionarios» que se puede asimilar al segundo.

El primero, sin estar exento de inconvenientes, es sin duda, el más conveniente, pero tiene el gran inconveniente de ser en extremo dispendioso, á tal grado, que naciones tan ricas como las citadas y que tanto se preocupan de perfeccionar su régimen penitenciario, no se atreven á usarlo exclusivamente.

En cambio, el sistema de empresa es económico para el Estado ahorrándole gastos en máquinas, herramientas y objetos á manufacturar y los riesgos inherentes al trabajo, sin contar con la considerable economía en los empleados de las prisiones que, en el sistema de la *regie*, aparte de las cualidades que deben poseer como funcionarios penitenciarios, deben tener actitudes industriales muy variadas y ya se comprenderá lo que cuesta semejante personal.

Por estas razones los principales países, como ya hemos dicho, sin excluir el trabajo por administración, cuando es posible, emplean latamente el sistema de empresa. La ciencia penitenciaria también ha consagrado ambos sistemas, recomendando el uso del segundo cuando no exista el primero ⁽¹⁾.

(1) Cuche, *Science et legisl. pénit.* n. 187 y sig.—Bernex, *Ob. cit.* Lib. I., pág. 176 y 177 y Tit. II, pág. 190.—Vidal, *Droit crim. et science pénit.* n. 519.—Garraud, *Droit pén.* T. II, n. 379.—Prins, *Science pén. et droit positif.*, n. 881.—*Congresos penitenciarios de Roma, 1885 y San Petersburgo 1890.*



En Francia en los condenados á trabajos forzados en las Colonias, se usan los dos sistemas. Antes de 1891 se comprobaron abusos graves en los trabajos por empresa, por cuya razón se dictó el decreto de ese año, completado más tarde con los de 1894, 1898 y 1901, que llevaron remedio á ellos, pero sin suprimir los contratos de mano de obra penal, no solo tratándose de obras públicas ejecutadas por empresas, sino de trabajos por cuenta de particulares como la carga y descarga de buques, desmontes de tierras, desecamientos de pantanos, recolección de cosechas, etc., sin más condición que la de que estos sean dirigidos por la administración.

Y si los trabajos por empresas no están excluidos en ninguna parte, menos lo pueden estar entre nosotros donde no existen cárceles apropiadas en qué los penados cumplan su condena y solo por excepción uno ó dos establecimientos dotados de lo más indispensable.

Semejante disposición fué un grave error del Dr. Tejedor, quién no pensó, sin duda, que ella obedecía en España á causas locales fáciles de remediar, y, como otros muchos, van perpetuándose en nuestra legislación criminal por falta de suficiente estudio.

41—Nada dice ese artículo sobre si el Estado debe pagar un jornal al condenado á presidio por las obras públicas en que sea empleado, omisión sensible por que es necesario reaccionar contra la práctica inveterada entre nosotros de no abonárselo.

No queremos decir con esto que el penado tenga *derecho* á una remuneración, por que la obligación del trabajo es un elemento de la pena y el Estado no tiene más obligación de pagárselo que de indemnizarlo por la pérdida de su libertad; pero, si esto es verdad, no lo es menos que éste tiene un interés directo en gratificar el trabajo del penado, porque el trabajo remunerado es más útil que el que no lo es, más moralizador también, asegu-

rando mejor la disciplina y asiduidad en él y, por último y muy principalmente, por que esa remuneración le asegurará recursos para cuando sea liberado evitándole la reincidencia.

Naturalmente esta remuneración necesita, como todo trabajo penal, ser bien reglamentada, proporcionándola, más á la contracción y buena voluntad, que al producto de él y teniendo en cuenta otras circunstancias de no menor importancia.

42—La pena de prisión que reemplaza á la actual de penitenciaria, tiene, según el art. 14, los siguientes caracteres: 1º reclusión celular nocturna: 2º trabajo en común: 3º instrucción; sin contar el tiempo del que nos ocuparemos en seguida.

Es un error evidente del proyecto disponer que la segregación celular debe ser nocturna, puesto que, si el pensamiento de la Comisión era que el régimen de las penas fuera establecido por una ley posterior complementaria, ésta, respetando esa disposición, no podría establecer sino el régimen auburniano, puesto que el filadelfiano importa la segregación celular de día y de noche y el progresivo esta misma segregación continua en la primera etapa, como ya hemos dicho.

No podemos creer que el pensamiento de la Comisión haya sido proscribir estos regímenes, por que tal proposito no tendría justificación posible. Todos los penitenciaros están uniformes en pensar que el regimen filadelfiano es el que conviene en las cortas penas, porque entonces la celda presenta todas sus ventajas sin ninguno de sus inconvenientes. Esto ya no se discute. El régimen progresivo que es una combinación del filadelfiano y auburniano con las modificaciones que la introdujeron el capitán Maconochie y Walther Crofton, es muy superior al auburniano, y, como más tarde veremos, es el que conviene á nuestro país.





En cuanto al trabajo en sí mismo, nada tenemos que observar por que él es eminentemente moralizador, útil y una de las condiciones para alcanzar la enmienda, función de la pena, sin contar con que es una ley natural á la que todos, honrados ó criminales, estamos sujetos.

Por lo que respecta al trabajo en *común*, nada habria tampoco que observar dentro del propósito de la Comisión de dejar el establecimiento del régimen de las pena á una ley especial, pero los que pensamos que este debe ser la obra del Código, tenemos que reconocer que la disposición es imprevisora por que permite la libre comunicación de los penados durante el trabajo y de consiguiente la vida en común de la cual ya hemos hablado bastante. La prescripción del silencio debiera observarse religiosamente ayudada con enérgicos castigos disciplinarios.

Análoga observación puede hacerse respecto á la tercera característica de esta pena: la instrucción. Pensamos que este requisito, del que solo se habla indirectamente, debió establecerse de un modo bien expreso y prescribiendo que la instrucción sea intelectual, profesional, moral y *religiosa*; y subrayamos la última palabra para llamar sobre ella la atención, pues en otro momento hemos de demostrar la imperiosa necesidad, no solo de la enseñanza religiosa, sino de las prácticas del culto, ya que un librito, muy apreciable por otra parte, sostiene que una y otras deben proscribirse de las cárceles, como un homenaje á *la libertad de conciencia de los penados* y para evitar la formación de caracteres hipócritas y meticolosos (*), conclusión que, si se aceptara, pondría su coronamiento á la obra de *corrupción* de nuestros pre-

1) Eusebio Gómez. *Estudios Penit*, pág. 45 y sig.

tos que perseverantemente llevamos á cabo desde hacen tantos años.

43—Aunque el art. 11 no lo dice, en la parte especial se aplica el presidio por tiempo interminado y temporal: sucede lo mismo con la prisión según el art. 14. De manera que el presidio y prisión son por tiempo indeterminado y temporal.

El crítico extranjero se veía, acaso, algo sorprendido con la expresión «por tiempo indeterminado» y se inclinaba á pensar que es la aplicación del principio de las «sentencias interminadas» de que se ocupa la ciencia penitenciaria. Sería un error en que no podemos incurrir los que ya estamos familiarizados con esa terminología y conocemos el espíritu á que ella obedece.

El introductor entre nosotros de esa novedad, presidio y penitenciaria (prisión) por tiempo indeterminado, el Dr. Carlos Tejedor autor de nuestro primer proyecto de Código Penal, pensó darles y les dió el carácter de perpetuas, pero las llamó *indeterminadas* por que la buena conducta del penado durante un cierto tiempo le daba el derecho de pedir gracia por el resto de la pena, como se vé claramente por los fundamentos de ese proyecto.

Nuestro primer Código, á cuya redacción sirvió de base ese proyecto, aceptó esa terminología y las disposiciones que decían relación con ella, y, de consiguiente, esas penas han tenido y tienen hasta hoy el mismo carácter que les dió el Dr. Tejedor.

Como el proyecto no modifica en esta parte el Código vigente, debe entenderse que el presidio y prisión por tiempo indeterminado que él establece son presidio y prisión perpetuos.

Hemos dicho ya que esas penas con el calificativo que les da el Código y el proyecto, nada tienen que ver con lo que en la ciencia penitenciaria se llaman *sentencias inde-*





terminadas, basadas en el principio de la individualización de la pena que quiere que esta sea apropiada al criminal, no al crimen, y por las cuales el Juez y la Administración penitenciaria pueden agravar la pena legal ó la pena judicial prolongando su ejecución hasta que se produzca la enmienda del condenado ó se le considere no dañoso. Ellas han sido vivamente criticadas en la ciencia y rechazadas por todos los Congresos penitenciarios que las han discutido ⁽¹⁾, á pesar de basarse en un principio verdadero, por las dificultades prácticas de la constatación de la enmienda principalmente, y ningún Código moderno ni proyecto las han aceptado. Solo existen en algunos Estados de la Unión Americana para los jóvenes menores de treinta años reclusos en los reformatorios; pero es una indeterminación relativa puesto que existe un máximo que no puede ser excedido ⁽²⁾.

44—Creemos, pues, que el proyecto ha debido establecer el presidio y la prisión perpetuos, devolviendo á estas penas su verdadero nombre, sin aceptar la denominación de indeterminadas por su impropiedad manifiesta y por su inconveniencia.

Impropiedad, por que ella no expresa la verdadera naturaleza de estas penas que son perpetuas aunque la gracia ó la liberación condicional las conviertan en temporales en muchos casos, como sucede en todos los países donde estas penas existen. Ni en el Código actual les cuadra el calificativo de indeterminadas, por más que durando la pena hasta que se produzca la enmienda, la cual debe constatare por pruebas concluyentes (art. 93). no

1) *Congr. de antrop. crim. de Bruselas de 1892.—Id. de la Unión Int. de dcho. pen. de Paris y de Amberes de 1893 y 1894.—Id. de antrop. crim. de Génova de 1896.—Id. penit. int. de Bruselas de 1900.*

(2) En el Reformatorio de Elmira, New York, la duración del internamiento no puede exceder del máximo legal y en Massachusset este límite es de cinco años Barrows. *Herne penit.*, 1889, pág. 682.



procediendo la liberación sino en este caso ⁽¹⁾, tiene ella cierta indeterminación respecto á los enmendados: menos les corresponde en el proyecto puesto que, según su art. 18, observando con regularidad los reglamentos los condenados obtendrán la liberación, de manera que no es facultativa como en el Código y en el proyecto Tejedor, sino que existe la obligación por parte del Juez de acordarla, con la condición expresada, á los veinte años. Así, pues, no existe indeterminación en la duración puesto que la condición requerida se realizará siempre.

Es un axioma penitenciario que los peores individuos son los mejores detenidos ⁽²⁾ y Sacker hace notar que los reincidentes por su temperamento apático son de excelente conducta, llegando en una sublevación á ayudar á los carceleros para dominar á sus compañeros: de manera que la observancia de los reglamentos está muy lejos de probar la enmienda, y acordar la liberación por solo esta causa sería una prima á la hipocresía, como observa Prins ⁽³⁾.

Es, pues, manifiesta la impropiedad de llamar indeterminadas á esas penas por que la liberación pueda abreviarlas en su duración; tanto valdría llama indeterminadas á las penas de presidio y prisión temporales por que la misma causa pueda abreviar la duración que fija la sentencia.

45—Dijimos también que esta calificación era inconveniente.

Bueno es tener presente la distinción que hace Bentham entre el valor real y el valor aparente de las penas. Valor *real* es todo el mal de la pena, el que se experimenta cuando ella es infligida. Valor *aparente* es el mal probable que se presenta á la imaginación del común

(1) *Nota del Dr. Tejedor al art. 74 del Código vigente.*

(2) *Cuche, Ob. cit. pág. 278.*

(3) *Ob. cit. pág. 911.*



de los hombres por su descripción ó la vista de su ejecución (1).

Ahora bien, el calificativo de indeterminadas que el proyecto dá á las penas perpetuas, disminuye considerablemente su valor aparente y con él su poder de intimidación ó prevención colectiva, que es una de las grandes funciones de la pena y la que debe preocupar con preferencia al legislador (2).

Las penas perpetuas tienen un valor aparente muy superior á su valor real, análogamente á lo que sucede con la pena de muerte y, bajo el punto de vista de la intimidación colectiva, es este valor aparente el que debe buscar preferentemente el legislador, por que es el objeto esencial de la pena y la realidad solo es necesaria para producir esa apariencia. Si ahorcando á un hombre en eligie, dice el autor citado, pudiera producirse la misma impresión de terror que haciéndolo en persona, sería locura proceder de esta última manera (3).

Y decimos que el valor aparente de las penas perpetuas es superior al valor real, por que en la generalidad de los casos ellas dejan de ser tales por la gracia y la liberación condicional.

Nunca ha sido indiferente al legislador el nombre de la pena y cuando ha sido posible lo ha elegido de manera que haga resaltar las cualidades intimidantes de ella. El ilustre criminalista Pessina, criticando el proyecto Zanardelli-Savelli, decía: «Ante todo, no se tiene en cuenta la fuerza intimidadora que el nombre de la pena ejercita en el espíritu del que está dispuesto al delito, sobre todo del que, no habiendo aún cometido ninguna infracción, no

1) Bentham, *Theorie des peines*, etc. T. I., Cap. IV., pág. 18.

2) La prevención colectiva es obra del legislador; la individual corresponde al juez ó á la administración penitenciaria.

(3) Bentham, *Ob. cit.* pág. 19 y 20.

puede comprender claramente lo que significa el contenido de la pena» (1).

El solo nombre de pena perpetua, de una pena sin fin que imita la eternidad de los suplicios, produce tan grande impresión sobre el espíritu, que, en algunos, es aun superior á la de la misma pena de muerte, y el suicidio del asesino de Humberto, no obedeció seguramente á otra causa. Después de la pena de muerte, no hay otra que presente en grado análogo, tanto poder intimidante. ¿Por qué, entonces, no llamar en el proyecto á las penas perpetuas con su verdadero nombre que tantas ventajas ofrece? ¿Porqué designarlas, con perjuicio de su efecto intimidante, con un nombre que no corresponde á la realidad ni menos al concepto de la pena indeterminada en el derecho penal?

Nada diremos para justificar la perpetuidad de las penas puesto que no pretendemos innovación alguna en este sentido, y, por el contrario, aplaudimos que ellas continúen figurando en nuestro Código como figuran en las de los principales países, puesto que la doctrina las acepta y recomienda como una verdadera necesidad, sea para sustituir la pena de muerte cuando es abolida, sea como una transición entre ella y las penas temporales (2).

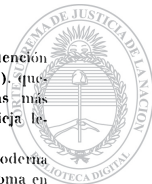
El único y grave inconveniente de estas penas, la falta de estímulo para la corrección del culpable, desaparece poniendo en sus manos, con la liberación condicional, el medio de hacerla temporal cuando dé pruebas inequívocas de su reforma.

46—No se comprende que razones hayan tenido los autores del proyecto para restringir la aplicación de la

(1) *Relazione del Ministro l'essina sugli emendamenti al Progetto Zanardelli.*—Savelli, Maggio e 26 Novembre 1883.

(2) Garraud, *Droit pen.* T. II, n. 344.—Crivellari, *Code penale d'Italia* T. II, n. 107 á 101.—*Proy. Tejedor y autoridades que cita en la nota.*—*Proyectos suizo, art. 18, japonés y francés.*





nueva pena que introducen bajo el nombre de detención á solo los delinquentes políticos (véase la parte esp.), quedándose á medio camino en una de las reformas más trascendentales que iban á introducir á nuestra vieja legislación.

Parece que hubieran querido hacer lugar á la moderna y fecunda teoría de los móviles del delito, que toma en consideración los motivos determinantes de la acción y el fin perseguido por el agente, distinguiendo, para la apreciación de la culpabilidad y la aplicación de la pena, según que ellos son morales, jurídicos, sociales ó, al contrario, inmorales, antijurídicos y antisociales, pero, desgraciadamente, un temor injustificado los retrae y apenas entrados en ese camino lo abandonan, sin atreverse á aceptar aquella teoría en todas sus consecuencias.

El proyecto debió hacer de la prisión y detención penas paralelas para ser aplicadas según el móvil del delito, reservando la prisión para los delinquentes que hayan obrado por móviles antisociales y la detención para los que han obedecido á móviles no deshonrosos, de manera que el Juez pudiera optar entre una y otra según ese criterio; y si se tenía dar al Juez tal facultad, la ley misma podía hacerlo á semejanza del Código Italiano.

En otro lugar nos ocuparemos de esta importante cuestión: por ahora, solo haremos algunas observaciones de detalle.

47—La detención se cumplirá en cualquier cárcel, dice el art. 23 del proyecto; y como en las cárceles que establece se hace la vida en común, á los detenidos, cuya moralidad está intacta, se les condena á la promiscuidad con los peores malhechores. Basta esta consideración para que se comprenda los inconvenientes de tal disposición.



Podría aceptarse, sin dar lugar á graves críticas, la excepción del trabajo reglamentario á los detenidos si la detención se limitase, como lo quiere el proyecto, á los delincuentes políticos; pero si se ampliase en la forma que acabamos de insinuar, esta excepción no podría justificarse.

El trabajo, más que un accesorio obligado de las penas privativas de libertad, es un elemento de ellas, y su producto está destinado á llenar verdaderas obligaciones del condenado (art. 16 del proy.).

El derecho á la ociosidad que algunos Códigos han sancionado en favor de ciertas clases de penados, haciendo ilusoria, en la generalidad de los casos, la indemnización de las víctimas del delito y gravando al Estado con los gastos de la prisión, nace del falso concepto de que el trabajo es una simple agravación del régimen de la pena y no un elemento de ella, como hemos dicho, y el acatamiento á una ley natural de la humanidad, á la cual estamos sujetos todos, honrados y criminales: *Cum sudore cultus tui, vesceris panem*.

El trabajo, pues, no caracteriza ningún régimen represivo ⁽¹⁾.

48—La pena de deportación, como accesoria ⁽²⁾ de la última condena, se aplica á los incorregibles ó á los que el proyecto reputa tales (art. 57). Según el art. 24, es pena perpetua aunque el proyecto la llame, como al presidio y á la prisión, indeterminada, y consiste en la morada obligato-

(1) Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 398.

(2) En un Código importa precisar los términos que se emplean. La deportación no es pena accesoria, como dice el proyecto, sino complementaria. Las penas accesorias, en que se incurre de pleno derecho, como la inhabilitación del art. 17 del proy., sin necesidad de pronunciamiento expreso del juez, se agregan á la principal como sus consecuencias jurídicas; las complementarias son complementos de otras penas y deben pronunciarse de un modo formal. Vidal, *Droit crim. et science pénit.*, n. 474, pág. 604. Ed. 1905: Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 362.



ria en un lugar que fijará el P. E., bajo las condiciones prescriptas en el mismo.

El nombre de deportación dado á esta pena nos parece impropio. La *deportatio* de los romanos era otra cosa, y con ese nombre se conoce en Francia la pena contra los delinquentes políticos y en Rusia la correccional, reservada á las clases privilegiadas.

Mas propio es el nombre de *relegación* que se le da en Francia y más conforme con su origen en el derecho romano: la *relegatio* que importaba asignar al proscrito un lugar de morada determinado. (1)

La deportación, en la forma que la establece el proyecto, es la eliminación de los criminales que se suponen incorregibles ó que lo son, en realidad, en presencia de un dado sistema represivo. Esta eliminación de los que se cree inadaptables á la vida social, es la constatación práctica de la ineficacia, respecto á ciertos criminales, del sistema penal existente en el país que la establece y, de consiguiente, la confesión de su fracaso.

Antes de imponer una pena que resulta enorme por ser perpetua y por su falta de proporción con los delitos cometidos, ya, por otra parte, castigados (art. 57 del proy.), y que se impone por el solo temor de recaídas en el futuro, es decir, á la temibilidad, al temperamento del agente revelados por sus anteriores delitos, que es la tésis extrema y no aceptada por la ciencia de la escuela italiana; antes de imponer una pena así, decimos, y para que ella no choque contra la idea de justicia que debe ser la coloración moral de toda pena, es necesario que la sociedad no tenga toda ó casi toda la culpa de esa incorregibilidad por un mal sistema penitenciario que, en vez de impedir la

(1) *Digesto*, L. XLVIII, Tit. 19, leyes 2, 4 y 24. *Las Partidas* (Lib. III, tit. 18, P. V y Lib. IV, tit. 31, P. VII) la llaman con el mismo nombre y también el Cód. Esp arts. 261 y 111, aunque en este no es pena contra la reincidencia, sino de cierta clase de delitos, p. ej., los delitos contra la Constitución.

reincidencia, la favorece, haciendo como de almáciga de la criminalidad, como es el nuestro hoy día y seguirá siendo, si la anticuada y absurda penalidad del proyecto triunfa.

No se puede eliminar á un hombre para siempre de la sociedad, sino cuando se muestre refractario á un sistema racional de penalidad, cuando aquella haya hecho todo lo que podía hacer para corregirlo y volverlo al camino del bien, destruyendo los efectos perniciosos de la herencia, de la educación y del medio. Imponer semejante pena al que no es sinó una víctima de los errores y de las imprevisiones sociales, parece soberanamente injusto.

Pasemos ahora al estudio de este medio de represión.

49—El proyecto organiza la deportación en forma análoga á la *relegación individual* en Francia, esto es, la morada en libertad en el lugar fijado, bajo ciertas restricciones tendientes á asegurar su permanencia en él.

Pero en Francia, la relegación individual es un régimen de excepción, de favor, que se concede á los que poseen medios de subsistencia y que se hacen dignos de él por su buena conducta; la gran mayoría de los relegados constituyen lo que se llama relegación *colectiva*, á quienes el Estado sostiene, pero, en cambio, los obliga á trabajar en obras de colonización ó trabajos de utilidad pública.

Esta organización disminuye mucho los grandes inconvenientes de esta pena (1), que luego haremos resaltar, si quiera sea someramente.

Ya demostré, en la discusión ante el Senado de la Nación de la ley de reformas al Código Penal, en 1903, por medio de datos estadísticos y opiniones muy autorizadas, que la deportación, á pesar de todo lo que se ha hecho

(1) La llamamos así por que así la llama el proyecto, pero, en realidad, no es posible saber si se trata realmente de una pena ó de una medida de policía.





para darle una organización perfecta, ya en su forma primitiva de trasportación con trabajos forzados con que se reemplazó el presidio, ya como pena contra los incorregibles, ha sido un fracaso donde quiera que se la haya aplicado, en Inglaterra, Rusia, Francia, España, Portugal y el Japón, bajo cualquier punto de vista que se la considere, sea de la enmienda, de la colonización ó de la disminución de la reincidencia.

50—La única ventaja que se ha sacado de la relegación, ya que esta forma de la trasportación es la que debe ocuparnos principalmente, es lo que se llama en Francia la *politique du débarrás*, la cual, como decía Mr. Berenger, no es una idea penal sino una idea utilitaria (1). En efecto, ella desembaraza á esos países de sus reincidentes, parcialmente al menos, pues, como lo demostramos en la ocasión referida y lo repetiremos en seguida, son muchos los que vuelven.

Pero, para que este único resultado de la relegación se realice, necesario es trasportar á los reincidentes á colonias ultramarinas, cuya enorme distancia de la metrópoli constituye un obstáculo, casi infranqueable, á su regreso, y por eso se define la trasportación: «el alejamiento forzado del criminal á una región *fuera del país*, con restricciones á la libertad y á los derechos del ciudadano y la obligación del trabajo.» (2)

No poseyendo nosotros colonias ó lugares apropiados fuera del país ó del territorio continental, no podemos pensar en trasportar ó deportar, en el sentido que la ciencia penitenciaria y la legislación moderna dan á estas palabras, y lo que el proyecto llama así, no es sinó un *confinamiento* en condiciones especiales.

Es un tanto pueril pensar que con solo el nombre de una pena vamos á conseguir desembarazar nuestras gran-

(1) *Revue pénit.*, 1900, pág. 511.

(2) *Prins, Science pen. et Droit pénit.* n. 677.



des ciudades de los profesionales del delito, como el *Cid* ganaba batallas después de muerto, con solo el prestigio del suyo. Con el confinamiento en un lugar de nuestro propio territorio, en contacto con su población y á un paso, posiblemente, de alguna República vecina, el regreso del deportado será solo cuestión de tiempo y de oportunidad. Como lo decíamos en la ocasión citada, será la tarea de Sisifo.

En las colonias francesas y rusas, á pesar de las dificultades que presentan á la evasión, como cualquiera comprende, el número de fugados por año es enorme. Solo en Sakhaline (1), sobre un número de trasportados de 3747 se evadieron al continente en 1898, 435 ó sea el 11 % (2). En la Guayana, las tentativas de evasión llegaron á 23 % en 1897 y 29 en 1898, y en Nueva Caledonia á 10 % y 10.5 % respectivamente (3).

En Francia, muchos criminales han sido condenados varias veces á la relegación y en 1894 el 16 % de los reincidentes criminales habian sufrido ya esta pena (4).

En el Parlamento Italiano despertó vivísima resistencia el pensamiento de hacer figurar la deportación entre las penas de su nuevo Código, y Pessina, que lo combatió enérgicamente, decía que, aparte de las objeciones que le han sido hechas por la ciencia y la práctica, la deportación supone la existencia de un lugar lejano y situado más allá de los mares, del que no disponia Italia, y

(1) Isla al norte del Japón, entre la de Yezo y el Kamtchatka, en frente de la embocadura del río Amour.

(2) Alphonse de Witté, *La deport. et la transport. en Russie*, *Bulletin de l'Union int. de droit pen.*, Dixieme vol., Liv. 1, 1902.

(3) F. Astor, *A propos de la relegation*. *Revue penit.* 1900, pág. 708 y sig.

(4) El regreso de los trasportados ingleses en las colonias de América en el siglo XVIII, asumió proporciones considerables; solo cuando se deportó á la Australia, en las antipodas, desapareció ó disminuyó esta proporción. Bentham, *Theorie des peines*, etc., T. I., Chap. XI, págs. 194 y 206



bastaba este hecho para hacer imposible su adopción por ella (1).

No cabe, pues, hacerse ilusiones sobre el resultado de esta pena entre nosotros, bajo este punto de vista.

¿Cuál será el lugar que se elija con este objeto? No pueden hacerse sino dos hipótesis: ó se elige un lugar ya poblado ú otro que no lo esté. La primera hipótesis es inadmisibile porque la coexistencia de la población libre con estos criminales viviendo en libertad, es imposible: ó la primera emigra ó el gobierno retira los últimos, y es esto lo que ha sucedido, en las colonias inglesas de Norte América primero, y de la Australia después. A medida que la población adquiría importancia apreciable, el gobierno cambiaba el lugar de la trasportación, hasta que tuvo que suprimir ésta del todo. Y debe tenerse presente que los trasportados ingleses, eran forzados, encerrados en prisión y trabajando vigilados. Análoga cosa ha sucedido en Rusia.

Queda la segunda hipótesis, única posible: elegir un lugar despoblado. En tales condiciones ó mejor dicho, con muy escasa población, solo tenemos la isla de los Estados, y, tal vez, la tierra del Fuego, regiones inhospitatorias, estériles, con un clima glacial, donde no es posible exigir un trabajo serio al deportado aun supuesto que fuera capaz de él (2).

51—Todos los que han escrito sobre la trasportación en general y la relegación en particular, hacen notar la ineptitud de los trasportados para el trabajo libre y aun para el forzado.

Mr. Paul Labbé, después de una morada de varios me-

(1) Crivellari, *Il Codice penale*, T. II., pág. 40. Sobre la deportación V. Zanardelli, *Relazione*.

(2) Las provisiones para los presos de Ushuaya se llevan todas de fuera. «Tierra del Fuego no tiene ninguna producción local utilizable en el racionamiento, salvo algunas hortalizas durante dos meses en el verano.» Informe del Insp. Sr. Nieto Moreno.—*Revista penal*, 1107, n. 2, pág. 94.



ses en 1899, en la isla de Sakhaline, cuenta que los liberados viven en la más completa ociosidad, entregados á la crápula y al pillaje: á pesar de que el trabajo es allí muy productivo, el perezoso no aprende á trabajar, pero el trabajador aprende siempre la ociosidad. Sus ocupaciones son: ó fabricar aguardiente clandestinamente, con lo que ganan mucho, ó constituirse en bandas de salteadores que asesinan, roban, incendian. En medio de esta vida de crímenes y de una inmoralidad repugnante, conciertan sus golpes para cuando consigan su libertad definitiva ⁽¹⁾.

Mr. Feillet, gobernador de la Nueva Caledonia, abunda en datos análogos respecto á los relegados franceses, y demuestra, con cifras, la imposibilidad de hacerlos trabajar, á pesar de los esfuerzos que se hacen para obligarlos á ello. Dice que en cinco años, de 1894 á 1899, se produjeron 222 desposiciones de terrenos por incapacidad para hacerlos producir, y en ese mismo período se dieron 153 posesiones, de manera que se está produciendo una verdadera liquidacion de la trasportación al punto de vista de la colonización penal ⁽²⁾.

Hé aquí lo que es el trabajo de los trasportados y relegados en todas partes, aún en colonias de una salubridad y fertilidad admirables ⁽³⁾. ¿Qué será él en nuestras comarcas desoladas del Sud, cuando el proyecto nada dispone para obligar á los deportados al trabajo, limitándose á exigir la adopción de una profesión, oficio, arte, ó industria, puro formulismo que á nada obliga y que solo servirán para ocultar una vida de expedientes? Lo que

(1) *Revue pénit.*, 1900, pág. 887 y sig.

(2) *Revue pénit.*, 1900, pág. 862.

(3) Tantas seducciones ofrece el clima de la Nueva Caledonia, que los forzados franceses, por medio de nuevos crímenes han provocado su trasportación allí. V. Cuche, n. 182, pág. 410, y n. 194, pág. 421.

Sobre la N. Caledonia, V. A. Corre, *L'ethnographie criminelle*. Chap. VII, pág. 388.



con toda seguridad sucederá si el Código contiene una disposición como la consignada en el artículo 24 del proyecto, es que se modificará en seguida, haciéndose el Estado cargo de los gastos de los transportados y obligándolos al trabajo, al igual de los presidiarios, en obras de utilidad general, como lo hace Francia con sus relegados colectivos, única manera de hacerlos trabajar.

52—Admitamos, por un momento, que nuestros deportados no se fuguen y que consigamos desembarazar nuestras grandes ciudades de los profesionales; no habremos dado un paso en el sentido de solucionar el problema y solo habremos conseguido alejar momentaneamente el peligro para darle proporciones mucho mayores en el porvenir, como lo hicimos notar en la discusión parlamentaria de 1903.

Para conocer los efectos de la relegación ó transportation, forzosamente tenemos que referirnos á las colonias francesas y rusas, donde ellas se practican, desde hacen muchos años, por Naciones poderosas, con todos los recursos necesarios para sacar el mejor partido posible de ese medio de penalidad.

Agregaremos, pues, nuevos datos á los que en aquella ocasión dimos, tomados de exploradores y funcionarios que las han visitado recientemente y cuyo relato produce verdadero horror.

Los transportados en Sakhaline viven en la más degradante corrupción, entregados á la ebriedad, al juego y á sus costumbres disolutas y contra naturaleza. El juego es su pasión favorita y su principal ocupación. No pasa día sin que se les secuestre naipes y cuando no pueden conseguir otros, inmediatamente los fabrican con sus propios vestidos, que desgarran.

Cuando no tienen dinero, apuntan, contra algunos kopeks, su propia mujer, y esto lo hacen todos como la cosa más natural del mundo.



De cien mujeres honestas que llegan á Sakhaline, apenas quedan tales tres y las 97 restantes se entregan á la prostitución. «Yo erco, dice Mr. Labbé, según lo que me han referido los colonos y los funcionarios, que la cifra de 3 % de mujeres honestas no se encontrarían en la generación nacida en Sakhaline de padres deportados». ⁽¹⁾

A estos datos de Mr. Labbé, agrega Mr. A. de Witté: «La disolución de las costumbres ofrece un cuadro espantoso.

Sucede, á menudo, que los colonos trasportados piden una mujer para aprovechar de su prostitución. Los trasportados, seguidos de sus mujeres y de sus hijas las envían á prostituirse por algunos kopeks. «Félices aquellos que tienen mujer é hijas aquí, decía un trasportado; estas son para él dos vacas de leche». ⁽²⁾

«Los hijos de estas mujeres viven en la más degradante promiscuidad con sus padres y encuentran lo más natural que el padre pase su mujer al vecino. El *juego del asesinato* es su juego favorito. La vida sexual de las niñas comienza normalmente á los 12 ó 13 años, pero, algunas veces, niñas de 9 años son concubinas de los forzados. Es enorme el número de violaciones cometidas por muchachos de 13 á 14 años. Este solo dato basta para demostrar la inmoralidad de estos pequeños seres destinados á hacerse bándidos con los años, creencia muy esparcida en la isla, según Mr. Drill, donde se piensa «que una parte considerable de la juventud de Sakhaline son candidatos á los trabajos forzados.» ⁽³⁾

Mr. A. Salomon, dice en su memoria al Gobierno ruso:

(1) *Revue pénit*, 1900, pág. 598.

(2) A. de Witté, *La deport. et la transport. en Russie—Bulletin de l'Union Int. de Droit pen.*, Dixieme vol. Lib. I, pág. 152.

(3) A. de Witté, *La deport. et la transport. en Russie*, págs. 152 y 153 del *Bulletin de l'Union Int. de Droit pen.*, Dix. vol. Lib. I. *Revue pénit*, 1900, pág. 587 y sig.



«La repartición desigual de los sexos lleva á un libertinaje sin freno, que ni la edad ni los vínculos bendecidos por la Iglesia pueden detener, sin hablar de la pederastía muy esparcida en la isla. (1)

En las colonias francesas, las cosas pasan más ó menos, lo mismo, y, si hemos de creer lo que afirma un eminente publicista, citando numerosas autoridades en su apoyo, todavía peor. (2)

El trasportado no se moraliza jamás y, por el contrario, encuentra nuevos estímulos para empeñarse más y más en su carrera de vicios y de crímenes. (3) Lo que sucede en las colonias francesas y rusas, sucedió en las inglesas: Norte América primero, Australia después. Quejas numerosas obligaron á Inglaterra á no mandar más deportados á Australia, á pesar de que estos, mezclados en gran parte con detenidos políticos irlandeses é ingleses á quienes las largas guerras de la República y del Imperio habían sumergido en la miseria, poseían una moralidad relativa (4).

Esta dolorosa y larga experiencia debiera aleccionarnos, sin necesidad de exponernos á experimentar en cabeza propia los graves inconvenientes de la relegación. Tendremos que gastar ingentes sumas en sostener individuos incapaces de todo trabajo, aun bajo la amenaza de los terribles castigos corporales que les infligen en Rusia, y á sus familias, los corromperemos mucho más, haremos todo lo necesario para que sus hijos nacidos de su unión con prostitutas, ya bajo el peso de una herencia maldita, sean famosos bandidos, completando la obra de la naturaleza, la educación, el medio, el ejemplo siempre presente del vicio en toda su desnudez, y al mal actual, toda-

1) *Le Messager des prisons*, 1901, n. 2, pág. 76, cit. por Witté.

2) Lombroso, *Aptic. judic. y med.*, págs. 87 á 87.

3) V. *las opiniones de Mr. Berenger, Revue pénit*, 1900, págs. 910 á 914.

4) Henri Joli, *Revue pénit*, 1900, pág. 900.

vía insignificante, lo magnificaremos hasta darle proporciones enormes.

Este peligro no es un vano temor, es real, se lo ve, se lo siente, pues á nadie puede ocultarse que crear artificialmente un medio de corrupción, de vicios, de crímenes en nuestro propio territorio, un vivero de malhechores sedientos de goces prohibidos, es condenar á nuestro país y sus grandes ciudades á ser las víctimas, en plazo más ó menos breve, de sus depredaciones y maldades. Se explica que en Francia se desprecie ó no se sienta ese peligro por las condiciones de sus colonias y su gran distancia de la metrópoli, siendo más fácil á esa gente quedarse allí mismo ó invadir los territorios más próximos que ir á Francia; pero la Rusia que deporta principalmente á la Siberia oriental, es decir, dentro del país aunque á inmensa distancia de la Rusia europea, ha sentido el mal en su propia carne, ha visto su territorio infestado por vagabundos que, constituidos en tropas volantes (*tetontchka*), asesinan, roban y cometen toda clase de crímenes en las ciudades y aldeas de Siberia, y ha reaccionado contra él suprimiendo la trasportación simple ⁽¹⁾.

53—La relegación es seriamente combatida por los principales publicistas, particularmente por la escuela alemana ⁽²⁾ y por la sociedad de prisiones de Francia. Su más

(1) Según un informe del inspector de prisiones del gobierno de Tolbolsk, en un período de diez años, sobre 1267 familias instaladas en tierras especialmente preparadas para ellas, solo quedaron 205, las otras 1062 familias habían desaparecido sin dejar la menor huella. Según M. Goquel, el 60 % de los trasportados simples desaparecen sin dejar vestigios.—*Revue pénitentiaire*, 1900, págs. 487 y 489.

(2) Últimamente se presentó por M. el profesor Bruck de la Universidad de Breslau un proyecto de trasportación á la Africa Alemana del Sud-Oeste con el objeto de impulsar su colonización, siendo mal acogido por el Congreso de jurisconsultos alemanes (Sbre 1889) y el Reichstag (3 de Enero y 12 de Febrero de 1898). Hay que tener presente que el dominio colonial de Alemania es importantísimo y casi desierto sobrepasando de tres cuartos la superficie del Imperio y que el exceso de su población, ya inquietante, no se dirige á ella, buscando climas más propicios. Dr. F. Bruck, *Die Gegner der Deportation*, 1901, Breslau.





convencido y entusiasta defensor, Mr. J. Leveillé, cree que ella es inaceptable en su forma actual en Francia y en su relación al Congreso de San Petersburgo, dice textualmente: «La trasportación (comprendida la relegación) comprende, á la vez, el castigo de un culpable y su utilización por la autoridad pública. El trabajo en el desierto, realiza los dos fines esenciales de la trasportación. Es por el trabajo forzado que el condenado es castigado; es por el trabajo forzado que él concurre de un modo activo á la obra de colonización que emprende y persigue el Estado. La expatriación sin el trabajo obligatorio, no puede ser sino una *institución estéril, ruínosa y peligrosa*. Ella no es más la trasportación que hierre; ella no es más la trasportación que funda»—Y un poco después: «El trabajo obligatorio es en mi opinión, la condición vital de la trasportación. La obligación de morada sin la obligación del trabajo, no puede sino desenvolver la vagabundez y el robo.

«Fué, invocando estas razones, que en 1884, combatí el sistema imprudente que nuestra cámara francesa quería aplicar á los reincidentes. Estos habrían residido en una colonia penitenciaria sin ser obligados al trabajo. Nuestro Senado, felizmente, reparó el error de la Cámara » (1).

Esta autorizada opinión, es la mejor condenación de la deportación, en la forma que la establece el proyecto.

54—Howard y Bentham, que se dieron cuenta de los inconvenientes de la trasportación inglesa en N. América y en Botany Bay, iniciaron una campaña en contra de ella, particularmente el último, verdadero precursor de la ciencia penitenciaria moderna, cuyo admirable libro deben

1 F. Leveillé, *La trasportación*—*Bulletin de l'Union Int. Droit pen.*, Dix vol., Lib. II, págs. 320, 321 y 327.



leer los que quieran conocer lo mejor que se haya escrito sobre esa pena ⁽¹⁾.

Sus ideas se abrieron camino y algo más tarde, con motivo del incremento que tomó la criminalidad en Inglaterra, se produjo un gran movimiento de opinión en el sentido de su supresión, hasta que en 1840 se renunció á la trasportación en Nueva Gales del Sud. Se comprendió que era preferible que la metrópoli guardara sus criminales para tratar de corregirlos, antes que ocurrir á la espatriación, que no era ni una pena ni un medio de regeneración ⁽²⁾, y si se la conservó por algún tiempo ó no lo fué como una pena, sino como un favor á los liberados condicionales.

En Rusia, después de las visitas á los establecimientos de Siberia y Sakhaline de los enviados especiales, el jurisconsulto D. Drill, en 1896, y el antiguo gefe de la Administración general de prisiones A. Salomon, cuyos informes suministran tan preciosos datos sobre los efectos de la trasportación rusa,* fué suprimida la trasportación simple por úkase de 12 de Junio de 1900, análoga á la deportación del proyecto y á la relegación francesa. La deportación con trabajos forzados ó *katorga* ha quedado aun subsistente ⁽³⁾.

(1) Demuestra que no es ejemplar, ni reformadora ni económica, ni quita el poder de dañar, ni justa porque carece de certidumbre y precisión, volviéndose una especie de lotería y concluye con estas elocuentes palabras: «Que se ensaye traducir en sentencia judicial este complicado azar: Yo te condeno, dirá el juez, pero no sé á qué—talvez á las tempestades y á los naufragios—talvez á la peste—talvez al hambre—talvez á la matanza por mano de los salvajes—quizás á las bestias feroces. Vé, sigue tu suerte, muere ó prospera, sufre ó goza, yo te alejo de mi vista, la nave que te lleva me quita el aspecto de tus miserias, yo no me inquieto más por tí.—Bentham, *Theorie des peines*, etc., T. I., Chap. XI, pág. 212. Ed. Dumont. Paris, 1825. En nuestro discurso con motivo de la reforma de 1903, atribuímos la paternidad de estas palabras al italiano Carlos Cataneo que las pronunció como propias; pero más tarde, leyendo de nuevo á Bentham, notamos nuestro error que salvamos aquí.

(2) Cuche—*Science etolegist. pénit.*, n. 145 y sigs.

(3) La trasportación suprimida es la *Poselenié*. La *Sylka naposelenié* es una trasportación, sea directa, sea consecutiva á la *katorga* trabajos



El Japón, que adoptó la deportación en la isla de Yesso bajo la influencia de las ideas francesas (¹), la abandonó en el proyecto después de una experiencia desgraciada.

El Código noruego de 1902 tampoco la admite, lo mismo que el proyecto ruso, y el francés la modifica substancialmente.

Es una singular ofuscación la que padecen los autores del [proyecto, al pretender conservar esta pena recientemente introducida (²), fracasada en todas partes, abandonada ó en vía de abandonarse por las naciones que la han tenido y cuyos inconvenientes son por todos reconocidos y serán mayores entre nosotros por la razón expuesta, de carencia de un lugar apropiado.

Como veremos después, la reincidencia se puede combatir mejor de otra manera y sobre todo por medio de una ley penal sabiamente concebida, atacándola en su fuente misma.

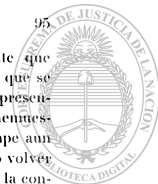
55- Lo dispuesto en el último párrafo del art. 24, sustituyendo la liberación condicional por la definitiva, es, en nuestro concepto, un error.

La presunción de incorregibilidad que establece el proyecto, siendo arbitraria por basarse solo sobre la importancia y número de las condenaciones incurridas, sin estudio particular de cada reincidente, puede caer ante la prueba contraria de la enmienda moral del presumido incorregible; pero, esta misma prueba, puede no ser con-

forzados) de individuos que son colocados en lugares determinados para tomar parte en la colonización territorial, pero sin trabajo especial forzado ni aprisionamiento. Se distingue la *posélenié* por vía administrativa ordenada por los *miestchanes* (aldeas) ó *sielskia obshchestva* (comunidad de paisanos) contra individuos viciosos, y la *posélenié* como pena. Estos *posélenitsi* son los vagabundos que infestan la Siberia, llama que ha querido hacer desaparecer con su úkase el Czar Nicolás.

(1) El Código Japonés de 1892, fué, en gran parte, obra de Mr. Boissonade.

(2) Reforma de 1908.



cluyente y la enmienda del penado más aparente que real. En este caso, que será más frecuente de lo que se piensa, ó mejor dicho, que será el único que se presentará, porque la experiencia de todos los países demuestra que la deportación, lejos de moralizar, corrompe aún más, la liberación definitiva permitiría al liberado volver á comenzar su carrera de crimenes, en tanto que la condicional será un incentivo poderoso á la enmienda real, por el hábito que se adquiere de vivir con el trabajo honrado.

Si esta pena debiera quedar subsistente, pensamos que el término de quince años debe reducirse á diez y á su expiración otorgarse la liberación condicional, no definitiva, fijando un plazo, que el proyecto ha olvidado en lo relativo á las penas determinadas, para que ella se convierta en definitiva.

56—Pensamos que el proyecto no ha estado acertado en la reglamentación de la multa, que ha podido serlo más de acuerdo con las condiciones de la ciencia penitenciaria.

Como más tarde nos hemos de ocupar de ella con alguna extensión, por la importancia que tiene en un buen sistema de penalidad y para evitar en parte los inconvenientes de las cortas penas de aprisionamiento, nos limitaremos, por ahora, á reprochar al proyecto que no haya consignado una disposición expresa sobre el pago de la multa, en caso de fallecimiento del condenado á ella.

En nuestro concepto, debió declarar que si muriese éste antes del pago, no se cobrará su importe á los herederos, tanto para no chocar con el principio de la *personalidad* de las penas, como porque esta es una reacción contra el delincuente y no contra terceros, que se verían empobrecidos por efecto de un delito de que no son culpables.



Así lo dispone el Código italiano (art. 85), el belga (art. 86) y el holandés (§ 75) (1).

57—El art. 17 consigna una singularidad de que solo encontramos ejemplo en el Código español, y es la de limitar la inhabilitación al tiempo de la condena, y lo mismo dispone en el art. 27 respecto á la inhabilitación especial.

Comprenderíamos esta limitación, si la inhabilitación fuera accesoria de ciertas penas, como la multa ó la deportación por ejemplo, compatibles con el ejercicio de los derechos y empleos á que se refiere el art. 26, pero siendo, como lo dispone el proyecto, accesoria de penas de internamiento como el presidio y la prisión ¿qué importancia represiva ó de prevención puede tener la privación de empleos y derechos políticos, á quien está imposibilitado de ejercerlos? ¿Cómo puede suponerse que quien está en prisión va á ir á los comicios á depositar su voto ó va á concurrir diariamente á su oficina?

Puede acordarse la liberación condicional se nos dirá: pero, como hemos de ver en su tiempo, la liberación condicional es un premio á la buena conducta y solo debe aplicarse á una minoría de *elite* (2), á los que hayan dado pruebas manifiestas de su enmienda, y en tal supuesto ¿porqué no se había de acordar á los liberados el ejercicio de sus derechos políticos de los que van á gozar plenamente inmediatamente de concluir su condena? ¿no sería un medio de ayudar á su *reclassement* que es el propósito fundamental de este instituto?

Nos parece que el proyecto hace una verdadera confusión entre la inhabilitación y la privación de derechos civiles, que coloca en la misma línea.

(1) Haus, *Droit pen.*, T. II, n. 771 — Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 444.

(2) Prins, *Science et Droit pénit.* n. 311.



Sin embargo, existen diferencias sustanciales entre una y otra. La privación de derechos civiles es un accesorio obligado de las penas privativas de libertad y nada más: nunca es pena principal—su objeto no es represivo sino tutelar; no se propone castigar sino proveer, en favor del condenado y de su familia, á una incapacidad de hecho por medio de una incapacidad de derecho.

Si esa incapacidad de hecho no existiera, no habría razón alguna para tal prohibición.

De consiguiente, la privación de tales derechos tiene que limitarse á la condena: no puede durar un día más.

La inhabilitación es cosa muy distinta: no solo es accesorio sino principal: es una verdadera y propia pena con existencia independiente. Mientras la interdicción civil priva solo del ejercicio de derechos, la inhabilitación priva de su *goce*, es decir, de los derechos mismos. Su fin no solo es represivo sino, y muy principalmente, preventivo en favor de la sociedad, la cual no puede confiar funciones que tienen relación con el gobierno de ella á personas sin moralidad ó, por lo menos, de moralidad dudosa y mientras su conducta posterior honesta no acredite su readaptación social.

Penas graves como el presidio ó prisión por más de tres años, hacen presumir en quien las sufre indignidad, incapacidad moral para el desempeño de cargos y funciones públicas, y esta presunción no hay razón alguna para limitarla al tiempo de la condena, porque esto sería dar por sentado que de la cárcel se sale redimido del todo, lo que rara vez sucede y menos sucederá en las cárceles argentinas. De ahí que esta pena solo presente utilidad y eficacia después de la condena.

58—Todas las legislaciones extranjeras, con la única excepción de la española y de las americanas que la han seguido, computan la duración de la inhabilitación desde el



dia en que la pena principal ha sido cumplida ó prescripta, como vamos á verlo.

Y se cuenta de ese modo, porque es inútil tomar en consideración el tiempo de la pena, puesto que existe imposibilidad de ejercer los derechos á que se refiere, salvo en el caso de liberación condicional, y para evitar esta anomalía, de que durante ésta se ejerzan esos derechos y dejen de ejercerse desde el día de la liberación definitiva, es que la prohibición se hace extensiva al tiempo de la condena ⁽¹⁾.

Nuestro Código penal, bajo este punto de vista, es más racional que el proyecto, estableciendo la inhabilitación por el tiempo de la condena y *la mitad más* (art. 63, inc. 1).

En Francia, hay dos clases de inhabilitaciones: la degradación cívica que es perpetua y la interdicción de derechos que es temporaria. La duración de esta se cuenta desde el día en que el condenado ha concluido de sufrir su pena. ⁽²⁾

El art. 34 del Código penal belga, establece terminantemente que la duración de la interdicción correrá desde el día en que el condenado habrá sufrido ó prescripto su pena, pero ella producirá sus efectos desde el día en que la condenación se haya vuelto irrevocable. ⁽³⁾

El art. 41 del Código italiano dispone lo mismo, esto es, que la interdicción de cargos públicos será aplicada mientras se sufre la pena, pero su duración corre solo desde el día en que la pena sea descontada ó la condena extinguida.

El Código alemán (§ 36) consigna idéntica disposición

(1) Georges Vidal, *Droit crim. et science pénit.* n. 555.

(2) Id., *Ob. et luy. cit.*—Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 425.

(3) Haus, *Droit pen.* T. II, n. 757 y nota (8).—Prins, *Science et Droit pénit.* n. 880.



(1) y el húngaro establece que el juez puede aplicar, junto con la pena principal, la accesoria de pérdida de los cargos y suspensión de derechos políticos (§ 54), por el término que él fije (§ 57), el que se cuenta desde la espiración de la pena principal (§ 58) y se aplica durante la expiación de la pena (§ 59).

El Código holandés en su art. 31, dispone que el Juez fije la duración de la pérdida de derechos por el tiempo de la condena y de dos hasta cinco años más.

El proyecto suizo (art. 29), establece que el condenado a la reclusión, será privado de sus derechos cívicos hasta la espiración de su pena y por una duración de dos á diez años á partir de su liberación (2); y el japonés, que deja libertad al Juez de imponer ó no la pena accesoria, la hace correr desde la espiración de la pena. Análoga disposición consigna el proyecto francés (arts. 32 y 33).

Queda, pues, evidenciado que la limitación de la inhabilitación al tiempo de la condena es contraria á lo que disponen la generalidad de los Códigos modernos, á lo que enseña la ciencia y al propósito fundamental de esta pena accesoria (3).

59—Pero, no es este el único error de la disposición que criticamos, como vamos á verlo.

La inhabilitación del proyecto, el cual adopta la misma terminología del Código vigente y del proyecto Tejedor, existe, bajo nombres diversos, en el mismo doble ca-

(1) Berner, *Ob. cit.* § 141—1.

(2) Carl. Stooss, *Avant.—Proy. de Cod. Pen. et motifs*, traduit. par A. Gautier.—Bale et Geneve 1894.

(3) Además de las obras citadas, V. Mecacci, *Tratado di dir. pen.*, Vol. II, Cap. XXIII.—Magri, *I motivi del nuovo Cod. pen.* Cap. VII, n. 15 y 20.—Ortolan, *Deho. pen.*, T. I, n. 741—Saleilles, *Indiv. de la peine*, págs. 225 y 227.—Impallomeni, *Cod. pen. illust.* pág. 123, n. 66, y pág. 145, n. 82.—Pessina, *Dir. pen.*, Lib. III, Cap. I y II, págs. 352 y 355.—Id., *Il nuovo Cod. pen.*, n. 41.—Merkel, *Deho. pen.* T. I, párrf. 83.—Crivellari, *Cod. pen.*, T. III, ns. 265 y 331.



rácter de pena accesoria y principal, en todos los Códigos modernos y tiene su origen en la servidumbre de la pena del derecho romano, *maxima capitis diminutio* (1), que dió lugar al instituto *ex lege* de la edad media y, más tarde, á la *muerte civil*, que se abolió recién en el siglo último.

Muy discutida viene siendo esta pena, no solo en las obras de los criminalistas, sino en los congresos penitenciarios, no precisamente porque la crean mala en sí, sino por la manera como la legislan la mayor parte de los Códigos, haciendo de ella un blok indivisible de derechos diversos, que se declara accesorio obligado de las penas graves.

Chauveau y Hélie y Rossi, principalmente, pusieron en evidencia los inconvenientes, bajo el punto de vista de la oportunidad y analogía, de esta pena múltiple, aplicada sin discernimiento, cualquiera que sea el delito (2).

Es indudable que esta pena tiene grandes ventajas, pero, como dice Rossi, hay que aplicarla con circunspección y prudencia. Ya lo hemos dicho: cuando se aplica como accesoria, ella, más que tal, es una medida en bien de la colectividad, por la presunción de que el autor de un delito de cierta gravedad, no tiene la capacidad moral bastante para desempeñar las funciones á que se refiere, cuyo mal desempeño constituye un peligro que es necesario apartar. Pero, esta presunción, que puede ser legítima muchas veces, no lo será siempre y el criterio de la gravedad de la pena, sobre todo en el sistema del proyecto, no es suficiente.

(1) *Servile caput nullum jus habet*, Lib. VIII, § 1, Dig. de *capitis diminutione*. Respecto á la exclusión por ciertos delitos de dignidades civiles y militares, cargos y derechos. V. L. III, Cód. de *Dignit.*; L. IV, Dig. de *re milit.*; L. XII, Dig. de *judic.*; L. IV, Dig. de *accus.*; L. III., XXI., Dig. de *test.*

(2) Chauveau y Hélie. *Theorie du Code penal*, vol. I, pág. 68, n. 155.—Bruselas 1845.—Rossi. *Droit pen.*, Lib. III, Cap. XI.



Si este hubiera tenido en cuenta el móvil del delito para la aplicación de la pena, podríamos aceptar, aunque con algunas reservas, que la establecida para los delitos cometidos por un motivo bajo, deshonroso, antisocial, hiciera presumir la incapacidad del condenado para ejercer aquellas funciones, pero, como él no ha aceptado este procedimiento de individualización, dejando de lado al agente para solo preocuparse del crimen bajo el punto de vista objetivo, semejante presunción es inaceptable.

¿Dónde está la indignidad, donde el peligro social, de que el que mata en duelo, el que comete un delito por imprudencia, el que se excede en la defensa, el que reacciona violentamente contra una ofensa gravísima y, en general, los delincuentes pasionales y de ocasión, ejerciten sus derechos cívicos?

Bajo el punto de vista puramente represivo, esta pena es desigual porque, mientras para unos puede ser muy grave, para otros es sólo nominal; *ineficaz* también porque, si priva de un derecho, dispensa, á la vez, de un deber y de cargas públicas que con éste tienen relación.

Estos inconvenientes desaparecerán en gran parte, dando al juez la facultad de aplicarla teniendo en cuenta el móvil del delito y las condiciones especiales del individuo, y aplicarla en el todo ó en parte, según los casos. De manera, que en vez de una pena *accesoria* debe ser *complementaria* ⁽¹⁾, y en vez de *indivisible*, *divisible* ⁽²⁾.

Este es el sistema más ó menos completo del Código belga (arts. 31 á 33), del Cód. alemán (§ § 33 y 34), del Código húngaro (§ § 54, 55 y 56) y del holandés (art. 31), lo mismo que del proyecto suizo, pero principalmente del

(1) Ya hemos explicado las diferencias entre penas accesorias y penas complementarias; las primeras se aplican de pleno derecho, las segundas por el Juez. V. nota 2 pág. 81.

(2) Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 419.



proyecto japonés que, en esta materia, se muestra más liberal que todos los códigos y proyectos.

Según él, ni el aprisionamiento, ni la reclusión, ni la misma pena de muerte llevan consigo necesariamente la privación de los derechos cívicos ⁽¹⁾, y para la imposición de las penas accesorias, toma en consideración la naturaleza de la infracción, para inducir la naturaleza del delincuente y los móviles que lo han impulsado. En muchos casos no somete al condenado á ninguna pena accesoria, en otras ordena al juez pronunciarlas ⁽²⁾ y en otros, en fin, deja al juez la facultad de infligirla ó no ⁽³⁾.

De la idea de la unificación de las penas, ampliamente discutida en el Congreso de Stockolmo, surgió, como una consecuencia natural, la supresión de las penas accesorias, la cual fué discutida en el Congreso de Paris de 1885, principalmente bajo el punto de vista de su conciliación con un sistema penitenciario reformador. Después de las sabias relaciones de Pols y de László y por gran mayoría, se llegó al voto siguiente del Congreso, que debe ser conocido:

«La pena de la interdicción es compatible con un sistema penitenciario reformador á condición de que no sea aplicada sino cuando el hecho especial que provoca la condena justifique el temor de un abuso ó perjuicio, sea de intereses públicos, sea de intereses privados legítimos, y no sea infligida sino por un tiempo determinado, salvo el caso de que la pena principal sea perpetua».

De este voto se desprende la necesidad de subordinar la aplicación accesoria de la interdicción al libre discernimiento del juez, quien tendrá en cuenta la naturaleza del delito y demás circunstancias.

1) No hay que sorprenderse de que la pena de muerte traiga consigo la interdicción; el código belga y otros la establecen teniendo en cuenta la gracia.

(2) Arts. 96, 177, 206, 286, 241 y 256.

(3) Arts. 151, 200, 217, 228, 262, 285 y 317.



Intencionalmente en todo lo que precede, no hemos tenido en cuenta el inc. 4. del art. 29 porque pensamos que él no debe figurar entre los derechos á que se refiere la inhabilitación, como luego lo hemos de ver.

60—La segunda parte del art. 17, al disponer que el presidio ó la prisión por más de tres años importa la privación de los derechos civiles, con excepción del de testar, nos parece inaceptable y vamos á dar la razón.

Las legislaciones modernas no sancionan una doctrina uniforme respecto á la capacidad del condenado en el dominio del derecho privado.

El Código francés (art. 29), declara á los condenados á trabajos forzados, detención ó reclusión, en estado de interdicción legal ó sea la privación del ejercicio de los derechos civiles. El Código italiano (art. 33), también declara al condenado al ergástolo y á la reclusión por más de cinco años, en estado de interdicción legal, pero limitándola á la administración de los bienes ⁽¹⁾. El belga (arts. 20 á 24), priva al condenado á penas criminales de la capacidad de administrar y de disponer de sus bienes ⁽²⁾. La legislación alemana, por el contrario, deja al condenado la plenitud de su capacidad civil ⁽³⁾. El Código noruego y los proyectos suizo y japonés siguen el sistema alemán. Nuestro proyecto adopta el francés.

Para darnos cuenta de los límites en que debe encerrarse esta capacidad, debemos investigar los motivos que la justifican.

Desde luego, la necesidad de asegurar la eficacia y la igualdad del castigo evitando la posibilidad de que el condenado *rico* alivie su situación ó se sustraiga á la pena por la fuga, y después, proveer por una incapacidad de *dere-*

(1) Impallomeni, *Codice penale illustrato*, n. 79, pág. 142.

(2) Haus, *Droit pen.*, n. 801.

(3) Berner, *Ob. cit.*, pág. 215.



cho la incapacidad de *hecho* en que se encuentra de administrar sus bienes, dándole un representante con las garantías de la ley civil. La ley penal, pues, por medio de esta disposición, á la vez que satisface una exigencia de la represión, va en protección del incapaz.

El doble motivo que justifica esta incapacidad, solo tiene relación con los bienes y con ciertos derechos como la patria potestad y la autoridad marital, cuyo ejercicio es incompatible con la situación del condenado.

Así lo comprendieron el Dr. Tejedor y los autores de nuestro código vigente, al consignar la disposición del art. 63 perfectamente correcta y que satisface cumplidamente los propósitos á que ella debe obedecer.

El proyecto, al modificarla inconsultamente, le da, al parecer, mucha mayor amplitud y la oscurece de tal manera, que cuestiones de gran trascendencia tendrán que surgir forzosamente.

Desde luego, se presenta ésta: ¿La privación de los derechos civiles es privación del *goce* ó privación del *ejercicio*? en otros términos ¿el condenado pierde sus derechos civiles, como la inhabilitación lo hace perder sus derechos políticos? ¿pierde el derecho de ser propietario, acreedor, usufructuario, etc., ó solo pierde el ejercicio de estos derechos? Pensamos que el artículo solo ha querido privar al condenado del ejercicio de los derechos civiles y por eso lo sujeta á la curatela de los incapaces.

¿La privación es de todos los derechos civiles con excepción del de testar, ó solo de los que se refieren á la administración y disposición de los bienes por actos entre vivos?

Los términos en que está concebida la disposición, autorizan á pensar que la privación es general, de todos los derechos civiles sin más excepción que el de testar, y no solo los términos, sino el hecho mismo de haber modificado la disposición del art. 63 del Código que restringe la

privación de los derechos civiles á los casos allí expresados.

De manera que el condenado no puede ejercer ni aún los derechos inherentes á la persona, derechos que no se pueden ejercer por delegación y que, el no ejercerlos, personalmente, equivale á perder su goce, pues el goce y el ejercicio están estrechamente ligados.

¿Porqué razón se privaría al condenado de casarse, reconocer sus hijos naturales y otros análogos que se encuentran en el mismo caso del derecho de testar, y cuyo ejercicio directo no ofrece el menor inconveniente y que aún pueden ser el cumplimiento de un deber? Como en estos casos toda intervención estraña es imposible, si esos derechos no se pueden ejercer por sí mismo, no se pueden ejercer por nadie y el condenado es privado del goce mismo de ellos, lo que nada justifica y solo se explica por la influencia que tienen sobre nuestro espíritu los atrasados principios del viejo Código francés de 1791, justamente criticado por los modernos criminalistas ⁽¹⁾.

La interdicción legal ó privación de derechos civiles, no es una pena sino una consecuencia de ella y sus límites están determinados por las exigencias que debe satisfacer: de una parte asegurar la ejecución de aquella, de otra parte proveer á una incapacidad de hecho. El legislador no podría ultrapasarlos sin cometer un abuso, sin llevar un atentado á derechos que él debe ser el primero en respetar.

Podríamos abundar en otros argumentos, pero la claridad del asunto no lo requiere y, posiblemente, solo nos separa de los autores del proyecto una divergencia de forma, de redacción, más que de concepto.

Para concluir, creemos que el proyecto debe dejar sub-

⁽¹⁾ Garraud, *Droit pen.*, T. II, n. 427—Georges Vidal, *Droit crim. et science penit.*, n. 544.—Hauß, *Droit pen.*, T. II, n. 805 y 806. Prins, *Science pen. et droit positif*, n. 891.—Ortolan, *Decho. pen.*, T. I, n. 741 y 742.





sistente la excelente disposición contenida en el art. 63, inc. 2 del Código vigente, privando solo al condenado de la disposición y administración de sus bienes, con la excepción del derecho de testar, y privándolo igualmente de la patria potestad y de la autoridad marital, que no podría ejercer convenientemente, análogamente á lo que dispone el Código italiano (art. 33) (1).

61—El art. 26 necesita ser mejor estudiado; pero, para abreviar, solo nos ocuparemos de su último inciso, que no puede quedar subsistente por las razones que pasamos á exponer.

Este inciso, que no figuró en el Código ni en el proyecto Tejedor, fué adoptado por la ley de reformas de 1903, la cual lo tomó del proyecto de 1891, y éste del Código español de 1870. Dicha ley, siguiendo á este último, salva los derechos de la familia del penado, pero el proyecto que estudiamos prefiere la redacción del de 1891 sin limitación alguna.

Salvo el español, no conocemos ningún Código moderno que consigne semejante disposición.

Durante la larga elaboración del Código italiano, solo en dos proyectos se estableció la pérdida de las pensiones, el de Vigliani de 1874 y del Senado de 1875, que le siguió, pero vivamente atacada por Paoli y Falco en la Cámara de Diputados, no figuró en el proyecto Mancini ni en los que lo siguieron. Mancini, en su relación, manifiesta que tal pena es una verdadera confiscación, privando á la familia del condenado de lo que, en ciertos casos y en ciertas proporciones, constituye un derecho de ella (2).

Pacheco, el autorizado comentador del Código espa-

1) Autores citados n. (1), pág. 105 y Crivellari, *Codice pen.*, T. III, n. 4 y 5, págs. 5 y 6.

2) *Exposición de Motivos*, por el Ministro de Gracia y Justicia, P. S. Mancini, pág. 96.

ñol. critica esa disposición alegando razones de gran peso: «Las jubilaciones, los retiros, dice, esas pensiones y derechos que se ganan por un número considerable de años, ó por haberse inutilizado sirviendo al público: éstos, toda legislación bien ordenada debe reputarlos una propiedad y respetarlos y considerarlos como se respeta y se considera á ésta. Es interés del servicio hacerlo así: es utilidad pública el elevar un muro delante de esos derechos, para que nunca ni por ninguna causa se los toque. Nosotros miramos su apoderamiento por la sociedad como miraríamos el de cualesquiera otras propiedades, parécenos una confiscación y la condenamos cual condenaríamos ésta» (1).

El carácter confiscatorio de esta penalidad es tanto más evidente entre nosotros, cuanto que la caja de pensiones y jubilaciones se forma, entre otros recursos, por el descuento de una cuota parte del sueldo del empleado (2), de manera que no es exclusivamente una liberalidad del Estado, sino, dentro de ciertos límites, una propiedad de aquel, como la declara terminantemente la segunda parte del art. 1 de la ley (3). Pero, aunque así no fuera, el funcionario que ha llenado todas las exigencias de la ley, tiene un derecho adquirido á la jubilación, que no puede ser desconocido por otra ley sin dar á ésta efecto retroactivo que el orden público no justifica (4).

Nos explicaríamos que el derecho á la jubilación ó pensión se perdiese por mal desempeño ó delito cometido durante el ejercicio de las funciones, porque entonces, en realidad, no existiría un derecho adquirido sino una

(1) Pacheco, *El Cód. pen., concord. y coment.*, T. I., coment., al art. 30, pág. 387.

(2) Ley n. 4949, art. 4.

(3) Bajo el punto de vista que la consideramos, es una verdadera propiedad, si bien está sujeta á limitaciones que nacen de la naturaleza y fines de la institución. Puede ser embargada en la proporción que establecen las leyes generales, art. 55, ley cit.

(4) Arts. 3 y 5, Código Civil.





mera expectativa que la ley puede dejar sin efecto, previa, sin embargo, la devolución del importe de los descuentos hechos al sueldo del empleado ó su aplicación á la indemnización civil.

Pero, el inciso 4 del art. 20 del proyecto se refiere á la pérdida de la jubilación, pensión ó monte pío de que se está en actual goce, que ha entrado ya á formar parte del patrimonio, de manera que no solo altera un derecho adquirido, sino disminuye ese patrimonio con perjuicio, más que del condenado, de su familia.

Esta última circunstancia es digna de ser tenida en cuenta. En efecto, esta penalidad pesará exclusivamente sobre la familia del condenado. La pérdida de la pensión ó jubilación, es solo por el tiempo de la condena (art. 17 del Proy.), de manera que, concluída ésta, en el presidio ó prisión temporal, el liberado vuelve al goce de ella. La familia pues, que ha quedado sin los recursos que su jefe la proporcionaba, es la única sacrificada por esa penalidad que la priva del sustento. Cualquiera ve que un castigo que pesa sobre los inocentes y no sobre el culpable, es contrario á los principios fundamentales de la ciencia. La razón, la justicia, el mismo interés social exigen precisamente todo lo contrario: que el Estado vaya en socorro de la familia del culpable insolvente, allegándole los recursos necesarios á su subsistencia ⁽¹⁾.

Creemos, pues, que el inciso 4 del art. 26 del proyecto, debe desaparecer y la ley de pensiones y jubilaciones ser reformada en la parte que sanciona igual penalidad.

Como aquí solo nos hemos propuesto ocuparnos de las penas establecidas por el proyecto, dejaremos para otro lugar el considerar los demás puntos importantes que legisla el mismo en el título II.

(1). Raoul de la Grasserie, *Les principes sociologiques de la criminologie*, Chap. V, b5 pág. 130.

SISTEMA REPRESIVO RACIONAL

SECCIÓN I

CONSIDERACIONES GENERALES



62—Hecha la exposición y crítica del sistema represivo del proyecto, nos corresponde dar nuestra opinión sobre el que debe ser adoptado por el nuevo, que indudablemente le ha de seguir, ya que aquel no puede ser sancionado sin cometer una ligereza imperdonable.

El estado actual de la ciencia penal es poco satisfactorio: sobre las ruinas de la creación clásica que fué arbitraria y demasiado teórica, pero que tuvo el mérito indiscutible de formar un sistema único y lógico, no se levanta aún la ciencia penal del porvenir. La crisis que atravesamos, nos muestra los sistemas más diversos disputándose el campo—doctrinas opuestas que pugnan por predominar—concepciones fundamentalmente distintas, pero que convergen hacia un mismo punto: la mejor defensa social contra el crimen materiales de gran valor que se mantienen dispersos, sin llegar aún á constituir la unidad que ha de dar rumbo cierto á la legislación penal.

De ahí la dificultad de redactar un Código Penal. Él no puede vaciarse en el molde clásico, ya definitiva-



mente roto, ni inspirarse en vetustas ideas y en necesidades que no son las de nuestra época; por el contrario, debe penetrar resueltamente en las modernas corrientes aceptando las ideas más exactas de hoy sobre el delito y la pena. Debe dirigir y encausar el movimiento de las nuevas ideas y no hacer el resúmen y como el epílogo de una época ya pasada. Un código debe estar en concordancia con la vida, con las realidades presentes, con las necesidades y aspiraciones del momento en que aparece, resolviendo con ese criterio científico y práctico á la vez, los problemas palpitantes de la actualidad, sin limitarse á consagrar concepciones que hoy solo tienen un valor histórico, pero que se arraigan en el espíritu con la fuerza de lo que nos hemos acostumbrado á considerar verdades indiscutibles y que ostentan una tradición secular y una gran obra cumplida en el desenvolvimiento de la civilización humana.

Las viejas ideas que nacieron al calor de las necesidades de una época y que llenaron bien ó mal su misión histórica, no abandonan fácilmente el campo al embate revolucionario de las nuevas. Talvez esta dualidad de fuerzas en lucha son necesarias al mejor desenvolvimiento del pensamiento humano y del mejoramiento social, determinando en su órbita, como dice Maudesley, á semejanza de las órbitas planetarias, dos fuerzas, centrífuga ó revolucionaria la una, centrípeta ó conservadora la otra, siendo la resultante de ambas la vía en que se cumple la evolución del espíritu.

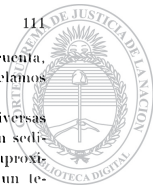
Por eso en todos los pueblos vemos que la reforma penal choca con dificultades que solo se vencen con paciencia y esfuerzos continuados. La Francia tiene pendiente desde muchos años su proyecto de código, y la Italia demoró más de veinte la sanción del suyo. No es extraño, pues, que nosotros choquemos con idénticas dificultades y que el proyecto que estudiamos, si bien

aporta algo de bueno que ha de ser tenido en cuenta, está muy lejos de ser la obra definitiva que anhelamos y en la cual debemos colaborar todos.

63—Las corrientes modernas de la ciencia, por diversas ó encontradas que sean, van dejando en su curso un sedimento de verdades, de soluciones prácticas, que aproximan á las escuelas más opuestas, formando como un terreno neutral donde todas se entienden, y son estas verdades nuevas, conquistas de que todas se enorgullecen, las que debe tener presente el legislador si quiere que su obra responda á las exigencias modernas de la represión.

Y son estas verdades las que nos proponemos utilizar en nuestro trabajo, pero no como lo hace el proyecto, tomándolas como instituciones aisladas, sin conexión con el resto de la obra, de manera que se pueden agregar ó desprender sin que esta sufra en su trabazón íntima ni en sus rumbos generales, decoración exterior, en suma, que deja intacto el viejo edificio inútil con sus grietas y deformidades: semejante procedimiento nos llevaría á quitar toda virtualidad á esas modernas conquistas, que si son tales, si han hecho dar un paso adelante á la ciencia, es porque la han impreso una orientación diversa, más en armonía con el interés social y con el fin mismo de la represión.

Tomando nosotros esta cuestión bajo un punto de vista más elevado, consideraremos las nuevas instituciones como formando un todo indivisible y armónico con las demás, como ideas directrices de un sistema penal único, de manera que la represión sea encarada bajo la nueva luz que proyectan los progresos científicos de la época. Sólo así, considerando á la pena como fin á alcanzar, como una reacción social principalmente utilitaria, abandonando las viejas ideas hoy insostenibles, de la retribución y de la expiación, por lo menos en cuanto se presentan como objeto único ó principal, hemos de llegar á





dar unidad á nuestra legislación penal y hacerla apta para llenar su gran función social.

64—Cuando criticábamos ante el Senado de la Nación (1) nuestra legislación penal y el proyecto de reformas en discusión, demostramos, nos parece, que el criterio del legislador no puede ser el retributivo, la responsabilidad basada en el *libre albedrío* discutible y discutido, y que ésta debe medirse por su utilidad social, teniendo en cuenta, no su causa, sino su finalidad (2). El legislador se encuentra en la absoluta imposibilidad de pesar ó dosar, por medio de la pena, la inmoralidad intrínseca de las acciones delictuosas, pero esta evaluación es fácil cuando se toma como criterio la utilidad social.

Esto no quiere decir, y lo expresamos claramente, que el legislador no tome en cuenta las reacciones morales de la pena, ya que el pueblo siente ésta como un castigo, como una sanción expiatoria, y este sentimiento va en auxilio de aquel.

Así la idea de justicia existe y se impone á la conciencia con una fuerza que no se puede negar—es uno de los elementos de la vida social, del cual el legislador no debe prescindir al apreciar la gravedad del delito. No se puede pensar en suprimir esta reacción, pero se la puede moderar y paliar en sus efectos.

Estas reacciones morales deben ser utilizadas en lo posible, evitando solo tomar la retribución como criterio de la cantidad y de la calidad de la represión, *quia peccatum*.

El legislador, pues, debe tener principalmente en cuenta al organizar el sistema represivo, las reacciones utilitarias, esto es, las que van encaminadas á la protección so-

(1) *Diario de Sesiones del Senado Nacional*, 1:08.

(2) Las diferentes teorías sobre el fundamento del derecho de castigar, tienen el inconveniente de buscarlo en su causa y no en su finalidad; de ahí diferencias irreductibles que nacen de las diferentes concepciones filosóficas y que imposibilitan todo acuerdo.



cial. Estas reacciones son de dos clases: la una general tendiente á impedir el contagio del delito, la otra individual para evitar la reincidencia, es decir, la intimidación y la enmienda.

La escuela alemana, llama á este doble efecto preventivo de la pena *Spezial prevention* y *General prevention*, según se trata de prevención individual ó colectiva ⁽¹⁾, tomando esta terminología de Bentham ⁽²⁾.

Ahora bien, en los conflictos posibles entre estas dos funciones utilitarias de la pena (lo que sucede en el caso de condena ó de liberación condicional y en el castigo de la reincidencia), debe primar la prevención individual sobre la colectiva, porque aquella llena mucho mejor que esta el fin de toda legislación penal: la disminución de la criminalidad, según la experiencia de todas las naciones y las conclusiones de la ciencia penitenciaria ⁽³⁾. Pero bien entendido que este sacrificio no se hace sino cuando se encuentre francamente en conflicto con los intereses ciertos del individuo.

65—Si la prevención individual debe ser el fin principal de la pena, debemos ensayar á hacer categorías de delinquentes, única manera de establecer penas que la realicen hasta donde esto sea posible, de manera que á cada clase corresponda un procedimiento de represión particular. Esta clasificación es fácil, teniendo en cuenta las enseñanzas de la ciencia penitenciaria y de la moderna legislación penal, según los Códigos y proyectos más recientes y de mayor autoridad científica.

Las exageraciones de la escuela italiana y lo discutible ó prematuro de muchas de sus conclusiones vivamen-

(1) Von List, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 15, Cap. III., pág. 76, not. 8, ns. 3 y 4.

(2) *Theorie des peines et des recompenses*, T. 1., Lib. 1., Chap. III., pág. 13 y sig.

(3) Cuche, *Science et Legislat penit.*, n. 15.



te impugnadas (1), hacen que se mire con desconfianza todo ensayo de clasificación de delinquentes (2); pero, como se verá, la antropología no entra para nada en una clasificación como la que nos proponemos hacer, puramente práctica, como corresponde cuando por ella se trata de organizar en un Código un sistema racional de represión.

Ya lo hemos dicho: el estudio atento de los progresos de la ciencia penitenciaria, demuestra que ellos se han verificado con independencia de toda escuela, en un terreno esencialmente práctico y con el concurso de los criminalistas de todas ellas, clásicos ó no, que han buscado con perseverancia realizar en los hechos la disminución de la criminalidad.

Nuestras conclusiones, pues, serán las de la ciencia penitenciaria ó las de la política criminal, de la cual es una rama, realizadas ya en las legislaciones positivas con un éxito no discutible, sin tener en cuenta para nada aprio-

(1) Como sucede con el tipo criminal de Lombroso. Reina el más completo desacuerdo acerca de la existencia de los estigmas físicos del criminal nato: la frente fugitiva, la prominencia de los arcos superciliares, el desenvolvimiento de la mandíbula inferior, las orejas en asa, etc., de su importancia y significación antropológicas y de sus relaciones con la criminalidad. Nada preciso se ha podido constatar al respecto por los numerosos observadores que han estudiado á los criminales, habiéndose comprobado la existencia de esos estigmas ó anomalías en individuos honrados. El tipo criminal, esta especie de arlequin, al decir de algunos, parece ceder su lugar al tipo profesional, no congenital, sino adquirido. Lo mismo se puede decir de los estigmas psicológicos, como la ausencia de sentido moral y la insensibilidad moral.

(2) Esta desconfianza, que no es sinó un efecto del misonceismo, se hace extensiva á todo principio nuevo, para nosotros al menos, siquiera se trate de la individualización de la pena, hoy aceptada por todas las naciones civilizadas y por todas las escuelas penales; á toda reforma fundamental, por práctica y racional que sea y aún que ella sea de un sistema penal tan absurdo y primitivo como es el que consagra nuestro código y se realiza en la práctica. No fué otra cosa lo que pedimos en la discusión parlamentaria de 1908, lo que se consideró puro lirismo, aún por hombres tan ilustrados como nuestro inolvidable amigo el Dr. Miguel Cané, prematuramente perdido para las letras argentinas, de las que era uno de los más altos exponentes. Véase *Diario de Sesiones del Senado Nac.*, 1908.

ristos de escuela que, por ahora al menos, deben permanecer extraños á trabajos de codificación.

66—Haciendo de lado los alienados y teniendo en cuenta solo los normales, podemos establecer las siguientes clases de delinquentes, correspondiendo á cada una de ellas un procedimiento especial de represión ⁽¹⁾:

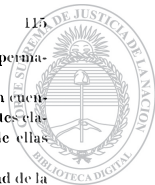
1º. Delinquentes jóvenes comprendidos en la edad de la minoría penal, en la cual la energía reformatora de la educación tiene toda su importancia. En esta edad, en que el carácter no está completamente formado, no hay que pensar en aplicar las penas destinadas á los adultos, sino medidas que presenten un carácter educativo exclusivo ó preponderante. Se les debe destinar casas de reforma, donde se combinen la educación moral, la instrucción y la educación profesional.

2º. Entre los delinquentes adultos, hay aquellos cuyo fondo de moralidad queda intacto: los delinquentes políticos y culposos y los que se batan en duelo. También se deben colocar en esta categoría, los delinquentes primarios que han obrado impulsados por un móvil no deshonoroso y los autores de contravenciones. En esta categoría, no hay necesidad de penas reformatoras sino de pura intimidación.

3º. Vienen, en seguida, los delinquentes que obran bajo impulsos antisociales ó ya pervertidos, pero que no se pueden reputar incorregibles; ellos forman la inmensa mayoría y es necesario ocuparse seriamente de su reforma moral, en interés de ellos mismos y de la sociedad. A esta clase de delinquentes, corresponden las penas llamadas reformatoras.

4º. Por último, nos quedan los grandes criminales que el crimen revela profundamente pervertidos y los profesionales del delito, los repetidamente reincidentes, á los

(1) G. Vidal, *Droit crim. et science pénit.* n. 4º, págs. 60, 120, 177 y 178 Cu-
che, *Ciencia et Leg. pénit.*





cuales hay que renunciar á mejorar. A los de esta categoría se aplican penas eliminadoras.

Tenemos, pues, cuatro clases de penas, que nuestro Código debe tratar de organizar seriamente, si es que se quiere combatir eficazmente el crimen: penas educadoras (cuyo mejor tipo se encuentra en las escuelas de beneficencia de Bélgica); penas de pura intimidación (detención como la llama el proyecto, multa, condena condicional); penas reformativas (la que llama prisión el proyecto, siendo el más común, el nombre de reclusión), y, por último, penas eliminadoras (la muerte, si se la quiere conservar, las penas perpetuas, internamiento para los reincidentes).

Con excepción de las primeras, cuya necesidad se impone, de tal manera que el legislador no podrá prescindir de ellas sin hacer un acto de imprevisión lamentable, todas las demás penas son más ó menos las que establece el proyecto, pero con esta diferencia sustancial: que, según nosotros, ellas deben éstar organizadas de modo que puedan llenar, tan completamente como sea posible, su fin principal de prevención individual: intimidación, emienda ó moralización.

En las Secciones que siguen estudiaremos estas diferentes clases de penas, menos las eliminadoras, que para nosotros las constituyen las penas perpetuas, de las que nos hemos ocupado ya, y el internamiento de los reincidentes, de que hablaremos en el Título de la Reincidencia.

El capital defecto del proyecto consiste, como ya lo hemos hecho notar, no solo en no tomar en cuenta las diferentes categorías de delincuentes á que ellas deben aplicarse, sino en la falta de toda organización seria. Así, la prisión no es más que nuestras actuales cárceles en común: la detención solo se diferencia de la prisión por la no obligación del trabajo, pudiendo el detenido ser confundido con el preso en el mismo establecimiento; de manera que las penas del proyecto, no solo no están organizadas para

llenar su fin racional, sino que son corruptoras, que es el peor inconveniente que ellas pueden tener.

SECCION II

MEDIDAS EDUCADORAS

67—Si criticable es el proyecto respecto á la manera como encara la represión en general, mucho más lo es en lo que se refiere á la delincuencia juvenil.

Parece que los autores no se hubiesen dado cuenta de las condiciones en que se encuentra la niñez con relación al problema de la criminalidad. Su criterio es el mismo del de los legisladores de hace un siglo, que no hacían diferencia entre el joven y el adulto, salvo exonerar á aquel de toda responsabilidad hasta cierta edad: la culpabilidad moral, la pena retributiva, dominando soberana, sin tener en cuenta para nada el interés social y el del mismo delincuente.

El acrecentamiento considerable de la delincuencia juvenil desde hacen cincuenta años ⁽¹⁾, ha puesto sobre el tapete de la discusión este grave problema, íntimamente vinculado con el de la reincidencia que tantas preocupaciones suscita. Los criminalistas, sociólogos y antropólogos de todos los países, los congresos penitenciarios y los legisladores, lo han discutido vivamente, y hoy ya no hay dos opiniones sobre la necesidad de concluir con las cortas penas aplicadas á los menores y de sustituir la educación á la represión, pues esa edad, la infancia y la adolescencia, es la única en la vida humana que permita esperar seriamente á realizar la enmienda, reformando las

(1) De una estadística que tenemos á la vista, resulta que en la Provincia de Buenos Aires, en 1908, fueron procesados ante la justicia del crimen 4902 personas, de las cuales 1084 eran menores de edad.





inclinaciones viciosas del joven por una educación apropiada y el cambio de medio (1).

Las legislaciones de todos los pueblos civilizados han entrado resueltamente en esta vía; Francia (2) Alemania (3) Bélgica (4) Países Bajos (5) Rusia (6) Inglaterra (7) Italia, Suiza, Estados Unidos, etc. El Congo mismo se ha incorporado al movimiento general por decreto de 12 de Julio de 1890.

68—El proyecto, como el Código, se limitan á considerar la delincuencia juvenil bajo un punto de vista puramente jurídico y de responsabilidad moral. Desde el momento que el niño ha llegado á cierta edad, tiene completo discernimiento de sus actos; no hay razón para hacer diferencia alguna con el adulto, porque ambos son igualmente culpables y, de consiguiente, deben ser igualmente responsables ante la ley, salvo el considerar esa responsabilidad más ó menos atenuada hasta la mayor edad penal.

Son las viejas ideas que persisten, sin querer ceder el campo á las nuevas, que encaran este serio problema bajo un punto de vista muy diferente.

Esta no es una cuestión jurídica, es una cuestión emi-

1) Ferriani, *Minorenni delinquenti*, pág. 470 y sig.—Alimena, *Limiti e i modificatori dell'imputabilità*, T. 11, Cap. V.—Prins, *Science pen. et droit positif*, n. 358 y 364 y sig.—Vidal, *Droit crim. et science penit.*, pág. 205 y sig.—Cuhe, *Science et legist. penit.*, premiere part., Chap. 11.—*Congr. penit. int.* de Stockholm, 1878.—Id. de Roma, 1885.—Id. de San Petersburgo, 1890.—Id. de Paris, 1895.—*Congr. de l'Un. int. de dro't pen.* de Berna, 1890.—Id. *int. de patronato* de Anvers, 1890 y 1894.

(2) Ley de 5 de Agosto de 1850.—Id. de 19 de Abril de 1858.—Ley Straus de 28 de Junio de 1904.

(3) *Cod. pen.* §§ 55, 56, 57.—Ley de 2 de Julio de 1900.

(4) Ley de 27 de Noviembre de 1891.

(5) Leyes de 1901.—D. O. Engelen, *L'enfance abandonné et coupable aux Pais-Bas*.

(6) Ley de Junio 2 de 1897.

(7) Citaremos solo las más recientes: ley de 13 de Julio de 1890.—Id. *Reformatory Schools act.* c. 12. 1897. *Summary jurisdiction act.*



nentemente social. Pocos problemas de los que agitan la complicada vida moderna, tienen tan gran importancia como éste y el derecho penal no contempla ninguno de mayor gravedad. Es que la lucha contra el crimen, no es verdaderamente eficaz sino en este terreno y el devolver tanta fuerza perdida á la actividad productora de un país y el poner una valla al desborde de inmoralidades y de vicios que están comprometiendo seriamente el porvenir de la raza, es obra de inmenso aliento que basta para hacer la gloria de la generación que la lleve á cabo.

69—Sean cuales fueren las ideas de Lombroso y de su escuela ⁽¹⁾, los mismos antropólogos reconocen que el joven delincuente es un producto y una víctima de la sociedad: que su criminalidad se debe, más que á causas fisiológicas, á las condiciones sociales, pues que su cualidad es la de ser llevado indiferentemente al bien ó al mal, según el ambiente que lo rodee.

Sin negar la influencia de la herencia y de los de más factores individuales, los sociales (medio y educación) tienen una influencia preponderante ⁽²⁾. La mayoría de los jóvenes delincuentes son normales, y los anormales, como lo reconoce el mismo Lombroso ⁽³⁾, son susceptibles de modificarse por la educación, salvo los que pertenecen á la patología y á la clínica.

El medio familiar tiene una importancia considerable. Los vicios de los padres, su inconducta, su negligencia y despreocupación por la familia y la explotación que mu-

(1) Este autor sostiene que el niño es un ser privado de sentido moral, presentando todos los caracteres del loco moral y del criminal nato, con la misma violencia que éste en sus pasiones. Así, pues, normalmente, y no por excepción, se encuentran en él los gérmenes de la locura moral y de la criminalidad.—Lombroso, *L'Uomo delinquente*. T. I., pág. 98 y sig.—Opinión contraria manifiesta Rousseau en su *Emilio*.

(2) Ferriani *Ob. cit.*, II. —Hugues Le Roux, *Les enfant criminels*.—Alimena, *Ilimiti*, etc.

(3) *Le crime, causes et remèdes*, 2ª part., Chap. VI. pág. 363 y sig.



chos hacen de sus hijos, obligándolos á mendigar ó cometer delitos de que se aprovechan, son de resultados funestos para éstos. El hogar iluminado por la ternura, santificado por la virtud, albergue de tantas alegrías inocentes, de tantos inefables encantos, no existe para ellos: existe sí, el infecto tugurio, el conventillo estrecho, sin aire y sin luz, antro de immoralidades y de infamias, de embriaguez y de prostitución, donde la promiscuidad de los sexos, las lubricidades semi veladas, el espectáculo continuo del vicio en sus diferentes formas, la miseria aguijoneando los más bajos apetitos, van malcando esas jóvenes almas, fortificando sus peores instintos, destruyendo cuanto de bueno Dios puso en ellas, modelándolas, en fin, para el crimen y la prostitución, únicos caminos que se abren para estos desgraciados en el porvenir.

¡Siquiera estas infamias quedaran ocultas en las sombras, tendríamos, acaso, el derecho de ignorarlas! Pero nó; ellas se ostentan cínicamente á la luz del día, sin miedo á la opinión que se muestra indiferente, sin miedo al gendarme que nada puede hacer, sin mas, tal vez, que la muda protesta de algún transeunte que no alcanza á comprender como esas lacras sociales que manchan el cristal de una civilización esplendente, puedan permanecer ignoradas ó toleradas sin murmurar! Si hay empleados que hacen diariamente la limpieza de la calzada, velando por la higiene pública, ¿por qué no habría quiénes hagan un poco de higiene moral, limpiando de esa lepra á la sociedad?

No queremos citar sino un hecho pertinente á nuestro propósito, en apoyo de esta afirmación. ¿Quién no ha visto en Buenos Aires, tiernos niños de 4, 6 ó más años, recorrer sus calles á toda hora guiados por sus propios padres, explotando la caridad pública para alimentar la pereza y los vicios de éstos, sin que la autoridad haga nada para evitar este repugnante y funesto espectáculo?

¿Qué porvenir aguarda á estos desgraciados, habituados, desde su más temprana edad, á la vagancia y á la explotación pública?

Aún los hijos de padres honestos, tienen que sufrir las consecuencias del abandono de éstos, reclamados todo el día por el taller donde ganan la subsistencia. El mismo niño, á cierta edad, tiene que buscar trabajo fuera de su casa, produciéndose el distanciamiento y relajación consiguiente de los vínculos de familia.

Cualquiera vé los resultados de este abandono, de esta vida ociosa generalmente, vagabunda siempre, comunmente en malas compañías, con todos los peligros y tentaciones de la calle, sin que ninguna educación moral y religiosa los pueda contrarrestar.

Son innumerables los niños que recorren las calles de nuestras grandes ciudades vendiendo diarios, billetes de lotería, libros ó figuras licenciosas ó dedicados á trabajos ambulantes. Son perfectos vagabundos que adquieren el germen de todos los vicios, de los cuales algunos llevan ya el sello indeleble en el semblante, sin que nadie se preocupe de reglamentar esas profesiones ni de velar por la suerte de esos pequeños seres.

70—Si estas son las causas de la criminalidad juvenil, fácil es encontrar el remedio. Sacar al niño del medio malsano; rodearlo de un ambiente nuevo de moralidad intachable, de ejemplos saludables, donde el cuerpo y el espíritu se vigoricen por un trabajo apropiado y la práctica de buenas acciones, de manera que su conciencia se despierte y se forme al contacto de la moralidad ambiente; darle la educación moral, religiosa y profesional de que carece: dispensarle la solícita protección que su edad hace indispensable; bastarán para desviarle del delito y hacer de él un hombre honrado.

La pena jamás dará este resultado. La cárcel, aun tratándose de adultos y cualquiera que sea su régimen,





corrompe por su propio contacto. En el adulto, es una necesidad de que no se puede prescindir. En el joven, la experiencia universal lo prueba, es de desastrosas consecuencias, porque no hace sino completar los perniciosos efectos del medio en que se desarrolló y fortificar sus tendencias al mal, concluyendo por hacer de él un reincidente, que no abandonará más la carrera del crimen.

Las cortas penas, resultado de la atenuación por razón de la edad, funestas para los mismos adultos, lo son más para los jóvenes y no hacen sino favorecer aquel resultado.

Debemos, pues, preocuparnos de combatir seriamente estas causas múltiples que favorecen la delincuencia juvenil. La privación á los padres indignos de la patria potestad (1); la organización de patronatos para los niños delincuentes, los moralmente abandonados, los huérfanos, etc.: el auxilio á los padres honrados, pero pobres, á fin de que puedan educar á sus hijos; severas medidas que aseguren la asistencia escolar; la reglamentación de profesiones ambulantes (2), y la creación de establecimien-

1) M. Puibarraud, propuso quitarle sus derechos de elector, pues quien no es capaz, decía, de educar sus hijos, no tiene derecho de participar de la cosa pública. *Rev. pénit.*, 1902, p. 639. — Ya M. Henri Joly, propuso lo mismo al comité de defensa de la Soc. gral. de pris. y ésta lo sancionó. *Id.* 1900, p. 345. — La sección infancia, del Cong. Int. de Asist. pub., sancionó también esta privación de derechos cívicos.

(2) Es un excelente modelo de ley belga de 28 de Mayo de 1888. En el 3er. Congreso internacional para la protección de la infancia, celebrado en Londres en 1902, se hizo constar que los pequeños comisionistas y comerciantes de la calle, son disipados, jugadores y viciosos. M. Henri Joly, en su relación sobre este tema, lo abordó elocuentemente, haciendo notar que los niños que se ocupan de vender en la calle objetos de poco valor, como lápices, botenes, flores, etc., son mendigos disfrazados que se entregan á la mentira y á la astucia, sin recibir educación ni aprendizaje alguno, y en cuanto á las jóvenes, esa vida facilita singularmente la prostitución ó el chantaje, sinó los dos á la vez. Una memoria leída en el mismo congreso por un empleado superior de policía de Manchester, arrojó una viva luz en esta discusión. Había estudiado de muy cerca los pequeños vendedores de diarios de esa ciudad, constatando que ellos suministran numerosos espio-



tos de preservación, aparte de los que luego hablaremos, son medidas que una buena ley no debe descuidar⁽¹⁾. Pero es tiempo ya de volver á nuestro estudio considerando esta cuestión bajo el punto de vista puramente penal.

71—El Proy. (art. 41, b,) establece la irresponsabilidad del niño hasta los 14 años. El delincuente más allá de esta edad, soportará la pena que la ley establece para su delito, en los mismos establecimientos que los adultos y mezclado con ellos. Si tiene menos de catorce años, será, en ciertos casos, recluso en un establecimiento de *corrección de menores*, lo que importa, al parecer, someterlo á una verdadera pena, puesto que se trata de corregirlo y no de educarlo⁽²⁾, que deberá sufrir en común con otros de más edad (hasta 18 años), lo que la experiencia de otros países ha condenado⁽³⁾, y con sobrada razón, puesto que arrojar en un mismo establecimiento, como pescados en un vivero, niños de 12, de 13, de 14 años, es condenar á los más jóvenes á que sean víctimas de los más fuertes, víctimas de su fuerza física y de sus malos instintos⁽⁴⁾, es colocarlos á todos en un mismo nivel, en el

tadores del público y ladrones precoces. Desde 1901 se los ha sometido á una organización que ha dado resultados felices: no pueden ejercer su profesión más allá de las ocho de la noche en invierno y de las nueve en verano, deben ir vestidos decentemente, llevar un signo distintivo y aceptar la vigilancia de una sociedad filantrópica ayudada por la policía *philanthropic police-aided Association*—*Rev. Penit.*, 1902, p. 991.

(1) V. ley alemana de 2 de julio de 1900, titulada: *Gesetz über die fürsorgerische Zucht der Minderjährigen*.

(2) En Francia, desde hace mucho tiempo, se ha dejado escuchar una general protesta contra el nombre de *casa de corrección*, dada al establecimiento destinado á los absueltos por falta de discernimiento, pues este nombre induce desconfianza de que se trate de una verdadera pena y no de una medida educativa, protesta que ha tenido eco en la sociedad general de prisiones que ha discutido extensamente el punto, llegando á la conclusión de que se debe sustituir aquella denominación con otra más apropiada. En Bélgica, también se ha abolido el nombre de *casa de corrección*, por igual razón.—*Rev. pen.* 1900.—Paul Flandi, id. p. 228 y sig.—M. A. Vidal Naquet, id. p. 378 y sig.

(3) Vidal Naquet, *Rev. penit.*, 1900, p. 378.

(4) Puibarraud. *Rev. penit.*, pág. 419 y sig., 1900.



más bajo, el de la mayor perversidad. Como se ha dicho, las casas de corrección son casas de corrupción. (1)

72—No se necesita haber seguido el movimiento científico y legislativo de estos últimos años acerca de esta materia, para comprender toda la magnitud del error en que incurre el proyecto, haciendo que niños de corta edad sean condenados á las mismas penas que los adultos, siquiera sean atenuadas, y las sufran confundidos con ellos en los mismos establecimientos.

¿Pero como no apercibirse de que, con semejantes disposiciones, no se reprime el crimen sino se lo estimula, llevando á esos niños, víctimas, como ya hemos dicho, de la herencia y del medio (2), á concluir en esas escuelas del crimen que se llaman prisiones, su educación inhumana y su aprendizaje criminal, precisamente en la época de la vida en que la maleabilidad del carácter, no formado aún, hará que las tendencias se fijen, el vicio dé su temple definitivo á esas jóvenes almas y la personalidad adquiera los sombríos contornos que no ha de perder ya más?

¿Es, no diremos racional, pero humano siquiera, conducir á esos desgraciados seres que ya han comenzado á sentir los efectos del abandono ó de la relajación de costumbres de sus padres, á esa escuela que se llama cárcel, con bandidos por maestros, á estudiar todos los refinamientos del vicio, los más vergonzosos secretos de la inmoralidad y la mejor manera de luchar contra la sociedad, convirtiéndose en parásitos de ella?

1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, T. II., p. 291.

2) Es muy ilustrativa la estadística del Reformatorio de Elmira, (New York), que nos da las siguientes cifras: 88,8 % hijos de padres alcohólicos, 54,1 % criados en un ambiente doméstico pésimo, 88,3 % en un ambiente malo, 55,3 % con costumbres de pésimas compañías, 42,8 con compañías solo malas. Por el contrario, el ambiente doméstico bueno se encuentra solo en 7,6 %, y las buenas compañías apenas en 1,3 %. New York Reformatory of Elmira. *Year book*, 1892. D. 8.^o p. Alimena.



Si los mismos adultos se corrompen con la vida en común, llegando el contagio hasta darles una semejanza exterior que han hecho notar muchos publicistas (1), ¿qué sucederá con niños de catorce ó quince años que se confunden con ellos? Porque no hay que olvidar que éste es esencialmente imitador y ordinariamente sin voluntad, por lo que se ha dicho que el fin educativo de la pena es la educación de la voluntad (2); es lo que es el medio donde se encuentra el mal tiene para él más atractivo que el bien, pero sin la razón para comprender el peligro ni la voluntad para huirlo.

No habría más medio de evitar el mal que el aprisionamiento individual, pero no hay que pensar en él si se tiene alguna consideración por la razón y la salud del niño.

73—El proyecto, queriendo, sin duda, evitar la cuestión del discernimiento, difícil y delicada, siempre incierta y basada sobre datos insuficientes, existiendo el más completo desacuerdo sobre su definición (3), por lo cual todas las legislaciones están abandonándola, fija para la irresponsabilidad un límite muy avanzado.

Somos partidarios de fijar una época de irresponsabilidad, en que la ley presuma la inocencia, sin admitir prueba en contrario, y esta época es la infancia. La difi-

(1) Maudesley, *Le crime et la folie*. Chap. I.—Dostoyuski, dice: «Esta familia extraña tenía un aire muy acentuado de semejanza que se notaba á primera vista».—*La casa de los muertos*, págs. 44 y 47.

(2) Louis Riviere, *L'education correctionnelle en Angleterre*, Rec. 1897, pág. 709.

(3) Véase la definición del discernimiento en los siguientes autores: Le Sellyer, *Traité des délits, des peines et de la resp.* p. et c., T. I., n. 106.—Blanche, *Etudes prat. sur le C. P.*, T. II., n. 307 y sig.—Rossi, *Traité de dr. pen.*, L. II., Chap. XV.—Ortolan, *El. de dr. pen.*, T. I., n. 289 y 298.—Chauvenet et Hélie, *Theor. du C. p.*, vol. I., n. 322 y sig.—Nypels, *Le Cod. pen.*, T. I., pág. 150.—Haus, *Droit pen.*, T. I., n. 611.—Carrara, *Programma*, § 221.—Berner, *Diritto pen.* trad. it. P. G., Lib. I., Tit. I., parrr. 76, pág. 102.—Dr. A. Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, T. I., P. G. C. II., § 21.—Garraud, *Droit pen.*, T. I., § 96, n. 241.—Tuozi, *Diritto penale*, T. I., pág. 271.—Impallomeni, *Cód. pen. illustrato*, n. 127, p. 243, etc.



cultad está en fijar con precisión su límite, puesto que el desarrollo moral y físico se produce de un modo sucesivo y continuo y no igual para todos los individuos. Forzosamente hay que dejar algo á lo arbitrario, pero pensamos, de acuerdo con los datos de la fisiología, que ese límite se puede fijar en los once años, pues hasta esa edad se produce el desenvolvimiento cerebral y paralelamente la formación psíquica.

Las tendencias al mal que se notan comunmente en esta primera edad (la mentira, la crueldad), no son pruebas de mala índole como lo demuestra la experiencia (1), y más bien deben atribuirse á que falta la conciencia del mal y el desarrollo psíquico necesario para comprender el mundo exterior y las relaciones que derivan de las acciones humanas. A esta edad, en la generalidad de los casos, recién el niño adquiere el desenvolvimiento moral é intelectual que le permite poseer la noción de la responsabilidad y de la punibilidad.

Este límite es un término medio entre los que han fijado otros países. Lo han fijado en los siete años de acuerdo con el Derecho Romano: Inglaterra, Rusia y Australia. En los ocho: Rumania. En los nueve España é Italia. En los diez: Holanda, Portugal, Dinamarca, Austria, Grecia, cantones de Geneve, Lucerna y Tessino, proyectos francés y japonés y proyecto de ley belga de 1889. En los doce: Alemania (2), Hungría y cantones de Berna, Bâle, Neuchâtel, Zurich y Fribourg. En los catorce: Noruega, el cantón de Vaud, el de Valais y proyecto suizo. En los quince: Suecia. No han fijado período de

(1) Alimena, *Ob. cit.*, págs. 282 y 283.

(2) En esta Nación se tuvo en cuenta para fijar esta edad, el dictamen de la diputación científica médica de Prusia, que figura en las cuestiones de medicina legal anexo al primer proyecto, según el cual, la *infancia dura* hasta los doce años cumplidos y la *adolescencia* desde esta edad hasta los diez y seis y algunas veces hasta los diez y ocho años.—Berner, *Ob. cit.* pág. 104.

irresponsabilidad: Francia, Bélgica, Loucembourg y Turquía.

Para los que, como nosotros, damos á la pena un fin de utilidad social que debe primar sobre toda idea retributiva, es lógico admitir este período de irresponsabilidad absoluta, puesto que una pena á tan tierna edad sería sin utilidad para la sociedad y funesta para el niño, pero esto no quita que deban admitirla también los demás, cualquiera que sea la escuela á que pertenezcan, puesto que, como dice Rossi ⁽¹⁾, sentar en el banco de los acusados á un niño de 8 á 9 años es un escándalo que no puede jamás obtener el asentimiento de la conciencia pública ⁽²⁾. Todo esto no quita que se adopten respecto de él, en ciertos casos, medidas educadoras. ⁽³⁾

74—Entre este período de irresponsabilidad y el de la madurez ó mayoría penal, cuyo limite pensamos que no debe pasar de los diez y ocho años ⁽⁴⁾: á cuya edad el ré-

(1) Rossi, *Droit pen.*, Lib. II, Chap. XV, pág. 256.

(2) Sin embargo, dentro de la más estricta lógica, los partidarios de la expiación ó de la justicia—*punitur quia peccatum est*—debieran rechazar la idea de un período de irresponsabilidad puesto que la falta debe ser siempre expiada y la experiencia universal demuestra que en estos últimos cincuenta años la precocidad en el crimen es cada vez mayor y como dice M. Fouillé, ella constituye uno de los signos característicos, uno de los rasgos dolorosos de nuestra época; de manera que bajo este punto de vista, como de tantos otros, se puede decir que no hay ya niños. Mr. Guillot, Juez de Instrucción en el Tribunal del Sena, hace notar que los jóvenes delincuentes se distinguen por una exageración de perversidad, un refinamiento de lubricidad, una fanfarronería tal en el vicio, que no se encuentran en una edad más avanzada. Castigar la falta en cualquiera edad, algunas veces más duramente en el joven que en el adulto, más al delincuente primario que al reincidente, son, entre otras, las consecuencias del falso punto de vista de esas escuelas, que sus mismos partidarios rechazan.

(3) En Francia, los más distinguidos penalistas piden que se fije una edad de irresponsabilidad. Garçon, *Revue pénit.*, 1900, pág. 611.—Aussemville, id., pág. 614.—Garraud, *Ob. cit.*, T. I, n. 238.

(4) El Congreso Internacional de Asistencia Pública y de Beneficencia Privada celebrado en París, en 1889, emitió el voto siguiente: «El Congreso emite el voto que, en un interés de protección, la minoría penal, en los países donde ella es aún fijada más abajo de los diez y ocho años, sea llevada á esta edad.» Igual voto había sancionado ya el Congreso Peni-





gimen educador pierde su eficacia, debe admitirse un período intermedio, durante el cual el Juez, examinando los antecedentes del joven y su desenvolvimiento moral é intelectual, podrá imponer una medida puramente educadora ó una pena que, sin dejar de ser educadora, sea principalmente represiva ó intimidante.

Este período de minoría penal se debe dividir en dos: de 11 á 15 años y de 15 á 18, á semejanza de la ley ya citada (art. 18 y 19) y al voto de los más eximios penitenciaríos ⁽¹⁾. Estos dos períodos no tienen nada de arbitrarios: fisiológica y moralmente están netamente divididos: al primero se lo denomina edad ingrata, al segundo adolescencia.

Según Marro ⁽²⁾, á partir de los 11 á 12 años, aparecen más ó menos rápidamente los estados emotivos particulares á la pubertad: tendencias, lo más á menudo in-

tencionario Internacional de París, en 1895 4.^a Sección, 1.^a cuestión), el 3.^o Congreso de Patronato de Anvers en 1898 1.^a Secc., 3.^a Cuest.) y el Congreso de defensa de los niños citados en justicia de París, en 1898. V. Ali-mena, *Ob. cit.* T. II, Cap. V, pág. 265.—Impallomeni, *Codice penale Illustrato*, Vol. I, n. 130.—Vidal, *Droit pen.*, ns. 148 y 224. En contra Garraud, que prefiere la edad de diez y seis años, pero apesar de su gran autoridad, nos quedamos con los diez y ocho años, pues hasta esta edad alcanza la energía reformadora de la educación, según opinión general, y así lo han entendido las legislaciones más adelantadas, como la Italiana, la noruega, la holandesa y la belga; son numerosas las proposiciones de reforma hechas en Francia.—Garraud, *Droit pen.*, T. I, n. 238, III.—*Cod. italiano*, art. 55.—Ley belga de 27 de Noviembre de 1891.—Id. de los Países Bajos de 1901. La edad de la mayoría penal varía según los países pero es posible que se uniforme en los 18 años siguiendo los votos de los Congresos. Es de 14 años en Inglaterra, Grecia, Portugal, Australia; de 16 años en Francia, Bélgica (*Cód. Pen.*), Holanda, Hungría, los Cantones de Bale, Geneve, Fribourg; de 18 años en España, Alemania, Noruega, Dinamarca, los cantones de Vaud y de Lucerna y el proyecto del Cód. Fed. suizo; de 19 años en el cantón de Zurich; de 20 años en Australia, Rumania y los cantones de Tessino y Neuchâtel; de 21 años en Italia y en Rusia.

(1) Cuche, *Science et légis. pénit.* n. 37.—Vidal Naquet, *Revue pénit.* 1900, p. 398.—Puibarraud, *id.* 419.—Garraud, *id.* 486.—Brunot, *id.* 564.—Prins, *Science pen. et droit posit.*, n. 398, p. 219.

(2) *Les rapports de la puberté avec le crime et la folie. Actes del I.^o Congreso de Antropología criminal, p. Cuche, p. 121.*



concientes, á la satisfacción del instinto sexual y á la com-
batividad, que es el preliminar ó el complemento.

Al mismo tiempo, al punto de vista físico, los órganos
de la generación se desarrollan, así como el esqueleto, los
pulmones, la laringe, aumentando la capacidad vital.

Los huesos se vuelven prominentes, dando á la fisono-
mía de los niños un aspecto desagradable, y el carácter
ofrece desigualdades y rarezas chocantes.

Es un período de transición que no puede confundir-
se con el que le sigue, porque el cuerpo y el espíritu están
en su mayor desarrollo, ni con el que le precede, porque
la pubertad se ha ya despertado ⁽¹⁾.

La dudosa responsabilidad del delincuente de esta edad
se ha reconocido en todo tiempo, desde el Derecho Ro-
mano que prescribió se investigase si eran *doli capeces*
y en caso afirmativo se castigaba *ex arbitratu praetoris*:
Pueri impuberes praetoris arbitratu puniuntur ⁽²⁾, hasta
la mayor parte de las legislaciones modernas que autori-
zan la prueba del discernimiento.

La adolescencia comienza más ó menos á los 15 años,
el cuerpo se desarrolla con regularidad, el carácter se
forma, la personalidad se acentúa hasta adquirir su tempe-
ramento definitivo que la educación no podrá ya mo-
dificar.

75—Esta distinción por edades, es la única que puede
hacer el legislador para establecer las normas á que se de-
be sujetar el juez en la aplicación de las penas ó medidas
educadoras ⁽³⁾, y no tiene otro criterio, pues el de la gra-
vedad del delito que le sirve respecto de los adultos, no
es aplicable á los niños, porque está probado experimen-

(1) Hofman, *Trat. de med. legal*, pág. 718.—Tapinard, *L'anthropologie*,
pág. 131, 377.

(2) *Actas enim excusationem meretur*, Lib. I, 2, D. *Ad Senat. Sılan.*

(3) M. Puibarraud, *Enquet sur les établissements d'éducation pénit.*—*Re-
vue pén.*, 1900, pág. 272.—M. Vidal Naquet, *Revue pénit.*, 1900, p. 399.



talmente que los que han cometido solo pequeños delitos, son los que mayores resistencias ofrecen á la influencia moralizadora de la educación ⁽¹⁾, de manera que la gravedad del delito no puede servir para determinar la naturaleza de la medida que convenga adoptar.

La selección por grado de perversidad, seduce á primera vista, pues es indudable que ella, agrupando los niños que han llegado al mismo nivel de inmoralidad, evitara la recíproca corrupción y facilitaría su reforma moral por la aplicación uniforme de la misma medida educadora; pero ella choca con dificultades de tal importancia, que la hacen irrealizable, á lo menos por ahora.

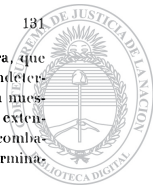
Desde luego, esta selección no la puede hacer el legislador por que este solo puede tener en cuenta la gravedad objetiva del hecho, que, como acabamos de decirlo, no está en relación con la real perversidad del agente, ni la puede hacer el Juez ⁽²⁾, pues, según opinión de los más distinguidos penitenciarios, aquella requiere una observación atenta y larga, alrededor de un año, en un establecimiento ó departamento apropiado, contando con un práctico y excelente personal que no se improvisa, mucho menos por quien, como nosotros, no lo tienen ni bueno ni malo ⁽³⁾.

De manera que esta selección, supuesto que se haya vencido aquella dificultad con todos los sacrificios pecuniarios que ella comparta, debería hacerla la administración, reduciéndose el rol del juez á declarar que el niño ha contravenido á la ley penal, sin que su sentencia pueda

1) M. Puibarraud, *Rev. pénit.* 1900, p. 420.—M. Garçon, id. p. 613.

(2) Cuche, *Science et législat. pénit.*, p. 114.—Granier, *Revue pénit.*—1900 pág. 438.

(3) Véase la extensa y luminosa discusión de la Sociedad Gral. de Prisiones de Francia sobre las casas de corrección contenidas en la *Revue pénit.* de 1900 y *l'Enquet sur les établissements d'éducation pénitentielle* y en especial: M. Vidal Naquet, p. 356 y M. Puibarraud en la discusión de *l'Enquet*, p. 272.



tijar la naturaleza y la duración de la pena educadora, que solo la administración podrá determinar; doble indeterminación (naturaleza y duración) que choqua contra nuestras costumbres y que importaría adoptar, en una extensión inconveniente, el principio tan vivamente combatido en la ciencia: el de las sentencias indeterminadas⁽¹⁾.

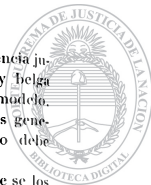
Es por esto que Naciones que han llegado á perfeccionar tanto su régimen educativo para los jóvenes delinquentes, como Francia y Bélgica, han adoptado la selección por edad, después de una larga práctica y del completo fracaso de la selección por grado de inmoralidad.

No hay que olvidar que, en la represión de la delincuencia juvenil, el fin de intimidación no es tenido en cuenta, lo que explica la diferencia de criterio del legislador en la apreciación de la gravedad de los delitos del adulto y del niño.

La preferencia que damos á la selección por edad sobre la por grado de moralidad, bajo el punto de vista de las normas generales que debe establecer el Código, no quita que pueda y aun deba usarse la última, sea por el juez, sea por la administración, como accesoría y á fin de individualizar, tan exactamente como sea posible, la medida educadora. En seguida veremos que el juez hace esa selección moral cuando elige la medida que corresponde, según el grado de perversión del agente.

76—Veamos ahora cuales son las medidas que el le-

(1) Varios congresos han discutido las sentencias indeterminadas rechazándolas en principio. V. particularmente Congreso penit. int. de Bruselas, que declaró inadmisibles el sistema de las sentencias indeterminadas para las penas y para las medidas de protección, de educación y de seguridad, salvo, respecto á las últimas, que se introduzcan restricciones que importan el abandono del principio.—V. S. J. Barrows, *Prison System of the United States*, p. 77, 114, 137, etc.—Prins, *Science et légis. pénit.*, n. 752 y sig. particularmente 759 y sig.—Vidal, *Droit crim. et science pénit.*, 3^a ed., n. 456, p. 590 y 591.



gislador debe sancionar para reprimir la delincuencia juvenil en los tres períodos mencionados. La ley belga de 27 de Noviembre de 1891, es un magnífico modelo, que debe servir de tal, sea para las disposiciones generales del Código, sea para las de la ley que lo debe completar.

En cuanto á los menores de 11 años, puesto que se los reconoce irresponsables, la ley solo debe preocuparse de ordenar su colocación en un medio conveniente á su mejor educación.

Si su familia es honesta y capaz de velar por él ⁽¹⁾, se le debe entregar el niño previa amonestación. Si esta no ofreciese garantías bastantes, debe ser colocado en una familia extraña, particularmente del campo ⁽²⁾, siempre que reuna las condiciones de moralidad necesarias, pues, á esta edad, nada conviene más al niño que la vida del hogar.

Para casos muy excepcionales, deben establecerse escuelas de reforma, á cargo de sociedades de patronatos ó de beneficencia.

Para los delinquentes comprendidos en el segundo período (11 á 15 años), ya no puede pensarse, sino á título excepcional, en la colocación familiar, como en los casos de desarrollo psíquico retardado ⁽³⁾. Se deben crear establecimientos apropiados, por lo menos de dos clases.

1) Las exigencias del trabajo, particularmente en las ciudades populosas, llevan al padre y á la madre al taller, dejando abandonados á los hijos. Tales familias, por honestas que sean, no pueden conservar sus hijos que han delinquido y por lo mismo demuestran requerir una vigilancia constante.

(2) Ver la interesante relación de M. Paul Cucho á la Sociedad Gral. de Prisiones de Francia sobre el patronato de los liberados y salvataje de la infancia en Provincia, en la que demuestra, citando hechos en su apoyo, las grandes ventajas que ofrece la montaña para la moralización de los niños de menos de doce años. *Revue pénit.* 1902, pág. 62 y sig.—En el mismo sentido, M. Damartial y Félix Lacoïn.—Id., p. 635 y 645.

(3) Dor. Colin. *Rev. pénit.*, 1900 pág., 624.—Dor. Garnier, *Id.*, p. 619.



que se distingan solo por la disciplina más ó menos severa, á cargo de educadores experimentados y profesionales, capaces de orientar en el sentido del bien estas jóvenes almas extraviadas, donde deben ser internados.

En el 3er. período (de 15 á 18 años), sucederá frecuentemente encontrarse en presencia de delinquentes precoces, para los cuales las medidas educadoras no bastan y que será necesario condenar á penas severas, pero sin abandonar la faz educativa y con la condición precisa del apriamiento individual.

Según la índole del delincuente, sus antecedentes y la gravedad del hecho cometido, el juez deberá optar entre una verdadera pena, como la que acabamos de mencionar, ó una medida educadora pero con disciplina muy severa, pues á esta edad, en que el jóven se cree ó pretende que lo crean un hombre, se es fanfarrón, petulante y poco dócil. Por otra parte, el vicio y la inmoralidad han tomado ya demasiado cuerpo para que sea posible combatirlos sin hechar mano á un régimen muy severo.

Naturalmente, los establecimientos de educación y de pena que se creen, deben ser divididos en departamentos, para que la administración lleve aún más lejos la división por edades ⁽¹⁾. Es igualmente necesario organizar en ellos la enseñanza, de manera que el jóven adquiera una profesión que le dé los medios de vivir honestamente más tarde.

No es posible entrar aquí en todos los detalles que deben ser tenidos en cuenta por la ley que complementa el Código, si este hace lugar á las ideas que hemos expuesto.

Reasumiendo diremos, que el nuevo Código Penal debe disponer:

1.º La irresponsabilidad de los menores de 11 años, los

(1) M. A. Vidal Naquet, *Rec. penit.*, 1900, págs. 401 y 402. *Ley belga cit.*



cuales, previa amonestación, deberán ser entregados á su familia ó colocados en familia extraña, y solo excepcionalmente en una escuela de reforma;

2.º Los menores de 11 á 15 años deberán ser internados en establecimientos especiales, de régimen más ó menos severo, según apreciación judicial, y solo excepcionalmente entregados á la familia;

3.º Los menores de 15 á 18 años limite de la menor edad penal, serán internados en una casa de educación ó prisión celular especialmente destinados á ellos, en la que se debe enseñar una profesión, como parte integrante de la educación que se les dé. ⁽¹⁾

En todos estos casos, la duración del internamiento tendrá por limite la edad de 20 años en que deben cumplir sus deberes militares ⁽²⁾, salvo en los casos de crímenes graves cometidos por los comprendidos en el 3er. periodo, en que se podrá prolongar por todo el tiempo necesario para alcanzar la reforma moral del culpable.

De conformidad al voto sancionado por la Sección Infancia del Congreso Internacional de Asistencia pública y beneficencia privada de París, en 1899, á lo que piden insistentemente los más distinguidos penitenciarios y á lo que se practica ya en varios países, pensamos que los jóvenes procesados por un delito cualquiera, deben ser sometidos invariablemente, en cumplimiento de un trámite

(1) Una ley reciente de los Países Bajos sobre represión de la delincuencia juvenil, establece que cuando el juez ordene una pena de aprisionamiento, esta será sufrida por el menor después de concluida su educación, lo que nos parece que tiene el grave inconveniente de retardar demasiado la ejecución de la pena; lo contrario más bien sería preferible, sin embargo de que nada obsta á que la ejecución de la pena y las medidas educadoras se lleven paralelamente, sin perjuicio de que concluida aquella se den á estas todo el desenvolvimiento necesario. Esta interesante cuestión de la «combinación» ha sido extensamente discutida en el Congreso de Anvers. V. *Revue pénit.* 1904, pág. 1042.—*Bulletin de l'Union internationale*, III, pág. 338.

2) La severa disciplina del soldado y el ejemplo de sus compañeros de armas, será utilísimo para completar su educación.



esencial en el juicio, á un exámen médico, á fin de que los anormales, al punto de vista físico ó moral, sean internados, en un establecimiento especial, donde reciban un tratamiento apropiado que no excluya las demás medidas, principalmente educativas, compatibles con él. No hay que olvidar que se trata de niños de responsabilidad limitada ó intermitente, respecto á los cuales el tratamiento médico debe ocupar el primer lugar, y la higiene, el trabajo, los ejercicios físicos, la enseñanza, deben ser calculados en vista de una cura, á la vez física y moral. (1)

En los niños delincuentes, la anormalidad, que parece la excepción, suele ser la regla ó, por lo menos, de gran importancia. (2)

En lo que precede, no entendemos referirnos á los niños alienados, absolutamente irresponsables.

77—Tal es la manera como pensamos que nuestro futuro Código Penal debe resolver este delicado problema de la criminalidad juvenil, tan íntimamente vinculado, como lo hemos dicho, á este otro, que tan vivas preocupaciones suscita en todos los países: el de la reincidencia.

Y no puede ser de otro modo. La juventud es la edad crítica donde una mala dirección puede extraviar el espíritu para siempre y hacer franquear al culpable la distancia que separa el delito accidental del crimen profesional. Los reincidentes, llegados á la madurez de la edad,

(1) Dor. Colin, *Revue pénit*, 1900, pág. 628.—Dor. Thulié, *Id.*, pág. 1014 y siguientes.

(2) Félix Voisin fundó en Francia, en 1895, un instituto orthophrénico y no encontrando bastantes alumnos, se dirigió á la Petite Roquette (prisión para jóvenes bajo el régimen del aislamiento nocturno), donde su Director y un Inspector hicieron desfilar ante él 250 niños. Después de un atento exámen, encontró solo 25 absolutamente indemnes, 25 que podían tomarse como tales y los 200 restantes en condiciones de ingresar á su instituto. Según las investigaciones del Dr. Colin, este porcentaje es solo de 15 % teniendo en cuenta solo las facultades intelectuales. —Garnier, *Iber*, 1900, págs. 249 y 250. —Dor. Colin, *Id.*, p. 628.



son, por lo común, refractarios á toda medida de regeneración. La sociedad no tiene para que preocuparse de su reforma; no cabe sino desembarazarse de ellos, eliminándolos.

Pero los delincuentes primarios, cuando son jóvenes, presentan toda la plasticidad necesaria para ser enmendados por un acertado sistema de educación, que reconstituya su carácter y su voluntad. Y la sociedad no puede prescindir de rehacer esta alma juvenil, no por la prisión, no por la intimidación, sino por la protección y la piedad. Es su deber y es su conveniencia.

Su deber: por que ella es responsable, en mucha parte, de lo que el niño es, víctima inerme y desgraciada de la atmósfera envenenada que ha respirado en su infancia, del medio mal sano en que se ha desarrollado su cuerpo y su espíritu, de la indiferencia egoísta con que vemos pasar, ostentando los estigmas de la degeneración y las señales precoces del vicio, estos pequeños seres que, recién entrados á la vida, son ya una ruina física y una ruina moral, oro purísimo que el abandono social ha convertido en inútil escoria, de la cual es necesario desembarazar el camino.

Su conveniencia: por que estos niños están destinados á ser toda su vida parásitos que se alimenten de la sávia social si se los deja abandonados á si mismos, pero, con una educación apropiada, con un poco de preocupación por su suerte, serán, por el contrario, ciudadanos honestos y laboriosos, fuerzas productoras incorporadas al trabajo nacional, contingente arrancado al ya formidable ejército del vicio y del crimen y devueltos á la labor fecunda del progreso y de la civilización.

78—Muy mal habríamos cumplido nuestra tarea si, después de leídas las páginas que preceden, á alguien se le ocurriera sostener que reformas como las proyectadas tienen que fracasar ante dificultades financieras no fáciles

de vencer. Ellas no pueden existir en un país que se pretende civilizado y tratándose de un asunto de tan vital importancia para él en el presente y en el porvenir, cuando son muchos los millones que anualmente se tiran en gastos improductivos, sin utilidad ó de utilidad muy remota.



SECCION III

PENAS DE INTIMIDACIÓN

§ I

Detención—Penas paralelas

79—Vamos á ocuparnos ahora de las penas de intimidación aplicables á los delincuentes comprendidos en la segunda de las categorías que antes hemos establecido, es decir, aquellos cuya moralidad queda intacta y no necesitan, por tanto, ser reformados. Estas penas son una simple sanción mirando á la prevención individual y colectiva.

La detención, á que se refiere el art. 23 del proyecto, es ó debe ser una de ellas. Debe funcionar como tal teniendo en vista, no la enmienda, sino la intimidación del condenado á ella y el ejemplo para sus imitadores posibles, y, de consiguiente, debe aplicarse, no solo á los delincuentes políticos, sino á los de derecho común que pueden asimilarse á estos por su falta de verdadera inmoralidad.

Al establecer esta pena, el proyecto no ha hecho sino sustituirla á la de destierro del Código actual, pero sin avanzar un paso en el sentido de fijar diferente penalidad según el móvil del delito, á pesar de lo que manifiesta la Comisión redactora en su exposición de motivos. De ma-



nera que ella se aplica á los delinquentes políticos y á algunos delitos de funcionarios públicos.

La distinción, en cuanto á la penalidad, de los delitos políticos y los de derecho común, es ya antigua entre nosotros.

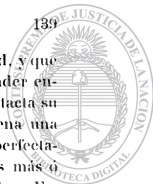
La Constitución Nacional (art. 18) abolió la pena de muerte para los primeros y la ley del 63 aplica á los crimenes del fuero nacional, con excepción del de traición, la pena de extrañamiento, unida, en ciertos casos, á la de multa. El proyecto Tejedor castigaba estos delitos con la pena de destierro, lo mismo que el Código actual.

Ahora bien ¿por qué nuestras leyes, como la generalidad de las leyes extranjeras, castigan los delitos políticos de diferente manera que los de derecho común? Yendo al fondo de las cosas, creemos que no hay más razón que esta: el mévil del agente.

En efecto, el criminal político, cualquiera que sea la gravedad objetiva de su crimen, talvez el más grave de todos, no es un criminal como los demás. Profundas diferencias los separan bajo el punto de vista subjetivo, y cuando la ley los ha confundido, la conciencia y la opinión pública los ha separado, levantando entre ellos una barrera que el legislador ha sido impotente para destruir.

Impulsado por un sentimiento generoso, el delincuente político persigue un fin elevado, el bien de su patria, tal cual él lo concibe, empleando la fuerza para conseguir las reformas políticas ó sociales que anhela. ¿Cómo confundirlo con el criminal vulgar, que mata ó roba impulsado por la venganza ó la codicia!

El delincuente político no es un enemigo de la sociedad, no es un refractario á ella, no es un perversito; tal vez es todo lo contrario ó, por lo menos, un hombre cuyas ideas políticas, difiriendo de las de otros, lo llevan á ex-



tremos que constituyen un peligro para la sociedad, y que ésta debe reprimir enérgicamente, pero sin pretender enmendar ó reformar una naturaleza que conserva intacta su moralidad. Pretender educar ó rehacer por la pena una alma que ha quedado perfectamente honesta, perfectamente social, con toda su dignidad y sus impulsos más o menos elevados, es sencillamente un contrasentido. Felizmente, ni nuestras leyes penales ni el proyecto incurren en él y, por el contrario, han dado el primer paso en un camino verdaderamente fecundo, sustituyendo al punto de vista objetivo de la gravedad del delito, el subjetivo de la naturaleza del criminal, revelada por el móvil del mismo.

80—Desgraciadamente el proyecto se detiene en el punto de partida, sin dar todo el desenvolvimiento de que es susceptible á esta idea capital y, como acabamos de decir, fecunda, que obliga á la justicia á abandonar el terreno de las puras abstracciones para hacerse cargo de las realidades de la vida, tomando al hombre tal cual es y buscando, en el fondo de su conciencia, la moralidad ó inmoralidad de su naturaleza, para que la pena llene su misión social.

Si la diferente represión de los delitos políticos obedece á la naturaleza del móvil que los ha inspirado, ¿por qué no hemos de generalizar esta concepción, extendiéndola á todos los demás casos en que el delincuente es impulsado por un sentimiento que nada tiene de vil ó despreciable y que, algunas veces, se puede hasta calificar, como en el proyecto suizo, de honorable? Es precisamente lo que han hecho la ciencia y los códigos y proyectos más recientes, asimilando á los delitos políticos todos aquellos que por el móvil que los ha inspirado, no son deshonorosos ó antisociales, como el duelo, las contravenciones, los delitos culposos, muchos pasionales, el exceso en la legítima defensa, etc.



Todos nuestros sentimientos de justicia se sublevan ante la idea de castigar á estos delincuentes como malhechores vulgares; al padre que mata al seductor de su hija, como al asesino que mata para robar. Y no solo la justicia, sino hasta el buen sentido, protestan de esta asimilación absurda que hará del extraviado de una hora, tan honrado despues como antes del crimen, acaso un desalmado criminal.

Semejantes delincuentes no revelan inmoralidad alguna: por el contrario, su moralidad está intacta. Necesitan una pena especial, de pura intimidación y no de reforma, porque en ellos no hay nada que reformar. La sociedad tiene para con ellos un deber superior al que tiene para los demás: no comprometer esa moralidad, no atentar á la dignidad personal que aún subsiste en la conciencia, no mancillar el sentimiento de honor, respetable hasta en sus exageraciones; y no cumpliría ese deber, comenzando por infligirles una pena que los deshonorra ante sus propios ojos y los de los demás por su simple contacto, y concluyendo por someterlos á un medio donde el crimen y el vicio reinan soberanos. Sería obra de iniquidad que solo una ofuscación de nuestra conciencia nos permitiría realizar, y, para huir de ella, la policía cierra los ojos ó los jueces absuelven, violando sin escrúpulo la ley.

No es que la ley deba hacer penas deshonorras, por que su objeto no es quitar el honor sino devolverlo, mientras esto sea posible; pero, lo que la ley no debe hacer lo hace la sociedad, que considera deshonorras las penas que se aplican á los peores malhechores, identificando las unas con los otros.

De todos modos, siempre resultaría injusto y peligroso confundir en un mismo establecimiento, personas que la conciencia de cada uno y la opinión pública colocan en muy diferente nivel moral y que, por lo mismo, requieren diferentes medios de represión, si es que ésta ha de tener

un fin racional, distinto del viejo principio desacreditado de la expiación.

81—La pena para los delinquentes de que nos ocupamos, debe ser una simple sanción tendiente á la intimidación y nada más. El que la haya sufrido, debe volver á la sociedad con su honor intacto, revestido del sentimiento de su dignidad personal, sin que ella tenga el derecho de rechazarlo de su seno, sintiéndose él y sintiéndolo los demás digno de la comunidad de los buenos. Una ley que hiciera lo contrario, sería una ley inícuá, ya lo hemos dicho, y profundamente desmoralizadora, por que la pérdida del honor es el más poderoso agente de corrupción que sea posible imaginar, no dejando esperanzas de rehabilitación. Bien analizado, ese sentimiento del honor que nos hace respetarnos á nosotros mismos y ser respetados por la sociedad en que vivimos, es el que principalmente nos mantiene en el recto camino. Suprimidlo, haced que un hombre se sienta envilecido ante sus propios ojos y los de los demás y todo habrá concluido para él. Rechazado por la sociedad, rechazado por el taller, llevando sobre sí la marca infamante del presidio ó de la penitenciaría ¿á donde queréis que vaya sino al mundo de los criminales, el único abierto para él?

La individualización de la pena, de la que tan entusiastas se muestran los distinguidos autores del proyecto, nos lleva necesariamente á este resultado. El gran error de éstos consiste, en nuestra opinión, en no haber dado al móvil del delito su verdadero alcance como procedimiento de individualización. Como se vé por los arts. 42 y 43, ellos lo relacionan con el hecho cometido bajo un punto de vista que podemos llamar objetivo, que solo tiene en vista su sanción, y, de consiguiente, el dosaje de la pena (1).

1 Como lo sostuvimos ante el Senado, esto no es individualización ó es una falsa individualización por que se funda sobre la responsabilidad. V. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Chap. VII., pág. 197 y sig.





Esto es algo ó mucho, si se quiere, pero no es todo. La individualización de la pena exige más; exige, no solo una mayor ó menor duración de ella, sino que su naturaleza y régimen esté en relación con la criminalidad subjetiva del agente.

Bueno será recordar aquí lo que en otra ocasión decíamos: «Si la pena debe llenar su fin social, si ella se debe medir, no á una libertad moral cuya existencia nos es imposible constatar y mucho menos dosar, sino al peligro social, es evidente, y esto va de sí, que ella debe adaptarse al fondo de la naturaleza y del carácter del agente, es decir, debe ser individualizada, individualización que se hace por medio del motivo. En lugar de pretender pesar, lo que por su naturaleza es imponderable, la voluntad existente en el hecho, se tiene en cuenta el motivo: es decir, en lugar del valor cuantitativo, el valor cualitativo de la voluntad, el sentimiento más ó menos perverso, más ó menos antisocial que ha provocado el crimen» (1).

Tomemos el ejemplo que antes adujimos; el padre que mata al seductor de su hija y el asesino que mata para robar.

El motivo que ha impulsado al padre ultrajado ha sido un sentimiento digno de respecto y eminentemente social, el de la familia. Nadie mirará con repugnancia un hecho que, según la expresión de Garófalo, no hiere nuestros sentimientos de piedad y de humanidad, y nadie pensará que él envuelve un peligro social, al mismo grado que el del asesino ó ladrón.

El motivo á que ha obedecido, no lo llevará de nuevo al crimen, á no ser que se reproduzca el conjunto de circunstancias, absolutamente excepcionales, bajo cuyo imperio obró, lo que es poco menos que imposible: de consiguiente,

(1) *Discurso en el Senado Nacional*, Diariode Sesiones 1908.

ninguno de nosotros temerá dormir en el mismo cuarto que él, como dice Alimena.

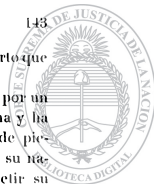
El ladrón, por el contrario, ha sido determinado por un motivo antisocial, contrario á la solidaridad humana y ha ofendido el sentimiento universal de probidad y de piedad. Este motivo, que revela la inmoralidad de su naturaleza, lo llevará en cualquier momento á repetir su crimen y, de consiguiente, él encierra un gran peligro social que la sociedad debe tener en cuenta para reprimir severamente el hecho y, sobre todo, para tratar de volver esa alma extraviada al camino del bien, evitando futuras reincidencias.

Se vé, pues, que la sociedad debe tener muy diverso criterio para castigar á uno y otro delincuente. Al uno, hay que intimidar y reformar, al otro, nada más que intimidar.

82—De lo que precede se deduce que nuestra ley penal debe sancionar dos clases de penas, para ser aplicadas según el móvil del delito, es decir, debe aceptar el sistema de las penas paralelas, cuyas ventajas son pocos los que las discuten.

Cuando solo se tiene en cuenta la materialidad del crimen, se vá lógicamente á la pena única que el Congreso de Stokolmo, á propuesta del profesor Thonissen, discutió y rechazó; pero, cuando se considera la individualidad del agente, su naturaleza, su carácter, que el motivo casi siempre revela, se produce, no menos lógicamente, la diferenciación de ella en naturaleza y en régimen, esto es, las penas paralelas.

La clasificación puramente objetiva que hace el proyecto, porque solo tiene en cuenta el crimen cometido, tiene que ser sustituida por una clasificación subjetiva que tome en consideración la individualidad del agente, única manera que la individualización de la pena, que la comisión redactora acepta, sea una verdad.





La institución de las penas paralelas se abre camino rápidamente, de tal manera, que M. Garçon pudo decir en 1896 «que el sistema de las penas paralelas es más ó menos universalmente aceptado hoy día, pudiéndose decir que él forma como una especie de derecho común de las legislaciones represivas modernas» (1). Lo han aceptado los Códigos más modernos como el Italiano, el alemán, el húngaro, el holandés... y los proyectos ultimamente elaborados: el suizo, el japonés, el ruso, el francés y el austriaco (2).

La ciencia la ha acogido con igual favor y la sostienen los más distinguidos tratadistas (3).

En principio, el sistema de penas paralelas no levanta ni puede levantar objeción seria alguna. Apenas si se han

(1) *Revue pénit.*, N. 6—1896.

(2) La clasificación legal la hacen: el Código húngaro que distingue la *Zuchthaus* de la *Staatsgefängnis* y el holandés que establece la *Gevangenisstraf* y la *Hechtenis* ó «custodia honesta». El juez elige la pena por el Código alemán, imponiendo la *Zuchthausstrafe* (reclusión y la *Gefängnisstrafe* (prisión), penas de derecho común, ó la *Festungshaft* pena no deshonrosa que se traduce ordinariamente, por «pena de fortaleza». Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Lib. II, Tit. 4, § 127, 3. —Merkel, *Dcho. penal*, Sec. II. Cap. 11, § 76, 3) pero que sería más propio traducirla por pena de detención, tiene el carácter de custodia honesta, es decir, de una pena que no implica negación alguna de la honorabilidad del culpable y, por tanto, no va acompañada de consecuencias deshonrosas. El Código italiano como el proyecto japonés adoptan la clasificación legal pero dan también facultad al juez, en ciertos casos, para aplicar una ú otra de las penas, como en los casos de los arts. 160, 248, 249, 250, 251, 263 y 290 del proyecto japonés. Conviene hacer notar una diferencia importante entre el proyecto suizo y el japonés; el primero permite al Juez, en caso de atenuación de la pena, pasar de una á otra (arts. 37 y 38), el segundo no lo permite, por solo esa circunstancia.

(3) Lázit, *Die psychology. Grundlagen der kriminal politik* (Revista 1886 XVI, 477).—Garçon, *Revue pénit.*, 1896, n. 6, p. 880 y sigt.—Vidal, *Droit crim. et science pénit.*, ns. 123 y 124, p. 179 y sigt.—Cuche, *Revue pénit.*, 1896, n. 6, p. 1106.—Gaukler, id., id., id., p. 1101.—Alimena, *I limiti e i modificatori dell' imputabilità*. T. I, Parte terza, Cap. I. p. 389 y sigt.—Berner, *Ob. cit.* Lib. II, tit. IV.—Prins, *Science pen. et droit posit.* n. 650 y sigt.—Salleilles. *L'indiv. de la peine*, p. 225 y sigt.—R. de la Grasserie, *Des principes sociology. de la criminologie*, Chap. XVI, ps. 411 y sigt.—Bentham, *Traité de legis. civ. et pen.*, 1ª P., Chap. VIII, T. II, pág. 26, sobre la importancia de los motivos.—Proal, *Le crime et la peine*, pág. 413 etc., etc., etc.



insinuado temores, más ilusorios que reales, sobre dificultades que pudieran surgir en la aplicación de un sistema nuevo, debilitando, acaso, la represión: pero las leyes modernas que consagran el principio y que no han tropezado con ninguna dificultad, no justifican semejantes temores.

Pensamos, pues, que se debe imitar al Código italiano (1) y demás que hemos mencionado, conminando la detención, no solo á los delincuentes políticos, sino á los demás, que hemos enumerado antes por vía de ejemplo. ¿Que dificultades prácticas pueden presentarse? No vemos ninguna á no ser la necesidad de crear el establecimiento correspondiente, pequenísima dificultad ante asunto de tanta trascendencia y que no creemos haya influido en el espíritu ilustrado de los autores del proyecto.

Sería inferir una ofensa gratuita, que rechazamos con energía, á un pueblo que se dice culto, pensar que el ahorro de unas cuantas monedas prima en su espíritu sobre sentimientos elementales de justicia y de conveniencia sociales, que exigen apartar del crimen, del vicio y de la vergüenza millares de seres que han quedado, después de todo, fundamentalmente honestos.

En vano hemos buscado en el informe de la comisión una palabra que justifique la limitación de la pena de de-

1) En este Código, la pena normal para los delitos es la reclusión: la detención se aplica á los delitos cometidos por motivos no deshonrosos, que la ley misma califica. Se castigan con detención, ciertos delitos contra el Estado y sus emblemas y en general los delitos políticos y religiosos, ciertos delitos de funcionarios públicos, delitos contra la libertad del trabajo, el duelo, los delitos culposos, el adulterio, el concubinato, la supresión ó suposición de estado para salvar el honor y evitar sevicias, el infanticidio, el homicidio ó lesión en flagrante adulterio ó ilegítimo concubito, el aborto procurado por obra de la mujer ó por causa de honor, abandono del hijo por esta causa, el exceso en la defensa, la injuria, disparo de armas en riña, abuso de los medios de corrección y disciplina, la apología de delitos ó incitación á la desobediencia de la ley y el odio entre las clases sociales, etc. Pero, no solo existe esta individualización legal, sino también la judicial, pues el juez tiene facultad para optar entre la reclusión y la detención.



tención á solo los delincuentes políticos, silencio tanto más sorprendente cuanto que las conclusiones de ella son las mismas nuestras, como se ve por el siguiente párrafo que tomamos de aquel: «Los motivos que imponen esta diferencia (entre delincuentes políticos y de derecho común) todos los conocen: se trata de delitos que no deshonran y de delincuentes que no necesitan ser reformados del punto de vista moral. La pena no debe, pues, ser igual á la de los demás delincuentes, como no es igual el concepto social que unos y otros inspiran». Hermosos conceptos que justifican plenamente, mejor que todo lo que nosotros podríamos decir, nuestra tesis, más que la de la comisión.

¿Qué diferencia encuentra ésta entre el concepto social que inspira el delincuente político y el que inspira el que se bate en duelo, el que comete alguna contravención ó delito de imprudencia ó el que ha procedido impulsado por un móvil no deshonroso, talvez generoso, talvez respetable, como dice el art. 36 del avan-proyecto suizo? Se sentirían los autores del proyecto menos honrados, después de un duelo, que un delincuente político? ¿Hay, acaso, un ser antisocial y peligroso en el cónyuge, ascendiente ó hermano que mata al cónyuge, descendiente ó hermana, ó al cómplice, ó á ambos, en el acto de sorprenderlos en ilegítimo concúbito (art. 85, inc. 3 del proyecto)? ¿No ha pensado la comisión que alguno de estos delincuentes, los duelistas y pasionales, p. ej., se reclutan en la más elevada clase social, porque en ellos el sentimiento del honor es más vivo y la reacción más rápida y enérgica contra el que lo ofende?

Imposible encontrar justificación á tamaña inconsecuencia, que lleva á confundir en la misma prisión á hombres perfectamente honorables con los asesinos y los ladrones.



83—Pero, no basta que la ley misma establezca los delitos que deben ser castigados con detención. La individualización legal es ya un gran progreso, pero debe completarse con la judicaria, ó sea, la facultad del juez de aplicar una ú otra de las dos penas paralelas después de un conveniente análisis del móvil del crimen y de la naturaleza del criminal ⁽¹⁾.

Demos nuestro pensamiento completo.

En la clasificación legal, el legislador procede por presunciones inspiradas en los móviles ordinarios de los delitos.

Pero estas presunciones, exactas en la gran mayoría de los casos, pueden, algunas veces, fallar. Pongamos como ejemplo el duelo, y supóngase que un individuo hábil en el manejo de las armas, provoca á otro á quien quiere matar y cuya impericia en el uso de ellas le es conocida. En vez de un homicidio en duelo, tendremos un verdadero asesinato. Lo mismo sucederá en el caso de que un hombre que conoce, tolera y talvez especula con el adulterio de su mujer, pero queriéndose librar de ella impunemente, la sorprende infraganti y la mata.

Por el contrario, un cajero roba (delito que se presume inspirado en un móvil bajo) para proveerse de recursos con que salvar la vida de su madre enferma, ó un hombre de ciencia comete el mismo delito buscando recursos con que continuar sus estudios y experimentos que le permitirán hacer un gran bien á la humanidad. En todos estos casos y otros muchos que pueden presentarse, el juez debe tener facultad para modificar la naturaleza de la pena legal, colaborando así en la obra del legislador.

84—Así, pues, el Código, en nuestro concepto, debe clasificar los delitos según el móvil que ordinariamente los

(1) El motivo, como factor psicológico del crimen, está muy bien analizado por M. Saleilles en su bella obra *L'individualisation de la peine*, páginas 213 á 225.



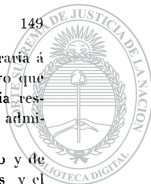
produce, en deshonrosos ó no deshonrosos, y aplicar á unos y otros penas de naturaleza diversa, la prisión ⁽¹⁾ á los primeros, la detención á los segundos. Por una disposición de carácter general, el juez debe tener facultad para sustituir la una á la otra cuando, en casos que serán excepcionales, constalara que el móvil del delito no ha sido el presumido por la ley: aplicando la detención en un delito deshonroso, como el robo por ej., cuando el móvil fuese bueno, y la prisión en un delito no deshonroso, cuando el móvil fuese bajo.

Semejante facultad no sería de ningún modo peligrosa, aun supuesto que no se tuviera completa confianza en el juez, puesto que ambas penas podrían ser de intensidad análoga y solo variar en algunos detalles del régimen y, principalmente, en el concepto que la sociedad se forma de una y otra. Por otra parte, la resolución judicial que tendrá que fundar especialmente el cambio de pena, sería controlada en las instancias superiores por tribunales colegiados, y en todo caso el error, si lo hubiere, que sería siempre excepcional, tendría inconvenientes menores que los que se producirían no teniendo el juez esta facultad.

No nos explicamos esta desconfianza en el juez, cuyos abusos, siempre posibles cuando él no está á la altura de su misión social, la ley es impotente para evitar. La historia nos enseña que nada se puede edificar sobre un prejuicio de este género. La reacción que llevó á cabo el Código francés de 1791 contra el arbitrio judicial ⁽¹⁾, no

(1) O reclusión, como la llaman los códigos italiano, alemán, etc. Es evidente la conveniencia en este caso de aplicar á tales penas los nombres ya consagrados por un uso más ó menos general, tanto más cuanto que el proyecto abandona el nombre de penitenciaría, ya tradicional entre nosotros, para elegir otro. El nombre de prisión no expresa bien la naturaleza de la pena, puesto que con tal nombre se ha conocido siempre en la República una relativamente leve aplicable á delitos de escasa importancia.

(1) El arbitrio judicial era extremado. El juez aplicaba á cada delito la pena que le parecía más apropiada á su gravedad, no legal, sino real. Esto, unido á su severidad draconiana (se ahorcaba por un primer robo, produjo un movimiento general de protesta en su tiempo.



duró largo tiempo ni podía durar, porque era contraria á las realidades de la vida; la fijeza de las penas tuvo que ceder y dejar lugar á la apreciacion judicial, todavía restringida en el Código de 1810, pero ampliamente admitida en la ley de 1832.

La libre apreciación de los móviles del delito y de las demás circunstancias atenuantes y agravantes y el *sursis* á la ejecución de la pena, admitidos por el proyecto, dan amplísimo campo al arbitrio judicial, ¿porqué temerlo cuando solo se trata de sustituir una pena por otra, siendo las dos igualmente severas?

Como lo dijimos en la discusión ante el Senado de la Nación del proyecto de reformas al Código Penal, los errores y las injusticias de la ley, las pretensiones del legislador de invadir el terreno propio del Juez, son los que más favorecen los abusos de estos funcionarios por que cuentan con el apoyo de la opinión pública. No solo entre nosotros, sino en todas partes, el Jury ó el Juez corrigen la obra del legislador cuando está convencido de su injusticia en un caso determinado ó, mejor dicho, de la impropiedad de la pena fulminada, y así se producen absoluciones escandalosas ó penas irrisorias porque el Juez no dispone ó no tiene facultades para aplicar la pena que él cree justa.

En esa discusión, citamos casos que lo comprueban. Cualquiera vé los inconvenientes de estas violaciones frecuentes de la ley penal, que deja de ser la norma superior ante la cual todos debemos inclinarnos.

Una ley previsorá, bastantemente elástica para no encerrar al magistrado en un círculo de hierro, lejos de dar pávulo á estos abusos, los evitaría y ella será lo que debe ser en todo pueblo civilizado: el supremo baluarte de todos los derechos sociales é individuales. Es la rigidez de una ley que pretende preveer lo que es imprevisible, los casos concretos tan varios como los individuos que la vio-



lan, la que los ha provocado en todo tiempo y en todas partes.

§ II

Cortas penas de aprisionamiento

85—Tratando en este lugar de las penas de intimidación pura, debemos decir algunas palabras sobre las cortas penas de aprisionamiento.

Estas penas, tan prodigadas por el proyecto siguiendo el ejemplo de nuestra actual legislación penal y de la generalidad de las extranjeras, han sido reconocidas como la llaga viva del régimen penitenciario, al extremo de que no existe un solo criminalista que no lo piense así y no las combata enérgicamente.

Los tribunales, por medio de las circunstancias atenuantes, no hacen sino agravar enormemente el mal.

Pero ¿qué se debe entender por corta pena de aprisionamiento? En Francia se tienen por tales las inferiores á un año de prisión, aunque la generalidad de los penitenciaros de ese país piensan que el aprisionamiento de seis meses á un año es ya una larga pena (¹). La opinión dominante, sin embargo, acogida por los penólogos alemanes y la generalidad de los europeos, es la de que tres meses es el límite superior de la corta pena de aprisionamiento. Así, pues, llamaremos tales á las inferiores á ese límite.

Naturalmente semejante pena, por su escasa duración, es incompatible con un régimen de reforma, y la ley, al aplicarla, debe tener en vista solamente la intimidación del condenado, y precisamente este carácter es el que ha obligado á distinguir la corta de la larga pena de aprisionamiento. Así, pues, la pena de aprisionamiento inferior á tres meses, es una pena de intimidación pura.

Hemos dicho que ella es de efectos desastrosos como lo

1) *Revue pénit.*, 1898, pág. 707.



reconocen todos los criminalistas, llegando, muchos de ellos, hasta pretender que sea suprimida en absoluto, y los que piensan que debe conservarse á pesar de sus graves inconvenientes, solo tienen en cuenta el enervamiento de la represión que semejante supresión podría traer como consecuencia ⁽¹⁾.

En efecto, siendo una pena de pura intimidación, este efecto ó no se alcanza ó se alcanza á costa de inconvenientes muy serios. Entre aquellos á quienes la corta pena de aprisionamiento no produce efecto alguno, se encuentran los que ya la han sufrido una primera vez, habiendo perdido para ellos, por esta causa, su único poder intimidante: el deshonor que trae consigo. Algunos días ó semanas de prisión no tienen valor represivo sino para los delincuentes primarios, en quienes la perspectiva de ella ejerce una influencia poderosa.

Pero aquí se producen los graves inconvenientes á que nos hemos referido. La cárcel degrada por su primer contacto: hace perder la dignidad personal al que la sufre, lo rebaja ante sus propios ojos y los de los demás, se siente deprimido ante su propia familia, pierde todo estímulo y la vida honesta no tiene ya para él atractivos. Consecuencia casi fatal: la reincidencia. La cárcel lo toma en su engranaje y no lo suelta más ⁽²⁾.

Pero no es esto todo. Desde el momento que se apli-

(1) *Revue pénit.* 1898.

(2) Prins, *Science penale et droit positif*, n. 786—Cuche. *Science et legisl. pénit.*, n. 66—Saleilles, *L'individualisation de la peine*, pág. 77 y 191—Ferri. *Sociología criminal*, pág. 905 y 906—Merkel, *Deho. pen.*, T. I., § 79. 3, págs. 315 y 316—Vidal, *Droit Crim. et Science pénit.*, n. 273, pág. 380, nota 1. Según la estadística francesa, 74 % de los prevenidos reincidentes fueron condenados á menos de un año de prisión y solo 3 % á más. Análoga cosa se ha observado en Bélgica, Alemania y otros países. Mr. Bevinger (padre) decía en su Relación de 1875 ante las Cámaras francesas: «Es entre los individuos condenados frecuentemente á cortas penas que se muestra la más repugnante corrupción... los condenados á menos de un año representan una proporción de más de tres quintos en el número de los reincidentes».



ca una pena ligera y de pura intimidación, es porque se trata de individuos aun no pervertidos, ó, mejor dicho, que conservan intacta su moralidad—de otro modo se les debía aplicar una pena de reforma—y como estos criminales, según el proyecto, deben sufrir su pena en común con los demás, reincidentes ó pervertidos, el resultado casi ineludible será su corrupción más ó menos profunda.

86—Ya que no es posible pensar en suprimir en absoluto la corta pena de aprisionamiento por su carácter intimidante para los delincuentes primarios, á quienes generalmente se aplica, pues ninguna otra pena con la cual se la puede sustituir ofrece igual carácter, es necesario reservarla para cuando su aplicación sea indispensable, tratando en los demás casos, de sustituirla con la multa sabiamente organizada, las penas morales ú otras.

No se necesita decir que esta corta pena debe sufrirse siempre en celda para evitar el contacto corruptor con los condenados á una pena mayor, y así podría crearse una otra denominada *arresto* ⁽¹⁾, conocida de nosotros y que no tiene ningún carácter deshonoroso, la cual no deberá exceder en duración de tres meses.

La conveniencia de esta nueva pena es evidente si se tiene en cuenta que, organizadas convenientemente, la prisión y la detención serían grandes establecimientos regionales ó cuando más existiría uno en cada Provincia, á donde no sería posible conducir, aparte de los gastos que ocasionaría, condenados á pocos días, como en muchos casos de contravenciones. El conocimiento de estos pequeños delitos ó faltas es generalmente atribuido á las autoridades locales del Partido ó Departamento y allí mismo debe cumplirse la pena, aprovechando los establecimientos actualmente destinados á ese objeto.

(1) El Código penal italiano la establece para las contravenciones y el proyecto de Código penal suizo.

Hemos dicho que los graves inconvenientes de la corta pena de aprisionamiento consisten en su ejecución, no siendo posible negarle eficacia mientras subsista en el estado de amenaza. Y bien, la condena condicional de que nos vamos á ocupar viene á llenar esta exigencia, haciendo, en muchos casos, inútil la aplicación material de la pena.

§ III

Condena condicional

87—El día en que se introdujo la condena condicional en la legislación penal de los pueblos, fué el de la consagración en la práctica de las nuevas ideas, abandonándose de golpe la vieja doctrina clásica para orientar el derecho represivo en el sentido de la política criminal, perdonando cuando el perdón es útil á la sociedad y al individuo.

¿Y porqué sería esta la única en no hacerlo si en todas partes donde existe una autoridad, siquiera sea en el hogar, se perdona la primera falta cuando no se trata de hechos demasiado graves, llegando hasta constituir un proverbio vulgar en muchos países, lo que no es sino una confirmación de su necesidad? (1). La mejor justicia es la que salva á los hombres.

La condena condicional es una variedad nueva de pena de advertencia ó de intimidación pura y es por eso que nos ocupamos de ella en este lugar. Ella consagra legalmente la distinción entre delinquentes primarios y de hábito y es un arma preventiva contra la reincidencia.

88—Dado que nuestro objeto es sentar las bases de la futura legislación penal de nuestro país, bueno es que hagamos un estudio algo completo de este notable instituto, supliendo modestamente el que la comisión redactora

(1) En Italia se dice: *la prima si perdona e la seconda si bastona*.





del proyecto debió hacer y cuya ausencia siempre se lamentará por la alta autoridad científica de sus miembros. Conviene simplificar la tarea de las Cámaras legislativas y de los que se interesan por el progreso de nuestra legislación, poniéndoles á la vista los elementos necesarios de juicio.

Dos sistemas se encuentran frente á frente: el sistema inglés y el sistema francés, aunque el segundo no es sino un perfeccionamiento del primero.

El inglés tuvo su origen en la práctica individual de un magistrado de esa nacionalidad, Sir Mathew Davenport Hill, quien desde 1842, sin ley especial y valiéndose sólo de la latitud que la tradición acordaba á sus funciones, suspendía sus condenaciones á los jóvenes delincuentes y los colocaba bajo la autoridad de una persona que él elegía: en caso de nuevo delito, los dos actos culpables eran, objeto de una doble condenación.

Esta práctica se propagó progresivamente, extendiéndose hasta los adultos. Massachusset en los Estados Unidos, inspirándose en este ejemplo, instituyó en 1869 un funcionario bajo el nombre de *state agency*, para ejercer vigilancia sobre los jóvenes delincuentes. El principio era el mismo del juez aludido, sin más variante que la institución de agentes oficiales de vigilancia y la fijación de un plazo de prueba, que era de dos años, cualquiera que fuera la condenación.

El buen resultado de este sistema hizo que Boston, primero, y otras ciudades del mismo Estado después, lo adoptasen en caso de primera falta ó de delito de poca importancia, hasta que por ley de 28 de Mayo de 1891 bajo el nombre *act to provide for the appointment of probation officers* fué adoptado para todo el Estado, no tardando en difundirse por toda América y Australia.

Pero, con mucha anterioridad á esto y después del feliz ensayo de Massachusset, lo adoptó Inglaterra en 1879.

por el *summary jurisdiction*, completado en 1887 por el *provision for first offenders*. En 1891 lo adoptó también el cantón suizo de Neuchâtel (1).

La característica del sistema es, como se ve, la suspensión de la *condenación* bajo simple promesa de buena conducta, en Inglaterra, con vigilancia especialmente organizada, en los Estados Unidos. Solo se aplica en caso de primer delito y siempre que la pena no exceda de dos años de aprisionamiento.

89—El sistema francés, que es el generalmente adoptado hoy, tuvo su origen en Francia por el proyecto Beranger presentado ante el Senado en 1884, del cual lo tomó la Bélgica, convirtiéndolo, con algunas variantes, en ley el 31 de Mayo de 1888. Recien, el 26 de Marzo de 1891, lo adoptó la Francia.

El sistema conocido con el nombre de *sursis a l'exécution de la peine* difiere substancialmente del inglés, pues, como lo hemos hecho notar, éste suspende la *condenación*, en tanto que el franco-belga suspende la *ejecución* después de pronunciada la *condenación*, de manera que si el culpable durante el período de prueba demuestra haberse arrepentido, la pena no se ejecuta, pero, en el caso contrario, sí.

En este último sistema no hay funcionarios especiales de vigilancia.

El sistema inglés tiene partidarios convencidos, aun en la Europa continental, como Ferri, por ejemplo (2); pero el francés ha sido el generalmente adoptado por los países que no son del habla inglesa. El Luxemburgo lo adoptó el 10 de Mayo de 1892, el Portugal el 6 de Julio de 1873, Noruega el 2 de Mayo de 1894, los cantones suizos de Ginebra el 29 de Agosto de 1892, de Vaud el 13

(1) *Cod. pen.*, arts. 390 y sigs.

(2) Ferri, *Sociologia criminale*, 4 Ed., pág. 916, *in fine*.





de Mayo de 1897, de el Valais el 13 de Mayo de 1899, de el Ticino el 14 de Noviembre de 1899.

90—El sistema francés, en nuestro concepto, es más racional y práctico que el inglés, y no es necesario esforzarse mucho para demostrar sus ventajas, reconocidas hoy casi universalmente.

En el sistema inglés, ó se suspende el juicio ó se suspende solo la sentencia.

En el primer caso, el trascurso del tiempo puede dificultar y hasta hacer imposible la prueba tanto de cargo como de descargo, no solo por la desaparición posible de las huellas del crimen y de los testigos, sino por la debilitación de los recuerdos, y la sentencia puede dar lugar á graves errores judiciales. En el segundo caso, se lleva un serio atentado á lo que comunmente se llama la vindicta pública y un agravio á la parte lesionada, sacrificando en absoluto la prevención colectiva, porque la suspensión, aparece ante el público como impunidad y si el procesado es inocente, se lo priva de su derecho más sagrado: la proclamación de su inocencia.

El sistema francés, por el contrario, no sacrifica ninguna de esas exigencias de la justicia y del procedimiento, y al delincuente no le queda esperanza alguna de escapar al castigo en caso de recaída. La amenaza es más cierta y, por tanto, más eficaz y se dá satisfacción, en la medida de lo posible, á la opinión pública y á la parte lesionada.

Es, pues, un sistema más racional y orgánico.

91—Bajo el punto de vista de su legitimidad, la condena condicional, para darle el nombre con que es generalmente conocida y con que lo adopta el proyecto, aunque su propiedad no esté al abrigo de críticas ⁽¹⁾, ha suscitado algunas observaciones.

(1) Se ha observado que esta denominación es poco precisa pues dá á entender que es la condena la sujeta á condición, en tanto que en el sistema



La más importante es la del enervamiento de la represión como consecuencia de la suspensión. La experiencia ha demostrado, sin embargo, la falta de fundamento de esa crítica. Es indudable que con la condena condicional se produce un conflicto entre la prevención colectiva y la individual; pero antes hemos visto que en tales conflictos no se debe excitar en sacrificar la primera á la segunda, cuando ésta aparece como más eficaz en la lucha contra el crimen, puesto que el fin de la prevención colectiva é individual es, en suma, la disminución de la criminalidad. Ahora bien, la estadística de todas las naciones que admiten la condena condicional, demuestra, como luego hemos de ver, que la prevención individual gana en energía y en eficacia, gracias á ésta, mucho más que lo que pierde la prevención colectiva, pudiéndose afirmar que los condenados condicionalmente que no reinciden, están en mucho mayor número que aquellos que han podido ser llevados al crimen por la esperanza de la suspensión de la pena.

Por otra parte, la prevención colectiva no es completamente olvidada en el sistema francés, como lo hemos visto al compararlo con el inglés. La condena tiene lugar, y la desaprobación moral que ella comporta realiza, hasta cierto punto, la intimidación colectiva, pues, como dice Tarde: la verdadera penalidad, como el verdadero gobierno, siendo la opinión pública lo que importa, al punto de vista de la defensa social, es, menos la ejecución de

franco-belga es la ejecución de la pena la que está sujeta á condición. Se han propuesto otras denominaciones no mucho mejores. Litz quiere que se diga: *bedingter Aufschub des Strafvollstreckung* (suspensión condicional de la ejecución). La sección alemana de la Unión de derecho internacional de Halle, adoptó esta otra: *Verurtheilung mit bedingtem Strafvollzug* (condena con ejecución condicional de la pena). Aschrott: *Urtheil mit bedingter Strafe*. Wach: *bedingter Straferlass*. Alimena: suspensión de pena. Negre y Gary: condenación redimible. Molinari Tosatti: remisión condicional de la ejecución de la pena. En Francia se llama *sursis á l'exécution de la peine* y la ley que la establece es conocida con el nombre de *loi du sursis*.



las penas que su pronunciado judicial. La necesidad social á la cual responde la justicia criminal no es rendir golpe por golpe, mal por mal, sino oponer á la negación de los principios sociales por el crimen su reafirmación solemne y la reprobación oficial de su violación..... Pero, en el caso del *sursis* condicional, la pena es ejecutoria bajo condición y sucede con esta penalidad sobre el papel, lo que con la moneda fiduciaria, que no pierde nada de su valor de cambio —cuando es convertible en oro» (1). Además, en un procedimiento de esta naturaleza, de pura individualización, aplicable ó no según los individuos, ningún criminal puede hacer cálculos bajo la base de ser condenado condicionalmente.

También se han manifestado temores sobre el posible abuso por parte de los jueces de este poder discrecional considerable, pero la experiencia general demuestra que este temor es infundado, pues, en todos los países que admiten el instituto, es insignificante el número de revocaciones, lo que demuestra que los magistrados usan con discreción de esa facultad.

En cuanto á la objeción que también se ha hecho á la condena condicional, de ser una gracia judicial y, por tanto, un atentado al poder conferido al Ejecutivo, apenas si vale la pena de ser contestado, pues la dispensa de la pena no es efecto de una gracia sino del cumplimiento de la condición resolutoria á que estaba sujeta la condena; la no ejecución de la pena más que obra del juez lo es del mismo condenado que con su conducta la ha hecho inútil. Por otra parte, tal objeción no puede hacerse en nuestro país donde la gracia judicial que consignan los arts. 73 y 74 del Código Penal, existe desde que tuvimos este.

(1) Tarde, *Le loi du sursis conditional et ses effets en France*.—Rapport au Congrès de l'Union Int. de droit pen.—*Bulletin de l'Union Int. de Droit pen.*, vol. dixieme, libraison, 2, 1902, pág. 301.



92—En donde quiera que se haya aplicado la condena condicional ha producido resultados sorprendentes, enrañeciéndole sensiblemente la reincidencia, la que había, hasta entonces, resistido victoriosa á todos los ataques que le fueron llevados, particularmente la relegación, medida brutal nacida del egoísmo colectivo exasperado, como dice Tarde, que no ha servido de nada salvo el hacer á los tribunales más indulgentes para evitarla. ⁽¹⁾

Cuando se aplicó en América, en la forma que antes indicamos, en Boston, en un periodo de tres años (1879-81), fueron sujetos á la prueba 6939 personas y tuvieron éxito 6359 (91.64 %) y en 1889 entre 1125 personas salieron bien 1065 (94.66 %). En Massachusset, de 1890 á 1896, fueron puestos en vigilancia 30122 y fueron de nuevo juzgados 373, es decir el 2.5 %.

En Inglaterra el *provation system* produjo análogos resultados. La proporción de los que fueron llamados nuevamente á los tribunales, respecto al total de los sometidos á la prueba, fué pequeña (5.9 % en 1888—7.5 % en 1889—6.5 % en 1890) ⁽²⁾.

En Francia, donde la condena condicional fué introducida en 1891, en el periodo de 1892 á 1899 se obtuvo la siguiente proporción de *sursis* revocados: en 1892, 3.6 % —en 1893, 2.3 % —en 1894, 1.9 % —en 1895, 1.5 % —en 1896, 1.3 % —en 1897, 1.5 % —en 1898, 1.3 % —en 1899, 1.4 %. «Si el *sursis* no hubiera sido acordado á los 185918 jóvenes condenados durante ese periodo y de los cuales solo 10640 se hicieron indignos del beneficio, ¿no es probable que, habiendo sufrido cortas penas de aprisionamiento, habrían, á su salida, seguido el ejemplo funesto de sus predecesores en prisión?». ⁽³⁾

(1) Tarde *Rapport cit.* en el Bulletin de l'U. I. D. P., 1902, p. 297.

(2) Pola, *Comm. alla legge sulla Cond. cond.*, pp. 32 y 38.

(3) Tarde, *Rapport* en el Bulletin de l'U. I. D. P. cit.



En un principio, se temió que esta institución sirviera para impulsar á muchos á hacer su debut en el crimen por la perspectiva de una condenación platónica. La estadística, como antes dijimos, ha venido á demostrar que estas aprensiones no eran justificadas. De 1890 á 1894 se elevó algo el número de condenados primarios, pero de 1895 á 1899 este número bajó rápidamente llegando este último año á una cifra menor que en 1890. De 112333 en 1890 bajó á 107990 en 1899.

En Bélgica, la condena condicional no ha dado todo el resultado que se podía esperar, á causa, principalmente, del error de la ley de dejar librada al juez la fijación del plazo de prueba, que puede llegar hasta ser de días. Naturalmente estos plazos irrisorios no pueden dar resultados. El informe oficial de la estadística de 1899, dice que la proporción de las recaídas, respecto al total de las condenaciones condicionales, era, en un año, de 24.17 % para las condenaciones á una pena correccional y 7.54 % para las de simple policía. (1)

En Suiza, en el Canton de Vaux, 208 *sursis* fueron acordados en el período de 1897 á 1899 y se revocaron 13 ó sea 6 $\frac{1}{10}$ %. En el de Geneve, de 1893 á 1900, se concedieron 212 *sursis* sobre 1112 condenaciones ó 19 % y se revocaron 8 ó sea 3 $\frac{1}{10}$ %.

Los diversos congresos científicos celebrados desde 1895 en adelante, han acogido con entusiasmo el nuevo instituto y lo han recomendado á todos los países. El Congreso penitenciario internacional de París (1895) lo recomienda como el mejor conocido (2), y más esplicito

(1) Berenger, *Des résultats de la condamnation conditionnelle*, Bulletin de l'U. I. D. P., 1902, p. 306.

(2) He aquí el voto de este Congreso: «Las legislaciones que reconocen á los tribunales la facultad de acordar la suspensión de la ejecución de la pena á los delincuentes condenados á breves penas contienen las mejores disposiciones conocidas.»



aún es el congreso jurídico húngaro convocado en Budapest (1). La Unión internacional de derecho penal reunida en Bruselas (1899), recomendó también á los legisladores la adopción de este sistema (2), como igualmente el grupo alemán de la misma Unión en sus reuniones de Helle (1900). El Congreso de San Petersburgo (1902) también se ocupó de esta interesante cuestión. (3)

93—Hecho este somero estudio de la condena condicional que demuestra sus indiscutibles ventajas, particularmente para prevenir la reincidencia, veamos como la disciplina el proyecto en el Título III.

Desde luego se apercibe que el artículo 32 no incluye la multa entre las penas á las cuales se aplica la condena condicional. ¿Es justificada esta omisión? No lo creemos. Si bien la condena condicional tiene por principal objeto evitar las cortas penas de aprisionamiento, pero, como ya lo hemos hecho observar, ella viene á ser una pena de intimidación intermediaria entre la amenaza legislativa y su ejecución y lo natural es estenderla á todas las pe-

— — —
(1) El voto de este Congreso está concebido en los términos siguientes: «1º Cuando en los delitos leves concurren circunstancias que merecen especial consideración y el imputado no haya sido precedentemente condenado á penas restrictivas de la libertad personal, el Juez puede pronunciar la remisión condicional de la pena; 2º En caso que el condenado, durante el término de dos á cinco años del día en que la condena se ha vuelto irrevocable, no haya cometido un delito sujeto á una pena restrictiva de la libertad personal, la pena le será perdonada; 3º La remisión condicional de la pena puede ser concedida con caución cuando las condiciones del imputado no rinden posible el pago.»

(2) Voto del Congreso: «La Unión recomienda á los legisladores de todos los países la adopción del principio de la condena condicional; pero, al mismo tiempo, recuerda la necesidad de reglamentarla según las condiciones especiales de los diversos lugares, el sentimiento y grado de cultura de cada pueblo.»

(3) En este Congreso se discutió si era preferible que el *sursis* fuese acordado mas bien por la Administración que por el Juez. El Congreso se pronunció en favor del Juez. Von Litz, Pionkowski, Francart y Riviere dieron interesantes datos sobre la aplicación y los resultados de la condena condicional.



nas de poca importancia, pues, en cualquier caso, sus resultados serán excelentes, como la práctica en Francia é Italia ⁽¹⁾ lo ha comprobado. Claro es que los tribunales aplicarán con mucho menos frecuencia la suspensión de la ejecución en caso de multa que en caso de prisión.

94—El art. 23 establece la suspensión de pena solo para el caso de delito. Pensamos que no hay razón alguna para no hacerla extensiva á las faltas. El error de la Comisión redactora nace, seguramente, del hecho de que las leyes extranjeras parecen referirse solo á los delitos, sin hablar de contravenciones, sin tener en cuenta la jurisprudencia de los respectivos países que ha hecho extensivo el beneficio á las simples contravenciones, interpretando racionalmente el espíritu de la ley.

Si el fin de la condena condicional es evitar á los condenados primarios el contacto corruptor de la cárcel, es de todo punto ilógico otorgarla á los autores de violaciones más graves y negarla á los autores de simples contravenciones. El que ha violado un derecho tutelado por la ley penal queda exento de pena; el que ha cometido un hecho reprimido por vía preventiva como peligrosa para violaciones de ese género, se le aplica la pena impuesta. Al delincuente se lo libra de la cárcel para que no cometa nuevos delitos; al que no lo es se lo lleva á ella para que los cometa. La contradicción es todavía más chocante si nos ponemos en el caso de un individuo que es al mismo tiempo procesado por un delito y una contravención ó falta: la pena del delito le será perdonada, la de la falla le será impuesta, de manera que el hecho más grave no tendrá pena pero sí la tendrá el insignificante. Se explicaría más bien lo contrario y

1) Las leyes de estos países hacen extensiva la condena condicional á los casos de multa.

esa fué la opinión del Congreso penitenciario de San Petersburgo (1).

Las leyes extranjeras que tenemos á la vista (la francesa, belga, italiana, portuguesa) no hablan, como nuestro proyecto, de *delito* que deba cumplirse en cárcel, sino de penas de cárcel, impuestas por los tribunales ordinarios, de manera que puede perfectamente comprenderse en esta disposición, como lo ha hecho la jurisprudencia, las contravenciones, pero los tribunales argentinos nunca podrían llegar á igual interpretación, en vista de lo dispuesto en el art. 32 del Proy., que limita la concesión de la suspensión el solo caso de delitos.

En este artículo hay una omisión importante que producirá serios inconvenientes en la práctica. En caso de varios delitos teniendo cada uno una pena inferior á dos años, pero resultando de su acumulación (art. 59) una mayor, ¿es aplicable la condena condicional? En otros términos, ¿debe tenerse en cuenta la pena de cada delito en particular ó la que corresponda por el concurso de los delitos perpetrados? Pensamos que lo último es lo que han querido los autores del Proy., pero debió decirse para evitar de los tribunales las más encontradas interpretaciones.

95—En cuanto á la duración de la pena, existen los más diversos criterios en las leyes análogas. Mientras la francesa hace extensivo el *sursis* hasta delitos con pena de cinco años (2), la inglesa hasta dos (3), las demás, como también los proyectos existentes, la limitan á seis

(1) Talvez el espíritu de la comisión haya sido hacer extensivo este beneficio á las faltas, en mérito de lo dispuesto en el art. 321 del Proy., pero, en tal caso, debió introducir modificaciones como lo ha hecho para la tentativa, reincidencia, etc., como por ejemplo, la disminución del plazo de prueba.

(2) Ley de 26 de Marzo de 1891.

(3) Ley de 7 de Agosto de 1887.





meses y aún tres ⁽¹⁾. Pensamos que el máximum de dos años aceptado por el proyecto es el más conveniente, sin embargo de que en Francia no se han notado inconvenientes al aplicar el *sursis* á delitos de relativa gravedad.

La segunda parte del art. 32 no nos satisface por que ella necesariamente estraviará el criterio del Juez falseando los propósitos del instituto. La tarea del Juez no puede reducirse á examinar la vida anterior del procesado en lo que dice relación con la ley penal y los reglamentos de policía. No hay que olvidar que la condena condicional es un procedimiento de individualización de la pena, en la más lata acepción de la palabra ⁽²⁾. y, de consiguiente, el Juez debe tener en cuenta al concederla ó negarla la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto pueden servirla para apreciar mejor esa personalidad. Debe dejarse, pues, al Juez toda amplitud para proceder según su criterio personal.

Lo que acabamos de decir explica por que todas las leyes hacen facultativa y no imperativa la concesión del beneficio.

«Para apreciar la oportunidad del *sursis*, dicen dos distinguidos comentaristas de la ley Béranger, el Juez tomará en consideración la edad, el sexo, la salud, el carácter, los antecedentes, la acción del ambiente, todos los hechos de la causa, todas las circunstancias de las que el estado moral del prevenido es la resultante. Él discernirá si los

(1) Ley belga de 31 de Mayo de 1888.—Ley portuguesa de 6 de Julio de 1863.—Ley italiana de 26 de Junio de 1904.

(2) Sleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 195. «De todas las formas de individualización, dice este autor, es la más extrema (el *sursis* ó condena condicional) y esto por dos razones: la primera porque no se traza ninguna regla al Juez, quien solo debe dejarse guiar por su impresión personal; y la segunda por que, bajo pretexto de individualización, no es de un cambio de pena que se trata sino de la supresión de la pena misma.»



signos de arrepentimiento son ciertos ó simulados, tendrá cuenta, bajo este punto de vista, de la actitud, de la espontaneidad de la confesión, sin separarse, sin embargo, de su tarea de hacer justicia y no misericordia; no obstante no rehusará sistemáticamente la indulgencia de la ley á aquel que haya persistido en negar un delito probado, ya que la determinación de la pena no debe depender de una defensa mal ideada y las negaciones del culpable no siempre excluyen los remordimientos.

El Juez deberá preguntarse, en una cierta medida, si la ejecución de la pena no servirá para herir indirectamente á inocentes, á los cuales la prisión ó el pago de una pena pecuniaria arrojaría en la miseria.

El juez indagará, en fin, si, malgrado la gravedad del delito, él no se encuentra en presencia de una persona susceptible de continuar en el buen camino; si, por otra, apesar de la ligeresa aparente del hecho, no se trata de un culpable pervertido, igualmente insensible al freno del interés y al temor del castigo. Deberá siempre recordar que se trata de evitar la reincidencia y hará lugar á la suspensión solo respecto de aquellos á los cuales una pena moral bastará para volverlos al buen camino» (1).

Las leyes extranjeras dejan la más completa libertad al Juez en la concesión del beneficio. La belga solo habla de *decisión motivada*; la francesa lo mismo, *indicando los motivos* el Juez; la portuguesa *que se debe tener consideración á las circunstancias en que fué cometido el delito y á la conducta moral del condenado*; la italiana solo exige *que no exista condena anterior á la reclusión*.

96—El artículo siguiente 33 adopta, sin mayor examen, el plazo de cinco años que fija la ley francesa para el periodo de prueba, sin tener en cuenta que esta, al fijar este plazo, lo hizo por que ese era el término de la prescripción

1) Négre y Gary, *La loi Beranger*, págs. 69 y 70.



de las penas correccionales. Los autores del proyecto han olvidado que debían relacionar este término de prueba con el de la prescripción de la pena de prisión. Una simple consideración bastará para demostrar los serios inconvenientes de esa falta de concordancia.

Supóngase un individuo condenado á dos años de prisión bajo condición. Dos ó tres años después comete un nuevo delito: como la pena anterior está ya prescrita (artículo 69, inciso 3 del Proy.), solo se podrá aplicar la pena del nuevo delito. Y la disposición del párr. c, ordenando la aplicación de las penas de los dos delitos y toda la economía de la ley, ¿en qué quedan? Se vé, pues, como es indispensable relacionar el plazo de prueba con los términos de prescripción de las penas.

Pero se dirá, acaso, como se ha sostenido en Francia, que durante el plazo de prueba queda *suspendida* la prescripción; pero esto es inaceptable: 1º Por que la ley no lo dice y en el conflicto de dos disposiciones, como las contenidas en el art. 33 y en el 39, deberá estarse á la más favorable al reo: 2º porque la ciencia hoy y la generalidad de las legislaciones penales no admiten la suspensión de la prescripción (que no debe confundirse con la interrupción), ya se trate de la acción penal, ya de la pena, porque los principios sobre que descansa la prescripción penal son diversas de las que justifican la prescripción civil. Ningún obstáculo de hecho ó de derecho puede suspender la prescripción penal ya se trate de un caso de fuerza mayor, de la locura del condenado ó procesado, de una cuestión prejudicial ú otros análogos. Cualquiera que sea el obstáculo, aunque tenga su origen en la ley misma, no impedirá que el tiempo transcurra, que el recuerdo del delito se borre, que la pena no sea más necesaria al mantenimiento del orden social, y, de consiguiente, ilegítima.

En materia civil no es lo mismo: allí tiene perfecta

aplicación la máxima: *contra valentem non agere non currit prescriptio*, puesto que la prescripción está fundada en la negligencia ó en una presunción de liberación sacada de la inacción del acreedor. Se castiga ésta, pero no se puede castigar la inacción del ministerio público ó suponer que haya renunciado á toda persecución. (1)

Cualesquiera que sean las conclusiones de la jurisprudencia francesa y algunas legislaciones sobre este punto (2), los resultados á que se llega son inadmisibles. Dos individuos son condenados á la misma pena: dos años de prisión. El de buenos antecedentes obtiene la suspensión de la ejecución; el que por su inmoralidad no es digno de este favor no la obtiene, pero, por la fuga, se sustrae á la pena. Ambos delinquen de nuevo después de transcurridos dos años de la condena: el primero sufrirá las penas de los dos delitos: el segundo, el peor, el más peligroso, sufrirá solo la pena correspondiente al último delito, puesto que la primera está prescripta. Basta enunciar el caso para que se comprenda que la ley no puede sancionar semejante contrasentido.

97—Nuestra disconformidad es también completa respecto á la segunda parte del artículo 33, en cuanto deja sin

(1) Garraud, *Droit pen. franç.*, T. 2, n. 987.—Ortolan, *Elementos de droit pen.*, T. 2, ns. 1872 á 1874 y 1907.—Haus, *Droit pen. belg.*, T. 2, ns. 1052 á 1055.—Blanche, *Etudes prat. sur le Cód. pen.*, T. 2, n. 195, etc.—En dos sentencias de la Corte de Justicia de Catamarca, tuvimos ocasión de sostener estos principios, fundándolos ampliamente. Cuando entramos á formar parte de ese tribunal, encontramos dos juicios criminales en estado de sentencia desde hacían algunos años; la Corte declaró prescripta la acción.

(2) La casación francesa ha sostenido en varias sentencias la suspensión de la prescripción. Pero esta jurisprudencia es generalmente atacada por los autores franceses, admitiendo algunos la suspensión solo cuando se trata de obstáculos de derecho y otros no la admiten en ningún caso. El Cód. pen. alemán (§ 69), admite la suspensión en caso de acciones prejudiciales y el italiano lo mismo (art. 92, § 2), pero refiriéndose á la acción. La generalidad de los códigos no admiten la suspensión de la prescripción de la pena cualquiera que sea el obstáculo legal ó de hecho que se oponga á su ejecución.



efecto el beneficio de la suspensión de la condena cuando se descubren malos antecedentes del condenado.

Estos malos antecedentes ¿son anteriores ó posteriores á la condena? De la redacción misma del párrafo, parece desprenderse que se refiere á antecedentes que ya existían cuando se produjo la condena, pero que se descubrieron con posterioridad. En caso contrario hubiera hablado de mala conducta actual. Pero en uno ó en otro caso la disposición sería inconsulta.

Cualesquiera que sean los malos antecedentes que se descubran anteriores á la condena, desde el momento que la amenaza de la ley ha sido bastante para que el condenado no reincida, ¿porqué retirar el beneficio ya acordado? Que se tengan en cuenta los malos antecedentes del reo para no acordarle el beneficio, pase, pero una vez que se le ha acordado y que él ha producido el resultado que la ley ha tenido en vista, evitando la reincidencia, no hay motivo racional para retirar el beneficio. ⁽¹⁾

Si los malos antecedentes son posteriores á la condena, ó mejor dicho, si el condenado condicional tiene mala conducta, tampoco sería razonable retirarle el beneficio mientras esta mala conducta no haya llegado hasta la comisión de un nuevo delito, á que se refiere la segunda parte de este mismo párrafo. ⁽²⁾

Hemos dicho que el fin principal de la condena condicional es evitar la reincidencia, sustrayendo al delincuente primario del contacto corruptor de la cárcel y estimulándolo por la amenaza legal para que se mantenga en el buen camino. La ley no puede pretender hacer de cada

(1) La ley italiana prevé el caso de descubrirse durante el término de prueba un otro delito cometido con anterioridad á la condena y que quedó oculto, y declara que solo que éste tenga la pena de reclusión (análoga á nuestra penitenciaría ó presidio), se revocará el beneficio acordado v. art. 3, Ley de 26 de Junio de 1904).

(2) Así lo disponen terminantemente la ley francesa (art. 1), la belga (art. 9), la portuguesa (art. 9), la italiana (art. 3), etc.



condenado condicional un impecable; lo único que quiere es que no se convierta en un profesional del delito. Debe, pues, para alcanzar este gran fin social, colocarse en un punto intermedio que no sea la severidad ni la indulgencia y hacer depender, por tanto, la pérdida del beneficio de hechos que ofrezcan cierta gravedad y que hagan, en realidad, desesperar del arrepentimiento del condenado. De manera que solo un nuevo delito debe hacer revocar el beneficio y no meras contravenciones ó simplemente mala conducta, expresión esta última de una vaguedad tal, que autoriza todas las interpretaciones y que puede llegar hasta desnaturalizar el propósito de la ley y desprestigiarla, por la desigualdad de tratamiento que será su consecuencia ineludible.

Antes dijimos, comentando el art. 32, que la condena condicional es aplicable tanto á los delitos como á las faltas; pero, como acabamos de decir, el beneficio no debe revocarse sinó en caso de delito que merezca pena de prisión, porque los castigados con multa son, por regla general, muy leves y no revelan en su autor una alma perversa, y la revocación del beneficio no hará sino producir esa perversión por el contacto profundamente desmoralizador de la prisión. ¿Qué razón habría (tomamos este ejemplo al azar), para dejar sin efecto la suspensión de la pena respecto á un individuo que durante el plazo de prueba se niega á concurrir á una citación como testigo (art. 262, Proy.)?

98—En cuanto al art. 34, no tenemos objeción que hacer, si bien el contenido del inciso 2° ha sido y es materia de seria discusión, encontrándose las mismas leyes en desacuerdo, pues mientras la ley francesa, dispone lo mismo que nuestro inciso, la belga no hace distinción entre penas principales y accesorias, otorgando la suspensión para las unas como para las otras. Pensamos como los autores del proyecto, por esta razón



principal: no es la ejecución de la pena la que dá origen á la incapacidad, sino el estado de indignidad, de la que la condena constituye una prueba jurídica.

§ IV

Multa

99—Al ocuparnos de las penas de intimidación pura, debemos hablar de la multa, que es una de ellas. Hemos dicho que la multa, convenientemente organizada, puede sustituir con ventaja para la sociedad y para el individuo á la prisión de corta duración.

La pena pecuniaria, por su naturaleza, no es una pena reformadora sino una pena de intimidación y, de consiguiente, solo debe ser pronunciada contra individuos cuya moralidad no se encontre seriamente comprometida. Y debe serlo con tanta más razón cuanto que ella no degrada, no envilece, no dándole la opinión pública ningún efecto deshonoroso, como sucede generalmente con las penas privativas de libertad.

Aparte de esta, la pena pecuniaria tiene otras muchísimas ventajas que no podemos detenernos á enumerar aquí y que le dan un serio valor penitenciario. Bástenos recordar que, en el mundo criminal, existen muchos que no temen la prisión y que aun la buscan, en tanto que sería imposible encontrar uno á quien le sea indiferente una condenación á multa, de donde esta verdad que enuncia un distinguido penitenciario: «se acostumbra á la prisión, no se sabría acostumbrarse á la multa» (1). Además, la pena de prisión es siempre dispendiosa, en tanto que la

(1) Labbe, *Amende pénale et amende fiscale*, p. 52, cit. p. buche.



multa, bien organizada, puede ser provechosa para el Estado y para la víctima del delito.

Una de las más fundadas críticas que se le puede hacer al proyecto, es el desprecio que hace de esta pena que rara vez aplica, ni aun para reprimir las faltas, que las legislaciones modernas y aun las antiguas castigan con multa por que es la que mejor se amolda á su índole y gravedad. La falta no es un delito, ya lo hemos dicho, no importa la violación de ningún derecho que la ley tutele: la ley la castiga como una medida de previsión, como una advertencia para evitar la reproducción de actos que importan un peligro. Entonces se le debe aplicar una pena leve y de pura intimidación, como es la multa. Si las cortas penas privativas de libertad son funestas, como lo hemos hecho ya notar, aun tratándose de verdaderos delincuentes, con cuanta mayor razón lo serán aplicadas á individuos que solo han cometido hechos insignificantes y sin criminalidad propia. Imponer tal pena por fruslerías, como dice Rossi, no llega sino á debilitar la impresión moral que ella debe causar y á hacer obra de verdadera iniquidad.

El indiscutible valor penitenciario de esta pena pecuniaria aconseja ensanchar en lo posible el campo de su aplicación, siempre que el objeto que se busca sea la intimidación. Lejos, pues, de economizarla, como hace el proyecto, debe prodigársela, restringiendo en lo posible las penas privativas de libertad, poniendo en práctica este sabio consejo de un gran penalista. «La pena privativa de libertad no deberá ser pronunciada jamás cuando la pena pecuniaria basta á la represión.» ⁽¹⁾

100—Desgraciadamente esta pena no siempre puede ser aplicada ó lo es de un modo desigual. Naturalmente una buena legislación puede evitar en gran parte estos inconvenientes, ya que no hacerlos desaparecer del todo, y

(1) Boneville de Marsigny, *Amélioration de la loi criminelle*, T. II, p. 304.



á este fin responden las consideraciones que vamos á apuntar.

Respecto á la desigualdad de su aplicación, ella viene siendo objeto de severas críticas desde Bentham (1); felizmente el proyecto en su art. 28, reaccionando contra el error de algunas legislaciones de aplicarla en vista solo de la gravedad del delito, establece que se tenga también en cuenta la situación económica del penado, de manera de proporcionarla á la fortuna de este. Indudablemente que la proporcionalidad establecida por el proyecto no es bastante para asegurar una perfecta igualdad en el sacrificio que el pago de la multa impone, como no lo es ni siquiera la cuota parte de los bienes de que habla Bentham (2); quitar la décima parte del capital al que posee diez millones es pena mucho mas leve que quitar mil pesos al que tiene diez mil, pues, como dice Rossi, hay entre lo uno y lo otro la misma diferencia que entre lo necesario y lo superfluo (3). Para llegar á ese resultado, seria necesario aceptar la progresión que proponen algunos penalistas (4), pero con el grave inconveniente de llegar, en ocasiones, á penas enormes, sin ninguna proporción con el daño social y el perjuicio causado.

Por nuestra parte, optamos por la simple proporcionalidad en la forma restringida que la establece el proyecto, si bien pensamos que deben elevarse, por regla general, los máximum que se determinan en la parte especial. Las críticas de que ha sido objeto esa proporcionalidad no son serias (5), y hoy es casi unánime la opinión en su favor.

(1) Bentham, *Tritéde legisl. civ. et pen.*, T. 2, Chap IX, pp. 204 y 205.

(2) Bentham, *Ob. y loc. cit.*

(3) Rossi, *Trat. de Dcho. pen.*, Lib. 8º, Cap. XII, p. 543.

(4) Cuche, *Science et Legislat. pénit.*, n. 74.

(5) «La ley, dicen Chauveau y Hélie, no ha hecho de la fortuna del delincuente una circunstancia agravante ó atenuante de esta pena.» *Théorie du Cód. Pen.*, T. 1, N° 127. No es que la riqueza sea una circunstancia agravante de esta pena; nadie piensa en agravarla, sino en hacerla igual

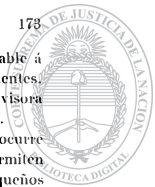
Hemos dicho que esta pena no siempre es aplicable á causa de la insolvencia de la mayoría de los delinquentes.

He ahí su gran inconveniente. Pero una ley previsorá puede disminuir mucho los casos de inaplicabilidad.

101—Desde luego, el caso más frecuente que ocurre es el del condenado cuyos escasos recursos no le permiten pagar la multa. Se encuentran en este caso los pequeños propietarios, empleados de comercio ú otros, jornaleros y obreros en general, cuya renta diaria apenas les permite satisfacer sus mas imprescindibles necesidades. ¿Cómo podrían pagar multas que algunas veces subirían á quinientos mil ó más pesos? Actualmente, en la República Argentina, esas multas no se pagan jamás convirtiéndose en prisión subsidiaria, no solo en los casos expresados, pero aun en las pequeñas contravenciones castigadas con multas de quince ó veinte pesos. Es una penalidad para ricos y de consiguiente muy poco intimidante, quedando la privación de libertad como la pena normal para toda clase de delitos y de contravenciones.

Esto no puede continuar así. La multa que, como lo hemos dicho, juega tan importante papel en la legislación moderna, no puede seguir siendo una penalidad sobre el papel, que no se aplica nunca, siendo sustituida por otra pena mucho más grave que la ley no impuso porque no

para todos y evitar que los ricos puedan imitar á aquel joven romano que daba una bofetada á los transeúntes y les presentaba al mismo tiempo el escudo fijado por la ley de las XII Tablas. En el Congreso Penit. de Bruselas se ha dicho que no convenía discutir en público la renta de los particulares. Si las Naciones mas adelantadas han adoptado ó tratan de adoptar el impuesto sobre la renta que se extiende á todos y que necesita llegar á conclusiones exactas, ¿qué inconveniente habría en calcular aproximadamente la fortuna ó renta de un criminal, cuya vida privada está sometida al tribunal? En cuanto al criterio que debe tener el Juez respecto á esta proporcionalidad, se ha aconsejado adoptar como unidad de medida el jornal diario de un trabajador. Si la multa que se debiera aplicar á éste fuera el importe de treinta días de trabajo, por ejemplo, á todos los demás se les aplicaría treinta veces su renta diaria en igual caso.—V. Mouveau y Saleilles, *Rev. Pen.* 1901, p. 389 y sig.





estaba en relación con la gravedad y naturaleza del delito. Estas penalidades que no se ejecutan son perniciosas porque subvierten toda la economía de la ley, como lo dijimos en otra ocasión ⁽¹⁾. Es necesario, pues, propender á que ella sea aplicada en todos los casos en que los Jueces la impongan, ó, de lo contrario, suprimirla para hacer desaparecer una repugnante desigualdad. Pero, á Dios gracias, no tendremos necesidad de llegar á este extremo, porque la ciencia ofrece al legislador los medios de conseguir aquel resultado.

En lo que va á seguir nos ocuparemos solo de los condenados que, queriendo pagar, no puedan hacerlo por la escasez de sus recursos. No hay para que tener en cuenta á los recalcitrantes, á los que pudiendo, no quieren pagar. Para estos no hay otro remedio que la *contraint par corps* como dicen los franceses ó sea el apremio corporal ó arresto civil, que debe durar tanto como la rebeldía en pagar, aunque fijándose un límite que no se deba ultrapasar. El proyecto fija este límite en un año y medio y convierte la multa, en *prisión*, la pena deshonorosa y corruptora por excelencia, que sufren los peores criminales. Y vaya de paso, con este motivo, una observación que demostrará, una vez más, el lamentable descuido con que ha sido preparado ese proyecto. Adonde aplica con más frecuencia la multa, es en los delitos de los funcionarios públicos, en los casos leves en que no cree deber aplicar la pena principal reservada á estos: la detención. Cuando aquella sea aplicada á un individuo que no la pueda pagar se convierte en prisión (art. 28), de donde resulta esta enormidad: que el delito más grave es castigado con detención, pena no deshonorosa y el leve con prisión, la pena reservada á los peores criminales! No necesitamos decir que si el condenado posee bienes conocidos, se debe, antes que todo, hacer ejecución de ellos.

(1) Discurso ante el Senado de la Nación, Diario de Sesiones, 1903.

Ocupémosnos del caso más general y único que admite solución: cuando se tiene voluntad de pagar, pero no se cuenta con recursos bastantes.

El primer medio que ocurre es hacer extensivo al pago de las multas el procedimiento existente para el pago de una deuda civil, embargando en poder de su jefe ó patrón una cuota parte del sueldo de que goza el empleado ó trabajador, que naturalmente deberá ser mayor que en el caso de una deuda civil, pudiendo llegar hasta la mitad y aún más, la que el Juez deberá fijar en atención á las circunstancias, pero no debiendo bajar de la cuarta parte en ningún caso ⁽¹⁾. Al condenado debe quedar solo lo estrictamente indispensable para satisfacer las primeras necesidades de la vida ⁽²⁾.

102—Pero si el condenado, para no sujetar á su familia á una estrechéz que puede ser intolerable, quisiera pagar en naturaleza lo que no puede pagar en especie, ¿debería permitirsele? No creemos que puedan haber dos opiniones á este respecto. Sería la mejor de las soluciones, pues de esta manera sufre el único culpable y no su inocente familia.

Admitir al condenado insolvente á libertarse de la multa, pidiendo al trabajo lo que el capital no puede dar, he ahí la gran cuestión que tanto ha preocupado á los hombres de ciencia y que es conocida bajo el nombre de *corvée* penal, de cuya solución acertada depende que la pena pecuniaria tome el lugar importante que le corresponde en la

(1) La ley debe abstenerse de fijar esa cuota parte embargable porque solo el Juez está en condiciones de apreciarla; es muy diferente el caso de un individuo solo, al de aquel que tiene á su cargo una familia más ó menos numerosa.

(2) Garófalo, *Criminalología*, 8ª part., caps. IV y V, p. 352. No hay que olvidar que el jornalero, el obrero y aun muchos empleados privan á su familia de esta misma parte de sus salarios para gastarlos en los despaños de bebidas.





legislación penal, evitando, en lo posible, la aplicación de las cortas penas de aprisionamiento ⁽¹⁾.

Ante todo, necesitamos ponernos de acuerdo sobre un principio que domina esta cuestión y es el siguiente: el trabajo personal que se sustituya á la multa debe ser facultativo y no obligatorio como algunos lo pretenden. El desconocimiento de este principio ha sido la causa de las serias dificultades con que se ha tropezado y se tropieza para resolver acertadamente el problema, porque el trabajo penal obligatorio nos lleva fatalmente al punto de partida: la conversión de la multa en pena privativa de la libertad, que es lo que queremos evitar. En efecto, desde el momento que se obligue al condenado á prestar un trabajo que resiste, es necesario asegurarse de su persona para obligarlo á efectuarlo, es decir, privarlo de su libertad y vigilar su trabajo, como se hace con los detenidos en las prisiones. Es, pues, un círculo vicioso y para salir de él no hay sino aceptar el principio mencionado ⁽²⁾.

Al obrero asalariado que desee no se le embargue parte de su sueldo, debe permitírsele realizar un suplemento diario de trabajo en favor del Estado ó de la Comuna, siempre que estos necesiten de ese trabajo, lo que sucederá frecuentemente, ó, cuando esto no fuere posible, en favor de los simples particulares, pero con la obligación, garantida con su sueldo, de entregar, semanal ó quincenalmente, una cantidad determinada, igual al producido probable de

(1) Como antecedentes legislativos dignos de consultarse véanse: *Código Penal italiano*, art. 19.—*Ley prusiana de 15 de Abril de 1878*.—*Id. forestal francesa de 18 de Junio de 1859*.—*Cód. de Vaud, de Valais, de Fribourg, de Neuchatel*.—*Proy. de Cód. pen. Suizo*, art. 26, trad. de Alfredo Gautier 1894, el que ofrece un excelente modelo.—*Cód. pen. noruego* art. 28.—*Proy. ruso*, art. 58.—*Proy. Rivarola*, art. 39 y 40.—Von List, Aschrott, Teichman, Holzendorf, Getz... han sostenido también la misma idea.

(2) Cuche, *Ob. cit.* II. 77.



su trabajo (1). En el primer caso y siempre que la multa tenga cierta importancia y el Juez lo estime conveniente, podrá exigirse al condenado una garantía bastante.

Cuando se trate de trabajadores no asalariados, artesanos por ejemplo, siempre bajo garantía suficiente, real ó personal, se les debe dar un plazo, cuyo máximo no debe pasar de seis meses, para que paguen la multa en dinero ó en especie. En este último caso debe hacerse-los trabajar en su especialidad, siendo esto posible, para llenar necesidades del Estado ó de la Comuna.

Con una organización semejante de la multa, esta será abonada siempre ó casi siempre, llenando su importante rol como pena de intimidación pura, sobre todo si ella se aplica á aquellos individuos cuya moralidad, como antes hemos dicho, no se encuentra seriamente comprometida, los cuales, en la generalidad de los casos, tendran medios regulares de existencia. Sería un contrasentido aplicar esta pena á los vagabundos, á los ociosos, á los habituados á la prisión.

El Código, en la parte especial, cuando crea conveniente conminar la multa, debe poner siempre á disposición del Juez otra pena para que él aplique la que juzgue más conveniente, según las condiciones personales del delincuente, ó en la parte general una disposición facultándolo para sustituir á la multa otra pena, cuando concurren las circunstancias que la misma determinará. Además, la multa, ya lo hemos dicho, debe tener un máximo elevado para que pueda ser aplicada con cierta igualdad teniendo en cuenta la fortuna del condenado.

(1) Debe preferirse siempre el trabajo en favor del Estado ó de la Comuna, para no hacer concurrencia al comercio. Sin embargo, no damos demasiada importancia á esta concurrencia porque, tratándose de un trabajo excepcional puesto que demandará un gran sacrificio personal, individual y de corta duración, él no ofrecerá al comercio la competencia ruinosa de los grandes establecimientos penitenciarios.



Hemos hecho presente lo que creemos mas sustancial é importante en esta grave cuestión del trabajo penal. En una obra de esta clase no podemos entrar en detalles de organización, que se deben buscar en las obras especiales. Con lo dicho basta para que nuestros legisladores se den cuenta de la importancia de esta cuestión y de la manera deficientísima como ha sido encarada por la comisión redactora del proyecto.

103—Pocas palabras más antes de terminar.

El proyecto debió prever un caso que ha ofrecido serias dificultades y ha sido resuelto de muy diversos modos por las leyes y la jurisprudencia. Nos referimos á aquel en que el condenado á la multa muere después que la condenación ha pasado en autoridad de cosa juzgada, pero antes de ser ella abonada. La doctrina y la jurisprudencia francesas sostienen que la condenación ha creado el título de una obligación pecuniaria á cargo del patrimonio del culpable y esta obligación ha sido transmitida á los herederos con el patrimonio mismo; que en razón del derecho que le pertenece de aceptar la herencia con beneficio de inventario, el heredero no tendria que pagar con sus propios bienes la multa pronunciada ⁽¹⁾. Semejante solución es contraria, á todas luces, á la personalidad de las penas, que son una reacción contra el delincuente y no contra terceros, extraños al delito. Hacerla efectiva contra los herederos, importaría herir á éstos con la pena, puesto que se verán empobrecidos como consecuencia de un delito de que no son culpables y del mismo modo que si lo hubieran ellos cometido. Por otra parte, toda pena se extingue con la muerte del condenado y no se vé que fin de defensa social llenaría una pena que no puede caer sino sobre inocentes.

(1) El Código húngaro dispone que la multa debe hacerse efectiva contra los herederos, cuando el condenado ha muerto después que la sentencia se haya vuelto irrevocable. El alemán (§ 30) dispone lo mismo.



El mismo Derecho Romano lo entendía así ⁽¹⁾ y su gran expositor Savigny dice: «Si un criminal condenado á prisión ó á muerte, perece antes de haber sufrido la pena, no pensará nadie que será esta aplicada á su heredero, pues el derecho criminal solo ataca al hombre natural, al individuo, y no al poseedor de un conjunto de bienes, única cualidad en que sucede el heredero. El caso de una multa impuesta en provecho del fisco no ofrece ninguna diferencia esencial, porque, si bien grava sobre los bienes, no son estos más que el instrumento de la pena, cuya naturaleza, como tal, no difiere de los otros modos de pena más arriba mencionados.

Por último, la multa privada del derecho romano tampoco difiere esencialmente de la que se impone en provecho del fisco, pues el Estado es el que autoriza á la parte lesionada para reclamar y conservar la multa. En todos estos casos, la esencia de la pena permanece siendo la misma; su objeto inmediato es un mal dirigido contra el culpable, cualquiera que sea, por otra parte, la naturaleza de este mal. Así, cuando se extiende á otra persona distinta del culpable, á su heredero, por ejemplo, que ninguna participación ha tenido en el delito, se contradice la verdadera naturaleza de la pena. Por tanto, la regla de derecho romano que declara las penas propiamente dichas no transmisibles á los herederos, se encuentra plenamente justificada» ⁽²⁾.

Hoy se reconoce universalmente el error de semejante doctrina que atenta contra los principios más fundamentales del derecho penal, y los nuevos Códigos han derogado esa excepción ⁽³⁾.

(1) Gayo, IV, § 112, § I, *J. de perpet.* (IV, 12); L. 1, *pr. de priv. del.* (XLVII, 1); L. 5, § 4, *si quis eum* (II, 7); L. 3, § 1, de R. J. (L. 17); L. 22, *de op. novi nunc.* (XXXIX, 1); L. 5, § 5, 13, *de effusis* (IX, 3); L. 8, *de popul. act.* (XLVII, 28).

(2) Sanigny, *Dcho. Rom. actual*, T. 4, p. 38.

(3) Garraud, *Ob. cit.*, T. 2º, n. 444—Haus, *Of. cit.*, T. 2º, n. 771.—Berner, *Ob. cit.*, Lib. 3º, Tit. 8, § 16i, etc.



Se vé, pues, la necesidad de que el proyecto hubiera previsto el caso para evitar dificultades prácticas y una jurisprudencia posiblemente errónea. Un Código Penal, menos que ningún otro, debe dejar á esta soluciones que él mismo puede dar.

104—Otras observaciones más.

Nada sería más justo y lógico que destinar el producido de las penas pecuniarias á una caja de multas, á fin de hacer frente, con sus entradas, á la indemnización de la prisión preventiva en los casos de absolución del procesado, á un socorro á las víctimas del delito y á la indemnización de las víctimas de los errores judiciales.

Al hablar de la indemnización civil nos ocuparemos detenidamente de esta nueva institución á crearse.

Hemos concluido con las penas de intimidación pura, entre las cuales no hemos comprendido el *perdón con reprimenda* que existe en Italia (art. 26 de su Código Penal) y que en estos últimos tiempos ha sido muy discutido, por que pensamos que él es absolutamente inútil cuando existe la condena condicional, que llena el mismo fin de clemencia por un camino mucho mejor ⁽¹⁾.

Pasemos ahora á estudiar las penas de reforma.

(1) El Congreso de París de 1865 lo proclamó así. En 1901 se presentó al Parlamento francés un proyecto de ley adoptándolo, el que fué ampliamente discutido por la Sociedad General de Prisiones de esa Nación, llegándose, casi por unanimidad, á la misma, conclusión del Congreso citado: que donde existe la ley del *sursis* es inútil el perdón con admonición. *Rev. pénit.*, 1902, p. 56 y s. y 165.



SECCION IV

PENAS REFORMADORAS

§ I

Sistemas penitenciarios

105—Las llamamos así, no porque la enmienda del culpable deba ser el único objeto de esta clase de penas, sino porque ella es su función más elevada bajo el doble punto de vista de la moral y de la utilidad social y por que esa función es precisamente la que la distingue de las otras. La ciencia penitenciaria moderna no considera la reforma del culpable como una simple utilización de la pena, sino como su función más importante, sin que esto excluya su carácter seriamente aflictivo.

La pena reformadora no es sino la prisión, pero organizada de tal manera que pueda llenar satisfactoriamente esta gran función de la reforma moral del culpable. De esta organización, pues, saca toda su importancia. Hoy es opinión unánime de todos los penalistas que las antiguas penas de que estaban llenos los Códigos y aún algunos lo están, no tienen valor penitenciario porque solo sirven para corromper, y su crueldad no ha impedido el desarrollo de la criminalidad.

La prisión es la pena por excelencia en los países civilizados, ha dicho Rossi ⁽¹⁾, lo repite Garraud ⁽²⁾, lo sostienen todos los penitenciarios, y contrasta singularmente con esta afirmación el art. 18 de la Constitución Nacional, que quita á la prisión su carácter de pena, sin duda porque, en los albores de nuestra emancipación política, nuestros juristas sólo conocían las penalidades en uso

(1) Rossi, *Deho. pen.*, lib. 3º, cap. VIII.

(2) Garraud, ob. cit., t. 2º, lib. VIII, n. 343.—Chauveaux Adolphe, *Theorie du C. P.*, T. 1., pág. 105.



por ese tiempo en casi todas las naciones, sin darse cuenta del movimiento de reforma que ya se estaba operando activamente en Europa y América (1).

Como se ha dicho también, la prisión puede ser la peor ó la mejor de las penas, según su organización práctica ó régimen: la peor, si ella es, como parece quererla el proyecto, esencialmente corruptora por la promiscuidad y la mezcla de todas clases de delinquentes; la mejor, si ella es un medio de regenerar, de corregir al culpable y de prepararlo para que se convierta, el día de su libertad, en un hombre honrado y útil á sus semejantes. Evitar que

(1) «Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.» Esta cláusula tomada á la letra parece prohibir, no sólo la implantación de cualquier régimen penitenciario en las prisiones, sino aun que ésta sea erigida en pena. Disentimos con el Sr. Estrada respecto á la filiación histórica y razón de ser de esta disposición. El cree que fué motivada por los abusos de la tiranía que hicieron de las cárceles lugares de tortura (Estrada, *Deho. Constitucional Fed. y Adm.*, edic. 1885, pág. 169). Pero el distinguido maestro no se fijó que esta disposición, casi en los mismos términos, tuvo su origen en el Estatuto Provisional de 28 de Noviembre de 1811 y que desde entonces viene siendo reproducida por los diferentes Estatutos y Constituciones que se dió al país hasta la que hoy nos rige. Conviene transcribir íntegro el artículo 6º del citado Estatuto de 1811: «Siendo las cárceles para seguridad y no para castigo de los reos, toda medida que, á pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos, será castigada rigurosamente». Esta disposición fué tomada del derecho romano que hacía de la prisión, no una penalidad, sino una medida preventiva para evitar que el acusado ó condenado eludiera el juicio ó la pena, y así decía usando de términos análogos á los de nuestra disposición constitucional: *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*. He aquí íntegro este fragmento de Ulpiano, bien conocido por cierto por legistas tan eruditos cuales eran el Dr. Juan José Paso y el Dr. Bernardino Rivadavia, firmantes de ese decreto: *Solent presides provinciarum in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur sed id eos facere non oportet, nam hujusmodi pene interdicte sunt. (Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet. (Dig. 48, 19, f. 8, § 9, Ulp.)* Si tal es el origen y el espíritu de esa cláusula, ella debe ser eliminada en la primera reforma que se haga de la Constitución, porque vá contra todos los progresos de la ciencia penitenciaria, y nuestra legislación, que necesariamente deberá inspirarse en ella, estará en pugna con la Constitución, pues *salus populi suprema lex esto*. Cualquiera interpretación que se pretenda dar á esa cláusula para conciliarla con las conclusiones de esta ciencia será falsa y, por tanto, inaceptable.



el que salga de una prisión vuelva á ella, que el criminal de ocasión se convierta en criminal de hábito. he ahí el gran fin que persigue la ciencia penitenciaria y que debe ser el ideal de todo legislador.

Este problema de la enmienda del culpable tiene un doble aspecto: el uno negativo, positivo el otro. El primero consiste en evitar que el culpable se corrompa más, el segundo, en su reforma propiamente dicha. Sucede con esto lo que con un enfermo; el primer cuidado del médico es apartar las causas que han producido ó que entretienen el mal, después viene la curación, que sólo á esta condición es posible.

106—Antes de exponer nuestras ideas sobre el sistema penitenciario á adoptarse en el futuro Código Penal, bueno es explicar, tan brevemente como nos sea posible, en qué consisten los diversos sistemas en boga, cada uno de los cuales tiene partidarios entusiastas y han sido adoptados, desde muchos años há, por algunos de los países que marchan á la cabeza de la civilización.

Desde hacen varios siglos, seguramente debido á la influencia del derecho canónico (1), algunos países crearon establecimientos penitenciarios en los que se practicaba el régimen que después se llamó auburniano, como la casa de reforma de Hamburgo fundada en 1522; la de Amsterdam en 1596; la de San Miguel en Roma, fundada por Clemente XI en 1703, en la que se grabó la inscripción

(1) Desde el siglo VI la Iglesia castigaba por medio de la reclusión en un monasterio y las primeras prisiones eclesiásticas fueron celulares, pues ella ha dado siempre gran importancia á la virtud moralizadora de la soledad, y así dice el P. Kempis: «Al que quiere llegar á las cosas interiores y espirituales, le conviene apartarse con Jesucristo de la gente» (Kempis, *Imitación*, cap. XX. 2; en 1246, el Concilio de Beziers quiso evitar la corrupción mutua por medio de la separación de los detenidos: *ut alterutrum vel per se vel per alios pervertere nequiant* (canon 23). Véase sobre esto, Riviere, *L'Eglise et les institutions penitentiaries* (*Rev. Pen.*, 1895, págs. 480 y sig.).—Tarde, *Philosophie Pen.*, pág. 522.—Beltran Scalia, *La Riforma Pen. in Italia*.



que ha quedado célebre: *Parum est coercere improbos pena nisi probos efficias disciplina* y que tiende á realizar la ciencia penitenciaria moderna: la fundada también en Roma por Clemente XII en 1735, y, por último, la célebre prisión de Gand, fundada por María Teresa en 1775.

El cuáquero Guillermo Pen, que visitó las prisiones de Holanda, y Franklin que conoció y se apasionó por las doctrinas del gran reformador Howard ⁽¹⁾, que por ese tiempo apareció, llevaron estas ideas sobre la separación individual de los detenidos y el trabajo en las prisiones á los Estados Unidos y así fueron erigidos los dos establecimientos rivales que establecieron los dos sistemas sobre que todavía se disputa: el filadelfiano ó pensilvanio y el auburniano, que tomaron sus nombres de los lugares donde fueron construídos: Filadelfia y Auburn.

El sistema filadelfiano, como todo el mundo sabe, consiste en la segregación celular continua de día y de noche. El auburniano en la segregación celular nocturna solamente y el trabajo en común durante el día.

107—El régimen filadelfiano, en su pureza primitiva, no existe más. *El solitary confinement* ó aislamiento absoluto, ha desaparecido hasta en la prisión de Filadelfia donde se ha llegado á reunir dos ó tres condenados para que trabajen en común, retirando los tabiques divisorios de algunas celdas, porque su aplicación dió resultados lamentables, llevando los detenidos á la tisis, al idiotismo, á la locura y al suicidio. Hoy la segregación

(1) Howard nació en 1726 y fué un verdadero filántropo, que dedicó toda su vida á la reforma de las prisiones. Visitó las de los diferentes países de Europa y vió desde cerca los horribles males que era necesario remediar y sobre los cuales llamó la atención de los gobiernos; fué partidario de la separación individual de los detenidos y sus dos grandes medios de moralización eran la religión y el trabajo, teniendo respecto á este último una frase favorita: *Make man diligent and you will make them honest*. Completó la obra de Beccaria, y á estos dos grandes hombres debemos los progresos en las ciencias penal y penitenciaria de que hoy nos enorgullecemos. Murió en pleno apostolado, en 1790.



celular consiste, á lo menos como se practica en los diversos Estados de Europa, particularmente en Bélgica, en la separación de los detenidos entre ellos, pero no con los demás. A su celda tienen acceso los empleados de la prisión, los representantes del culto, los miembros de las Sociedades de patronato, etc., y, lejos de restringirlas, se trata de que esas comunicaciones sean tan frecuentes y repetidas como sea posible; también el detenido pasea una ó dos veces por día en un lugar solitario destinado á ese objeto.

La celda no puede durar indefinidamente. Hoy nadie discute sobre que ella debe tener un límite, límite infranqueable, so pena de que el que salga de ella, salga loco ó idiota. ¿Cual es ese límite? Esa es la gran cuestión sobre la que aún no es posible ponerse de acuerdo, pero ningún país lo ha llevado más allá de los diez años. Nosotros, desde las primeras tentativas de codificación penal, hemos pensado que solo debe durar días ⁽¹⁾, y lo más singular es que el Dr. Tejedor, queriendo fundar esta exajerada limitación, cita en su apoyo algunos parrafos elocuentes de Chaveau Adolphe, en los que el eminente penalista sostiene que la primera regla de todo sistema penitenciario es la separación de los criminales en el establecimiento, pues, el aislamiento, dice, constituye el principio y la base del sistema ⁽²⁾. El proyecto Rivarola limita la segregación celular á 30 días, por vía de corrección disciplinaria, negándole toda importancia como medio de ejecución de la pena y afirmando que ella solo produce imbéciles ⁽³⁾.

108—Esta marcada repugnancia de nuestros hombres de ciencia y de nuestros Congresos á la celda, nos obliga á debatir esta grave cuestión con alguna amplitud.

(1) Proyecto Tejedor, art. 161. Cód. Pen., art. 20.

(2) Chaveau Adolphe, *Ob. cit.*, T. I, p. 105 y sig.

(3) Proy. art. 161.—*Exp. de motivos*, p. 80.



completando así el estudio que venimos haciendo del régimen filadelfiano. Este estudio tiene para nosotros grande importancia, porque pensamos, con los criminalistas del mundo entero, que la segregación celular de día y de noche es una necesidad en las cortas penas de aprisionamiento por toda su duración, y por una parte de ella en las largas.

Muchas son las críticas que se le han dirigido y un distinguido escritor, muy conocido de nosotros, Ferri, ha llegado á decir que «il sistema cellulare costituisce una della aberrazioni del secolo XIX». Sus más caracterizados impugnadores son Prins ⁽¹⁾, Levellé ⁽²⁾ y Ferri ⁽³⁾ y sus argumentos pueden reducirse á tres principales, que vamos á estudiar en el orden en que los consignamos: 1° La celda prolongada (lo que se combate es el régimen celular aplicado á las largas penas) no es un medio suficiente de readaptación social; 2° El trabajo en celda no favorece tampoco este resultado; 3° La celda (siempre prolongada) ocasiona inconvenientes serios á la salud de los detenidos.

109—1° La celda, como cualquiera otra institución penitenciaria, no tiene un valor absoluto; tiene sus ventajas como tiene sus inconvenientes y lo único que se necesita saber es si las primeras son mayores que los segundos. Dijimos antes que la cuestión penitenciaria tiene dos facetas, la una negativa y la otra positiva.

La negativa consiste en sustraer al detenido de la corrupción que la vida común engendra, y este fin es llenado ampliamente por la celda, que evita el contacto entre los penados, pero sin sustraerlos, como sucedía con el régimen pensilvanio primitivo, al contacto del mundo exterior y á las influencias moralizadora de la religión, de las bue-

(1) *Ob. cit.*, ns. 735, 736 y 737.

(2) *Rev. l'énit.*, 1894, ps. 769 y sig. 1896, ps. 459 y sig.

(3) *Sociologia Criminale*. Cap. IV-VI-98.

nas lecturas, del trabajo, de la educación y de la sociedad con personas que tienen interés en su regeneración moral. Este solo beneficio que reportara la celda, sería ya de una grandísima importancia, y estamos tan familiarizados con la corrupción de las cárceles, que decir de una prisión que no es corruptora es hacer su mejor elogio.

Esto en cuanto á la faz negativa, que en cuanto á la positiva su acción, sinó tan eficaz y completa, tiene una importancia que no se puede negar y que el legislador haría mal en despreciar. Bajo este punto de vista no damos sinó un valor relativo á estas sentidas palabras del gran filántropo inglés, antes recordado: «La soledad y el silencio nos hacen espantar del crimen; ellas llevan al alma á la reflexión, al arrepentimiento. El criminal es un hombre depravado; en el recogimiento y la calma, él se purifica y las horas silenciosas y pensativas llevan más hombres extraviados al amor al orden y de la honestidad que los castigos los más severos y las más fuertes exhortaciones de los ministros de la religión» (1). Pero no podemos negar tampoco, con la generalidad de los psicólogos, que la soledad, con la contemplación interior y la reflexión que ella provoca, tiene una influencia moralizadora sobre el alma, despertando el sentido moral.

Indudablemente que la vida moral no puede desenvolverse ampliamente entre las cuatro paredes de una celda, porque ella supone lucha, energías que se despiertan y actúan, libertad de obrar. Mas toda volición supone dos elementos diferentes: un estado de conciencia, el querer simplemente, sin ninguna trascendencia en nuestros actos, y un mecanismo psicofisiológico en el que unicamente reside el poder de obrar ó de abstenernos y este mecanismo, como todo órgano, se desarrolla por el ejercicio, por el trabajo interior continuo, por el esfuerzo repetido, y

(1. Howard, *State of prisons*, T. I. p. 45.





esto, que es innegable tratándose de la generalidad de los hombres, con mayor razón lo es en los criminales, débiles de voluntad. Y bien, una celda no es el terreno más a propósito para este trabajo; pero por lo menos de ella se saca una energía potencial, que ayudada por un régimen penitenciario bien meditado, puede dar y dá resultados sorprendentes.

En este sentido, pues, tienen razón los que combaten la celda de larga duración. Pero, el argumento que contestamos prueba demasiado y por lo tanto nada prueba. Este es un mal inherente á la vida en prisión, cualquiera que sea su organización, y que es imposible evitar. No es de buena lógica para demostrar los inconvenientes de la celda parangonarla con la vida libre, como si se pudiera optar entre la celda y la libertad. Desde el momento que es una necesidad privar al delincuente de su libertad, ¿qué es preferible, que viva en sociedad con los demás presos, con hombres tanto ó más corrompidos que él, ó que se lo aisle de estos, pero poniéndolo en contacto, dentro de lo posible, con individuos honrados, cuyo único interés es la regeneración del culpable? Este es el problema que hay que resolver y no otro.

Para combatir la celda, se ha usado y abusado de una cita de Aristóteles, á quien se hace decir lo que no pensó decir. En efecto, el gran filósofo no dijo que para vivir solo se necesita ser un Dios ó un bruto, dando al vocablo *solo* el significado todo relativo que le dan los que hacen la cita, sino este otro que es muy diferente: «Si se hallase un hombre que no pudiese vivir en sociedad ó que pretendiese no necesitar cuidado alguno, no sería propiamente un hombre, sería una fiera salvaje ó un Dios» ⁽¹⁾, ó, en otros términos: para prescindir en absoluto de la sociedad es necesario ser ó un Dios ó una fiera. El segregado en celda no vive fuera de la sociedad; por el contrario, la sociedad

(1) Aristóteles, Política, T. I, Lib. I, Cap. I.



vela por él, por su existencia, por su porvenir, por su moralización, por su educación y aún templa el rigor del aislamiento proporcionándole lecturas y pasatiempos útiles y aún ratos de conversación, tan frecuentes como es posible, con los funcionarios de la administración penitenciaria, el institutor, el limosnero, los miembros de la comisión de vigilancia de la prisión, y del comité del patronato, que podrán llamar la atención y la reflexión del condenado sobre su situación y su porvenir y contribuir á su reforma moral y su regeneración social.

Si bien combatimos las ideas de los autores citados por lo que tienen de absolutas, estamos conformes con ellos en que es inútil y hasta perjudicial prolongar excesivamente la segregación celular, llevándola hasta diez años y más como en Bélgica y en Italia, y pensamos que lo mejor sería restringirla en límites más estrechos como partes de un sistema que luego hemos de exponer. Pero, repetimos, si se cree que una segregación larga es útil, nada se opone á ella, ni la readaptación social, ni la higiene, ni la salud del condenado, como lo vamos á demostrar.

110—2º La segunda objeción no tiene, en nuestro concepto, mayor importancia. No importa, en efecto, cuando se trata de preparar hombres para la vida honesta, que el trabajo se haga en celda ó en talleres. «El ejercicio de todas las profesiones es posible en la celda» ha dicho un penalista ⁽¹⁾, y es verdad, salvo la agricultura. Sastrería, carpintería, zapatería, tapicería, pintura, litografía . . . todas las profesiones útiles pueden ser allí enseñadas. La organización del trabajo es fácil y aprovechable siguiendo el sistema conocido y practicado bajo el nombre de *Sloyd-system* en Suecia, Dinamarca y Finlandia ó de *manual training* en N. América ⁽²⁾. Es verdad que los talleres

(1) Tarde, *Ob. cit.*, not. 2, p. 523.

(2) William Tallack, *Penological and preventive principles*, Ch. IV y XII, ps. 191 y 273. Cada detenido es ocupado según sus gustos y sus aptitud-



ofrecen un campo más vasto en la actualidad y preparan mejor para llenar las exigencias de la vida moderna, pero existe un inconveniente que no es de despreciar: el conocimiento entre ellos de los presos que más tarde los hacen víctimas del *chantage* y dificulta seriamente la vida honesta. Se ha observado, en efecto, que casi nunca los liberados adoptan la profesión que adquirieron en la prisión, movidos precisamente por ese temor de ser más fácilmente reconocidos. Por otra parte, en un país donde la industria no está todavía muy desarrollada, como sucede en el nuestro, la importancia del taller disminuye y aumenta la de las profesiones manuales, aunque esto no sea sinó transitorio.

111—3° A la afirmación de Prins y de otros formulada en los términos que antes hemos expuesto, respecto á los inconvenientes de la celda sobre la salud física y moral de los detenidos, agregáremos la afirmación mucho más terminante aún de este otro gran enemigo de la celda, Mr. Leveillé, que visitó por dos veces la Bélgica para estudiar en sus prisiones los efectos de ella, el que se expresa así: «J'ay considèrè en mon ame et conscience que beaucoup de ces malheureux—je parle de ceux qui ont survècu—étaient dèsequilibrès et atteints á dose variable de ce que les aliénistes appellent le delire de persecution.» Confesamos que esta afirmación del gran penitenciario, cuando hace algunos años la leímos, nos hizo vacilar en nuestra opinión, pero no tardamos en reconocer lo infundado de ella.

Se asiste, desde hacen algunos años, en Francia, á una lucha desesperada entre la trasportación y la celda. Mr. Leveillé es, sin duda alguna, el más esforzado campeón de la primera, llegando hasta sostener que ella es «la obra maestra de la legislación penal francesa». Su ardor de combatiente y el prejuicio formado á cerca de la celda lo

des y sometido á un método de trabajo manual, comprendiendo, desde luego, el manejo general de los instrumentos.

llevó á hacer afirmaciones desprovistas de toda realidad, como se ha comprobado por la opinión, poco menos que unánime, de los que antes y después observaron la prisión de Louvain, con tanta imparcialidad y honradez científica como él, y algunos con una competencia profesional de que él carecía.

En efecto, Mr. el Dr. A. Voisin se dedicó durante mucho tiempo al estudio de los detenidos belgas en el gran establecimiento citado y en el de Gand, encerrándose con ellos para someterlos á un estudio metódico y después de conocer sus antecedentes criminales y todas las circunstancias que podían darle luz en sus investigaciones. El resultado de sus observaciones lo sometió á la Academia de Medicina de París, la cual aprobó, después de una ilustrada discusión, la siguiente conclusión á que llegaban esos estudios: «El régimen celular *aún prolongado* cuando es bien aplicado, no agrava la situación sanitaria de los detenidos.» ⁽¹⁾

Ante esta conclusión de la sabia corporación, toda discusión parece inútil. Sin embargo y para mayor ilustración agregaremos la opinión de los dos sabios penitenciarios franceses MM. Albert Riviere y Henry Joly, que también visitaron las prisiones belgas y llegaron á conclusiones contrarias á las de Mr. Leveillé. En efecto, ellos sostienen que los detenidos que les fueron presentados y que habían sufrido siete, ocho y hasta veinte años de celda, sin encontrarse en un estado moral perfectamente satisfactorio, era, sin embargo, superior á la media de los detenidos en las prisiones francesas en común; y lo que es aún más sugerente, los detenidos prefieren quedar en celda á ser trasportados á una prisión en común á que tienen derecho por la ley después de diez años, y así de 1878 á 1894, sobre 105 condenados que sufrieron diez años de celda, hubieron

(1) Docteur A. Voisin, *L'emprisonnement cellulaire en Belgique*, Rev. Penit. 1888, ps. 967 y sig.--Rev. Penit. 1889, ps. 82 y sig. y 114.





71 que optaron por la continuación del régimen. (1)

M. Puibaraud decía, á su vez, á la *Société Generale des prisons*: «En Belgique, on fait en cellule jusqu'à trente ans d'incarcération. Nous avons vu l'été dernier, Mr. Albert Riviere et moi, des détenus qui étaient en cellule depuis trente ans. Je ne vous cache pas que je m'attendais á voir des espèces de momies, des hommes déprimés, abêtis. Eh bien! non; j'ai parlé avec eux, et ces gens-là, grâce au régime cellulaire belge, ne sont ni déprimés ni abêtis. La cellule, en Belgique, c'est la chambre d'étudiant: toute la journée, sauf des femmes, bien entendu, il y passe du monde: l'inspecteur, le directeur, les instituteurs, les médecins, les aumôniers, les maîtres ouvriers, les membres des Comités de patronage; c'est un salon modeste, mais où l'on cause . . . J'exagère peut-être un peu; mais en fin les prisonniers ont des oiseaux, des petites bêtes, des mapemondes, des boîtes de couleurs, etc., etc. C'est un régime, sinon certes récréatif, du moins éducatif et où on travaille paisiblement. Il y a dans ces cellules des machines-outils dont chacune vaut plusieurs centaines de francs.» (2)

M. Drioux, que las visitó igualmente, llega á las mismas conclusiones y afirma «que la celda no había producido sobre la naturaleza de los detenidos un efecto peor que el aprisionamiento ordinario» (3). Por último, y para no abundar en citas que nos llevarían lejos, el eminente Ministro de Justicia y penitenciario belga, M. Lejeune, manifestó al Parlamento de su patria, en 1899, que, después de una experiencia de varios años, el sistema celular había perdido definitivamente el «renombre terrorífico» bajo el cual se practicaron los primeros ensayos y agregaba que la mora-

(1) Cuéhe, *Ob. cit.*, n. 113, p. 333.

(2) *Rev. Penit.*, 1901, p. 1117.

(2) *Rev. Penit.*, 1896, p. 460.



lización por la celda habrá cesado de ser encarada como una operación dolorosa para el cuerpo y para el alma. (1)

112—El Congreso penitenciario de Stockolmo discutió ampliamente la cuestión de aplicación del régimen celular y la mayoría de sus miembros se inclinó porque ella tuviera lugar durante todo el término de la pena (2). En el de Bruselas, de 1900, se discutió esta cuestión bajo el doble punto de vista de la influencia fisiológica y moral de la celda y todos los «rapporteurs», con excepción de uno solo, se declararon partidarios de este sistema. En la relación que le fué presentada por la *Dirección General de las Prisiones de Bélgica* se establece que, sobre 436 condenados á perpetuidad entrados á las prisiones de Louvain en 25 años, veinte solamente, menos del 5 %, fueron transferidos á un asilo de alienados (3). Esta interesante relación constata la eficacia del régimen en la prisión central belga, y su eficacia menor en las prisiones secundarias, donde la duración media de la detención es demasiada restringida. A esta relación, se agregó un estudio del Dr. León de Rode relativo á la influencia de la detención celular sobre el estado mental de los condenados, constatando que sus servicios son superiores á sus peligros. El Dr. Beauvais, de la Santé, expuso la síntesis de su práctica, llegando á la misma conclusión, y el Dr. Struelens afirma, que en 1859 fué establecida la contabilidad moral de las prisiones celulares, examinando á los condenados á la entrada y salida, resultando de los datos así recogidos que la separación individual no ha producido ningún efecto desfavorable y, por el contrario, ciertas afecciones constitucionales se han encontrado atenuadas por el régimen regular de la celda.

Por último, ante este mismo Congreso fué presentada

(1) *Rev. Penit.*, 1896, p. 458.

(2) Garraud, *Ob. cit.*, not. 15, p. 40.

(3) Naturalmente estos entraron á la prisión ya enfermos ó con el germen del mal.



en nombre de la Société Générale des prisons de France, una Relación por Mr. Josep Astor, llena de datos estadísticos de ese país y del extranjero la que llega á la siguiente conclusión: que aún prolongado por varios años, el régimen celular no parece deber ejercer ninguna influencia perniciosa sobre el estado físico y moral de los detenidos, bajo las condiciones de una buena organización del trabajo, frecuencia de las visitas del personal y del patronato y práctica de ejercicios físicos.

Son dignas también de atención las relaciones de los Señores Roux, Benielli, Hürbin, Arnmitsböhl y Petersen sobre el mismo asunto, llegando á análogas conclusiones, que no hacemos sino mencionar para no prolongar demasiado este estudio.

El Congreso sancionó el siguiente voto, previa relación de Mr. Bertrand:

I—*El Congreso estima que los resultados del sistema celular en cuanto á la criminalidad y á la reincidencia en tanto ellos pueden hacer el objeto de una constatación experimental, responden á las esperanzas de los promotores de este modo de aprisionamiento en la medida de la acción posible de los procedimientos penitenciarios.*

II—*Resulta de la experiencia hecha en Bélgica que el aprisionamiento celular, aún prolongado durante diez años y más, mediante la eliminación previa ó sucesiva de ciertos elementos, no tiene, sobre la salud física ó mental de los detenidos, efecto más desfavorable que cualquier otro modo de aprisionamiento (1).*

Según lo constatan todos los criminalistas, los resultados del régimen celular en Bélgica no pueden ser mejores. La marcha de la criminalidad se ha moderado sensiblemente; la vagabundez y la mendicidad han disminuido en una proporción considerable, y, según lo afirma un peniten-

(1) *Rev. pénit.*, 1900, ps. 1215 y sig.



ciario francés, la aplicación de la celda belga ha provocado hacia los Departamentos del Norte de Francia un verdadero éxodo de delincuentes profesionales (1).

En Francia se constatan resultados análogos, si bien la celda allí solo se aplica á las cortas penas. El médico de la Santé, comparando el aprisionamiento celular y el aprisionamiento común respecto á la salud de los detenidos, constata, durante varios años, una diferencia de dos quintos en favor del régimen celular (2).

Es bueno hacer notar que la mayor parte de las legislaciones penales de Europa y los proyectos existentes han consagrado el principio de que todas las largas penas deben principiar por un período de celda que varía según los países, y así es de nueve meses en Inglaterra, de un año en Suiza, de dos años en Suecia, de tres años en Alemania, Austria, Dinamarca é Italia (en el Ergástolo, 7), de cuatro años en Noruega (Cód. anterior), de cinco años en Holanda, de ocho años y de diez años en Bélgica.

113—El régimen auburniano, que es el que se usa en nuestras prisiones celulares, á tenido, antes más que ahora, sus partidarios entusiastas. Se ha discutido principalmente sobre las ventajas de uno y otro régimen, bajo el punto de vista económico y bajo el punto de vista de la naturaleza del trabajo. Como del filadelfiano ya nos hemos ocupado, diremos alguna palabra sobre aquel. Mientras unos sostienen que el sistema filadelfiano es el más caro de todos por la mayor amplitud que hay que dar á las celdas y por las dificultades que hay que vencer para organizar convenientemente el trabajo individual (3), otros

(1) Cuhe, *Science et legis. penit.*, p. 315.

(2) *Rev. penit.*, 1886, ps. 592 y sig.

(3) Cuhe, *Ob. cit.*, p. 316. El precio de una celda filadelfiana en Francia cuesta, por término medio, de cinco á seis mil francos y una auburniana solo 1.000 fr. Las de la Penitenciaría de Buenos Aires costaron cada una 2.708, pesos fuertes ó sea 18.540 fr. según la Memoria del Coronel Juan C. Boer en 1885 citada en la *Rev. Penit.*, 1886, p. 473.



creen que el auburniano lo es más, porque necesita dos prisiones yustapuestas, una celular y otra colectiva (1). Como se ve no se ha llegado á ningún resultado práctico. Sin embargo, se dirige al sistema auburniano un reproche serio y fundamental porque toca á la naturaleza misma del sistema.

La regla del silencio absoluto y la asiduidad del trabajo, con exclusión de toda relación entre los detenidos, no es posible imponerlas sino por medio de penas severas y reiteradas cada vez que se produce una infracción á ellas. Tales penalidades, como el látigo y otras corporales, usadas con rigor estremado por Mr. Alam Lynds primer director de la prisión de Auburn, ni nuestras instituciones ni nuestras costumbres las permiten. Fáciles comprender que la regla del silencio, sin inconveniente para el que vive encerrado en una celda, es penosísima, intolerable, para los penados que trabajan juntos y que no los abandonará un momento la tentación de comunicarse entre ellos. De ahí los castigos duros y reiterados y de ahí la dificultad casi invencible de evitar la comunicación por los mil medios que están á su alcance (2).

Estos inconvenientes han hecho que la escuela penitenciaria, unánimemente, dé la preferencia al régimen pensilvanio ó filadelfiano que asegura mejor la enmienda del condenado, aceptando solo el auburniano, como parte integrante del régimen progresivo, del que ya es tiempo que nos ocupemos.

114—Hemos dicho ya que la segregación continua tiene un límite que no es posible ultrapasar. Este límite es esencialmente variable, según las leyes, pero ninguna se ha atrevido á llevarla más allá de los diez años. Y bien, so pena de reducir la duración de las penas más graves al máximum de segregación celular aceptado por un país.

1) Garraud, *Ob. cit.*, t. 2, n°. 846.

(2) Haus, *Droit pen. belge*, T°. 2°, n°. 74¹, ps. 28 y 29.

hay forzosamente, ó que aceptar para el resto de la pena la prisión colectiva con todos sus inconvenientes y que destruiría de un golpe los buenos efectos del aislamiento, que resultaría así inútil, ó hacer de aquella una parte solo de un sistema más completo.

Además, la vida permanente en celda no sabría preparar lo suficiente para la existencia libre. No es dudosa la eficacia represiva y moralizadora de ella—todos los penitenciarios lo afirman—pero no sabría formar el carácter, estimular energías, templar el espíritu lo suficiente para que resista las sollicitaciones de que será objeto más tarde, tanto más poderosas cuanto más larga y más completa ha sido la privación de los placeres que el mundo proporciona. Hacer pasar sin transición de la celda á la vida libre á un condenado, tanto valdría como hacer que un enfermo grave, que ha pasado en cama mucho tiempo, sometido á rigurosa dieta, entrara de golpe á la vida normal. Esto y condenarlo á una recaída segura, sería lo mismo. Es por esto que se puede decir que aquí está el nudo del problema penitenciario.

Es, pues, fuera de duda, que las facultades del condenado deben ser sometidas á una gimnasia sabiamente organizada, á fin de que progresivamente forme su voluntad y adquiera la fuerza de resistencia que necesita.

En estas consideraciones está fundado el régimen progresivo inglés que, teórica y prácticamente, parece ser el mejor, no obstante inconvenientes inseparables de todo sistema y que, talvez, jamás llegarán á apartarse del todo, cualquiera que sea la perfección á que llegue la ciencia penitenciaria en el porvenir.

115—El régimen progresivo, que constituye la pena que los ingleses llaman *penal servitud*, tuvo su origen en Inglaterra por iniciativa de Henderson y Du Cané, de donde pasó á Irlanda, siendo allí perfeccionado por el Coro-





nel Crofton, por lo cual es más comunmente conocido por sistema irlandés ó de Crofton.

Este sistema se dividió en su origen, tal como lo propuso y aplicó Crofton, en cuatro períodos. La Inglaterra lo adoptó más tarde, pero suprimiéndole el período comprendido entre el segundo y el tercero, por considerarlo innecesario.

El primer período de solo nueve meses que, excepcionalmente, puede llegar á un año, se pasa en celda de día y de noche. Puede someterse al *convicto*, durante el primer mes, á un régimen particularmente duro llamado «*first class hard labour*», que también se puede imponer á los *local prisoner*, es decir, á los detenidos en las prisiones locales por delitos (*la pena servitud* se aplica solo á los crímenes), consistente en trabajos muy fuertes acompañados de rigores en la alimentación y en la cama. El resto de este período hasta los nueve meses lo pasan en aislamiento continuo.

El segundo período lo constituye la prisión auburniana con trabajo al aire libre: el detenido come y duerme en su celda pero sale para trabajar en común con la obligación del silencio. En este período, el trabajo está organizado de tal manera que el principal mérito del sistema está en él. Cada *convicto* debe pasar por cuatro grados ó clases que se llaman: clase de prueba, clase tercera, clase segunda y clase primera teniendo ésta última una subdivisión que se llama clase especial. La clase de prueba dura más ó menos un año y comprende los nueve meses pasados en celda; la tercera y la segunda también un año por lo menos y la primera el resto de la pena. Si el *convicto* no tiene antecedentes judiciares, es separado de los otros y puesto en una clase especial *«the star class»*, por la estrella roja que los distingue, sufriendo su pena en un establecimiento especial: la prisión de Douvres.

El trabajo, durante todo este segundo período, se rea-

liza en establecimientos llamados «public Workhouses» en obras de utilidad pública como diques, docks, prisiones, etc. Así, la prisión de Wormwood-Scrubs fué construida toda entera por los convictos, lo mismo que las de Woking y Borstal. El dique de Portland, los docks de Chatham y el fondeadero de Portsmouth (1). Con esta clase de trabajos se ha conseguido lo que el espíritu práctico de los ingleses se proponía, que las prisiones se basten á sí mismas y es lo que ellos llaman el *selfsupporting*. Está calculado que, en los trabajos de prisiones solamente hasta 1896, se han gastado alrededor de *siete millones de francos*, en vez de los *diez y seis millones* que hubieran costado si esos trabajos se hubieran hecho por empresarios (2).

116—El rasgo más original del sistema y lo que más contribuye á los excelentes efectos que él ha producido en Inglaterra, es la organización de las *marcas ó vales*, que permiten al detenido anticipar su paso de una clase á otra, según el trabajo realizado, lo que importa adquirir ciertos privilegios anexos á cada clase inferior.

Este original sistema se debe al Capitán Maconochie que lo aplicó primero, en 1840, en el depósito de los *doubly convicted* de la isla de Norfolk, es decir de los transportados en Australia reos de un nuevo crimen, delinquentes peligrosos é insubordinados que era imposible reducir, dando excelentes resultados. Según él, el sistema consistía «en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de buena conducta impuesta al condenado. Esta suma sería representada por *marcas*, de acuerdo con

(1) Paul Bailliére, *Servitude penale et hard labour*, *Rev. Penit.* 1886, p. 237 y sig.

(2) Bailliére, *Ibid.* et *loc. cit.* En Alemania, Austria, Italia y Rusia se ha empleado á los detenidos en estos trabajos de utilidad pública. En Francia, la ley de 1898 ha autorizado la utilización de la mano de obra penal para la transformación de las prisiones de cortas penas.





la gravedad del delito. Día á día, según el trabajo hecho, se le acreditaría una ó varias de estas marcas, á parte del suplemento de alimentación y otros favores que le serían inmediatamente acordados; en caso de mala conducta se le impondría una multa moderada. Hechas las deducciones correspondientes, el excedente de las marcas se contarían para la liberación. De esta manera, decía Maconochie, se colocaba la suerte del condenado en sus propias manos, imponiéndole como una serie de multas á pagar por su crimen y preparándolo durante el cumplimiento de su pena á hábitos de economía y de previsión que lo preservarían de una recaída á su liberación» (1).

Crofton tomó este sistema de Maconochie.

Ahora bien, el convicto no puede obtener sino ocho notas ó marcas por día, las que representan un trabajo intensivo y una aplicación sostenida. Para pasar de la clase de prueba á la tercera clase se necesitan 720 marcas; para pasar de la tercera á la segunda, se requieren 2920 y el mismo número para pasar de la segunda á la primera.

La situación del convicto mejora á medida que se eleva de una clase á otra. En la de prueba no recibe ninguna remuneración por su trabajo; en la tercera gana un chelin por mes; en la segunda un chelin y 6 peniques; en la primera media corona. Lo mismo sucede en la alimentación, la cama, el derecho de recibir visitas, de escribir cartas, etc., que mejoran de una clase á otra (2).

Claro es que la naturaleza del trabajo nada tiene que

(1) Howard Wines, *Punishment and reformation*, ps. 185 y 187.

(2) El régimen alimenticio en las cárceles inglesas es muy frugal: apenas una sopa ó guiso con ciento cuarenta gramos de carne, una libra de papas y pan, con algunas variantes, según el trabajo. El régimen es tanto más severo cuando la detención es más corta, porque un régimen de abstinencia puede aplicarse sin peligro, á un prisionero que solo debe soportarlo algunos días ó semanas y conviene hacerlo para no estimular la pequeña criminalidad. Véase *Rev. penit.*, 1896, p. 241.—Fr. Wines, *Punishment and reformation*, p. 189.



ver con este sistema; lo mismo se puede aplicar á los trabajos hechos dentro de la prisión como á los públicos.

117—El tercer periodo lo constituye la liberación condicional. El condenado, que se ha elevado hasta la primera clase y que ha hecho en los *public Workhouse* una morada, cuyo minimum está fijado, recibe un *«ticket of leave»* ó *«the license to be at large in the United Kingdom and the Channel Islands»*.

Crofton estableció un cuarto periodo de la pena que debía sufrirse antes de la liberación condicional, y que consistía en una prisión especial, que debía durar lo menos seis meses, donde los convictos dormían y durante el día se empleaban como trabajadores libres, con el objeto de acostumbrarse á la libertad y de demostrar que estaban ya maduros para ella. La Inglaterra no adoptó este periodo y ha quedado en desuso, salvo en la prisión de Lepaglava, en Hungría, donde los condenados son diseminados en los establecimientos de campo.

118—El sistema inglés ha merecido críticas de algunos penitenciarios y era natural que así fuese, ya que es poco menos que imposible inventar un sistema al abrigo de ellas. Consisten únicamente en que el periodo de trabajo en los *public workhouse* ofrece facilidades para la comunicación de los detenidos, destruyendo así el buen resultado de la celda. Aunque la importancia de esta crítica depende en gran parte del personal de que se disponga para la vigilancia y del hombre que esté al frente de la prisión, encontramos que ella es fundada. Si en la misma prisión es difícil hacer observar la regla del silencio absoluto, con mayor razón lo será en trabajos al aire libre, donde el penado se substrahe más fácilmente á la vigilancia de sus guardianes.

Teniendo todos los sistemas sus inconvenientes, hay que elegir el que los tenga en menor número y presente, por otra parte, una organización que le dé el máximun de eficacia.



Nosotros pensamos, y con nosotros la generalidad de los penalistas (1), que ese sistema es el progresivo, que ha tomado á los regímenes auburniano y filadelfiano lo que tienen de mejor, por medio de una feliz combinación, y ha evitado los inconvenientes que ellos ofrecen aplicados exclusivamente: pero modificado en la forma que luego diremos.

Este regimen ha producido en Inglaterra resultados admirables y sostenidos, como se puede ver por la siguiente estadística que abraza el período de veinte años y que comprende los condenados por toda especie de crímenes juzgados por el Jury:

Años	Condenados	Prop' por 100,000 h.
—	—	—
1881-1885	9,962	37.8
1886-1890	9,126	32.7
1891-1895	8,253	28.
1896-1900	7,766	25.
1901-1905	7,091	22. (2).

El ha sido adoptado, con algunas variantes respecto al tiempo de segregación celular y al trabajo, por casi todas las Naciones de Europa. Lo poseén Italia, Bélgica, Alemania, etc.

119—Pensamos que también debe ser adoptado por la República Argentina con algunas modificaciones, pero conservando sus rasgos fundamentales. En nuestro concepto, él debería ser organizado así:

(1) Tarde, *Ob. cit.*, Chap. VIII-III. ps. 524 y s.—Garraud, *Ob. cit.*, T. 2º. n. 347.—Ferri, *Sociología criminal*, n. 93. ps. 896, y. s.—Prins, *Ob. cit.*, ns. 739 y 740.—Bernier, *Op. cit.*, págs. 117 y 128.—Merkel, *Deho. pen.*, T. 1, 79.—Tuozi, *Diritto penale*, T. 1, Tit. IV; Cap. 1. § II, ps. 390 y 391.—Holtzendorf, *Investigaciones críticas sobre los principios y resultados del sistema penal irlandés*.—Mecacci, *Diritto pen.*, T. 2º. Cap. XIX. p. 376.—Lombroso, *Le Críme*, 2ª parte, Cap. VIII. p. 409 y sig., etc.—Los Congresos de Stockolmo y Roma, 1879 y 1885, se pronunciaron en su favor.—Desportes y Lefebure, *La Science pénit.* au Congrès de Stockolmo.

(2) Maurice Ivernès, *Est. pénit.*, *Rev. pénit.*, 1902, p. 1234.



1º Un primer período de segregación celular continua que duraría de uno á tres años, según lo establezcan los Tribunales en atención á la gravedad del delito y á la naturaleza del delincuente:

2º Un segundo período de régimen auburniano: segregación celular nocturna y durante las horas de la comida y trabajos en común y en silencio bajo el sistema de las marcas ó vales y con la división en clases del sistema inglés. El trabajo debe realizarse dentro de la prisión ⁽¹⁾:

3º El tercer período lo constituirá la liberación condicional, de la que luego hablaremos.

Podría, si se cree conveniente, agregarse un cuarto período como en el sistema de Crofton, entre el segundo y el tercero, es decir, inmediatamente antes de la liberación condicional, durante el cual los penados que hayan cumplido el segundo período serían trasladados á una ó dos colonias agrícolas que se establecerían en un territorio nacional, en el Chaco por ejemplo, que tal vez fuera el más á propósito, donde se ocuparían de trabajos agrícolas por cuenta del Estado y vivirían con sus familias, siguiendo con el uso de los vales. Este período, que no debería durar más de un año ó á lo más diez y ocho meses, podría subdividirse en dos. El que obtenga el número de vales previamente fijado que, como hemos dicho, no pueden exceder de ocho por día, se le permitiría contratarse como obrero libre en el mismo territorio bajo la vigilancia especial de la policía y con cargo de volver á la colonia á prisión en caso de mala conducta; naturalmente en este caso,

(1) Sin embargo podría establecerse, por un tiempo, el trabajo público á título de ensayo y como medio económico de construir las tres ó cuatro grandes prisiones celulares que necesitamos. Bien organizado este trabajo y bajo el régimen del silencio valdrá infinitamente más que nuestros ridículos presidios actuales donde los presos viven en común, en completa ociosidad, trabajando apenas unos minutos por día.



él percibirá una cuota parte de su salario y el resto sería entregado por el patrón á la policía, para que se le dé el destino que la ley fije. Este procedimiento, análogo á la deportación que aún subsiste en Inglaterra en favor de los mejores detenidos (1), llenaría este propósito de preparar progresivamente al condenado para la vida libre.

Este periodo prestaría innegables servicios para la reforma moral de los condenados, aproximándolos al estado de libertad, fortaleciendo su voluntad y acostumbrándolos á vigilarse á sí mismo, al *self controle* como dicen los ingleses.

El criminal tiene ciertos puntos de contacto con los locos y su tratamiento no puede diferir mucho. En 1887 M. Feré aconsejaba separar á los locos de sus familias y de todo contacto entre ellos entregándolos al cuidado de otras extrañas, donde el trato con gentes normales debía tener excelentes resultados.

En Gheel (Bélgica) y en Lieja se ha seguido este sistema con éxito completo. Después vino el sistema escosés de la «puerta abierta» ú *Open door*, cuyos resultados, en la curación de la locura, no son discutibles é infinitamente superiores á los que se consiguen en los manicomios.

Para la reforma del criminal, hay que seguir un sistema análogo, al menos en cierto período de la pena. Una continua gimnasia de todas las facultades morales buscando fortalecer su poder de resistencia al mal, el aire, la luz, el movimiento, la sociedad que debe fomentarse con los obreros libres, los estímulos de un trabajo noble y bien remunerado. . . . Todo esto no puede sinó producir excelentes resultados y preparar al condenado para aprovechar mejor de su libertad condicional.

120—Preveo una objeción que siempre se hace entre nosotros, esterilizando las mejores ideas. Este sistema es complicado y costoso, se dirá.

1) Garraud, *Ob. cit.*, T. 2°, n. 347, p. 43.



Desde el momento que estamos de acuerdo (no podemos dejar de estarlo), en que la enmienda es uno de los fines de la pena, el principal de todos, talvez, el sistema que se adopte debe responder á su realización dentro de lo posible. Y bien, la reforma moral del culpable es una cuestión delicada y compleja que no se puede solucionar de una manera todo simplista como lo hace el proyecto, un tiempo más ó menos largo de privación de libertad con la obligación del trabajo; de esta manera llegamos á la pena intimidante pero no á la pena reformadora. Para tener ésta, necesitamos encarar el problema bajo todas sus faces, evitando la comunicación de los detenidos, el factor más poderoso de corrupción que exista, provocando su arrepentimiento y sosteniéndolo hasta el fin por todos los medios á nuestro alcance, hacerlo amar el trabajo creando estímulos apropiados y prepararlo progresivamente para que aproveche de la libertad sin peligro de una recaída, por medio de pruebas, sucesivamente renovadas, que la devuelvan ó le den fuerza de resistencia contra el mal; y todo esto no se consigue sino por medio de un sistema penitenciario algo complicado, pero de ninguna manera superior á nuestros medios, y hasta se puede decir, muy fácil de implantarlo.

En cuanto á su faz económica, una prisión para una colonia agrícola puede ser construída con muy poco dinero puesto que ella estará destinada á alojar á los prisioneros solamente de noche. Por otra parte este mismo establecimiento podrá servir para mandar allí los mendigos y vagos que infectan nuestras principales ciudades, la era social y peligro que es tiempo ya de que nos preocupemos de estirpar. El establecimiento agrícola, después de subvenir á todas las necesidades, dará un excedente sin duda alguna.

En cuanto á las demás prisiones que el sistema progresivo hace necesarias, esa necesidad existe en cualquier



sistema bueno ó malo que se adopte, con simples diferencias de construcción, según se quiera la comunidad ó la separación de los detenidos. Para implantar el régimen que aconsejamos, bastarán tres ó cuatro establecimientos convenientemente ubicados según el trabajo á que se piensa destinar á los condenados. Cada establecimiento puede tener un pabellón, con celdas amplias, para el aislamiento de día y de noche y los demás pabellones, con celdas más reducidas, para el régimen auburniano. También podrá destinarse y es lo preferible, una sola prisión filadelfiana para todos los condenados durante la época del aislamiento y las demás serian auburnianas donde se trasladarian los condenados despues del primer periodo. Como ya hemos dicho, si se adoptara el trabajo público, siquiera fuera temporalmente, los mismos condenados podrian construir esas prisiones, con gran economía para el Estado.

Y decimos esto, porque pensamos que los establecimientos penales deben ser construidos y estar á cargo de la Nación, sin perjuicio de la jurisdicción provincial sobre los detenidos, como ya lo digimos en otra ocasión, única manera de que rija un sistema uniforme y de que exista la igualdad entre todos los habitantes del país.

Ahora vamos á ocuparnos del último período del régimen progresivo; la liberación condicional, haciéndolo en capítulo aparte ya que ella ha sido adoptada por los demás países y también por el proyecto como una institución aparte y que aplica á cualquier régimen.



§ II

Liberación condicional

121—Esta institución, que tuvo su origen en Inglaterra ⁽¹⁾, ha dado la vuelta al mundo y hoy son pocas las naciones civilizadas que no la hayan adoptado, pues sus innegables ventajas han sido por todas reconocidas. Esta circunstancia y la de haberla aceptado el proyecto, hubieran hecho inútil que nos ocupáramos de ella, dada la índole de esta obra; pero la Comisión redactora ha incurrido en tan graves errores, que nos es indispensable decir algunas palabras sobre la misma.

Como alguien ha dicho ⁽²⁾, la libertad condicional pone en manos del condenado las llaves de su prisión, puesto que de él depende adquirirla cuando haya llegado el momento que la ley fija. Ella no es un derecho de todo condenado, es un favor que se acuerda á los mejores, á los que, con sus esfuerzos perseverantes, han llegado á merecerla.

La liberación condicional es un corolario que se deduce fácilmente de la concepción de la pena reformativa, por-

1) La adoptó por ley de 20 de Agosto de 1853. Sin embargo se encuentran vestigios de esta institución en Inglaterra desde 1791, en que se acordó á los Gobernadores de Nueva Gales del Sur el derecho de perdonar á los transportados una parte ó la totalidad de la pena, bajo condición de no volver á la metrópoli; una ley de 1824 organizó el *conditional pardon* en las colonias y los Gobernadores podían por medio de un *ticket of leave* acordar la libertad por «el tiempo de la buena conducta». Los franceses pretenden reivindicar para ellos, sino la aplicación práctica, la iniciativa de esa institución, en vista de que Charles Lucas (*Theorie del Emprisonnement*, VI partie) primero y Boneville de Marsangy (*Traité des institutions complementaires du regime penitentiare*) en 1847 la defendieron, como lo hicieron también en Alemania, Holtzendorf, Walberg, Sprenger y otros, pero olvidan, aparte de lo que hemos dicho de la aplicación de la liberación en las colonias, que Bentham, jurisconsulto inglés, la propuso en 1811 cuando apareció su obra, *Theorie des peines et des recompenses*. V. T. 2º, 3ª partie, Chap. IX, p. 204.

(2) Garraud, *Ob. cit.*, T. 2, LX, n. 360.



que es la reforma del condenado la que le dá su razón de ser. Es causa y efecto al mismo tiempo. Es causa, porque la esperanza de adquirir más pronto la libertad, reduciendo una parte de la pena, sirve al detenido de poderoso estímulo para enmendarse por medio del trabajo y de la buena conducta. Es efecto, porque es esta reforma la que la motiva.

Como su nombre lo indica, la libertad condicional no es la *gracia* de una parte de la pena que nuestro Código sanciona (1), sinó es la libertad, bajo condición de buena conducta, es una transición entre la privación de libertad y la libertad completa, y nada puede estimular más poderosamente para mantenerse en el buen camino, que la seguridad de verse arrebatado el beneficio, si de él se desviase.

Es, pues, un verdadero procedimiento de política criminal, porque limita la pena al cumplimiento de su función principal: la enmienda y crea un motivo poderoso en el alma del condenado que lo obligará á obrar bien (2) y lo acostumbrará á vigilarse á sí mismo, á vencer sus impulsos depravados, á sentirse el artífice de su propio destino, formando hábitos de disciplina interior que serán de grande influencia en su porvenir.

122—Pero, para que la liberación condicional pueda llenar su fin, se requiere indispensablemente un sistema racional de penalidad, organizado en vista de la enmienda de los condenados, con los medios necesarios para constatarla, y que ella solo se otorgue á los que hayan dado pruebas suficientes de esta enmienda.

El proyecto no llena ni una ni otra condición. Hemos dicho ya lo que pensamos del régimen penitenciario que

(1) Arts. 73 y 74.

2) Sabido es que para el determinista el libre albedrío no existe y los actos del hombre son determinados por *motivos*, el más fuerte venciendo á los más débiles.



adopta, si es que se puede llamar así á la continuación de la absurda penalidad que hoy tenemos. ¿Qué enmienda puede esperarse de un sistema que parece calculado para corromper y que no puede dar otro fruto que la reincidencia?

El proyecto establece en su art. 18, como un *deber* de la autoridad judicial, conceder la liberación siempre que se haya cumplido tal período de pena *observando con regularidad los reglamentos penales*. Es un profundo error: hacer depender la liberación del cumplimiento de los reglamentos, es dar una prima á la hipocresía y nada más. En otra parte hicimos notar, que es de observación universal que los peores delincuentes, los más temibles, los reincidentes, son los que observan mejor conducta en la prisión: en cambio los que, por primera vez, cumplen su pena, los delincuentes de ocasión, son los más difíciles de acomodar á un régimen á que no están habituados.

La buena conducta en la prisión donde no hay tentaciones, donde la lucha es imposible, donde el mal y el bien se reducen á proporciones minúsculas . . . no basta, ni mucho menos, á probar la enmienda.

Esto solo es posible conseguir por medio de una contabilidad moral, que se lleva día por día en las prisiones bien organizadas.

El sistema inglés ofrece el excelente medio de los *cales*, de que ya hemos hablado, y Francia, Bélgica, Alemania etc., han adoptado otros análogos que les permiten darse cuenta, casi exacta, de los progresos que se operan en la reforma moral de los detenidos. «No basta para obtener la liberación anticipada, dice Berner, el que el detenido se haya conformado á la disciplina del establecimiento, como no lo excluyen tampoco ligeras faltas al reglamento. Por el contrario, son decisivas, por una parte, el conjunto de la conducta del detenido durante la



pena y sus precedentes, toda su personalidad, con el fin de tener una garantía de su conducta futura, y por la otra, la posibilidad de una ocupación conveniente». (1)

Es preferible, bajo este punto de vista, la redacción de los arts. 73 y 74 de nuestro actual Código en la que se expresa que el condenado debe haber dado pruebas de una *reforma positiva*.

No hay que olvidar lo que antes hemos dicho: la libertad condicional no es un *derecho* del condenado, sino un favor que se otorga á los mejores y, de consiguiente, debe ser facultativo para la autoridad el concederla y en ningún caso un deber.

123—El proyecto fija en el art. citado el minimum de tres años de prisión para que pueda concederse el beneficio. Respecto á este punto existe la mayor divergencia en las legislaciones de los diversos países.

Claro es que un minimum debe existir y esto por varias razones. Se necesita el transcurso de algún tiempo para darse cuenta de la enmienda del condenado, como también para que se pueda aplicar un régimen que la haga posible y, por último, para que la pena no resulte irrisoria, enervando la represión.

Francia y Bélgica reducen este minimum á tres meses, Alemania y Hungría á un año, Italia y Holanda á tres años, etc. Pensamos que el minimum de tres años es demasiado y que el instituto de la liberación condicional es compatible con una pena superior á un año, siempre que la privación de libertad haya durado este tiempo (2). En el Congreso de Stockolmo, en 1878, los delegados ingleses, Giorgio Army y William Tallack, sostuvieron con calor la

(1) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 129, C. 3ª, Venné, también Garraud, *Ob. cit.* T. 2º, nº. 363—Prins, *Ob. cit.*, nº 911—Mancini *Relazione*—Ferri, *Discurso en la Cám. de D.D. de Italia* en la discusión del Código, Criv., T. 2º, ps. 495 y 496.

(2) Nocito, *Della libertà condizionale de condannati*, ps. 13 y 14—Stons. *Proyecto de Cód. Pen. Suizo*, art. 21.

conveniencia de admitir la liberación condicional en las condenas de breve duración. (1).

124—El art. 19 del proyecto prohíbe conceder esta a los reincidentes. Ignoramos de donde ha sido tomada esta restricción que nada justifica y que, como dice Garraud, importa desconocer la utilidad de la institución (2). Todas las leyes y Códigos extranjeros que conocemos conceden el beneficio á estos, y solo el italiano (art. 16), la prohíbe á los reincidentes por segunda vez.

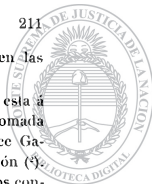
Hemos dicho que la liberación condicional es procedente siempre que sea posible la enmienda del condenado y solo á esta condición. Ahora bien la reincidencia no es un signo de incorregibilidad con cualquier régimen penitenciario, mucho menos con el que rige y ha regido siempre entre nosotros, impotente para alcanzar ese fin; ni debe serlo para el mismo proyecto que solo reputa incorregibles á los reincidentes á quienes condena á la deportación, según el art. 57. De consiguiente, si el reincidente por la primera vez ó por más veces, siempre que no esté comprendido en dicho artículo, es susceptible de reforma, según el proyecto, ¿por qué excluirlo de la liberación condicional?

Presisamente la utilidad de esta se encuentra en su aplicación á las largas penas, á las que sufren los reincidentes y los malhechores peligrosos, y no á las de breve duración á las cuales ni el proyecto ni la generalidad de las leyes extranjeras las aplican.

Por otra parte, es contradictorio, es injusto, conceder el beneficio al autor de un crimen brutal, que revela honda perversidad en el que lo comete, y no al que ha reincidido

(1) *La Science pénit. au Congrès de Stockholm.*

(2) *Ob. cit.*, T. 2, n°. 362, p. 75. En la doctrina positivista; Lombroso y los demás afiliados á esta escuela, sostienen que se debe escluir de este beneficio á los delincuentes de hábito y á los natos. Lombroso, *Troppe presto*.





en un delito de mucho menos importancia y que, seguramente, está menos avanzado en el camino de la inmoralidad. Algún autor aconseja que se excluya del beneficio al que ha reincidido en un crimen de mucha gravedad, por ej. á los que el Proyecto y nuestro actual Código castigan con presidio ó penitenciaría por tiempo indeterminado (1).

En Italia, donde el Código consigna la exclusión de los reincidentes por segunda vez, se ha discutido ampliamente el punto y generalmente es criticada esa disposición. Nocito sostiene que no debe excluirse á los reincidentes del beneficio, como no se los excluye del derecho de pedir gracia ó rehabilitación, con tal que se les haga pasar por pruebas más difíciles que á los otros condenados (2), y Crivellari lo mismo (3).

Para los reincidentes, podría fijarse como *mínimum* de la pena para que pueda solicitarse la liberación, los tres años de que habla el art. 18 del proyecto, y, en vez de los dos tercios que establece el mismo, haber cumplido los tres cuartos de la pena.

No vemos tampoco la razón de excluir á los condenados á la detención como lo hace el Proyecto, exclusión que no hacen las leyes y Códigos extranjeros, y que mucho menos podrá hacerla aquel, cuando la impone con prescindencia de la naturaleza del agente. Aún supuesto que ella se aplicase á los individuos que no hay necesidad de enmendar porque conservan intacta su moralidad, siempre será útil su aplicación, como siempre será útil á un hombre sano no pasar demasiado bruscamente de un ambiente tibio y sereno al libre y agitado de la calle. Es cosa delicada y difícil, por otra parte, penetrar en el alma del criminal y analizar qué dosis de moralidad ella encierra, y la mirada del hombre es demasiado débil para estar

(1) Crivellari, *Códice penale D'Italia*, T. 2º, n. 268, p. 435.

(2) Nocito *Op. et loc. cit.*

(3) *Ib. cit.*, T. 2º, n. 268, 1ºs. 434 y 435.



seguro de no haberse equivocado en este análisis psicológico. Hay además una circunstancia que no debe perderse de vista: sería una desigualdad odiosa conceder á los peores delincuentes un beneficio á que no podrían aspirar los mejores (1).

El Código italiano todavía vá más lejos, admitiendo á los condenados á la detención, á la liberación, con el descuento solo de la mitad de la pena y no los tres cuartos como en los otros casos (2).

En cuanto á los condenados á penas perpetuas ó indeterminadas, pensamos que podría hacerse también una distinción entre delincuentes primarios y reincidentes: bastarían quince años para los primeros y veinte para los segundos, ó, si se prefiere, diez y ocho y veinte y cinco respectivamente.

125—¿Qué autoridad debe conceder, según el proyecto, la liberación condicional? La autoridad judicial, dice el art. 18, sin duda para no innovar la larga práctica observada entre nosotros, al cumplir lo dispuesto por los arts. 73 y 74 del Código vigente.

Todas las legislaciones, uniformemente, disponen que esta autoridad sea la administrativa: el Ministro que tiene á su cargo las cárceles del Estado ó aquel de quien depende la magistratura judicial ó ambos. La razón la vamos á ver en seguida.

En la discusión del Código italiano, el Diputado Pescatore en 1875 y el diputado Ferri en 1888, sostuvieron la conveniencia de que la liberación fuera acordada y revocada por decisión del magistrado judicial (la Corte de Apelaciones). El Ministro Vigliani contestando al primero, decía: «La liberación provisoria no constituye ni un acto de gracia, ni un acto de justicia, sino un acto puramente administrativo. No de gracia porque el liberado sigue su-

(1) Garraud, *Ob. cit.*, T. 2º, n. 362, nota 5.

(2) Art. 16.



jeto á la pena de la cual la liberación no es más que un estadio á período. Mucho menos es un acto de justicia, porque para serlo la autoridad judicial debería examinar de nuevo el proceso, apreciar otra vez la delincuencia del condenado y la pena que le corresponde. La autoridad judiciaria no puede pronunciarse sobre la conducta del condenado porque carece de los elementos necesarios para ello y sí, solo, la autoridad administrativa, que los posee todos» (1). En idéntica forma se expresa Pietro Nocito (2).

«Por tratarse de un instituto penal *sui generis*, dice otro criminalista italiano, en el cual concurre el triple carácter de la gracia, de la justicia y de la administración carcelaria, la facultad de conceder ó revocar la liberación, en casi todos los Estados en que es admitida, no pertenece al Príncipe, ni á la administración que él preside, ni á la autoridad judicial, sino al Ministro de Justicia que, mejor que otro, está en condiciones de atender las exigencias de la justicia y de la disciplina carcelaria. Así lo dispone el Cód. Alemán § 25; el húngaro, arts. 48 y 51; el holandés, art. 16; el decreto belga de 1888; la ley zuriguesa de 1870. § 12» (3). Y agregamos nosotros, la Francia, ley de 1885, art. 3, § 1; Portugal, ley de 6 de Julio de 1894, Noruega y Suecia (4).

Los arts. 73 y 74 de nuestro actual Código, fueron tomados del viejo Código de Baviera, el cual atribuía á los Jueces el derecho de conceder la gracia del resto de la pena, como se vé en la transcripción que hace el Doctor Tejedor del Comentario Oficial.

Con lo dicho, basta para que se pueda resolver esta cuestión de la manera más conveniente á los fines que

(1) *Diario de Sesiones*, 1875, sesión del 1º de Marzo.

(2) *Della libertà condizionale dei condannati*, p. 7.

(3) Impallomeni, *Il Codice penale illustrato*, n. 60, p. 109.

(4) Véanse también Prins, Garraud, Berner, Crivellari, Mancini antes citados.

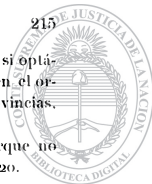
persigue el régimen penitenciario. Naturalmente, si optásemos por la autoridad administrativa, ella sería, en el orden Nacional, el Ministro de Justicia y en las Provincias, los Gobernadores.

126—El inciso 4º del artículo 18 es inútil, porque no es sino una repetición de lo consignado en el art. 20.

En cuanto á este artículo, las demás legislaciones, por regla general, ordenan la revocación, no solo en el caso de nuevo delito, sino en el de conducta desordenada, que por si sola demuestra que no se ha llenado el extremo exigido: la reforma del condenado. La mala conducta del liberado cuando ella presenta caracteres de cierta gravedad, como la ebriedad frecuente, el libertinaje, etc., debe ser causa suficiente de revocación.

La última parte del artículo nos parece inconveniente. Si no se cumple lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del art. 18 dentro de los plazos fijados, que no pueden ser largos, se debe proceder á la revocación sin más trámite. La demora en conseguir ocupación, siempre que no se haya excedido el plazo, no siendo probablemente por culpa del liberado, no debe ser castigado en la forma que expresa el artículo, ni es serio que un Código se ocupe de semejante nimiedad.

127—El art. 21 declara adquirida la libertad definitiva ó, lo que es lo mismo, extinguida la condena, una vez que haya transcurrido su término. Si bien la duración de la libertad condicional, según esta disposición, puede ser suficiente en las penas largas para que ella llene su fin, en las cortas ó sea del minimum que fija el art. 18, nos parece que es á todas luces insuficiente para suministrar una garantía seria de buena conducta, particularmente respecto de los reincidentes. El Ministro de Justicia de Bélgica, Mr. Begerem, presentó, en 1899, á la Cámara de D. D. de su patria, un proyecto de ley fijando un minimum de duración de la libertad condicional: dos años para





los delincuentes primarios y cinco para los reincidentes ⁽¹⁾.

Creemos que una disposición semejante en nuestro futuro Código, sería una garantía de que la libertad condicional dará los frutos que tenemos derecho á esperar de ella.

Se ha olvidado el proyecto de decir cuál es el término de la condena á presidio ó prisión por tiempo indeterminado, á los fines de este artículo.

Puesto que la regla del art. 18 es cumplimiento de los dos tercios de la condena en el presidio ó prisión temporal, estamos autorizados á concluir que los veinte años en los por tiempo indeterminado deben también ser los dos tercios de la condena total. Luego esta debe considerarse como que tiene la duración de treinta años. Pero esto deducimos por vía de interpretación, dado el silencio del texto, pero nada obliga á que esos veinte años sean los dos tercios de la pena á tiempo indeterminado y el proyecto debió fijar claramente el término de la liberación condicional en este caso.

128—La liberación condicional sería una institución frustrada, si no fuese acompañada de una vigilancia continua y severa sobre los beneficiados por ella. Esto es evidente por sí mismo.

Pero ¿cuál es ó debe ser el órgano de esta vigilancia? Existen dos sistemas en uso; confiar esta vigilancia á la policía ó confiarla á las sociedades de patronato. El segundo es preferible, á condición de que estas sociedades estén bien organizadas y ampliamente difundidas en el país, lo que, desgraciadamente, no sucede entre nosotros. Por nuestra parte, aconsejariamos un sistema mixto, dividiendo la tarea de vigilar al liberado entre la policía y la sociedad de patronato, y debiendo la primera estar subordinada á

1) La Bélgica ha establecido en su ley de 1888 que el tiempo de prueba debe ser doble del tiempo de condena que le resta cumplir. Artículo 4. *Cód. Pen.*

la última. En las Provincias, donde no existan sociedades de esta clase, la vigilancia sería hecha por la policía, quien adoptaría medidas severas de control é impondría al liberado ciertas obligaciones que le permitan no perderlo de vista.

Estas sociedades deben tener su origen en una ley y ser investidas de un cierto carácter oficial, confiriéndoles el derecho de ejercer sobre los liberados un control legal. Deben ser subvencionadas por el Estado á razón de un tanto por cada patronado. En Francia esta subvención es de cincuenta céntimos diarios, durante el tiempo que falta para el cumplimiento de la pena, no pudiendo exceder esta subvención de cien francos.

En su oportunidad, nos ocuparemos de esta importante cuestión del patronato.



EL TRABAJO PENITENCIARIO



129—Es repetir una vulgaridad decir que el trabajo es ley de la humanidad, á la cual no podrá sustraerse. Desde el principio de los tiempos, el hombre cumple el precepto bíblico que rige su destino, y si vive, si progresa, si se ennoblece, si se hace cada vez más apto para su gran misión en el mundo, es gracias al trabajo.

El hombre, por el hecho de ser privado de su libertad, no se sustrae á esa obligación, y la protesta de Benjamín Constant, ha quedado sola y sin eco en el campo científico. ¿Por medio de qué razonamiento podría probarse que por el hecho de revelarse contra la sociedad, el delincuente adquiere el derecho á la ociosidad, es decir, á la corrupción, y la sociedad contrae la obligación de satisfacer sus necesidades? ¿El delito, pues, tendría la virtud de crear un privilegio en favor de su autor?

Si el criminal no ha cumplido quizás jamás con aquella ley superior ¿cómo podría negarse al Estado el derecho de hacerla cumplir á la fuerza, empleando eficazmente esa actividad, hasta entonces destructora ó negativa, en cumplir las obligaciones que el mismo crimen ha hecho nacer?

No es, pues, posible negar seriamente al Estado el de-

recho de imponer á los condenados el trabajo penitenciario, y desde el momento que él viene á ser uno de los medios más eficaces de reforma y de cumplimiento de las obligaciones que el delito ha hecho nacer hacia el Estado, él es, en realidad, un elemento de la pena y no una agravación de ella, como algunos lo han pensado.

Así, pues, el trabajo penitenciario llena un doble fin: el uno que mira al condenado, el otro que mira al Estado.

130—En cuanto al primero, el trabajo es el elemento primordial de la reforma del penado, porque le dá el hábito de él, que ayudará más tarde poderosamente á su rehabilitación, retempla su energía, educa su voluntad haciéndolo capaz de refrenar sus impulsos antisociales y despierta en él el sentimiento de dignidad que nace de todo esfuerzo útil y de la independencia moral que es su resultado. Nadie ha negado jamás que el trabajo sea moralizador, porque una actividad que no encuentra aplicación en él, forzosamente se convierte en una actividad destructora y, por lo tanto, antisocial: por eso la Iglesia lo ha empleado siempre como uno de sus medios más poderosos de moralización y en los primeros siglos del cristianismo, cuando el trabajo era considerado por los bárbaros como cosa despreciable, los benedictinos cultivaron los desiertos europeos, predicando, con el ejemplo, la nobleza de él (1).

Además, el trabajo penitenciario tiene otro fin que concurre al mismo resultado: enseñar al condenado una profesión, que le permita vivir honestamente después de ser puesto en libertad.

En cuanto al segundo, el Estado gasta sumas considerables en la edificación de cárceles y en la manutención

(1) «La ociosidad es enemiga del alma, decía San Benito en su célebre *Regla*, y por consecuencia los hermanos deben ocuparse en ciertas horas en trabajos manuales y otras en lecturas piadosas.» Véanse también las bellas páginas de Voltaire en su *Essai sur les mœurs*, Chap. 139.





y custodia de los detenidos. Nada más natural que resarcirse de ellos.

Por medio del trabajo, ya sea al aire libre ó en el interior de las prisiones, el condenado paga los gastos que el Estado se ve obligado á hacer con un fin de propia defensa. ¿Con qué apariencia de razón podría pretenderse que todos los hombres honestos de un país paguen los gastos de quien está en guerra con ellos arrebatándoles los bienes cuya conservación es la más poderosa razón de la existencia social, dispensándolos de un trabajo á que ellos se someten como una necesidad de su propia naturaleza? (1).

Por otra parte, el condenado tiene una familia á quién sostener. Su crimen no le dispensa del deber de proveer á su subsistencia y de evitar así que caiga en la indigencia. Esa familia vivía de lo que le proporcionaba su trabajo, y éste le falta bruscamente; ¿cómo impedir que el crimen y la prostitución manchen el triste hogar desamparado?

Y no hablamos de esta otra obligación, tan importante que la nueva escuela ha llegado á hacer de ella un sucedáneo de la pena en muchos casos, la de indemnizar el daño causado por el delito, que por sí sola bastaría para justificar la necesidad del trabajo penitenciario, porque

(1) «La sociedad no debe al reo ningún otro cuidado ni siquiera el de *nutrirlo*. La sociedad no debe preocuparse más que de su propia defensa al reo es á quien incumbe la obligación de *proveer á su propia subsistencia*, lo mismo después del delito que antes de cometerlo. Si el fin de la reclusión es impedirle que arrebate á sus conciudadanos alguno de los bienes de que la naturaleza los dotó, la misma razón hay para que, cuando esté detenido, no prive á los demás de una parte de los frutos de su trabajo. ¿De dónde recibe el alimento y el vestido? Directamente de los almacenes nacionales, indirectamente de los ahorros de los contribuyentes. He aquí una nueva agresión á los derechos ajenos de que el condenado se hace culpable por mandato de otro. En vez de reparar el daño que ha causado en las condiciones de la vida completa, lo aumenta. Hace, pues, á los otros víctimas de aquella injusticia que se trataba de impedir que él cometiera.» - Spencer, *Est. polít. y soc.—Moral de las prisiones*, II, págs. 149 y sig.



pensamos que éste sólo debe hacer frente á aquellas obligaciones más urgentes, como lo hemos de explicar más tarde.

El trabajo penitenciario, no sólo es una necesidad con relación al condenado y con relación á la sociedad, sino es utilísimo para mantener la disciplina carcelaria. Por otra parte, el trabajo rinde la pena más afflictiva por el esfuerzo que él demanda y, al mismo tiempo, hace posible la segregación celular por un tiempo largo, porque él importa un verdadero alivio y por eso su privación es pronunciada como una pena. La ociosidad, esta madre de todos los vicios, ha dicho Mr. Ch. Brunot, inspector general de las prisiones en Francia (1), alcanza en la vida penitenciaria una fecundidad prolífica desoladora.

El descanso (le chômage), decía Mr. Herbet, es el prefacio de la revuelta y la revuelta no es más que un volumen de una obra que comprende numerosos tomos. Sin trabajo no hay prisión posible, y así la Francia, que lo suprimió en las prisiones por decreto de 27 de Marzo de 1878, tuvo que restablecerlo por ley de 9 de Enero de 1879, á consecuencia de las alarmas señaladas desde pocos días después de aquel decreto (21 de Abril) por la circular Jules Fabre y la relación Sénart. Las exigencias de la disciplina y la humanidad misma, se dan la mano para exigir el trabajo en las prisiones.

No hemos agotado aún las ventajas del trabajo penitenciario, y una, de no poca importancia, es la posibilidad de constituir un peculio del cual pueda disponer el condenado á su salida de prisión y que lo ayudará á su rehabilitación, evitándole la recaída.

131—Una cuestión importante surge con motivo del trabajo de los detenidos y es la siguiente:

¿Tienen éstos derecho al producto del trabajo, ó, por el contrario, la remuneración que se les asigna es una simple

(1) *Revue Penit.*, 1901, p. 943.



liberalidad del Estado? La generalidad de los Códigos y leyes extranjeras se pronuncian en contra del derecho á una remuneración por parte del detenido (1), y algunos países como Inglaterra, por ejemplo, no les asignan ninguna, sino simplemente premios por la buena conducta, cuya reunión constituye el peculio que se les entregará al ser liberados. Nuestro proyecto sigue la misma doctrina (art. 16).

Haciendo de lado la legislación positiva, para tener en cuenta solo los principios, es evidente que semejante derecho no existe por que el trabajo penitenciario es un elemento de la pena, una obligación legal impuesta al detenido, y, porque así ha sido considerado siempre, es que la Inglaterra ha usado el trabajo improductivo hasta 1898 como hacer girar la manivela (crank) ó la rueda del molino (tread mill), y desde el momento que es un elemento de la pena, no hay más obligación de pagar el trabajo que de indemnizar la privación de libertad.

Pero es indudable que, aunque el condenado no tenga derecho á una remuneración por su trabajo, ésta debe acordársele siempre porque ella contribuye eficazmente á la disciplina del establecimiento y á la reforma del detenido. No solo éste trabaja más y mejor bajo el estímulo de una recompensa, sino que le toma amor y conoce prácticamente las ventajas del ahorro. Ella permite asegurar al detenido un peculio para el día de su liberación, le dá los medios de contribuir al bienestar de los suyos y al mismo tiempo facilita y rinde toda su eficacia al sistema de los vales preconizado por Maconochie y del que nos hemos ocupado en otro lugar.

(1) Comunmente se dá á esta remuneración el nombre de *salario*, denominación impropia porque ella supone una convención entre el patron y el obrero, en tanto que tratándose del trabajo penitenciario no hay convención alguna entre el detenido y la administración penitenciaria ni podría haberla puesto que el trabajo, como hemos dicho, es un elemento de la pena.



Desde el momento que la retribución del trabajo de los condenados no es una deuda que se paga sino una simple liberalidad, es claro que la Administración penitenciaria puede disminuirla por medio de multas impuestas á ella en caso de mala conducta, recurso poderoso para mantener la disciplina y la asiduidad en el trabajo, y puede hacer abstracción del valor de la mano de obra, en cada caso, para proporcionar la remuneración, no al valor del artículo fabricado, sino á la buena voluntad del penado, lo que tiene importancia cuando esa mano de obra no es la misma para las diferentes industrias que se ejecutan en la cárcel. Esta circunstancia produce desigualdades injustificadas en la ganancia de los penados y particularmente respecto á los reincidentes que, produciendo más que los otros, ganan más, encontrándose en condiciones mejores que los primarios (1).

132—En nuestro país, más que en la generalidad de las Naciones, debe huirse de la uniformidad de los trabajos en las prisiones y, por el contrario, variarlos según las condiciones de la región en que esté ubicada la prisión. En el interior, donde la industria fabril está poco desarrollada, se debe dar la preferencia á las profesiones completas como sastrería, zapatería, carpintería, herrería, tonelería, etc., que se ejercen lo mismo en las campañas que en las pequeñas capitales ó ciudades y, en cuanto lo permitan las cárceles, se debe propende á construirlos también en las industrias que son anexas á los trabajos agrícolas ó ganaderos.

En las prisiones ubicadas en la Capital Federal ó en el litoral, debe darse mayor importancia á los trabajos de la-

(1) «Si se asigna á cada penado una cuota parte del precio de la mano de obra, los que son dedicados á industrias en que este precio es muy elevado tendrán un peculio mucho más importante que los que son destinados á industrias poco lucrativas. Lo mismo sucederá con los reincidentes respecto de los primarios, más habituados á los trabajos de las cárceles son más hábiles y producen más». Mr. Puibaraud, *Rev. penit.*, 1901, p. 1109.



ller, donde la división del trabajo individual, no solo no es un obstáculo, sino que es un medio más fácil de ganarse la vida, pues los obreros especializados son más buscados y ganan más que los otros. (1)

De esta manera, el penado tendrá facilidad de encontrar ocupación á su salida de la prisión, y los trabajos serán bastante variados para dar satisfacción á las diferentes aptitudes de los detenidos, haciéndolos así más agradables, más provechosos y aún más moralizadores.

133—No estará demás que digamos algunas palabras sobre una cuestión de grandísima importancia y cuya acertada solución tiene influencia innegable sobre el fin mismo que se proponen las penas reformadoras.

Esta cuestión tiene particular importancia en un país como el nuestro que recién va á crear establecimientos carcelarios con un régimen penitenciario adecuado. Nos referimos á los dos modos de explotación de la mano de obra penal: el sistema comúnmente conocido con el nombre de *régie* y el de la *empresa*.

La *régie* es el sistema por el cual el Estado ejecuta directamente por la acción de sus propios agentes una obra determinada; y la *empresa*, por el contrario, es el sistema por el cual el Estado confía á un tercero independiente llamado «empresario», la ejecución de la obra que le interesa. En este último, la Administración penitenciaria fija las condiciones que deberá llenar la obra terminada; pero el empresario queda libre en la elección de los medios de ejecución. (2)

Existe un otro sistema que podemos llamar mixto por-

(1) Mr. Brunot decía á la Sociedad General de Prisiones de Francia: «Un industrial vino á buscarme y me preguntó: ¿Cómo podré conseguir obreros salidos de Bulogne (donde existe una colonia penal)? Ellos son especialistas; conocen el pulimento y la mano de obra particular de que yo tengo necesidad». Véase relación de Mr. Brunot, *Rev. pénit.*, ps. 565 y 573.

(2) Mr. Brunot, *Revue pénit.*, 1901, p. 194.

que participa de la *régie* y de la *empresa*, y es el de los *confeccionarios*. El confeccionario ó fabricante, es un industrial á quien la Administración asegura la disposición de un local y de un efectivo penitenciario, en condiciones determinadas. (1)

En este sistema, la Administración es la que clasifica á los detenidos en la tarea que han de desempeñar. El confeccionario no tiene ningún derecho sobre éstos; no puede escoger, ni rehusar, ni castigar á ninguno: su solo derecho es el de rehusar el trabajo si es defectuoso. Los talleres están sometidos al control permanente de la Administración, única responsable del orden, de la disciplina y de la ejecución del trabajo.

134—El sistema de la empresa tiene gravísimos inconvenientes, bajo el punto de vista del fin mismo de la pena reformadora. Desde luego, el empresario tiene una ingerencia en la ejecución de la pena de todo punto inaceptable. Su interés le exige que el detenido trabaje lo más posible, y para conseguirlo, busca de todas maneras aumentar las horas de trabajo, á costa de las que los reglamentos destinan á los ejercicios físicos, á la instrucción, á las visitas, que tanta influencia ejercen en la moral del detenido, etc.: de ahí, conflictos frecuentes con la Dirección que comprometen el buen funcionamiento de los servicios de la prisión.

El criterio del empresario, no es ni puede ser el de la Administración. Él los aprecia según su habilidad en el trabajo, importándole poco de su reforma moral, que no le reportará beneficio alguno, ni que, á su liberación, puedan ganarse honradamente la vida por medio de la profesión aprendida en la prisión. Por el contrario, buscará hacerle producir lo más posible, llevando al extremo la di-

(1) Mr. Brunot, *Revue pénit.*, 1901, p. 945.





visión del trabajo, lo que simplifica el aprendizaje á costa del porvenir y de la rehabilitación del penado.

El interés del empresario, siempre vigilante, triunfara fácilmente de los escrúpulos de la Administración, y la prisión, convertida en una manufactura, habrá perdido su carácter reformador.

Hay más. El empresario, debido á contingencias desgraciadas, puede encontrar pérdidas en vez de las utilidades que esperaba, y, con tal motivo, vendrá una paralización del trabajo y, de consiguiente, la ociosidad con todos sus inconvenientes, la indisciplina y la revuelta, como sucedió en las prisiones francesas en la ocasión antes recordada.

El sistema mixto de los confeccionarios atenúa estos inconvenientes, pero no los hace desaparecer.

Las ventajas de estos sistemas no bastan á compensar sus graves defectos. Estas ventajas son puramente de orden económico; economía en el personal de la Administración, simplificación en su tarea, ahorro de capital fijo y de capital circulante. No siendo el Estado propietario de los productos, no tiene que correr con sus riesgos ni preocuparse de buscar mercados para su colocación.

135—El sistema de la *régie*, si bien con el inconveniente de necesitar para su buen funcionamiento de un personal numeroso y competente, facilita la aplicación de una disciplina moralizadora en la prisión. Él permite hacer del trabajo un elemento pedagógico de primer orden mientras dura la pena y un instrumento de rehabilitación más tarde. El fin moralizador prima sobre el económico, que queda relegado al segundo plano.

La Administración penitenciaria elije los trabajos más convenientes á los detenidos, según sus aptitudes, y puede organizar una enseñanza metódica profesional, de grande importancia, como hemos visto, en los establecimientos ubicados en el interior de la República y aún en los del litoral.



Naturalmente no se puede llegar á este resultado sino con los condenados á largas penas. A los que sufren cortas penas debemos contentarnos con darles ocupación, la más instructiva y útil posible. A este fin, daría excelentes resultados el *Sloyd System* sueco ó el *Manual training* americano, sistemas análogos y que tienden á enseñar y familiarizar á los detenidos con el manejo de las herramientas.

El sistema de la *régie* es el más generalmente usado en Europa.

En Francia, se lo usa, aunque de un modo limitado; compete con el sistema de los *confectionnaires*. Sin embargo, desde 1893 está tomando bastante incremento el trabajo en *régie*.

En Bélgica, la regla es la *régie* y solo en caso de insuficiencia de estos trabajos se apela á los empresarios, pero reservándose el Estado la dirección inmediata y exclusiva del trabajo.

En Italia, sucede lo mismo, y los objetos fabricados se destinan á los mismos detenidos y subsidiariamente para las demás reparticiones del Estado. El director general de prisiones, Canevelli, preconiza los trabajos al aire libre, pero estos tienen un inconveniente insuperable en el régimen celular, que allí, como en Bélgica, es de larga duración.

En Alemania, se emplea también principalmente la *régie*, haciéndose los trabajos en las celdas, sin que esto ofrezca inconvenientes apreciables. La administración penitenciaria admite los trabajos que requieren largo aprendizaje ó gran habilidad manual y su organización nada deja que desear. Apesar de que Alemania emplea al rededor de 1500 penados en trabajos agrícolas (1) y mu-

(1) Se emplean en estos trabajos, consistentes principalmente en desecar pantanos, y en hacer desmontes, á los condenados á cortas penas (6 meses á 1 año).



chos en trabajos al aire libre, el hecho dentro de las prisiones excede á las necesidades de las diferentes reparticiones del Estado (1), y entonces se recurre al sistema de la empresa, pero el número de los que se destinan á estos trabajos constantemente disminuye y de 73 % que había en 1879 han quedado reducidos á 45 % en 1899 (2).

En Austria, no existe una organización seria del trabajo carcelario. Para convencerse de ello, basta leer el siguiente párrafo de un estudio crítico que hace Mr. Frédéric Lévy de la obra de Mr. Anton Marcović sobre las prisiones de ese país, que, por lo visto y bajo este respecto, no difiere mucho del nuestro: «En cuanto á la organización del trabajo, héla aquí: por la mañana las puertas de la prisión se abren, los prisioneros salen en banda, libremente y sin vigilancia, hombres y mujeres juntos; van al trabajo. ¿A qué trabajo? El autor no nos dá explicaciones precisas: se trata de un trabajo de maniobras (manœuvres), dice él: ¿qué hacen los prisioneros así sueltos por la ciudad? Nadie se cuida de ello: cultivan, sin duda, bellas relaciones y frecuentan excelentes lugares. Viene la tarde y vuelven fumando y cantando, algunas veces en estado de ebriedad, y entran á su alegre prisión». Es verdad que las cosas pasan algo mejor en las prisiones de largas penas». (3)

En Inglaterra, la administración tiene la absoluta dirección del trabajo y no recurre jamás á empresarios. Los productos son consumidos por las reparticiones del Estado.

En Suiza, parece existir las más completa variedad, tanto en la manera de practicar el trabajo como en el trabajo mismo, pues en unos cantones el trabajo es inte-

(1) En Prusia está prohibida la venta á los particulares de los objetos fabricados por cuenta del Estado. Ellos son consumidos por el ejército, la marina, la policía, los hospitales, las minas, los ferrocarriles etc.

(2) Frédéric Lévy, *Statistique pénit. du Royaume de Prusse, Rev. Pénit.*, 1900, ps. 582 y sig.

(3) Fred. Lévy, *Les prisons en Autriche, Rev. Pénit.*, 1900, ps. 267 y siguiente.



rior, en otros interior y exterior. Los productos son consumidos por el estado ó vendidos á particulares.

La España se hace notar por el poco desarrollo del trabajo penitenciario, que en muchos establecimientos se puede decir que no existe, reinando en cambio la más completa ociosidad. En el establecimiento penal de Zaragoza, solo en un taller, el de carpintería, el trabajo está organizado en la forma *cooperativa*. (1)

En Rusia, los detenidos trabajan por cuenta del Estado, pero ejecutan de ordinario los pedidos de los particulares. En algunas prisiones, sin embargo, y por excepción, la administración penitenciaria trata con empresarios y pone á su disposición un número limitado de condenados, aptos para ejercer un oficio manual ó para suministrar un trabajo de fábrica determinado. En este caso, los detenidos reciben un salario fijo, convenido de antemano; el empresario procura la materia prima y corre en su cuenta los productos fabricados. Los trabajos son interiores y exteriores, pareciendo revestir más importancia estos últimos. (2)

Mr. Roger Roux, en su obra «*Le travail dans les prisons*», resume así las ventajas de la *régie*:

1.º Diversidad de talleres; 2.º aprendizaje de una profesión completa; 3.º beneficios integralmente reservados al tesoro; 4.º supresión de la inactividad forzada (*chomage*) y del descrédito para el comercio de exportación; 5.º impulsión educativa dada al trabajo; primas á la moralidad no á la producción; 6.º supresión de conflictos entre directores y empresarios.

(1) Santiago Rodríguez, *El trabajo penal en Zaragoza*, *Rev. Penit.*, 1900, ps. 577 á 579.

(2) M. de Berwick, *Rev. Penit.*, 1901, ps. 1100 y sig. Se nota cierto estacionarismo en el producto de los trabajos ejecutados en el interior de los establecimientos penitenciarios; en cambio en los exteriores ese producto aumenta rápidamente. En 1896 esos productos eran más ó menos iguales; en 1899 los exteriores dieron 680, 850 rublos y los interiores 582, 101 rublos.



La administración penitenciaria no debe olvidar, sin embargo, los frecuentes abusos en que incurren los directores de prisión bajo el sistema de la *régie*, aún en los grandes establecimientos europeos, en el desco de demostrar al público y al gobierno sus ventajas. Como dicen Mr. Roux y Mr. Brunot, nada más parecido que un taller de *régie* á un taller de *empresa*, y bien experto sería quien los pudiera distinguir. Sin embargo, la diferencia fundamental en los fines de uno y otro debe, por fuerza, revelarse en su organización. El taller de *régie* fundado sobre la enmienda, sobre la naturaleza educativa del trabajo, en el que el fin educador debe primar sobre el económico, tiene que funcionar de diferente manera que el de *empresa*, fundado sobre el interés privado exclusivamente, sobre la explotación intensiva y la extrema división del trabajo, sin que tenga que preocuparse para nada de la reforma moral del detenido.

136-- Pero hay otra razón en favor de la *régie*, de grandísima importancia, y es la de que ella disminuye los inconvenientes de la concurrencia que hace el trabajo penal al trabajo libre, sobre lo que diremos algunas palabras, en gracia á la trascendencia de la materia y á la discusión siempre viva y de actualidad que ella provoca en el mundo científico.

En efecto, mucho se ha discutido y se discute en Europa sobre la concurrencia del trabajo penal, y aún entre nosotros se han levantado quejas de los industriales con tal motivo. No es necesario ser muy perspicaz para comprender que en un futuro próximo, cuando la nación haya erigido los establecimientos penitenciarios que necesita y se practique en ellos regularmente el trabajo, estas quejas se repetirán y tendrán mayor importancia. Entonces, no está demás dilucidar este punto desde ya, examinando lo que esa concurrencia tiene de peligrosa y la manera de evitarla.



Que el trabajo penal hace concurrence al trabajo libre, apenas si es necesario insinuarlo. Es un principio económico que todo trabajo hace concurrence á un trabajo similar y todo producto á un otro producto: el prisionero que trabaja en la prisión, hace una parte del trabajo que efectúa el obrero libre. Tal concurrence es inevitable, á no ser que el detenido hiciera solo un trabajo de «ocupación», un trabajo no lucrativo, como el *crank* ó el *tread mill* ingleses, lo que nadie puede pretender seriamente, pues tal trabajo es odioso, desmoralizador y provoca resistencias (1).

La cuestión no está allí, sino en saber si ésta concurrence es legítima. En tésis general, contestamos con todos los penitenciarios afirmativamente.

En efecto, como lo hace notar Mr. Prudhomme (2), la mayor parte de los detenidos trabajaban antes de ser puestos en prisión y no se vé porqué su delito, que ha ya turbado el orden moral, debería también turbar el orden económico, modificando las condiciones del precio de la mano de obra. En cuanto á los que antes no trabajaban, como el trabajo es una obligación social, el Estado, obligándolos á llenar este deber después de su entrada en prisión, hace obra útil, y el trabajador libre no tiene más derecho de quejarse que de criticar al moralista que, por sus consejos, trasforma un perezoso ó un ebrio en un obrero sobrio ó laborioso, ó al médico que, curando al enfermo, lo pone en estado de entrar de nuevo al taller. El obrero libre no tiene un derecho adquirido á la ociosidad del prisionero, ninguna razón puede alegar para

(1) «Se me ha ocurrido un día que si se quisiera reducir á un hombre á la nada, castigarlo atrocemente, anonadarlo de tal modo que el asesino más endurecido temblaría ante este castigo y se espantaría de antemano, bastaría dar á ese trabajo un carácter de completa inutilidad aun de absurdes». Dostoyuski, *La maison des morts*.

(2) *Revue Penit*, 1901, p. 170.



pretender que este sea un valor negativo, económicamente hablando.

Sería, en verdad, una extraña concepción aquella que considerase la ociosidad del prisionero como un privilegio del obrero libre. De esta manera llegaríamos hasta aplaudir los progresos de la criminalidad que disminuiría cada vez más la concurrencia y encarecería la mano de obra, y á lamentarnos de la reforma moral de los detenidos y del buen éxito de las sociedades de patronato, que tienden á vaciar las prisiones y á colocar á los liberados en las filas de los productores!

Cavour, tan frecuentemente citado por los que de esta materia se ocupan, dijo ya hace mucho tiempo: «El condenado antes de su prisión, era ó debió ser un obrero trabajando como todo el mundo. Si se le encierra, su concurrencia, en tanto que obrero libre, desaparece y es reemplazada por la concurrencia que él hace como obrero detenido y esto es todo».

La Francia, dando oídos á estos reclamos, suprimió, como ya lo dijimos, por decreto de 24 de Marzo de 1848, el trabajo en las prisiones, y por el art. 4 establecía que debía ser reorganizado de manera á no crear á la industria libre una concurrencia inconveniente. Jules Fabre disminuyó, con su circular de Abril, los efectos de este decreto, pero, apesar de todo, la ociosidad creó á la Administración una situación intolerable, con la que concluyó la ley de 1849, que ordenó que los presos trabajasen en las obras públicas, y en 1852 otra ley autorizó el trabajo en favor de los particulares.

137—Así, pues, debemos admitir en principio, que la concurrencia del trabajo penal al trabajo libre es legítima, por lo menos en cuanto se refiere á la concurrencia de cantidad. Por otra parte, el perjuicio que esta concurrencia puede hacer es tan insignificante que se puede despreciar, pues está calculado que la proporción entre el número de

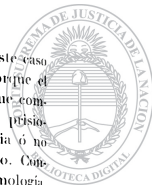
obreros libres y el número de detenidos es de $\frac{1}{2}$ %, ó sea, un penado por cada 200 obreros libres, que es todavía mucho menor, pues el penado hace un 50 ó un 60 % del trabajo de un obrero libre ó á lo más, según los cálculos más optimistas, los dos tercios.

Pero, sucede muchas veces, y es lo que ha dado lugar á críticas severas y que en realidad son fundadas, que la Administración penitenciaria, que puede no otorgar remuneración alguna por la mano de obra penal ó hacer que esta remuneración sea muy inferior al precio de la mano de obra libre, entregue al mercado, á vil precio, los artículos manufacturados en la prisión, haciendo así una concurrencia desleal y ruinosa á la industria libre y que trae, como consecuencia ineludible, la baja de los salarios de los obreros. Puede suceder también que ella, fabricando artículos en grande escala por métodos perfeccionados y usando maquinarias, aun pagando bien la obra de mano penal, desaloje del mercado pequeñas industrias locales de las que viven numerosas personas.

El sistema de la *empresa*, por muchas que sean las precauciones que se tomen, dará siempre lugar á esta competencia reprochable. Para evitarla, es necesario ocurrir al sistema de la *régie*, pues entonces esos productos se venderán al precio corriente en plaza, teniendo en cuenta su calidad. Siempre habrá concurrencia se dirá. Indudablemente, pero una concurrencia leal, legítima, de la cual nadie tiene el derecho de quejarse, desde que el Estado tiene el deber primordial de moralizar á los detenidos por medio de un trabajo productivo, como ya lo hemos dicho.

Pero, aun esta concurrencia legítima sería fácil evitar con el trabajo en *régie*, haciendo consumir por el mismo Estado los productos de las prisiones. El ejército, la marina, los hospitales, las oficinas públicas, las sociedades de beneficencia, etc., pueden consumir esos productos, evi-





tando así que ellos vayan al mercado. Aun en este caso se ha llegado á decir que hay concurrencia, porque el Estado ó las sociedades de beneficencia tienen que comprar en alguna parte lo que necesitan, si las prisiones no lo fabrican. Pero esto no es concurrencia ó no nos entendemos sobre el significado de este vocablo. Concurrir viene del latin *concurrere* y según esta etimología, significa llegar juntos al mismo punto, en este caso, al mercado.

Quando el Estado consume los productos que se fabrican en sus prisiones, no lleva nada al mercado y, de consiguiente, no hay concurrencia.

Mr. Puibaraud decía en la Société General des prisons con mucha razón: «Si yo me afeito con mi propia mano ¿pensáis que hago concurrencia al barbero de mi calle? Pero, si yo pido á algunos amigos que se hagan afeitar por mí, le hago concurrencia. Cuando yo trabajo para mí mismo, yo no veo que haga concurrencia á nadie. Si yo soy propietario de una casita con un pequeño jardín y cultivo yo mismo mis zanahorias, mis lechugas, mis coles, para mi uso personal, nadie tiene porqué quejarse; pero si llevo mis lechugas al mercado haré concurrencia á los jardineros de profesión. Cuando en una prisión hay terrenos donde los presos hacen cultivos que emplean en su propia alimentación, no hay concurrencia» (1).

Si los productos fabricados exceden á las necesidades del Estado, no hay inconveniente en llevar al mercado este excedente, pero con ciertas precauciones para evitar un perjuicio á determinadas industrias locales ó regionales, como sería la de ensanchar considerablemente el mercado donde estos productos se venden y aun, en caso necesario, exportarlos á otros países.

Pero esto sucederá rara vez, pues si se ha de tener

(1) Puibaraud, *Revue Penit*, 1901, págs. 967 y 1108.

siempre como punto de mira la enmienda del culpable y su rehabilitación cuando ingrese de nuevo á la sociedad. Las prisiones no podrán convertirse en manufacturas á producción intensiva.

Desde luego, la celda, que ofrece un obstáculo serio á una explotación industrial; después, la necesidad de emplear muchas de las horas que corresponden al trabajo en la instrucción intelectual y moral y, por último, la necesidad de dar una profesión al detenido que le permita vivir honestamente á su salida de prisión, para lo que se requiere perder mucho tiempo en la enseñanza metódica de ella, habituándolo previamente al manejo de las herramientas, y, si se tiene en cuenta que las profesiones enseñadas deben ser numerosas para conformarlas con las aptitudes de los detenidos, resultará que el trabajo penal será poco productivo y la concurrencia apenas se sentirá.

Se han indicado varios temperamentos á adoptarse para evitar los inconvenientes para la industria libre de la competencia penal, de los cuales enumeramos los principales:

- 1º Repartición de los talleres sobre todo el territorio;
- 2º Variedad y seccionamiento de las industrias penitenciarias;
- 3º Conformación del precio de venta á las tasas de la industria libre;
- 4º Trabajos por cuenta del Estado;
- 5º Distribución de los productos sobre un vasto mercado;
- 6º Venta en el extranjero;
- 7º Proscripción de toda publicidad para la venta de los productos;
- 8º Supresión de las industrias de las clases más pobres y menos remuneradas;
- 9º Utilizar la mano de obra penitenciaria, no en productos terminados y propios al consumo público, sino en los *semifabricados*, es decir, en productos no terminados, en materias primas de segundo grado, exigiendo una nueva operación por la industria libre antes de ser uti-





lizables por el público (ley prusiana de 12 de Diciembre de 1859).

138—Expuestas estas nociones sobre el trabajo penitenciario que son las aceptadas hoy por la ciencia y que bastarán para una organización seria de él en nuestras prisiones, examinemos lo que dispone el proyecto en su artículo 16, sobre la manera de aplicar su producto.

El artículo ha sido tomado á la letra del 38 del proyecto de los señores Piñero, Rivarola y Matienzo, el cual, á su vez, fué tomado del proyecto Tejedor, agregándole el inciso segundo que se refiere á la prestación de alimentos. Con posterioridad á aquel, se ha discutido ampliamente este punto en los Congresos de París de 1895 y de Bruselas de 1900 y por las corporaciones y penitenciaros de los diferentes países, llegándose á conclusiones diversas de las del proyecto, respecto al destino que debe darse al producto del trabajo del penado.

Ante todo, surge una duda motivada por la poca claridad con que está redactada la disposición que criticamos.

El orden en que están colocados los cuatro incisos del artículo ¿es un orden de preferencia para el pago, esto es, que el condenado está obligado á abonar primero integralmente la indemnización civil y solo después de satisfecha esta, las obligaciones á que se refieren los demás incisos? A creerlo así inducen las disposiciones que se citan como concordantes: el art. 65 de nuestro Código y el 104 del proyecto Tejedor.

Si ese alcance le hemos de dar, tal disposición no resiste á la crítica. Tan sagrada es la obligación de indemnizar á la víctima, como lo es la de pagar los gastos del penado en la prisión, pues no hay razón alguna para que los contribuyentes carguen con ellos, como lo es también la de socorrer á su familia inocente que queda, talvez, en la indigencia. El peculio de reserva responde, por su parte,



á una exigencia de política criminal, que no se puede eludir sin llevar un atentado á la sociedad, para quien es un serio peligro un liberado sin recursos, condenado fatalmente á la reincidencia.

Haciendo honor á la ilustración de los autores del proyecto, debemos creer que el alcance de esa disposición es otro, más en armonía con el criterio científico que hoy domina: que se haga cuatro partes del producto del trabajo, destinando cada una de ellas á los objetos expresados en los diversos incisos. Así lo disponen por otra parte las leyes más modernas: la francesa, la belga, la italiana, etc., si bien estas no toman en cuenta la indemnización civil al hacer este reparto.

La escuela criminal moderna tiene el mérito indiscutible de haber iniciado una gran campaña en favor de las víctimas del delito, buscando la mejor manera de que la indemnización sea una realidad. No es este el lugar de ocuparnos de esta interesante cuestión: basta á nuestro objeto hacer notar, que uno de los corifeos de la nueva escuela, Garófalo, aplaude la disposición del Código de las Dos Sicilias de 1819, que establecía que una parte de las adquisiciones que los reos hiciesen mediante el trabajo de la cárcel, se destinara á indemnizar á la parte perjudicada (¹).

Teóricamente no cabe discutir la bondad de semejante disposición: pero en la práctica no sucede lo mismo. Semejante desmenusamiento de la pequeña ganancia del penado que, como antes dijimos, tiene que ser nula durante todo el tiempo que emplee en aprender una profesión, no puede tener otro resultado que destinar sumas irrisorias á la satisfacción de esas varias obligaciones, sumas que no llenarán ni aproximadamente los fines que se persiguen. La indemnización civil, por lo general, será

(1) Garófalo. *Riparazione alle vittime del delitto*. Cap. I, p. 125.



muy superior á lo que pueda dar el producto íntegro del trabajo del penado durante una larga serie de años y una suma de 50, 100 ó 200 pesos sería todo lo que se podría aplicar, dentro del sistema del proyecto, para indemnizar el homicidio de un padre de familia, y esto durante un largo plazo.

Bastará un ejemplo para demostrar la verdad de nuestro aserto.

En Bélgica, se hacen tres partes de la ganancia del detenido; tres décimos para el Estado por sus gastos de gestión y los siete décimos restantes se dividen entre el Estado y el penado. Y bien, he aquí el monto del peculio de cada condenado:

Por un año.....	Fr.	35.57
» dos años.....	»	57.64
» tres »	»	98.52
» cuatro »	»	101.55
» cinco »	»	120.87 ⁽¹⁾

Por este dato se puede deducir la importancia de la suma destinada á la indemnización, dividiendo el producto del trabajo, ya no en tres, sino en cuatro partes.

139—Pero se dirá, acaso, (y ya lo dice nuestro Código vigente) que la obligación de indemnizar á las víctimas debe primar sobre cualesquiera otras obligaciones del penado y que en caso de sacrificar algunas deben ser estas y no aquella. Es un error.

Entre las diferentes obligaciones que pesan sobre el penado y que debe satisfacer con su trabajo, pensamos que no es la principal la indemnización á la víctima del delito, porque casi siempre alguna culpa, alguna imprudencia de ésta ha dado motivo á él y porque razones de justicia, de equidad, de humanidad, así lo establecen. Pero, ¿qué culpa tienen los contribuyentes á quienes se obliga á

(1) Prins, *Science pen. et droit positif*, nota 1, pag. 488.

pagar el alojamiento, vestido y manutención de los penados? ¿Qué culpa tiene la Sociedad, víctima también del delito, para que se la obligue á pagar los gastos de los penados? ¿Qué culpa tiene en el delito la familia del criminal, su víctima más digna de conmiseración?

Ninguna ley priva á un hombre del producto íntegro de su trabajo para aplicarlo al pago de sus deudas, cualquiera que sea su origen ¿y se pasaría en este caso sobre la ley natural que lo obliga á satisfacer con el sudor de su frente las necesidades más imprescindibles de su familia? ¿con qué derecho se condenaría á ésta á la indigencia para que el esposo ó el padre pague una deuda que, por sagrada que sea, no puede estar por sobre las exigencias de la humanidad? Sería volver á la barbarie antigua en que el acreedor podía disponer á su antojo de la persona de su deudor!

Por sobre estas razones, priman otras de política criminal, que el legislador debe tener muy en cuenta.

No hay que olvidar que la pena tiene ó debe tener un fin de regeneración, y que es un resorte moral de grandísima importancia, que influye poderosamente para que el penado tome amor al trabajo, el que este sepa que su producto vá á aliviar las necesidades de los suyos y que, gracias á él, estos no caerán en la miseria. Este resorte moral de primer orden, único capaz de hacer del trabajo un instrumento de regeneración, no debe ser destruido irreflexivamente por la ley, persiguiendo el pago de una indemnización que, en el mejor de los casos, llegaría á un resultado irrisorio en presencia de la entidad del perjuicio causado (1).

(1) El ilustre Baer que tan profundo estudio hizo de los presos, dice á su respecto: «Están profundamente poseídos de los afectos instintivos; amor é inclinación á los padres, á los hijos y á la familia en general. Es no pocas veces tan enternecedor como admirable, ver como criminales, repetidamente reincidentes, una vez en la cárcel, trabajan con todas sus fuerzas y con el más extraordinario ahínco y evitan hasta los más pequeños





Esta tendencia á confundir la pena que, en el concepto moderno, debe ser puramente preventiva, con la reparación del perjuicio, es común á los positivistas, habiendo llegado Garófalo, hasta pretender hacer de ésta un *sustituto* de aquélla para muchos delitos ⁽²⁾, aplicando en toda su extensión el *quia peccatum* sin el menor propósito de previsión para el porvenir (*ne peccetur*).

140—En el Congreso penitenciario internacional de Bruselas, de 1900, Mr. Berlet propuso y defendió el sistema dicho de *reserva del peculio*, que consiste en atribuir á la parte lesionada, á título de indemnización, á lo menos en parte, el peculio acumulado por el delincuente. Pedía que éste fuera dividido por partes iguales entre el Estado, la parte civil y el condenado. Los congresistas señores Berenger, Prins y Garçon se opusieron enérgicamente, alegando que semejante desmenuzamiento de una suma por si misma mínima, llegaría solamente, sin indemnizar seriamente á la víctima, á desalentar el esfuerzo productor del detenido, y necesitaría una organización relativamente complicada, poco en relación con la importancia negativa del resultado. Se rechazó la proposición de Mr. Berlet.

Conviene hacer mención de las palabras del eminente penalista Mr. Brusa.

Delegado por Italia al Congreso, contestando á Mr. Prins, que sostenía la conveniencia de subordinar la obtención del *sursis* (condena condicional) á la reparación del

gastos, con la única mira de socorrer con su estipendio á su madre enferma ó su familia abandonada á la miseria. Alguna vez están dictadas por el más hondo sentimiento las cartas de los criminales á sus parientes más próximos, y si les llega alguna mala noticia de su familia, se les vé presos del más penoso desasosiego. Los delincuentes jóvenes, al solo recuerdo de sus padres y hermanos, experimentan casi siempre sentimientos de vergüenza y arrepentimiento; y no es raro ver llenárseles de lágrimas los ojos á los adultos al solo pensamiento de su mujer ó hijos..... Baer. *El delinc. bajo el aspecto antropológico*.

(2) Garófalo, *Ob. cit.*, cap. III-III.



perjuicio lo mismo que la liberación condicional, Mr. Brusa decía: «Es inexacto que ningún legislador haya tenido en cuenta el voto del Congreso de París (*facilitar, por reformas de procedimiento, la constitución de la parte civil*). La comisión de revisión del Código de instrucción criminal italiano ha aceptado este voto y aún lo ha ampliado. Pero ella no ha tocado ni al *sursis* ni á la liberación condicional para hacer un elemento de presión sobre el autor del daño: ha respetado de un modo absoluto el espíritu de estas dos instituciones. *En la comisión de estadística judicial sostuvo é hice votar que el peculio debía ser atribuido, en parte, á la víctima. Y bien! después de lo que acabo de oír voy á esforzarme en hacer retirar ese voto*» ⁽¹⁾.

La proposición de Prins fué rechazada, y el Congreso repitió el voto del de París: «facilitar, por reformas de procedimiento, la constitución de la parte civil», como lo único que fuera posible hacer en este sentido ⁽²⁾.

Para terminar este capítulo, diremos que nuestro deseo es simplemente que no se haga servir á la pena para la reparación del daño, sacrificando deberes de humanidad ó comprometiendo la reforma del delincuente: sin negar por eso que la indemnización del delito tenga un carácter, más que de deuda privada, de reacción social defensiva, puesto que ella nace, nó de una convención particular, sino de la violación de una ley de orden público, y que, por lo mismo, sea un deber del Estado propender á que se haga efectiva con independencia de toda acción privada ó coadyuvando á ella.

(1) La disposición á que alude Brusa es la consignada en el art. 44 § 15 de los *Principe adottati dalla Commissione ministeriale incaricata di studiare é preporre le modificazioni da introdurre nel vigente Codice di procedura penale*, que dice así: «Se debe atribuir á la parte lesionada, á título de reparación del daño, una pequeña parte de la gratificación debida al condenado por su trabajo.»

(2) *Revue pénit.*, 1900, págs. 1188 y 1189; 1254 y 1255.

PRISIÓN PREVENTIVA

141—Nos hemos propuesto hacer un estudio tan completo como sea posible del Proyecto de Código Penal argentino; no debemos, entonces, pasar por alto lo dispuesto en el art. 3o del mismo, que no se ajusta, en nuestro concepto, á los verdaderos principios.

Cuatro sistemas se disputan la preferencia, más teórica que prácticamente, sobre el descuento de la prisión preventiva de la pena que pronuncia el Juez, y son: *el político*, *el empírico*, *el eclético* que reviste dos formas diversas, y *el jurídico*. El primero, niega resueltamente todo descuento; el segundo, deja al Juez la facultad de hacer el descuento ó no hacerlo; el tercero, bajo su primera forma, divide la prisión preventiva en dos periodos, de los cuales sólo el segundo se descuenta y bajo su segunda forma se descuenta siempre, pero en proporción á los sufrimientos que la prisión preventiva y la pena infligida deben causar, y el último ó jurídico, exige indistintamente y siempre el descuento completo.

El Proyecto, siguiendo al Código vigente, como lo hacía también el de Rivarola, Piñero y Matienzo en su art. 45, que, á su vez, tomaron esa disposición del Código español de 1822, adopta el sistema eclético bajo su segun-



da forma, de todo punto inaceptable porque la comparación que establece es arbitraria y sin base alguna.

Para demostrarlo, basta que nos pongamos en dos casos: el que las formas actuales de represión y de prisión preventiva continúen, ó que se modifiquen de acuerdo con los datos de la ciencia penitenciaria. En uno y otro caso, tal comparación resulta inaceptable. En el primero, porque actualmente prisión preventiva, penitenciaria, presidio, etc., importan todas igual sufrimiento para el condenado, no existiendo diferencias sensibles entre ellas, donde existen esos establecimientos, y donde no existe sino uno, como en la mayor parte del país, todas se reducen á una pena única donde van también los detenidos. En el segundo, porque la prisión preventiva que lleva consigo la segregación celular para evitar el contacto peligroso de los detenidos entre si y con los condenados, y en la que el trabajo, si bien voluntario, se hará siempre como un alivio al aislamiento, no tiene diferencia con las penas que hoy se reducen á la privación de libertad y al trabajo, cualquiera que sea el régimen que se adopte.

Es, sin duda, por esto y por lo que vamos á decir al aconsejar el sistema que se debe usar, que la España lo abandonó en el Código de 1850 y en el de 1870 y ninguna nación lo adopta hoy día.

El proyecto Tejedor, en su art. 171, adoptó el mismo sistema ecléctico, pero bajo su primera forma, igualmente criticable, y que tampoco es aceptado por ningún país.

142—Dijimos que esos cuatro sistemas se disputan la preferencia más bien en el campo de la doctrina que en el de la legislación. Y en efecto, el derecho positivo moderno solo practica dos sistemas que, siguiendo á Carrara, hemos llamado empírico y jurídico. El primero es seguido por Alemania, Holanda y el cantón de Vaud: el segundo por Italia, Bélgica y el canton de Ginebra. Francia, por su ley de 15 de Noviembre de 1892 reformando los artícu-





los 23 y 24 del Código Penal, adoptó un sistema mixto, estableciendo que la prisión preventiva se descontase íntegramente y de pleno derecho de la duración de la pena criminal ó correccional, salvo que el Juez, por disposición especial y motivada, resolviese que ese descuento no tenga lugar en el todo ó en parte. La imputación de la prisión preventiva es la regla, la no imputación ó la imputación parcial es la excepción.

El descuento facultativo ha sido enérgicamente condenado por Carrara, como una supervivencia de una época de atraso. «Mientras el descuento arbitrario, él dice, se aplique en pequeñas proporciones podrá no herir el sentido moral; pero lo hiere vivamente cuando se reflexiona que el poder de negar el descuento puede, en ciertos casos, autorizar una duplicación de pena y aún más». (1)

Pero, siendo universalmente reconocido que la prisión preventiva no se justifica sino por la necesidad, careciendo de todo otro fundamento jurídico, ¿cómo legitimar, en los casos en que no se acepte la deducción, semejante aumento de la pena legal? El Código Húngaro nos dá la razón á que obedecen los Códigos que sancionan este sistema: «La deducción no puede tener lugar cuando la excesiva duración de la detención preventiva ha sido provocada por el inculpado» (§ 91). De manera, que esa razón consiste en el temor de que el procesado prolongue intencionalmente la duración del proceso. Pero, semejante temor es completamente infundado. El inculpado no puede prolongar á voluntad la duración del proceso sinó contando con una pasividad del Juez que es, casi, una complicidad. Dirigirá solicitudes sin objeto, pero el Juez no está obligado á satisfacerlas, y, en todo caso, la ley procesal debe tomar medidas para evitar esos entorpecimientos intencionales. ¿Cómo podría el Juez estar

(1) CARRARA, *Opuscoli*, vol. IV, ps. 343 y 344.



seguro de que la intención es demorar y no defenderse por todos los medios posibles, sea buscando de buena fe que se le declare inocente, ó, por lo menos, que se le disminuya la pena? Por temor de un peligro ilusorio y de todos modos fácil de conjurar por otros medios, la ley pone en manos del Juez la solución que ella misma debería dar. «Último y desesperado refugio de los legisladores poco juiciosos fué siempre y siempre será el arbitrio del Juez». (¹)

143—El sistema jurídico, esto es, la deducción integral y obligatoria de la prisión preventiva, es, en nuestro sentir, el único justo y racional.

Para explicar la razón de nuestra preferencia, veamos en que consisten los reproches que se le han hecho.

Se le ha objetado que el descuento integral y absoluto altera la pena establecida por el legislador, pues mientras la cárcel *pena* debe ser acompañada de un tratamiento especial, la cárcel *custodia* exige uno más dulce. Equiparar tres meses de prisión preventiva con igual tiempo de pena, importa igualar males de intensidad muy diferente. Luchini ha contestado á esta objeción, que la prisión preventiva vá acompañada de sufrimientos morales intensos á causa de la dolorosa expectativa del procesado, exasperados con el aislamiento y la incomunicación. (²)

La idea jurídica sobre que descansa la imputación de la prisión preventiva, es la de que *en caso de condenación* es-

(1) Carrara, *Ob. y tug. cit.* Muy justa esta crítica del maestro en este caso en que el legislador no tiene razón alguna para abdicar sus facultades en manos del Juez; pero, en general, no la aceptamos, porque el legislador no puede abandonar el terreno en que forzosamente tiene que colocarse y pretender sustituirse al magistrado en lo que es del exclusivo resorte de éste. En los casos concretos, el arbitrio judicial se impone como una necesidad, y el defecto capital de ese gran monumento de la ciencia clásica, el Código Italiano, está en el olvido de esta verdad.

(2) Luchini, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio*, p. 255.



ta es una *ejecución anticipada de la pena* ⁽¹⁾. *Gárcer passus penam cedit*.

La prisión preventiva es, en realidad, una injusticia a que la sociedad se ve obligada por razones de seguridad social. «La única manera de que esa injusticia desaparezca en los casos de condenación, es, como dice Pessina, darle puesto entre las formas legítimas de represión, de las cuales quedaría excluida desde que no se la computase como pena» ⁽²⁾.

Un distinguido criminalista italiano dice á este respecto: «La restricción á la libertad individual que precede á la condena, por mucho que se la reduzca entre los límites de la más estricta necesidad, siendo siempre una derogación de los derechos del individuo por motivo de utilidad social, no tiene razón de ser sinó como una anticipación condicional de pena solo legítimable por una sentencia de condena que tenga cuenta de ella» ⁽³⁾.

144—Todo lo que acabamos de decir, demuestra acabadamente que la prisión preventiva debe descontarse por entero de toda pena temporaria privativa de libertad, y no en la forma que prescribe el art. 3o del proyecto, haciendo una comparación caprichosa, arbitraria, ilógica, pretendiendo establecer una equivalencia imposible. ¿Porqué un día de presidio ha de equivaler á dos de prisión preventiva y no á tres ó cuatro?

Pensamos también que la prisión preventiva no debe descontarse de la multa ni de la inhabilitación, porque, en caso de delitos castigados con estas penas, la prisión preventiva es inútil.

Entre las razones que antes hemos dado para justificar esta, la principal, la que absorbe todas las demás, es, sin

(1) Garraud, *Ob. cit.*, t. 2º, n. 494. — Haus, *Droit pen.*, t. 2º, n. 739. — Carrara, *Ob. cit.*, p. 345.

(2) Luchini, *Ob. cit.*, ps. 254 y 255.

3) Canónico, *Del reato y della pena*, p. 390.

duda, la de impedir al culpable sustraerse á la pena con que debe ser castigado. Y bien, siempre que la pena, como dice Carrara en el párrafo transcrito más arriba, es proporcionalmente menos grave que el destierro de la patria, esa razón desaparece y con ella la necesidad de la prisión preventiva. En este caso, están comprendidos todos los delitos castigados con multa ó con inhabilitación y aun los castigados con una pena privativa de libertad de corta duración. En este último caso, el Juez, por auto motivado, que deberá ir al Superior en consulta sino fuera apelado, deberá declarar si hay ó no lugar á la prisión preventiva, teniendo en cuenta el arraigo del procesado, su salud, sexo, edad, posición social y si tiene familia á cuya subsistencia atiende (1).

(1) En general, las leyes europeas más modernas exceptúan de prisión preventiva ó declaran que la liberación procede de derecho cuando se trata de delitos castigados con prisión ó detención con dos ó tres años como máximo y el procesado no sea reincidente. Véanse *Código francés de Instrucción Criminal* (art. 113), *Código italiano de id.* (art. 182, 2 ob.), *ley belga* de 1874. — Brusa, *Rev. pénit.*, 1901, p. 305 y sig. — Kouzmine Karawaew, *Mesures prevent.*, *Bulletin de l'Union Int. de Droit pen.*, 1902, p. 392 y sig. — Larraude, *Les garanties de la liberté individuelle*, *Rev. pénit.*, 1901, p. 185 y sig.





TÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD CIVIL



145—La responsabilidad del autor de un delito se puede decir que es doble; de un lado la responsabilidad penal, del otro la civil. Estas dos responsabilidades bien distintas, son confundidas, sin embargo, por los positivistas y por el gran sociólogo contemporáneo Spencer, para quienes, en algunos casos por lo menos, indemnización y pena es lo mismo ⁽¹⁾, lo que importa volver a la legislación romana sobre los *delicta privata* ⁽²⁾, como ellos mismos lo confiesan.

En otra ocasión dijimos que la pena debe tener en vista, no la retribución, sino la utilidad social, es decir, que ella debe proponerse prevenir nuevos delitos y no castigar el mal producido como lo quería la escuela clásica, según la conocida fórmula: *Pena est malum passionis quod infligitur ob malum actionis* ⁽³⁾.

(1) *Spencer, Estudios políticos y sociales.—Moral de la Prisión*, II, págs. 186 y sig.—*Garófalo, Riparazione alle vittime del delitto*, Cap. III, p. 84 y sig.—*Ferri, Sociología Criminal*, ns. 74 y 88, ps. 773 y 847.—*Puglia, Diritto penale*, I, p. 182.

(2) *Nec manifesti furti pena dupli irrogatur*. L. de las XII Tablas. Cuando el hurto era manifiesto se imponía esclavitud, pero después se fijó el cuádruplo: *Pena manifesti furti quadrupli est*. L. 14, Tit. I. a. V. Instit.

(3) *Hugo Grocio, De jure belli ac pacis*, lib. II, C. 20, l.



Y bien, si esto es así, no podemos admitir que la reparación del daño causado por el delito sea una pena, porque ella tiene por objeto el mal producido, es una consecuencia del perjuicio que se ha originado y entonces la pena tendría carácter reparador, de expiación, de retribución; se castigaría *quia peccatum est*, sin el menor propósito de previsión para lo futuro (*punitur ne peccetur*); y tan es así, que la reparación del perjuicio nada tiene que ver con el mayor ó menor peligro que el criminal ofrezca, ni aún con su intención más ó menos culpable.

No deja de ser curiosa esta regresión al punto de partida, á la *composicion* de los pueblos primitivos, en que el *wergeld*, precio del hombre, y el *fredus*, equivalente pecuniario de la paz pública alterada, son las formas ordinarias de la represión. El *wergeld* no era en realidad sinó una indemnización del daño y por eso variaba según la importancia de la víctima, su rango social y las funciones que desempeñaba, y, como en la responsabilidad civil actual, no se tenía en cuenta para nada la intención sinó el resultado, ya sea originado por dolo ó por imprudencia.

El *wergeld* y el *fredus*, la indemnización del daño y una multa en favor del Estado, es lo que nos propone hoy Garófalo para castigar cierto género de delitos (1). Siglos numerosos han pasado por sobre el planeta y no se encuentra nada mejor que volver á aquel derecho penal objetivo, exclusivo de toda idea de responsabilidad. Los grandes progresos del derecho penal en el último siglo, en que los positivistas han tenido parte tan importante, y que nos han obligado á volver los ojos al delincuente para regenerarlo, para convertirlo en un miembro útil á la sociedad, para atacar el delito en su fuente misma, teniendo en cuenta solo el porvenir (*ne peccetur*), han sido olvidados, y son los positivistas los que nos proponen ahora volver á la expiación, á la reparación por la pena

(1) Garófalo. *Ob. cit.* Cap. III-II, p. 185.

del mal causado, dirigir nuestra mirada al pasado y a la víctima, dejando de lado al culpable y al verdadero interés social, castigar *quia peccatum*, como en las épocas bárbaras de la criminalidad!

146—La obligación de reparar el daño causado volviendo las cosas á su estado anterior, es una obligación civil, pues tiene todos los caracteres de tal. Para convenirse de ello, basta tener en cuenta que la responsabilidad civil, no se fija, como la penal, en el autor mismo del delito, sinó que pasa á sus herederos como todas las deudas y cargas de la sucesión (art. 1098 Cód. Civ.), y aún á otras personas igualmente extrañas al delito, que no han ejercido la vigilancia necesaria; y además que la víctima, una vez satisfecha la indemnización, no pierde ni gana nada, y el culpable tampoco pierde ni gana, se ha restablecido el equilibrio y nada más, en tanto que penalmente el culpable pierde y la sociedad y la víctima no ganan nada materialmente. Esta responsabilidad, pues, no debe confundirse con la penal, si bien pensamos con la generalidad de los escritores de estos tiempos y con los diversos Congresos Penitenciarios, que el Estado debe hacer algo más de lo que ha hecho hasta ahora para que esa reparación sea seria, salvando, en lo posible, todos los obstáculos que han contribuido á hacerla ilusoria, en la generalidad de los casos.

Desde luego, esta obligación civil *ex delicto* es de naturaleza diferente de las obligaciones contractuales. En una obligación que toma su origen de un contrato, las partes han podido prever su inexecución y han podido tomar, de consiguiente, las garantías necesarias para su cumplimiento; si no lo hacen será por falta de prudencia y es justo que sufran los perjuicios de la propia ligereza, que fácilmente pudieron evitar. Pero el delito viola, ya no una norma convenida, sinó una ley de interés general, una ley de orden público, que todos debemos acatar, y no hay





previsión humana que nos impida ser víctimas de él. Es, pues, de verdadero interés social la reparación del daño causado por el delito, y á este título, debe ser el mismo juez penal el que estatuya sobre ella y no por razón de mera conveniencia, como decía la regla: *melius est occurrere in tempore quam post causam vulneratam remedium querere*.

Por otra parte, todos los sistemas á que han dado lugar las relaciones entre la acción civil y la acción penal desde los tiempos primitivos, la absorción de esta por aquella, la independencia absoluta entre ambas, su interdependencia recíproca, que es el sistema actual en los diferentes países y aceptada por nuestra legislación, han producido tales inconvenientes en su aplicación, conflictos tan serios y numerosos han surgido y á tantas dificultades prácticas han dado lugar, que hoy se siente la necesidad de dejar á una sola jurisdicción, que naturalmente es la penal, la facultad de resolver las diversas cuestiones que emergen de un mismo hecho, el delito. Dividir lo que por su naturaleza es indivisible, tal fué el resultado de los antiguos sistemas, y las dificultades á que nos acabamos de referir fueron las consecuencias lógicas de este error.

Ellas desaparecerán el día que se las solidarice, lo que de ninguna manera importará confundirlas, como en el estado primitivo del derecho.

No podemos, pues, sinó aplaudir lo dispuesto en el inciso 1º del art. 35 del Proyecto, pero á condición de que se le dé al principio que él consagra todo el desenvolvimiento que debe tener, de acuerdo con lo que vamos á decir, y se prohíba expresamente el ejercicio de la acción civil proveniente de un delito ante la jurisdicción civil.

147—En el preámbulo de ese artículo hay, sin embargo, un error evidente, cuando dice que la indemnización del daño será ordenada por la sentencia *condenatoria*. ¿Y si fuera absolutoria?

Las circunstancias que *justifican* el acto incriminado



bajo el punto de vista penal porque en realidad no hay delito, como la legítima defensa p. ej., lo justifican también bajo el punto de vista civil, puesto que constituyendo el ejercicio de un derecho no puede obligar a la reparación del daño, según la conocida máxima: *Neminem laedit qui suo jure utitur*. Más, cuando las causas de justificación no son objetivas sino subjetivas al agente, puede ser responsable civilmente sin serlo criminalmente, siempre que se le pueda imputar culpa ó negligencia ⁽¹⁾, ó puede serlo un tercero extraño al delito, como en el caso de un loco ó un menor, pues si bien ellos están exentos de la reparación del daño están obligados á hacerla efectiva sus padres ó guardadores, según lo dispuesto en los artículos 273, 433, 921 y 1114 á 1117 del Código Civil. En tales casos, la sentencia absolutoria debe ordenar la indemnización del daño por quien corresponda.

¿Que razón habría para alterar en estos casos la regla general de que la jurisdicción penal es la competente para entender en la indemnización, puesto que existe un delito aunque el agente, por razones personales, esté exento de responsabilidad penal? No vemos ninguna. Hemos dicho que la Sociedad está interesada en la reparación del daño porque se ha violado una ley de orden público, y ese interés y la necesidad y conveniencia de que sea la jurisdicción penal la que entienda en ella, no desaparecen porque el agente no sea responsable criminalmente.

148—No solo corresponde á la justicia penal pronunciarse sobre los perjuicios, sino que hay conveniencia evidente que así se haga cualquiera que sea el fallo definitivo, absolutorio ó condenatorio. En cualquier caso la acción civil estará subordinada á la penal, la prejudicialidad de ésta respecto á aquella será la misma y di-

(1) Artículo 1067 Código Civil.



vidiriamos, como ya hemos dicho, lo que por su naturaleza es indivisible. Lo natural y lo lógico es que el Juez que decida sobre el delito lo haga también sobre sus consecuencias. El Juez penal, por otra parte, tiene en sus manos todos los elementos de decisión ¿para qué llevarlos a otra jurisdicción? Estas dos acciones, la civil y la penal, que nacen de una misma reacción social, son más bien dos aspectos de la misma cosa que dos cosas diferentes: lo natural es entonces solidarizarlas, de manera que la misma jurisdicción estatuya sobre el conjunto, con todas sus consecuencias y bajo todos sus aspectos, agotándolo judiciariamente, lo que no importa confundirlas.

Esta solidarización de las dos acciones hace desaparecer todas las dificultades actuales; la acción civil no será más detenida en su curso por la acción penal (1), la autoridad de la cosa juzgada será más firme y completa y el procedimiento se simplificará y se evitarán instancias sucesivas.

No sería un inconveniente el hecho de no figurar en el proceso el responsable civilmente, cuando este es un ter-

(1) Debida a la redacción, no muy clara, del art. 1101 del Código Civil, que dice que no habrá condenación en el juicio civil antes de la *condenación* en el criminal, existe verdadera anarquía en los tribunales argentinos sobre su interpretación. Mientras la Corte federal sostiene, en nuestro concepto con razón, que la acción civil no debe establecerse estando pendiente la criminal, las Cámaras de Apelaciones de Buenos Aires han decidido en numerosos fallos, que en tal caso el juicio civil se puede entablar y proseguir hasta que se ponga en estado de sentencia, siendo ésta la única que debe suspenderse. La jurisdicción sentada por estas Cámaras es, nuestro concepto, insostenible, porque la razón y la doctrina universal enseñan que es el ejercicio de la acción el que se suspende y á nada práctico conduciría seguir dos juicios paralelos pudiendo resultar inútil el civil. Confrontando la redacción de los arts. 1101 y 1104, se vé que el espíritu del legislador ha sido de que se suspenda el ejercicio de la acción y no solo el fallo: ¿quien podrá sostener que se puede acusar por bigamia estando pendiente el juicio civil sobre nulidad del primer matrimonio? Ampliamente fundó el autor esta doctrina en un caso reciente que se presentó ante la Corte de Justicia de Catamarca, de que es miembro, en disidencia con sus colegas,



cero extraño al delito, puesto que nada obsta á que se dé la participación ó intervención personal que se crea oportuna ó se le nombre un defensor especial.

149—El proyecto nada dice sobre si es necesaria la intervención en el juicio criminal de la parte civil, pero todo hace creer que sus autores piensan que ella es necesaria, pues en caso contrario hubiera dispuesto algo para el caso de que esa intervención no se realice. Tal vez se haya pensado que esta, como otras disposiciones relativas á esta acción, tienen su lugar en los Códigos procesales de las provincias, pero en esta materia no es muy fácil deslindar lo que es de forma y lo que es de fondo, y no sería sin graves inconvenientes dejar librado asunto de tanta importancia al criterio vario de catorce Legislaturas, que podrían reglamentar á su antojo esto que afecta el interés de la Nación. Si la indemnización de perjuicios es una forma de la reacción social que provoca el delito, el Código Penal debe reglamentarla sin que esto importe usurpar facultades constitucionales de las provincias. Por otra parte, en el silencio de este, los Códigos procesales seguirían, como siguen, las disposiciones del Código Civil, y ya se sabe que este sanciona una doctrina diversa de la que sostenemos, cuando dice: la indemnización del daño causado por el delito, solo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal (art. 1096).

Hecha esta observación que nos ha parecido necesaria, continuemos.

Desde el momento que la sociedad tiene interés directo en que la reparación se haga efectiva, no hay razón para esperar que los perjudicados se presenten á reclamarla. Si lo hacen voluntariamente, la cuestión se regulará contradictoriamente con ellos. Si no lo hacen, el Ministerio Fiscal que representa á la sociedad, deberá gestionar su pago y solicitar las medidas necesarias para su mejor apreciación judicial y su garantía, exigiendo, desde



que se haya decretado la prisión preventiva, el embargo de los bienes del procesado y aun antes y con carácter preventivo si temiera fundadamente que ellos sean enajenados. Los Congresos Penitenciarios y los más distinguidos tratadistas de las diversas escuelas están contestes en aceptar esta innovación (1).

Desde el momento que se reivindica para la ley penal el derecho de legislar esta materia, debió reglamentársela en una forma análoga á la del Código Civil ó establecerse que las disposiciones de éste deberán regir en todo lo que se refiera á la indemnización civil.

150—En cuanto á las costas del juicio, que indiscutiblemente debe pagarlas el autor del delito, como que son consecuencia directa de éste, se presenta esta cuestión: en caso de absolución ¿tiene el procesado derecho á exigir del Estado el reembolso de los gastos de defensa? Pensamos que no, porque el reconocimiento de tal derecho importaría crear entorpecimientos á la buena marcha de la justicia criminal, aparte de que, por regla general, alguna falta personal del procesado ha motivado el juicio.

El artículo 36 del Proyecto, establece la preferencia de la obligación de indemnizar sobre cualquiera otra contraída con posterioridad al delito.

Esto es algo, pero no bastante. El delincuente se encuentra en condiciones análogas al fallido. Es muy posible que para salvarse de la indemnización, que puede absorber toda ó gran parte de su fortuna, trate de salvarla burlando los derechos de sus víctimas, por medio de operaciones ó actos jurídicos simulados. Para evitar este peligro, debe quedar desde el día del delito en las mismas

(1) Garraud, *Ob. cit.*, n. 471.—G. Vidal, *Droit Crim. et science pénit.*, n. 608.—Prins, *Ob. cit.*, n. 634.—Raoul de la Grasserie, *Des principes sociol. de la Crim.*, pág. 224 y sig.—Ferri y Garófalo, *Ob. y lug. cit.*—*Congreso Penit. de París*, 1895, 1.^a Secc., 4.^a cuestión, *Actas—De Bruselas*, 1900, 1.^a Secc., 1.^a cuestión, *Actas—Bonneville de Marsagny, Inst. comp. de reg. pénitentiaire*, pág. 511.

condiciones del fallido desde el día de la efectiva cesación de pagos, y aplicarse á su respecto las disposiciones de los incisos 2º y 3º del art. 44 de la ley de quiebras, y en lo pertinente, las contenidas en el capítulo IX de la misma (art. 71 y sig.)

Lo dispuesto en el art. 37 del Proyecto, es igual á las que consignan los artículos 1081 y 1082 del Código Civil y nada hay que observar sobre su justicia.

El art. 38, igual al 71 del proyecto Tejedor, el que lo tomó del 122 del Código Español de 1850, figura en el proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo, de donde lo ha tomado el Proyecto actual. En todos estos Proyectos y Códigos, la redacción es idéntica aunque muy poco clara. La participación de que habla el art. 38 ¿es á sabiendas de que esos efectos provienen de un delito? No puede ser, porque en tal caso esa participación importaría encubrimiento, previsto y penado por el art. 296 del mismo Proyecto. Pensamos que el artículo se refiere á los que por título lucrativo participan, sin saberlo, de los efectos de un delito, según el conocido principio jurídico de los romanos: *nemo cum alterius damno locupletior fieri potest*. Siendo así, esta responsabilidad se limita al caso en que el participante haya adquirido algún aumento de fortuna; de otro modo, la disposición sería injusta puesto que se obligaría á un inocente al resarcimiento.

Este caso no se refiere á la restitución de la cosa ú objeto del delito, que se halle en poder de un tercero de buena fe por un medio legal. El Código español, que, como hemos dicho, trae idéntica disposición á la del 38 que nos ocupa, en otra disposición, prevée esta restitución, como hace también el Proyecto citado de Rivarola, Piñero y Matienzo, en su art. 49. Claro es que en caso de restitución, el tercero deberá entregar la cosa, salvo su derecho á repetir contra quien corresponda, porque hay un





derecho de propiedad preexistente (art. 1329 Código Civil).

151—El art. 39 toca lo que constituye la gran dificultad de este problema y la que lo hace poco menos que insoluble. En efecto, cuando el condenado por un delito es solvente, nada se opone á que la víctima sea totalmente indemnizada. Pero, en el caso contrario, ó cuando siendo solvente se resiste á la indemnización y carece de bienes ostensibles sobre los cuales se puede llevar ejecución ¿cómo hacer efectiva aquella?

Varios medios se han propuesto, pero ninguno resuelve satisfactoriamente la cuestión, salvo el propuesto por Ferri ⁽¹⁾, de que el Estado se haga cargo de la reparación del daño, pretensión demasiado radical y aun socialista y que, en el estado actual de las sociedades humanas, no es sino una utopía. Se pretende que el Estado incurre en culpa al no impedir el delito y al no haber procedido con más previsión y rodeado de garantías morales la educación de los individuos, más tarde convertidos en malhechores ⁽²⁾. Este razonamiento no es sino un sofisma.

El Estado hace lo que puede para prevenir los delitos, y lo ha hecho siempre, buscando los medios más á propósito, según las lecciones de la experiencia y su grado de civilización, y si hay una rama de la legislación que haya progresado visiblemente, es la del derecho penal, acusando los esfuerzos que en todo tiempo se han hecho para que él responda, cada vez mejor, á las exigencias de la justicia y de la sociedad, según el concepto que setenia del

(1) Con mucha anterioridad á Ferri y á la misma escuela positiva, leyes y penalistas clásicos sostuvieron la obligación del Estado de indemnizar á las víctimas del delito. Véase art. 129 del Cód. español de 1850.—Pacheco, *El Cód. Pen. concord. y coment.*, t. 1, p. 502.—Azcutia, *Ley Penal*, p. 326.

(2) Ferri, *Ob. cit.*, n. 88.—Saleilles, *Un nouveau système de répar. au vict. des délits.*—*Rev. Penit.* 1901, ps. 389 y sig.—Cuéche, *Ob. cit.*, p. 211.—De la Grasserie, *Des principes social de la Crim.*, p. 145 y sig.



delito y de la pena. La Iglesia y la sociedad civil aunan su acción en este sentido, y la primera, conformándose al espíritu del Evangelio donde la justicia es temperada por la caridad, trabaja, desde los primeros tiempos del cristianismo, por la introducción de un sistema de penalidades más dulces que el de las sociedades paganas. Los progresos fueron lentos, pero continuos. A fines del siglo XVI, el movimiento se acelera: prisiones modelos se fundan y en Italia, tierra clásica de la ciencia penal, aparecen Tolosano, Bonavita, Bonacosta que trabajaron por dar á la pena como fin la enmienda del condenado. Genios como Beccaria y Bentham, apóstoles como Howard, cambian, más tarde, la orientación de las ciencias penal y penitenciaria y fundan la escuela clásica, que tanta gloria supo adquirir y que tan eminentes servicios rindió, á pesar de su error de hacer del delito una mera abstracción.

Los positivistas, posteriormente, lo ponen en evidencia y reconocen que el delito es producto de causas múltiples, individuales y sociales, y dan nuevo y poderoso impulso á la ciencia penal, no obstante las exageraciones y errores en que, á su vez, incurrieron. El espectáculo que nos presentan los pueblos modernos, bajo este punto de vista, es edificante: por todas partes pueblos, gobiernos, pensadores, sociedades sabias, Congresos Penitenciarios que se multiplican, luchan encarnizadamente contra el delito trabajando por prevenirlo en el futuro; ¿conque resultado?

Triste es decirlo, pero él apenas se hace sentir. La barbarie con sus suplicios refinados y sus hecatombes humanas y las dulzuras de nuestra época y las más sabias instituciones penitenciarias, parecen haber sido igualmente impotentes para disminuir la criminalidad. Todo lo más, ha cambiado de forma, y de brutal que era, se ha hecho astuta, de sangrienta, fraudulenta y lasciva.

La riqueza aumenta, el bienestar económico de todas



las clases sociales mejora continuamente, y naturalmente entonces debiera haber un retroceso en los crímenes contra la propiedad. Examinemos las estadísticas y veremos todo lo contrario. Las relaciones sexuales son más libres y más fáciles que nunca y, sin embargo, los delitos contra las costumbres aumentan enormemente. ¿Será, como cree Tarde, que una necesidad se sobreexita con su propia satisfacción, ó, como pensamos nosotros, que la riqueza crea necesidades ficticias y que los progresos material y moral no corren paralelos, y, por el contrario, parecen estar en razón inversa uno de otro?

La extrema miseria y el extremo bienestar, ha dicho un pensador, son factores igualmente intensivos de la criminalidad, sea que ellos obren como provocadores inmediatos ó próximos del atentado, sea que ellos manifiesten su intervención lejana por las degeneraciones nacidas de su influencia (1).

152—Sea de esto lo que quiera, el hecho es que la criminalidad no disminuye. Von Lizi (2), nos dice que en el período de 1882 á 1896, la población de Alemania creció en un 15 % y el número de condenados en general aumentó á 38. 5 %, y Tarde (3) afirma que en 50 años, la población de Francia aumentó en un décimo y los delitos triplicaron. Apesar de la afirmación de Mr. Polletti de que el aumento de delitos no significa aumento de criminalidad, lo cierto es que las estadísticas demuestran que los esfuerzos realizados no han dado el resultado que había de-
recho á esperar.

Es que el delito es para la sociedad como la enfermedad para el cuerpo humano, una simple manifestación natural de causas que le son inherentes, y por eso, sin duda, decía Mr. Corre: «los delinquentes no deben considerarse

(1) Corre, *Crime et suicide*. p. 561.

(2) *Strafrechtliche Aufsätze and Vorträge*, t. II, p. 289.

(3) *Criminalité Comp.* cap. II, p. 132.



como el deshecho de la sociedad, antes bien, tienen con ella la misma relación que la llaga con el cuerpo». Y así como el hombre es impotente para rehacer su organismo, también lo es la sociedad para mejorar el suyo suprimiendo las causas de los delitos.

La naturaleza, que ha dotado al hombre del instinto de la sociabilidad, no ha podido evitar los conflictos entre especies y en cada especie los conflictos entre los individuos, porque la desigualdad es la regla entre las unas y entre los otros. El hombre, pues, está sometido al principio biológico de la lucha por la vida, cuyas condiciones varían según los individuos, su constitución fisiopsíquica y su modo de existencia. El delito no es sino una forma del *struggle for life*, y mientras la sociedad exista los hombres lucharán por vivir y reproducirse, respetando ó violando el derecho ajeno, según esas condiciones. De ahí, en nuestro entender, que el delito, sin modificaciones sensibles, se perpetúe al travez de los siglos en todas las colectividades, desde las más bajas hasta las más elevadas, bajo las formas sociales las más rudimentarias ó las más cultas, bajo todas las formas de gobierno: teocracia, monarquía, república, y parezca destinado á no extinguirse jamás. Nuevo Proteo, cambia de forma, pero no muere.

Los positivistas que culpan á la sociedad de no impedir los delitos, nos enseñan que el delito es natural (¹), y que él es producido por factores antropológicos, físicos y sociales. Guiada por esa nueva luz, la ciencia moderna trabaja sin descanso, buscando por medio de la estadística de la moralidad y de la criminalidad, la influencia que tienen esos diferentes factores en la producción del delito, para combatirlos con más seguridad, penetrando, por medio de la psiquiatría, hasta donde es posible en el alma del cri-

1 Luis Carelli, *Los términos del problema penal*, 1, p. 2.—Garófalo, *Criminologie*.



minal y sorprendiendo el morbo hereditario para aminorarlo, aconsejando la difusión de la educación popular, la mejora de las condiciones económicas, la lucha contra el alcoholismo, etc. Los pueblos siguen con entusiasmo el movimiento: reforman sus códigos, mejoran sus establecimientos penitenciarios, crean asilos y hospitales para alcoholistas y degenerados, difunden la cultura, dictan numerosas leyes protectoras del trabajo y de la industria, mejoran, en lo posible, las condiciones higiénicas públicas y privadas. . . . ¿Que más se le puede exigir? Que haga desaparecer el frío y el calor porque en invierno predominan los delitos contra la propiedad y en verano los contra las personas?

153—Volvemos á preguntar ¿cuál ha sido el resultado de este gran movimiento y de las reformas sociales que han sido su consecuencia?

Holtzendorf proclama que los sistemas penales han hecho bancarota, Litz dice que el actual derecho penal es impotente contra la delincuencia, y Suffert agrega que los actuales sistemas de represión ó intimidación han fracasado. Esto respecto á Alemania. Respecto á Italia Auguglia ha publicado una obra titulada: *L'impotenza dell'azione repressiva in Italia e sue cause*, y esto lo dice todo. Joly habla del crack de la represión en Francia. Respecto á Inglaterra, Griffiths, Inspector General de Prisiones, dice: «En nuestra opinión, todos los sistemas de aprisionamiento, aunque estudiados con cuidado y concebidos con ingeniosidad y espíritu humanitario, no han influido, en modo apreciable, sobre la criminalidad. La Inglaterra ha experimentado todo! Ella ha ahorcado por centenares, ha deportado por millares, ha aplicado la prisión celular, la prisión por cuarteles separados, la prisión en común y todos los modos de represión que se han inventado. Y al fin del siglo XIX ¿podemos indicar en ese ó aquel sistema resultados que sean verdaderamen-



te típicos y probantes del punto de vista de la disminución de la criminalidad?» Y esto se dice de Inglaterra que tanto ha hecho para mejorar sus condiciones sociales y prevenir el delito, donde hemos visto al gran anciano Gladstone ponerse al frente de la campaña antialcohólica!

Respecto á los Estados Unidos, White, decía: «Todo esto demuestra el insuceso deplorable de nuestras instituciones penitenciarias, así para la intimidación como para la enmienda».

Se vé, pues, que la sociedad ha hecho grandes esfuerzos para vencer el delito ¿cómo culparla, sin enorme injusticia, de su falta de éxito?

¿Tiene culpa porque la enfermedad resista á sus inteligentes esfuerzos?

Ha podido impedir el delito velando mejor por la educación de los individuos, más tarde convertidos en malhechores, se dice. ¿Y qué hace la sociedad de medio siglo atrás, sinó preocuparse de los jóvenes delincuentes, no castigándolos sino tratando de apartarlos del crimen por medio de una educación apropiada, moralizándolos, sustrayéndolos al medio corruptor, enseñándoles una profesión, haciéndoles tomar amor al trabajo y combatiendo, con las armas que la ciencia le dá, las tendencias mórbidas de su alma, la fatalidad de la herencia? Las leyes sobre el trabajo de los obreros les dispensan todo género de protección y aseguran su situación y bienestar y, sin embargo, esta misma protección, según Von Litz, parece impulsar la criminalidad juvenil, porque los hace formar necesidades nuevas y cuando son despedidos de las fábricas en épocas de crisis, las satisfacen por medio del delito. Y la criminalidad de los menores, á pesar de todo, aumenta hasta tal punto que llega, según un criminalista, á constituir un fenómeno patológico social. Para convencerse de ello, basta este dato del mismo Von Litz: en el período de 1882 á 1893, habiendo crecido la población de



Alemania en un 15 % y los condenados aumentado en un 38,5 %, el número de menores criminales ascendió a 44,1 %, y el de menores reincidentes a 78,6 %!

154.—No falta quien agregue una otra razón que obliga á la sociedad á indemnizar á la víctima del delito. En el origen, se dice, la persona lesionada ejercía solo la reacción penal satisfaciendo, á la vez que su derecho á la reparación, su deseo natural de venganza. Más tarde la sociedad le arrebató el derecho de aplicar la pena, pero le asegura, sino una indemnización pecuniaria, al menos la venganza. Pero la sociedad renuncia muchas veces al castigo, remitiendo la pena cuando cree que ella carece de utilidad. La víctima se vé así privada de su derecho á la venganza; entonces el Estado tiene la obligación de asegurarle la indemnización, porque esta es el precio de la expropiación por causa de utilidad penal de su derecho natural á la venganza. ⁽¹⁾ El autor olvida que semejante pretendida obligación solo la tendría el Estado en los pequeños delitos, á los que aplica la condena condicional.

Apenas si necesitamos refutar este argumento que resuscita ideas en voga en la infancia de la sociedad. Pretender que la ley acepte como legítimo este sentimiento mezquino, de odio, profundamente inmoral, es perturbar todas las ideas, todos los sentimientos, los principios y los intereses sobre que descansan los pueblos modernos. La venganza es una pasión innoble, y la ley no podría erigirla en un derecho sin subvertir toda idea moral.

En la antigüedad y en la edad media, llegó á sostenerse el derecho á la venganza, pero á la venganza objetiva no subjetiva, social no privada, que tiene por objeto hacer *expiar* el mal causado con el mal infligido y no hacer el mal por solo deseo de hacerlo, movidos por este

(1) R. de la Grosserie. *Ob. cit.*, Cap. V, C.a), págs. 147 y 148.



principio tomado de la fisiología: que todo organismo, y con mayor razón el organismo social, recobra contra el que turba sus condiciones de existencia. Era la *vindicta pública*, también condenada por la moral y abandonada por la ciencia.

La sociedad, pues, no tiene culpa alguna en no impedir el delito. Tratándose de una culpa de omisión, sería necesario que sabiendo ella lo que tiene que hacer, no lo hiciera. Todo ó casi todo lo que se ha propuesto desde Beccaria hasta hoy, se ha practicado con el resultado que se ha visto. ¿Quién sería capaz de decirnos lo que la sociedad debe hacer, no ya solo para disminuir la criminalidad, pero para suprimirla, que es á donde nos lleva el argumento que refutamos?

De consiguiente, el Estado no tiene el deber de indemnizar á las víctimas del delito, por lo menos mientras para ello necesite exigir un sacrificio á los contribuyentes; pero si dispusiese de recursos sobrantes para aplicarlos á ese objeto, ó pudiera realizar una combinación que se los suministrara, convendrá que lo haga respecto de aquellos que quedasen en la miseria, respondiendo, no á un deber, sino á una acción tutelar sobre los individuos que viven en su territorio.

155—En el Congreso de Bruselas, se propuso por Mr. de Monceau, Procurador de la República en Beaune, en Francia, un otro medio, ya propuesto anteriormente por Garófalo, Ferri, Fioreti y en general por todos los positivistas; nos referimos á la creación de una caja de multas á donde deben ingresar todas las que impongan los Jueces y con cuyo producido debe hacerse frente á las indemnizaciones. El gran inconveniente de esta institución en la forma propuesta, es el de que ella, cuando resulte insuficiente á su objeto, hace refluir sobre el Estado la obligación de pagarla. La caja es un recurso que se dá á éste para que haga frente á esa pretendida obligación.



pero en caso de insuficiencia, tendrá que apelar á rentas generales. En esta forma ella resulta inaceptable, y el Congreso, en nuestro concepto, hizo bien en rechazarla.

Pero esta idea se puede utilizar y sería altamente benéfica, haciéndola servir, no el pago de la indemnización, sino para llevar una ayuda pecuniaria á las víctimas desprovistas de recursos, que son las más (1).

Hemos dicho al hablar de la multa, que la ley debe generalizar su aplicación para evitar, en lo posible, las cortas penas de aprisionamiento que tan graves inconvenientes presentan: hemos dicho también que ella debe ser proporcional á la fortuna del delincuente ó mejor á la renta de que goce. Con esto, las entradas de la Caja no serían nada insignificantes. Pero, se dice, que esto importa obligar al Estado por vía oblicua á pagar esas indemnizaciones, puesto que la multa deja de ingresar al Tesoro público (2).

Los que tal dicen, no se aperciben de la profunda inmoralidad que vá envuelta en esa manera de razonar. ¡Como! ¿el Estado iría á buscar sus rentas en semejante fuente! ¿Se enriquecería con el producto del delito que él tiene por misión perseguir! ¿En lugar de pedir al impuesto las rentas que necesite, las pediría al crimen y al vicio! ¿Se pondría á la espera de nuevos crímenes para satisfacer sus necesidades! No, pues! Lo justo, lo moral, sería obligar á los criminales á qué, en lugar de entregar esas multas al Estado, las entreguen á los hombres honestos que son sus víctimas.

A esa caja irían también las indemnizaciones por ciertos delitos, como las injurias por ejemplo, que el agraviado renuncia generalmente movido por una falsa vergüenza ó una delicadeza excesiva, aplicándolas en beneficio de

(1) *Proposición de Mr. Leveillé, Rev. Penit.*, 1898, págs. 881 y sig.

(2) *Discusión en el Congreso Penit. de Bruselas*, id., 1900, pág. 1187.



una obra de beneficencia ó pública cualquiera. La prohibición de aplicar esas indemnizaciones ó tales objetos, ha sido terminantemente establecida por el art. 51 del Cód. francés, con perfecta razón.

También podrían y deberían ingresar á ella los beneficios de la lotería, sino en su totalidad, en parte al menos.

Ya que el juego á llegado, entre nosotros, á constituir una institución del Estado, por una de esas aberraciones inexplicables del sentido moral de un pueblo, no empleemos su producido en construir iglesias, elevando á la divinidad casas manchadas con el vicio y mojadas con las lágrimas de todos los que carecen de pan y de abrigo. Es la piedad de los fieles la que debe levantarlas, como es la piedad de todos, la que debe sostener los asilos y hospitales. Esta gran virtud moralizadora de los pueblos solo se conserva y desenvuelve por su ejercicio. La coima vergonzosa no tiene sino una aplicación honrada: enjugar las lágrimas de los que padecen por el crimen.

Pero, aun sin este recurso, con solo las multas si se les dá la estensión ó importancia que hemos recomendado, bastará para que la Caja esté en condiciones de allegar algún socorro á las víctimas indigentes, debiéndose tener en cuenta la posición social, la entidad del perjuicio y la más ó menos influencia que haya tenido en la producción del hecho criminoso la falta ó imprudencia del agente.

En esta forma restringida, la Caja de multas no puede levantar ninguna objeción seria y sus beneficios serian indiscutibles. Con el tiempo, después que haya funcionado algunos años, tal vez podrían aumentarse sus ingresos sin imponer ninguna carga al contribuyente y ponerse en condiciones de indemnizar á las víctimas una parte, al menos, de sus perjuicios.

156—Lo dispuesto en el inciso 1º del art. 3º está muy lejos de resolver la cuestión del pago de la indemnización



por los insolventes é introduce una desigualdad chocante haciendo depender su monto de la duración de la pena. Hemos dicho que la parte de las ganancias del penado destinada á este objeto es absolutamente insuficiente. Esta ganancia depende de la duración de la pena, del género del trabajo, de la habilidad, energía, conducta y salud del penado, del tiempo empleado en el aprendizaje, etc., y esto cuando hay trabajo en la prisión, lo que no siempre sucede: de manera que el resultado medio de la ganancia será insignificante y su cuarta parte de tal exigüidad, que no se puede pretender seriamente indemnizar con ella á la víctima y mucho menos hacerlo equitativamente.

Según ese inciso, el monto de la reparación dependerá de la duración de la pena, y, por un mismo hecho, un homicidio por ej., que puede ser castigado con pocos ó muchos años de reclusión, según sus circunstancias, ese monto variará enormemente por más que por el proyecto, la gravedad subjetiva del delito no deba influir en la apreciación del perjuicio.

Pero, no es este el único inconveniente que presenta el art. 39. Según el inciso 1º, el condenado á tres años de prisión p. ej. no pagará sinó una parte mínima del perjuicio y una vez puesto en libertad su obligación queda extinguida si continúa la insolvencia, como es de suponer. El que ha sido condenado á una pena diferente del presidio ó prisión, detención por ejemplo, deberá pagar hasta el último centavo de la indemnización debida, según el inciso 2º, reteniéndosele una parte de sus entradas por tiempo indefinido, talvez por toda su vida. No vemos que razón pueda justificar esta diferencia.

La única manera de hacerla desaparecer, si es que se insiste en la conveniencia de esta forma de indemnización ya criticada por nosotros, sería consignar una disposición general, sin hacer distinción de penas, declarando que el condenado deberá responder de la indemnización con la



parte correspondiente del trabajo penitenciario mientras dure la pena, y concluida ésta, con la parte que se fije de sus entradas durante un plazo que el Código fijará, el cual comenzará á correr desde la fecha de la condena, no debiendo ser muy extenso por la razón que luego diremos: por ejemplo doce años. Supongamos, para aclarar las ideas, que un individuo es condenado á tres años de una pena privativa de libertad. Se le retendrá con ese objeto la parte correspondiente al producto de su trabajo mientras dure la pena y, una vez liberado, deberá entregar la parte que fije el tribunal de sus entradas hasta el completo pago ó hasta que venza el plazo legal, es decir, durante nueve años más, si ese plazo fuera de doce. Si hubiera sido condenado á diez años, deducida la parte de su trabajo penitenciario, deberá entregar parte de sus emolumentos durante dos años. Si la pena tuviera una duración igual ó mayor á la del término de la indemnización, esta quedará satisfecha con la parte deducida de su trabajo en la prisión durante este término, no debiéndose seguir reteniendo esa parte ni exigirle á su liberación el pago del saldo que aún adeudase, y esto por una razón fundamental de política criminal.

No hay obstáculo más serio á la moralización y, de consiguiente, á la rehabilitación del condenado, que la obligación de trabajar, durante una larga serie de años, en beneficio de un acreedor que le quita toda esperanza de provecho personal. Para que el trabajo sea moralizador, lo hemos dicho en otro lugar, es indispensable que se saque provecho de él, no parcialmente para hacer frente á sus necesidades más premiosas, sinó completamente. En caso contrario no hay que esperar nada del trabajo. Ya de por sí es un problema muy serio moralizar al detenido, y solo los esfuerzos perseverantes de la Administración penitenciaria y de la Sociedad de patronato pueden hacer esperar este resultado. ¿Qué sucederá si complicamos aún más el



problema con esta exigencia de trabajar largos años, tal vez toda la vida, en beneficio de su acreedor? Se puede afirmar, sin temor de equivocarse, que el liberado preferirá continuar en la carrera del crimen y que toda rehabilitación se hará imposible. No olvidemos que cualquiera exigencia debe ceder á esta necesidad suprema de volver á los extraviados al camino de la virtud.

157—Otras medidas se han propuesto para facilitar el pago de la indemnización. Hablaremos brevemente de una de ellas, porque creemos que debe ser incorporada á nuestra ley penal.

La reparación del daño, antes ó después de la condenación, debe ser considerada como un elemento legal de atenuación de la pena. Los publicistas de las diferentes escuelas penales reconocen la justicia de este principio y lo aceptan sin vacilar (1). El daño producido tiene una influencia importante en la medida de la culpabilidad del autor del delito, y, de consiguiente, si este daño no existe ó ha sido reparado más ó menos completamente, esa culpabilidad se encuentra atenuada. Este no es un privilegio acordado á los ricos que disponen de medios para reparar las consecuencias de sus delitos, porque en los ataques á la propiedad donde esa atenuación será más sensible, el deseo de cometerlos no se acuerda, como dice Prins, con la voluntad de repararlos, y el inconveniente que pudiera resultar para los demás delitos de esta disminución de pena, estará ampliamente compensado con la satisfacción suministrada á la parte lesionada y á la sociedad misma que se siente menos alarmada cuando vé restablecido, en lo posible, el estado anterior al delito.

En los delitos contra la propiedad, cuando el culpable ha reparado el daño que ha causado, se podría decir que al punto de vista social no hay daño. En los delitos contra

(1) Además de los positivistas, Garraud, *Ob. cit.*, T. 2º, n. 474. G. Vidal *Ob. cit.*, n. 608, pág. 724.—Prins, *Ob. cit.*, n. 688, etc.



las personas, si el daño social subsiste, malgrado la reparación, está incontestablemente atenuado ⁽¹⁾.

Es por esto que Fioretti, en el Congreso de Antropología criminal de Roma de 1885, propuso reducir la pena á la mitad, cuando hubiera sido espontáneamente reparado el daño en los delitos contra la propiedad, y en una cuarta parte, en los contra las personas, cuando hubiera sido indemnizado el daño á la misma víctima ó á sus herederos. En uno y otro caso, la indemnización parcial reduciría en proporción la pena ⁽²⁾.

Como se deduce de la misma proposición y de la contenida en la letra f) de su ponencia, esta reducción de pena solo puede tener lugar cuando el autor del delito no posee bienes sobre los cuales se pueda llevar ejecución. Esta limitación solo se puede aceptar con ciertas reservas.

158—Una cuestión importante ha surgido en Francia relativamente á la acción civil, que nuestro futuro Código Penal debe preveer para evitar que ella se produzca entre nosotros. En derecho francés la cesibilidad de la acción civil es indiscutible, como es igualmente incontestable entre nosotros á estar á lo dispuesto en el art. 1444 del Código Civil ⁽³⁾; pero la Corte de Casación de aquel país ha resuelto, en sentencia de 25 de Febrero de 1897, que el cesionario no puede hacerse parte civil ante el Tribunal represivo, de manera que la acción civil es incesible ante la jurisdicción penal. La razón dada por esa Corte es que solo un interés directo y personal puede servir de base á la acción civil ante los tribunales represivos, puesto que la querrela con constitución de parte civil supone, á diferencia de la denuncia, un perjuicio per-

⁽¹⁾ Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, t. 2, ps. 411 y s. —Garraud, *Ob. cit.*, t. 2, n° 474, p. 202.

⁽²⁾ Ponencia de Fioretti, 1° a) b) c) en el Cong. cit.

⁽³⁾ Nota del Dr. Velez Sársfield al art. 1445 del C. C.



sonal que no ha experimentado el cesionario y que el no puede invocar, en nombre del cedente, porque obra en su propio nombre.

No discutiremos esta doctrina del alto tribunal francés, que ha sido enérgicamente combatida en ese país por distinguidos juristas, fundados en que al cesionario se debe considerar como *procurator in rem suam* ejerciendo los derechos del cedente, pero no se puede negar la grave trascendencia de esta cuestión en estos momentos en que tan rápido desarrollo está tomando en el mundo entero los seguros contra el robo. Como es natural, las pólizas de esta clase de seguros estipulan la subrogación de la compañía en los derechos y acciones del robado, indemnizado por ella, y desde el momento que, como lo hemos sostenido y como se hará seguramente dadas sus indiscutibles ventajas, se prohíba intentar la acción civil ante otra jurisdicción, estos seguros, que tan positivas ventajas ofrecen, no podrán existir entre nosotros si se aceptara como exacta aquella doctrina.

159—Además del perjuicio á las víctimas del delito, hay un otro, talvez más importante, y digno de toda la atención del legislador: nos referimos á los que sufren las víctimas de los errores judiciales. Estas son de dos clases: las que sufren una prisión preventiva injusta por haberse reconocido que no hubo delito ó que el inculcado era inocente y los que han sido condenados por sentencia firme y cuya inocencia se declara en un nuevo proceso, previo al recurso de revisión.

Es posible que algunos piensen que esta materia es más propiamente del resorte de la ley procesal que legisla la prisión preventiva y la revisión de los procesos, por más que la indemnización sea solo una consecuencia mediata de ella que en nada afecta al procedimiento mismo: pero si se tiene en cuenta que las leyes adjetivas son dictadas entre nosotros por las Provincias y que estas, en general,



carecen de recursos para hacerla efectiva, se estará conforme en la conveniencia de que el Código Penal ó una ley especial del Congreso Argentino legisle la materia asegurando así la seriedad y la efectividad de la indemnización en todo el territorio de la República. Por otra parte, si la ley penal se preocupa de velar por el interés social y el orden público, no es dudoso que es de su resorte legislar esta indemnización, puesto que la reparación de los errores judiciales es de interés para la sociedad, (1) evitando el desprestigio de las leyes penales que en vez de amparar á los ciudadanos honestos los conducen, en ocasiones, al patíbulo ó á sufrir penas injustas (2).

El número de las víctimas de los errores judiciales no es insignificante como algunos talvez lo crean. A falta de estadística propia, podemos inferir su importancia entre nosotros con los datos de las extranjeras. El Profesor Luchini nos dice que: según las estadísticas oficiales de Italia, en el decenio de 1880-1889, los absueltos por los Tribunales de Asises, de apelación y demás se eleva á 200.728, lo que dá un promedio de 20.000 al año. Veinte mil personas que todos los años sufren los dolores, los perjuicios y la vergüenza de una prisión injusta!

Y en cuanto á los condenados injustamente, tomamos de Giurati los siguientes datos: Según Arago, hay un inocente por cada ocho condenados y según Orzano, la vigé-

(1) Sobre el efecto social que producen ciertos errores judiciales basta recordar la conmoción del pueblo francés en los casos de Lesurques y de Borrás. Lesurques subió al patíbulo en 1797 acusado de haber asesinado en el bosque de Senart al Correo de Lyon, declarando algunas mujeres que lo reconocían como tal. Después de ejecutado, las pruebas de su inocencia surgieron claras como la luz del día, y el pueblo francés, durante un siglo, mantuvo vivo el recuerdo de este acontecimiento horrible.

(2) La condena de un inocente, dice Carrara, genera odios contra la justicia y el odio no se borra sino con la confesión del error y la tentativa de reparación, porque ellas demuestran que si se erró no se lo hizo con malvada intención ni se perseveró en él. *Ob. cit.*, páginas 349 y 350.



sima parte de los condenados son víctimas de una sentencia injusta. La estadística del Ministro Mancini, publicada en 1878, demuestra que, en el decenio anterior, los condenados á muerte habían sido 222, de los cuales 20 lograron sentencia absolutoria en el nuevo juicio promovido en virtud de casación, es decir, una sentencia de muerte innecesaria por cada once (1): cifra espantosa que demuestra cuanto hay que hacer aún para mejorar las leyes procesales, particularmente entre nosotros, donde existen quince legislaciones diferentes, basadas todas ellas, casi exclusivamente, en el sistema inquisitorio, rezago de barbarie, fuente fecunda de errores, que busca la luz en el secreto, no permitiendo al inculpado que auxilie á la justicia en sus investigaciones! Si Walterio Raleigh pretendió destruir su *Historia del mundo* por que se reconoció incapaz de discernir la verdad de aquello mismo de que fué testigopresencial (2), ¿podrá encontrarla el Juez instructor cuando la ley lo obliga á ver con un solo ojo, el ojo del acusador público?

Impropiamente se comprende entre los errores judiciales á la prisión preventiva de un inocente, puesto que el error desaparece con la sentencia absolutoria ó sobresiimiento. Solo merece tal nombre el caso de condenación por sentencia firme revisada posteriormente con reconocimiento de la inocencia del condenado. Nos ocuparemos de ambos casos separadamente.

160—¿Debe ser indemnizada por el Estado la víctima de un error judicial? Grave cuestión que ha pro-

(1) D. Giurati, *Errori giudiziari*.

(2) Cuando este notable escritor, preso en la Torre de Londres, concluía su grande obra, acertó á presenciar desde una ventana una reyerta entre presos. Al día siguiente, uno de sus partícipes le demostró que el origen, detalles y conclusión de ella eran contrarios á los que él creía; entonces, arrojando al fuego la obra, exclamó: «¿Como, en verdad, pretendo narrar la historia del mundo? Si me he engañado en aquello mismo que he visto con mis propios ojos ¿cuantos errores no habré escrito?». Felizmente la obra se salvó, pero quedó una enseñanza digna de ser recordada por nuestros legisladores.



cupado, desde tiempo atrás, á los legisladores de los diversos países y que motivó una luminosa discusión con motivo del proyecto de ley francés sancionado en 5 de Junio de 1895.

Un espantoso error provocó esta ley. Un aragonés, José Borrás, fué condenado á muerte por suponersele coautor de un robo con violencia en las personas, perpetrado en Narbona en 1887. Inmediatamente de pronunciado el veredicto condenando á muerte á Borrás y Guillaumet y á trabajos forzados á Villarubia, éste declaró que Borrás no era culpable, declaración confirmada por Guillaumet, pero la sentencia estaba ya dada, y ante la majestad de la cosa juzgada poco importaba que cayese la cabeza de un inocente; *¡había que inclinarse ante la justicia hasta cuando se equivocaba!* (1). Después de grandes esfuerzos, se consiguió que el Presidente de la República conmutase la pena á Borrás en trabajos forzados perpetuos y, para disimular el error, se hizo igual conmutación á Guillaumet. Nuevos trabajos ó influencias poderosas del Parlamento, lograron el indulto en 1889.

La Francia fué agitada por un vivísimo sentimiento de protesta y de lo más hondo de la conciencia nacional surgió esta interrogación: ¿Merece el nombre de nación civilizada un país donde se condena á muerte á un hombre, se lo afrenta en seguida con el signo de los forzados y cuando no se puede discutir la inocencia, bajo la presión de la opinión pública, se limita á ponerlo en libertad, sin tratar de compensar de alguna manera el daño y las torturas morales de ese hombre y de su familia? El pueblo hizo lo que no quería ó no podía hacer el gobierno: se levantó una suscripción que produjo algunos centenares de miles de francos, encabezada por eminencias como Dumas, Daudet y Rochefort, con mil francos cada uno.

1 Discurso del Ministro Fallieres en la sesión del 28 de Junio de 1890.



Inmediatamente la Cámara de Diputados se preocupó del asunto, sancionando un proyecto que reconocía á las víctimas de errores judiciales derecho á ser indemnizadas por el Estado, el que fué convertido en ley en Junio de 1895.

161—Dos teorías aparecen en esta memorable discusión para justificar jurídicamente el derecho de la víctima y la obligación correlativa del Estado: una de ellas fué adoptada por la Cámara de Diputados, la otra por el Senado. Analicémoslas.

La primera es la de la *falta social*. El error judicial constituye una falta de la Sociedad, y ésta, lo mismo que los individuos en el caso del art. 1382 del Código francés, que son los 1077 y 1109 del Código Argentino, debe repararlo. Esta equiparación de la obligación del Estado con la de un simple particular, se hizo expresamente en el Senado por el Ministro Guarda Sellos y determinó el voto de este alto Cuerpo: «En definitiva, dijo, el Gobierno no pide sino una cosa: quedar en los términos del art. 1382». Este principio conducía lógicamente á las siguientes consecuencias: 1.º el demandante debe probar la falta; 2.º toda responsabilidad del Estado desaparece cuando el error ha sido el resultado de un *caso fortuito ó fuerza mayor ó del dolo del condenado*; 3.º la *falta del condenado* compensa ó disminuye la falta social.

Esta doctrina de la falta se presta á objeciones muy serias. Sin entrar á discutir si el Estado como soberano (no hablamos de la persona de derecho privado, de la persona jurídica) es responsable de sus actos en frente de los particulares, y si Mr. Berénger tenía razón cuando calificaba la pretensión de la irresponsabilidad como una pretensión feudal, el hecho es que no se puede admitir la aplicación al poder público de una regla de derecho privado destinada á regir las relaciones jurídicas de los particulares ó personas que le son asimiladas. Por otra



parte, si ese derecho ha de regir las relaciones del Estado soberano con los particulares, aquel sería irresponsable, según el art. 929 del Código Civil, porque había incurrido en un error de hecho difícil ó imposible de evitar ó como decía la ley romana: *cum facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* (1). Puede no existir falta alguna de los agentes del Estado ó de las instituciones en el error cometido: este ha sido, tal vez, la consecuencia de un concurso de circunstancias fortuito; él era inevitable: no podía dejar de producirse, y en tal caso, la consecuencia lógica sería rehusar todo derecho á la víctima.

Si tomamos la falta como fundamento de la responsabilidad social, debemos lógicamente admitir, como lo hemos hecho notar, que quien pretenda una reparación deberá probar la existencia de esa falta; ¿pero la falta de quien? ¿del Juez, del Ministerio Público ó del Estado mismo ó de sus instituciones? Y en caso de que el agente sea responsable ¿á quien corresponde la responsabilidad principal y la subsidiaria, al agente ó al Estado? He aquí múltiples cuestiones que habrá que resolver y que envuelven dificultades de todo género, y cuyo primer resultado sería el encervamiento de la represión, las trabas puestas á los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus deberes.

162—La segunda teoría, en la que se inspiró la Cámara de Diputados de Francia, es, en nuestro concepto, la que mejor justifica la responsabilidad del Estado. Una idea nueva y fecunda se abre hoy camino en todos los países: la del *riesgo profesional*. Ella ha nacido de la necesidad de indemnizar á las víctimas del trabajo, de accidentes en que es posible que la falta quede desconocida ó que no sea imputable al patrón. Un accidente se ha

(1) L. 2, Tit. 6, Liv. 22, Dig.



producido que ha hecho víctimas á uno ó más obreros, sin que sea posible imputar una falta al patrón ¿deben quedar sin reparación? ¿no sería lógico abandonar la idea de falta para solo atenerse al daño causado, gravando con esta indemnización los gastos generales de la producción industrial? Cuando no existe falta ¿no sería justo que responda el patrón del accidente producido, ya que él se beneficia con el trabajo de sus obreros? La teoría de la falta, exclusiva y estrechamente individualista, no responde hoy más á las condiciones nuevas que han originado las transformaciones de la técnica de la producción. Era necesario abandonarla para atenerse solo al daño, que por sí solo justifica la responsabilidad del patrón.

Y bien, ¿por qué no aplicar esta teoría nueva y fecunda á la responsabilidad del Estado en los casos de error judicial? Este error es un accidente inseparable, un *riesgo* del funcionamiento de la justicia; la Sociedad que aprovecha este funcionamiento, en interés de la cual, en materia penal, esta justicia es rendida, debe soportar los inconvenientes y los riesgos que él trae consigo, asegurando á las víctimas del error una indemnización proporcional á los perjuicios sufridos.

Sería una especie de seguro á cargo del Estado contra el riesgo profesional de la Administración de justicia, en provecho de la víctima, y así como las Compañías de Seguros sobre la vida pagan la prima cuando la muerte tiene lugar por caso fortuito y aún por falta del asegurado, pero no en caso de dolo ó suicidio, así también el Estado debe la indemnización del error aunque este sea debido á la falta de la víctima, pero no en caso de dolo (1). De ahí las siguientes consecuencias de esta manera de encarar la responsabilidad del Estado: 1º El Estado responde del *caso fortuito y de la fuerza mayor*; 2º La responsabilidad

1) Vidal, *Droit Crim. et science pénit.*, n. 892, p. 154.



subsiste aún en el caso de falta de la víctima: 3º Ella desaparece en caso de dolo, porque un delito no puede ser un título para cobrar una indemnización. Como se vé, estas consecuencias son contrarias á las que emergen de la teoría de la falta.

163—La ley francesa del 95 se inspiró principalmente en la teoría del *riesgo social*, si bien la atemperó al declarar *facultativa* la indemnización. «La sentencia ó el juicio de revisión *podrá*, sobre su demanda, reconocerle daños ó intereses á razón del perjuicio que le hubiese causado la condenación». El miembro informante en el Senado Mr. Berénger, comentando esta disposición, decía: «La reparación es un derecho, pero un derecho cuyo ejercicio comporta una apreciación». En efecto la actitud de la víctima durante el proceso, puede haber tenido principal influencia en la condenación, y entonces, si es justo declarar su inocencia, no lo es indemnizarlo.

La Francia, lejos de haberse adelantado á los demás países en esta humanitaria reforma, ha estado en retardo. Antes de ella dictaron leyes reconociendo el derecho de las víctimas de los errores judiciales, Suiza en 1871, Austria en 1892, Suecia, Dinamarca, Portugal, Baviera y Buretemberg.

164—En cuanto á la prisión preventiva, que muchos autores confunden con el caso que hemos examinado cuando el que la sufre ha sido absuelto ó se ha sobreesido en el proceso, equivocadamente sin duda, por que ella no importa afirmar la culpabilidad sino simplemente que existen presunciones de culpabilidad que el proceso se encargará de confirmar ó destruir, no existe, en realidad, un verdadero derecho á la indemnización.

A diferencia del error judicial en que el Estado no puede alegar ningún derecho, en la prisión preventiva ese derecho existe como vamos á ver.

En efecto, cuando se reglamenta la detención del in-



culpado, se trata de conciliar dos principios que han estado siempre en conflicto: la autoridad y la libertad, la sociedad y el individuo.

El individuo tiene derecho á la libertad, derecho fundamental que las leyes no pueden desconocer en ningún momento y que, al contrario, deben defender enérgicamente, porque el derecho á la libertad, á diferencia del de la propiedad más antiguo y más sólido, tiene algo de frágil, de delicado, que para subsistir requiere toda la protección del Estado.

Pero en frente de ese derecho está el de conservación de la sociedad, el derecho del conjunto de los ciudadanos que debe limitar forzosamente el del individuo. La ley penal y la ley procesal deben proceder de consuno, no á sacrificar uno de esos derechos en favor del otro, sino á combinarlos de manera á darles satisfacción á ambos, respetando los derechos del individuo sin comprometer la seguridad general.

So pena de asegurar la impunidad de los criminales, la detención preventiva es una necesidad á la cual forzosamente debemos someternos. Es un mal inevitable y este es su único fundamento. Con relación al individuo absuelto, sostenemos con Carrara que es una *injusticia* ⁽¹⁾, pero agregamos con Dalloz que es una *injusticia necesaria* ⁽²⁾. Pero ¿en qué consiste esta necesidad?

Desde luego, nadie puede discutir que la primera condición del orden es la represión de los crímenes: y si esto es así, debe detenerse á aquél sobre quien recaen sospechas más ó menos serias para que dé luz el magistrado instructor y pueda ser interrogado en todos los momentos del proceso. Por otra parte, el imputado en libertad puede dificultar seriamente la instrucción y hasta imposibilitar al

(1) Carrara, *Opusculi*. Vol IV, p. 299.

(2) Dalloz, *Repertoire*, v°. *Instruction criminelle*, 69.



juez para descubrir al verdadero culpable, destruyendo los vestigios del crimen, sobornando los testigos y destruyendo las pruebas que lo pueden acusar.

Con la prisión preventiva se alcanza otro fin importantísimo: evitar la fuga del culpable y que éste cometa nuevos delitos á que lo pueda inducir la necesidad de asegurar la impunidad ⁽¹⁾. Y la mejor prueba de que la necesidad de la prisión preventiva es real, es que no existe un solo pueblo civilizado que no la haya aceptado ó que la haya suprimido.

165—Este hecho, que la detención preventiva no se justifica sino por la necesidad práctica de llevarla á cabo, demuestra suficientemente que esta necesidad debe ser establecida en cada caso separadamente, y que la ley no debe autorizar esa detención en los casos en que esta necesidad no exista. Carrara, el eminente criminalista, haciéndose cargo de los diferentes motivos que justifican esa necesidad, dice: «Necesaria para formar el proceso escrito en que el juez pueda interrogar al imputado cada vez que la instrucción lo requiera; pero esta razón desaparece cuando ya no hay necesidad de nuevos interrogatorios. Necesaria para alcanzar la verdad quitando al imputado los medios de sobornar ó intimidar los testigos ó destruir los vestigios ó las pruebas de su delito; pero esta razón deja de existir cuando el sumario ha concluido. Necesaria para la *seguridad* imposibilitando al imputado para continuar en sus delitos; pero esta razón no tiene lugar cuando se trata de delitos de ocasión ó por pasión que no ofrecen los caracteres de la habitualidad. Necesaria para que se cumpla la *pena* impidiendo al delincuente sustraerse á ella; pero esta razón no existe cuando se trata de delitos cuya

(1) Este último motivo, de evitar nuevos delitos, que muchos autores consignan, no tiene para nosotros mayor importancia, puesto que no se vé la relación que exista entre la conducta posterior del imputado y la detención preventiva.



pena es proporcionalmente menos grave que el destierro perpetuo de la patria» (1).

1. *Opuscoli cit.*, págs. 300, 301 y 305. La reforma de las leyes procesales argentinas, particularmente bajo el punto de vista de las garantías a la libertad individual, es urgentemente reclamada. Desde el momento que la prisión preventiva solo es autorizada por la necesidad, el Juez y el Tribunal de apelación (que debe conocer siempre del asunto aún en consulta, deben pronunciarse sobre esa necesidad en las principales etapas del juicio: en el momento de convertir la detención en prisión preventiva, al fin de la instrucción y después de la sentencia de primera instancia. El período que va desde la prisión preventiva al fin del sumario puede ser muy largo, y sea por desidia del Juez, recargo de trabajo u otros motivos, este período se prolonga por muchos meses y aún años, resultando, en ocasiones, que la prisión preventiva excede, en mucho, a la pena que merece el delito, y, en caso de sobreseimiento ó absolución, un daño gravísimo al imputado, inconvenientes que es necesario evitar. La manera de conseguirlo es sancionar la revisión periódica de los motivos de la prisión preventiva, sin necesidad de que el procesado haga gestión alguna al respecto, como lo disponen la ley belga de 1874, el Código de Holanda, el italiano y el del cantón de Vaud. El art. 5 de la ley belga citada, dice: «Si la Cámara del Consejo (a) no ha estatuido sobre la prevención en el mes transcurrido desde el interrogatorio, el inculcado será puesto en libertad, á menos que la Cámara por auto motivado dictado por unanimidad y después de oído el Procurador del Rey y el inculcado, no declare que el interés público exige el mantenimiento de la detención. Se hará lo mismo sucesivamente de mes en mes si la Cámara del Consejo no ha estatuido sobre la prevención al fin de un nuevo mes.» «Esta intervención mensual de la Cámara del Consejo, dice Timmerman, presenta una gran utilidad. Ella tiene esta doble ventaja: proteger eficazmente la libertad individual, impidiendo la prolongación inútil de la detención y dar á la instrucción una impulsión más rápida estimulando el celo del magistrado instructor» (b). Fuera de duda que este sistema es una de las mejores garantías de la libertad individual y de la justicia al mismo tiempo; se salvaguardan los derechos del individuo sin comprometer el interés público. En Holanda el sistema es análogo. Las disposiciones emanadas del Ministerio Público y del Juez de instrucción tienen efecto por ocho días solamente, pero su duración puede ser prolongada por el tribunal. Cuando han sido confirmadas por juicio motivado de éste, aquellas son válidas por treinta días á lo más y es necesario un juicio motivado para renovar la duración de estas disposiciones por otros treinta días y así sucesivamente. En Italia, cuando la Cámara del Consejo haya resuelto la continuación de la instrucción y el mantenimiento de la detención, el Juez instructor debe cada dos meses y previo dictámen del Procurador del Rey, hacer una relación á la Cámara sobre el estado del negocio.

(a) En el sistema de esta ley, la *Chambre du conseil* es la que conoce de los sumarios instruidos por el Juez instructor y de cuya resolución se apela ante la *Chambre des mises en accusation* de la *Cour d'appel* también de instrucción.

(b) *Etude sur la détent. prev.*, n. 187, p. 166, — Larnaud, *Rev. Penit.*, 1901, p. 204.



Esta necesidad es la que justifica el derecho de la sociedad de detener á aquel sobre el cual pesan cargos suficientes. Se dirá que tal necesidad no es suficiente fundamento jurídico: admitimos la objeción en el terreno de la justicia absoluta, pero nosotros pensamos que son suficiente fundamento las exigencias de la defensa social. En último resultado, la necesidad es la razón suprema en la aplicación de cualquiera penalidad. La pena de muerte no tiene otro fundamento para sus adeptos que esa necesidad.

El Estado usa, pues, de un derecho que nace de su deber de velar por la seguridad social, al detener al particular, inocente ó no, sobre el cual pesan sospechas de ser autor de un delito, siempre que, como hemos dicho, los tribunales hayan creído necesaria esa detención y mientras esa necesidad subsista. La máxima romana: *non videtur damnum inferre qui suo jure utitur* tiene perfecta aplicación en este caso y la sociedad *sua jure utitur* cuando aprisiona preventivamente á quien se encuentre en aquel caso ⁽¹⁾.

La legislación del cantón de Vaud establece que la detención preventiva no puede exceder de un mes, salvo autorización especial del tribunal de acusación. La ley de 1895 del Estado de Illinois prescribe que el detenido sea puesto en libertad, si después de cuatro meses no se hubiese iniciado el juicio. El proyecto francés de 1902 dispone que el inculcado debe ser puesto en libertad cinco días después del primer interrogatorio. Si fuese necesario, el Juez de instrucción puede retardar la excarcelación por veinte días por auto motivado. Pasado este plazo no puede ser mantenido en arresto sin decisión de la Cámara del Consejo, renovable cada veinte días.

(1) Carrara refuta esta argumentación, diciendo: «El equivoco de este razonamiento consiste en confundir lo que *fit contra jus* y lo que *fit sine jure*. La sociedad no obra *contra jus* cuando arresta al inocente, del cual tiene motivo de sospechas; pero cuando se reconoce que él era inocente, resulta que ella obró *sine jure*; y es repugnante aplicar la regla: *suo jure utitur* á quien, si bien no obró *contra jus*, viene, sin embargo, á constar que obró *sine jure*.» (*Opuscoli cit.*, vol. IV, págs. 347 y 348). Nos parece que el razonamiento del ilustre maestro no es exacto. Si la sociedad, como él reconoce, no obra *contra jus* cuando se detiene á un hombre preventivamente tampoco se puede decir que obró *sine jure* porque el derecho en sentido subjetivo (*jure*) es una consecuencia del derecho en sentido objetivo (*jus*). El reconocimiento posterior de la inocencia no modifica el derecho con que la sociedad obró, porque ese derecho no se basa en la culpabilidad del detenido aquí el equivoco; sino en los cargos que pesan sobre él.



166—No podemos, pues, reconocer al prevenido absuelto ó en cuyo proceso se ha sobreesido, un derecho de indemnización contra el Estado, y nos adherimos al voto que formuló el Congreso de Sociedades Sábias por boca de Mr. Picot, presidente de la sección de economía política y social: «No se puede aceptar un derecho á la indemnización en provecho de los prevenidos. Se trata solamente de proclamar un derecho de la Sociedad, en ciertos casos determinados. Un mal inevitable resulta de la falibilidad humana: debemos esforzarnos en restringir este mal. Hay casos donde es indispensable venir en socorro de las víctimas de los errores judiciales.» (1)

Pero si no existe una verdadera obligación por parte del Estado, en ciertos casos, como cuando la inocencia resulta plenamente constatada en el proceso, hay para él un deber de equidad, un deber moral, que toma su origen en la protección que debe á los asociados, de llevar un socorro pecuniario al procesado pobre que ha sufrido injustamente los enormes perjuicios materiales y morales de una detención. La caja de multas, de la que antes hemos hablado, podría encargarse de prestarlo, no á los absueltos ó en cuyo proceso se ha sobreesido por falta de pruebas suficientes, sino, como acabamos de decir, á los reconocidos inocentes y cuya pobreza justifique esa liberalidad del Estado

(1). *Rev. Penit.*, 1886, pág. 5.

TÍTULO CUARTO

RESPONSABILIDAD PENAL

CAPÍTULO I

SU FUNDAMENTO

167—La cuestión de la responsabilidad es una de las más graves y controvertidas de la ciencia, y lo que caracteriza las diferentes escuelas es la manera como cada una concibe el fundamento de ella. La falta de una doctrina que se imponga á la generalidad de los pensadores hace difícil la tarea del legislador, que forzosamente debe adoptar alguna si aspira, como es natural, á hacer obra racional y científica.

Cincuenta años atrás, esa dificultad no existía. La doctrina clásica, que hacía descansar la imputabilidad política ó responsabilidad penal sobre la imputabilidad moral, reinaba soberana y sin contradicción en el campo del derecho penal, obteniendo el concurso de todos los sabios y de todos los legisladores. Naturalmente, todos los Códigos de esa época y aún los posteriores, como el italiano, se inspiraron en esa doctrina que no debía tardar en ser rudamente atacada por la escuela positiva y por casi todos los criminalistas contemporáneos. Hoy apenas si tiene poquitos adeptos y no tardará en ser abandonada defi-





nítivamente como contraria á la nueva orientación de la ciencia penal.

Pero hoy la situación es diversa. Por un lado la generalidad de los Códigos vigentes están inspirados, como hemos dicho, en esa doctrina, la que conserva aún para algunos espíritus ilustrados el prestigio de su pasado grandioso y tiene raíces profundas en el pueblo; por otro, la ciencia moderna que encuentra en la defensa social el único fundamento sólido de la pena. Cuando se hace un Código hay que elegir el fundamento sobre que va á descansar: el legislador no puede colocarse en un terreno neutral ó de conciliación, cuando esta es imposible. (1) Si desconfiamos de lo nuevo quedémosnos con lo viejo, que algún criterio dirigente debemos tener en esta obra importantísima de hacer un Código.

168—Algunos ejemplos nos harán comprender mejor la necesidad de tener una opinión neta sobre esta cuestión. Supongamos la fuerza moral irresistible aceptada por todos los Códigos que se han inspirado en la doctrina clásica. El que ha obrado por una fuerza moral irresistible ¿debe ser declarado irresponsable? Quien sostenga que la responsabilidad penal tiene por fundamento la responsabilidad moral, la que no puede existir sin el libre albedrío, sostendrá, sin vacilar, la afirmativa; el que no ha podido resistir á su impulsión no ha sido libre y de consiguiente es irresponsable. Pero, el que piense que la pena debe ser extraña al concepto metafísico y discutido de la libertad moral y que solo debe ser aplicada en vista de la defensa social, afirmará lo contrario, siempre que no se trate de un loco, porque un individuo es tanto más peligroso cuando es menos capaz de resistir á sus impulsiones criminosas.

(1) Fouilleé en su bella obra sobre la libertad y el determinismo, ha tratado de conciliar ambas en el terreno de la moralidad y en el del amor del individuo á lo universal. Véase *Libre Deuxième*, Chap. Septième, ps. 300 y sig.



Si la responsabilidad penal tiene grados, como lo reconocen los partidarios de una y otra doctrina, ¿ella debe proporcionarse á la responsabilidad moral, de manera á ser más ó menos responsable según se haya sido más ó menos libre, ó debe proporcionarse á la peligrosidad del agente, al daño social que representa? Según el principio que adopte el legislador, se llegará á conclusiones diametralmente opuestas. Si acepta el postulado del libre albedrío, como este no se puede concebir sino como el poder de resistencia al mal, se sigue de ahí que cuando la corrupción es mayor, menos se es libre, porque los motivos que pueden contrarrestar el impulso criminoso no se presentan á la conciencia ó son muy débiles, y así el delincuente endurecido será irresponsable y, por el contrario, será plenamente responsable el primario en quien existe la plenitud del libre albedrío. Pero si se acepta como criterio de la responsabilidad la necesidad de la defensa social, entonces el resultado será opuesto y se castigará más al delincuente de hábito que al primario.

169—Dada la manera como el proyecto legisla las circunstancias modificadoras de la criminalidad, abandonando el sistema específico del Código actual para adoptar el genérico, dejando librada al Juez su apreciación en cada caso, se hace aun mas necesario fijar el pensamiento del legislador sobre el fundamento de la responsabilidad, para evitar dificultades como las que vamos á apuntar. Supongámos esta circunstancia tan frecuente en la práctica y que los Códigos clásicos califican de agravante: la premeditación. Si la responsabilidad se funda en el libre albedrío, el acto premeditado es el acto libre por excelencia; por lo menos así lo ha pensado siempre esa escuela, que ha hecho de la premeditación el criterio práctico para constatar el grado de libertad. El que premedita un acto, piensa en él detenidamente, pesa las ventajas y peligros que le ofrece, lo examina bajo todas sus faces y recién después se decide á



cometerlo. De consiguiente, el acto premeditado ofrece mayor gravedad que el simple y debe ser penado más severamente. Para los deterministas ó los que rechazan el fundamento clásico de la responsabilidad, la premeditación no es un agravante ó no lo es en todos los casos y su importancia consiste en revelar mejor el fondo del carácter del agente. En la ignorancia del pensamiento del legislador en que el Juez se encuentra, ¿cómo calificará la premeditación? Seguramente lo hará según su criterio personal, y un homicidio pasional, casi siempre premeditado, será castigado, por los unos con la mas extrema severidad, y por los otros con la mayor indulgencia.

Sucede lo mismo en los casos de semiresponsabilidad, según los clásicos, por alteración morbosa de las funciones psíquicas que no llega, sin embargo, á producir una verdadera enajenación mental. Los impulsivos, los degenerados, los neurasténicos, los epilépticos, los histéricos tienen verdaderamente su libre albedrío disminuido, restringida, aunque no suprimida completamente, la energía de la voluntad y, de consiguiente, la fuerza de resistencia al mal. Existe, pues, una semiresponsabilidad y, portanto, una causa legal de atenuación y así lo declaran la gran mayoría de los Códigos, entre ellos el nuestro. Sucede todo lo contrario para los que reconocen á la pena una función puramente defensiva, aghena á toda idea de responsabilidad moral. Tales individuos, mas ó menos próximos á la enajenación mental, ofrecen mayor peligro que los hombres normales y las ideas modernas tienden á suprimir esta causa de atenuación castigándolos como á los demás, si bien nada obsta á someterlos en la prisión al régimen curativo que su mal requiera. Lo que se debe evitar á toda costa es abreviar su prisión, reduciéndola á límites que la hacen mas perjudicial que útil, á lo que siempre se llegará con los demás atenuantes que pueden ocurrir.

En la persuasión, pues, de que la comisión redactora



no podía dejar de tener un criterio propio sobre esta grave cuestión, hemos buscado con interés su pensamiento en el informe con que acompaña su trabajo y desgraciadamente nada hemos encontrado, á no ser estas palabras que demuestran que ni siquiera se ha presentado para ella tal dificultad: «No pueden (los Jueces) tomar como atenuante ó agravante lo que no sea ni una ni otra cosa, pero todo lo que en el concepto social y para la ciencia y la conciencia sea causa de agravación ó atenuación debe dar lugar al recorrido de la escala (¿qué escala?) en un sentido ó en otro»; y en otra parte dice que ella se ha separado intencionalmente de toda preocupación de escuela para que la obra resultase libre de todo espíritu sectario. Es, talvez, por esta consideración, el temor de mostrarse *sectaria*, que la Comisión nada nos dice al respecto, si bien una cosa es llevar al Código principios discutidos y otra muy distinta decirnos cual es el fundamento de la responsabilidad que ella acepta y, de consiguiente, cual es el principio directriz á que ha obedecido en la confección del Proyecto.

Aunque dado el carácter de esta obra, estaríamos dispuestos de estudiar esta cuestión de la responsabilidad, no podemos prescindir de decir algunas palabras que sirvan para demostrar cual es nuestra opinión personal sobre ella y la razón de ser de nuestras opiniones y nuestras críticas al Proyecto. Aunque mas no fuera que el deseo de evitar que se vuelva contra nosotros el reproche que hacemos á la Comisión, con este motivo, justificaria la exposición doctrinaria que vá á seguir.

170—De la abundantísima bibliografía existente sobre la responsabilidad, no aparecen sino dos doctrinas que se hayan disputado el triunfo y dificilmente se puede concebir que aparezca una tercera. O bien la responsabilidad penal es una consecuencia de la responsabilidad moral, la que no puede existir sin el libre arbitrio, y entonces la



pena tiene un carácter retributivo, ó esta es instituida con un fin de utilidad general, en cuanto es necesaria y suficiente á la defensa social. En otros términos: la pena se debe imponer *quia peccatum* ó *ne peccetur* según el conocido aforismo de Séneca: *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur.* (1)

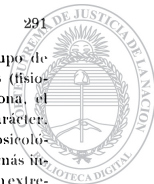
La primera, que sustentó la escuela clásica, reposa sobre un principio hoy negado por la generalidad de los pensadores, y que, por el hecho de ser calurosamente discutido, no puede servir de fundamento á la legislación penal de los pueblos. Cualquiera que sea nuestra opinión particular sobre el libre albedrío, debemos reconocer que él constituye un problema metafísico extraño al derecho penal, que debe ser discutido por la filosofía.

Muchos hombres ilustrados, influenciados por el hábito y por el sentimiento interno de la propia libertad, se resisten á dar seriedad al determinismo, pensando que él es una concepción atrevida de la escuela positiva, desprovista, el igual de otras de la misma escuela, de todo fundamento racional. Los que tal piensan no se dan cuenta de que se trata de uno de los máximos problemas de psicología, la cual, después de los grandes progresos alcanzados en estos últimos tiempos, se pronuncia, sin vacilar, en su favor, si hemos de estar á la doctrina de sus más notables expositores. Veamos cuales son sus conclusiones.

171—Desde luego, la generalidad de los psicólogos no aceptan el *yó* como algo separado y superior al mecanismo fisis-psicológico, sinó que lo identifican con este mismo mecanismo. Sentada esta premisa la conclusión surge por sí misma: no existe libertad moral, porque ella solo es concebible como una manifestación del *yó* espiritual.

La volición es un estado de conciencia que resulta de

(1) Séneca, *De ira*, I, 6.—También Quintiliano, *Declamaciones*, 274. Este concepto pertenece en realidad á Platon, *Diálogo de las leyes*, 21.



la coordinación más ó menos compleja de un grupo de estados conscientes, subconscientes é inconscientes (fisiológicos) que constituyen en este momento la persona, el yo. Esa coordinación tiene por factor principal el carácter, que constituye la marca propia de cada individuo, psicológicamente hablando, y lo diferencia de todos los demás individuos de su especie. El carácter es un producto en extremo complejo, constituido por la herencia, la experiencia y las circunstancias fisiológicas anteriores y posteriores al nacimiento y que se manifiesta principalmente por una manera propia de sentir. El carácter, así definido, y que es lo único que no varía en el individuo, es el verdadero motor, como que cuando falta, la volición se hace imposible, como lo demuestra la patología.

El motivo que nos impulsa á un determinado acto, no tiene un valor absoluto sinó relativo al estado de conciencia en el momento de la acción, de manera que él es el resultado de las tendencias, sentimientos, imágenes ó ideas que han acabado por coordinarse bajo la forma de una elección, cuya razón última está en el carácter. Como dice Ribot, el motivo preponderante no es más que una porción de la causa y siempre la más débil, aunque la más visible; y no tiene eficacia sino en tanto que está elegido, es decir, que entra, á título de parte integrante, en la suma de los estados que constituyen el yo en un momento dado, y que su tendencia al acto se agregue al grupo de tendencias que provienen del carácter para formar unidad con ellas (1).

En el trabajo de la deliberación, pues, el motivo vencedor saca su fuerza de nosotros, de manera que ningún motivo nos puede arrastrar de un modo *fatal* á la acción. Por el contrario, el motivo que triunfa es el más fuerte *relativamente* á los estados de conciencia en el momento de

(1) Ribot, *Les maladies de la volonté*, p. 31.



la volición y á ellos solamente. Es por esto que la llamamos necesaria, y es por esto también que Ribot ha dicho que el «yo quiero» denota una situación, no la constituye (1).

Aquí concluye la ciencia experimental y comienza la metafísica. ¿De dónde nace la actividad volitiva? ¿Nos viene toda del exterior ó hay en nosotros una fuerza primordial que le da origen? En este terreno, el acuerdo de los psicólogos desaparece, como les sucede á Bain y Spencer (2). La ciencia ha dicho ya su última palabra y tiene que confesar su impotencia. Todo se vuelve tanteos, conjeturas, hipótesis que nada explican: lo misterioso, lo incomprendible, cierra á cada momento el paso al psicólogo, pero ¡qué importa! él pasa por encima y se consuela conque, alguna vez, la ciencia explicará el misterio y descubrirá cómo hacen las células de la corteza gris para pensar, sentir, querer y recordar!

172—Hé aquí un párrafo de Spencer que precisa bien la cuestión del libre albedrío, tratando de explicar la razón de ser de la ilusión que nos hace creer en su existencia:

«El grupo entero de los estados psíquicos, los cuales constituyen el antecedente de la acción, constituye también el hombre mismo en aquel momento—lo constituye psíquicamente en cuanto es distinto de su «yo» físico. Es igualmente verdadero que es *él* que ha determinado la acción y que es el impulso que lo ha determinado, visto que el impulso, mientras existe, constituye su estado de conciencia, que no es otra cosa que él mismo.

O el «yo» que se supone determinar ó querer la acción es un cierto estado de conciencia simple ó compuesto ó no lo es.

Si él no es un cierto estado de conciencia, será alguna cosa de la cual no tenemos conciencia, de consiguiente

(1) *Ob. cit.*, p. 175.

(2) Spencer, *Ob. cit.*—Bain. *The emotions and will*.



algo que nos es desconocido y cuya existencia para nosotros no tiene ni puede tener ninguna evidencia, algo, en fin, que sería absurdo suponer existente.

Si el «yo» es un cierto estado de conciencia, cómo él está siempre presente, no puede ser en cada momento otra cosa que el estado de conciencia presente en ese momento. De ahí se sigue que cuando una impresión recibida de afuera hace nacer ciertos fenómenos de movimiento apropiados á diversas impresiones que deben seguirlos ó acompañarlos, y cuando, bajo la excitación de este estado psíquico compuesto, los fenómenos de movimiento pasan del estado naciente al estado actual, este estado psíquico compuesto que forma el estímulo á la acción, es, al mismo tiempo, el «yo» que nosotros decimos haber querido la acción.

Así, es natural que el sujeto de tales cambios psíquicos diga que él quiere la acción, visto que, considerado del punto de vista psíquico, él no es en este momento otra cosa que el estado de conciencia compuesto por el cual la acción es exitada. Pero decir que la producción de la acción es, por esta razón, el resultado del libre arbitrio del «yo», equivaldría á decir que es él que determina la cohesión de los estados psíquicos por los cuales la acción es exitada; y puesto que estos estados psíquicos constituyen el «yo» en este momento, resultaría que estos estados psíquicos determinan la propia cohesión, lo que es absurdo» (1)

Bain, en su crítica de la libertad como determinación del yó por él mismo, niega la existencia de una región separada que sería el yó, y dice que nada queda en nosotros, más que en un pedazo de cuarzo, después de la enumeración exhaustiva, completa, de todas las cualidades.

Sería inútil continuar estractando las opiniones de los

(1) Spencer, *The principles of psychology*, IV, 9.



grandes psicólogos modernos que niegan la existencia del libre arbitrio. Con las citadas, basta para darse cuenta de los argumentos con que se lo combate.

Pero, aun suponiendo que tal oposición no existiera, y que el libre arbitrio fuera aceptado por todos, nuevas dificultades salen al camino cuando queremos fundar sobre él la responsabilidad. Sigamos el razonamiento de uno de los más grandes filósofos modernos ⁽¹⁾, sin que esto importe hacer nuestras sus opiniones.

173—Si el libre arbitrio consiste en la facultad de determinarse entre dos opuestas posibilidades con independencia de las inclinaciones y de las ideas ó contrariamente á ellas ¿como se hará la elección desde el momento que hacemos abstracción de los motivos sacados de las inclinaciones y de las ideas? La elección supone comparación intelectual y conformidad final al resultado de esta comparación; pero aquí no hay comparación, no hay más que una determinación imprevista que nace no se sabe cómo. Elejir con abstracción del carácter, de los motivos, de los móviles, es una extraña elección que no tiene sobre que producirse. Todo vínculo entre la acción y el individuo desaparece y, de consiguiente, no hay imputabilidad posible.

Por otra parte, toda acción tiene un fin que constituye la intención con que se realiza; pero este fin es una idea y un sentimiento, es decir, un móvil. Conservándonos en nuestra hipótesis, de la elección sin motivos ó contraria á todo motivo, suprimamos toda razón intencional y nuestra acción escapará á toda calificación moral. Matar á un hombre, no para robarlo porque eso sería un fin, no para vengarse porque también lo sería, sino por nada, sería la obra de un loco, no de un ser racional. Un hombre que obra sin motivos ó contra sus motivos ó haciéndolos salir

(1) Fouillé. *La liberté et le déterminisme*, Lib. II, Chap. VII, 309 y sig.



de la nada, por una especie de creación *ex-nihilo*, por un comienzo absoluto, escapa á toda apreciación moral y, de consiguiente, á toda imputabilidad.

En resumen: lo que viene de mi carácter y de mi naturaleza determinada es una necesidad y estamos en el determinismo, y lo que no está ligado á mi carácter y á mi naturaleza, y es el caso del libre arbitrio, no parece suficiente á hacer á un hombre imputable, como acabamos de decirlo. En otros términos, un acto para ser moral debe ser libre y por lo tanto absoluto en sí mismo, pero, si es absoluto, su carácter moral parece desvanecerse puesto que no se vé como sería responsable una voluntad que puede decir: «Yo quiero lo que quiero», «soy lo que soy» (1).

174—Pero, no solo esta cuestión se presenta gravísima en el terreno de la ciencia, sino que ella fué objeto de dificultades muy serias desde los primeros tiempos del cristianismo bajo el punto de vista teológico, es decir, en sus relaciones con la gracia. ¿Vale algo el hombre por sí solo? ¿Puede algo, es capaz de algún mérito, sin el auxilio de la gracia divina? (2) La teología aceptó esta antítesis entre la libertad y la incapacidad del hombre de querer y de poder algo por sí mismo, y se colocó en el término medio, entre los que atribuían todo á la actividad humana

(1) Fouilleé, *Ob. et loc. cit.*

(2) Conocidas son las opiniones de San Agustín sobre este punto. Pelagio, combatiendo á los maniqueos, negaba la gracia, aceptando en su plenitud el libre arbitrio; para él el libre arbitrio consistía en el equilibrio entre el bien y el mal, en la completa libertad de hacer este ó aquel. San Agustín, combatiéndolo, decía: que con el pecado original perdió el hombre la gracia santificante y quedó sujeto á la muerte ó inclinado al mal; de modo que el libre albedrío no queda aniquilado sino debilitado y, por tanto, es necesaria la gracia para restablecer el equilibrio; el poder de hacer el bien no lo recibe sino mediante la gracia. Esta debe prevenir la voluntad y elevarla sobre sus fuerzas naturales: sin ella, el hombre no puede hacer ninguna obra meritoria.



y los que atribuían todo á Dios ⁽¹⁾, negando que Dios lo haga todo por el hombre ó que el hombre lo pueda todo sin Dios.

Esta cuestión de suprema importancia filosófica, política y religiosa, se prolongó, bajo diversas apariencias, por toda la edad media. San Bernardo y Santo Tomás la trataron á fondo. El primero definió la libertad: *Est enim habitus animi liber sui*, de manera que para él ella era un *habitus*, un estado del alma y los actos de los hombres son libres en cuanto ellos emanan de un espíritu de libertad psicológica ⁽²⁾. Esta opinión parece poder conciliarse muy bien con el determinismo psicológico, esto es, con el funcionamiento del mecanismo psíquico tal como lo ha observado la ciencia. Santo Tomás refuta á San Bernardo y sostiene que la libertad es una *Potentia*, una fuerza en acto ⁽³⁾, identificándola con la voluntad ⁽⁴⁾.

Santo Tomás, explicando algunos pasajes de San Pablo en la Epístola á los Romanos ⁽⁵⁾, parece aceptar un cierto determinismo psicológico, porque él dice que el libre arbitrio de un hombre no es causa primera de sus actos sino una causa segunda, porque la verdadera causa primera es

(1) Algunos, exajerando la gracia, opinaban que Dios había decretado irrevocablemente la suerte de cada uno. Esto importaba negar el libre albedrío. San Agustín, comprendiéndolo así, combatió esta doctrina colocándose en el término medio que hemos indicado.

(2) S. Bernardo, *De gratia et libero arbitrio tractatus*, cap. I y II.

(3) *Cum arbitrium sit quo indifferenter se habent homines ad bene vel male eligendum, impossibili est esse habitum quandam, vel potentiam cum habitu, sed necessario potentia quedam anime naturalis est. Summa Theolog., T. II, Quest LXXXIII.*

(4) Op. et. loc. cit., art. IV.

(5) Ver C. VII, 19 y sig.; C. VIII, y IX, 16 y sig. Transcribiremos los más importantes: C. VII, 19. «Porque lo bueno que quiero, esto no lo hago; más lo malo que no quiero, esto hago.»—20 «Y si hago lo que no quiero, ya no lo obro yo, sino el pecado, que mora en mí.»—28 «Más veo otra ley en mis miembros, que contradice á la ley de mi voluntad, y me lleva esclavo á la ley del pecado, que está en mis mismos miembros.»—Cap. IX, 16 «Luego no es del que quiere, ni del que corre, sino que es de Dios, que tiene misericordia.»



Dios, el cual obra en cada ser de una manera conforme á lo que le es propio ⁽¹⁾. Y en otra parte, explicando las palabras del Apóstol S. Pablo de que el hombre es incapaz de querer y de correr, dice que el libre arbitrio no basta para producir estos actos si él no es movido y ayudado por Dios ⁽²⁾, como no basta para fijar nuestra elección si Dios no viene en nuestro auxilio ⁽³⁾. De manera que el hombre es incapaz de querer ó de elegir sino es auxiliado por Dios, auxilio que se produce de acuerdo con su carácter y su naturaleza. Por tanto, según esta doctrina, la libre elección humana, hecha eficaz con la ayuda divina, no va contra el carácter, las inclinaciones, las ideas, porque esa intervención sobre natural se produce más allá del mundo de los fenómenos, en la actividad volitiva que pertenece á la esencia del ser ⁽⁴⁾.

(1) *Non tamen hoc est de necessitate libertatis quod sit prima causa sui id quod liberum est..... Deus igitur est prima causa movens et naturales causas, et voluntarias.....* OPPRATUR ENIM IN UNOQUOQUE SECUNDUM EJUS PROPRIETATEM. *Op. cit., art. I.*

(2) *Quod verbum illud Apostoli non sic est in intelligendum quasi homo non velit et non currit libero arbitrio; SED QUI LIBERUM ARBITRIUM AD HOC NON EST SUFFICIENS, NISI MOVETUR ET JUVETUR A DEO.* *Op. et loc. cit.*

3) . . . *electiones autem ipsarum sunt in nobis, supposito tamen divino auxilio—art. I.*

(4) Nos parece, pues, que la doctrina tomista se puede conciliar con el mecanismo psicológico que descubre la observación científica, como se concilia con el determinismo divino. Sin embargo, esta opinión va con todas las reservas del caso, pues toca á los teólogos fijar el alcance de esta doctrina á cerca del libre arbitrio, que es de fe para la Iglesia Católica. Dijimos más antes que el acuerdo de los psicólogos concluye allí donde concluyen los fenómenos que ellos pueden observar directamente, y así Bain y Spencer sostienen opiniones diametralmente opuestas cuando tratan de investigar el origen de la actividad volitiva. Mientras que el uno piensa que ella deriva toda del exterior, el otro cree que tiene su origen en una fuerza primordial que existe en nosotros. ¿Por qué no hemos de creer en una libre actividad espiritual que explique satisfactoriamente la unidad de nuestra conciencia, el sentimiento de nuestra libertad (el *sentimiento vivo interno* de que nos habla Leibnitz) y nuestra autonomía y dignidad personales, sin pretender negar ninguna de las verdades que la ciencia nos enseña, pero sus trayendo á la personalidad humana de la servidumbre de su mecanismo fisiológico? ¿Por qué no está sometida al escalpelo de la ciencia? Con ese criterio lo negaríamos todo, hasta la luz y el calor porque estos fenómenos



Mas tarde, Lutero, Calvino y demás protestantes, interpretando á la letra y falseando el concepto de algunos pasajes de San Pablo y de San Agustín, niegan el libre albedrío como incompatible con la presciencia de Dios, y en estos últimos tiempos, Molina y Jansenio hicieron revivir esa opinión.

175—En la exposición que precede, hemos querido simplemente hacer conocer las conclusiones de la ciencia moderna sobre el libre arbitrio, tomándolas de sus más grandes expositores como Spencer, Wundt, Bain, Ribot y otros muchos, á fin de que el lector se aperciba de que un principio tan vivamente discutido no puede servir de base á la responsabilidad penal. No hemos pretendido con ella dar nuestra opinión particular sobre esta grave cuestión, por más que esta pueda haberse deducido de las notas con que hemos creído deberla ilustrar, porque esa opinión, cualquiera que fuera, no significaría nada ni en pró ni en contra, ni haría variar nuestro modo de pensar acerca de la impropiedad de fundamentar la responsabilidad sobre un principio que está muy lejos de tener el asenso general.

Sin embargo, no estará demás que digamos algunas palabras sobre las consecuencias que se pueden deducir de la doctrina que hemos expuesto.

La ciencia moderna rechaza la existencia del libre albedrío, pero ella, al hacer esta afirmación, sale de sus dominios. La ciencia no vé, no puede ver sino causas y efectos: la observación es impotente, es cierto, para tomar la liber-

escapan igualmente á su escalpelo. Sobre esta cuestión, véanse: Spencer, *The principles of psychology*, T. IV, 9—Bain, *The emotions and the will*, T. 2º, cap. III, VII y IX—Ribot, *Les maladies de la volonté*, Intr. y concl. y *Les maladies de la personnalité*, Introducción y conclusión—Paulhan, *Physiologie de l'esprit*, II, § 8—Wundt, *Grundzüge der physiologischen Psychologie*, V, k 20—Herzen, *Análisis fisiológica del libero arbitrio humano*.—Stricker, *Fisiología del Derecho*, Cap. I, Secc. III, p. 89 y s.—Ferri, *Sociología Crim.* p. 467 y s.—Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 58 y s.—De Fleury, *L'ame du criminel*, Cap. I, II y III.—Fouillé, *La liberté et le déterminisme*.—Puede consultarse también Longe, *La conciencia criminosa*.—Sergi, *Psicología*.



dad en ningún momento, pero esto no prueba su inexistencia, sino simplemente que ella, si existe, se produce fuera del dominio de la experiencia. Pero la ciencia, se dirá, no puede aceptar como existente lo que no puede comprobar. No lo negamos, pero tampoco puede probar su inexistencia, y lo legítimo entonces sería no hacer afirmación ninguna sobre esto. Si la ciencia pudiera explicarnos satisfactoriamente el fenómeno volativo, podría darse por satisfecha y afirmar que no existe nada mas allá; pero ella solo nos muestra la trayectoria de la onda nerviosa ascendente y descendente al través de los nervios sensitivos y motores que llegan y parten de las celdas de la corteza gris: ¿cómo almacenan estas las imágenes, como se ponen en contacto, como luchan en el campo de la conciencia? ¿Cómo la sensación se ha convertido en acto? ¡Misterio profundo sobre el que la ciencia nada puede decirnos y posiblemente no lo dirá jamás! Es posible que se piensa que el *onus probandi* corresponde al que afirma la existencia de la libertad, no al que la niega.

La creencia en el libre arbitrio es un acto de fé que nace de nuestro sentido íntimo, que nos dice que somos libres, por más que se nos diga que él depende de la ignorancia en que estamos de las causas que producen nuestras voliciones. El hecho innegable es que todo hombre, en todo tiempo, se ha sentido libre y, por lo mismo, se ha sentido responsable de sus actos. Pero no se demuestra científicamente la existencia del libre arbitrio, como no se demuestra la existencia del alma ⁽¹⁾. Podemos racionalmente creer en ellos, pero esta certidumbre escapa á la inducción científica. Como decía Cousin, la libertad no se define ni se demuestra, se siente.

176—Aun supuesto que la existencia de libre arbitrio

(1) Los problemas del libre arbitrio y de la existencia del alma están de tal manera unidos, que todos los argumentos con que se pretende probar la inexistencia del uno conducen á probar la inexistencia de la otra.



no fuera negada por nadie, siempre resultaría inaceptable para servir de fundamento á la responsabilidad penal. Digamos por qué.

Si el libre arbitrio es el fundamento de la responsabilidad, es claro que esta desaparece desde el momento que él no existe en un caso dado. Acabamos de ver que la observación es impotente para descubrir la libertad de los actos humanos: siendo esto así ¿cómo podríamos descubrir su existencia ó su disminución? Sería una prueba imposible, y cuando ella se intentase llegaríamos á verdaderos escándalos judiciales, como ha sucedido en Alemania, Italia, Bélgica, Austria, España y los demás países cuyos Códigos toman como base la libertad moral. Solo en un caso podría probarse su inexistencia total ó parcial: cuando causas patológicas lo destruyen ó disminuyen.

Mas aun. Es evidente la imposibilidad práctica de medir la responsabilidad en cada caso, pues, para ello, necesitamos conocer el quantum de libertad que ha entrado en el acto, como igualmente de pesar las causas que la modifican, y suponiendo que lo pudiéramos hacer, llegaríamos á este resultado inaceptable y que, en efecto, nadie acepta: que la pena debería ser tanto mas benigna cuando mas pervertido es el criminal, puesto que á medida que crece la corrupción menos se es libre porque menos es posible luchar con los malos instintos, hasta el punto que el criminal incorregible debía ser exceptuado de toda pena, quedando esta el instrumento normal de represión para los delincuentes de ocasión, que gozan de la plenitud de su libertad y que son los que menos la necesitan.

Se vé, pues, que el libre albedrío no puede servir de criterio para la imputabilidad penal, y lo mismo decimos de las teorías que, aunque negándolo, tienden á dejar subsistente la imputabilidad moral como base de la penal, como las de Fonilleé, Levy-Bruhl, Fulci..... porque siempre chocaríamos con idénticas dificultades.



177—La segunda doctrina á que antes nos hemos referido, se basa en la necesidad de la defensa social.

Si existe una ley general, indiscutible, es la de que todo organismo reacciona contra los que turban sus condiciones de existencia. Todo animal, y también los vegetales, obedeciendo á un instinto que tiene su fuente en el movimiento reflejo, en la irritabilidad de los tejidos vivos, se defiende de todo ataque que se le lleve. Desde el zoófito hasta los animales de organización mas perfecta y hasta el hombre, que ocupa el mas elevado rango en la escala de los seres, esta ley se cumple inexorablemente porque es una ley necesaria: en el hombre, las leyes y las religiones lo han convertido en uno de sus derechos mas sagrados: el derecho á la propia conservación. Si la Sociedad humana es un hecho natural, y esto no se discute, ella tiene, al igual de los individuos que la forman, derecho también á la propia conservación y, de consiguiente, debe poseer los medios necesarios para realizarlo.

El hombre vive en sociedad y, por lo tanto, no solo vive para si sino vive para los demás: la convivencia social hace necesaria la armonía de los legítimos intereses y en esta armonía consiste precisamente el derecho. El hombre, pues, por el hecho de vivir en sociedad, tiene derechos y tiene deberes. Sus actos deben estar encaadrados dentro de esa armonía, sin la cual la sociedad no podria existir. Cualquier acto del hombre que la comprometa, debe ser reprimida por el Estado, que es la expresión jurídica de la sociedad, sin necesidad de que él sea intencional: basta que haya negligencia ó imprudencia que le sea imputable. El individuo obra siempre á su riesgo y peligro y responde de todas las consecuencias de sus actos (¹). Solo á esta condición, la Sociedad puede llenar su misión.

178—Todas las doctrinas sobre el derecho de castigar

1) Holmes, *El diritto comune anglo-americano*, p. 110, cit. p. Ferri, *Soc. Crim.*, p. 595.



han reconocido á la Sociedad, sinó como el fin, como límite al menos, este supremo derecho de conservación y de consiguiente de defensa contra los ataques de que puede ser víctima. Siendo, pues, un principio que nadie discute, no necesitamos insistir mas sobre él.

Si cuando un individuo hiere ó mata defendiéndose, no buscamos fuera del ejercicio mismo del derecho, el fundamento de la legitimidad de su acción, ¿por qué, cuando la Sociedad usa de idéntico derecho, hemos de buscar en otra parte la justificación de la pena? El que usa de su derecho obra legítimamente y, de consiguiente, su acción no necesita otra justificación. En todo caso, ni el libre arbitrio ni el determinismo, supuesto que fueran verdades aceptadas por todos, sabrían ser esa justificación.

No el libre arbitrio, porque si este puede ser necesario á la responsabilidad moral nada tiene que ver con la penal. Á la sociedad no puede pertenecer el derecho de castigar el mal moral, porque semejante derecho constituiría una misión por arriba de los fines humanos, y el hombre encerrado en una red de pasiones, de prejuicios y de intereses sería el menos apto para realizar la justicia absoluta, que solo corresponde á Dios, y es por eso que los reyes pretendían justificar su poder haciéndolo emanar de la divinidad. El Estado tampoco puede prescindir de reprimir un acto que le es dañoso, nada más que por que él no constituya una falta moral, y á pesar de haber erigido el libre arbitrio en fundamento de la responsabilidad, por una feliz inconsecuencia, castiga el delito de imprudencia, castiga el efecto excedente de la intención y obliga á la reparación del perjuicio, al que por negligencia lo ha causado; ¿por qué, sino porque considera que las exigencias de la defensa social son suficiente fundamento de la responsabilidad fuera de toda idea de mal moral?

El determinismo lleva á la universal irresponsabilidad y, si se la quiere evitar, se cae en la defensa social. El

delincuente niega á la sociedad el derecho de castigarlo. diciendo con Reid: «yo hago el mal porque no puedo obrar de otro modo; necesidad no tiene ley»—pero ella le responde: «yo castigo porque no puedo obrar de otro modo: también para mí, necesidad no tiene ley.» (1)

Así, pues, lo único que justifica la pena es su *eficacia* al punto de vista social. Este criterio tiene la ventaja indiscutible de abrazar en su conjunto todos los hechos que el Estado se vé obligado á reprimir penal ó civilmente, comprendiendo lo mismo los hechos intencionales que los no intencionales ó de negligencia.

Este poder de la sociedad no es arbitrario, como talvez algunos lo piensan; tiene un doble límite. La pena debe ser necesaria y suficiente (2).

Si no es necesario se convierte en tiranía; si no es suficiente equivaldría á imponer un sufrimiento inútil.

(1) Ferri, *Sociol. Crim.*, pág. 584.

(2) Beccaria, *Dei delitti e della pena*, Caps. II y XV.



IMPUTABILIDAD

179—Veamos ahora si existe un criterio general de responsabilidad, lo que no se debe confundir con las causas de irresponsabilidad.

Si la pena tiene por objeto la defensa social, es de toda evidencia que ella no se impone para castigar el mal pasado, esto es, expiar la falta cometida, sino para evitar nuevos crímenes que el mismo culpable ú otros á su ejemplo podrían cometer. Tal función de la pena ha sido reconocida en todo tiempo, desde la más remota antigüedad, cuando la influencia de las ideas religiosas no han perturbado los espíritus confundiendo el elemento moral con el jurídico. En efecto, Platón pone en boca de Protágoras estas palabras: «No se castiga á los que se han hecho culpables de injusticia por la sola razón de que ellos han cometido una injusticia, á menos que no se castigue de una manera irracional y brutal. Pero, cuando se hace uso de la razón en las penas que se infligen, no se castiga á causa de la falta pasada porque no se sabría impedir que lo que se ha hecho no sea hecho; sino á causa de la falta á venir, á fin de que el culpable no delinca más y que su castigo mantenga en el buen camino á aquellos que hayan sido testigos de él.» (1)

(1) Trad. por M. Cousin, t. 3, p. 41.—V. también *Georgias, ibid.*, p. 407 y 408.





La pena es un medio para combatir la criminalidad. Esto se consigue por su doble efecto de intimidación y de ejemplaridad. Así, pues, la pena es un determinante moral en la conciencia; es un motivo puesto artificialmente por la ley en la conciencia de los hombres, y que será más ó menos eficaz á vencer la impulsión criminosa, ó, como decía Romagnosi, la *contra-spinta* á la *spinta criminosa*. En todo tiempo y cualquiera que haya sido el fundamento de su legitimidad, la pena no ha podido tener otro fin, como dice Clemente Royer, que cambiar la resultante de los motivos de la acción: de modo que, en la generalidad de los casos, el miedo de la pena modifica, en el individuo tentado de cometer un hecho nocivo, el sentido de esta resultante, haciéndola negativa en vez de positiva. ⁽¹⁾ Para probarlo, basta recordarlo que pensaban Sócrates y Platón. ¿Cómo curar, dice este último, el mal moral y social de la injusticia? Obrando por la corrección y el dolor, dice, sobre las facultades que entran en lucha. El deseeo contraría la opinión del bien porque el placer lo seduce: el corrector os hace experimentar la pena para restablecer el equilibrio: desde entonces el temor de la pena compensa el amor del placer y el orden se restablece. ⁽²⁾

180—En la mente del legislador y en la conciencia popular, la pena es sentida como una amenaza dirigida á evitar las violaciones legales ó la producción de actos criminosos, y cuando, á pesar de ella, el delito se consuma ¿quién podría asegurar que su aplicación no retraerá al culpable de cometer en el porvenir nuevos delitos y que tendrá, sobre todo, ejemplaridad, que es el fin principal de la pena? Este segundo y principal efecto de la pena que Ferri olvida cuando critica la doctrina de la coac-

(1) *Actas del II Congr. de Antrop. Crim.*, cit. por Ferri.

(2) Sócrates, *Georgias*—Platón, *La República y las Leyes*.



ción psicológica, demuestra suficientemente lo infundado de su argumentación. (1)

Cuando se admite que la pena no tiene otra razón de ser que la defensa social, se debe reconocer, como ya lo hicimos notar, que el legislador no se propone castigar el mal pasado solo por ser tal, sino prevenir los delitos futuros, y si la pena evita los delitos futuros es porque ella obra en la conciencia de los hombres como una amenaza. Si no obrara como tal, la pena faltaría á su fin, sería venganza, expiación, eliminación, sin que de ella se pudiera esperar el menor resultado para el porvenir. Si la pena es útil, si ella en todo tiempo se ha mostrado un medio eficaz de defensa social, es por el temor que ella despierta, avivado en los casos concretos en que es aplicada.

Ya hicimos notar que este carácter intimidante de la pena fué reconocido desde muy antiguo. Al igual de Sócrates y Platón, Aristóteles la consideraba también como un determinante moral y por eso la definía: «medicina del alma por virtud de los contrarios.» (2) César Beccaria, el fundador de la escuela clásica, la calificaba de *motivo sensible*, y explicando estas palabras, decía: «la experiencia demuestra que las multitudes no adoptan principios de conducta estable ni se apartan del principio universal de disolución, sino por motivos que impresionan los sentidos directamente y que sin cesar vienen á la me-

(1) «Pero si un hombre comete un delito, dice este autor, es precisamente por que él no fué intimidado por la pena ni era intimidable.» La consecuencia lógica de esta teoría sería que solo son responsables los hombres que no cometen delitos.» Contestamos: la pena es puesta como una amenaza, no á cada hombre individualmente, pues en tal caso sería necesario que la pena con que se le amenaza fuera suficiente para retraerlo del delito, lo que es imposible porque la intimidabilidad de los hombres no se mide y si se midiera habríamos concluido con los delitos, sino á todos los hombres en general; si la amenaza no resulta eficaz en un caso concreto, en general lo es y esto basta á los propósitos del legislador. Por lo demás, Alimena lo refuta vigorosamente. V. *I limiti é i modificatori dell'imputabilità*, T. I, pág. 3, cap. I.

(2) Aristóteles, *Et. Nicom.*, II, 8; X, 9.—*Política*, VII, 13.



moria para contrabalancear la honda impresión de las pasiones particulares que se oponen al bien común para lo que han sido impotentes las más sublimes verdades» (1). Fierbach y Romagnosi hicieron de esta concepción la doctrina conocida bajo el nombre de «coacción psicológica», profesada por numerosos criminalistas, entre ellos los de la escuela crítica ó *terza scuola*. Lizt, Impallomeni, Alimena, etc.

Esta doctrina puede servir de conciliación á las diferentes escuelas. Clásicos y positivistas, en efecto, están de acuerdo en reconocer á la pena un carácter intimidante sin el cual ella sería impotente para evitar los delitos en el porvenir, y por eso uno de los principales de aquellos, partidario de la «expiación». Rossi, sostiene que la diferencia entre una y otra doctrina no es sino cuestión de palabras (2). La escuela de la retribución, confundiendo la moral con el derecho, da á la pena un fin místico, pero reconociendo que solo por su carácter intimidante se evita la comisión de nuevos crímenes. *Oderunt peccare male formidine pænæ*. La de la enmienda, confundiendo lo principal con lo accesorio, no pone en duda el efecto intimidante y, portanto, preventivo de la pena. Lo mismo decimos de la doctrina de la tutela jurídica (Carrara) y de la retribución jurídica (Pessina), que ven en el temor que la pena despierta la manera de realfirmar el derecho negado por el delincuente.

Lo que antecede no significa sostener con Dubuissou (3) y otros que la intimidabilidad sea el fundamento de la pena. Para nosotros ese fundamento se encuentra en la necesidad de la defensa social, y esa defensa se realiza.

1) Beccaria, *Ob. cit.*, Cap. II.

(2) Rossi, *Trat. de Dcho. pen.*, Lib. 3, Cap. II.—V. también Ferri, *Ob. cit.*, p. 640.

(3) Dubuissou. *Théorie de la responsabilité en Archives de l'anthropologie criminelle*.



en cuanto se propone evitar nuevos crímenes, por medio de la amenaza contenida en la pena.

181—Si la pena es un motivo artificialmente puesto por la ley en la conciencia de los hombres para retraerlos del delito, es claro que sólo serán responsables los que sean capaces de sentir la amenaza que ella implica. Pero con esta afirmación no hemos avanzado bastante en la solución del problema que nos ocupa. ¿Que criterio práctico existe para distinguir á los que son capaces de sentir aquel motivo de los que no lo son? Aquí se encuentra la verdadera dificultad de ese problema, que nosotros trataremos de resolver apoyándonos en el criterio de la normalidad, pero no en el sentido de Litz.

Litz fundamentaba la responsabilidad en la *normalidad*, pero tomando esta palabra en su sentido puramente psicológico, que conducía á consecuencias de todo punto inaceptables. Para este autor, la responsabilidad penal no debe ser fundada sobre el libre arbitrio cuya realidad es contestada y que, en todo caso, no sabría medirse. Tampoco puede fundarse sobre la capacidad de distinguir el bien del mal, porque sucede que el juicio está sano y la voluntad enferma; y concluye afirmando que solo son responsables los que sufren de una manera normal la influencia de los motivos, los que recobran con relación á los motivos de una manera normal, é irresponsables, de consiguiente, los que están afectados de perturbaciones del espíritu que rinden la reacción anormal, atípica. He aquí sus palabras: «Si consideramos la vida positiva del delincuente como un todo indivisible, vemos la sustancia de la facultad de ser imputable en la *determinabilidad normal de los motivos*, esto, es, en sufrir la influencia de las ideas, especialmente las ideas de religión y derecho, de moral y prudencia, que dirigen nuestra conducta. Aquel que recobra normalmente á los motivos, está en estado de imputabilidad; y, por tanto, la facultad de la imputabili-



dad desaparece con toda perturbación de la vida psíquica en la esfera del pensamiento ó en la del sentimiento ó en la de la voluntad, si, á causa de tal perturbación, la reacción se vuelve anormal, atípica. Vale decir, que está en estado de imputabilidad el que tenga la madurez y la salud psíquica y el conocimiento no turbado: solo la falta de madurez, la enfermedad psíquica y el desorden del conocimiento excluyen el estado de imputabilidad» (1).

Como se vé, Lizt, partiendo de la base que no hay voluntad sin determinación y condicionalidad con relación á los motivos que la ponen en movimiento, hace consistir la normalidad en la facultad de determinarse por medio de motivos. Semejante concepción de la normalidad como criterio de la responsabilidad, tenía que llevarlo lógicamente á declarar irresponsables á los criminales de naturaleza ó incorregibles, en quienes las reacciones morales yano se operan, siendo incapaces de sentir, y acaso de comprender, los motivos que rigen la conducta de los demás. Es indudable que el criminal endurecido es constitucionalmente anormal y los motivos ordinarios que determinan las acciones humanas lo dejan insensible. Es, por tanto, un anormal psicológicamente hablando, y, de consiguiente, un irresponsable. Esta consecuencia inaceptable de la concepción de Lizt demuestra su falsedad.

182—Pero ¿es cierto que en las perturbaciones de la vida psíquica la reacción se vuelve anormal? La experiencia diaria de los alienistas prueba lo contrario. Nada más frecuente que los locos que obran por motivos normales como todo el mundo, que premeditan su delito y llegan al fin que se han propuesto, vengarse por ejemplo ó hacer una operación lucrativa. Krafft Ebing nota que los locos pueden obrar con «astucia y reflexión porque el

1. *Discurso en el Congreso de Psicología de Mónaco, en 1906, en la Zeitschrift, f., ges. Strafrech., t. XVII, ps. 71 y 76, bajo el título: Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit.*



mecanismo lógico de los juicios y de las conclusiones es aun presente y á menudo bien lejos de una general decadencia de las funciones psíquicas» (1). Por eso el magistrado d'Aguesseau decía que *un loco podía hacer actos de subduría* y Parant nos habla de la razón en la locura (2). «La normalidad de los motivos, ha dicho un ilustre autor, no excluye que el delincuente pueda ser alienado. Mientras en algunos alienados el delito es una resultante directa de su anormalidad psicológica, en otros se produce obedeciendo á móviles comunes, independientes de sus trastornos psíquicos» (3).

Por otra parte, la normalidad psicológica no existe, y si existiera no podríamos tomarla como índice de la responsabilidad, porque el delincuente normal no delinque: normalidad y delito son términos contradictorios que no pueden subsistir juntos, y quien dice «delincuente normal» es lo mismo que si dijera «hielo ardiente» (4). Y no existe porque el hombre normal no puede ser sino aquel en el que concurren todas las cualidades fisiológicas y psíquicas que producen un perfecto equilibrio en sus facultades. Sus ideas, sus sentimientos, sus pensamientos, sus voliciones, sus funciones orgánicas, su organización fisiológica, sus actos deberían estar en el más perfecto acuerdo entre sí y escapar completamente á las leyes de la herencia ó no tener en la larga serie ancestral ni un de-

(1) Krafft-Ebing. *Tratt. clinico-prático delle malattie mentali*, T. I, p. 122.

(2) Parant, *La raison dans la folie*. En esta interesante obra, Parant, demuestra la persistencia de la razón en la locura y como esta no excluye, ni la energía intelectual, ni la capacidad de subordinar su conducta á principios determinados, ni la lógica en las ideas, en los raciocinios y en los actos, ni la capacidad de dedicarse á trabajos intelectuales.

(3) Véase la bella obra de José Ingenieros, *Simulación de la locura*, cap. VIII, ps. 202 y 203.

(4) Ferri, *Sociolog. crim.*, n. 62, p. 654.

sequilibrado, ni un excéntrico, ni un santo, ni un hombre de genio (1).

El hombre normal, pues, en el sentido de Litz, no es sino una abstracción, como la del «hombre medio» de Quetelet.

183—El error de Litz, en nuestro concepto, consiste en haber tomado la normalidad psicológica, que no existe, según acabamos de decir, como índice de la responsabilidad penal. Para nosotros, que también sostenemos la normalidad como criterio práctico de esa responsabilidad (no como su fundamento), ella debe ser fisiológica, es decir, que las funciones fisio-psíquicas deben cumplirse normalmente, de manera que esa normalidad existe siempre que una causa cualquiera, patológica ó nó (2), no haya alterado el funcionamiento de nuestro mecanismo fisio-psicológico, por lo menos en cuanto se refiere á la inteligencia y á la voluntad. Es, pues, normal el que goza de salud psíquica y anormal en caso contrario.

Si solo son responsables los que son capaces de sentir la coacción que la pena implica, es claro que para que exista la responsabilidad se requiere un funcionamiento psíquico regular, sin que ninguna causa fisiológica lo altere impidiendo sentir esa coacción ó realizar lo que se haya resuelto en presencia de ese motivo determinante. Se comprende fácilmente que la mayor ó menor inteligencia, la mayor ó menor energía de la voluntad, la naturaleza de los sentimientos, no puede tener influencia en la capacidad de sentir el motivo de la pena y solo una causa, patológica principalmente, puede hacerla desaparecer. De consiguiente, desde el momento que hay normalidad fisiológica existe responsabilidad.

Esta manera de concebir la normalidad es exactamen-

(1) Alimena, *I limiti e i modif. dell'imput.*, p. 388 y sig.

(2) Las no patológicas serían la embriaguez ó el hipnotismo por ejemplo.





te la que concibe el pueblo. El concepto de lo normal preside todos nuestros actos y todas nuestras relaciones sociales. Cuando celebramos un contrato ó un acto cualquiera en que intervenga otra persona, no nos preocupamos del desarrollo de su inteligencia, de la naturaleza de su voluntad, de sus sentimientos más ó menos altruistas ó egoistas; pensamos que es un hombre como todos los demás, es decir, que piensa y obra como todo el mundo.

A este hombre el pueblo lo llama normal ó lo concibe como tal. En esta concepción de la normalidad sucede lo que con las representaciones que nos hacemos del hombre físico considerado en sus conjunto: los detalles se pierden y solo se conservan los rasgos fundamentales que distinguen al hombre de otro ser cualquiera, sin que nos preocupen los detalles que singularizan á un hombre dado.

En esta concepción, el criminal de naturaleza ó incorregible será responsable porque él es normal, no existiendo ningún desarreglo en sus ideas ó en sus voliciones: si no sufre la influencia de los motivos, tiene la capacidad de sufrirla y eso basta; hay desviación ó perversión del sentido moral, pero la pena obra en su conciencia de la misma manera que obra en los demás hombres, aunque, á diferencia de estos, su influencia sea mínima ó nula. ¿No existe en él el sentido moral? No importa: esto es una anomalía no una enfermedad (1), anomalía que en la concepción de *Lizt* lógicamente trae la irresponsabilidad, pero no en la nuestra.

(1) «Es cierto, dice Tarde, que es una desgracia haber nacido perverso como lo es haber nacido tonto, á condición, sin embargo, que se continúe en castigar las manifestaciones de la perversidad: á indignarse contra ellas, á despreciarlas y á odiarlas, como se rie de las zonceras. Si fuésemos á absolver á los pícaros solo por serlo de nacimiento, no tardaríamos en experimentar las consecuencias». *Phil pen.* p. 177.



184—Existe una dificultad, sin embargo, que es conveniente discutir.

Natura non fecit saltum y entre el hombre sano de espíritu y el loco, hay una infinidad de matices, de gradaciones que nos alejan de la salud para hacernos caer en la locura; esta es la «zona neutra» de Maudsley (1). De manera que es imposible determinar el límite preciso donde acaba la una y empieza la otra.

Esa dificultad es seria, pero no invencible. Esta «zona media» se puede dividir en dos. En la una estarían comprendidos los desequilibrados, neurasténicos, parcialmente degenerados.... que son capaces aun de sentir la coacción que implica la pena, bien entendida la coacción mediata é indirecta, pues la inmediata y directa la sienten también los locos al igual de los animales (2).

La ciencia psicológica y la conciencia popular los reconocen imputables porque la inteligencia y la voluntad se conservan mas ó menos en estado normal y la perturbación morbosa tiene lugar principalmente en la vida afectiva.

En la segunda zona estarían comprendidos estos mismos cuando estuviesen tan cerca de la locura franca que fueran reconocidos incapaces de sentir el temor de la pena. Este caso se producirá cuando el morbo, no limi-

(1) Maudsley. *Le Crime et la folie*, cap. II.

(2) Indudablemente los locos sienten el temor de la pena y son, por tanto, intimidables y en eso se apoya Ferri para equipararlos con los criminales; pero hay una diferencia sustancial entre la intimidabilidad de los locos y la de los normales. El loco siente la amenaza, la que obra como coacción psicológica cuando es inmediata y directa y por eso es posible conservar la disciplina en los manicomios: de manera que es intimidable el loco pero no los locos. Cuando se castiga á un loco el castigo deja indiferentes á los demás locos del establecimiento que lo hayan presenciado y con mayor razón todos los locos del país. Pero no sucede lo mismo con la amenaza general de la ley penal. Esa amenaza mediata é indirecta es sentida por los hombres normales, pero no por los locos. Véanse Guyau, *Esquisse d'une morale sans oblig. ni sanction* p. 212.—Maudsley, *Ob. cit.*, p. 123.—Alimena, *Ob. cit.*, ps. 13 y 14-87^o y 368.



tándose ya solo al campo afectivo, invadiese la inteligencia ó la voluntad ⁽¹⁾.

El informe médico-legal diría, en cada caso, en cual zona se encuentra colocado el agente, el que servirá de base á la declaración judicial de responsabilidad ó de irresponsabilidad. En esta apreciación, bastante delicada por cierto, podrá haber error, como puede haberlo en el mismo diagnóstico de la locura, pero el solo probaría que la justicia humana no puede aspirar á la perfección y á la infalibilidad.

185—Esta idea de normalidad tiene la ventaja inapreciable de que puede ser aceptada lo mismo, por los deterministas que por los liberistas. Deterministas como Litz y Polletti ⁽¹⁾ la aceptan y se vé facilmente que ella en nada repugna al principio mismo, y los partidarios del libre arbitrio hacen de ella la prueba del estado de libertad moral. Unos y otros acuden á la normalidad como el único criterio práctico para distinguir los responsables de los que no lo son. La intimidabilidad como la libertad se deducen del estado de normalidad, que viene á ser así el signo revelador de lo que no se puede observar directa-

(1) La voluntad está sujeta á enfermedades que se traducen en impotencia de hacer lo que se quiere, impotencia que puede producirse ó por falta de impulso ó por exeso del mismo; en el primer caso se tiene lo que los médicos llaman *abulia*, enfermedad rara perfectamente compatible con una inteligencia sana; se quiere hacer una cosa pero la voluntad es impotente para traducirse en acto—el *yo quiero* está desprovisto de toda eficacia para la acción. La causa de este curioso fenómeno es desconocida, si bien solo puede venir de la debilitación de los centros motores ó de la debilitación de las incitaciones que estos reciben. En el segundo caso, cuando la impotencia nace de exeso de impulso, la impotencia de la voluntad procede de un sentimiento de temor que á veces se convierte en terror sin motivo razonable como por ej. la *agorafobia*. Tiene también relación con este caso la *locura de la duda*. Son casos interesantes que pueden traer la irresponsabilidad completa del agente. Véase el notable estudio de Ribot, *Les maladies de la volonté*, Cap. I.—Légrand de Saulle, *Trat. de Med. Legal*. T. I., ps. 514 y 515.

(1) Polletti. *La persona giurídica nella scienza del diritto penale*, ps. 145 y sig.



mente. Este hecho tiene verdadero valor para nosotros que pensamos, como lo hemos dicho, que el legislador no debe tomar partido por una ú otra teoría.

Ferri hace á esta doctrina de la normalidad, tal como la entienden Polletti y Lizi, las siguientes objeciones cuya refutación, en lo que tienen relación con la normalidad fisiológica, demostrará mejor la verdad de nuestra tésis: 1º Que ella conduce á la irresponsabilidad de los criminales de naturaleza; 2º Que, como decía Clemente Royer, el hombre normal no es mas responsable de sus actos que el anormal; 3º Que no existen delincuentes normales; 4º Que no hay línea de separación precisa entre normales y anormales y, de consiguiente, entre responsables é irresponsables.

Por lo que antes hemos dicho refutando la doctrina de Lizi, se vé que aceptamos como exactas las objeciones 1ª y 3ª en cuanto se refieren á la normalidad psicológica y que ellas no se pueden oponer á la normalidad fisiológica. En cuanto á la 4ª, acabamos de ver que ella carece de importancia. Solo refutaremos la segunda.

186—La segunda objeción dá por sentado que la verdad del determinismo se encuentra probada y que no cabe más discusión sobre ella. Vamos á demostrar la falsedad de esta aseveración.

El determinismo, como el indeterminismo, son actos de fé que no se demuestran, por lo menos con argumentos de carácter científico. Indudablemente, y la experiencia diaria nos lo acredita, que los actos humanos están sometidos á la ley de casualidad y todo fenómeno tiene una causa próxima que lo determina. Pero la ciencia no vá ni puede ir más allá; ella no vé sino fenómenos, pero la esencia del ser se le escapa, y en esta esencia se encuentra la verdadera causa de la cadena de causas y de efectos determinantes de nuestros actos. Precisamente, porque los vínculos de causa á efecto tienen un carácter de necesi-



dad, es que expresan relaciones y esta relatividad presupone una causa absoluta, puesto que lo relativo no es concebible sino en oposición á lo no relativo ó absoluto y, por tanto, determinante, que es la conciencia, el *yó*. La serie causal condicionada ó necesitada encuentra su origen en la conciencia que, como causa absoluta, no es condicionada ni necesitada, puesto que absoluto es lo que no tiene relación necesaria alguna. ¿En que repugna á la ciencia que esta causa absoluta sea libre? Por el contrario, pensamos que la ciencia debiera admitir, aunque solo fuera como hipótesis (y de estas está llena la ciencia), una realidad que explique lo fenomenal, las apariencias de que ella se ocupa, puesto que esas apariencias son inteligibles sin aquella realidad; una causa íntima que explique esta unidad de los estados de conciencia, esencialmente variable en cada momento, y sin la cual la conciencia resultaría un caos; la ley incomprensible que une todos esos estados por un vínculo que les es común y que queda permanente y único en medio de la variedad fenomenal, y, por último, una sustancia que persiste cuando intelectualmente la aislamos de todas sus condiciones particulares y permanece invariable bajo todos los cambios.

Esa creencia en una realidad oculta bajo las apariencias ó fenómenos, ha sido para la humanidad, en todo tiempo, una verdad incontestable y lo es igualmente para cada uno de nosotros. Las doctrinas que más explícitamente la niegan, la aceptan, sin embargo, implícitamente. Los que afirman que las sensaciones y las ideas no son solo modificaciones sino formas diversas de la sustancia pensante, no se aperciben que detrás de esa hipótesis está el *yó*, puesto que formas y modificaciones presuponen algo modificable é in-formable. Los que afirman que la personalidad es una ficción puesto que solo conocemos realmente nuestras ideas y sensaciones, no se aperciben que implícitamente afirman el *yó* desde el momento que toda sensación su-



pone algo que siente. Si la ciencia no puede explicar esos enigmas que nos parecen insolubles, no podemos dejar de creer en aquella realidad, tanto más cuanto que, la única medida que tenemos para juzgar de la verdad de nuestras creencias, es la persistencia con que desafían nuestros esfuerzos para abandonarlas, y cuando, apesar de todo, ellas se mantienen y solo cesan cuando cesa el pensamiento, no podemos dejar de creer en sus existencia ⁽¹⁾.

187—Si no podemos desconocer la realidad de nuestra conciencia ¿por qué hemos de negar la posibilidad de que en ella exista la libertad? ¿acaso nuestro sentido íntimo, y esto nadie lo discute, no nos atestigua su existencia? ¿qué razón habría para rechazar esta intuición como falsa y admitir otras como verdaderas? Lo absoluto, lo infinito, materia, fuerza, movimiento... ¿son concebibles, para nuestra conciencia, mejor que la libertad? ¿Será una razón la de que esa intuición es motivada por la ignorancia en que estamos de las causas que producen nuestras voliciones? ⁽²⁾. Pero, la ignorancia en que estamos de las causas de un hecho, no nos autoriza á concluir nada sobre él. Cuando conozcamos todas las causas de nuestras voliciones y ellas se expliquen suficientemente por el mecanismo psicológico, sin necesidad de suponer nada más allá, tendremos, recién, la prueba de que esa intuición es falsa: mientras tanto, esa intuición general y permanente en todos los hombres y en todos los tiempos hace legítima la creencia en el libre arbitrio. Un distinguido psicólogo ha dicho: «*Los que vienen en nombre de su ciencia positiva á sostenerme que no soy libre, cuando siento mi libertad, me hacen, y con razón, sospechosa esta ciencia, así como desconfío de un médico que, para liber-*

(1) Spencer, *The first principles*, Chapter III, IV.

(2) Ferri, *Soc. Crim.*, n. 43, pág. 408.



tarme del mal que siento, se limita á negar su existencia.» (1)

Pero ¿cómo conciliar, se dirá, esa libertad con el determinismo que la ciencia constata? Muy fácilmente, en nuestro concepto, si por libertad se entiende, no el poder absoluto de determinarse con independencia del carácter, del motivo y de los móviles ó contra todo motivo, sino el de influir sobre ese carácter de donde derivan motivos móviles é impulsiones, por una acción más ó menos continuada y perseverante sobre la individualidad psicológica, lo cual daría al individuo poder sobre los factores determinantes de la voluntad, robusteciendo unos y debilitando otros. Todos los días vemos producirse esos cambios de carácter, y los buenos resultados de la educación doméstica y aún de la misma corrección penitenciaria, sábiamente encaminados, demuestran este poder del hombre sobre el mecanismo biológico, de cuya servidumbre se libera. Comprendida así la libertad, quedan á salvo todas las enseñanzas de la ciencia, porque ella ya no es el *fíat* que se interpone entre el acto y sus móviles decidiendo soberanamente, sino que ella, obrando desde el fondo de la conciencia, modifica el carácter y con él los sentimientos y los móviles que determinan la acción. Ella no modifica la serie de causas segundas que producen el acto, sino que es la causa primera de donde ellas emanan.

188—En cuanto al razonamiento de Spencer para demostrar la ilusión del libre arbitrio, es fácil refutarlo con él mismo, pues en sus diversas obras no nos aparece su pensamiento muy consistente. En los párrafos que transcribimos anteriormente, tomados de su obra *The principles of psychology*, identifica el yó con los estados de conciencia. Mucho habría que observar sobre este yó que varía con cada estado de conciencia, pero esto nos llevaría lejos, engolfándonos en una cuestión metafísica agena

(1) Delbeuf, *La materia brutal y la materia viva*, 2ª parte, consideraciones finales, pág. 186.



á esta obra. Nuestro objeto es demostrar que el determinismo no es una verdad demostrada y nada mejor entonces que refutar á Spencer con Spencer mismo. En efecto, en su gran obra sobre los primeros principios demuestra acabadamente que el yó es distinto de los estados de conciencia. Refuta las doctrinas que identifican el yó con los sentimientos y las ideas sucesivas de cada estado de conciencia y las que lo niegan resueltamente y concluye con estas palabras: «En efecto, ¿cómo la creencia (en la existencia del yó) puede resolverse completamente en sensaciones y en ideas, si toda sensación supone necesariamente algo que siente? O en otros términos, ¿cómo el escéptico que ha descompuesto completamente su conciencia en sensaciones y en ideas, puede aun considerarlas como *sus* sensaciones y *sus* ideas?... A menos de dar respuestas satisfactorias á estas cuestiones, lo que no es posible, es preciso que abandone sus conclusiones y admita la realidad del espíritu individual» ¿Quién tiene razón, Spencer identificando el yó con los estados de conciencia ó Spencer haciendo del yó una entidad distinta de esos estados? Continuemos con nuestra refutación.

Spencer establece un dilema en seguida: ó el yó es un cierto estado de conciencia ó no lo es. Acabamos de ver que para él no es un estado de conciencia, pero sigamos su razonamiento. Si no es un estado de conciencia, él dice, será algo de lo cual no tenemos conciencia, que nos es desconocido y cuya existencia no tiene para nosotros ninguna evidencia y, por lo tanto, *será absurdo suponer ese algo existente*. Pero Spencer ya nos dijo, en el párrafo trascrito, que lo único absurdo es suponer sensaciones é ideas sin que exista algo que sienta. No es esto solo. Él nos dice en los primeros principios que no es posible tener conciencia de lo infinito y lo absoluto porque la idea de conciencia implica distinción entre un objeto y otro y toda distinción significa limitación, como implica relación, no



puediéndose tener conciencia de lo que no puede tener relación con ella y nos es desconocido en su esencia. Pero esa falta de conciencia, ese desconocimiento de lo infinito y de lo absoluto ¿es bastante para declarar absurda su existencia? No, según Spencer: él nos dice poco después: «Decir que no podemos conocer lo absoluto es afirmar implícitamente que lo absoluto existe. Cuando negamos que se pueda conocer su esencia, admitimos implícitamente su existencia, y eso prueba que lo absoluto está presente al espíritu, no como *nada*, sino como *algo*.» Luego la falta de conciencia, el desconocimiento de algo, no es bastante para declarar absurda su existencia. Esto en cuanto al primer término del dilema.

En cuanto al segundo, el mismo Spencer nos ha dicho que el *yó* es distinto de los estados de conciencia y en los mismos Principios de psicología afirma que «si todo lo que hay en el *sujeto* pensante no puede ser pensado sino en términos de *objetos*, por otra parte, los términos de *objetos* no pueden ser tomados sino en términos de *sujetos*», de donde la separación radical entre el sujeto y los objetos del pensamiento. Podríamos, pues dispensarnos de refutar un supuesto ya refutado por el mismo Spencer, pero observemos el razonamiento que él hace. Él nos habla de estados de conciencia, lo que importa hacer de la conciencia algo separado de sus estados: los estados es lo variable de algo que permanece fijo, como cuando decimos estado del tiempo, refiriéndonos al aspecto que en un momento dado presenta algo que permanece constante cual es el tiempo. Estados de conciencia no tendría sentido sino se refiere á las diversas formas ó aspectos que presenta ese algo único que llamamos conciencia. Por otra parte, si por actos mentales sucesivos, el mismo Spencer lo ha dicho en sus Primeros principios, sintetizamos una serie de estados de conciencia, aboliendo las restricciones y las condiciones, formamos el concepto de algo in-



condicionado. Ese concepto no es la abstracción de un grupo de pensamientos, ideas ó conceptos, es la abstracción de todos los pensamientos, ideas ó conceptos. Lo que les es común á todos, lo que no podemos ya abstraer, es lo que designamos con el nombre común de *existencia*, esto es, el yó, que aislado de sus atributos, por el perpetuo cambio de estos, persiste como un concepto indefinido de algo que permanece invariable bajo todos los cambios. El contraste entre lo absoluto y lo relativo en nuestro espíritu, no es, en el fondo, mas que el contraste entre el elemento mental que existe absolutamente y los elementos que existen relativamente (1). Y basta.

189—Por lo que hace á Bain, su razonamiento no es menos sofisticado que el de Spencer. Como se recordará, Bain niega la existencia del yó como algo separado del puro fenomenismo que para él encierra todo, y agrega que después de la enumeración completa y exhaustiva de las cualidades del yó, no queda mas en nosotros que lo que queda en un pedazo de cuarzo. Bain, á lo que parece, piensa que en la conciencia, como en un trozo de cuarzo, no hay mas que una multiplicidad física en que cada parte puede subsistir separadamente. Cualquiera vé el error fundamental en que incurre el sabio psicólogo. En nuestra conciencia, no hay una coexistencia física de cualidades: hay una relación que liga á todas entre ellas y con algo superior y permanente que las unifica en una síntesis final. En el cuarzo podemos abstraer sus cualidades una á una y nada queda: en la conciencia, abstraídas sensaciones é ideas, queda la sustancia que siente y piensa. Las cualidades del cuarzo pueden considerarse muy bien como separadas de él, pero pruébese á concebir las maneras de ser de la conciencia como separadas de ella y se verá la imposibilidad. En la conciencia, hay algo mas que un agregado numérico de

(1) Spencer, *The first principles*, Ch. IV, in fine.



cualidades, porque esas cualidades son formas y modificaciones de la sustancia pensante, á la que damos, pensando, distintas formas. Todo estado de conciencia para que llegue á ser conocido necesita ser comparado con los demás anteriores, clasificado como de la misma ó diferente especie, asimilado con ellas, y quien hace esa comparación y clasificación y su síntesis final es el yó. Si las maneras de ser de este yó fueran percibidas, como las cualidades del cuarzo, solo como diferentes entre sí, si no hubiera una cadena de impresiones, nuestra conciencia sería un caos ⁽¹⁾.

Bain hace un verdadero abuso del análisis, en el cual no está solo, pues en la nueva psicología, ha prevalecido el procedimiento analítico. Así, son muchos los que creen que para obtener el contenido total de un todo complejo basta descomponerlo en sus elementos, sin pensar que la mayor parte de los compuestos no están constituidos por una simple mezcla, pareciéndose mas bien á combinaciones químicas que á una mera adición de componentes y que cuando se hace la síntesis, que completa el análisis, se vé que hay mas en aquella que en este.

190—Ribot piensa que la cuestión del libre arbitrio es agena á la psicología, en cuanto ciencia experimental, y se abstiene de discutirla ⁽²⁾, pero, implícitamente, niega su existencia, puesto que él pretende explicar los sentimientos, las ideas, las voliciones por medio del mecanismo psico-fisiológico. Hablando de la conciencia ⁽³⁾ niega que ella sea una propiedad del alma y acepta como más plausible la conciencia fenómeno. Los estados inconscientes, él dice, son contradictorios con la hipótesis del alma: no funda esta opinión que á todas luces parece aventura-

(1) Spencer, *First principles*. Ch. IV, n. 24.

(2) Ribot, *Les maladies de la personnalité*, Introducción.

3) Id., *Les maladies de la personnalité*, id.



da. ¿Estos estados son puramente fisiológicos y, por tanto, realmente inconscientes ó tienen más bien un carácter psicológico con una conciencia indefinitivamente decreciente? En otra de sus obras ⁽¹⁾ nos dice que una y otra hipótesis tienen sus partidarios y esa es la verdad. Para hablar el lenguaje de los fisiólogos, no hay comienzo absoluto y todo fenómeno que llega á ser consciente ha sido tal antes y nunca ha dejado de serlo; no puede haber en una categoría de fenómenos sino diferencia de grados ⁽²⁾. El genio de Leibnitz adivinó esta verdad cuando formuló su ley de continuidad. Pero sea de esto lo que fuere, la existencia de los estados inconscientes y su influencia en el fenómeno psíquico nada prueba contra la existencia de un yo distinto del organismo, pues los procesos fisiológicos no llegan á ser utilizados sino cuando se hacen conscientes, como lo demuestra á renglón seguido el mismo autor. Ellos son materiales que el yo utiliza, de la misma manera que utiliza los que llevan los sentidos.

Su teoría lo lleva á misterios inexplicables, como es el de la aparición de la conciencia, pero se desentiende de ellos para detenerse en las *interrupciones* de la misma que le parece bastante á probar su tesis. Pero ¿cómo distinguir la amnesia de la inconciencia? Las observaciones hechas por algunos anestisiados en sí mismos y con relación á un fenómeno que solo dura segundos, parece muy poco probante, y es por eso que Ribot no lo toma como una verdad demostrada, sino como una hipótesis. ¿Cómo fundar racionalmente la hipótesis de la conciencia fenómeno sobre la hipótesis de la ausencia de conciencia?

En Ribot encontramos la misma inconsistencia de doc-

(1) Id., *Psychologie des sens.* 1^a part., Ch. XII.

(2) Toulouse, Vasschide y Piéron, *Psychologie expérimental*, Cap. II.



trina que en Spencer y otros grandes psicólogos, sin duda, porque en esta ciencia nueva y misteriosa se marcha al tanteo. Confunde *amnesia* con falta de conciencia y con esta confusión lo oscurece todo! Amnesia viene del latín *amnesis*, memoria, y significa pérdida de ella. Cita casos de amnesia perfectamente demostrados en las tres formas que afecta la epilepsia: *mal mayor*, *mal menor* y *vértigo*, particularmente en el último y la producida por golpes en la cabeza, y concluye que todo esto demuestra pérdida de la conciencia. En otra de sus obras ⁽¹⁾ nos dice, y lo demuestra cumplidamente, que la amnesia va acompañada de conciencia. «Hay hechos, dice, que prueban la existencia de una cierta conciencia, aun en casos extremadamente numerosos, en que el enfermo no guarda ningún recuerdo de su acceso. Algunos epilépticos, interrogados durante su crisis, de una manera brusca, con tono imperativo, responden á las preguntas con voz breve y gritando. Cuando el acceso termina no se acuerdan ni de lo que se les ha dicho, ni de lo que han respondido. Algunas veces llegan con mucho esfuerzo, á encontrar en su memoria varios hechos que se han producido durante su acceso, sobre todo los que han tenido lugar en los últimos momentos. Si en estos casos, las circunstancias permiten afirmar que ha habido conciencia, podemos creer sin temeridad que la hay lo mismo en otros muchos. ¿Cómo, pues, explicar la amnesia en los casos donde ha habido estados de conciencia? Por la debilidad extremada de esos estados» ⁽²⁾. Lo mismo se puede decir de la locura. El que sana de ella se acuerda de los acontecimientos que han pasado durante su enfermedad hasta en sus

(1) Ribot, *Maladies de la memoire*, Chap. II.

(2) *Op. et loc cit.*—Véase también Legrand de Saulle, *Medicina Legal*, T. 2. Cap. IV, ps. 28 y siguientes donde cita numerosos casos de epilépticos que se acuerdan parcialmente de lo que han hecho durante el vértigo.



menores detalles, dándose cuenta de los motivos y disposición de espíritu que lo dirigía entonces. Griesinger de quien tomamos estos datos, agrega: «Cuando un enfermo curado declara no poder recordar nada de lo que ha pasado durante su locura, no debe aceptarse sino con gran reserva, porque amenudo la vergüenza le hace callar recuerdos exactos» (1).

Si en los casos patológicos no se puede afirmar de un modo concluyente que existe interrupción ó ausencia de la conciencia, menos se puede hacerlo en el estado normal, pues todos los días tenemos pruebas de que durante el sueño la conciencia no desaparece. Los ensueños no se explican de otro modo y muchísimos de ellos nos pasan desapercibidos porque el recuerdo desaparece.

Cuando nos despertamos en la noche, el recuerdo del ensueño interrumpido es muy claro: al día siguiente desaparece completamente. Otras veces sucede que al despertar, recordamos el ensueño en todos sus pormenores, para olvidarlo en seguida, ó solo sabemos que hemos soñado, sin poder recordar nada. Es también frecuente, y todos lo pueden observar, que cuando se habla ó interroga al que duerme contesta de un modo acorde y no le queda al despertar recuerdo alguno. Al contrario de lo que piensa Ribot (2), creemos que de estos hechos frecuentes se puede sacar una conclusión general, puesto que el sueño fisiológico es fundamentalmente idéntico en todos. El recusa el testimonio de los médicos y psicólogos que han estudiado este punto para atenerse á lo que cuentan los espíritus groseros, incapaces de observar, y que piensan poco ó no piensan nada durante la vigilia.

191—Ribot termina su interesante obra con una explicación puramente orgánica de la unidad de conciencia

(1) Griesinger, *Traité des maladies mentales*, p. 78. — Maudsley, Reynold's *System of medicine*, vol. II, p. 23.

(2) *Maladies de la personnalité*, Int., II.



que no puede satisfacer á nadie. A pesar de decir que no hay ventaja alguna en apoyarse en una fisiología *sin sólides*, y que la personalidad física es una red impenetrable donde la histología, la anatomía y la fisiología se pierden á cada momento, todo su razonamiento no tiene otro fundamento. Examinémoslo.

Cada aparato sensorial, dice, depende de toda la vida orgánica, y, de consiguiente, nuestros estados de conciencia dependen de ella y tienen, por tanto, un fondo común. La unidad de conciencia, concluye, no es otra cosa que la coordinación de esos estados que tiene por punto de apoyo el organismo que contiene en sí los restos de todo lo que hemos sido. Este razonamiento será muy bueno para explicar porque dos hombres colocados en idénticas circunstancias se impresionan y reobran de diferente modo, pero de ninguna manera explica porqué el yo de ahora es idéntico al yo de hace un minuto, al yo del día anterior, al yo de hace diez años. Nuestro organismo está sujeto á variaciones continuas, nuestro cuerpo de hoy se habrá renovado completamente desde el tejido muscular hasta la célula cerebral en un relativamente breve espacio de tiempo, la circulación de la sangre y su composición, el funcionamiento de los pulmones, la fuerza digestiva, están sujetos á alteraciones profundas. Hoy estamos sanos, mañana enfermos, hoy somos felices, mañana desgraciados. Nuestro carácter sufre modificaciones también profundas. Esa personalidad física en continua variación, ¿puede ser el fundamento de un yo invariable y único? En el organismo y en el cerebro, dice Ribot, está el carácter individual con sus aptitudes, sus simpatías y antipatías, su genio, su talento, sus virtudes y sus vicios, su torpeza ó su actividad. Ya lo dijo en otra parte ⁽¹⁾, el carácter tiene sus raíces en lo inconsciente, y sin duda por eso es que es

(1) Ribot, *Psycholog. des sent.*, Cap. XII.



tan difícil hallar un carácter que reúna las dos condiciones que él le asigna: unidad y estabilidad, ó, en otros términos, unidad en la manera de obrar y en el tiempo, y es por eso también que todo ensayo de clasificación fisiológica ha fracasado, tentándose hoy la psicológica, sin mejor resultado, á lo que parece. Lo inconsciente aquí, como en todo, no nos puede llevar sino á la variedad, á los caracteres amorfos, inestables, apáticos, mixtos, . . . esto es, á la carencia de esto que debe ser un sello esencial, fundamental, invariable, y cuando llega á tenerlo es gracias á la inteligencia que hace lo que no puede hacer el fondo inconsciente, comunicarle el sello de su unidad y estabilidad á lo que por su origen orgánico no puede ser sino variable é inestable.

Por otra parte, lo inconsciente, las innumerables corrientes de que habla Taine, es algo misterioso, inobservable, inabordable, sobre lo cual no se pueden fundar hipótesis serias. ¿Cuál es su contenido, según Ribot? Lo *inconsciente hereditario* que él mismo no acepta por ser muy hipotética su influencia: *lo que proviene de la cenestesia*, ese sentimiento vago y oscuro de las acciones vitales que se producen en nuestro organismo. La cenestesia nos lleva al carácter, que no es más que su aspecto psíquico y del cual ya hemos hablado. Le hemos llamado impropriamente sentimiento, porque en realidad esos procesos vitales no se sienten de ningún modo, aunque tengan su influencia en nuestra manera de obrar y si no se sienten no pueden darnos la noción de la identidad del yo. El materialismo, en su afán de explicar los fenómenos de la psiquis por medio de una fisiología «sin solidez», no podía encontrar otra base para explicarse la identidad del yo que las acciones vitales: la circulación, la respiración, la digestión, la secreción, etc., «porque siempre presente, siempre actuando, sin reposo ni tregua no conoce ni el sueño,



ni el desfallecimiento y dura tanto como la vida, de que no es más que una forma»! (1).

El tercero y último contenido de la inconsciencia, según Ribot, es el *residuo de los estados afectivos ligados á percepciones anteriores* ó en términos más claros la transferencia de sentimientos, que consiste en atribuir un sentimiento á un objeto que en realidad no lo causa, como por ejemplo, para repetir el caso puesto por Spencer, el grito desagradable del cuervo «que nos agrada, sin embargo, porque está unida á una multitud de recuerdos de la infancia, porque despierta una conciencia oscura de antiguos placeres, como la voz de un amigo que aparece de improviso y despierta una oleada de emociones resultante de nuestro compañerismo pasado» (2); pero esta transferencia prueba la identidad del yo no lo constituye.

192—Todo nuestro pasado está registrado en el organismo, dice Ribot. ¿y cómo? Para que se registre es necesario que las modificaciones impresas en las células y en los filamentos nerviosos y que las asociaciones dinámicas que estos elementos forman, queden estables.

Es innecesario decir que se ignora en que consistan esas modificaciones y que ni el microscopio, ni las reacciones histo-químicas, han podido comprobarlas jamás. Admitámoslas, sin embargo. Esta estabilidad no se concibe en presencia de los cambios que se operan en nuestro cuerpo. Parece que para que ella exista, la sustancia orgánica no debiera cambiar, ó por lo menos que esos cambios debieran ser muy lentos, sin embargo, sucede todo lo contrario. No hay parte del cuerpo en que el trabajo nutritivo sea más activo ni más rápido. Esta propiedad de los tejidos vivos de estar en estado de renovación molecular continua, existe en su máximun en el tejido nervioso y en

(1) Ribot, *Les mal. de la mem.*, Ch. II.

(2) Spencer, *Physiologie*, II, 519, cit. por Ribot.



éste en la sustancia gris más que en la blanca, como lo prueba la gran abundancia de los vasos sanguíneos que la bañan: ¿cómo es que las nuevas moléculas, que reemplazan á las antiguas en este trabajo de renovación continua, pueden conservar las modificaciones primitivamente impresas en las células? ¡Misterio profundo en que la imaginación y la ciencia se pierden en vanas conjeturas! Un gran psicólogo y no menos gran matemático, se pregunta conque son reemplazadas las moléculas del cerebro y responde humorísticamente: «Con elementos quitados á un hueso de vaca ó de pollo. Pero esos reclutas son necesariamente torpes, su inexperiencia les impediría desempeñar su oficio desde luego. Hablan una lengua extraña y vienen de un país en que es desconocido el ejercicio á que se los quiere sujetar. Deberán aprender á asociar la idea de pascó y la de una cara provocativa (en el ejemplo que pone) ¿Quién les enseñará? ¿Y qué pasará entre tanto? ¡Nada!» (1).

193—Los razonamientos de Ribot, como los de los demás psicólogos, que consideran la conciencia como un fenómeno en sí ó como una propiedad del fenómeno psíquico, incurrén en una contradicción que les quita todo valor. En efecto, siguiendo el pensamiento de ese autor, la conciencia es una suma de sus estados presentes y pasados, reproducidos por la memoria (2): pero la fijación de esos estados, y, de consiguiente, el recuerdo, no es posible sin que exista ya una conciencia: los estados presentes de conciencia tampoco son posibles sin que ella exista, luego la conciencia es causa y á la vez efecto del mismo fenómeno lo que es absurdo.

En otra contradicción incurre también Ribot. Para él, como ya hemos dicho, la unidad del yó no es tal unidad

(1) Delbeuf, *La materia bruta y la materia viva*. T. 2º, Cap. IV-II.

(2) Ribot, *Mal. de la pers.* Conclusión, II-II-*Mal. de la mem.* Ch. II, II-II.



sino una coordinación. una cohesión de estados de conciencia mas ó menos claros con estados fisiológicos durante un tiempo dado (1); pero en otra parte nos dice que esa unidad existe porque es un consensus de acciones vitales coordinadas. en último resultado, por la conciencia, *cuya forma natural es la unidad.* (2)

¿Y el gran misterio queda siempre en pié! ¿Cómo se asocian los estados de conciencia? ¿por contigüidad, por semejanza? Pero Ribot nos dice que estos modos de asociación no nos explican nada; revelan el mecanismo no el motor(3). ¿Por afinidad? Sabemos lo que es una afinidad química, ¿pero qué cosa es una afinidad psicológica? Tiene razón Delbeuf, cuando dice: «En el estado actual de nuestros conocimientos, es comprometer el hermoso nombre de ciencia positiva, sostener que el alma no es sino una disposición de moléculas en sí ininteligibles. No llego á comprender en manera alguna lo que pudiera ser una primera sensación. La ley de Weber demuestra que toda sensación tiene necesariamente por antecedente otra sensación. Comprendo que se sea determinista: nada es mas sencillo que negar lo que no se explica y resolver un problema suprimiendo uno de los datos» (4).

En conclusión, todo el talento de este gran psicólogo ha sido impotente para explicarse la conciencia como un fenómeno puramente orgánico. El mismo parece reconocerlo cuando, al contestar un pasaje de Stuart Mill que afirma la imposibilidad de encontrar el *vínculo orgánico* de los estados de conciencia, dice: «Observemos de paso que la teoría sostenida aquí, materialista en la forma, puede adaptarse á una metafísica cualquiera. Ensayamos la reducción de la personalidad consciente á sus condiciones

(1) Ribot, *Mal. de la pers.*, Conclusión.

(2) Ribot, *Maladies de la memoire*, Ch. II-III.

(3) Ribot, *La Psychologie des sens.*, Ch. XII, 1a. parte.

(4) *La materia bruta y la materia viva*, Cap. V, 2ª parte, Cons. final



inmediatas, el organismo. En cuanto á las condiciones últimas de estas condiciones nada tenemos que decir aquí de ellas y cada cual es libre de concebirlas á su manera» (1). Este materialismo *solo de forma* parece indicar que Ribot piensa que en el fondo hay algo mas que materia. lo que importaría confesar lo imposible y vano de su tentativa. Por lo demás, sería curioso averiguar el papel que él asigna al espíritu después de haber reconocido que inteligencia, voluntad, conciencia, el yó en una palabra, no son sino manifestaciones orgánicas que encuentran su explicación inmediata en el mismo organismo.

Por nuestra parte, aceptamos todo el mecanismo fisiológico y reconocemos su estrecha relación con los fenómenos psíquicos, de la misma manera que los fenómenos fisiológicos no estan aislados de los fenómenos físico-químicos. Así como un fenómeno fisiológico se diferencia de un fenómeno físico-químico por un elemento irreductible—la vida, así el fenómeno psicológico se diferencia del fisiológico por otro elemento irreductible—la conciencia. La vida y la conciencia ¡he ahí los grandes misterios que desafían todo el poder de la inteligencia humana y ante los cuales la ciencia tendrá que reconocer su completa impotencia!

194—Ferri, para probar la no existencia del libre arbitrio, invoca la conocida ley de persistencia de la fuerza, según la cual existe una misma cantidad de ella que se transforma, asumiendo aspectos diversos, sin que sea posible ninguna creación ni anulación de fuerzas. La hipótesis del libre arbitrio, según él y otros muchos, importaría una verdadera creación ó anulación de fuerza, puesto que para cambiar la resultante de los motivos necesitaría aumentar ó anular algo. Este argumento, á lo mas, puede ser eficaz

1; Ribot, *Malad. de la person.*, Conclusión.



para probar la no existencia del libre arbitrio en su concepto tradicional como el poder soberano de decidirse entre motivos contrarios ó contra todo motivo, no así cuando se lo concibe como perfectamente compatible con las leyes fisio-psíquicas, actuando sobre el carácter, robusteciendo ciertos móviles ó debilitando otros, como antes dijimos. En este caso, la libertad no se presenta al teatro de la lucha de los diferentes motivos é impulsiones para dar la victoria á los unos sobre los otros, como una mera fuerza que se agrega á las ya existentes ó que anula alguna de ellas.

De todos modos, conviene que nos ocupemos de este argumento para probar que él no es bastante, por lo menos en el estado actual de la ciencia, para demostrar la no existencia del libre arbitrio.

Pongamos con toda claridad la cuestión. Dando por admitida en toda su generalidad el teorema de la persistencia de la fuerza ¿puede el hombre por su voluntad libre modificar la dirección de la resultante de un paralelogramo de fuerzas sin crear ó anular algunos de sus componentes? O en otros términos, el poder de dirigir el movimiento en un sentido ó en otro ¿es compatible con la conservación de la energía que debe ser constante?

Remitimos al lector á la obra de Spencer *The first principles* (¹), si quiere darse cuenta de las razones por las cuales se incluyen las fuerzas psíquicas en la ley de las fuerzas físicas, según la cual, estas se transforman las unas en las otras sin producir ni anular ninguna fuerza.

195—Vengamos ahora á la gran discusión que esta cuestión ha suscitado entre los sabios.

Ella preocupó ya á Descartes y á Leibnitz. Aquel sostenía que había que distinguir entre el movimiento y la dirección y que el alma no puede aumentar ni disminuir la

1) Chap. VIII, n. 7L



fuerza motriz, pero que cambia su dirección ó determinación del curso de los espíritus animales y que así sobrevienen los movimientos voluntarios. La hipótesis cartesiana de un *clinamen* fué refutada por Leibnitz, pero sin negar la existencia de la libertad (1).

M. Naville ha sostenido que toda causa modificadora de un movimiento no es necesariamente un movimiento antecedente, el cual rendiría imposible la acción directriz de la voluntad, sino una fuerza que obra sin la ayuda de éste, de manera á no aumentar ni disminuir la cantidad total del movimiento en el universo. He aquí su razonamiento: «En la naturaleza, la explicación de los fenómenos del movimiento supone la doble base del movimiento y de los *obstáculos* que lo modifican; los obstáculos son la resistencia opuesta por los cuerpos en el estado de reposo relativo á los movimientos de los otros cuerpos.... Resulta de ahí, que en física, no solo el movimiento es fuerza, sino, también la *presencia* de los cuerpos. Ahora la presencia de los cuerpos puede ser concebida como una fuerza que cambia la dirección del movimiento sin cambiar la cantidad. Supongamos en efecto, un sistema de cuerpos en movimiento y coloquemos allí, por el pensamiento, un cuerpo considerado como primitivamente inmóvil; la dirección de los movimientos del sistema será cambiado sin alteración de la cantidad. Vá sin decir, que se trata aquí de una concepción puramente teórica, puesto que un cuerpo no puede ser introducido sin que su introducción no sea un movimiento; pero suponiendo la aparición espontánea de un cuerpo en un sistema dado, ó su creación propiamente dicha, este cuerpo cambiaría la dirección de los movimientos y no su cantidad.» De donde concluye la posibilidad de una acción psicológica que sería la de un puro espíritu modificando el movimiento por su sola presencia.

(1) Leibnitz, *La aclaración al sistema de la comunicación de las sustancias*, trad. de Zozaya, ps. 117 y 118.



M. Boussinesq llega á la misma conclusión. Por razonamientos puramente matemáticos demuestra que el cambio de dirección es posible sin necesidad de un movimiento anterior, á condición de que las fuerzas estén en equilibrio.

M. M. Cournot, de Saint Venant y Renouvier sostiene la misma tesis por el método de los límites. Según ellos, la ley de la conservación de la energía determina la cantidad de movimiento molecular que puede resultar de un movimiento de traslación ó inversamente la cantidad de fuerza actual que puede resultar de una cantidad dada de fuerza potencial; pero ella no determina la transformación de una de las dos especies de movimiento en la otra. Ahora bien, la cuestión del determinismo absoluto es la de saber como y por cuales fuerzas se operan las *détentes*, por las cuales las fuerzas de tensión pasan al estado de fuerzas vivas, actuales, sensibles, cumpliendo un trabajo mecánico.

Quedará á comprender como una *détente* que es de orden mecánico, podría efectuarse así, independientemente, de toda fuerza definida mecánicamente, ó, en otros términos, sin introducción de algún movimiento nuevo en el sistema de los movimientos dados. Ella se resuelve de la manera más simple por el «método de los límites». Desde que la menor fuerza basta para romper un estado de equilibrio perfecto ó matemático y poner en libertad, por así decir, una cantidad cualquiera de fuerza viva y cumplir un trabajo tan grande como sea posible imaginar (por ejemplo producir una avalancha y destruir una aldea por un pequeño movimiento del dedo que desprende una bola de nieve), se sigue que la relación de la fuerza que rompe el equilibrio ó la fuerza desplegada por el efecto de la ruptura, puede ser supuesto tan pequeño como se quiera, descender más abajo de una cantidad asignada por pequeña que sea. Se puede pues, afirmar, pasando el lí-



mite, que la *détente* es posible sin que ninguna fuerza sensible, ningún movimiento sensible se introduzca en el sistema mecánico. Luego, en fin, el principio de la conservación de la fuerza mecánica puede ser mantenido sin que se renuncie á considerar la fuerza psíquica como la causa del pasaje de ciertas fuerzas de tensión del organismo á fuerzas actuales».

196—El sabio matemático Mr. Delbeuf, en su obra *La liberté démontrée par la mécanique*, ha tratado de demostrar que la libertad es completamente compatible con la persistencia de la fuerza. Sigamos su razonamiento completamente científico y cuya importancia podrá apreciar el lector.

Toda acción, él dice, sobre las fuerzas naturales se reduce en último análisis á conducir hácia la derecha un móvil que va hácia la izquierda. O el hombre tiene este padre ó él no es libre. ¿Como puede él alcanzar este resultado sin comprometer la ley de la conservación de la energía? Disponiendo del tiempo! Los seres libres tendrían la facultad de retardar ó adelantar la transformación en fuerza viva de las fuerzas de tensión que existen en ellos. Si, por ejemplo, injuriado por alguno, yo tengo el poder de dejar para mañana el movimiento de mi brazo que habría dado una bofetada en el momento que se me injuria. Si los seres libres disponen así del tiempo, toda previsión en lo que les concierne se vuelve imposible; nadie podrá preveer el porvenir. Así, pues, para ser libre basta que el individuo tenga la facultad de suspender su acción, es decir, de no responder inmediatamente á la excitación que lo solicita y de retardar el momento en que él desplegará la fuerza que posee almacenada en el estado de tensión. Este retardo no engendra evidentemente fuerza; deja solamente marchar al universo y disponerse de otro modo».

Por este razonamiento, M. Delbeuf demuestra solamen-



te la posibilidad de la libertad: he aquí como demuestra su realidad. Sienta el principio, consecuencia del mecanicismo universal, que la trayectoria de algunos de los puntos de un sistema sometido á un conjunto de fuerzas iniciales y constantes, no puede componerse de partes de ecuaciones diferentes, esto es, no puede ser discontinua. Si, en una cierta extensión finita, esta trayectoria es realmente y objetivamente una elipse, ó un círculo, ó una parábola ó una recta, se puede estar cierto que la figura entera es una elipse, ó un círculo, ó una parábola, ó una recta. El punto móvil que se considera, describe, durante un tiempo, una línea determinada; las fuerzas que le determinan se hacen, pues, equilibrio de una cierta manera y su trayectoria es resultado de esta acción; ahora ¿dónde estaría la razón suficiente «la causa de un cambio cualquiera que viniera á afectar la trayectoria después de acabado este tiempo? De manera que si el cambio de un arco de círculo real en real línea recta se produce, si hay movimientos discontinuos en verdad y en realidad, esto prueba que una causa diferente de las causas iniciales del universo ha intervenido y esta será la libertad. M. Delbent concluye su razonamiento de esta manera: «Yo tomo mi lápiz, trazo una línea recta y me detengo; un poco más lejos describo un arco de círculo. Este trazado es de toda imposibilidad atribuido á las solas fuerzas iniciales que han dirigido sus primeros lineamientos. Solo la libertad lo explica» (1).

197—No pretendemos discutir ni pronunciarnos sobre estas diversas opiniones. Hemos querido simplemente citarlas para demostrar que la ciencia está muy lejos de poder afirmar que la libertad es contraria á la ley de persistencia de la fuerza. Sabios eminentes discuten esta cuestión con calor, y es por eso que el mismo Spencer á

(1) Fouillé, *La liberté et le déterminisme*, lib. I, Ch. V.



quien Ferri cita como apoyando su tesis, dice, después de demostrar que las fuerzas psíquicas están comprendidas en aquella ley: Tal es el principio, *que no tardará en ser una reconocida verdad científica*, pudiendo solo explicarse su no admisión, por la de alguna teoría preconcebida» (1).

Si hemos de dar nuestra opinión en cuestión tan ardua y debatida, nos parece que la cuestión no está bien planteada. Dificilmente los argumentos mencionados pueden llevar al espíritu la convicción de que un cambio de la resultante de los motivos puede producirse sin agregar ó anular una de las fuerzas. No discutiremos la aplicación de la ley de la persistencia de la fuerza á los fenómenos psíquicos, y dándola por aceptada, pensamos que esta ley se cumple matemáticamente apesar de la libertad. Expliquémosnos.

Una fuerza, en el sentido mecánico, es una causa cualquiera de movimiento ó de modificación de movimiento. Es indudable que los motivos, los móviles, las impulsiones que actúan en la conciencia son fuerzas que obran sobre la voluntad, la cual se moverá en sentido de la resultante de esas fuerzas, es decir, en el sentido de la diagonal del paralelogramo construido sobre las líneas rectas que representan los componentes. Si la libertad no existe la voluntad tomará fatalmente esa dirección. Pero suponemos lo contrario, esto es, que esa libertad existe. La libertad presupone deliberación y decisión, es decir, que el yó libre elige entre los diferentes motivos y móviles. Pero esta elección es una operación intelectual, á veces muy laboriosa, que, como todas las de su clase, es una fuerza, fuerza que no se puede perder sin violar la ley mecánica citada. No hay volición sin decisión (2), pero des-

1) Spencer, *The first principles*, Chap. VIII. n. 71.

2) Maudeley y Lewes definen la voluntad: «La excitación causada por ideas» ó «La reacción motora de los sentimientos y de las ideas».



de el momento que esta se produce obra al igual de las demás fuerzas para dar nacimiento á la volición definitiva. En otros términos (no se olvide que razonamos bajo la hipótesis de la libertad), el *yó* puede decidirse por los motivos más débiles y aún contra todo motivo: esta decisión es un fin y un fin es una idea y un sentimiento, es decir, un motivo y un móvil y por tanto una fuerza. Esta fuerza se agrega á los motivos más débiles ó contraresta por sí sola los demás motivos y de consiguiente modifica la resultante. Esto no importa atribuir al hombre una creación de fuerza motriz, porqué aquella idea, aquel sentimiento, está en las mismas condiciones de cualquiera otra idea ó sentimiento, que no son sino transformaciones de las formas primitivas: calor, luz, afinidad química, etc., transformándose á su vez en estos.

Se objetará, talvez, que no es concebible como una decisión basada en un móvil insignificante, con relación á los poderosos que pueden solicitar la voluntad en otro sentido, sea bastante para arrastrar esta. Pero se olvida que la experiencia nos enseña que una debilísima causa aparente puede producir grandes efectos. Un dedo que se apoye debilmente en una pequeña bola de nieve puede producir una avalancha y destruir un pueblo entero: una mirada, una sonrisa, una frase insignificante pueden producir la muerte de un hombre. ¿Porqué extrañarse entonces que una decisión inmotivada ó producida por un motivo fútil pero que, como acabamos de decir, es una fuerza, pueda vencer los motivos contrarios?

Esperamos que el lector nos disculpará de la excesiva extensión que hemos dado á nuestra refutación á la tercera objeción de Ferri; pero el respecto que nos merece autor tan distinguido y la importancia misma de esta cuestión, bajo el punto de vista penal, nos ha obligado á ello.

Por lo que hemos dicho, se vé que no tiene razón en sus objeciones á la doctrina de la normalidad considerada bajo el punto de vista fisiológico, que es nuestra tesis.

No necesitamos, casi, observar que la normalidad no se adquiere originaria y espontáneamente, sino que es de formación progresiva y que solo á partir de cierta edad se puede decir que ella existe plenamente. Esta edad es esencialmente variable con los países y las legislaciones, pero se puede afirmar que á los 14 años se ha adquirido la madurez intelectual y moral, como dice el proyecto suizo, es decir, la normalidad, base de la responsabilidad.

Sigamos ahora con el estudio del proyecto.





CAUSAS PSÍQUICAS DE IRRESPONSABILIDAD

198—El proyecto insiste en el error, que en otra ocasión criticamos severamente ⁽¹⁾, al declarar en su artículo 70, que la intensión criminal se presume en la ejecución de un delito ⁽²⁾.

No sabemos explicarnos satisfactoriamente porqué, en los diversos proyectos de códigos elaborados entre nosotros, se insiste en una disposición que es inútil y repugnante á los principios sobre que descansa la ciencia penal y, además, peligrosa por los abusos á que se presta.

Tal disposición no figura en ningún código moderno y solo la encontramos, aparte de algún otro país americano, en los códigos de España ⁽³⁾ y de Baviera, de donde la tomaron el Dr. Tejedor y nuestros codificadores.

No nos convencen los razonamientos del comentario oficial del código bávaro y de Pacheco, el más autorizado comentador del español. De ellos parece más bien dedu-

(1) *Discurso ante el senado de la nación*. Diario de Sesiones, 1908.

(2) Debió decir acción ó hecho punible como dicen más correctamente el código español, el actualmente vigente en nuestro país y los proyectos de Tejedor y de Rivarola, Piñero y Matienzo. El delito presupone la existencia de dos elementos: el moral ó intencional y el material, y no se puede presumir la existencia de lo que se dá ya por existente. Cuestión de palabras, se dirá; pero la primera condición de toda ley, y de la penal principalmente, es la precisión del lenguaje. Tal palabra, tal ley ha dicho Bentham.

(3) Figura en los códigos de 1822, 1850 y 1870.

cirse esto, que no es lo que el artículo dispone: que siendo la regla general que todo hombre esté dotado de inteligencia y libertad, debe presumirse que en toda acción criminal el que la llevó á cabo gozaba de ellas, y que si estuvo loco ó borracho, ó tuvo de cualquier otro modo alterado su espíritu, deben probarse estas circunstancias por su carácter excepcional. Pero nadie discute esto, salvo el erigir en presunción, en ficción, lo que es propio de la naturaleza humana, cual es la capacidad del dolo. Los distinguidos criminalistas hacen una confusión inexplicable de cosas muy distintas. El dolo, en efecto, se lo puede considerar bajo dos aspectos: el uno general, como perteneciendo en potencia á todos los seres humanos, por cuanto es un hecho psicológico de la personalidad humana, y por eso hay quien piensa que la teoría de la *imputabilidad* debiera llamarse de la *inimputabilidad* porque de lo que se trata es de la exclusión *a priori* de toda posibilidad de dolo en el hombre (1); el otro especial ó individual, cuyo reconocimiento no puede someterse á reglas jurídicas establecidas en la ley, sino que debe constatarse en cada caso. La ley presume el dolo bajo este último aspecto, y los criminalistas citados razonan como si se tratara del dolo general, lo que es salirse de la cuestión y demostrar la falta de fundamento serio del artículo en cuestión.

199—Una presunción es una ficción jurídica que la ley establece teniendo en vista el orden público, el interés social, pero esta ficción no es arbitrariamente establecida, sino que se basa en un criterio universal que abraza todos los casos particulares, aunque puedan haber excepciones que es necesario no tener en cuenta en bien mismo de aquel interés. La ley presume que todo menor de 14 años no es responsable ¿porqué? porqué hasta esa edad, y según lo que sucede generalmente, el niño no posee el

(1) Pessina, *Dir. pen.*, T. I, p. 168.





discernimiento suficiente, aunque algunos niños extraordinariamente precoces, sean una excepción a esta regla general, y porque la práctica de todos los países demuestra los inconvenientes y los peligros de la investigación del discernimiento y el orden público exige evitarla.

Pero ¿cómo someter á un criterio universal la inmensa variedad de los hechos individuales que tienen su origen en las profundidades de la conciencia y que solo se nos revelan por los actos mismos, que es necesario estudiar para descubrir el propósito que les ha dado origen? Dada la infinita variedad de fines y la accidentalidad de los actos humanos ¿en que se basaría la ley para establecer la presunción de que todo el que mata, por ejemplo, lo hace con intención criminal? Se mata por cólera, se mata por venganza, se mata por defenderse, se mata por necesidad, se mata por accidente, se mata por imprevisión en las consecuencias de la propia acción... y en semejante multiplicidad de fines y modalidades de la acción, es de toda imposibilidad establecer una regla general que sirva de base á una presunción jurídica. En derecho penal, no se puede aislar la voluntad, desprendiéndola violentamente de todo lo que hace un conjunto indivisible con ella, el fin en primer lugar, para hacer una voluntad aparte y como al legislador lo convenga: por el contrario, debe estudiarla en su medio psicológico y en su totalidad, para conocer su relación con la acción del agente.

Lo hemos ya dicho (1): en derecho civil pueden establecerse presunciones: el interés público exige el sacrificio, en ciertos casos, de los derechos individuales por legítimos que sean: es el pago de la protección social: pero aun aquí la presunción no es nunca arbitraria (2). Pero en

(1) *Discurso cit.*

(2) Por esta causa nuestro código civil rechaza la presunción de que, si en un desastre común, mueren muchas personas, mueren primero las mujeres que los varones, los viejos que los jóvenes.



derecho penal no se las puede admitir cuando ellas han de tener por consecuencia la pérdida de la vida, de la libertad, del honor, es decir del derecho mismo á la vida social que las leyes tienen por fin asegurar á todos. Es por eso que él admite solo las que pueden favorecer la inocencia como la que hemos mencionado más arriba y otras, pero jamás las que puedan poner en peligro esos bienes soberanos. Al amparo de una ficción no se puede mandar á un hombre al patíbulo ó al presidio. Esto no se discute.

Existe una presunción que ha llegado á ser un axioma en la ciencia y que nuestras constituciones han incorporado entre sus declaraciones generales como una garantía indispensable al individuo: la de que todo hombre se reputa inocente mientras no haya sido condenado por sentencia, y esta, que es la justa, que es la racional, que es la humana, es precisamente la contraria de la que establece el proyecto.

¿Pero es que esa presunción es necesaria para asegurar el castigo de los delincuentes? Desde el primer momento y sin necesidad de estudiar la cuestión á fondo, se puede contestar que nó, puesto que en todas partes se castigan los delincuentes sin necesidad de ella, que en sus códigos no existe. Y todos los tratadistas, sin más excepción que Pacheco y Vidal en España, sostienen que el dolo debe ser probado como que es uno de los elementos del delito y este no se puede imputar á un hombre, no se le puede cargar en su cuenta, sin que estén probados sus elementos esenciales.

Esta es una cuestión de hecho que el juez debe resolver, deduciendo su convicción personal del examen atento de las pruebas producidas, de los antecedentes del acto, de los motivos racionales que puedan haber impulsado al agente, de las relaciones entre la víctima y el victimario, etcétera; en una palabra, del exámen del hecho en todos



sus elementos y sus relaciones con los que le han precedido, acompañado y seguido. En esta tarea, el juez se encuentra auxiliado por la consideración de que, en muchos delitos, el dolo es una consecuencia necesaria de la acción y en esto se fundan los aforismos latinos: *res ipsa in se dolum habet* y *dolo fecisse videre* ⁽¹⁾.

200—Los autores del código español de 1822 fueron inducidos en error por muchos escritores de la Edad Media como Cujas, Alciato, Farinacio, etc., que sostuvieron, equivocadamente, como doctrina del Derecho Romano, que en los actos ilícitos debe presumirse el dolo: *quod quis presumitur in dolo, nisi contrarium probet*. La doctrina era justamente la contraria, como lo han reconocido los modernos intérpretes de ese derecho, pues este ha sostenido constantemente la necesidad de que el dolo sea probado: *Dolum ex perspicuis judiciis probari convenit* ⁽²⁾.

En el derecho germánico, se exigía la constatación del dolo: el «*fredum*», como pena pública, no se aplicaba sino cuando estaba probado el dolo. En el derecho canónico sucedía lo mismo: él decía: *non datur peccatum nisi voluntarium*, y se exigía siempre la constatación del mal propósito.

Y como hemos dicho, esta es la doctrina seguida universalmente por los códigos y tratadistas modernos, sin más excepción que los expresados. En algunos países como Italia é Inglaterra la ley misma exige la prueba del dolo: y así el código italiano en su art. 45 dice: Nadie puede ser castigado por un delito *si no hubiera querido el hecho que lo constituye*. . . En las contravenciones cada uno

(1) Véase Rossi, *Trat. de Dcho. Pen.*, Lib. 2º, Cap. XXIV, donde este autor dá las reglas á que debe sujetarse el juez para llegar á descubrir la culpabilidad.

(2) Ley 6, C. *De dolo malo*.—Ley 18, § 1, *Dig.*—Ley 16, *Dig.*—Ley 4, 10 C. *de resc. vend.*—L. 9, C. *quod met. caus.*—L. 25, C. *de probat.*—L. 1, § 5, C. *ad leg. Corn. de sic.*—L. 11, C. *de acus.*—L. 5, C. *de injur.*—L. 1, C. *de e.c. rei judicator.*—L. 2. *pr. Dig. de dolo malo e.c.*



responde de la propia acción ú omisión aunque no se demuestre que haya querido cometer un hecho contrario á la ley. En el derecho inglés, el «murder», homicidio voluntario, se define, según Blackstone: «el crimen de una persona sana de memoria y juicio que mata ilegalmente otra con *malice aforethought* sea formal, sea implícita». La malicia es la intención criminosa, *the guilty state of mind*: ella constituye el delito y por eso debe ser probada (1).

201—Es tanto más singular que la comisión haya con-signado esta disposición que nada justifica, cuando dos de sus redactores, los Dres. Piñero y Rivarola, en la exposición de motivos del proyecto de 1891, manifiestan darse cuenta de los inconvenientes que ella podría ofrecer en la práctica y el Dr. Moyano Gacitúa piensa que esa disposición no puede aceptarse sinó para justificar la detención en las primeras diligencias del sumario.

Hé aquí lo que dice la exposición de motivos referida:

«Puede suceder aún que la falta de intención criminal no resulte ni pueda resultar.—por razón del modo como el hecho ocurrió, de las circunstancias particulares del proceso; y que, no obstante, sean verosímiles las causas excluyentes de responsabilidad alegadas en ciertos casos. Así, una persona, atacada de noche ó en sitio apartado, fuera de la presencia de testigos, hiere ó mata al agresor.

(1) Citaremos solo dos autores de los más notables de cada país. En Bélgica: Haus, *Droit pen.*, T. I, núm. 816 y s. y Prins, *Science pen. et droit posit.*, núm. 250 y 252. En Francia: Garraud, *Droit pen.*, T. I, núm. 293 y G. Vidal, *Droit crim.*, etc., núm. 116. En Alemania: Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 77 y Merkel, *Derecho pen.*, T. I, Cap. VI § 26. En Italia: Pessina, *Diritto pen.*, T. I, núm. 77, 78 y 79 y Tuozzi, *Diritto pen.*, I, Tit. III, Cap. I, § VI; además, Zanardelli, *Relazione finale*. En Inglaterra: Blackstone, *Commentaries on the English law*, V. 14 y Russel, *Treatise on crimes and misdemeanours*. En la República Argentina el único autor que sostiene la verdadera doctrina es Obarrio, *Curso de derecho penal*, Lección IV, ps. 59 y s., y también Moyano Gacitúa, si bien la haya aceptable para el procedimiento, como si el código penal fuera ley procesal y como si pudiera tener semejante alcance una presunción que se refiere á la existencia misma del delito. Moyano Gacitúa, *Curso de ciencia crim.*, Cap. V, p. 74.



en su propia defensa. Desde que nadie conoce el suceso, nadie puede deponer en su favor; sin embargo, se trata de una persona de buenos antecedentes, que nunca ha sido llevado ante la justicia por actos delictuosos y que tiene reputación de honesta; además, no hay prueba alguna que contradiga sus aseveraciones de que ha obrado para defenderse y dentro de los límites de la defensa».

Ante la posibilidad de sacrificar al inocente, en vez de borrar lisa y llanamente el desgraciado artículo, que era lo que correspondía, introducen una enmienda peor que el soneto: dividen los habitantes de la nación en dos clases: los de buenos y los de malos antecedentes—á los primeros, la libertad y el honor, á los segundos, el patíbulo ó el presidio. Sin querer nos vienen á la memoria las famosas *clasificaciones* del tirano Rozas!

202—No estamos conformes con la redacción del inciso a) del art. 41.

La expresión empleada «enagenación mental» no tiene la generalidad que los autores del proyecto le atribuyen y por tanto no comprende muchos casos en que es evidente la irresponsabilidad penal y si la tuviese comprendería casos como el de la *locura moral* en que la responsabilidad es evidente. La Comisión en su informe dice: «El término adoptado «estado de enagenación mental» llena en nuestro sentir, aquel objeto (el de comprender todas las causas de irresponsabilidad de origen psíquico) porque dentro de él caben todas las alteraciones de la mente y de la voluntad, ya provengan de un estado permanente ó de un estado meramente transitorio, ya sean el resultado de una enfermedad como la locura, en cualquiera de sus formas, de una anormalidad como el idiotismo, ó de una perturbación momentánea como la embriaguez que no sea habitual ó el justo dolor». El deseo muy laudable, por cierto, de la Comisión, de evitar enumeraciones que no siempre resultan completas y de comprender en un solo



término general todos los casos posibles de irresponsabilidad de origen psíquico, la hace incurrir en un verdadero error que puede ofrecer muy serios inconvenientes en la práctica.

Casi idéntica era la fórmula consignada en el inciso del art. 59 del proyecto de 1891: sin embargo, sus autores no le daban la generalidad que se asigna al que estudiamos, limitando su alcance, como lo dice la exposición de motivos, á las enfermedades mentales y previendo por separado la embriaguez y el hipnotismo. Esto sólo, prueba lo poco preciso de semejante disposición.

La expresión «enagenación mental», si bien no comprende ni en el concepto científico ni en el vulgar todos los casos á que se refiere la Comisión, tiene sin embargo, una generalidad para muchos autores de medicina legal, en cuanto se refiere á las enfermedades mentales, que resulta peligroso consignarla en la ley ⁽¹⁾. En efecto, los progresos de la psico-patología han ensanchado enormemente el campo de lo que con razón ó sin ella se llama enagenación mental ó locura. A la locura intelectual, única conocida antiguamente, Esquirol agregó la monomanía intelectual, Georget y Marc ⁽²⁾ estudiaron, los primeros, la locura volitiva y Falret, Prichard y Trelat describieron la locura moral, ó lúcida. Todas las facultades del espíritu humano dieron su contingente á la locura, pero aun no era bastante y Lombroso hizo del criminal nato un loco moral y más tarde enlazó con este el delincuente por pa-

(1) La palabra *mente* comprende, según muchos psiquiatras, no solo la inteligencia, sino todas las facultades psíquicas, inclusive el sentido moral. Véase Esquirol, *Maladies mentales*, t. I, p. 5.—Maudsley, *Le crime et la folie*, cap. III.—Zinio, *Fisiopatología del delito*, p. 206, etc.

(2) Georget verificó el examen médico legal en los procesos célebres de Leger que mató una persona, sin poder explicar el motivo, y de Papavoine que mató también, sin motivo, dos chicos que paseaban con su madre en un jardín público. Marc fué el perito en el proceso de Enriqueta Cornier, que mató una niña que quería mucho y declaró llorando que había sido arrastrada por impulso irresistible.



sión y el delincuente de ocasión, dándoles á todos por fondo común la epilepsia. Los límites entre la razón y la locura se vuelven cada vez más fluctuantes, hasta confundir completamente el criminal y el enfermo. Con razón exclama Morselli: «Ahora entre estado salvaje, atavismo, locura moral, atipia, morbosidad, neurosis, epilepsia, genio, degeneración, no se concibe que otras relaciones de afinidad ó de identidad se imaginen. Es claro que la facilidad de encontrar entre estados psicológicos distintos alguna analogía más ó menos profunda, conduce inconscientemente á encontrar igualdad de naturaleza. *Pero se trata de analogía no de omología; y es siempre el mismo error de aquellos naturalistas antiguos, que ponían las focas y las ballenas entre los peces porque tienen las extremidades conformadas para la natación*» (1).

Luego veremos, y en este punto esperamos no tener contradictores, que el loco moral no puede ser eximido de pena y entonces habrá que convenir que la expresión «enagenación mental» no está bien empleada.

203—¿Pero es que existe un criterio uniforme en la ciencia para distinguir al loco de esa inmensa zona intermedia de degenerados y neurópatas? ¿Está la ciencia psíquica en condiciones de definir la locura y decirnos quiénes entran en sus dominios y quiénes no? ¿Existe un criterio clínico bien seguro que nos permita referirnos á él para saber quienes son locos y quienes no lo son? La respuesta tiene que ser negativa y precisamente por esto, porque falta un criterio uniforme para la interpretación de la locura, es que la ciencia no nos puede decir á donde termina la salud mental y comienza aquella. Mientras unos alienistas ensanchan los dominios de la enagenación mental hasta comprender en ella todas las alteraciones morbosas de la inteligencia, de la voluntad y de los afec-

•1 Cit. por Alimena, *Op. cit.*



los, otros la restringen á las formas clínicas, conocidas, á base de alucinaciones, ilusiones, delirio con excitación ó depresión, desórden y debilidad mental, y este último es el criterio aceptado por todas las legislaciones de los pueblos civilizados. En estas formas clínicas no entran numerosos casos de anomalia ó enfermedades psíquicas que deben ser causa de irresponsabilidad porque el que las padece es incapaz de dirigir sus actos en conformidad con la ley penal.

La dificultad en la interpretación clínica de la locura, la demuestran los numerosos errores judiciales que han tenido lugar en los diversos países, condenándose á verdaderos irresponsables. Según Magnan y Serienx, en el quinquenio de 1885 á 1890, en 76 condenados que sufrieron su pena en la prisión de Santa Ana y que murieron á consecuencia de su afección, la autopsia demostró que se había condenado á irresponsables. Una memoria del Consejo Superior de la Asistencia Pública de Francia dirigida al quinto Congreso de Medicina mental realizado en 1891 en Clermont-Ferrand, avalúa en 700 el número de alienados injustamente condenados en el mismo quinquenio de 1885 á 1890, cuya alenación en el momento del hecho se constató posteriormente. De 271 de estos, dá la clase de locura de que estaban afectados: 58 de parálisis general, 20 de demencia, 10 de delirio de persecuciones, 16 de manía, 12 de lipemania, 21 de epilepsia é histeria, etc. El Dr. Garnier en su relación al Congreso de antropología criminal de Bruselas, en 1892, hace análoga denuncia, citando casos concretos.

Y si tan vago es el concepto de la enagenación mental ¿cómo es posible consignar en la ley una fórmula que no vá á traer sino obscuridad, dudas y el más completo arbitrio en la práctica judicial, como ha sucedido en Francia por análoga fórmula de su Código?

Por otra parte, cualquiera que sea la extensión que se



quiera dar á la enagenación mental, es fuera de duda que el pueblo (1) le dá su significación tradicional y restringida de desórden de la facultad intelectual (*mens*) llegada á su completo desarrollo, y así jamás llama loco al imbecil ó idiota, al pervertido moralmente ó al que es arrastrado irresistiblemente á la comisión de un acto, pero que tiene su inteligencia lúcida. Y esta acepción vulgar no vá tan descaminada, pues la medicina legal, cuando quiere referirse á la demencia ó manía, es decir á la locura intelectual, la llama *locura propiamente dicha*.

Desde el momento que se dé á la palabra enagenación mental ó locura la acepción restringida que acabamos de decir, debemos prever separadamente la imbecilidad, las enfermedades de la voluntad, y las neuropatías como la epilepsia y la histeria. Lo que vamos á decir de ellas justificará más, si cabe, la conveniencia de no confundirlas con aquella.

204—La *imbecilidad* que consiste en la ausencia de desenvolvimiento de las facultades mentales, se subdivide en *idiotez* ó *imbecilidad stricto sensu*. La idiotez es la falta congenital de ese desenvolvimiento. La imbecilidad *stricto sensu* es una detención en él.

De esta definición se desprende que una profunda diferencia separa la imbecilidad de la locura, puesto que ésta es una perturbación de las facultades mentales llegadas á su completo desarrollo.

Pero hay más. Lo que caracteriza al hombre normal, esto es, al sano de mente, es la identidad de su yó, pero el

(1) Un Código Penal no se hace solo para gente ilustrada sino para el pueblo en general y así debe estar concebido en un lenguaje al alcance de todo el mundo. A sus conceptos se le debe dar la acepción que les dá el pueblo, si es que se ha de hacer una obra inteligible para él y así la palabra enagenación mental debe tener en el Código el sentido común, vulgar, típico de perturbación de la inteligencia. Podemos preguntar con Garófalo si la ciencia tiene derecho para anular la significación de ciertas palabras que la humanidad ha juzgado necesarias en todo tiempo—Garófalo, *Criminología*,—página 129.



enagenado (pongamos atención en el significado etimológico de la palabra) es el que ha perdido esta identidad, el que se ha vuelto otro, distinto del que antes era. Este cambio de personalidad, debido á una alteración fisiológica, no existe en el imbécil que siempre ha sido el mismo. Como dice Esquirol «el hombre en estado de demencia está privado de los bienes de que que otras veces disfrutó: es un rico que se ha vuelto pobre: el idiota ha vivido siempre en el infortunio, en la miseria».

El que padece de enagenación mental puede hablar y obrar como un hombre normal y lo que lo caracteriza no es, como dice Krafft-Elbing, la cualidad de sus procesos psíquicos sino el modo como estos tienen origen. En estos procesos, el elemento morboso consiste en que ellos tienen lugar espontáneamente, como consecuencia de excitaciones morbosas internas; mientras que en condiciones fisiológicas, son suscitados é influenciados por estímulos externos, por lo cual queda establecido un acuerdo constante entre los procesos de la conciencia y los del mundo externo ⁽¹⁾.

Nada de esto se encuentra en la imbecilidad y para convencerse de ello basta recordar la definición de Esquirol: «Un estado en el cual los individuos por la debilidad de los órganos destinados á la manifestación del pensamiento, se encuentran encerrados en estrecho círculo que no les permite elevarse á los conocimientos y á la razón comunes á los de la misma edad, de su misma clase y de su misma educación»; y Legrand de Saulle agrega: «La inteligencia está poco desarrollada. Incapaces de atención, inútiles para sí mismo, desprovistos de juicio y de espontaneidad no pueden ejecutar un trabajo sostenido y útil ⁽²⁾».

(1) Krafft-Ebing, *Trattato delle malattie mentali*, vol. I, sez. I, Cap. IV.—Leidewsdorff, Id.—Legrand de Saulle, *Trat. de Med. Legal*, T. I, pgs. 585 y 586.

(2) Legrand de Saulle, *Trat. de Med. Legal*, T. 28. Cap. IV, p. 150.



Hasta en su aspecto exterior el imbécil se distingue fácilmente del loco. Aparte de otros caracteres somáticos que se refieren á su cabeza, su cara, sus mandíbulas, su boca, y refiriéndonos solo á su aspecto general, los imbéciles son raquíticos, escrofulosos, deformes, de talla baja, marcha titubeante é insegura: algunos balancean incesantemente su cabeza y su cuerpo de una manera uniforme y monótona. El estrabismo, la ceguera y la sordo-mudez son frecuentes en ellos (¹).

No va sin oposición entre los médicos alienistas, la pretensión de hacer de la imbecilidad un caso de la enajenación mental ó locura. Legrand de Saulle califica aquella de estado especial juntamente con la sordo-mudez, alcoholismo, etc.: Krafft-Elbing no admite que en general la imbecilidad tenga una causa patológica como la locura, siendo más bien el resultado de la degeneración biológica, y por último Maudesley dice: «Deben distinguirse los casos de ausencia ó debilidad de espíritu, de los casos de desarreglo de espíritu, correspondiendo á los primeros las acepciones de idiotismo ó imbecilidad, á los segundos, la locura propiamente dicha». (Él comprende en la palabra *locura* todas las clases de alteración mental sin más excepción que la imbecilidad).

205 -En todo tiempo se ha distinguido en la legislación el idiota ó imbécil del loco. El derecho romano distinguía el *furiosus*, el *demens* y el *mente captus*, entendiéndose por *mente captus* el idiota y el cretino que no podían contratar y que no eran responsables, y por *furiosus* y *demens* los que hoy llamamos *mania*, *lipemania* y *demenia* propiamente dicha (²).

Apesar de que el Código francés reaccionó contra esta distinción, empleando como fórmula general la palabra

(¹) Id., *Op. cit.*, T. 2°, p. 152.

(²) No debe confundirse la demencia con la locura, pues aquella es un caso especial de esta.



demencia, los Códigos modernos siguieron distinguiendo al imbécil y el loco. Citaremos algunos de los Códigos y Proyectos más recientes.

El art. 37 del Cód. Penal de Holanda, dice: «El que comete un hecho que no puede serle imputado á causa del *desenvolvimiento incompleto* ó de turbación morbosa de su inteligencia, no es punible».

El art. 46 del Cód. italiano habla de enfermedad mental, la que comprende el idiotismo, reputado generalmente como una enfermedad; sin embargo, Krafft-Ebing, como se ha visto, no lo reputa tal y otros con él. El art. 35 del proyecto de Código Pen. ruso, está así concebido: «No es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por *insuficiencia de sus facultades mentales*, sea por alteración morbosa de la actividad de su alma, sea en un estado de inconciencia, no podría en el momento de la acción, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía ó dirigir sus acciones» (1). Semejante á este es el art. 8 del Avant projet del Cód. Pen. Federal Suizo, pues prevé los mismos tres casos: locura, idiotez é inconciencia: «No es punible el que, en el momento de la infracción, se encontraba en estado de enajenación mental, de idiotez ó de inconciencia». Debe tenerse presente que los alienistas los más competentes de la Confederación Helvética prestaron á ese artículo su aprobación.

206—Las enfermedades de la voluntad, como la *abulia* y otras, tampoco pueden calificarse de enajenación mental, si hemos de dar á este concepto la acepción limitada de que hemos hablado. Por otra parte, tal calificación importaría chocar demasiado con la acepción corriente y

(1) El profesor Garçon elogia este artículo y al compararlo con el análogo del Código francés, critica la forma excesivamente simplista de este que ha conducido á ideas confusas ó inexactas cuya influencia se hace sentir, á menudo, en las discusiones judiciares de las Cortes de Asises de ese país. V. *Revue Penitentiaire*, 1896, p. 699.



vulgar de aquella palabra, perjudicando la claridad de la ley y exponiéndonos á erróneas interpretaciones.

Guislain, Griesinger, Leubuscher, Esquirol, Bennet, Ribot, etc., han estudiado detenidamente esta singular enfermedad y todos están conformes en que ella es perfectamente compatible con una inteligencia sana y aún elevada. La inteligencia razona y comprende perfectamente la oportunidad y hasta la necesidad de llevar á cabo un acto cualquiera ó abstenerse de él. Quiere hacerlo, pero la voluntad es impotente para conseguirlo. Ribot cita numerosos casos de personas inteligentes, en el más completo uso de su razón, que les era imposible ejecutar lo que querían. Una de ellas, un magistrado distinguido, decía: «Yo tengo mi razón entera, sé lo que debo hacer, pero las fuerzas me abandonan cuando debería obrar». Otra, un psicólogo notable, Th. de Quincey, refiere él mismo, por experiencia personal, los efectos de esa enfermedad: su inteligencia estaba perfectamente lúcida, pero se sentía impotente para realizar cualquier acto, para escribir una simple carta, por más que se esforzase en hacerlo (1).

Son raros los delitos en los casos que acabamos de examinar, de debilidad de la voluntad por falta de impulso: no así cuando se produce el caso contrario, es decir, cuando la enfermedad volitiva tiene por causa un exceso de impulso. En estos casos, bastante numerosos, los actos son puramente reflejos, sin que la voluntad intervenga allí para nada. Se dá de este fenómeno la siguiente explicación: La fisiología demuestra que cuando es excitada una parte del cuerpo, la excitación se divide al llegar á la médula y sigue dos caminos: la vía transversal que la lleva á los centros reflejos y la longitudinal que la lleva al cerebro. Según lo ha comprobado Rosenthal, la transmisión

(1) Ribot. *Les maladies de la volonté*, Chap. I.—V. también Guislain, *Leçons sur les phrenopathies*, T. I.



de la excitación al través de la vía transversal exige un tiempo muy largo, en tanto que la longitudinal exige mucho menos tiempo. De esta manera la acción suspensiva del cerebro tiene tiempo de moderar los reflejos. En los casos patológicos á que nos venimos refiriendo, esta acción moderadora no se produce por inacción del cerebro y el acto resulta, como hemos dicho, puramente reflejo, sin que la volición se produzca. Entre los epilépticos é histéricos son frecuentes las impulsiones de este género; les es imposible refrenar sus caprichos ó deseos que se realizan de una manera irresistible.

En otros casos, aun más interesantes bajo el punto de vista penal, el enfermo tiene conciencia de su situación, su inteligencia está perfectamente lúcida, pero se siente arrastrado, á pesar suyo, á cometer actos que reprueba; lucha con todas sus fuerzas para vencer la obsesión que lo persigue, pero, si no encuentra auxilio extraño, la voluntad sucumbe y el acto reprovado se realiza.

Entre los muchos casos que se podrían citar, nos bastará con uno que refiere Colmeil en su *Tratado de las enfermedades inflamatorias del cerebro* citado por Ribot. Un joven, huérfano de padre, fué educado por su madre que lo adoraba. Un día reveló á esta que sentía un impulso irresistible de matarla y que le permitiera sentar plaza para evitar semejante desgracia. Así lo hizo, pero no se libró de su obsesión y luchaba desesperadamente para vencer el deseo de desertar y matar á su madre. Un día sintió modificarse su instinto homicida, y en vez de su madre, era á su cuñada á la que quería matar. La nueva obsesión lo persiguió sin descanso hasta que un amigo llegado al Regimiento, le anunció que su cuñada había muerto. Lleno de placer con esta noticia, parte inmediatamente para su tierra que había abandonado hacía tantos años. Lo primero que vio fué á su cuñada viva. La obsesión lo dominó de nuevo y tuvo necesidad de hacerse



atar por su hermano, y por medio del Dr. Colmeil, logró entrar á un manicomio, de donde pidió que no le sacaran nunca ⁽¹⁾.

207—No negamos que hay muchos autores de medicina legal que, bajo el nombre de monomanía impulsiva, comprenden esta enfermedad de la voluntad en las enagaciones mentales: pero tal opinión no es aceptada pacíficamente, como vamos á ver.

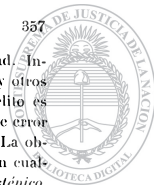
Entre los degenerados, es frecuente el caso de impulsiones irresistibles. Magnan, Legrain, Pitres y Regis han estudiado las impulsiones mórbidas de muchos degenerados y, según ellos, los actos se producen sin intervención de la voluntad ó apesar de ella en sujetos perfectamente conscientes y con su inteligencia lucida; su conclusión es esta: «La impulsión mórbida es, en el dominio de la acción voluntaria, la tendencia imperiosa y frecuentemente irresistible hacia la actividad puramente refleja».

Un distinguido autor argentino, buen juez en esta materia, dice: «El origen impulsivo de un delito no es exclusivo de la locura; por el contrario, encuéntrase tan frecuentemente en los delincuentes cuerdos como en los alienados. La impulsividad es común á muchos degenerados inferiores, cuya actividad se desarrolla de manera casi animal, puramente refleja». ⁽²⁾

Diferente de la impulsión es la obsesión que lleva, sin embargo, á los mismos impulsos irresistibles. La obsesión, según Pitres y Regis, es un síndrome mórbido caracterizado por la aparición involuntaria y ansiosa, en la conciencia, de sentimientos ó de ideas parasitarias que tienden á imponerse al yó, evolucionando á su lado, no obstante todos los esfuerzos por rechazarlos, creando así una variedad de disociación psíquica cuyo último término

1) Ribot, *Les maladies de la volonté*, Chap. II.

(2) Ingenieros, *La simulación de la locura*, Cap. VIII, p. 200.



es el desdoblamiento consciente de la personalidad. Ingenieros, después de citar las opiniones de estos y otros autores, concluye: «¿El origen obsesivo de un delito es exclusivamente propio de los alienados? Sería grave error afirmarlo como hacen la mayoría de los autores. La obsesión puede producirse en cualquier neurópata, en cualquier degenerado hereditario, en cualquier *psicasténico*, para usar el término comprensivo de Janet. ¿Todos los *psicasténicos* son alienados? Nadie osará afirmarlo. La cuestión de las anormalidades psicológicas intermedias aquí como doquier, dificulta la determinación precisa de los hechos». (1)

Además, el jurista y la generalidad de los hombres se sienten inclinados á ver en estos enfermos un criminal más bien que un loco, y aunque más no fuera que por esto, convendría prever el caso especialmente.

208—Mucho menos pueden calificarse de enajenación mental las neurosis como la epilepsia y la histeria, pues, en realidad y salvo sus crisis, ellas no son enfermedades mentales sino la expresión de una susceptibilidad especial del sistema nervioso (2).

El *furor epiléptico* y el *raptus melanchólicus* son verdaderos casos de enajenación mental; pero, fuera del primero, los epilépticos pueden cometer delitos en que es evidente la irresponsabilidad. Sin existir trastornos mentales ni aun fenómenos psicopáticos que autoricen á considerarlos como verdaderos alienados, presentan un estado mental con caracteres perfectamente definidos que los expone á perturbaciones fugaces, cuya resultante inevitable es la criminalidad (3).

Los accesos de la epilepsia suelen ser precedidos de un

(1) *Op. cit.*, Cap. VIII, p. 198.

(2) Legrand de Saulle, *Op. cit.*, T. I, p. 522.

(3) Ingenieros, *La simulación de la locura*. Cap. VI, p. 130.



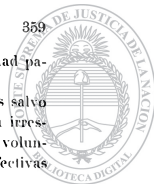
período *crepuscular (aura)*, en la cual la excitación psíquica puede producir impulsiones irresistibles (1).

La epilepsia *desconocida* es frecuente, y es por eso que Trausseau decía: «La epilepsia es la enfermedad que se desconoce con más frecuencia». El médico solo la descubre, cuando la repetición del mismo delito le hace presumir el impulso mórbido que le ha dado origen, porque carece de manifestaciones visibles (2).

La epilepsia *larvada*, que también se la ha llamado *psíquica (pequeño mal)*, es otra realidad que no presenta sintomatología precisa; el vértigo, el acceso incompleto y el gran ataque convulsivo faltan y solo se traduce por amnesia, pérdida de la conciencia, vértigo psíquico que lleva al enfermo á cometer delitos de diferente naturaleza: homicidios, robos, incendios, vagabundez, etc. Y ya que hablamos de vagancia, haremos notar que el *automatismo ambulatorio* es frecuente en esta enfermedad. Legrand de Saulle cita un joven rico, distinguido, honesto, que tiene accesos dos ó tres veces por año, y cuando vuelve en si se encuentra lejos de su casa, con los vestidos en desorden y en sus bolsillos dinero, alhajas, carteras, portamonedas, pañuelos, cortaplumas, etc., sin recordar nada. Según el Dr. Regis, lo que caracteriza la fuga epiléptica es la instantaneidad, el automatismo, las impulsiones ciegas, la inconsciencia, la ausencia de fin, la amnesia completa. Según Charcot, hay enfermos que en su aire, en su mirada, en su fisonomía no tienen nada que los distinga de un hombre normal, en el curso de sus crisis; los accesos son cortos y ordinariamente acompañados de actos violentos, desordenados, agresivos, algunos sin amnesia completa. Según el Dr. Semelaigne, en ciertos casos hay inconsciencia absoluta, en otros la conciencia persiste, pero el movi-

(1). Legrand du Saulle, *Op. cit.*

(2) Id., t. 2, p. 33.



miento se impone sin resistencia posible: la voluntad parece aniquilada (1).

La histeria no ofrece interés en este caso, pues salvo en la *locura histérica*, ella no puede dar lugar á la irresponsabilidad del agente porqué la inteligencia y la voluntad se conservan intactas y solo sus facultades afectivas están alteradas.

Sin embargo, hay casos de *auto-sugestión* que no son sino un resultado del histerismo. Algunas veces la histeria, aun real, no se manifiesta por las crisis convulsivas ordinarias, permaneciendo en estado latente: se la llama por esto *histeria psíquica*, análoga á la *epilepsia larvada ó psíquica*. Ella puede dar lugar á ciertos delitos, particularmente denuncias de crímenes imaginarios. Conocido es el caso del Teniente La Ronciere-le-Nourry que fué condenado á diez años de reclusión por tentativa de violación, según denuncia de la hija del General que mandaba la escuela de caballería de Saumur, histérica. Cumplida la pena, interpuso recurso de revisión siendo declarado inocente y más tarde obtuvo altos cargos y fué condecorado con la Legión de Honor (2).

También en Francia, una muchacha acusó por violación á dos sacerdotes. Los profesores de la Facultad de Montpellier la declararon virgen, reconociéndose así la falsedad de la denuncia. El padre se mató de desesperación (3).

De paso diremos, que los robos en las grandes tiendas por mujeres distinguidas y ricas y de objetos, muchas veces inútiles para ellas, son originados por esta enfermedad.

209—En el párrafo que hemos transcripto del informe

(1) *La Revue Penitentiaire*, 1896, p. 547: *Le vagamondege pathologique* según el Dr. Pitres.

(2) Vidal, *Droit Crim., et science penit.*, n. 171, ps. 267 y 268.

(3) Legrand de Saullé, *Op. cit.*, t. 2, p. 7.



de la Comisión autora del Proyecto, no figura el sonambulismo: pero como es evidente que los delitos perpetrados por los sonámbulos, durante el sueño, no les son imputables, y la exención de responsabilidad para estos no figura en ninguna otra parte del Proyecto, debemos creer que la Comisión piensa que ese estado está comprendido en la enagenación mental transitoria; pero el simple buen sentido se revela contra esa confusión de estados tan diversos.

Una de dos: ó la Comisión dá á la palabra «enagenación mental» una acepción científica ó le dá un sentido puramente vulgar, pero no puede darle el uno y el otro indistintamente sin confundirlo todo. Antes dijimos que ella parecia darle la primera porqué comprendía en aquel concepto casos que el vulgo no califica como tal, pero, en este caso, ella le dá una acepción enteramente vulgar no considerándola como una enfermedad mental, que en realidad es la locura, sinó como la inconsciencia de los propios actos. Excusado es decir, que el antiguo prejuicio de que los locos no tienen conciencia de lo que hacen ha sido destruído por la ciencia que ha reconocido que la generalidad de ellos tienen esa conciencia, no solo de sus actos, sino de su criminalidad, premeditándolos y tratando, con refinada astucia muchas veces, de eludir sus consecuencias legales.

No existe, que sepamos, un solo alienista que califique al sonámbulo de loco; puede decirse que sus actos semejan los del loco como hacía la ley romana con la máxima: *dormien furioso equiparatur*, pero nó que son actos de un loco. El sonambulismo, al par de la epilepsia, etc., son simples neurósis, pero no enfermedades mentales (1). Hay sonambulismo cuando las funciones que pertenecen al estado de vigilia se ejecutan durante el sueño (2), y, como

(1) Legrand du Saulle, *Op. cit.*, t. 2, ps. 56 y sigs.

(2) Macario, *Du sommeil et du sonambulisme*.—Giles de Touret, *L'hypnotisme et les états analogues*.



decía Foderé, «lejos de considerar los actos del sonámbulo como un delirio, los considero como los más independientes que pueden existir en la vida humana. Veo el sonambulismo como un crisol en el cual el pensamiento y la intención se han separado en absoluto de su escoria material» (1).

Los actos del sonámbulo, durante el sueño, no son perpetrados en estado de enagenación mental, sino en estado de inconsciencia, y la una no es la otra.

Que los sonámbulos pueden cometer delitos en ese estado, no es ya dudoso, pues son numerosos los casos de este género de que se han ocupado los Tribunales. Un hombre que pasaba la noche en una posada se puso á gritar ¡al ladrón! y como alguien abriera la puerta preguntándole lo que ocurría, le disparó un pistoletazo. Otro sueña que su esposa acostada en el mismo lecho, le era infiel; toma, dormido, un puñal y la hiere. El padre de Lord Culpeper mató durante el sueño á un guarda. Un monge soñó que su madre había sido muerta por el prior de su convento; se levantó, siempre dormido, se dirigió á la celda de éste armado de un puñal y dió de puñaladas sobre la cama donde felizmente no estaba aún el prior que todavía valaba, por lo que pudo presenciar toda la escena, y otros muchos que es inútil recordar (2).

210—Hoy es uniforme la doctrina de que el sonámbulo que comete un crimen en ese estado es irresponsable (3). También lo era antiguamente, y así, en las Capitulares de Carlo Magno, se lee: *si furiosus aut infans, seu dormiens hominem mutilat vel occidet, nullan ex hoc irre-*

(1) Foderé, *Traité de med. leg. et d' hyg. publ.* tom. I., p. 257

(2) Despina, *Etude scientifique sur le somnambulisme*.—Foderé, *Op. cit.*—Legrand de Saulle, *Op. cit.*, t. 2, p. 59.

(3) Pessina; *Diritto Pen.*, t. I, p. 221.—Carrara, *Programma*, Parte General, § 239.—Giles de la Tourette, *Op. cit.*, P. II, Chap. V.—Maury, *Le sommeil et les rêves*, p. 210.—Legrand de Saulle, *Op. cit.*, t. 2, p. 62.—Prins, *Science pen. et droit posit.*, n. 416 y sig.—Haus, *Droit pen.*, t. I, n. 682, etc.



gularitatem incurrit. Y la Iglesia por boca de San Bernardo: Insanis, infantibus, itemque dormientibus, nihil quod faciant, vel bonum, vel malum, imputantur (1).

Solo Hoffbauer, Foderé y Muyart de Vouglans sostuvieron lo contrario, fundados en razonamientos que se refutan ellos mismos, pues la responsabilidad vendría de que las acciones del sonámbulo son el resultado de ideas y meditaciones de la vigilia. Este era el criterio de César, que mandó al suplicio á un ciudadano que soñó que había muerto al emperador, diciéndole: Si no hubieras pensado durante el día en asesinar me no lo hubieras soñado durante la noche; y también del tirano Dionisio, según refiere Plutarco, que igualmente mandó al suplicio á un infeliz que había soñado que le dió muerte.

La teoría general de la responsabilidad dá facilmente cuenta de este argumento.

211—Y el hipnotismo que también debe entrar entre las causas psíquicas de irresponsabilidad ¿debe considerarse como enagenación mental? Richer lo define como «el conjunto de los estados particulares del sistema nervioso determinados por maniobras artificiales» (2) y Charcot lo califica de una verdadera neurosis, de una especie de enfermedad artificial (3).

Todo el mundo sabe el papel que desempeña la sugestión en el sueño hipnótico, particularmente la post-hipnótica que es la que más interesa bajo el punto de vista penal. El sugestionado, en la época fijada, que puede ser muy posterior á la sugestión, ejecuta el acto mandado con la fatalidad con que el proyectil hiere el blanco, peor todavía, porque este puede ser desviado y el sugestionado

(1) San Bernardo, *De Libero arbitrio*, 11, 8.

(2) Richer, *Etudes cliniques sur la grande histerie*.

(3) Giles de Tourette, *Op. cit.*, Prefasio de Charcot.

hace todo lo posible por realizar el acto. El mismo ignora la causa que lo impele á él, y lo cree emanado de su sola voluntad.

La sugestión hipnótica, en la forma que acabamos de decir, es un hecho perfectamente constatado por la ciencia. La han estudiado sabios eminentes como Charcot, Feré, Garnier, Holtzendorf, Delacroix, Kinsburg, Farel, Rämisch, Häffelt, Binet, Lefort, etc., y de ella se han ocupado los Congresos de París (1889) y Bruselas (1892).

Es verdad que aun no se han presentado á los tribunales casos que tengan este origen, á lo ménos que nosotros sepamos, salvo los procesos de Enrique Eyraud y Gabriela Bompard en Francia y de Pablo Gomte en Italia. Desgraciadamente, las deficiencias de la prueba no permitieron llegar á conclusiones definitivas. Con el progreso y vulgarización de las ciencias y el incremento de la criminalidad, lo que no ha sucedido antes puede suceder en cualquier momento, y un Código previsor debe comprender este caso en una fórmula general.

Lo que antes hemos dicho del sonambulismo, es aplicable con mayor razón al hipnotismo y si este es un estado de inconsciencia no lo es de enajenación mental. Pero inconsciencia en cierto sentido solamente, pues en la sugestión post.hipnótica el sugestionado sabe perfectamente lo que hace, tiene consciencia de su acto, pero creyéndolo emanado de su propia voluntad.

212—Tampoco comprende la Comisión, en la enumeración que hace en su informe citado, el sordomutismo, ni las disposiciones que siguen del Proyecto lo mencionan. Dos hipótesis caben: ó ella cree que este caso está comprendido en la fórmula general del inciso 1º del art. 41, careciendo de importancia su omisión en el informe, dado que los casos enumerados allí lo son por vía de ejemplo; ó ha querido omitirlo intencionalmente, como hace el Có-





digo francés, para que él sea resuelto por los tribunales de acuerdo con los principios sobre la imputabilidad.

La primera hipótesis no resiste á la crítica. Calificar al sordomutismo de enajenación mental es un colmo que solo puede explicar su semejanza con la idiotéz ó imbecilidad. Pero en estos casos de frenastenia, la falta de desarrollo de las facultades intelectuales obedece á un vicio congénito ó accidental del encéfalo, de manera que es una verdadera enfermedad mental; no así el sordomutismo, en que esa falta de desarrollo no obedece á enfermedad ninguna del cerebro, sino á la imposibilidad de comunicarse con sus semejantes á causa de la falta de un sentido de gran importancia, cual es el oído, que lleva consigo el mutismo.

Los sentidos, en especial el oído y la vista, nos ponen en relación con el mundo exterior, pero no constituyen la personalidad.

Son auxiliares poderosos para el desenvolvimiento intelectual y moral y por eso su falta lo detiene ó entorpece, pero no ataca la psiquis en sí misma. Nos basta citar para comprobar esta verdad el caso célebre de Laura Bridgmann privada desde la edad de dos años, de la vista, del oído, del olfato y del gusto. Apesar de no poseer más sentido que el tacto, llegó á ser una persona con individualidad propia, con carácter bien marcado, con un buen natural, buen humor casi inalterable y una paciencia para instruirse igual á su afán de conseguirlo, como decía su maestra Swift Lamson.

Si un niño fuera criado en un completo aislamiento, sin contacto alguno con sus semejantes, sufriría igual entorpecimiento en su desarrollo psíquico, sin que por esto estuviera enfermo. Aun los adultos segregados de la sociedad, ofrecen manifestaciones bien marcadas de torpeza intelectual, como se ha notado más de una vez en el que ha sufrido el aislamiento celular por varios años seguidos. En



tonces esta anomalía ó si se quiere esta enfermedad física no es causa de enfermedad mental, salvo el caso de que vaya acompañada de idiotismo, lo que es frecuente, puesto que el sordomutismo es, muchas veces, una manifestación degeneartiva. ⁽¹⁾

Con razón, pues, dice Ribot: «La privación innata ó adquirida de uno ó de varios sentidos no entraña ningún estado morbozo de la personalidad. En los casos menos favorables, hay una suspensión relativa de desarrollo, que la educación remedia». ⁽²⁾

En cuanto á la segunda hipótesis, ella es igualmente inadmisble ¿Por qué declarar esplicitamente irresponsables á los locos, idiotas, ébrios, etc. y no á los sordomudos? Si en este último caso se puede apelar á los principios generales de la imputabilidad ¿qué inconveniente habria para hacer lo mismo en los otros?

Pero no solo en esta hipótesis hay una falta de lógica evidente, sino que nos espondríamos á que nuestros tribunales resuelvan los casos referentes á los sordomudos en la misma forma que lo han hecho los tribunales franceses por idéntica omisión de su Código. Por sentencia de 25 de Junio de 1827, niega á la defensa el derecho de invocar la sordomudéz como causa de inculpabilidad. ⁽³⁾

213—Es posible que la Comisión haya creído que el sordomutismo no es causa de irresponsabilidad, y si se ha de interpretar así su silencio conviene dilucidar si esta opinión es justa.

Si bien las leyes penales de los diversos pueblos civili-

(1) Segun L'ar, un 40 % de los sordomudos están afectados de idiotismo, bien que ello provenga de la falta de audición, bien que dependa de la misma causa que ha paralizado el sentido auditivo. Briand y Chaudé. *Manual comp. de Med. Legal*, T. 2°, ps. 143 y sig.

(2) Ribot, *Les maladies de la personnalité*, Chap. III-V.—Tambien Briand y Chaudé, *Op. et loc. cit.*—Legrant de Saulle, *Op. cit.*, T. 2° p. 155 y sig.—Krafft, Ebing, *Psicopatologia forense*, Lib. I., Chap. VIII, ps. 107 y sig.

(3) Blanche, *Etudes pratiques sur le Cod. pen.*, T. 2, n. 242.



zados que provénen la sordomudéz, están de acuerdo en declarar irresponsables á los que la sufren previa constatación de su insuficiencia mental, en la ciencia hay profundas divergencias que no estará demás mencionar.

Mientras Max Müller ⁽¹⁾ sostenía que el lenguaje es la encarnación de la razón de manera que uno y otra son inseparables, á tal punto que «*without speech no reason, without reason no speech*», Romanés ⁽²⁾ y los que siguen sus doctrinas sostuvieron, por el contrario, que si el lenguaje es necesario para los progresos de la inteligencia, no le es para pensar y que se piensa, no solo con las imágenes derivadas de la palabra, sino también con las imágenes derivadas de los sentidos: oído, vista, gusto, olfato y tacto. Ya antes que estos, Mr. Eduardo Morel, Profesor del Colegio de sordomudos, sostenía que era un error creer que el desarrollo del sentido moral y de las facultades intelectuales no se opera sino por medio de nuestros lenguajes convencionales: el sordo mudo adquiere solo por la observación de los hechos, la idea de propiedad y las nociones del bien y del mal. Se rodea de precauciones y se oculta para coger lo ageno: luego sabe que no tiene derecho para hacerlo y teme el castigo. Se avergüenza cuando se descubre el robo, luego conoce lo malo de su acción y el rubor de la afrenta traduce la voz de su conciencia. Luego no se puede acusar de incapacidad mental á los sordo mudos ⁽³⁾.

A nosotros nos parece, siguiendo la generalidad de los especialistas en esta materia ⁽⁴⁾, que la verdad se encuentra entre una y otra de estas teorías extremas. Sin acep-

(1) Max. Müller, *The science of language*.

(2) Romanés, *L'évolution mentale chez l'homme*.

(3) E. Morel *Gaceta de los Tribunales* en Brian y Chadé, *Op. cit.*

(4) Brian y Chadé, *Op. cit.*—Legrand de Saulle, *Op. cit.*—Kafft-Elbing y demás autores citados—Hoffenbauer, *Medicine legale relative aux aliénés et aux sordomutes*—Bouffant, *Responsabilité de sourds-muets*.—Garraud, *Op. cit.*, T. 1, p. 496, n. 7—Alimena, *Op. cit.*, T. 2, Cap. III.—Vidal, *Op. cit.*, p. 282—Mecacci, *Dir. pen.*, T. 2 Cap. VII, etc.



tar la pretensión de Max. Müller de que no hay lenguaje sin razón ni razón sin lenguaje, reconocemos, sin vacilar, que los sordomudos *á nativitate ó ab infantia*, mientras están reducidos á sus propias fuerzas y privados de lenguaje artificial, permanecen en un estado de notoria inferioridad mental, muy próxima á la idiotéz, por qué, como dice Cazzolino, sin la palabra la idea queda una simple sensación y el sentido moral y el sentido jurídico no son susceptibles de desarrollo alguno. No puede poseer ninguna de las ideas abstractas que se relacionan con los deberes y obligaciones, y no puede comprender los complejos intereses del mundo social, porque su espíritu solo es capaz de pensar con la lógica de las sensaciones que recibe de los sentidos que le quedan.

En tales condiciones, no es posible dudar de la irresponsabilidad absoluta del sordo-mudo.

214—Pero este es susceptible de educación y según sea ella tendrá mayor ó menor influencia sobre sus facultades intelectuales. Su *lenguaje gesticulado natural* que se refiere á los actos más comunes de la vida, apenas si puede tener alguna influencia en este sentido. Pero el *lenguaje gesticulado artificial* tiene una influencia mayor sobre su desenvolvimiento psíquico y puede llegar á desarrollarlo bastante su sentido moral y jurídico como para hacerlo imputable. Pero hay que guardarse de dar á esta educación mínima mayor importancia de la que puede tener, tanto más que su valor depende de quienes la dan. Como dice Briand y Chaudé, el lenguaje gesticulado mutila forzosamente el pensamiento porque cada palabra es reemplazada por varios signos que representan imágenes, definiciones de objetos, etc., y obligan al sordo-mudo á abreviar y mutilar la expresión del pensamiento, haciéndole perder en exactitud. Salvo excepciones, con este lenguaje la inteligencia queda imperfecta y poco desarrollado el sentido moral.



Hoy los institutos especiales que se consagran á la enseñanza de los sordo-mudos han llegado á realizar maravillas, naturalmente en los que poseen una gran aptitud natural. Se les enseña á leer y escribir y por este medio se los pone en comunicación con la sociedad. Aún se ha llegado á enseñarles el lenguaje articulado á costa de mucho trabajo (1).

Esta educación, si bien puede desarrollar bastante la inteligencia del sordo-mudo y hacerlo imputable, jamás puede llegar á colocar á este en el mismo nivel de los que oyen y hablan, porque, como dice Max. Müller, y lo repite Alimena, *sus signos no son los signos de los conceptos sino los signos de los signos*, del mismo modo que la escritura no el signo del concepto sino el signo de la encarnación fonética del concepto (2).

Los médicos legistas y los criminalistas están de acuerdo en estas conclusiones: 1º que el sordomutismo á *nativitate* (y también *ab infantia*) independientemente de las complicaciones con el idiotismo y cretinismo, debe considerarse como causa las más de las veces excluyente y siempre minorante de la imputabilidad; 2º que cualquiera que sea la instrucción que haya recibido un sordo-mudo, es difícil que pueda constituirlo en estado de imputación plena.

De esto resulta que no se puede declarar, en general, no imputable á los sordo-mudos de nacimiento, sino que se debe exigir, en cada caso, la prueba de su discernimiento, es decir, que la inteligencia posee el mínimum de desarrollo necesario para ser imputable.

215—¿Y no debería la ley declarar irresponsable á los sordo-mudos no educados y responsables á los educados?

1. Este sistema de educación fué descubierto hace más de dos siglos en España y practicado en Inglaterra, y más tarde, gracias á los esfuerzos del abate De l'Epeé y de Sicard en Francia y del P. Assarotti en Italia llegó á su actual perfeccionamiento.

(2) Max. Müller, *Op. cit.* T. 2º, p. 80 y Alimena, *Op. cit.*, T. 2º, p. 1º8.



Pensamos que no, porque semejante criterio es insuficiente para apreciar la responsabilidad del sordo-mudo.

El buen resultado de la educación tiene que depender en gran parte de las aptitudes naturales del sordo-mudo y, como lo hace notar Gianelli ⁽¹⁾, son excepcionales los casos de éxito completo en esta materia. En algunos el éxito es sorprendente, pero lo más común es que él sea mediocre y á veces poco menos que nulo. El autor citado hace notar que, á pesar de todos los esfuerzos del educador, no es posible darles una idea de un ser abstracto ni hacerlos formar un juicio exacto sobre determinadas cuestiones, y Casper agrega que los mejores educadores ven esterilizados sus esfuerzos ante la natural impotencia de los sordos-mudos, siendo insignificantes los resultados obtenidos ⁽²⁾. Como dice Carrara, una cosa es el hecho causante, la instrucción, otra muy distinta el efecto causado, puesto que la responsabilidad no nace de la instrucción dada sino de la adquisición de conocimientos suficientes á darles el discernimiento necesario. El Juez no podría declararlo responsable simplemente porque se le presente un certificado de haber sido instruido, aunque el sordomudo haya quedado un idiota ⁽³⁾.

Por otra parte la ley en este caso necesitaría entrar á determinar con precisión que clase de educación sería necesaria, su método y su grado, lo que no sería posible ⁽⁴⁾.

¿La irresponsabilidad de los sordos-mudos debe presumirse por la ley? Pensamos que sí porque eso es lo más general y en esta parte no podemos sino aprobar la doctrina del art. 58 del Código Penal italiano. No es la defensa, es la acusación la que en cada caso debe pro-

(1) Gianelli, *L'uomo ed i Codice*, Cap. XLV.

(2) Casper, *Manuale prat. de Med. Leg.*, T. 2º p. 344.

(3) Carrara, *Programma*, parte general, §§ 244, 247.

(4) Carrara, *Op. et. loc. cit.*



bar que el sordo-mudo tiene el suficiente desarrollo mental para ser imputable.

216—¿La edad de la irresponsabilidad absoluta debe ser la misma en el sordo-mudo que en el hombre normal? No lo pensamos. Todos los autores de medicina legal, y con ellos el simple buen sentido, están de acuerdo en que la edad de la irresponsabilidad absoluta en el sordo-mudo debe prolongarse más allá de la fijada para los que nolo son. Careciendo de esos dos instrumentos tan indispensables al desenvolvimiento mental, el oído y la palabra, es natural que en el sordo-mudo él se operará con mayor lentitud que en el niño normal y si la ley presume *juris et de jure* que hasta los catorce años (ponemos el límite fijado por el proyecto) las facultades psíquicas no están bastantemente desarrolladas para hacerlo imputable, la misma razón debe hacerla presumir que en el sordo-mudo ese desarrollo no se operará sino más tarde.

Equiparar, á los efectos de la responsabilidad, un niño de catorce años normal con un sordo-mudo de la misma edad sería ir, no solo contra la ciencia, sino contra la evidencia misma.

¿Cual debe ser esa edad? La fijación tiene que ser forzosamente arbitraria y debemos contentarnos con una aproximación. El Código italiano prolonga por cinco años la edad de irresponsabilidad del sordo-mudo; nosotros pensamos que bastarían cuatro sobre la edad fijada para esta.

Cuando el sordo-mudo mayor de esta edad sea imputable por poseer el discernimiento bastante, nosotros, que no aceptamos la atenuación de la pena en este y otros casos análogos, como más tarde hemos de ver, pensamos que ella debe ser la misma en su duración que la que correspondería á un hombre normal, pero á la vez que defensiva, debe ser educativa, ordenándose por el Juez el ingreso al

Instituto especial. Este ingreso debe ser también obligatorio para los sordo-mudos irresponsables, sea por la edad sea por falta de discernimiento.

217—Como se dice en el párrafo del informe de la Comisión tantas veces citado, ella piensa que la embriaguez está comprendida en la fórmula general del inciso que estudiamos.

No se concibe como puede la Comisión confundir cosas tan diversas como la locura y la embriaguez, una enfermedad del organismo con una perturbación transitoria que no importa ningún estado patológico, y solo podemos explicarnos esta confusión por que ella solo tiene en cuenta, como ha podido notarse en los casos ya estudiados, la analogía del efecto, sin preocuparse para nada de la causa que lo produce. Por extraña que parezca esta conclusión en criminalistas tan distinguidos como los autores del Proyecto, no cabe otra explicación.

Teniendo solo en cuenta el efecto, sin atender á la causa de que él emerge, agruparemos forzosamente casos que pueden tener, y en realidad tienen, muy distinto alcance bajo el punto de vista de la imputabilidad. El loco es siempre irresponsable porque él no es culpable de su locura, que es una *infelicitas futi*, como decía Modestino ⁽¹⁾, y cuando realiza un acto criminal, ó no puede evitarlo ó es incapaz de sentir la amenaza de la pena. Su impunidad no despierta alarmas ni produce imitadores. La embriaguez, por el contrario, es una *voluntaria insania* ⁽²⁾; el ébrio es culpable de haberse puesto en ese estado y ha podido comprender los peligros que entrañaba. Su impunidad despierta alarmas, porque el hombre honrado se vé expuesto á ser víctima del vicioso y todos los criminales buscarían en la bebida un medio de escapar á la pena ⁽³⁾.

(1) Modestino, *Digesto*, XLVIII, 8.

(2) Seneca, *Epistola* 63.

(3) Alimena, *Op. cit.*, t. 2, Cap. IV-II, ps. 225 y 226.





218—Pero hay algo más que debió llamar la atención de los autores del Proyecto y que debió hacerlos comprender los inconvenientes de confundir cosas tan diversas. Es sabido que el Código Penal francés no prevé el caso de la embriaguez y en la práctica se ha tratado por los defensores de hacerla entrar en la órbita de la demencia de que habla el art. 64 del mismo. Téngase presente que la jurisprudencia y todos los criminalistas de esa Nación están de acuerdo en dar á la palabra demencia, no el significado restringido que tiene en Medicina Legal, sino uno amplísimo de manera á comprender todos los casos posibles de enagenación mental. Para probarlo, basta citar el siguiente párrafo de su más notable comentador: «Esto sentado, no hay que vacilar en colocar con el nombre de demencia empleado por el art. 64, todas las alteraciones mentales que la medicina legal designa con las diversas calificaciones de idiotismo, imbecilidad completa, demencia completa, tal como la entienden los médicos legistas, mania, monomania y los delirios ó enagenaciones instantáneas producidas por las enfermedades, cuando está probado que esas afecciones ó alteraciones han producido el efecto de privar al agente del uso de la razón ó de la libertad en el acto en cuestión» (1).

Y bien, á pesar de esa generalidad del concepto, análoga á la que puede tener la expresión enagenación mental del proyecto que estudiamos, todos los comentadores, sin más excepción que uno, Le Sellyer (2), y á pesar de las divergencias teóricas que los separan, están de acuerdo en reconocer que la embriaguez no tiene que ver nada con la demencia, y lo mismo los criminalistas belgas, cuyo código incurre en idéntica omisión (3). Para no ser di-

(1) Ortolan, *Droit pen.*, t. 2, n. 121.

(2) Le Sellyer, *Traité des délites et de la peine etc.*

(3) Ver Blanche, *Etudes prat. sur le Cód. pen.*, T. 1º, n. 361.—Lasserre, *Etudes sur les cas de non culpabilité et des excuses en matière pen.*, p. 248.—Garraud, *Op. cit.*, t. 1, n. 261.—Vidal, *Op. cit.* n. 173.—Chauveau et Hélie, *Theorie du Cod. Pen.*, T. I. n. 361, etc., etc.



fusos, citaremos las opiniones de un solo autor de cada país, eligiendo los más autorizados.

Ortolan dice: «En el número de los casos que han quedado fuera de los términos del art. 64 se encuentra la embriaguez. . . . Esa especie de alteración es muy diferente en derecho de las afecciones producidas por las enfermedades ó por las causas de que acabamos de hablar.» (1)

Haus dice también: «La embriaguez que ha tenido consecuencias funestas, no puede ser considerada como una *demencia* pasagera, porque, por este término, el Código Penal designa, no todo desórden mental, cualquiera que sea su causa, sino la alteración orgánica de las facultades de la inteligencia.» (2)

Igual doctrina ha sostenido siempre en sus sentencias la Casación francesa, no admitiendo jamás la embriaguez como excusa, en mérito de no considerarla comprendida en el art. 64 citado, entre ellas la de 7 praireal año IX, 15 de Octubre de 1807, 18 de Mayo de 1815, 3 de Abril de 1824, etc. (3) En la de 1807 decía ese alto Tribunal: «La embriaguez es un hecho voluntario y reprehensible y no puede jamás constituir una excusa que la moral y la ley no pueden admitir».

En la misma forma se ha pronunciado la jurisprudencia en aquellos países cuyos Códigos, siguiendo el francés, no preveen la embriaguez. «La jurisprudencia rimenana ha sostenido que la embriaguez (*betia*) no entra en la órbita del art. 57 de su Código, porque la pérdida de la razón por embriaguez no proviene de causa independiente de la voluntad del acusado: *Câci perdere ratiunci prin bétie nu proxime din cause independente de vointa acusatulin*.—Casación rimenana, 3 Nbre. 1881». (4)

(1) Ortolan, *Droit pen.*, T. 1, n. 124.

(2) Haus, *Droit pen. belge*, T. I, p. 688.

(3) Dalloz y Vergé, *Les Codes annotés*.

(4) Alimena, *Op. cit.*, T. 2, p. 245.



El Código turco también calla sobre la embriaguez y es uniformemente admitido que el art. 41 que habla de la locura no se pueda aplicar en esta cuestión. (1)

Tampoco el Código alemán prevee la embriaguez, pero la fórmula general de irresponsabilidad del § 51 la comprende. Todos sus criminalistas niegan que ella pueda ser considerada como alteración mental y de consiguiente, que entre en la segunda parte del artículo (morbosa alteración del espíritu); pero reconocen que ella puede producir la inconsciencia de que habla la primera parte. En este sentido, Berner, Litz, Merkel, etc. (2)

En Bélgica la misma dificultad, á causa de que su Código no prevee la embriaguez, estando concebido el artículo 71 en una forma análoga á la del 64 del francés. A sus grandes criminalistas, Haus, Nypels, Prins, no se les ha ocurrido ir á buscar en ese artículo el fundamento de la irresponsabilidad penal, como hace también la jurisprudencia de ese país. (3)

También los Códigos de los cantones suizos de Neuchâtel, de Vaud y de Ginebra guardan silencio respecto á la embriaguez, y sus comentaristas y Tribunales no han aplicado nunca á este caso el artículo que habla de la demencia. (4)

Se vé, pues, que en ninguna parte se ha considerado la embriaguez como un caso de enagenación mental. Ni el proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo incurrió en semejante error. En nuestro país sucederá lo mismo, y jamás sus tribunales considerarán la ebriedad como un caso de enagenación mental.

(1) Alimena, *Op. cit.*, T. 2, p. 245.

(2) Berner, *Op. cit.*, § 78.—Litz, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, p. 160.—Merkel, *Decho. pen.*, § 85.

(3) Haus, *Op. cit.*, n. 408 y sig.—Nypels, *Le Cod. pen. belg. interpr.*, T. I, p. 153, nota.—Prins, *Op. cit.*, n. 408 y sig.—Respecto á la jurisprudencia, ver Nypels, *Legisl. crim. de la Belg.*, I, p. 186.

(4) Stoops, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, T. I., p. 192.

Ahora ¿cuál es la ebriedad que exime de pena? Según el inciso, la que no es imputable al agente: de manera que cuando la embriaguez ha sido voluntaria, el delito cometido en ese estado se castiga como delito doloso.

219—Aunque sea abusando de la paciencia del lector, debemos dilucidar con alguna detención esta grave cuestión de la ebriedad, una de las más graves y de aplicación más frecuente entre nosotros, tarea de que no podemos dispensarnos en vista de lo que dispone el inciso, que no podemos aprobar. Y ante todo, demos algunas nociones generales sobre este estado.

Desde luego, debemos distinguir el alcoholismo de la embriaguez simple. Bajo el nombre de alcoholismo ó locura alcohólica se comprenden las diferentes formas de enagenación mental que son la consecuencia del uso habitual é inmoderado de las bebidas fermentadas. La locura alcohólica se diferencia de la embriaguez, en ésto: la última es un resultado inmediato de una intoxicación aguda, la primera es una de las manifestaciones sintomáticas del alcoholismo crónico.

El prolongado abuso de las bebidas alcohólicas produce una depresión de las facultades psíquicas que llega hasta el embrutecimiento. No es todavía la locura, pero esta no tarda en llegar con manifestaciones agudas (*delirium tremens*) ó subagudas con delirio melancólico, alucinaciones terroríficas é ideas de persecución. En una palabra, el desórden mental de los alcohólicos reviste todos los caracteres de la demencia ó parálisis general. (1)

Como se comprende fácilmente, la locura alcohólica, es una locura como cualquier otra, y de consiguiente, ella está incluida en la enagenación mental de que habla el in-

(1) Legrand de Saulle, *Op. cit.*, T. 2º, p. 142 y sig.—Kraft-Ebing, *Trat. clin. prat. delle malattie mentali*, T. 2º, p. 872.—Morel, *Des degenerescences*, etc., p. 110.





ciso 1º del proyecto. No necesitamos, pues, ocuparnos de ella.

Hablemos de la embriaguez simple, de ese estado transitorio en que se coloca un hombre por abuso del licor y pasado el cual, vuelve á sus condiciones normales.

220—Ella se divide en cuatro periodos, y, segun varios autores de medicina legal, en tres, que algunos llaman *alegre, furibunda y letárgica*, pero dividiendo la furibunda en dos grados. El primero es caracterizado por una ligera excitación fisio-psicológica y el hombre se siente poseído de un sentimiento de bienestar, de salud y de fuerza. La conciencia es perfecta y la excitación producida solo es denunciada por palabras irreflexivas y algunas incoherencias en la locución.

En el segundo, la expresión alegre y animada de la cara desaparece poco á poco, la mirada se vuelve melancólica y á la movilidad anterior sucede un relajamiento completo de los músculos de la cara ⁽¹⁾. La conciencia es turbada mas ó menos profundamente, pero no trastornada; el timbre de la propia personalidad es alterado pero no destruido. Las ideas dominantes se exageran y las pasiones se inflaman y desbordan al menor pretexto. «Es singular, dice De Amicis, como se conserva la conciencia del propio estado durante esta especie de embriaguez lívida que exalta únicamente la parte peor de nosotros. ⁽²⁾

En el tercer periodo, la conciencia se trastorna definitivamente, la memoria desaparece y la voluntad, en cuanto poder de impulso, dá á un sentimiento ó á determinados sentimientos, y solo á ellos, una fuerza extraordinaria, en tanto que su poder inhibitorio se paraliza de tal modo que la acción llega casi á ser automática ⁽³⁾. Las ilusiones y las alucinaciones que frecuentemente aparecen en este

(1) Mosso, *Gli effetti fisiologici del vino*, p. 275.

(2) De Amicis, *Il vino*, p. 465.

(3) Schiatarella, *Alcoolismo*.



estado, pueden dar á esas impulsiones una violencia irresistible (1).

En el cuarto y último período, á la sobreexcitación nerviosa sucede el completo abatimiento, la conciencia se extingue del todo y se cae en un sueño profundo y apoplético, acompañado de estertor respiratorio. En este abyecto estado, el ébrio no es sino un animal, absolutamente inofensivo para la sociedad (2).

De estos cuatro períodos, el primero y el último no ofrecen interés; el primero, porque el hombre conserva su integridad psíquica, y su ligera excitación no puede tener influencia alguna en su imputabilidad, y el último, porque, durante él, el hombre no puede ser causa física de movimiento alguno.

Quedan solo los dos grados intermedios, únicos que tienen importancia en cuanto á la responsabilidad penal. El segundo se llama ebriedad semi plena ó parcial, el tercero ebriedad plena ó completa. Pero, como dice Schvarze, nada preciso separa estos grados y solo el exámen individual en cada caso podrá decirnos si la ebriedad es plena ó semi plena, segun que la conciencia esté trastornada del todo ó solo turbada. Por esto todos los criminalistas están de acuerdo en reconocer, en cuanto se refiere á los efectos solamente, que la ebriedad plena es análoga á la locura y la semi plena á la semi locura.

221—Vamos á entrar ahora al fondo de la cuestión. ¿Los delitos cometidos en estado de ebriedad completa se pueden reputar dolosos? La respuesta negativa se impone si es que se ha de dar algun valor á los principios sobre que descansa la responsabilidad. Creemos que vale la pena de que nos detengamos un momento en esta cuestión, puesto que el proyecto y nuestro actual Código y con él otros muchos, declaran dolosos los delitos cometi-

(1) Legrand de Saulle, *Op. cit.*, T. I. p. 541.

(2) Legrand de Saulle, *Op. et. loc. cit.*



dos en estado de ebriedad completa, siempre que esta no sea accidental.

La razón única que se ha invocado para tener como doloso el delito cometido por el ébrio, es que su estado es del todo voluntario; es un mal en la causa y un mal en el efecto. No puede permitirse al delincuente mejorar su condición por su propio delito (entre nosotros falta), y sería contradictorio considerar el hecho de la embriaguez como delictuoso en sí mismo y autorizar al delincuente á invocar como circunstancia dirimente de la culpabilidad en otro delito.

Creemos, con Mittermayer y Alimena, que ese modo de argumentar importa confundir dos cuestiones enteramente diferentes cuales son, si se debe castigar la embriaguez en sí misma y si el delito cometido en ese estado está sujeto á pena. Como vamos á ver en seguida, el delito cometido por el ébrio es un delito *ex-culpa*, es un delito como otro cualquiera y por tanto, no es un delito doloso excusado. La ebriedad voluntaria completa no es un dirimente, como la locura p. ej., sino una circunstancia que cambia el acto en otra figura criminosa. Supongamos que un imprudente dispara un arma de fuego en la vía pública sin propósito de herir á nadie (art. 322 inciso 7º del Proyecto), pero mata, sin embargo, á una persona. La falta de disparar el arma no es dirimente de un delito doloso, sino que constituye un delito por sí, un homicidio culposo.

Garófalo vá más lejos aun y sostiene que la embriaguez, á diferencia del alcoholismo, verdadera enfermedad, no debe ser tomada en cuenta porque ella no es mas que la causa ocasional que revela el instinto criminal; por mucho que beba un hombre pacífico, dice, no matará á nadie. Sano ó borracho, el agente es el mismo, como lo es el que mata en un raptó de cólera (1). Pero esta aserción es contradicha por la medicina legal. He aquí como

(1) Garófalo, *Criminología*, p. 274.



se expresa el Dr. Lentz: «El hombre que se embriaga se convierte en un otro ser; su carácter cambia del todo, no es el mismo que antes; su yó se convierte en otro alegre ó triste, feliz y expansivo, sombrío y melancólico, audaz y temerario, perezoso y pusilánime: su yó normal aparece, ó bien opuesto á lo que era anteriormente, ó bien como una exageración mórbida de lo que él es de ordinario...» (1)

222—Pero es ir contra la naturaleza misma de las cosas sostener que el delito del ébrio es un delito doloso, porque, para que lo fuera, sería necesario que él, en ese estado, se hubiera propuesto violar la ley penal, es decir, que fuera un ser consciente, lo que no sucede. Si no ha habido intención criminosa no puede haber dolo, porque el dolo lo constituye precisamente esa intención. Sostener lo contrario, es sostener que una cosa exista y no exista, sea ó no sea al mismo tiempo, lo que es absurdo.

«Imputar á quien no tuvo conciencia de sus actos, dice Carrara, importaría someter á la ley penal á la sola materia. No se podrá objetar con qué el agente se haya puesto voluntariamente en este estado de transitoria enagenación mental, embriagándose. Si alguno por sus desórdenes y vida crapulosa se hubiera vuelto loco ¿podría someterse á la coerción de la ley penal el hecho de este infeliz por el especioso motivo que él fué causa de su desgraciada condición?» (2)

Nada justifica la opinión de algunos antiguos juriscultos, cuando, apoyándose sobre la regla de Bartolo: *Danti operam rei illicitæ, imputantur omnia quæ sequuntur contra voluntatem suam* (3), proclamaban la completa responsabilidad del delito cometido durante la ebridad. Semejante máxima no era aplicable en materia penal

(1) Lentz, *De l'alcoolismo et de ses diverses manifestations*, p. 24.

(2) Carrara, *Programa, Parte General*, 392 y sig.

(3) Ley 86, § 1, *Dig. Ad. leg. Jul. de adulteriis*.



(¹), y si lo fuera no podríamos aceptarla por que importaría confundir la causa con el efecto; la embriaguez será ilícita, pero este hecho que puede generar la culpa no puede hacer nacer el dolo donde este no puede existir. Y no se objete con Filangieri (²), que la culpa solo nace de un hecho lícito, porque la opinión de los juristas es que la culpa puede nacer y más comunmente nace de un hecho ilícito.

Por esta razón, la doctrina hoy universalmente seguida por los criminalistas, la que se ha abierto paso en los nuevos proyectos de Código y la que se profesaba antiguamente también, es la irresponsabilidad del que comete un delito en estado de embriaguez completa, cualquiera que sea su origen: voluntaria ó involuntaria.

223—¿Pero entonces el ebrio debe quedar impune? En cuanto al delito sí; pero debe responder de la imprudencia cometida poniéndose en un estado anormal en que el hombre no es dueño de sí y en el que puede llegar hasta el delito por la excitación que lo domina. En otros términos, el delito cometido por el ebrio es un delito exculpa, que tiene origen en su propia negligencia.

Como dice Mr. Mittermayer (³), la situación del que se pone voluntariamente en estado de ebriedad, es la misma del que duerme con luz encendida en una choza lleno de heno ó del que dispara un arma de fuego sin intención de herir á nadie, pero en un lugar donde hay mucha gente: tan fácil les era á estos prever el incendio ó la muerte de alguno, como le era fácil prever al que se embriaga las consecuencias peligrosas de su estado. Y así como los primeros responderán por incendio ú homicidio culposo, el segundo responderá por culpa del delito cometido en ese estado.

(1) Chauveau et Hélie, *Theorie du Cód. Pen.*, t. 1, n. 867.—Alimena, *Op. cit.*, t. I, ps. 442, 479 y sig. y t. 2, p. 280.

(2) Filangieri, *La ciencia de la legislación*, lib. III, part. II, cap. 37.

(3) Mittermayer, *Dell'influenza dell'ubriachezza sopra la imputazione*.

Existe, pues, un nexo indudable entre el acto de embriagarse y el delito cometido.

Para apreciar esta responsabilidad exculpa, necesitamos tener en cuenta la conocida división de la ebriedad en fortuita ó accidental, culposa, voluntaria y preordinada ó premeditada.

La ebriedad fortuita ó accidental, como sucede con el *caso*, no dá lugar á responsabilidad alguna. Ella existe cuando un tercero ha adulterado la bebida, ó cuando esta resulta más fuerte que las de su clase, ó cuando por circunstancias imprevisibles se produzca la embriaguez.

La ebriedad culposa se tiene cuando, sin el propósito de embriagarse, pero por intemperancia en el beber, se llega á ese estado. El delito cometido por el ebrio en este caso es imputable como delito culposo.

La ebriedad voluntaria existe cuando se tiene voluntad de embriagarse y se bebe hasta ponerse en ese estado, pero sin ninguna intención de cometer un delito. También el delito cometido es imputable como culposo y la pena debe ser mayor que en el caso anterior.

En uno y en otro caso, la embriaguez puede ser habitual, lo que trae como consecuencia aumento de penalidad y la obligación del Juez de ordenar su internamiento en un asilo de bebedores hasta la desaparición de ese hábito.

224—Por último, la premeditada ó preordinada se tiene cuando un hombre se embriaga con el propósito de cometer más fácilmente un delito. En este caso, surge la duda de si el propósito criminoso que dió origen á la embriaguez puede realizarse cuando esta es completa. La generalidad de los autores piensan que nó, pues si ella no fuera un obstáculo á la realización de aquel, significaría claramente que se conserva alguna conciencia, que se está en condiciones de adoptar los actos á fines y entonces la





embriaguez es parcial y por tanto imputable el delito. Carrara, admitiendo la posibilidad de realizar el propósito criminoso en estado de ebriedad completa, enseña que la imputación radica en el propósito doloso que se tuvo al embriagarse, porque la embriaguez no es sinó el instrumento de que se vale para realizar su designio; lo que acontece después es la consecuencia de su hecho doloso. No se imputa lo que hace el ebrio, sino lo que hace el hombre sano, el cual es el sujeto activo *primario*, siéndolo solo *secundario* el ebrio. Y no se puede decir que no existe imputabilidad por no ser el dolo concomitante á la acción, pues esta concomitancia no es indispensable á la imputabilidad.

Ferri piensa que el ilustre criminalista está en error al sostener que no sea necesario la concomitancia de dolo con la acción, pues aunque este no necesita existir en todos los momentos del delito, pero debe necesariamente existir en un momento cualquiera de él ⁽¹⁾.

Pero es inútil que nos detengamos en esta cuestión puramente teórica, pues creemos absolutamente imposible que un propósito concebido en estado de lucidez pueda tener influencia alguna en el estado de ebriedad completa á no ser en los delitos de omisión, y, por el contrario, pensamos que la realización del propósito criminoso es una prueba invencible de que la beodez no fué completa. De esta opinión son Pessina, Garraud, Alimena y casi todos los criminalistas modernos, con excepción de Carrara, Mittermayer y Heinze.

Pero, como esta opinión puede no ser compartida por otros, los cuales, siguiendo á los últimos autores citados, crean en la posibilidad de que el propósito se realice en estado de ebriedad completa, debemos dar nuestra opinión en esta hipótesis. Para nosotros es indudable que

(1) Ferri, *La teorica della imputabilità*, ps. 512 y 517.

en tal caso el dolo exista, porque habiendo sido querido el delito en estado de lucidez y habiendo sido su ejecución un resultado de esa voluntad, existe el doble elemento material é intencional que se necesita para la imputabilidad, importando poco que la intención haya precedido á la ejecución desde que esta es consecuencia de aquella.

En conclusión, decimos: que en la embriaguez accidental y completa no existe responsabilidad de ninguna clase por parte del agente que en ese estado ha cometido un delito. Que en la culposa y voluntaria ella existe á título de culpa y el Código debe castigar el delito culposo con una penalidad severa y más ó menos graves según sea habitual ó no, pero sin ninguna analogía con la que la ley fija para el delito cometido, pues no se puede equiparar la pena del dolo con la pena de la falta.

225—Como antes hemos dicho, esta doctrina es la universalmente aceptada, pudiéndose citar, entre otros, á Tissot, Rossi, Mittermayer, Fuerbach, Merkel, Berner, Heinze, Ortolan, Garzón, Chauveau et Hélie, Garraud, Vidal, Tarde, de la Grasserie, Carrara, Pessina, Carmignani, Alimena, Impallomeni, Tuozzi, Ferri, Maccaci, Crivellari, Haus, Prins, etc. Ella ha sido consagrada por el Congreso de San Petersburgo en 1890 y adoptada por los más recientes proyectos de Código como el francés, ruso y japonés.

Esta era también la doctrina del derecho antiguo.

El Derecho Romano no tenía una disposición general relativa á la embriaguez; la consideraba, al par de ciertas pasiones, como un *impetus* intermedio entre el *dolus* y el *casus*: *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Impetu cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur* (1). El Derecho Canónico establecía más clara-

(1) Ley 11, pr. *Dig. de pena*.





mente que el acto cometido por el ebrio no era punible, pero si el acto de embriagarse: *Quæ sobrii cavemus, per ebrietatem ignorantes committimus. Inebriaverunt Loth filius ejus et se nescienti miscuerunt. Qua propter culpandus est quidem; non tamen quantum ille incestus, sed quantum illa meretur ebrietas* ⁽¹⁾. Posteriormente, los juristas sostuvieron esta misma doctrina, y con Farinacio adoptaron esta regla: *Ebrius punitur non propter delictum sed propter ebrietatem* ⁽²⁾.

En el derecho español, la ley 5, tit. 8, Part. VII dispone que el que matara á otro estando ebrio sea condenado á destierro por 5 años, *porque fueron en culpa, non poniendo ante que ucaesciese aquella guarda que pudieran poner*.

En el siglo XVI se estableció con Claro ⁽³⁾ la doctrina de que la ebriedad completa libra de la pena del dolo, pero sujeta al ebrio á sufrir la de la culpa, y cuando ella fuera involuntaria no debía imponérsele ni aun esta; pero la embriaguez intencional con propósito de delinquir, se consideraba dolosa y no se aceptaba ninguna excusa, como ya lo había enseñado Farinacio: *ebrietatem procuratam ac affectatam ad effectum ut ebrius delinquere et delinquendo se cum ea excusaret* ⁽⁴⁾. Desde entonces se comenzó á hacer la distinción de las diferentes clases de ebriedad.

Esta doctrina obtuvo el asentimiento general en los diferentes países, con excepción de Francia, Inglaterra y Escocia. En Inglaterra, que llevó su severidad hasta considerar la embriaguez como circunstancia agravante del

(1) Canon 7, Caus. XV y Canon 1, Cs. id., quest I.

(2) Farinacio, *Quest* 98, n. 4.

(3) Claro, *Praxis. Crim.*, quest 60, n. 11.

(4) Farinacio, *Quæst* 98, n. 21.



delito (1), y en Escocia donde preponderaba la influencia de los juristas ingleses, esto se explicaba porqué el derecho romano no penetró jamás allí, no así en Francia donde Francisco I, por una ordenanza de 31 de Agosto de 1536, declaró que la ebriedad no libraba jamás de la pena ordinaria; y Carlos V, dictó otra para los Países Bajos en 1531 disponiendo lo mismo, que apenas si fué observada (2). Pero estas son excepciones que ni siquiera han perdurado y que solo han servido para poner de manifiesto la verdad del principio por los demás países adoptados.

Cuando una doctrina llega así á perpetuarse á través de todas las edades, de las más diversas civilizaciones y bajo organizaciones sociales tan distintas, hay que convenir en que ella encierra algo de profundamente verdadero y justo.

En el delito cometido en el estado de ebriedad parcial hay concurrencia de dolo y falta; dolo porque la conciencia subsiste, falta por haberse puesto el agente en ese estado. Para la generalidad de los Códigos y para muchos tratadistas debe haber atenuación de la pena; para nosotros que no aceptamos la semi responsabilidad en estos casos, como luego hemos de ver, creemos que solo debe ser atenuante cuando la semi embriaguez sea involuntaria.

Por último, pensamos que en las disposiciones especiales que el nuevo código consigne sobre la embriaguez, debe establecerse, como medida de protección social, que el Juez, en la misma sentencia de condena, ordene el internamiento del ebrio habitual en un asilo especial de bebedores, que la Nación debiera crear inmediatamente como una de las instituciones más benéficas y más urgentemente exigidas.

(1) Blakstone, *Comment*, I, 22.—Stéphen, *Summary of the criminal law*, Cap. II, V.—Hume, *Commentaries of the law of Scotland respecting crimes*, t. I, p. 44. En Inglaterra Hale calificó la ebriedad como una *dementia affectata* y sus opiniones fueron seguidas por los juriconsultos posteriores. Hale, *History of the pleas of the crown*, t. I, Cap. IV.

(2) Tissot, *El Derecho Penal*, t. I, Cap. 43 y sig.



226—¿Cuál es el pensamiento de los autores del Proyecto respecto á la responsabilidad del monómano? ¿Debe considerársele en todos los casos, á los efectos de la irresponsabilidad, como un enagenado ó solo cuando el delito por él cometido tiene relación con su idea fija? Ni una palabra encontramos en la exposición de motivos de la Comisión que nos pueda ilustrar al respecto, como no la encontramos tampoco en la del proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo que le ha servido de base: pero, si hemos de estar á nuestros antecedentes legislativos, es de suponer que la Comisión ha querido eximir de responsabilidad al monómano solo cuando el delito tiene relación con la manía. En efecto, ese es el espíritu del Código vigente y de las leyes y proyectos que le han precedido, y si el Proyecto que estudiamos hubiera querido sancionar la doctrina contraria hubiera previsto el caso especialmente, pues la desgraciada fórmula “estado de enagenación mental” no nos permite llegar á ninguna conclusión.

Y que nuestros antecedentes legislativos sancionaban el principio de la responsabilidad parcial del monómano, se prueba con el comentario del mismo Doctor Tejedor al art. 157 de su Proyecto. En efecto, allí se lee: «*Monomania*. La existencia de una demencia parcial no puede hoy ponerse en duda. Está reconocido que puede haber falta de razón, falta del conocimiento del bien y del mal relativamente á ciertos objetos, sin que respecto de otros haya alteración sensible en las facultades intelectuales. La irresponsabilidad, pues, debe ser parcial como la locura. En las Partidas véanse las leyes 9, tit. I, Part. 3^a y 8 y 10, tit. 10, Part. 7^a.”

En una edición del Código vigente anterior á la última reforma, que no introdujo ninguna modificación en esta parte, se lee al pie del art. 81 inciso 1^o esta misma nota tomada del Dr. Tejedor y como su comentario más autorizado.

Entonces, pues, si nada dice el Proyecto, respecto á

este punto muy discutido por los alienistas y por los juristas, estamos autorizados á pensar que él sanciona la responsabilidad parcial del monómano.

Esta era la doctrina antigua, que triunfó completamente con Pinel, Esquirol y Georget. Ya la sancionaron las partidas y la siguieron uniformemente los criminalistas antiguos y muchos modernos como Rossi, Pacheco, Carrara, Pessina, Mittermayer, Boitard y otros. Según ellos, la monomanía, en que el delirio se concentra "sobre un solo objeto ó sobre una serie de objetos circunscriptos", como decía Esquirol (1), importa ausencia de razón y de conocimiento del bien y del mal respecto á ciertos objetos, sin que respecto á otros haya alteración sensible de las facultades intelectuales. El delirio, algunas veces, es de tal modo exclusivo, y la inteligencia de tal modo libre bajo todos los otros respectos, que el enfermo puede parecer sano de espíritu mientras no dirige su atención al objeto sobre el cual ha fijado la mente. Las siguientes palabras de un médico distinguido, explicarán mejor el concepto que la ciencia tenía de esa enfermedad: «A diferencia de la manía en que las ideas se mezclan en completo desorden y es pervertido el conocimiento ó conciencia de sí mismo, en la monomanía la mente es trabajada por una sola ilusión ó se agita dentro de una esfera restringida de ilusiones que tienen relación entre ellas; mientras que en lo demás, la inteligencia no es privada de su acción normal, de tal modo que, fuera del pequeño círculo donde se ha fijado, el hombre, no solo parece, sino es realmente razonable» (2).

227—Pero este falso concepto de la monomanía fué luego puesto en evidencia por Morel y Falret, los cuales sostuvieron que en ella hay, es verdad, un delirio predominante, pero el resto de la actividad psíquica no es in-

(1) Esquirol, *Des maladies mentales considérées sous le rapport médical, hygienique et médico legal*, T. II, p. I.

2) Casper, *Manuale pratico de medicina legale*, ps. 353 y sig.





mune sino, por el contrario, está igualmente enferma; y que, el así dicho delirio parcial de los monómanos, no es sino la sistematización de una parte de las ideas que forman un delirio general ⁽¹⁾. Por esto Morel la llama manía sistematizada, en vez de parcial.

La ciencia no tardó en aceptar sus conclusiones, evidenciándose la falsedad de la doctrina de la monomanía, de tal modo, que hoy no es ya posible discutir más este punto.

La unidad de la mente humana, hace absurda la creencia de una locura parcial, es decir, de un hombre mitad cuerdo y mitad loco. Ya Briere de Boismont, decía en la Academia de Ciencias de París en 1863: «Cuando el hombre piensa, es todo el cerebro que piensa; por tanto, una afección parcial del cerebro modifica por entero la inteligencia y rinde absurda la tesis de una irresponsabilidad puramente parcial». «Aun sosteniendo, dice Dagonet, como muy excelente la división de nuestras facultades en tres principales, se debe reconocer que la una no puede entrar en juego sin poner en movimiento las otras dos, pues estas tres facultades están intimamente ligadas entre ellas» ⁽²⁾.

La locura parcial es, pues, una quimera metafísica y un contra sentido científico. La manía parcial no es sino la consecuencia de un estado patológico de los centros nerviosos, del encéfalo particularmente, y las ideas delirantes, que son su resultado, se sistematizan poco á poco hasta presentar el predominio, solo aparente, de un sistema de anomalía mental, ó para usar la expresión de Alimenat: «la monomanía consiste, no en un delirio implantado sobre un fondo sano, sino en un delirio sistematizado sobre un fondo mórbido». Los progresos de la psico-pa-

(1) Morel, *Traité de la médecine légale des aliénés* p. 94.—Falret, *Des maladies mentales et des asiles d'aliénés* p. 147.

(2)—Dagonet, *Nouveau traité des maladies mentales*, p. 9. Véase también Legrand de Saulle, *Op. cit.* T. 2, ps. 100 y sig.



tología hacen ver claro lo peregrino de la opinión de un hombre loco en cierto orden de ideas y cuerdo en las demás, como si á la inteligencia se la pudiera dividir en partes y cada una de ellas estuviera relacionada con partes independientes del sistema nervioso, de tal modo que una alteración de una de estas partes trajera una alteración correspondiente en la fracción intelectual que á ella está ligada.

Si llevamos nuestra atención á la manera como se desarrolla la monomanía, nos convenceremos más de ello. En el origen, una idea cualquiera de persecución, religiosa, ambiciosa, hipocondriaca ó cualquiera otra de las innumerables que pudieran ocurrir, toma posesión del espíritu y poco á poco esta idea adquiere mayor importancia, se impone más y más hasta absorber toda la actividad psíquica del enfermo y se convierte en el centro de todos los razonamientos, lógica por otra parte, dada la existencia real que atribuye á esta concepción enfermiza. Más tarde se presentan las alucinaciones y las ilusiones sensoriales, casi inseparables de la locura, dando origen á concepciones delirantes (1).

«Es imposible, dice Maudsley, dividir así la personalidad en dos partes distintas: la una que es esclava de una idea enfermiza y por tanto irresponsable. Esta teoría dualística es más extraordinaria cuando se piensa que ella se aplica á la voluntad y á la libertad moral, es decir, á lo que constituye, en el más alto grado, la individualidad de la persona humana . . . El hombre, en esta teoría, es un ser doble; hay en él una persona razonable y una persona loca y según que es la una ó la otra la que se reputa que ha obrado, el individuo será condenado como criminal ó absuelto como loco . . . La doctrina médica, según la cual la monomanía excluye toda responsabilidad, se basa sobre las tres consideraciones siguientes: 1º el delirio puede

(1). Legrand de Saulle *Op. cit.*, T. 2, p. 104.



estar oculto: de consiguiente, puede ser imposible constatarlo aunque exista y haya positivamente influenciado la conducta: 2º es imposible seguir las operaciones de un espíritu enfermo y distinguir entre lo que, en el acto, pertenece á la salud ó pertenece á la enfermedad: ahora es incontestable que un acto en el cual el exámen no hará descubrir ningún vínculo con el delirio, puede, sin embargo, ser su consecuencia locamente lógica: 3º es imposible una recta delimitación del delirio é impedir que su infección morbosa no se difunda; es seguro, en efecto, que en la monomanía, el desórden no se limita á una sola idea, sino que el resto del espíritu está en un estado más ó menos marcado de enajenación moral ó afectiva, en un estado, por consiguiente, en que las locas impulsiones á la violencia deben verosimilmente producirse. Reasumiendo, podemos decir, en suma, que en lo que se llama monomanía la enajenación mental es ordinariamente más profunda y más extensa que lo que se supone y que es imposible, en la apreciación de las causas de un acto particular, aislar la locura parcial de manera á poder afirmar que el crimen no se relaciona con ella" (1).

229—Si bien, la generalidad de los alienistas y juristas modernos rechazan la responsabilidad parcial, sosteniendo la irresponsabilidad en todos los casos, algunos hay que la aceptan como Tardieu, Bellvé y Ball (2) entre los alie-

(1) Mandsley, *Le Crime et la folie*, p. 191 y sig.

2) Ball, profesor de la facultad de medicina de Paris, estudió el caso de Eufracia Mercier con motivo del crimen misterioso de Villemomble. Después de hacer una reseña del crimen y refiriéndose á la criminal, dice: "De una parte el tipo acabado de la inteligencia al servicio del crimen; de otra los más manifiestos indicios de enajenación mental". Generalizando su opinión sobre la responsabilidad de Eufracia, agrega que son responsables los alienados que, conservando una parte, á veces considerable, de su fortuna intelectual, son gobernados en cierta medida, por los mismos instintos sentimentales y motivos que los demás hombres, por la misma razón que ciertos alienados geniales, suscitan nuestra admiración y gratitud, (cita á Newton, Comte, Lutero y Juana de Arco). *Bulletin de la Academie de Medicine*, 7 Sept. 1885. El Dr. Ball con anterioridad, enseñó la doctrina contraria en su obra *Leçons sur les maladies mentales*. ps. 1988 y sig.

nistas, y entre los juristas, además de los ya citados, Victor Molinier y Vidal.

Como se ve, esta cuestión es muy delicada y la ley penal debe resolverla, sea en una disposición general ó por medio de una especial. De no hacerlo, es probable que los jueces se inclinaran á la responsabilidad parcial en mérito de los precedentes á que nos hemos referido.

230—Análoga discusión ha tenido lugar con motivo de la locura dicha *circular* ó *periódica*. Como se sabe, ella está caracterizada por la sucesión de dos periodos distintos, uno de excitación maniática y otro de depresión melancólica seguida de un intervalo de razón á veces muy prolongado (1).

¿El delito cometido en el intervalo lúcido es imputable? Según la fórmula del proyecto es indudable puesto que para que no lo sea se requiere que él haya sido perpetrado en estado de enagenación mental. Entre tanto, la doctrina prevalente hoy entre alienistas y juristas es la contraria y nosotros la aceptamos sin vacilar, pues la sucesión regular de los estados de mania, melancolía y razón, está demostrando la existencia de una enfermedad que perdura y lo único que varía son sus manifestaciones externas (2).

Estudiemos más á fondo esta interesante cuestión de la responsabilidad en los lúcidos intervalos.

Como acabamos de decir, la fórmula empleada por el Proyecto solo comprende los actos ejecutados en estado de enagenación, mental y, de consiguiente, son responsables los que hubieran ejecutado el delito en un intervalo lúcido. ¿Es justa esta prescripción? No lo creemos.

El Código Penal vigente lleva á la misma conclusión.

(1) Legrand de Saulle, *Op. cit.* T. 20, ps. 110 y sig.—Krafft-Ebing, *Psicología forense*, 402 y sig.

(2) Carrara, Laborde, Legrand, de Saulle, sostienen la responsabilidad. Maudsley, Krafft-Ebing, Haus, Thiry, Chauveau et Hélie, Alimena, Crivellari, etc., sostienen la irresponsabilidad.





pues la redacción del artículo 81 inc. 1 es la misma del Proyecto, en cuanto exige que la locura exista en el momento de la acción. Análoga disposición encontramos en el Proyecto Tejedor (art. 147 inciso 2º). En el Proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo, no encontramos previsto el caso, ni en el texto ni en la exposición de motivos.

231—La responsabilidad de los que delinquen en un intervalo lúcido era la regla en el antiguo derecho.

La Ley romana decía: *Si vero, ut plerumque ad solet, intervallis quibusdam sensu saniore est, num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia, diligenter explorabis; et si quid tale compereris, consules nos, ut aestimemus, anper immanitatem facinoris, si, quum posset videri sentire, commiserit, supplicio afficiendus sit* (1).

La Ley 9, Tit. 1, Part. 7, eximía de responsabilidad «en cuanto durase la locura». Los antiguos jurisconsultos siguieron esta doctrina (2).

Ella se explicaba muy bien en una época en que poco ó nada se sabía acerca de la locura, considerándola de origen divino ó demoníaco y de ninguna manera causa de irresponsabilidad. Hasta que los luminosos estudios de Pinel abrieron nuevos horizontes á la ciencia, la ignorancia en esta materia era tal, que los pobres locos eran víctimas de exorcismos y de penas cruelísimas, por que su enfermedad tenía por origen el pecado. Al declinar el siglo XVIII, comenzó á mirarse con alguna indulgencia á los locos, pero solo en aquellas locuras ruidosas, á gran orquesta, como diría Tarde. ¿Que de extraño entonces que la legislación solo considerase alienados á aquellos que presentaban signos bien aparentes y llamativos de desorden mental y de consiguiente considerase cuerdos á los que no presentaban estos signos visibles para todos? El que

(1) L. 14 Dig., de Officio præsidis.

(2) Farinacio, *De poenis temp.* ques t. 94.

no presentaba signos evidentes de locura era cuerdo; en la constatación de la locura, la ciencia no iba más allá del vulgo.

232—Los progresos de la ciencia psiquiátrica, han hecho ya abandonar ese criterio infantil y estrecho, de considerar loco solo al que presente signos exteriores de alienación y cuerdo al que no los presenta. Por regla general, la anormalidad psíquica no es un acceso pasajero sino un estado permanente que obedece á alteraciones fisiológicas: sus síntomas exteriores pueden exaltarse, deprimirse y aun faltar del todo sin que la enfermedad haya desaparecido; la misma periodicidad de las crisis está demostrando que el morbo sigue trabajando el organismo fisio-psicológico. La clínica médica constata la existencia de numerosas enfermedades en que la periodicidad de los síntomas es la regla y el intervalo entre dos ataques no es sino la salud aparente; lo mismo sucede en ciertas locuras: la lucidez no es sino la apariencia de la salud mental hondamente comprometida. ¿Que alienista que se respete á sí mismo, podría afirmar que el que ha cometido un delito en ese estado y a pesar de la enfermedad que sigue su curso, es un hombre normal y por tanto responsable? ¿Como podría afirmar que en el impulso que lo ha llevado al delito, aparentemente normal, no es un impulso morboso irresistible originado por el mal que trabaja su cerebro? Si el lúcido intervalo es, como dice Friedreich (1), aquel momento de la demencia en el cual quedan latentes los fenómenos de la enagenación mental siempre persistente, ¿como podría concluir que esos fenómenos han sido extraños al hecho de que se ocupa la justicia?

Veamos ahora las opiniones de algunos alienistas y juristas de los más distinguidos.

Dagonet dice: «En el lúcido intervalo, si es verdaderamente tal, no puede sostenerse justamente admi-

(1) Friedreich, *Dell'imputazione dei peccati nel lucido intervallo*.





ble la responsabilidad porque él no es la salud, como en la fiebre intermitente no es la curación el espacio entre dos accesos (1).»

«La importancia de los intervalos lúcidos, dice Krafft-Ebing, es sustancialmente reducida por el hecho que la enfermedad, en estos casos, se disimula solamente en sus manifestaciones externas, pero persiste en la intimidad del individuo. La apariencia de la integridad mental no nos dá la seguridad de que esta integridad sea real. . . . Un loco que se encuentra en un intervalo lúcido, no es por esto más sano de espíritu que lo sea del cuerpo el individuo afectado de fiebre intermitente en el intervalo de los accesos ó el epiléptico en el intervalo de las crisis. Es imposible determinar si los actos cumplidos en un intervalo lúcido no han sufrido la influencia del mismo acceso pasado ó del próximo acceso de la enfermedad. . . . Así, en razón de esto, no es posible atribuir valor alguno á los intervalos lúcidos en las cuestiones penales (2).»

233—Aun los que sostienen la responsabilidad de los que cometen un delito en ese estado, lo hacen con tales distingos que demuestran á las claras la poca seguridad que tienen en su tesis. Así, Legrand de Saulle en el Capítulo que dedica á esta cuestión, concluye reduciendo á tres tipos los actos criminales cometidos durante los intervalos lúcidos ó las fases suspensivas de la locura periódica:

1º «El hecho se ha ejecutado en circunstancias que no permite casi dudar de la plenitud relativa de las facultades. Exponer entonces la influencia de los accesos anteriores de locura sobre la determinación del agente y concluir por la atenuación de la culpabilidad».

Como se vé el autor reconoce la influencia de los acce-

(1) Dagonet, *Nouveau traité des maladies mentales*, pág. 111—V. también en el mismo sentido, Leidesdorf, *Trattato delle malattie ment.*, página 692.

(2) Krafft-Ebing, *Trat. de psicología forense*, p. 419 y sig.



sos anteriores en la determinación del agente. Y bien, si la influencia existe ¿como es posible apreciar su real importancia en la determinación delictuosa y sostener que ella debe disminuir, pero no hacer desaparecer la culpabilidad del agente? ¿existe algún criterio diagnóstico que le permita al perito alienista afirmar el quantum de esa influencia? ¿está seguro el distinguido autor que esa influencia no puede en ningún caso quitar el discernimiento ó el libre albedrío, como él dice? Tan poco lo está, que él recomienda á los médicos que, para apreciar la responsabilidad ó irresponsabilidad, tengan en cuenta el tiempo transcurrido desde el último acceso, como si una cuestión tan ardua y delicada pudiera resolverse con el almanaque; y que tengan en cuenta si la concepción delirante se refiere en algo á la acción imputada, pues en tal caso deben concluir con la irresponsabilidad. Pero entonces no hay intervalo lúcido y la relación entre el delirio y el delito solo puede servir al médico para afirmar la no existencia de él: desde el momento que la lucidez de espíritu está fuera de toda duda, no se vé para que deba buscarse esa relación. De todos modos se vé que esa influencia, en este caso, es suficientemente poderosa para hacer no imputable al agente. De manera que para el médico esta delicadísima cuestión, que compromete tan serios intereses, debe resolverse por medio de tanteos, de cálculos, de conjeturas y concluir empíricamente por la responsabilidad ó irresponsabilidad del agente!

¿No sería mejor si se aceptara la máxima *in dubis pro reo*, declarar simplemente la irresponsabilidad antes que entrar en un terreno tan lleno de dificultades y entregarse al arbitrio del médico que no tiene base segura para un dictámen científico y concluyente?

Los otros dos tipos son: cuando aparezca alguna opresión mental, en el agente á pesar de la lucidez de su espí-

(1) Casper, *Manuale, pratico di medicina legale*, T. 2º, ps. 34º y sig.



ritu ó sobrevengan, después del hecho, delirios ó ataques nerviosos. Salvo la simulación, el autor concluye con la irresponsabilidad en los dos casos.

Casper ⁽¹⁾, después de hablar de las dificultades casi insuperables del diagnóstico para distinguir la curación real de la locura del adormecimiento de ésta en el intervalo lúcido, llega á la misma conclusión de Legrand de Saulle: «Corresponde al juez, dice, decidir si el estado anterior de las facultades intelectuales sea una razón atenuante».

En general, y salvo pocas excepciones, entre las que figura Carrara, todos los criminalistas modernos están por la irresponsabilidad del agente que haya cometido el delito en estado de lúcido intervalo. Basta citar los nombres de Pessina, Crivellari, Inpallomeni, Alimena, Rossi, Le Sellyer, Haus, Nypels, Rauter, Chaubeau y Hélie, Ferri, Prins, Thiry, Vidal, etc., etc.

Pero se nos objetará, acaso, que desde el momento que la locura persiste y que el intervalo lúcido solo presenta la apariencia de la razón, el caso está comprendido en la fórmula general del proyecto. En rigor es así, pero téngase presente que la doctrina de alienistas y juristas no es uniforme, como se ha visto, y que, con una fórmula análoga, el doctor Tejedor sostenía la responsabilidad. ⁽²⁾ No sería, pues, extraño que los tribunales se pronunciaran en sentidos contrarios, ora declarando la responsabilidad, ora la irresponsabilidad, comprometiendo el prestigio de la ley y de la justicia.

234—Al criticar al fórmula empleada por el Proyecto, hicimos notar que, si ella tiene en la ciencia psiquiátrica la generalidad que la comisión le atribuye, debería comprender necesariamente la locura moral. ¿Ha sido la intención de la Comisión eximir de pena á todos los picares de nacimiento? No lo creemos, y si estamos en lo cierto al pensar así, habría que convenir que á la expresión lo-

(1) Casper, *Manuale pratico de medicina legale*, T. 2º, p. 349 y s.

(2) Tejedor, *Proy. de Cód. Pen.* art. 147, inciso 2º, nota.

cura ó enagenación mental hay que darle un significado restringido.

Ahora veamos en que consiste la locura moral y tratemos de demostrar que ella no puede ser ni eximente de responsabilidad ni aún atenuante.

Los diferentes nombres con que ella es conocida explican desde ya su naturaleza. Esquirol y Falret la llamaron *monomanía razonante*, Trelat, *locura lúcida* y Prichard le dió el nombre de *locura moral* con que es más generalmente conocida. He aquí como la define éste: «Una afección mental consistente en una perversión morbosa de los sentimientos naturales, afectos, inclinaciones, humor, estado de ánimo ó impulsos naturales sin apreciable desórden ó deficiencia de la inteligencia ó sea de la facultad cognositiva ó racional y particularmente sin ninguna ilusión ó alucinación morbosa». (1)

Krafft-Ebing, que ha estudiado muy bien este estado degenerativo, nos dá el siguiente cuadro sintomatológico: «Si tratamos de poner de relieve los signos clínicos de este estado degenerativo especial, vemos que se revela como uno de sus fenómenos más salientes y característicos una más ó menos completa incensibilidad moral, una falta de juicios morales y de nociones éticas, mientras que, por el contrario, se tienen juicios que nacen de procesos lógicos respecto á lo que es útil ó nocivo. Por otra parte, pueden haber concebido y momentáneamente observado las leyes de la moral, pero, cuando estas aparecen en la conciencia, quedan sin la acentuación de afectos vivos y de sentimientos: ideas muertas y rígidas, *inútiles y estériles para el hombre defectuoso, el cual, por consiguiente, no encuentra motivos para hacer ó no hacer*. No sienten amor por nadie, ni aún por sus padres, ó por sus hijos y en su corazón se manifiestan el odio, la envidia, la venganza, y como una turbación formal afectiva, encuéntrase

(1) Prichard, *Treatise on insanity* en Leidesdorf, *Trattato delle malattie mentali* p. 57.





en ellos una gran irritabilidad del alma, que unida á la falta de sentimientos morales, alcanza la más grande brutalidad y crueldad, lo que no les impide adquirir afectos patológicos. En el campo intelectual, el enfermo aparece (por lo que respecta á la formación lógica del pensamiento y al obrar conforme á un fin) sin alteración. También la falta de ideas delirantes y de ilusiones sensorias fué hecha notar hasta por Prichard. A pesar de esto, y no obstante su astucia y energía cuando se trata de sus aspiraciones inmorales, estos degenerados son débiles intelectualmente, improductivos, incapaces de alcanzar una posición en la vida y de manifestar una actividad ordenada, dotados de defectuosa capacidad formativa, unilaterales, confusos en el curso de sus ideas, limitadísimos en los juicios, irreflexivos, extravagantes. A pesar de la astucia instintiva que demuestran, sorprende en ellos el olvido de las reglas más comunes de la prudencia en sus acciones delictuosas. Carecen de ciertas intuiciones fundamentales, de ciertos frenos, de perspicacia en los fines y en los modos de la vida. En cuanto á sus tendencias, el defecto ético é intelectual se manifiesta con la completa incapacidad de conducirse por sí y de tener un control en sí mismo.

«En general, estos degenerados muestran relajación y pereza, que son superados sólo cuando tratan de satisfacer sus tendencias inmorales y delictuosas. Son ociosos congénitos é imbéciles morales. Vagabundean, roban, mendigan, se ocupan de frivolidades y tienen horror al trabajo. El libre arbitrio existe, pero, por la falta de ideas morales, queda sujeto, moralmente deprimido y al ojo ciego del enfermo los deberes más elevados de la moral y de las leyes no son sino *reglamentos de policía*, y por esto el peor delincuente aparece á sus ojos como un hombre éticamente sano, el cual ha trasgredido los reglamentos de policía». ⁽¹⁾

1) Krafft-Ebing, *Tratatto clinico delle malattie mentali*, T. I., S. 11. Cap. 11. Véase también la pintura que hace Falret de la índole de los locos morales en el *Dictionnaire encyclopedique des sciences medicales*.

235—Bajo dos aspectos puede considerarse la locura moral, los que nos llevarán á conclusiones diferentes. O bien la perversión de los sentimientos morales va acompañada de turbaciones funcionales cerebrales reconocidas por el alienista y, en tal caso, se trata de una de las formas clínicas de las enfermedades mentales ordinarias, no habiendo razón alguna, entonces, para que la locura moral no sea comprendida en el caso previsto en el inciso 1º que estudiamos.

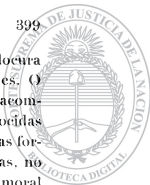
O bien ella no es manifiesta por ningún estado patológico discernible; no se puede constatar la existencia de una lesión ó enfermedad de los centros nerviosos.

Morselli y Varga, entre otros, niegan que la locura moral tenga una forma clínica propia y, por el contrario, reconocen que en la que se llama así, no solo hay perversión de los sentimientos, desviación del sentido moral, sinó desórden en las ideas y, por tanto, verdadera enagenación mental. Morro y Krafft-Ebing sostienen que la locura moral está caracterizada simplemente por la falta de ideas morales no existiendo ninguna lesión ó enfermedad en la inteligencia ó la voluntad.

La verdadera dificultad del problema está en el segundo de los aspectos á que nos hemos referido. ¿Debe ser declarado irresponsable el loco moral en quien la inteligencia y la voluntad funcionan normalmente?

La escuela italiana sostiene la afirmativa, y esta es una de tantas tésis exageradas de esa escuela que no han encontrado aceptación en los modernos criminalistas.

Cualquiera que sea el origen de la perversión de sentimientos del loco moral, aunque ella sea de naturaleza morbosa, desde el momento que la inteligencia y la voluntad quedan en su estado normal, es indudable que él es ó puede ser intimidable, que puede sentir la amenaza que la pena implica y, de consiguiente, debe ser responsable de sus violaciones á la ley penal. Aun en la





hipótesis, que de ninguna manera aceptamos, que esta amenaza fuese ineficaz cerca de él, la pena que se le aplica que no carecerá de ejemplaridad, que es el segundo y más importante de sus efectos. El pueblo no considera al loco moral como un loco en la acepción que él dá á esta palabra, sino como á un ser profundamente pervertido y, lejos de repugnarle que se le aplique una pena, la reclama por que la considera justa. Eximirlo de pena sería un escándalo inútil y un estímulo al crimen.

Como dice bien Prins, frente á los locos morales importa hacer comprender á la multitud que, si ellos no han *podido* talvez obrar de otro modo, han *debido* obrar de otro modo. El derecho penal sustituye entonces para ellos la noción del *deber* á la noción del *poder* y subsiste como derecho penal⁽¹⁾.

Téngase bien presente que los impulsos criminales del loco moral no son irresistibles como algunos enfermos de la voluntad que tienen el delirio de la acción, de que antes hemos hablado. No hay freno moral para él, es cierto, pero la pena puede ser tan eficaz para él como para cualquier hombre normal. Sus actos son perfectamente voluntarios, y es, fuera de duda, un error de Culliére el clasificar á los locos morales entre los locos impulsivos. La ausencia del sentido moral no significa sino la condición favorable para que el delito se realice, pero las impulsiones criminales de los locos morales pueden ser contrarrestadas por el temor á la pena ó el de perder mayores ventajas que las que puede proporcionarle el delito⁽²⁾.

236—Nosotros nos resistimos á aceptar la locura moral como una forma nosológica, esto es, que la privación de sentimientos morales sea de naturaleza morbosa. En muchos casos la obtusidad emotiva es un síntoma de gran valor para el alienista, pues con él se inician ó acompañan verdaderos desórdenes mentales. La pérdida del sentido

(1) Prins, *Science penale et droit positif* n. 402.

(2) Garófalo, *Criminología*, 2ª Part., Cap. I, IV, p. 127.



moral se presenta como el primer síntoma del debilitamiento moral que avanza, en la parálisis general y en la demencia senil. También suele presentarse como el único signo visible de una psicosis aparentemente curada. Todo esto es cierto; lo que negamos es que esa perversión pueda considerarse, por sí sola, como una enfermedad. Como ha dicho Baer, una defectuosidad moral no puede ser considerada como un enfermedad mental, si otros signos de psicosis no intervienen para caracterizarla. No existen locos morales dotados de integridad psíquica (1).

Si así fuera, la inmensa mayoría de los hombres serían enfermos. Los sentimientos elementales de *piEDAD* y *providad*, lejos de ser la regla, como lo piensa Garófalo, son solo el patrimonio de unos pocos. Al lado de los comerciantes de mala fe, los empresarios y proveedores que improvisan fortunas con los dineros del Estado, los políticos que usufructúan las altas posiciones, los patrones que explotan á los obreros, los que viven del juego, los parásitos del Estado y de las diversas profesiones, los que explotan la caridad pública, los gobernantes y magistrados que trafican con su alta investidura, los que con la fuerza y el fraude arrebatan al pueblo sus derechos, los que convierten el comicio en mercado de conciencias, los calumniadores, los duelistas, los disolutos, que forman legión en todas las capas sociales, . . . y tantos otros que sin caer bajo los artículos de la ley ó sin que ésta los alcance, matan, roban, atentan á las buenas costumbres ó al orden de las familias.

Las leyes morales no son observadas sino por los ménos, y si pudiéramos penetrar hasta el fondo de las conciencias, ese número se reduciría enormemente. Suprimid el miedo á la cárcel, el miedo al Diablo, como dice Tarde, el miedo á perder la consideración social que alhaga y aprovecha ¿cuántos quedarán en la recta vía? ¿no

(1) Baer, *Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung*.



llegaría á ser, acaso, una verdad la paradoja de Abrecht, cuando decía en el Congreso de Antropología de Roma, que el delincuente es el normal y anormal el honesto?

«Se persistirá cobarde ó torpemente, dice Mr. Corre, en no reconocer el asesinato, el robo, los delitos de toda clase bajo la arrogancia y la brillante librea de las altas posiciones políticas y financieras. Parece que el delito se va amenguando hasta dejar de ser tal delito, á medida que más se eleva y que los culpables son más merecedores de reprobación y castigo, según las conveniencias sociales. Es una verdad tan vanal como triste, que ninguno de los miserables que comercian con los derechos de sus semejantes vive en las cárceles ni en las prisiones: un grandísimo número de ellos representa personajes virtuosos en el escenario del mundo honrado y opulento. Esto es lo que hará difícil la aplicación de los principios antropológicos al estudio de los criminales. . . . ¿Cuántas personas que pasan por honradas son infames que merecen el grillete, mucho más que aquellos pícaros á quienes ellos se los han remachado!» (1).

La ausencia ó debilitamiento del sentido moral que ha caracterizado á las sociedades primitivas, que caracteriza aún hoy á las sociedades salvajes, que se encuentran en la niñez y en la generalidad de los hombres, como acabamos de decir, no es, pues, una enfermedad, puesto que enfermedad implica anormalidad en el funcionamiento fisiológico.

Clínicamente, la falta de sentido moral por sí mismo no puede calificarse de enfermedad, por que, como dice un ilustre autor de medicina legal, el hombre está enfermo bajo el punto de vista psicológico, cuando difiere de sí mismo (2), y precisamente el diagnóstico diferencial estriba en la comprobación del contraste. Y puesto que

(1) Corre, *Lex Crimenela*, Introducción.

(2) Legrand de Saulle, *Op. cit.* T. 2º, Cap. IV. C. p. 118.

en el loco moral la perversión es congénita, no difiere de sí mismo, y, por tanto, no es enfermo.

237—Lombroso, identificando el *delincuente nato* con el loco moral ⁽¹⁾, considera que la perversión moral de éste es una *anomalía psíquica*, concepto tomado del Dr. Despine que lo usó primero. Supuesto que así sea, esto no modifica en nada nuestras conclusiones, porque anomalía no es enfermedad. No es posible confundir la una con la otra sin alterar el significado mismo de las palabras.

La distinción entre anomalía y enfermedad la hacía ya el derecho romano, puesto que corresponde de lleno á la de *vitium* y *morbus* de ese derecho. Explicando el significado de estas palabras, el Digesto dice: *Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuam corporis impedimentum veluti si luscus sit; nam et luscus itaque vitiosus est* ⁽²⁾.

Nadie podría decir que tener seis dedos en una mano en lugar de cinco sea una enfermedad: todos estaremos conformes, por el contrario, en clasificar de anomalía este hecho.

Por otra parte, la anomalía tiene carácter permanente, como dice la ley romana citada: ella dura lo que dura la persona que la tiene. La enfermedad, por el contrario, tiene una marcha regresiva ó progresiva, tiende á sanar ó destruir el organismo, nunca es estable. Cualquiera de las formas de la enagenación mental presenta este carácter: ó se cura ó encuentra como término la muerte ⁽³⁾.

Además, las enfermedades mentales son enfermeda-

(1) En el mismo campo antropológico no se acepta la identificación del criminal nato con el loco moral, y así Garófalo y Fioretti la niegan resueltamente.—Garófalo, *Criminología*, 2ª part., C. I, p. 128. — *La Escuela criminológica positiva-Polémica*, de G. Fioretti, IV, p. 269 y sig.

(2) L. 101, § 2, *Dig. De verborum significationi*. Aplicaciones de esta distinción las encontraremos en el lib. XXI, tit. I del Digesto.

(3) Fioretti, *La Escuela Criminológica positiva*.—Polémica IV, p. 270.—Garófalo, *Criminología*, p. 120.





des del cuerpo, de naturaleza enteramente orgánica, y las opiniones de Regnault y Troplong que niegan al médico competencia para apreciar la responsabilidad fundada sobre el estado mental ⁽¹⁾, no se pueden ya tomar á lo serio. Y bien, salvo el caso de que la perversidad sea un síntoma de una gran neurósis como la epilepsia ó el isterismo ó de la parálisis general, en su período prodrómico, ó el anuncio de la demencia semil, la perversión del sentido moral no responde á ninguna alteración del sistema nervioso y, de consiguiente, no presenta carácter orgánica alguno.

238—Hay más aún. Como hace notar con mucha razón Garófalo, las expresiones *estado fisiológico* y *estado patológico* hay que referirlas á toda la especie humana y no á determinadas razas. Estos estados son los mismos, ya se trate de europeos, de africanos ó de fueguinos. Ahora bien, en cualquier raza ó en cualquiera época, el desorden de las ideas ó de los fenómenos propios de la enagenación mental son ó han sido considerados como una enfermedad, por que la razón es patrimonio común á todos los hombres. En cambio, el sentido moral no se encuentra en el mismo caso. El hombre primitivo carecía de él, como lo hace notar Spencer. Su rasgo fundamental era la impulsividad que ponía obstáculo á la aparición de los sentimientos *ego altruistas* que tienen su origen en la simpatía, la que solo pudo nacer cuando los hombres mantuvieron relaciones mútuas por la cooperación, los beneficios recíprocos y los placeres que son su consecuencia. Como ha dicho el mismo ilustre autor, en la hipótesis de la evolución, el hombre civilizado ha ido atravesando fases que representan las que la raza ha recorrido, de manera que en la infancia de esta encontraremos los rasgos fundamentales de la de aquel ⁽²⁾. La crueldad, característica de la niñez, ha debido existir, de

(1) *Traité des donations et des testaments*, t. I, p. 120.

(2) Spencer, *Principios de Sociología*, t. I, cap. VI, n° 33.

consiguiente, en la infancia de las sociedades. El sentimiento moral, pues, lejos de ser primitivo, es relativamente reciente, y lo prueba su evolución, que de simple adaptación de actos á fines, ha llegado á presentar la complejidad de sentimientos y de ideas que lo constituyen (1). Este hecho, de que el sentido moral es un producto reciente de la vida social, lo podemos deducir de una ley biológica constatada por los fisiólogos, que es la siguiente: Que en el orden biológico la disolución se hace en sentido inverso de la evolución, esto es, va de lo complejo á lo sencillo (2). Jakson ha demostrado que las funciones superiores, complejas, especiales, voluntarias del sistema nervioso son las primeras en desaparecer: que las funciones inferiores, sencillas, generales, automáticas desaparecen las últimas (3). Ribot comprueba esta ley que él llama de *regresión* ó de *reversión* en la destrucción progresiva de la memoria, que va de lo más complejo á lo más simple, hasta que desaparecen los últimos lo que es así enteramente orgánico: la rutina diaria, los hábitos más antiguos (4). Lo mismo en el caso de disolución de la voluntad: la desolución sigue una marcha regresiva, de lo más complejo á lo más sencillo, es decir, al automatismo (5), y en la disolución de la personalidad (6). Ahora bien, es sabido, y en esto están de acuerdo todos los alienistas, que en las enfermedades mentales que comienzan, lo primero que se pierde es el sentido moral, y es por esto que Equirol daba por base á la enagenación mental la *enagenación moral*. Este hecho incontestable prueba, según la ley referida, que el sentido moral es el últi-

(1) Spencer, *fundamentos de la moral*, cap. VII.

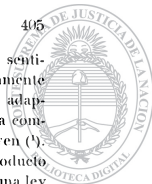
(2) Esto se deduce también de la doctrina de la evolución de Spencer y de la *disolución* que es su contrario. Spencer, *Primeros principios*, cap. XII, XVII y XXIII.

(3) Jakson, *Clinical and physiol. researches on the nervous System*.

(4) Ribot, *Les maladies de la mémoire*, chap. II y III.

(5) Ribot, *Les maladies de la volonté*, chap. VI.

(6) Ribot, *Les maladies de la personnalité*, chap. IV.





mo perfeccionamiento á que ha llegado el hombre en su proceso evolutivo.

Luego, si el hombre no ha estado provisto siempre de sentido moral, este no es esencial á su mecanismo psicológico, está lejos de ser esa especie de entidad metafísica que se ha pretendido hacer de él, y puede faltarle sin que esto constituya una enfermedad, como no la constituye la carencia de sentido estético, la indiferencia ante una partitura de Wagner ó un cuadro de Rafael.

239—Aceptando que en los pueblos civilizados sea excepcional la perversión de ese sentimiento, no lo es de manera alguna en muchos pueblos salvajes en los que esa perversión constituye, más bien, la característica de la raza.

Los *neozelandeses* y los *fidgianos* matan por el solo placer de matar, y si existe algún sentimiento de piedad, él no traspasa los límites de la familia, y Darwin hace notar que entre los *fueguinos* ni ese sentimiento familiar parece existir ⁽¹⁾. Los *tupis* son vengativos y crueles: cuando cojen un animal en el lazo lo hacen morir á fuerza de golpes «con el fin de martirizarlo todo lo posible». Galtón aplica á los *damaras* los calificativos de viles, ladrones y asesinos y Anderson los llama «miserables rematados». Los *bhilos* de la India son crueles, vengativos y prontos á cometer un asesinato por una recompensa insignificante. En cambio, los naturales de Nueva Caledonia son amables é inclinados á la bondad, los *taitianos* alegres y buenos, los *javanese*s dulces, joviales y de buen humor, los de las islas de Sandwich sosegados y dóciles, etc. ⁽²⁾. Es conocida, por otra parte, la crueldad y depravación

⁽¹⁾ Darwin, *Viaje al rededor del mundo*, T. I, Cap. 10, p. 327. Relata el caso de un padre que estrelló contra las rocas á su hijo pequeño porque había derramado en el mar un cesto de huevos. — Y Spencer dice que en épocas de escasez no tienen reparo en dar muerte á las viejas y devorarlas. Soc., T. I. p. 73.

⁽²⁾ Spencer, *Principios de sociología*, T. I, Cap. 6 p. 78.

vacación en los pueblos de la antigüedad ⁽¹⁾ y en los de la edad media ⁽²⁾.

De manera, que un mismo individuo sería considerado sano en la época de Nerón, muy enfermo en nuestros pueblos civilizados, sano en Nueva Zelandia y enfermo en Nueva Caledonia! Con razón dice Garófalo: «Esto es absurdo; cuando se habla de condiciones patológicas, no se pregunta si el hombre es moderno, ó si pertenece á los tiempos heroicos ó á la época de piedra: trátase de un malayo, de un polinesio ó de un anglo-sajón, las condiciones *esenciales* de la vida humana son las mismas, sin que puedan variar de una época ó de una raza á otra ⁽³⁾.

240—Estamos, pues, autorizados á concluir que los locos morales no son enfermos, no son tales locos, y á esta misma conclusión llegan sabios de las diferentes escuelas modernas. He aquí las palabras de un positivista distinguido: «Es fácil deducir de aquí que el *delincuente nato*, ó sea el individuo permanentemente desprovisto de sentido moral, nunca podrá ser llamado loco. Ha sido una verdadera desgracia para la escuela positivista que se le haya dado el nombre de *loco moral*, cuando la locura nada tiene que ver en eso. Pero, las que tratan de sacar partido de esta desgraciada circunstancia para acusarnos de confundir el delincuente con el loco, no hacen, como diría Lombroso, más que «jugar ante los idiotas con la homofonía de las palabras»: el loco moral no es un loco; eso es todo» ⁽⁴⁾.

Tarde, que no es positivista y cuya doctrina de la responsabilidad fundada en la identidad personal y en la similitud social es conocida, dice: «Apliquemos aquí nuestros principios y veremos que la locura moral innata, ó por

(1) Tácito dice: «Crueldades mayores dentro de Roma, donde la nobleza, la riqueza y las honras fué delito el rehusarlos y el tenerlos y el ser un hombre virtuoso ocasión de certísima muerte». *Las Historias*, Lib. I, p. 3.

(2) Guizot, *Historia de la civilización europea*, p. 150.

(3) Garófalo, *Op. cit.*, p. 131.

(4) Fioretti, *Op. cit.*, p. 271 y también Garófalo, *Op. cit.*, p. 2, Cap. I. IV.





mejor decir, la imbecilidad moral, es precisamente lo opuesto de la locura verdadera. Esta es una *enagenación* de la persona, de donde se sigue que los actos repulados nuestros en realidad no emana de nosotros . . . Aquí la *identidad* no existe pero la *similitud* subsiste. Al contrario, he aquí un Brinvilliers, un Tropman, un hombre nacido sin piedad, sin equidad, sin vergüenza; él envenena, apuñalea, viola una mujer ó un niño; ¿se puede decir que él es otro ejecutando esta maldad? Es el mismo; pero cuando más se conforma con su naturaleza esencial, más se muestra y acentúa su semejanza profunda con su medio social . . . Se puede concluir de aquí que la condición de *identidad* es perfectamente llenada, pero la de *similitud* imperfectamente. En el primer caso (locura) la principal condición falta absolutamente y en el segundo, solo falta la accesoria y en parte» (1).

Hemos dicho antes que el criterio práctico para distinguir los que son responsables de los que no lo son, reside en la normalidad fisiológica. Los locos morales no presentan ninguna disociación ni perturbación en sus funciones orgánicas; las condiciones fisiológicas siguen siendo las mismas; no hay, pues, anormalidad fisiológica y, por tanto, son responsables.

241—La Comisión considera que el *justo dolor* está comprendido en la expresión «enagenación mental», según lo asevera en su informe. Esto es ya demasiado.

No hay psicólogo en el mundo que equipare los efectos del dolor ó cualquiera otra emoción, por intensa que sea, á los de la enagenación mental. Pero entendámonos. No negamos que una emoción ó pasión demasiado intensa pueda producir la locura, aunque muy rara vez, y más de un alienista así lo enseña (2); pero entonces estamos en presencia de una enagenación mental como cualquiera

(1) Tarde, *La Philosophie Penale*, ps. 178 y sig.

(2) Esquirol, *Des passions considérées comme causes, symptômes et moyen curatifs de l'alienation mentale*.—Liard, *Considerations sur les phénomènes physiologiques et pathologiques des passions*, etc.



otra, tóxica, histérica, etc., y es atribución de los peritos constatarla. Lo que sí decimos, es que ellas, en sus efectos, no pueden igualarse á la locura, como parece entenderlo la Comisión. Tomamos al azar, entre muchos autores, á Legrand du Saulle y leemos:—«¿Se pueden asimilar las pasiones á la locura? Evidentemente nó. Las pasiones violentas impresionan el juicio, influyen sobre él de una manera lamentable; pero no lo destruyen. Conducen muchas veces al espíritu á resoluciones extremas, pero no imprimen en el cerebro ninguna huella patológica. Concedo que en algunos casos hagan doblegar la voluntad; pero la responsabilidad moral está solo disminuida y no anulada⁽¹⁾.

La locura pertenece á la patología, nace de una lesión orgánica: las emociones y las pasiones pertenecen á la psicología del hombre normal, de tal manera, que no es casi posible concebir un hombre desprovisto de ellas, y gracias á las mismas, lucha, triunfa, progresa, y la humanidad también.

La emoción ó pasión, por intensa que sea, aunque llegue con la idea fija, hasta hipnotizar al hombre, como piensa Bourget, no llega á ofuscar el alma hasta hacer el acto inconsciente. Un grupo de representaciones adquiere un predominio casi exclusivo, alejando todas las demás, una tendencia anula á todas las otras confiscando momentaneamente toda la actividad, y es la emoción: ó ésta perdura hasta hacerse crónica, abriendo las puertas á todas las representaciones que la favorecen y cerrándolas á las que la contradicen, dando á todo lo que pasa en la conciencia su propio color, y es la pasión; pero esta alteración en el campo afectivo producida por una ú otra, por grande que sea, no obscurece la inteligencia ó paraliza la voluntad hasta el punto de poder producir la irresponsabilidad. Por fuerte que sea el impulso emocional que arrastre á un hombre al delito, en un momento dado,

(1) Legrand du Saulle, *Op. cit.*, T. I, p. 526.



siempre queda bastante luz en la conciencia para poder resistirlo victoriosamente. Y cada uno de nosotros encuentra dentro de sí mismo la comprobación de esta verdad: ¿quién no ha sentido alguna vez una emoción intensa ó ha sido presa de una pasión que llenaba toda la vida? Y, sin embargo, en la generalidad de los casos, ni siquiera ha aparecido por un momento, como posible, la idea del delito, y dentro de nosotros mismos hemos encontrado la fuerza necesaria para dominarlas. Es porque existe esa posibilidad de dominarlas, que un escritor ha dicho: «Los sabios de todos los tiempos y de todos los países no tuvieron en sus escritos y discursos sino un fin: el de enseñarnos el arte de combatir y de vencer nuestras pasiones, y en este estudio consiste toda la filosofía.» (1)

Claro es que hablamos de las emociones del hombre normal; pero cuando estas emociones se hacen morbosas, estamos en el campo de la patología, que no es en el que nos colocamos ahora. ¿Pero existe algún criterio científico para distinguir las emociones sanas de las morbosas? Feré lo ha dado, y los caracteres de la emoción morbo-
bosa, según él, son los siguientes: 1.º Cuando sus concomitancias fisiológicas se presentan con una intensidad extraordinaria; 2.º Cuando se produce sin causa determinada suficiente; 3.º Cuando sus efectos se prolongan fuera de lo regular. (2)

La Comisión va aún más lejos. Para que el dolor produzca un trastorno de las facultades mentales no necesita tener una excepcional intensidad; cualquiera que sea esta intensidad, él produce ese efecto siendo *justo*. Ésto es sencillamente absurdo y la Comisión será la primera en reconocerlo.

Por otra parte, si el dolor, y aún el *intenso* dolor puede equipararse en sus efectos á la locura, es decir, si produce un tal trastorno psíquico que el agente no pue-

1) Segur, *Galerie morale et politique*.

(2) Feré, *Pathologie des émotions*, p. 223.



de ser responsable de sus actos. ¿por qué la exigencia de que sea justo? Justo ó injusto el dolor, desde el momento que él quita el conocimiento ó la conciencia del acto, el agente no puede ser responsable de él, y á lo más, sería una responsabilidad *exculpa* por haberse dejado llevar á ese extremo. Cuando un individuo comete un delito en estado de locura, nadie se preocupa, á los efectos de la responsabilidad, de saber si ella se haya producido por sus vicios y vida desordenada ó por la fatalidad de la herencia ú otra causa que no le sea imputable. Está loco y basta.

El error de la Comisión consiste en equiparar el dolor á la locura. Pudo, si le parecía conveniente, eximir de responsabilidad al que ha cometido un delito impulsado por injusto dolor, pero sin confundir lo que es inconfundible; la emoción ó pasión y la locura.

242—Analicemos el dolor y veamos como debe ser apreciado por el legislador.

Kant ⁽¹⁾ dividió las emociones en *esténicas* y *asténicas* según que producen aumento ó disminución de fuerzas, y así la ira es emoción estética, y el dolor ó el miedo, asténica. Esta sabia división ha sido aceptada por todos los psicólogos.

Por poco que nos detengamos en estudiar los efectos del dolor, se vé que él es un sentimiento de carácter asténico porque deprime el tono general de la vida, debilita nuestra energía orgánica y, en general, todas las funciones vitales. Produce constricción de los vasos motores y de ahí disminución del calibre de las arterias, anemia y enfriamiento de las extremidades, y modifica la innervación muscular, disminuyéndola. Hay antipatía para todo esfuerzo muscular, para todo trabajo y para todo ejercicio del cuerpo (2). Los experimentos, dice Feré, concuerdan

(1) Kant, *Antropologie im pragmatischen Hluisicht*, III, p. 73 y sig.

(2) Lange, *Sur les emotions*.



perfectamente para mostrar que las sensaciones agradables van acompañadas de un aumento de energía, mientras que las desagradables lo están de una disminución. La sensación de placer se resuelve, pues, en una sensación de potencia, la de disgusto en una de impotencia. (1) Desde la antigüedad hasta hoy, existe un acuerdo completo de las diversas escuelas sobre el principio que acabamos de enunciar, esto es, de que el placer tiene por condición un acrecentamiento, el dolor una disminución de actividad, por lo que no necesitamos insistir más.

Y bien, dada su naturaleza asténica, el dolor puede llevar al suicidio, pero no puede generar el delito; para que éste tenga lugar se necesita que el dolor se convierta en ira. En todos los casos, la emoción que produce inmediatamente el delito es la ira; pero en unos casos esta es primitiva, en otros, derivada de otra emoción ó sentimiento: el dolor.

243—Es, pues, un error en que ha incurrido el Código italiano al hablar de delitos cometidos en el ímpetu de justo dolor. El factor único del delito es la ira, y el dolor solo debe tomarse para apreciar aquella en su justo valor, como un motivo menos antisocial y, por tanto, más excusable. Es evidente que el que comete un delito impulsado por la cólera que nace de un intenso y justo dolor, es menos peligroso que el que lo comete por la cólera que se despierta súbitamente ante una provocación, y mucho menos que la que produce una vulgar riña de taberna. Como se ha dicho con razón, cualquiera pasaría la noche, sin temor alguno, en una misma habitación con un vengador de su honor y no la pasaría con un homicida de otro género (2).

Y precisamente, porque tiene mucho de artificial y de falsa esta distinción entre delitos cometidos por ímpetu de dolor é ímpetu de ira, es que los más grandes crimina-

(1) Feré, *Sensation et mouvement*, p. 64.

(2) Alimena, *Ob. cit.*, T. 3, p. 265.



listas italianos han tratado en vano de encontrar un criterio que sirva para distinguir los unos de los otros.

Carrara ⁽¹⁾ sostiene que se tiene la provocación derivada de la ira, cuando la ofensa cae sobre la propia persona del provocado, y se tiene el justo dolor, cuando cae sobre algún objeto de su legítima afección. Distingue en seguida tres casos de justo dolor: 1º En la reacción á una ofensa llevada contra una persona querida; 2º En el propietario que mata al ladrón cogido *infraganti* ó al que lleva un daño á su propiedad, cuando no concurren los extremos de la legítima defensa ó del exceso, y 3º En el marido, padre ó hermano que mata á los amantes sorprendidos *infraganti* en acto torpe.

Pero cualquiera vé que en estos tres casos, es la ira la que únicamente empuja al delito, elevada, ennoblecida por el sentimiento que le dá origen, y, en todo caso, existen las dos emociones que se compenetran, pero siendo la ira, sentimiento esténico, la única que ha podido producir el hecho, como lo reconoce el mismo ilustre profesor, que llama al dolor sentimiento *adinámico*, incapaz de impulsar al delito si no degenera en ira. En los dos primeros casos, no puede haber duda de la debilidad de la teoría de Carrara; refirámonos, pues, solo al último, al homicidio *in rebus veneris*, el caso más típico de homicidio por justo dolor. ¿Cómo sostener que la ofensa á la hija no lo sea, y aún mayor, al padre? ¿Cómo sostener que en la hipótesis del adulterio haya una ofensa á la esposa y no al marido? Si uno ú otro matan á los culpables, es porque se venga, no la ofensa hecha á la mujer ó la hija, sino la que se intiere al honor del matador. Sería una singular manera de vengar la ofensa á una persona querida, matándola!

Conti ⁽²⁾, por el contrario, pretende que ese criterio

(1) Carrara, *Programma*, §§ 1314 y sigs.

(2) Conti, *Della imputabilità e delle cause che l'escludono ó la diminuiscono*, en Cogliolo, *Trat. de Dir. pen.*, T. I, P. II,



se encuentra en el tiempo que separa la reacción de la ofensa, de manera que se tiene el impetu de ira cuando la reacción es inmediata y el impetu de dolor cuando ella se produzca más tarde.

Es verdad que la ira, así como estalla bruscamente, desaparece con rapidez, y por eso Horacio la llamó *furor brevis* y Aristóteles veía en esta rapidez una ventaja ⁽¹⁾; en tanto que el dolor es, por lo general, más duradero; pero es innegable, y para confirmarlo basta la experiencia de cada uno, que hay iras que duran y el dolor muchas veces nace de golpe. Por otra parte, ¿qué criterio seguro podríamos adoptar para fijar ese tiempo? La reacción inmediata en caso de ira ¿debe producirse en el mismo momento en que la ofensa se infiere ó puede pasar algún tiempo? Desde el derecho Romano, ha sido imposible uniformar opiniones á este respecto. Ulpiano pensaba que podían transcurrir algunas horas, con tal que el ofendido persiguiese al ofensor: « *Quod si non affectavit, sed dum adulterum occidit prefugit filia et, interpositis horis, adprehensa est á patre, qui persequabatur: incontinenti videbitur occidisse* » ⁽²⁾. Posteriormente, Baiardo enseñaba que la reacción podía verificarse al día siguiente: *Propulsatio injuriæ dicitur facta incontinenti si die sequenti facta fuerit* » ⁽³⁾. Nicolini pensaba que este término debiese ser, por lo menos, de veinte y cuatro horas y aún de varios días ⁽⁴⁾. El Código de Montenegro reduce ese plazo á una hora. Farinacio enseñaba que se producía la reacción incontinenti, siempre que el ofendido no hubiera pasado á actos extraños: *Crederem incontinenti dici etiam post rixam, dummodo cessanti calore rixæ et iræ offensus non deverterit ad estraneos actus* ⁽⁵⁾,

(1) Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, IV, 5.

(2) Ulpiano, *Ad legem Julianæ de adulteriis*, Dig. XLVIII.

(3) Baiardo, *Ad Julium Clarum*, § *Homicidium*, n° 117.

(4) Nicolini, *Questioni di diritto*, III, XI, 11.

(5) *Praxis et theoria crim. Quest.* CXXV, n° 342.

Se vé, que el criterio distintivo de Conti es inaceptable por su vaguedad, lo que, en la práctica, produciría inconvenientes muy serios.

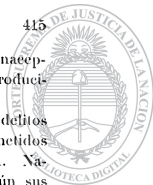
Pensamos, pues, que la ley no debe hablar de delitos cometidos en el ímpetu de dolor, sino de los cometidos por el ímpetu de ira ó sea de la injusta provocación. Naturalmente, esta sería más ó menos atenuante según sus causas, entre las cuales el intenso é injusto dolor tiene capital importancia. *Non tan iræ quam causa iræ excusat.*

244—Pero el dolor como causa mediata de un crimen ¿puede llegar á ser eximente, es decir, eximir de pena al agente?

Ya hemos dicho que pensamos que nó, porque el dolor, por intenso que sea, no puede llegar hasta privar de conocimiento ó de la conciencia de lo que se hace. Y aún supuesto que en algún caso excepcional tuviera ese efecto ¿cómo podría el Juez constatarlo? ¿Y cuántos criminales, como observa Le Sellyer, no tratarían de fingir esa locura transitoria para obtener la absolución de su delito? Y además, como ya hicimos notar, ese efecto no depende de la justicia de la causa, sino de la intensidad, de la energía de la emoción ó pasión y del temperamento del agente, de manera que justa ó injusta la causa, ese efecto se produciría y deberíamos absolver lo mismo al ladrón que mata al propietario en el momento que es sorprendido, que al marido que mata al amante de su mujer!

Por justa que sea la causa que haya provocado el delito, el Estado no puede reconocer á los particulares el derecho de hacerse justicia por sus manos, porque semejante derecho sería la negación de todo orden social y de toda justicia.

Atenuese todo lo que se quiera la pena á semejantes delinquentes que poco ó ningún peligro ofrecen á la sociedad y que se tiene seguridad de que no reincidirán, pero





no se les reconozca ese derecho exorbitante y bárbaro de hacerse justicia por sí mismo, como lo hace nuestro Código Penal. «Cuan grande es el predominio de la preocupación que así dispone de la vida humana y que erige en un derecho el asesinato cometido por arrebató y por venganza! Nosotros los cristianos, leamos lo que sobre el particular escribieron los jurisconsultos y los emperadores paganos» (1).

245—Y puesto que el eminente criminalista francés nos recuerda el derecho romano, bueno será mencionar lo que este dispone respecto á los delitos *in rebus venenis*, los más notables entre los provocados por justo dolor.

Las leyes romanas solo eximían de pena al padre que mataba á la hija y al cómplice sorprendidos en adulterio por la excesiva extensión que daban á la patria potestad, y lo prueba el hecho de que, cuando él era aún hijo de familia, carecía de ese derecho: *sic eveniet ut nec pater nec avus possint occidere* (2).

Al marido se le negaba explícitamente ese derecho: *patri non marito, mulierem permissum est occidere* (3); y Papiniano da la razón: *ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refrenandus* (4). Pero si el marido á pesar de la disposición de la ley, mataba á la culpable sorprendida en flagrante adulterio, se atenuaba la pena y, en lugar de la capital, se imponía trabajos públicos perpetuos, si el marido era de condición humilde, y relegación á una isla, si era de condición elevada: *sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insula relegari* (5). Y la razón de esta mitigación la da la misma ley: *ultimum supplicium remitti potest*.

(1) Ortolan, *Traité de Droit Pen.*, T. I, n° 196.

(2) Ley 21, *Dig., ad leg. Jul. de adult.*

(3) Ley 22, § 4, *Dig. id.*

(4) Ley 22, § 4, *id.*

(5) Ley 38, § 8 *Dig. id.*



cum sit difficillimum justum dolorem temporare. Y es á esta conmutación, á la que Ulpiano llama perdón: *si maritus in adulterio deprehensam uxorem occidat, ignoscitur si* (1). En cuanto al cómplice, si era vil, el marido que le mataba quedaba exento de pena.

Como se vé el derecho romano ó los jurisconsultos de esa Nación no creían que el justo dolor debía eximir de pena y solo la atenuaban porque es muy difícil templar el justo dolor del marido ofendido. En este caso, como en el de cualquier homicidio que naciese de un movimiento imprevisto producido por la pasión, existía una excusa (atenuación) cuya apreciación se dejaba á la conciencia del Juez.

Julio Claro, en la Edad Media, sostenía la misma doctrina del derecho romano, y en una breve sentencia precisa la influencia de la ira en la culpabilidad, en la que se comprende el justo dolor: *«Est etiam ira furor brevis. Quæro igitur an de delictis excuset? Tu vero dic, quod aut ira provenit ex justa causa; et tunc non excusatur in totum, sed ut delinquens mitius puniatur, ut in viro occidente uxorem repertam in adulterio...; aut vero non provenit ex justa causa: et tunc in nihilo excusatur»* (2).

Los criminalistas modernos están contestes en considerar el justo dolor como atenuante, jamás, como un eximente de pena. Citamos los siguientes autores que tenemos más á la mano: Ortolan, Boitard, Bertauld, Rossi, Haus, Garraud, Prins, Vidal, Crivellari, Impallomeni, Macacci, Berner, Chauveau y Hélie, Carrara, Pessina, Tissot, de la Grasserie, Le Sellyer, Trebutien, Magri, Tuozzi, etc.

Los únicos autores que llegan hasta sostener la irresponsabilidad en casos de extrema intensidad de la pasión, son: Rauter, Schaper, Alimena y Paoli.

1) Ley 3, § 3, *Dig., De Seto Nisam*.

2) Clarus, *Practica criminalis*, liv. V., quest. 40. N.º 9, p. 462.



En cuanto á los Códigos, los únicos en el mundo que establecen la irresponsabilidad para los autores de delitos *in rebus veneris*, son: el de Montenegro, República del Uruguay, el de Chile y el nuestro, es decir los de menos autoridad científica. También la establece el proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo (1).

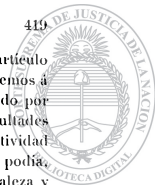
246—Creemos haber demostrado que la fórmula adoptada por el Proyecto es inaceptable, bajo cualquier punto de vista que se la mire, y que ella produciría entre nosotros las mismas dificultades que la fórmula igualmente simplista del Código Francés ha producido en ese país, apenas salvadas por una sabia y secular jurisprudencia.

Nuestra tarea sería incompleta sinó manifestáramos la manera como creemos debe ser redactado el inciso que nos ocupa de modo que pueda comprender, en su generalidad, todos los casos de irresponsabilidad de origen psíquico, para emplear los mismos términos de la Comisión en su informe.

No se nos oculta la dificultad de encontrar una fórmula breve y suficientemente comprensiva, que ofrezca la solución de todas las dificultades que puedan presentarse en la práctica, y, aún encontrada, la no menos grande de hacerla aceptar por todos, si se carece, lo que es nuestro caso, de la autoridad científica necesaria.

Felizmente nuestra tarea ha sido singularmente facilitada por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los Proyectos del Código Penal, uno de los más científicos que se hayan publicado hasta hoy y que lleva la gran autoridad de sus sabios redactores. Como se comprende, una fórmula como la que buscamos es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues todos ellos, cualesquiera que sean su raza ó costumbres, reconocen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico.

(1) Alimena *Op. cit.*, T. 3. Cp. IV-III, p. 373.



El Proyecto á que nos referimos es el ruso, y el artículo el mismo que ya hemos trascrito y que ahora volvemos á repetir: «Art. 35. No es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea por alteraciones morbosas de la actividad de su alma, sea en un estado de inconciencia, no podía, en el momento de la acción, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacia ó dirigir sus acciones.»

Este texto, cuya redacción podría mejorarse, pues lo hemos traducido literalmente de la versión francesa, es, en nuestro concepto, preciso y no comprende ni más ni menos de lo que él debe contener. Comprende todos los casos de irresponsabilidad de que hemos hablado en esta larga exposición, y no los que, como la locura moral ó el intenso dolor no son causas de irresponsabilidad, salvo, en el último caso, que se llegara á constatar, lo que nos parece imposible, que el dolor produjo tal perturbación psíquica que el agente no pudo comprender la naturaleza ó el sentido de su acción, y, si tal cosa se pudiera comprobar científicamente, es evidente que el agente sería irresponsable. Menos breve que el que hemos también trascrito del Proyecto suizo y que ha tenido la aprobación de todos los alienistas de ese país, es, en cambio, más claro y se presta menos al abuso en la práctica judicial. No se limita, como este, á mencionar la locura, idiotéz é inconciencia, sinó que la excesiva y peligrosa generalidad de estas expresiones es limitada por la exigencia de que ellas sean tales que priven del discernimiento ó de la posibilidad de dirigir sus acciones. En otros términos, no basta que exista una enfermedad psíquica cualquiera, sinó que ella debe ser tal que en el momento de la acción impida comprender la naturaleza y el sentido de lo que se hace, esto es, prive del discernimiento necesario á la imputabilidad ó, aunque él exista, prive del poder de conformar la conducta á las claras indicaciones de la razón.



247—La fórmula transcrita precisa las causas que pueden suprimir, sea el discernimiento, sea la voluntad y las lleva á tres principales.

La insuficiencia de las facultades mentales comprende la demencia *stricto sensu*, la imbecilidad y la sordomudez en los casos en que esta suprime la responsabilidad según lo que antes hemos dicho.

La alteración morbosa del espíritu comprende la enagenación mental en sus diversas formas, la epilepsia, la histeria y las enfermedades de la voluntad.

Por último, la inconsciencia que comprende todo estado anormal del organismo, sea ó no consecuencia de una enfermedad propiamente dicha, como por ejemplo: el sonambulismo, el hipnotismo, la embriaguez, el morfínismo y cocainismo ⁽¹⁾ y ciertas alteraciones psíquicas que sobrevienen en estados que se pueden llamar fisiológicos, como los producidos por la edad y, principalmente, en ciertas épocas de la vida de la mujer, durante la menstruación, el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia.

Icard hace notar que ciertas mujeres, en las épocas de la menstruación, tienen tendencias al hurto, al incendio, al homicidio y á la destrucción. Particularmente al despertarse la pubertad, la menstruación y la amenorrea son, á veces, causas de disturbios psíquicos ⁽²⁾.

(1) Al igual de la embriaguez, el abuso de la morfina y de la cocaína puede producir una turbación en las facultades psíquicas que traiga la irresponsabilidad. El uso habitual de estas sustancias produce una intoxicación que reobra sobre las facultades mentales, sobre todo, sobre la voluntad. En general, estos individuos son pocos propensos á cometer delitos por la debilidad de su voluntad, pero cuando les falta la morfina pueden llegar á cometer cualquier delito para procurársela, produciéndose el *hambre* de ella que puede llegar hasta el delirio, hasta la impulsión irresistible al robo del medicamento ó del dinero para comprarlo. La privación de la cocaína no determina, como la de la morfina, el delirio de la abstinencia. El cocainismo puede determinar un delirio sensorial alucinatorio, análogo al delirio alcohólico, de la vista y del oído y producir el delirio de las persecuciones.

(2) Icard, *La Femme durant la période menstruelle*.

Durante el embarazo, es frecuente la melancolía y se notan tendencias al hurto y deseos, á veces, irresistibles.

Leidesdorf enseña que durante el parto y por pocas horas, se desarrolla bruscamente una manía furiosa con actos hostiles (1).

En el quinto y décimo día del puerperio aparece, á veces, la locura puerperal bajo la forma de manía. (2)

La lactancia produce, á veces, una locura especial que tiene por causa la anemia. (3)

Estos estados psíquicos producirán la irresponsabilidad siempre que se verifique la conclusión final del inciso: que el que los sufre no haya comprendido la naturaleza y el sentido de lo que ha hecho ó no haya podido dirigir su acción.

Como hemos dicho, en esta fórmula no está comprendida la locura moral porque en los que la padecen queda el discernimiento y queda íntegra la voluntad y solo la falta de una de las dos trae la irresponsabilidad, cualquiera que sean las alteraciones en el campo efectivo.

Para concluir con esta parte de nuestro trabajo, hacemos notar, que así como el inciso 1º del art. 71 establece, muy sabiamente, que en caso de enfermedad mental el Juez debe ordenar la reclusión del agente en un manicomio (debiera haber dicho en un manicomio criminal ó en una sección del manicomio general), debe también disponer que el Juez ordene, igualmente, la reclusión de todo ébrio habitual ó crónico y también de los envidados en la cocaína y morfina absueltos, en un asilo especial de bebedores cuya creación entre nosotros es ya urgente.

(1) Laidesclorf, *Trat. delle malattie ment.*, p. 288.

(2) Krafft-Ebing, *Op. cit.*, I., p. 260.

(3) Krafft-Ebing, *Op. cit.*, I., p. 262.



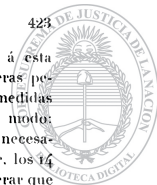
MENOR EDAD

248—Poco tenemos que decir respecto al inc. 2º del art. 41 del Proyecto, que prevé la irresponsabilidad de los menores de 14 años, pues en otro lugar hemos estudiado este inciso con motivo de la delincuencia juvenil. Como se recordará, en esa oportunidad decíamos que el límite de 14 años puesto por el Proyecto nos parecía exagerado, pues, según la experiencia general y los datos de la fisiopsicología, mucho antes de esa edad el niño adquiere el discernimiento necesario para la imputabilidad. Esos datos de la ciencia y de la experiencia están de acuerdo con lo que disponen la mayoría de los Códigos y Proyectos modernos, como entonces lo hicimos notar.

Sin duda, hay algunos autores muy distinguidos que piensan que siendo inútil y peligrosa la investigación del discernimiento que, en el mejor de los casos, no daría la solución de todo el problema, se debe prolongar el período de irresponsabilidad hasta el límite de la época en que ésta es dudosa, es decir, hasta los catorce ó quince años (1).

(1) Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, vol. 2, Cap. V. p. 210.—Conti. *Della imputabilità*, etc. en Cogliolo, *Completo tratt. teor. et prat. de dir. pen.*, vol. 1, P. 11, p. 323 y sig.—Foinitski en *Actes du Congrès pénit. de San Petersburgo*, vol. 1 p. 143.





Pero estos autores parten de la base de que á esta edad deben aplicarse al joven delincuente verdaderas penas, y que antes de ella se lo debe someter á medidas principalmente educadoras. Ellos razonan de este modo: mientras el joven no ha alcanzado las condiciones necesarias para tenerse la imputabilidad normal, es decir, los 14 ó 15 años, aunque por lo general se puede considerar que tiene discernimiento en el sentido que comunmente se da á esta palabra, es evidente que antes de esa edad y á pesar de ese discernimiento, más que providencias penales, se deben aplicar providencias educativas. De manera que cuando se habla de «ampliación del período de irresponsabilidad» esto importa solo una concesión al lenguaje habitual de los Códigos, pero su verdadero significado es «período de adaptación educativa y correccional» que se sustituye al período de irresponsabilidad.

Si tales fuesen las razones y propósitos que informan la disposición que criticamos, tendría una base científica que, acaso, la justificaria. Pero la Comisión parece no haberse propuesto plan alguno, y de la irresponsabilidad plena pasa á la responsabilidad también plena, sin transición: un día antes el joven es absolutamente irresponsable, un día después tiene la responsabilidad completa, la del adulto, sin más que una ligera atenuación, y, lo que es peor, irá á sufrir su pena en los establecimientos ordinarios haciendo vida común con todos los bandidos. Ni más ni menos que si el proyecto hubiera visto la luz pública en la primera mitad del siglo pasado!

Y no se diga que es providencia educativa el envío del joven al establecimiento correccional de que habla el inciso, porque esto es de carácter excepcional y al que le caiga en lote semejante educación se puede estar seguro que no parará hasta convertirse en verdadero criminal.

249—Nuestro plan, como se ha visto, es muy diverso: fijamos la edad de la irresponsabilidad en los once



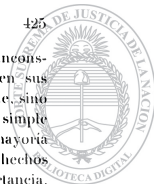
años, siguiendo las enseñanzas de la fisiopsicología y de la generalidad de los criminalistas y penitenciarios, y en este período no admitimos más medidas que la colocación del niño en poder de otra familia cuando la propia no puede educarlos y vigilarlos convenientemente y, en casos excepcionales, cuando el niño revele una notable precocidad en el mal, colocarlos en una escuela de reforma (1).

Después de esta edad y hasta los quince años, debe ser internado en establecimientos de régimen más ó menos severo y de carácter educativo, y recién entre los quince y los diez y ocho años, sufrirán la pena de derecho común, pero organizada de manera á no descuidar la faz educadora que le es indispensable.

Pero se nos dirá, que siguiendo las doctrinas de que hemos hecho mención, podríamos haber prolongado la edad de la irresponsabilidad hasta los catorce años como lo hace el Proyecto, sin perjuicio de ordenar las medidas educativas que hemos indicado para los menores de esa edad. Es cierto, pero para no hacerlo así, hemos tenido en cuenta que más allá de los once años se tiene, por lo general, el discernimiento necesario para la imputabilidad y si no aconsejamos una verdadera pena es porque á esta edad, no solo ella es inútil, sino perjudicial.

Este período debe estar netamente dividido del anterior porque la inconsciencia que caracteriza este no existe en aquel, y la necesidad de la corrección no se impone sino cuando la conciencia existe, y además la naturaleza de la educación á dar tiene que ser distinta por la diversa aptitud de los menores.

(1) El Código italiano en su art. 58 dispone que el niño, cuando se trate de un hecho grave, sea internado en un establecimiento de educación ó de corrección, ó bien se intime á los padres ó encargados de vigilar especialmente sobre la conducta del menor, bajo pena, en caso de que este cometa otro hecho delictuoso, de pagar una multa de mil liras. El Congreso Penitenciario Internacional de Roma (1885) creyó preferible á esta pena el privar á los padres de la patria potestad.



Un niño de menos de once años está en plena inconsciencia y sus actos, por graves que lleguen á ser en sus resultados, no revelan ni perversidad ni mala índole, sino que son la consecuencia de su falta de previsión ó simple efecto del medio en que se desarrolla. La gran mayoría de los delitos cometidos por los niños consisten en hechos sin gravedad, principalmente hurtos de poca importancia, y los cometen, no porque sean de índole antisocial, sino por el abandono y la miseria en que viven, y porque esos actos que ven realizar á diario á sus padres, á sus hermanos, á sus conocidos, no tienen para ellos nada de malo: hacen lo que ven hacer, y ya se sabe el lugar que la imitación ocupa en ellos. La sociedad no tiene más que hacer aquí que sustraerlos al ambiente envenenado que los rodea y confiarlos á personas que puedan velar sobre ellos y que les den buenos ejemplos. Es verdad que hay niños excepcionales, que prematuramente revelan una índole antisocial, pero entonces, no la gravedad del hecho como quiere el Código italiano ⁽¹⁾, sino la precocidad en el mal, podría justificar su internamiento en una escuela de reforma (diferente de los establecimientos para niños de once á quince años) en virtud de la máxima: *malitia supplet aetatem*, y así lo hemos dicho cuando nos hemos ocupado de la represión de la delincuencia juvenil.

Entre los once y quince años, el joven es ya responsable de sus actos, salvo excepciones, y si no les imponemos una pena, no es porque les falte el discernimiento, sino porque ella á esta edad es de funestas consecuencias, como lo acredita la experiencia universal. En su lugar, aconsejamos medidas educativas de especial severidad en su disciplina, que mucho se le parecen. En efecto, arrancarlo del seno de su familia é internarlo en un establecimiento especial durante un largo periodo de tiempo y bajo una disciplina que puede ser muy rígida, comporta un sufrimiento

(1) Art. 58.

análogo al de la prisión y que solo lo justifica el hecho de que, siendo ya el niño consciente de sus actos, requiere, no solo educación, sino corrección, á fin de rehacer por medio de ambas, estas jóvenes almas extraviadas, dirigiéndolas por el recto camino. Y si en el momento del hecho esa conciencia no se hubiera aún despertado, no importa puesto que no se trata de infligir una pena y el Juez, según nuestro sistema, tiene á su disposición otro establecimiento de disciplina más suave. Para casos excepcionales, el Juez debe tener facultad para entregar al niño á su familia, si aún le pareciera excesiva la reclusión en este segundo establecimiento.

No necesitamos decir que los hechos de carácter delictuoso cometidos por niños entre los once y quince años, no siendo reprimidos con una pena, no pueden ser el punto de partida de la reincidencia; pero sobre esto volveremos más tarde. En cuanto á los daños y perjuicios, y no obstante lo dispuesto en el artículo 1076 del Código Civil, pensamos que tampoco deben responder de ellos, lo que el nuevo Código debe establecer expresamente para derogar aquella disposición del Código Civil; pero responderán siempre los padres ó encargados de los menores, según los principios generales.



ESTADO DE NECESIDAD

250—Los incisos 3) y 4) del artículo 41 del Proyecto legislan el Estado de necesidad ó lo que en la doctrina se llama tal, pero de una manera tan poco feliz que se ve claramente que sus autores no han hojeado los Códigos y Proyectos modernos, ni se han preocupado de leer la abundante bibliografía existente sobre la materia, limitándose, como siempre, á copiar el proyecto de 1891, desgraciado modelo al cual debemos atribuir la mayor parte de los errores en que ha incurrido la Comisión.

El inciso 3) es copia del 5.º del artículo 59 de este Proyecto, el que á su vez modificó de un modo inconsulto el 2 del artículo 178 del Proyecto Tejedor. Éste exigía que las amenazas fueran acompañadas de peligro de muerte, en tanto que aquellos solo exigen un mal grave. El quitar á un hombre su libertad, su honor ó su propiedad importa, fuera de toda duda, inferirle un mal grave y, de consiguiente, el que mata al que lo amenaza con uno de esos males, queda exento de pena. De manera que en este caso se está autorizado á causar un mal mayor para evitar uno menor, pues nadie discutirá que entre estos dos bienes, la vida ó la propiedad, el primero es mayor. No se vé qué razón pueda justificar semejante disposición.





pero nuestro objeto, por ahora, es hacer notar la incongruencia entre esa disposición y la que le sigue, que se refieren á un mismo fenómeno jurídico.

El inciso 4) (el 11 del art. citado del Proyecto de 1891) dispone que queda exento de pena el que causare un mal para evitar otro mayor. Él se inspira en la doctrina del conflicto de bienes, según la cual es permitido sacrificar el bien menor para la conservación del mayor ⁽¹⁾, pero no lo es el sacrificio de un bien igual al que corre el peligro, y así, en el ejemplo clásico de Cicerón, si un náufrago arrebatara á otro la tabla que no puede contener á los dos, deberá ser condenado como homicida. ¿Por qué, en el caso de amenazas, se está autorizado á matar para salvar, no solo la vida, sino cualquier otro derecho ó bien importante, y en el previsto en el inciso 4) no lo estaría? ¿qué diferencia existe entre el peligro que sobreviene por acontecimientos naturales ó por amenazas de un tercero? ¿no es, en uno y otro caso, la víctima eventual absolutamente inocente? No es posible dar contestación satisfactoria á estas preguntas, porque, en ambos casos, se trata de un hecho delictuoso dirigido contra un tercero que no es causa del mal que amenaza al agente, y se comprende fácilmente que la situación jurídica es la misma, ya sea que el peligro venga de acontecimientos naturales ó de un tercero: basta que no venga de la víctima eventual, porque entonces estaríamos en el caso de la legítima defensa.

Pero se dirá que el inciso 4) es limitativo á los daños á la propiedad, como se desprende de sus antecedentes legislativos, en particular el Código vigente en su art. 81.

(1) En esta doctrina, se da á la palabra *bien* un sentido amplio, de manera á comprender, no solo las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de algún valor, sino los derechos personales del hombre, como el cuerpo, la libertad, el honor, etc., significación que ha sido aceptada por todos los criminalistas. Es sabido que en derecho civil, la palabra *bien* tiene una acepción más restringida, comprendiendo solo lo que puede entrar en el patrimonio de una persona para aumentarlo.



inciso 4). Efectivamente, en éste puede tener ese alcance puesto que el peligro personal está legislado en otro inciso, el 5, que habla de la fuerza irresistible moral. Pero en el Proyecto no podrá dársele esa interpretación, 1º por su redacción completamente general, 2º porque el peligro producido por acontecimientos fortuitos, no está previsto en ninguna otra parte. De consiguiente, si no hay contradicción entre los dos incisos del Proyecto, hay omisión de un caso que no puede dejar de ser eximido de pena, desde el momento que se exime de ella al que procede por amenazas.

Siendo, pues, la naturaleza jurídica de uno y otro caso la misma, no debieron ser legislados separadamente, ó, por lo menos, debieron ser resueltos con idéntico criterio.

No negamos que hay Códigos que legislan separados el caso de coacción y amenazas y el de necesidad, pero sus disposiciones, reglando situaciones idénticas, consignan preceptos también idénticos. Así, el art. 52 del Código alemán, exime de pena al que por una fuerza irresistible ó la amenaza de un peligro para su vida ó integridad corporal, lleva á cabo un acto delictuoso, y el 54 exime también de pena al que lo comete en estado de necesidad para salvar de un peligro á la vida ó integridad corporal. Por lo que hemos de decir enseguida, se verá que no hay razón para que ese Código legislase por separado el caso de amenazas, puesto que es un caso de necesidad idéntico al que considera el art. 54.

251—En cuanto á la coacción ó violencia física irresistible, prevista en la primera parte del inciso 3º, pensamos que la ley penal no necesita hacerse cargo de este caso. En todo delito, hay una acción exterior (ú omisión) que produce un resultado calificado de delictuoso por la ley. En caso de violencia física irresistible, no existe esa acción (ú omisión); ó se es víctima de fuerza mayor ó se



es un instrumento al igual del puñal ó del revolver: el que se encuentra en este caso *non agit, sed agitur*; procesarlo, equivaldría á procesar el arma de que el verdadero criminal se ha valido. Que lo prevea ó no la ley, el resultado será el mismo; no habrá Juez en el mundo que lo condene. Una tempestad arroja sobre las costas del país al que ha sido desterrado de él: una mano más fuerte que la mia la sujeta y la obliga á clavar un puñal en el pecho de una persona; un carcelero es sorprendido, maniatado, amordazado y se le arrebatan las llaves con las que se abre la cárcel y se hace fugar un preso; una mujer casada es violentada, etc. En todos estos casos, no hay ni la apariencia de un delito; ninguna acción que pueda calificarse de tal; y es poco serio establecer en la ley ésta violencia como causa de irresponsabilidad. Está en lo posible que la ley, como alguna vez lo hizo, diga que el loco es responsable: que el que mata en defensa propia es un homicida: pero jamás podrá decir que el que nada ha hecho comete delito, porque sería absurdo.

Se dirá que en el mismo caso están las causas de irresponsabilidad moral de que habla el art. 41 y que todos los Códigos consignan. Nó, porque á estas cada ley las reglamenta de diferente manera, haciéndolas más ó menos comprensivas, rodeándolas de más ó menos condiciones. Bastará citar el caso de la locura ó inconsciencia: unas leyes comprenden en ella la monomanía, los lúcidos intervalos, la embriaguez, etc. y otras nó. Si no fueran posibles las divergencias sobre la naturaleza y extensión de estas causas de irresponsabilidad, fuera de duda, que sería inútil que la ley las consignara. El Juez se atendería en cada caso, á los principios generales de la responsabilidad, que debería estar legislada en un solo artículo.

Se confunde, á veces, la coacción física con el estado de necesidad, pero esto es un error. En este estado, el agente comete un hecho delictuoso voluntaria-

mente, para salvarse de un peligro; hay siempre para él una opción posible: ó llevar á cabo ese hecho ó sacrificarse. En la coacción física irresistible, no hay acción exterior, no hay voluntad, no hay opción; es un simple instrumento de los acontecimientos ó de terceros, sin que su voluntad, ámplia ó restringida, entre para nada.

252—Pero, antes de seguir adelante, veamos en que consiste el estado de necesidad. El estudio que vamos á hacer no será inútil, puesto que nos ayudará á encontrar una fórmula general que comprenda todos los casos de necesidad y llegue á una solución, al abrigo de toda crítica; por lo menos, así lo esperamos.

El estado de necesidad, en toda su generalidad, consiste en esto: que para salvar un derecho ó un bien se requiere la ejecución de un acto, en sí mismo delictuoso, contra los derechos de un tercero; ó, en otros términos, hay estado de necesidad, siempre que la preservación de un bien, expuesto á un peligro actual, no puede ser realizado sino llevando una agresión al bien de otro. Dentro de esta definición cabe la legítima defensa, y en realidad, ésta no es otra cosa que un caso particular de necesidad, puesto que el que se defiende no tiene más opción que matar ó ser muerto. ¿Cómo distinguir la una de la otra? Por esta simple consideración: en el estado de necesidad la *victima eventual*, aquella contra la cual va dirigida la agresión, no constituye el peligro; este viene de un caso fortuito ó de un tercero; en la defensa, el peligro viene de la víctima eventual. Si ésta constituye el peligro, es el caso de legítima defensa; sino lo constituye, es el caso de necesidad. (1)

(1) A primera vista, parece que esta regla sufriera una excepción en el caso de la *embriotomía*. Cuando, para separar el feto de su madre, el médico apela á la operación cesárea que pone en peligro la vida de ésta ¿es un caso de necesidad ó de legítima defensa? Marchand cree lo último puesto que, según él, la víctima eventual, el feto, constituye el peligro. Esta opinión es, á todas luces, un error del distinguido autor. No es el feto el que constituye el peligro, sino la imposibilidad del nacimiento ne



253—El caso de necesidad es, pues, un conflicto entre dos bienes ó dos derechos. Ahora bien, estos bienes pueden ser iguales ó desiguales. Algunos ejemplos aclararán esta distinción.

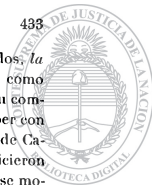
En el caso de bienes iguales, lo primero que viene á la memoria es el ejemplo de Cicerón: los naufragos que se

condiciones normales, lo que no es lo mismo; ésta imposibilidad es un caso fortuito, que hace víctima á la madre, al igual de una inundación ó de un incendio. Es claro que la existencia del feto era indispensable para que se produzca el caso fortuito, como la existencia de materia inflamable es indispensable para que se produzca el incendio, y así como no es ésta materia la que constituye el peligro sinó el incendio mismo, así no es el feto el que constituye el peligro para la madre sinó la imposibilidad de su expulsión normal, que tiene ó puede tener causas múltiples, entre ellas, la mala constitución de la madre ó la mala presentación de aquel. La destrucción del feto es, pues, un caso de necesidad.

Acaso se objetará que, en este estado, la víctima eventual es absolutamente extraña á la producción del caso fortuito, en tanto que en el caso que nos ocupa el feto no es extraño al acontecimiento que produce el peligro. Semejante razonamiento sería inexacto. No es necesario, para que exista aquel, que la víctima eventual sea extraña al acontecimiento; este puede haber sido originado, por dolo ó falta de aquella; basta para que haya necesidad que la víctima eventual no sea ella misma la causa del peligro. Si el dueño de una casa, voluntaria ó involuntariamente le pone fuego, yo que me encuentro en ella lo mato porque no tengo otro medio para poderme escapar. Al proceder así ¿lo he hecho en estado de necesidad ó en estado de legítima defensa? Evidentemente en estado de necesidad puesto que no ha habido agresión contra mí. El dolo de la víctima eventual, suponiendo que exista, puede producir un *estado de necesidad privilegiado*, jamás la legítima defensa.

No puede haber la legítima defensa cuando no hay ataque injusto, y un feto no puede ser causa de injusticia, como no lo puede ser un loco, un niño, un animal y es por esto, que en estos casos de seres irresponsables, se reconoce hoy que no hay legítima defensa sinó necesidad. Janka, *Der strafrechtlich Northstand*, I, Erlangen, 1878. Alimena, *I limite é i modificatori dell'imputabilità*, III, p. 54) pero con ésta diferencia: el loco y el bruto pueden llevar una agresión, el feto nó. Decir que hay derecho de legítima defensa contra este, sería lo mismo que decir que lo hay contra la pared que cae obedeciendo á la ley natural de la gravedad. Aún supuesto que fuera capaz de una agresión y aún más, de una agresión injusta, no podría calificarse de tal puesto que ella tendría por causa su necesidad de vivir, sería un derecho y no puede haber legítima defensa contra el ejercicio de un derecho. Pero ¿es que la procreación es un acto delictuoso para crear á los padres una situación desfavorable frente á los acontecimientos futuros ó imprevistos? dice Marchand. ¿Pero es que la necesidad de vivir, contestamos nosotros, puede crear á un ser una situación desfavorable? En todo caso, habrá el conflicto de dos derechos, y es el caso de necesidad.

disputan una tabla que no puede contener á los dos, *la tabula unius capax*. Pueden agregarse también, como ejemplos, el caso del operario que lanza al vacío á su compañero porque se apercibe que la tabla se va á romper con el peso de los dos; un incendio, como el del Bazar de Caridad de París, en el que los pocos sobrevivientes hicieron conocer la brutalidad de algunos hombres, que en ese momento de locura, derribaban mujeres bajo sus pies ó les daban de puñaladas ó de bastonazos, para poderse escapar del fuego que los quemaba y asfixiaba; el naufragio del vapor «América», en el Río de la Plata, que dió lugar á tantos rasgos de heroísmo y de bárbaro egoísmo. Se pueden citar también, los naufragios de los buques La Medusa en 1816 y la Mignonette en 1884. En el primero, los náufragos se salvaron en una armadía, arrojaron al mar á trece de sus compañeros heridos para poder prolongar su existencia por unos días más (no disponían más que de unas botellas de vino); en el segundo, que dió origen á una severa condenación de la Corte del Banco de la Reina de Inglaterra, los cuatro náufragos ganaron una chalupa y después de diez y nueve días de espantosos sufrimientos, concluidas las provisiones, resolvieron matar al grumete Parker, joven de diez y siete años, como lo hicieron, alimentándose con su carne durante cinco días que tardó un buque en recojerlos. La citada Corte condenó á los náufragos á muerte, fundándose en argumentos morales y religiosos, extraños al derecho. Es verdad que el derecho inglés excusa el homicidio «*by necessity*», pero por tal solo entiende la legítima defensa que no era el caso, puesto que el grumete no atacó á los otros náufragos. La Reina conmutó la pena á seis meses de trabajos forzados. También se puede citar el caso del Thécla, naufragado en 1893. La operación cesárea, á la que nos hemos referido en la nota del número 252, también es un caso de conflicto de bienes iguales.





Como conflicto de bienes desiguales, citaremos los casos únicos sobre que legislaron los antiguos: el robo de alimentos ó de vestidos por quien está en peligro de perecer de hambre ó de frío. Además de estos dos casos, previstos en las leyes romanas y la Carolina, mencionaremos el caso tan frecuente de un incendio en que se derriba una pared ó una casa para evitar que se propague, el arrojó al mar del cargamento para salvar el buque, la administración de medicamentos á un enfermo cuando no hay médicos y el caso es urgente, etc.

254—La cuestión de si el estado de necesidad es una causa de justificación de los delitos, es antiquísima. De ella se ocupan los libros sagrados de la India, los filósofos y juristas de Grecia y de Roma, los teólogos y canonistas de la Edad Media, la escuela del contrato social y las diferentes escuelas y juristas de la época moderna, y apesar de su venerable antigüedad y de las grandes discusiones que ha suscitado, todavía no existe acuerdo sobre su fundamento jurídico y la extensión que debe dársele, si bien todo el mundo está conforme en que ese estado es un límite al derecho social de castigar.

Varias doctrinas se han disputado el triunfo: la de la *cuelta á la comunidad primitiva*, especialmente en boga en la Edad Media y sostenida por la Iglesia y por sus teólogos, particularmente Santo Tomás, y profesada más tarde por las escuelas del derecho natural y del contrato social. Esta doctrina, que Grotius precisó, tiene hoy solo un valor histórico, apesar de que Le Seyllier la adopta ⁽¹⁾.

La de la *contrainte morale* (violencia moral), adoptada por el Código francés y profesada por los criminalistas del siglo XVII y del siglo XVIII. La sostuvieron Tiraquello, Menochio, Farinacio y Claro y existen muchos Códigos, además del francés, y muchos criminalistas que la aceptan. Esta doctrina tiene su origen en el libre albedrío.

(1) Le Sellyer, *Traité de la pénalité*, etc., ps. 177 y sig.



La del *conflicto de bienes*, que nació en Alemania y es profesada por muchos autores modernos; en ella se han inspirado algunas legislaciones.

La de la *debilidad humana*, que tuvo su origen en Rillangieri y que en nuestros días ha adoptado y defendido Alimena.

Por último, la de la *inutilidad de la represión*, sostenida principalmente por los juristas alemanes, que tiene para nosotros la gran ventaja de ser la única que abraza todos los casos en que se debe acordar impunidad al delito necesario.

En efecto, las otras doctrinas tienen el grave inconveniente de justificar solo parcialmente el estado de necesidad, obligándonos á reprimir actos que la conciencia de todo hombre exige que queden impunes. Así, la de la *vuelta á la comunidad* solo tiene aplicación al robo necesario, único caso de necesidad de que hablan las leyes romanas (¹), las canónicas (²) y la Carolina (³).

255—La de la *contrainte* tampoco puede justificar todos los casos de necesidad, como lo reconocen los escritores franceses, que en su gran mayoría piden la reforma de su código en esta parte, y lo comprueba un examen atento de ella que vamos á hacer, tan brevemente como sea posible: tiene, por otra parte, el grave inconveniente de dar por existente lo que hoy tanto se discute: la libertad moral. Hemos dicho que un Código no debe tomar partido en estas cuestiones metafísicas, extrañas al derecho

(1) L. 14, pr. de *proser. verb.*—L. 3, § 7, *Dig., de incend.*—L. 49, § L. *Dig. ad L. Aquil.*—L. 23, § 9, *Dig., ad L. Aquil.* Sin embargo, algunos fragmentos de Ulpiano parecen extender la impunidad á ciertos delitos contra las personas para salvar la propia vida; tales son: L. 1. *Dig., liv. 48, C. 24*—L. 45, § 4. *Dig., liv. 9, 2* y la C. 2. *Cód. 9, 16*.

(2) C. 4, X, de *reg. jur.*—C. 11, Dist. 1, de *consecr.*—Decreti, p. III, dist V., can. 26—Cf. decret. Gregor, Lib. V, tit. 18, de *furtis*, c. 3—C. 41, de R. J in VI.

(3) Arts. 166 y 175.



penal, é inútiles, además, para sus soluciones que deben basarse en las exigencias de la defensa social. En efecto, todos los escritores que justifican con la *contrainte* el delito necesario, sostienen que en caso de necesidad el agente ha perdido su libertad moral. ¿Pero es esto cierto?

Algunos ejemplos demostrarán lo contrario. Yo paso cerca de un río y veo que un niño se ahoga; para salvarlo corto una rama del árbol que está más próximo y que puede ser valioso y se lo alcanzo. Mi acto ha sido perfectamente reflexivo, y no tenía otro medio de salvar al niño ¿en qué se ha comprometido mi libre arbitrio? El jefe de bomberos ordena la demolición de una casa, para salvar del incendio una manzana entera. No se vé como su libertad pueda encontrarse afectada en este caso. En un caso urgente, en que no es posible encontrar médico, se aplica á un enfermo un remedio enérgico por quien no lo es: ¿ha sido suprimido ó disminuido su libre albedrío? Por otra parte, la *contrainte* es inaplicable en todos los casos de intervención, que los Códigos y tratadistas, sin excepción, aceptan.

Es indudable, que en ciertos casos, la *contrainte* y la necesidad se confunden, como en los casos de naufragio, de incendio, de extrema miseria en que el instinto de conservación no deja razonar y la libertad desaparece: pero en los casos que hemos citado y en otros muchos, no hay violencia moral alguna, sinó estado de necesidad. La *contrainte* solo se encuentra ó puede encontrarse en los casos de peligro personal, pero en los casos en que solo peligra la propiedad, ó la vida de un tercero, solo excepcionalmente podría encontrársela.

Contrainte, pues, y necesidad, no son sinónimos. Es por esto que en Francia, donde aquella se aplica siempre, porque, fuera del art. 67 de su Código que de ella habla, no hay ninguna disposición que prevea el delito necesario, sus principales criminalistas aconsejan la reforma del Có-

digo bajo ese aspecto ⁽¹⁾, los que han encontrado éco en el Parlamento.

256—La doctrina de la *debilidad humana*, se funda en que el Estado no tiene derecho á imponer el heroísmo. En Filangieri encontramos el gérmen de esta doctrina: él decía: «si las leyes civiles deben inspirar la perfección en el hombre, no pueden exigirla: podrá dar mártires al heroísmo, como la religión los ha dado á la fé, pero no pueden, como la religión, castigar á los que no tengan el valor que exige semejante sacrificio» ⁽²⁾. Alimena sustituye á esta apreciación subjetiva, una objetiva, que se expresa así: dado que en el estado de necesidad quien no quiera defender á otro debe sacrificarse á sí mismo, todo se reduce á saber si el Estado tenga el derecho de pretender este sacrificio ⁽³⁾. Él dice que nó, pero Moriaud dice que sí, puesto que las leyes exigen al soldado ó al marino que rinda su vida, ó por la patria, ó por la salvación de los pasajeros ⁽⁴⁾. No terciaremos en esta cuestión; solo haremos notar, que si esta teoría puede ser cierta, como la de la *contrainte*, cuando se trata de un peligro personal, es difícil admitirla en los otros casos de necesidad. Ante todo, es necesario precisar lo que Alimena entiende por sacrificio. Refutando á Von Buri dice: «solo existe la necesidad cuando se trata de un bien al cual no se pueda renunciar sin heroísmo». Luego él hace sinónimos sacrificio y heroísmo. Ahora bien, ¿qué heroísmo se necesita, en la generalidad de los casos, para respetar la propiedad ajena á costa de la propia? Una inundación va á destruir mi propiedad: yo dirijo las aguas sobre el fundo vecino, para salvarla, ¿por qué hade quedar impune semejante atentado? ¿por qué la ley no puede exigirme el sacrificio de mi propiedad?

(1) *Discusión en la Sociedad gral. de Prisiones, Rev. Penit.*, 1900 y 1901.

(2) Filangieri, *La scienza della legisl.* I, 111, c. 37.

(3) Alimena, *Op. cit.*, T. 3, p. 155.

(4) Moriaud, *Op. cit.*, pág. 186 y sig.





Pero entonces tendria que absolver al adúltero y al estruador, porque la ley no puede imponerle el sacrificio de renunciar á la mujer amada, ó al que se venga, porque tampoco puede exigirle renunciar al dulce placer de la venganza. Pero sigamos con los ejemplos, porque ellos son lo que mejor ilustran la cuestión. El viajero que encuentra el camino obstruido y pasa por la propiedad ajena; el bombero que derriba una casa para salvar una manzana, deberán ser condenados, porque no se requería heroismo alguno para abstenerse de esas acciones.

Y en los casos de intervención no cabe, por lo general, hablar, no decimos de heroismo, pero ni de sacrificio. El que salva á un niño que se ahoga, llevando detrimento á la propiedad ajena: el que, violando el domicilio, penetra á una casa para salvar á un semejante suyo de un peligro de muerte; los viajeros del bosque Thuringe, de que nos habla Moriaud, que rompen las puertas históricas del castillo de Reuhenstein, cuando oyeron gritar desde su interior «¡salvados!»... pudieron abstenerse de hacer lo que hicieron sin sacrificio alguno, puesto que se trataba de extraños y era, por el contrario, su intervención generosa la que podía demandarles tal sacrificio.

257—La doctrina del *conflicto de bienes*, que hoy profesan muchos escritores distinguidos ⁽¹⁾, ofrece dificultades muy serias en el caso de conflicto entre bienes iguales.

Esta doctrina, que tuvo su origen en Hegel y que fué defendida por sus discípulos Kestlin, Abegg y Wessely, adquirió su mayor desenvolvimiento en una sabia monografía de Berner ⁽²⁾. Según este autor, los derechos en conflicto pueden ser iguales ó desiguales. En el primer caso, puesto que no existe razón para sacrificar un derecho á otro derecho de igual valor, el necesitado solo me-

(1) Moriaud, *Le delit. necessaire* y Marchand, *De l'état de nécessité en Droit Pen.*

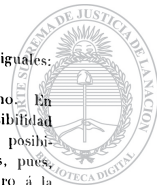
(2) Berner, *De impunitate propter summum necessitatem propósito*.



recerá un escusante, atendida la debilidad humana. En el segundo, considera que al necesitado corresponde la impunidad por tratarse de un derecho, y lo justifica de este modo: «Si se dice que aquel que atenta á la propiedad de otro para salvar su vida obra injustamente, es decir, que habría debido dejarse morir; ó preferir ahogarse antes de correr el riesgo de perjudicar la cosa de otro, es el acto de un loco, no de un héroe»: *Qui mehercle non sapientissimus, sed stultissimus cujusque mors non herois, sed dementis esset. Afferte non martyris coronam, sed scurrae cucullum, quod caput ejus digne exornemus!*» Y este concepto se aplica no solo al derecho á la vida, como queria Hegel, sino á cualquier otro en que el hombre *«salvis gravioribus aliis quibusdam juribus minore jure violavit.»*

Schaper, al hablar de bienes en vez de derechos, dió á esta teoría mayor presición y exactitud, puesto que, en verdad, no puede hablarse de derechos mayores y de derechos menores, sino de bienes mayores y bienes menores, y corrige la teoría de Berner, declarando que hay impunidad también en el caso de bienes iguales, pero sin fundarla—puesto que no es fundarla, el decir: «La moral puede exigir de un individuo que sacrifique su bien al bien semejante de otro, el derecho no puede exigirlo sino cuando el individuo se encuentre en presencia de una pluralidad», lo que importa salirse de la teoría, para caer en otra, la de Filangieri.

Mr. Paúl Moriaud, en una obra reciente y de gran valor científico, funda también la necesidad en el conflicto de bienes, y piensa, como Schaper, y al contrario de Berner, que el derecho existe igualmente en el caso de bienes iguales. El lo justifica así: «¿Puede la ley autorizar á un individuo á salvar su vida á costa de la de un inocente? La ley debe desinteresarse del conflicto, quedar neutral, porque no debe proteger á un individuo á espensas de otro. El derecho, emanando de la voluntad general, no puede



sino desinteresarse de un conflicto entre bienes iguales: el principio de igualdad lo manda.»

Fácil es refutar á Moriaud, con Moriaud mismo. En efecto, Fichte ya dijo: «El derecho supone la posibilidad de las relaciones que él quiera reglar, es decir, la posibilidad de la coexistencia de los hombres. No es, pues, ni conforme ni contrario al derecho inmolar á otro á la conservación de su propia vida; porque no hay ya que hablar de derecho.» (1)

Moriaud refuta á Fichte con las siguientes palabras de Zeiller, que dan cuenta de este sofisma: «La imposibilidad de la coexistencia de los individuos en el estado de necesidad *no dispensa al derecho de ocuparse de ella*; la misión del derecho dura tanto como la vida de los individuos, y, en el caso que nos ocupa, ellos viven hasta que el uno mata al otro ó que los dos perecen. . . Más que ninguna otra relación entre los hombres, aquella que crea el estado de necesidad, en su calidad de conflicto agudo, exige sea reglado por la ley» (2).

Sin aperebirse, al parecer, de su contradicción, Mr. Moriaud exclama: la ley debe desinteresarse. Pero esto es falso. Cuando en una riña de taberna dos individuos se toman en lucha y el uno mata al otro, ¿no se trata de bienes iguales? Sin embargo, la ley no se proclama neutral en este hecho nada más que porque no ha podido impedir-la. Cuando el que se defiende mata al agresor ¿no obedece también á la necesidad? Sin embargo, la ley no se desentendiendo y justifica su acción.

Es verdad que la situación jurídica en estos casos y en el de necesidad, propiamente dicha, no es la misma; pero no se vé porque esta diferencia ha de llevar á la ley á proclamarse neutral. Para la ley, no puede ser jamás indiferente la muerte de un hombre, cualesquiera que sean las

(1) Ficht, *Grundlage des Naturrechts*, II, § 19.

(2) Moriaud, *Op. cit.*, ps. 194 y 195.



circunstancias en que se haya producido, aunque la coexistencia resulte imposible por un caso de fuerza mayor. La fatalidad quiere que un hombre perezca, pero éste la desvía para que otro igualmente inocente sea la víctima; aquí hay un hecho que tiene todos los caracteres de un delito, porque él emana de la voluntad de un ser inteligente; hay un acto exterior y una voluntad que lo produce; la ley no puede cruzarse de brazos: debe por el contrario, ahora como siempre, examinar si su represión es ó no es útil á la sociedad, porque solo la utilidad, fin supremo del legislador, le dirá si tiene ó no el derecho de castigar ese hecho. Si el castigo es útil á la sociedad, debe imponerlo, si no lo es, debe dejarlo impune, porque carece de derecho para imponer un sufrimiento inútil. Si la pena no puede tener hoy un carácter retributivo, es inconducente apelar á subterfugios como el de la indiferencia de la ley. (1)

La lógica está con Berner, pero esa lógica lo lleva á extremos que no se pueden aceptar como el de castigar á un hombre que en un incendio ó en un naufragio busca, á toda costa, salvar su vida; Moriaud queriendo escapar de esta consecuencia forzosa de la doctrina del conflicto de bienes, apela á sofismas que, como se ha visto, no resisten al exámen.

Así, pues, la teoría del conflicto de bienes, si es aceptable para el caso de bienes desiguales, no lo es para el de bienes iguales.

258—Y venimos ahora á la última doctrina sobre el fundamento jurídico de la impunidad del delito necesario, que es la que adoptamos, porque ella justifica esa impunidad en todos los casos, como lo vamos á demostrar, y porque ella está de acuerdo con el fundamento que nosotros hemos asignado á la pena.

Hemos dicho que el fundamento de la pena es su utili-

1) Marchand, *Op. cit.*, Chap. IV y Alimena, *Op. cit.*, T. III., Cap. III, también combaten la opinión de Moriaud.



dad social. Ahora bien, una pena no es útil, sino cuando ella llena sus fines de intimidación, de prevención y, secundariamente, de enmienda. Dijimos más: que la pena obra en la conciencia de los hombres como una amenaza, y es, por tanto, un determinante moral, un motivo puesto artificialmente por la ley para modificar la resultante de los demás motivos. Si no obrara como una amenaza, la pena faltaría á su fin y tendría un carácter puramente expiatorio.

Y bien, la punición del acto necesario está desprovista de toda utilidad. Para demostrarlo, pongámonos en las dos hipótesis que hemos mencionado: conflicto de bienes desiguales, conflictos de bienes iguales.

En el primer caso, es evidente la falta de interés social en reprimir el delito necesario. Hay más, y en esto se dá la mano nuestra teoría con la del conflicto de bienes: no solo no existe ese interés social en castigar, sinó que ese interés y la justicia misma exigen la comisión del delito. Volvamos á los ejemplos que antes pusimos. Cuando los bomberos derribaban una casa para salvar cien del incendio; cuando se roba un pan para salvar la vida propia, la de su mujer, la de sus hijos; cuando, el que no es médico, aplica remedios enérgicos, en caso urgente, á un individuo que se muere... en todos estos casos y en otros muchos que se podrían citar, el interés social exige sacrificar el bien menor para salvar el mayor. Entre dos males es necesario escoger el menor, y así proceden siempre la ley civil y la ley administrativa, y por eso aquella establece la servidumbre de tránsito como un derecho para el propietario cuyo fundo no tiene salida á la vía pública (art. 3o68 C. Civ.), derecho que se puede ejercitar aun antes de que sea declarado en justicia, y ésta permite la expropiación por causa de utilidad pública y el sacrificio de otros muchos derechos individuales en caso de guerra, epidemia,



etcétera. La ley jamás ha dudado en acordar el sacrificio del bien menor para salvar el mayor.

No solo el interés, pero la justicia y la moral imponen ese sacrificio. Todo el mundo está de acuerdo en ello; se lo siente inmediatamente y como por instinto; y este sentimiento general lo traduce el proverbio popular: *necessitas non habet legem* ó también *la necesidad hace la ley* ⁽¹⁾. La iglesia ⁽²⁾, y sus más insignes doctores San Ambrosio y Santo Tomás ⁽³⁾, han declarado que el robo, en caso de extrema necesidad, es permitido. En el derecho canónico también se lee: *Quod non est licitum, necessitas facit licitum* ⁽⁴⁾.

En el caso de bienes iguales, llegamos al mismo resultado: la pena es inútil porque es impotente á vencer el instinto todopoderoso de la propia conservación, que hablará siempre más alto que cualquiera amenaza. En el caso de un naufrago, que se ahoga si no arrebatara un salvavidas; en el incendio de un teatro, en que la multitud enloquecida se precipita á las salidas, derribando lo que al paso encuentra ¿puede pensar alguien que el temor de la pena impedirá esos actos, brutales si se quiere, pero indispensables para salvarse del peligro?

El vé la muerte, la toca, ¿que pena lo detendrá aunque sea el mismo cadalso? Cuando se trata de un peligro inminente para la vida y hay que optar entre el mal presente y el lejano de la pena, noventa y nueve veces sobre cien, obedecerá al instinto de conservación sacrificando á su semejante, y si, en algún caso excepcional, no lo hace, no será, por cierto, el temor de la pena el que influirá sobre su

(1) Estos proverbios son tomados del derecho canónico: *necessitas non habet legem* (Distinctio I, can. 11, *De consecratione*)—*sibi facit legem*. (Decret. Gratiani.—Caus. I, Quæst. I, can. 36).

(2) Decretum Gratiani, *de consecr.*, distinctio, V, 26.—Decretales Gregori, lib. V., tit. 18, *de furtis*, cap. 3.

(3) *Summa theol.* Secund. Secund. quæst. 66, ar. 7, que cita á San Ambrosio.

(4) Cap. 4, X; *De regulis juris*, V., 41.



conducta, sino un sentimiento más elevado, la conciencia del deber moral que ha llevado á tantos justos al martirio (1). Admirémoslos, pero reconozcamos que la ley penal no se hace para ellos, sinó para la generalidad de los hombres á quienes no es posible imponer el heroísmo.

259—Si la pena no puede obrar en la conciencia del hombre como una amenaza, es inútil aplicarla; falta á sus fines principales, la intimidación y la prevención, y aun á la enmienda, porque el que obra bajo el imperio de la necesidad no es un ser antisocial. Como dice Bentham, el que ha cometido un delito en tales circunstancias queda un hombre honrado; él no tiene su origen en la voluntad del necesitado, sino en un acto de otro ó en un accidente físico, y sin ellos él no se hubiera vuelto jamás culpable, y si no es castigado, su conducta futura será tan buena como si jamás hubiera delinquido. (1)

Infligir, en este caso, una pena es hacer una cosa inútil á la sociedad, es hacer de la pena, no un medio de evitar el delito en el futuro, sino un medio de venganza, de expiación y, de consiguiente, socialmente inútil.

Kant, apesar de pensar que todo acto injusto debe ser castigado por la sola razón de que es injusto, aparte de toda idea de utilidad social de la represión, sostiene la impunidad del delito necesario con el siguiente razonamiento: «La cuestión no debe ser considerada objetiva-

(1) En la siniestra noche del 24 de diciembre de 1871, naufragó en las aguas del Río de la Plata el vapor «América». Como siempre sucede en estos casos, hombres armados de puñales se precipitaban sobre seres indefensos, mujeres, niños, ancianos para arrebatarles el madero que necesitaban para su salvación. Como para atraer el perdón de Dios sobre esta cruel escena, un hombre generoso, cuyo nombre los argentinos no olvidarán jamás, Luis Viale, se despoja del salva-vidas para entregárselo á una señora, que en brazos de su esposo desfallecido, iba á perecer, pagando con su noble vida este acto de abnegación sublime. Actos como este, transparentan una alma bellísima, una naturaleza ricamente dotada; jamás serían el producto de las amenazas legales.

(1) Bentham, *Traité de legislat., civile et penale*, T. 2, Chap. 11, p. 43. 44.



mente, según la prescripción de la ley, sino de una manera subjetiva, según la sentencia que será dictada en justicia. En efecto, no puede haber ley penal que condene á muerte á aquel que en un naufragio arrebata á uno de sus compañeros la tabla en que se salvó á fin de salvarse él mismo. La pena con que la ley amenazaría al culpable no podría ser más grande para él, que la pérdida de la vida. ahora una ley penal de este género no tendría el efecto que se propendría; la amenaza de un mal, aun incierto, no sabría primar sobre el temor de un mal cierto». (1).

Fuerbach desenvolvió más tarde estas ideas de Kant, aceptándolas de lleno. Ya sabemos que él hizo de la coacción psicológica el fundamento de la pena. El delito no será imputable, él dice, y su autor deberá quedar impune, cuando esa coacción psicológica sea anulada por una coacción más fuerte, como en el caso en que la persona ha sido arrastrada al acto por un mal presente y cierto, superior al mal de la pena. (2)

Liszt y Garçon piensan lo mismo (3); y los positivistas llegan á análoga conclusión, pues aquí el motivo á delinquir no presenta carácter antisocial (4), y, de consiguiente, el agente no revela ninguna *temibilidad*. (5)

260—De lo expuesto, se deduce que el que mata á otro y con mayor razón comete cualquiera otro delito para salvar su vida, debe estar exento de pena (6). En cuanto á

(1) Kant, *Principios metafísicos del derecho*.

(2) Fuerbach, *Lehrbuch des gemeinen Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 36, 84 y sig., 321.

(3) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, p. 140—Garçon, *Cód. Penal annoté*, al art. 64, núm. 115.

(4) Ferri, *Sociologia criminale*, ps. 692 y sig.

(5) Fioretti, *La legittima difesa*, p. 68.

(6) La relación de la 1ª Sección de la Soc. gral. de Prisiones, sobre el delito necesario, aconseja: que la ley de reforma del Cód. francés se ocupe solo del conflicto de bienes desiguales, lo que no importa declarar punible el homicidio necesario, pues, según el profesor Le Poittevin, queda subsistente el artículo sobre la *contraint morale*, en la que fundará el juez la absolución. *Revue pénit.*, 1901, ps. 329 y sig. *Rapport de la 1re. Section*.



los delitos contra el honor, la libertad (¹), la propiedad, etcétera., se debe tener en cuenta la importancia del bien salvado en relación al sacrificado. Si el primero es sensiblemente mayor que el segundo, debe quedar exento de pena, si es de importancia análoga ó inferior, debe ser reprimido aunque teniéndose en cuenta, como circunstancia atenuante, el estado de necesidad.

En efecto, más arriba hemos dicho que la sociedad tiene interés en que se salve el bien mayor á expensas del menor, ó, en otros términos, que el interés social se determina por *el exedente de un bien sobre el otro*. Es imposible para la ley establecer una escala de bienes según su importancia. Debe dejarse al juez completa latitud al respecto, sin trazarle reglas que pueden ser peligrosas. En casos excepcionales, puede resultar que la vida misma sea inferior á la propiedad, y así un navío de guerra, durante una campaña naval, debe ser preferido á la vida de un marino.

261—Naturalmente, la impunidad del delito necesario exige la concurrencia de ciertas condiciones que son esenciales.

a) Inevitabilidad del acto. El acto necesario presupone que no existe otro medio de escapar al peligro; de lo contrario, si hay otro medio de evitar los dos males, es claro que la necesidad desaparece. Si el que huye de un incendio conoce otra salida por donde pueda escapar sin causar un mal, es evidente que debe preferirla. Si el náufrago vé otra tabla que flota y de la que le es posible apoderarse, debe hacerlo. El Juez debe examinar si de buena fé él creyó que el acto era inevitable.

¹ Mr. Roux piensa que la exención de pena debe también tener lugar cuando se trata de salvar los derechos primordiales del hombre: la libertad, el honor, etc., y que solo tratándose de los derechos secundarios inherentes á la persona y de los bienes habría que contatar si el mal causado es superior al evitado.—*Revue pénitentiaire*. 1800, ps. 1411 y sig.



b) Injusticia del mal á evitar. Es evidente que si la ley ó nuestro deber profesional nos exigen sufrir el mal, no estamos en estado de necesidad. Si por haber infringido la prohibición de la ley me veo obligado á cometer un acto delictuoso; si el soldado ó bombero, que llenan una función social cometen un delito para escapar del peligro, no están en estado de necesidad. Además, el individuo por su propia falta no debe haber creado la necesidad, y así, si el que roba un pan para no morir de hambre, es un perezoso que ha caído en ella por rehusarse á trabajar, no puede invocar el estado de necesidad; pero si, por el contrario, ha buscado trabajo sin encontrarlo, puede alegarlo. Para apreciar si hay estado de necesidad, se debe tener en cuenta si la falta del agente lo ha provocado inmediatamente ó es antigua y ha sido solo causa mediata de él.

Si el obrero ha rehusado el trabajo que se le ofreció y después, apremiado por la necesidad, lo ha buscado sin encontrarlo, se encuentra en ese estado y puede invocar lo. En todo caso existirá un atenuante.

c) Inminencia del mal á evitar. Como en la legítima defensa se requiere que el peligro sea actual, inminente. El que por miedo á un peligro futuro que no se realizará tal vez, comete un delito, no puede ser justificado. Es necesario que el amenazado crea racionalmente que las amenazas se llevarán á efecto. Esta es una cuestión de hecho que el Juez debe resolver en cada caso. Pero si de *buena fe* aquel ha creído en la inminencia del mal con que era amenazado, aunque realmente no existiera, esta buena fe debe tenerse en cuenta para calificar el acto como necesario.

d) El mal causado debe ser el estrictamente necesario. Si alguien, que se muere de hambre, en lugar de robar un pan ó lo primero que le viene á la mano para satisfacer su necesidad, entra en un restaurant y se hace servir una suculenta comida, tal acto no puede ser justificado.



En el estado de necesidad, como dice Saleilles, el agente debe quedar hasta el fin un hombre honrado, no solamente á pesar del acto realizado, sino en el momento mismo en que él lo realizaba (1). Así, pues, el acto debe cumplirse en los límites exigidos por las circunstancias.

262—Hay un otro caso que debe ser previsto por la ley: el de intervención. A diferencia de los casos de necesidad de que nos hemos ocupado, en que el agente para salvar su bien comete un acto delictuoso, el interventor no corre personalmente ningún peligro: es para salvar la vida ó la propiedad de otro que él interviene llevando á cabo ese acto. Es un padre que mata á un individuo para salvar la vida de su hijo; es la niñera, que para salvar al tierno ser que se le ha confiado, se abre paso en un incendio á costa de la vida de una persona, ó es simplemente un extraño que vé el peligro y salva á la persona que va á ser víctima, por medio de un acto en sí mismo delictuoso. En fin, se trata de actos de abnegación, tal vez de heroísmo, que la ley, no solo no debe reprimir, sino que debe estimular.

El legislador que persigue el bien social, no podría impedir que un hombre generoso haga lo que haría la autoridad, si se encontrase presente. Si ampara el egoísmo permitiéndole sacrificar la vida ó la propiedad ajena para salvar la propia, ¿cómo no amparar estos actos de abnegación por los que se salva á un semejante sin ningún interés particular y, acaso, cumpliendo un deber moral? ¿No está en la conveniencia social que todo hombre honrado se considere como el protector natural de cualquiera otro, como dice Bentham? «Es un bello movimiento del corazón humano, ha dicho el mismo autor, esta indignación que se siente á la vista del fuerte maltratando al débil. Es un bello movimiento el que nos hace olvidar nuestro

(1) Saleilles, *Revue pénit.* 1901, p. 76.

peligro personal para correr á los primeros gritos de angustia. La ley debe guardarse bien de debilitar esta generosa asociación entre el valor y la humanidad, y, por el contrario, debe honrar al que hace la función de magistrado en favor del oprimido» (1).

Pero la ley no puede sancionar con toda amplitud el derecho de intervención. De la naturaleza misma de ella, surgen limitaciones que es necesario tener en cuenta.

Los autores están divididos, y mientras unos querrian que el derecho de intervención fuera ilimitado, otros piensan, con mejor acuerdo, que sólo puede existir en ciertos casos.

Moriaud, por ejemplo, sostiene que ese derecho solo debe existir en el caso de conflicto de bienes desiguales, en favor de bien mayor. En caso de bienes iguales, la intervención solo deberá ser permitida, cuando entre el interventor y el necesitado hayan vínculos tan estrechos que se pueda decir que entre ambos existe *unidad personal* (2).

Marchand sostiene la intervención amplia (él no reconoce la impunidad del necesitado, sino en el caso de conflicto de bienes desiguales); pero, en ciertos casos de vínculo de familia estrechos ó de deber profesional, exime de pena al interventor (3).

Von Buri sostiene, á su vez, que cuando el Estado tenga razón de tutelar el bien mayor, cualquier individuo puede intervenir para aminorar el mal y así se deberá admitir su intervención en los siguientes casos: cuando un irresponsable ataca, amenazando la vida; cuando no sacrificando uno de los dos que están en peligro, perecerían ambos; cuando la muerte de uno sea necesaria á la salvación de muchos (4).

(1) Bentham, *Traité de législ. civile et penale*, T. II, p. 57.

(2) Moriaud, *Op. cit.*, ps. 287 y sig.

(3) Marchand, *Op. cit.*, ps. 1^{ra} y sig.

(4) Von Buri, *Stato di necessità é legittima difesa*, *Rev. pen.* XIII.





Alimena piensa igualmente que la intervención debe limitarse al caso de conflicto de bienes desiguales, y en el de bienes iguales, cuando entre el interventor y el necesitado existen vínculos de profundo afecto (al criterio del parentesco sustituye el del amor ó, mejor dicho, «el de la unidad personal») ó el estado de necesidad sea debido a la obra del hombre y contra el autor de ella, como en el caso de un loco que quiere matar á alguien ó cuando exista un deber especial de protección ⁽¹⁾.

Stammmler cree que la intervención de un tercero es legítima en todos los casos en que exista el estado de necesidad, porque el hombre tiene el deber moral de salvar á su prójimo ⁽²⁾.

263—Nosotros, con la generalidad de estos autores, creemos que la intervención es legítima en el caso de conflicto de bienes desiguales y, en el caso de bienes iguales, cuando existen vínculos de parentesco estrecho, gran amistad, deberes profesionales ó de protección.

En el caso de bienes desiguales, hemos dicho ya que la Sociedad tiene interés en que se salve el bien mayor á costa del menor y, por lo tanto, el interventor no hará sino propender á que este interés social sea satisfecho. En el de bienes iguales, ella no tiene interés en que perezca el uno más bien que el otro y no tiene, entonces, porque autorizar que un tercero desvíe la obra ciega de la fatalidad. ¿Por qué á un extraño, que se encuentra en uno de los casos de que acabamos de hablar, habrá de permitírsele que favorezca al uno más bien que al otro: que se una á un náufrago para arrebatár la tabla al otro náufrago? El deber moral le exige permanecer neutral ante la fatalidad que se cierne sobre estos desgraciados, ya que no puede salvar á los dos. Como dice Alimena ¿no es profunda-

(1) Alimena, *Op. cit.* T. III, ps. 168 y 169.

(2) Stammmler, *Darstellung der strafrechtliche Bedeutung des Nothstandes*.



mente repugnante, que un transeunte que vé dos hombres sobre una tabla que no puede sostener á ambos y que van á caer en el abismo, saque su revólver y tranquilamente, como si tirase al blanco, asesine á uno de ellos? ¿No sería mejor que estos desgraciados sigan su destino, antes que dar el espectáculo de semejante crueldad?

Repetimos: la Sociedad no tiene interés ninguno en que se salve el uno ó el otro, y si ella exime de pena al necesitado que mata, es porque considera inútil imponerla: pero esta razón no existe para el interventor, y nada puede justificar su acto, ni la violencia moral, ni el instinto de conservación, ni la inutilidad de la represión, ni, en suma, ninguna de las doctrinas que se invocan para justificar á aquel.

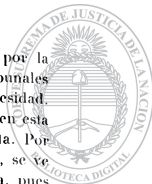
Pero, en los casos de excepción que hemos citado, en los deberes del cargo ó los que crean ciertos vínculos, la sociedad tiene verdadero interés en estimular el cumplimiento de esos deberes, favoreciendo los sentimientos altruistas de familia, de amistad ó profesionales. El deber y la afección, son los más poderosos acicates de la humanidad.

244—Estamos ya preparados para buscar la forma más conveniente que legisle el estado de necesidad y que sustituya ventajosamente los incisos 3 y 4 del artículo 41 del Proyecto.

Son muchos los Códigos extranjeros que legislan el estado de necesidad, pero, por lo general, de una manera poco satisfactoria.

El art. 49 del Código italiano prevé solo el caso en que se comete un acto delictuoso para salvar la vida ó la integridad corporal, sin ocuparse de los demás casos de necesidad. Invoca la *contrainte* (*costrretto* dice el artículo) y, á estar á la Relazione de Zanardelli, parece que este fue el fundamento acogido por el legislador italiano.

El Código francés no prevé el caso de necesidad espe-



cialmente: solo habla de la *contrainte* producida por la fuerza irresistible; pero sus juriconsultos y sus tribunales han hecho entrar en ella todos los casos de necesidad. Todos aquellos reclaman la reforma del Código en esta parte; sin embargo, Garraud cree que el art. 64 basta. Por lo que hemos dicho antes al hablar de la *contrainte*, se ve el error en que incurre este distinguido criminalista, pues solo violentando la letra y el espíritu de la ley ó apelando á razonamientos tan poco jurídicos como el del Presidente del Tribunal de Château-Thierry, Mr. Magnaud y tan socialistas (1), podría bastar ese artículo.

El Código alemán, prevé la necesidad en dos artículos, el 52 y el 54 (en el 53 habla de la legítima defensa), sin que nada justifique esta duplicidad de disposiciones. Esos artículos legitiman el acto necesario para salvar la vida ó la integridad corporal de sí mismo ó de sus parientes, pero en el 52 se habla de fuerza irresistible y en el 54 de estado de necesidad. Bastaba con este. Como el italiano, calla respecto á los casos que se refieren á los demás derechos del hombre y á la propiedad.

El Código de Holanda, del cual había derecho de esperar una disposición satisfactoria, se limita, en su art. 40, á reproducir el art. 64 del Código francés. Habla de la *contrainte* producida por fuerza irresistible.

El art. 80 del Código de Hungría, limita la necesidad al peligro de la vida del necesitado ó de sus parientes. Mejor redactado que el 49 del italiano, adolece del mismo inconveniente.

Los Códigos de los Cantones suizos, hablan del estado de necesidad, fundándolo, la mayor parte, en la *contrainte*.

(1) Sentencia del 4 de Marzo de 1898, que llamó mucho la atención, por que el «buen Juez» parece responsabilizar á la sociedad de que hayan personas que tengan hambre y así dice en uno de sus primeros considerandos: «que es deplorable que en una sociedad bien organizada, un miembro de ella, sobre todo una madre de familia, pueda, sin su falta, carecer de pan».



Mientras unos, como el de Fribourg, solo hablan del robo de comestibles, otros, como el de Neufchatel, lo extienden á los peligros de la persona.

El Código de Finlandia, trae un artículo bastante completo y que sería muy superior á los de los otros Códigos, sin el inconveniente de llevar demasiado lejos la individualización, dando carta blanca al Juez para que, según las circunstancias, exima de pena al necesitado, ó la atenúe, ó la comine íntegra. En los casos de necesidad, el Juez es soberano y no tiene que obedecer sino á su criterio.

El Código ruso, á imitación del francés y del italiano, habla de la *contrainte* producida por fuerza irresistible de un peligro amenazando la vida, constituyendo la extrema necesidad solo una causa atenuante.

El Código Búlgaro de 1896, en su art. 46, legisla bastante bien el estado de necesidad, aunque su redacción deje algo que desear. Vale la pena de transcribirlo: «No debe ser castigado el acto cometido para salvar su vida ó la de sus parientes de un peligro inmediato proveniente de una necesidad absoluta, de una amenaza ó de una fuerza irresistible, si este peligro no podía ser eludido de otra manera: la misma regla se aplica á los actos cometidos para salvar la salud, la libertad, el pudor, los otros atributos de la persona ó los bienes siempre que el daño sea poco considerable si se le compara al mal evitado». En la primera parte habría que criticar esta enumeración inútil de necesidad, amenaza y fuerza irresistible y la calificación de absoluta dada á la primera.

El Código de España, se ocupa en varios incisos del estado de necesidad: los 7, 9, y 10, del artículo 8. La redundancia es manifiesta. El inciso 10 está comprendido en los 9º y 7º. Además, el legislador español no parece haber tenido criterio propio en esta cuestión: tan luego adopta la *contrainte* en el inciso 9, como el conflicto de bienes en el 7º y en el 10º.



El Código de Honduras de 1899, limita el estado de necesidad á los daños á la propiedad.

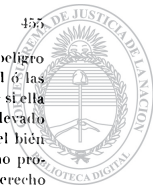
En cuanto á los Proyectos, el del Japón en su art. 50 prevé el estado de necesidad con toda amplitud, pero, análogamente al Código de Finlandia, dá carta blanca al Juez para eximir ó atenuar la pena, según las circunstancias. He aquí el artículo: «Según las circunstancias, el acto necesitado para la salvaguardia de la vida, de la integridad corporal, de la libertad individual ó del patrimonio del que lo cumple ó de otro, contra un peligro actual, escapa á toda represión ó es solamente objeto de una represión atenuada. Se exeptúa el acto de aquel que por razón de sus funciones es obligado á afrontar el peligro».

El austriaco, se inspira en el conflicto de bienes, exigiendo que el daño causado sea inferior al que se quiere evitar.

El art. 16 del *avant-projet* suizo vale la pena de ser transcripto y es el mejor que hemos encontrado: «El que para preservarse ó preservar á otro de un peligro inminente, que no es posible evitar de otro modo, amenazando la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad ó cualquier otro bien, haya cometido un acto incriminado por la ley, no será punible cuando ha cumplido un deber ó cedido al intinto de conservación, ó cuando el valor del bien preservado fuese muy superior al del bien sacrificado. En los demás casos, el Juez podrá atenuar libremente la pena.»

Esta disposición es excelente y el caso de intervención está perfectamente legislado; solo podría reprochársele, en su elegante concisión, que no sea lo bastante clara para dar lugar á una uniforme aplicación.

El Proyecto ruso trae la siguiente disposición: «Art. 38. Si el hecho prohibido por la ley ha sido cometido para escapar á un peligro de muerte que no pudo ser evitado de otro modo, no hay jamás ni crimen ni delito cualquiera



que sea el mal causado. Cuando, al contrario, el peligro amenaza solamente la salud, el pudor, la libertad ó las propiedades de una persona, es necesario examinar si ella tenía justos motivos para considerar el atentado llevado al derecho de otro como mínimo en comparación del bien ó del derecho que ella salvaba cometiendo el hecho prohibido.» Parece mucho exigir el pretender que el derecho sacrificado sea *mínimo* con relación al salvado. El caso de intervención no es mencionado.

265—Ninguno de estos textos nos satisface completamente, salvo el del proyecto suizo que adoptaríamos sin vacilar si, como hemos dicho, no temiéramos que ocasione dificultades en su aplicación y que sea el punto de partida de una jurisprudencia poco uniforme. Nos ha parecido mejor redactar otro, de acuerdo con los principios que hemos expuesto. Hélo aquí, en la forma conveniente para ocupar el lugar que le corresponde en el art. 41 del Proyecto:

3) «El que ha cometido el hecho en los límites exigidos por las circunstancias, para salvar de un peligro injusto é inminente que no tenía el deber de afrontar y que no era posible evitar de otro modo, su vida ó la de un tercero á quien está vinculado por deberes especiales, ó cualquier otro bien de sí mismo ó de otro, siempre que este sea superior al bien sacrificado».

Parécenos que esta disposición se ajusta en un todo á la que hemos expuesto y que contiene, en una fórmula breve, todos los requisitos que debe reunir el estado de necesidad para que él exima de responsabilidad penal. Es más completa y precisa que todas las que hemos transcripto, aun la del *avant projet* suizo, y no nos parece que pueda ser tachado de redundante.

Una ligera explicación bastará para que el inciso proyectado sea bien comprendido. El se divide en dos partes: la primera se refiere al caso en que peligra la vida y,



para salvarla, se mata á otro, admitiéndose el derecho de intervención solo cuando el que obra está vinculado al que corre el peligro por algunos de los deberes que antes hemos mencionado: deberes morales de familia, de amistad, de protección ó profesionales como el del médico que practica la embriotomía ó que para salvar á Deodica mata á Radica (1); la segunda comprende al necesitado y al intervenitor de un modo amplio sin más restricción que la que el bien sacrificado sea inferior al bien salvado.

Acaso se objete que era inútil que se exprese en el inciso las circunstancias *que no tenía el deber de afrontar*, refiriéndose al peligro, puesto que ella está comprendida en la injusticia de éste. Efectivamente así es, y si hemos consignado esa circunstancia, ha sido solo para mayor claridad, á fin de evitar, en lo posible, cualquiera mala inteligencia.



1 Estas dos jóvenes hindúes, unidas entre ellas por una membrana, fueron, durante un tiempo, exhibidas en diversos países, hasta que Radica enfermó de tuberculosis y, para salvar á su hermana, fué necesario cortar la membrana, lo que dió por resultado su muerte.

Marchand cree que es un caso de legítima defensa, no de necesidad, pero olvida que Radica no llevó á cabo agresión alguna, condición esencial de aquella y de la cual en ningún caso es posible prescindir y que ni aun se mató á Radica ni se pensó en ello, sino que su muerte fué debida á la operación con que se quiso salvar á Deodica del contagio.

OBEDIENCIA JERÁRQUICA



266—Los incisos 5º y 6º del art. 41 del Proyecto, son idénticos á los 7 y 15 del Código vigente, el que, á su vez, los tomó del Código Español. El uno es inútil, el otro está pesimamente redactado, expresando mucho más que lo que los autores del Proyecto han pretendido.

Difícil es comprender como estos no han visto la completa inutilidad del inciso 5º. Lo que dispone es de tal manera evidente, hay tal contradicción entre la hipótesis del inciso y la idea del delito, que es, á todas luces, superfluo consignarlo. Es absurdo suponer que pueda haber delito cuando se cumple con el deber ó se obra en el legítimo ejercicio de un derecho. El cumplimiento del deber y el ejercicio del derecho son la más perfecta negación del delito, y no se vé que fin pueda proponerse la ley al hacer semejante declaración de irresponsabilidad.

Pero ya que la Comisión creyó deber adoptar esa disposición ¿á que viene la siguiente, que no es mas que un caso particular de la anterior? ¿Que diferencia existe entre el que obra en cumplimiento del deber ó en virtud de obediencia debida?



Suprimido, como es evidente que debe serlo, el inc. 5º, examinemos el 6º.

267—Aunque los comentaristas españoles baten palmas á este inciso, nosotros pensamos, y vamos á decir por qué, que debe ser rechazado, sustituyéndolo por otra disposición que exprese con claridad lo que, sin duda, han querido los autores del Proyecto.

Hay tal vaguedad en la disposición del inciso, que, en realidad, no se sabe que es lo que ha querido decir, y tan no se sabe, que mientras aquellos le dan una interpretación, otra muy distinta se le dá entre nosotros. Y, lo hemos dicho más de una vez, redacciones así no cuadran á ninguna ley, mucho menos á la ley penal, que debe estar al alcance de todos.

Obediencia debida es la del hijo respecto al padre, la del pupilo respecto al tutor, la de la esposa respecto al esposo, la del sirviente respecto al patrón, la del discípulo respecto al maestro. . . . ¿Pero quién puede sostener que queda exento de responsabilidad el hijo, el pupilo, la mujer, el sirviente, el discípulo, que comete un delito por orden de su padre, tutor, marido, patrón ó maestro? Hemos de ver luego que la justificación en la obediencia jerárquica, se funda en la presunción de legitimidad de la orden del superior y en razones de orden público, pero esa presunción y esas razones no pueden existir en esto, que podemos llamar, obediencia doméstica. El temor reverencial, según la expresión consagrada, puede atenuar el delito, jamás justificarlo, y si, en algún caso excepcional, llegara á ser eximido de responsabilidad el que ha obedecido á la autoridad doméstica, no sería por *obediencia debida*, sino por otra causa, sugestión ó estado de necesidad, por ejemplo.

En el derecho romano, á causa de la extensión del poder del *paterfamilia* y del *dominus*, esta cuestión tenía gran importancia; sin embargo, el esclavo no quedaba



exento de pena si obedecía la orden de matar á un hombre: *Servus non in omnibus rebus sine pena domini dicto audiens esse solet; sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset* (1). Y en otra parte: *Ad ea que non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignocitur servis, si dominis... obtemperaverint* (2).

Pero, dada la organización de la familia moderna, semejante cuestión no tiene importancia alguna, y, salva la su gestión, fácil de producirse en el ambiente que rodea á ciertas familias (que sería una causa diversa de excepción de pena), el hijo, la esposa, el doméstico se encuentran en las condiciones de cualquier extraño, á quien la orden no puede justificar. El derecho moderno no admite la posibilidad de un poder doméstico, en que el subordinado deba obedecer de un modo ciego y pasivo, como sucedía bajo el antiguo derecho.

Sobre este punto, no hay discrepancia entre los criminalistas modernos (3), y no conocemos ningún Código autorizado del viejo mundo, salvo el español, que consigne una disposición como la que criticamos.

Esto es de tal modo evidente, que en el primer momento se está inclinado á creer, como hacen algunos tratadistas argentinos, que el inciso que nos ocupa solo se refiere á la obediencia jerárquica: sin embargo, no es así, si hemos de estar á la opinión de un tan autorizado comentar del Código español, como el señor Pacheco. Y esta opinión tiene grandísima importancia, puesto que, como hemos dicho, de este Código se tomó el inciso en cuestión, sin variar una coma.

«*Obediencia debida*, dice este autor, es la que está fundada en las leyes: la que prestan los subordinados á sus

(1) Digesto, L. 20, *De obligationibus et actionibus* (XLIV, 7).

(2) Dig., L. 157, *De reg. jur.*

(3) Garraud *Droit pen. franc.*, T. I, n° 313. Alimena, *I limiti*, etc., T. 3, p. 8 y 9. Prins, *Science pen. et droit posit.*, n° 340. Chauveau Adolphe. *Theorie...*, T. I, p. 542 y sig., etc.



superiores, los hijos á sus padres, los vecinos á su autoridad, los súbditos al gobierno» (1).

Y si nosotros no tenemos un comentario auténtico de nuestro Código, que nos dé el verdadero sentido de sus disposiciones, debemos pensar que el legislador argentino, al copiar á la letra el texto español, quiso expresar lo mismo que este, y los Proyectos, que también lo copian, no pueden ser interpretados de manera distinta.

De todos modos, el texto, por la generalidad del concepto, no admite otra interpretación racional, ya que una de las más conocidas reglas de hermeneútica no permite distinguir donde ella no distingue. Es, pues, indispensable modificar la redacción de ese inciso, de manera que exprese, con claridad y precisión, el pensamiento del legislador, que no puede ser otro que el de referirse á la sola obediencia jerárquica.

268— Son conocidas por todos los que de estas cosas se ocupan, las apasionadas controversias á que ha dado lugar este justificativo acerca de sus límites y condiciones, las que exceden, en mucho, los límites del derecho penal, pues son los principios mismos del derecho público, de la organización social, los que están en juego. ¿La obediencia del inferior á su superior jerárquico debe ser pasiva, de tal manera que escape á toda responsabilidad penal por el cumplimiento de la orden; ó, por el contrario, tendrá derecho de apreciar la legalidad de la orden que recibe y, en su caso, negarse á obedecerla? Los partidarios de esta última teoría han sostenido, con más brillo que exactitud, que la autoridad no tiene derecho á la obediencia cuando ella misma viola la ley, lo que importa la negación de todo orden social.

Aquí, como siempre que la discusión lleva á afirmarse en tesis extremas y excluyentes, tiene aplicación el aforis-

(1) Pacheco, *El Cód. pen. concord y coment.*, T. I., p. 177. Ed. 1856.



mo: *in medio veritas*. Sostener que el inferior debe obedecer siempre, como una máquina, sin preocuparse de la legalidad de la orden que recibe, es abrir la puerta a todos los abusos, es sacrificar el interés de la justicia, sin beneficiar en nada a la sociedad. Sostener, por el contrario, que él debe hacerse juez de la legitimidad de la orden que recibe, es hacer imposible todo gobierno. Tan falso es el uno como el otro punto de vista.

Debemos aceptar, sin vacilar, este doble principio, que podemos calificar de axiomático: toda orden legítima, es decir, de acuerdo con la ley, debe ser obedecida, y toda orden abiertamente contraria a ella, no debe ser obedecida. Pero una orden puede ser ilegal, y lo que justifica al inferior en su ejecución, es su error sobre la naturaleza de ella, la ignorancia sobre su criminalidad. No es, pues, el deber de la obediencia jerárquica, lo que justifica al inferior, sino el error acerca de su legalidad ⁽¹⁾.

Así, pues, la obediencia debida por el inferior a la orden emanada de su superior jerárquico, supone la legitimidad de esa orden. Esta legitimidad se presume. Si ella es dada por quien tiene facultad para hacerlo y reviste las formalidades externas que debe tener por la ley, una presunción de legalidad la ampara, y el inferior está obligado a obedecerla porque él podía y debía creer en esa legalidad. Pero, cuando la orden es manifiestamente ilegal, cuando resulta evidente que ella ordena cometer un delito, toda presunción de legitimidad desaparece, y el subordinado que la cumple, es responsable, al igual del autor de la orden. Si el superior jerárquico ordena falsificar un documento, alterar las declaraciones de los testigos de un sumario, matar a un transeunte, azotar a un preso, robar una suma de dinero, etc., es evidente que

(1) Carrara, *Programma*, Parte Gen., § 316—Haus, *Ob. cit.*, T. I, n° 610—Rossi, *Trat. de Delo. Pen.*, Lib. II, Cap. XIII—Chauveau et Hélie, *Theorie*, etc., n° 916.



el inferior no puede obedecer semejante orden sin incurrir en responsabilidad.

269—Antes hemos insinuado que para que una orden pueda presumirse legítima, necesita reunir ciertas condiciones:

a) Que el inferior esté obligado á cumplir la orden por su dependencia jerárquica con su superior, constituido en autoridad. Pero, para llenar este requisito, no es necesario que el inferior sea un empleado, puede ser un particular llamado á auxiliar á la autoridad, lo que es frecuente en la campaña de muchas provincias argentinas, donde la insuficiencia de la policía obliga á solicitar la ayuda de los particulares en la captura de criminales.

b) Es necesario que la orden entre en la esfera de competencia de la autoridad que la dicta, bien entendido que en caso de duda, la competencia se presume: no se llenaría este requisito cuándo por ejemplo una autoridad administrativa ordena un acto de competencia de la autoridad judicial. El derecho romano comprendía éste y el anterior requisito en esta ley: *Liber homo, sij usso alterius, manu injuriam dedit, actio legis Aquilar cum eo est qui jussit, si modo jus imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendi est qui fecit* (1).

c) Es necesario, por último, que la orden llene las formas requeridas por la ley. Si el Director de un establecimiento penal recibe una persona sin la orden y justificativos establecidos por ley, se hará pasible de la pena del secuestro.

Reasumiendo, diremos: que en principio, el inferior no tiene derecho á discutir las órdenes que recibe, y debe obedecerlas, siempre que reúnan las siguientes condiciones: 1º Que haya dependencia jerárquica del que cumple respecto del que dá la orden; 2º Que la orden emane de

(1) L. 37, D. *ad leg. Aquil.*

autoridad competente: 3º Que revista las formalidades legales: 4º Que no sea abiertamente contraria á la ley.

El inciso podría, pues, formularse así:

6º El inferior que obrase en virtud de orden de autoridad competente, revestida de las formalidades necesarias y cuya ilegalidad no aparezca evidente.



LEGÍTIMA DEFENSA



270—El inciso 7º prevé el caso de legítima defensa, copiando textualmente el inciso 8 del Proyecto de 1891, el que, á su vez, tomó esta disposición del Código vigente y del español, en su parte principal.

Las exposiciones de motivos de ambos proyectos no dicen una palabra respecto á las razones que hayan tenido las Comisiones redactoras para adoptar sin modificación sustancial la redacción defectuosa de aquellos Códigos, apesar de que ella difiere de la de todos los extranjeros y ofrece muy serias objeciones bajo el punto de vista doctrinario.

Aun supuesta excelente esta redacción, la interpretación que se le ha dado entre nosotros y en la madre patria, como la que surge del mismo texto legal, limitando su alcance á la defensa de la persona y de algunos de los derechos inherentes á ella como la integridad personal y la libertad, bastaba para que no hubiera sido adoptada por la Comisión, desde el momento que ella parece entender (véase el informe, XLIII) que su texto comprende también la defensa del honor y de los bienes, lo que corroboran las opiniones de algunos de sus miembros (1). Los

(1) Rivarola, *Esp. y crit.*, T. I., núm. 134 y 136—Moyano Gacitúa, *Ciencia Criminal*, p. 364.—V. también. *Esp. de motivos del Proy. de 1891*.



tribunales no darán á ese texto otra interpretación que la que siempre le han dado en el Código vigente, que, por otra parte, es la correcta, gramatical y lógicamente.

Gramaticalmente, porque los tres requisitos que hacen legítima la defensa no concurren sino en la de la persona y de los derechos inherentes á ella, como los que hemos citado. En el caso de los bienes, el inciso 3 no tiene sentido lo mismo que en los atentados al pudor.

Lógicamente, porque el legislador al hablar de *derechos* no ha podido referirse á otros que á los inherentes á la persona, pues en España y entre nosotros, la doctrina tradicional, pacíficamente adoptada por todos, ha sido reconocer la legítima defensa solo en cuanto se refiere á la persona, y la de los bienes, solo cuando traían un peligro para ella (1).

Esa es también la opinión de los más caracterizados comentaristas del Cód. Español como Pacheco y Groizard (2), quienes piensan que la ley sólo habla de la defensa de las personas, no de la de los bienes.

271—En nuestro Código todavía es más evidente esto, puesto que la defensa del pudor está prevista en el inciso 1.º, y la de los bienes, en el solo caso que haya peligro personal, en el 11, lo que prueba que el legislador argentino no entendió referirse en el inciso 8 á todos los derechos, sino á los inherentes á la persona, previendo por separado

(1) En el derecho romano, no está claro si se extendía el derecho de legítima defensa á la propiedad, pero varios textos parecen demostrar que sólo se extendía á la propiedad cuando había peligro para las personas, como el siguiente de Ulpiano: *«furem nocturnum, si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit»* (Ad leg. Corn. de sicaris et de veneficiis, D. XLVIII, 8), lo que demuestra que no existiendo peligro para la persona no había derecho de defender la propiedad. V. también: L. 6, Ad leg. Jul., Cód. IX, 12 y Ulpiano, *De vi et de vi armata*, D. XLIII, 16.—En las leyes españolas, la defensa de los bienes tampoco era permitida, salvo caso de peligro para la persona. V. L. 3. tit. 8. P. VII y L. 1. tit. 21. lib. XII. Nov. Recop.

(2) Pacheco, *El Cód. Pen. com. y concord.*, T. I, p. 155 y sig.—Groizard, *El Cód. Pen. esp.*, comentario al inciso 4 del art. 8.



la defensa del pudor, por cuanto á esta defensa no es aplicable el requisito 3º, y la defensa de los bienes, en el único caso que la aceptaba, tomando la fórmula del Código francés. Esta es la única interpretación racional de nuestro Código, porque, en vez de poner en contradicción las diferentes disposiciones que se refieren á la defensa, las pone de acuerdo y las armoniza en la concepción que se hizo de este instituto en presencia de los modelos que tuvo á la vista: el Código español, el francés y el Proyecto Tejedor. De otra manera se llega á esta conclusión inadmisible: que el legislador argentino se limitó á copiar, sin tener un pensamiento propio.

Por no haberse apercibido del verdadero alcance del inciso 8, es que el señor Moyano Gacitúa consigna esta singular opinión: «Ante tan mal sistema de legislación, no cabe otro proceder á la jurisprudencia, mientras nuestro Código esté en vigencia, que el de inspirarse en los principios generales que rigen esta materia, y aplicar dichas reglas (las del inciso 8) á la defensa de los derechos cualquiera que ellos sean, cuando es posible solamente. Así, por ejemplo, no creemos que en la defensa de los bienes, el tercero ni aun el pariente tengan la misma latitud de acción, que cuando se trata de la persona: ni encontramos aplicable á esta defensa la condición de falta de provocación» (1). Y cuando se ponga en vigencia el Código á cuya redacción ha contribuido el distinguido autor, las dificultades serán las mismas, porque la misma es la disposición, y habrá que abandonarlo para ir á buscar en los principios generales, si debemos reconocer á una persona el derecho de defender sus bienes ó su honra.

El autor citado no ha visto esto, que está tan claro en el Código: que la defensa de los bienes no está permitida sino en el caso especial del inciso 11, esto es, cuando hay

(1) Moyano Gacitúa, *Ob. cit.*, p. 364.

peligro para la persona, inciso que tiene una redacción idéntica al art. 329, inciso 1º del Código francés y muy parecida á la del art. 366 inciso 2º del Código italiano. Códigos que no admiten la defensa de los bienes sino en ese caso y en los ataques violentos á la propiedad.

Esta es también la doctrina que sancionó el Dr. Tejedor en su proyecto (art. 156). Solo admitía la defensa de la vida, de la libertad ó del pudor (art. cit., inciso 1º) y la de los bienes cuando hay peligro personal (inc. 2º, 3º y 4º).

Si tales son nuestros antecedentes legislativos y las fuentes en que se inspiró el codificador argentino, ¿cómo pensar que, con idéntica redacción, se vá á interpretar de otro modo el inciso 7º, del art. 41 del Proyecto?

272—Pero la Comisión no se ha limitado á copiar el texto de nuestro Código, sino que le ha agregado el contenido del inciso 11 del mismo, pero transformándolo sustancialmente, pues de una disposición imperativa que tiene precedentes respetables en la legislación moderna y antigua, la ha convertido en una presunción, que es imposible saber á qué responda, si no es á cierta tendencia de ella á establecer presunciones antojadizas.

Como hemos dicho, la mente de los autores del Proyecto ha sido comprender en el inciso 7º la defensa de los bienes. Siendo así, era inútil el agregado, pues en caso de ataque nocturno al domicilio, el Juez apreciará si hubo necesidad racional de herir, dadas las circunstancias en que se produjo el hecho. La presunción no llena ningún fin práctico para reforzar el derecho de defensa del propietario, y más bien podría redundar en perjuicio de éste por la falsa interpretación que podría darle, creyéndose armado de un derecho que en realidad la ley no le dá. Y decimos que no llenará ningún fin práctico, porque la presunción, á pesar de su generalidad, en realidad no se refiere sino al segundo requisito de la defensa, pues el primero entra en la hipótesis misma del inciso y el último





no tiene aplicación. Ahora bien, es natural que el juez, dada la naturaleza y hora del ataque y la dificultad de la prueba, declare la necesidad racional del medio empleado siempre que lo contrario no aparezca claramente. Parece más conveniente dejar al tribunal completa latitud de acción, sin la traba de una presunción que puede llevarlo a resolver una injusticia.

La Comisión, á estar á su informe (p. XLIII), cree que no ha hecho sino trasladar el inciso 11 del Código vigente al inciso 7 del Proyecto. Esto prueba que no se ha dado cuenta exacta de lo que dispone dicho inciso 11, que, en vez de una presunción simple como la establecida por ella, crea una presunción *juris et de jure*, como se ha interpretado en Francia y en Italia ante disposición análoga de sus Códigos, el 329 inciso 1º del francés y el 366 inciso 2º del italiano.

El citado inciso presume que el ataque nocturno llevado al domicilio importa un peligro para la persona de su morador, puesto que es imposible penetrar en el alma del asaltante para conocer sus verdaderas intenciones; en el hecho mismo de la escalada ó de la fractura está el peligro, peligro que puede ser rechazado matando al agresor. Y la ley hace esa presunción, porque cuando aparezca el peligro real puede ser ya tarde, dada la naturaleza y hora del ataque. El dueño de casa no necesita probar otra cosa que la realidad de la escalada ó fractura y la hora para ser justificado, y en vano se pretenderá probar que el peligro no fué real y que el que entraba de esa manera á casa ajena, talvez lo hacía con la intención de salvar á sus dueños de los verdaderos criminales, porque la ley no pretende penetrar en el fuero interno del asaltante; ante la duda de su real intención, presume la existencia del peligro y confiere al propietario el derecho de defenderse de ese peligro presumido. Así decía Farinacio: *Presumitur quod eo tempore fur abuerit animum non solum furandi.*



sed etiam occidendi; set saltem cum sic de nocte veniat ratione temporis discerni non posset an ad furandum an vero ad occidendum venerit (1).

273—Ya que hemos hablado de la defensa de los bienes y hemos demostrado que ella, en general, no es reconocida por nuestra actual legislación criminal ni lo ha sido por el Proyecto del Dr. Tejedor, de conformidad á las enseñanzas del derecho romano y á lo que disponían las leyes antiguas españolas, conviene que nos ocupemos de este punto y veamos si nuestro futuro Código debe admitir la defensa de ellos.

Muy discutida es ella en el terreno de la ciencia, y en el de la legislación la divergencia es completa. Mientras los Códigos de Francia, Italia, Bélgica, Rusia, España, el Japón, el cantón de Luxemburgo, no la admiten: los de Alemania, Hungría, Holanda, la mayor parte de los cantones suizos, Grecia, etc., la aceptan. En cuanto á los Proyectos, el suizo, con una redacción completamente general, comprende toda clase de derechos: el japonés y el ruso comprenden también en la defensa legítima la propiedad.

En cuanto á la doctrina, predomina la opinión de que no debe concederse el derecho de la defensa de los bienes. Son de ésta opinión, Nicolini, Carmignani, Carrara, Impallomeni, Tuozzi, Pessina, Le Sellyer, Bentham, Chauveau et Hélie, Dalloz, etc. Sostienen la contraria, Garraud, Berner, Haus, Ortolan, Ihering y otros. Nypels y Trebutien solo admiten este derecho en casos extremos, cuando se roba toda ó casi toda la fortuna. Alimena se coloca en un término medio y sostiene que la defensa de la propiedad está comprendida en la más amplia del propio domicilio.

Como se vé, es bien poco satisfactorio el estado de la ciencia en esta cuestión, más que por las dificultades que

(1) Farinacio, *Quaest.*, 125, n° 199.



ella presenta, porque cada uno se coloca en posiciones extremas haciendo difícil el acuerdo. Y como una prueba de la verdad de lo que decimos, basta recordar el argumento vuelto clásico de los que niegan el derecho de defensa de los bienes: el del niño que se mata porque ha entrado á una huerta y ha robado algunos frutos.

274—Nosotros estamos con los menos y pensamos que es legítima la defensa de los bienes, al igual de los demás derechos importantes, pero sin caer en la exageración del ejemplo citado.

Los que la niegan se fundan en aquella regla que por primera vez formuló Carpzovio acerca del daño *irreparable*. El exigía las siguientes condiciones para que exista el derecho de la legítima defensa: 1° *Impetus inopinitus et injustus*; 2° *Laesio inchoata*; 3° *Periculum in mora*; 4° *Damnum irreparabile* (1). Más tarde, Carmignani hizo suyo este requisito del *damnum irreparabile*, sosteniendo que el criterio de la gravedad del mal está en su irreparabilidad (2).

Pensamos también que debe aceptarse este criterio de la irreparabilidad del mal, pero no creemos que los delitos contra la propiedad sean siempre reparables. Por lo general lo serán, pero cuando un ratero me arrebatara en la calle una cartera donde llevo, si no toda mi fortuna, por lo menos una suma considerable que con mi trabajo me será imposible recuperar, ó un individuo, por venganza vá á aplicar fuego á mi única propiedad y yo no tengo, en ese momento, otro medio de recuperar aquella ó impedir este, el daño será irreparable y tengo el derecho de defender mi bien aun á costa de la vida del que atenta á él. Debe presumirse que el que atenta á la propiedad ajena es un insolvente, pero si manifiestamente no lo fuera, como es

(1) Carpzovio, *Pract. nova*, t. I., *quaest* 28-33.

(2) Carmignani, *Teorie delle legie della sicurezza sociale*, tom. 2. página 231.



posible que suceda en el caso que se quiera destruir la propiedad por venganza, es claro que no se tiene el derecho de matarlo, puesto que la justicia hará que se resarza el perjuicio.

«La propiedad, dice Nicolini, es cosa tan insignificante en frente de honor ó de la vida, que sería envilecer demasiado estos bienes soberanos dando á aquella los mismos privilegios: para ella, hay siempre tiempo de ocurrir á la justicia». «El mal amenazado debe ser grave, dice Carrara, y se considera como grave el mal que amenaza la vida, los miembros y el pudor, no el que ataca los bienes, ni el que ofende la fama». No nos convencen los ilustres criminalistas.

No es verdad que los Tribunales ofrecerán siempre la reparación demandada: por el contrario, esto es la excepción, y son muy raros los casos en que la justicia consigue que se devuelva lo robado. No nos parece exacto tampoco, que la propiedad que hace posible la vida, que hace mirar con tranquilidad el porvenir, que dá tantas alegrías y dispensa de tantos sufrimientos, sea cosa despreciable en frente de otros derechos. ¿Que vale más, no en absoluto, sino en relación al hombre, todo lo que un hombre posee ó el mal que amenaza un miembro, ó la ofensa al pudor que talvez no es la primera recibida, ó la privación de unos días de libertad? Podrá la propiedad ser inferior á esos derechos, pero no es cosa despreciable en frente de ellos ni menos estos se envilecerán con los privilegios que se le acuerdan, porque esos privilegios no son á la propiedad sino á los derechos del hombre y todos los derechos del hombre son respetables para la ley y les debe toda clase de garantías.

275—La defensa es un derecho, no un simple eximente de pena, y es un derecho, porque cuando la Sociedad no puede proteger mi bien, yo debo protegerlo de cualquiera ataque ilegítimo: es la defensa privada que reaparece cuan-



do el poder social que la sustituyó no puede llenar su misión tutelar. No puede hacerse diferencia en los bienes; unos serán más importantes, otros lo serán menos, pero el derecho á defenderlos de una agresión injusta existe en todos los casos ó no existe en ninguno. La más ó menos importancia del bien amenazado no dá nacimiento al derecho y sea que él valga como cien ó valga como uno, solo la necesidad de protegerlo hace nacer el derecho. Todos mis derechos están protegidos por la ley ¿porqué el más humilde de ellos ha de ceder ante la violencia? Es por esto que ha dicho uno de los más ilustres criminalistas modernos: «El fundamento de la legítima defensa, que el derecho no debe ceder ante un injusto ataque, vale para *cualquier derecho*. No solo para la defensa del cuerpo, de la vida, de la propiedad y del honor, sino también para la legítima defensa de los derechos familiares (adulterio), de la libertad, de la prenda, de una servidumbre » (1).

El derecho de defensa, que teóricamente existe siempre, cualquiera que sea el bien amenazado, puede y debe ser limitado por la ley, por la misma razón que limita otros muchos, en interés de la sociedad; ella no puede permitir que se mate á un hombre para impedir que robe algunas frutas. Pero ¿con qué criterio debe hacerse ésta limitación? ¿con un criterio, diremos así, cualitativo, según la naturaleza del derecho violado ó con un criterio cuantitativo según la magnitud del mal producido? Es este último, el de la gravedad del mal, en el que todos están conformes. El mal puede ser grave ya se trate, de la vida, de la honra ó de los bienes y el índice de esta gravedad está en su irreparabilidad. Así como todo ataque á la persona no sabría justificar la muerte ó heridas del agresor, todo ataque á la propiedad tampoco podría justificarla.

1) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 83.



Por otra parte, la defensa de la propiedad vá casi siempre unida á la defensa de la persona. Desde el momento que el propietario está presente para poder defender su bien, no se le puede exigir que se cruce de brazos ante el robo de que vá á ser víctima. Él tiene perfecto derecho á mantenerse en la posesión de sus bienes, y si el ladrón, para conseguir su objeto apesar de su resistencia, apela á vías de hecho, hay agresión ilegítima contra la persona del propietario y este hará uso de su derecho hiriéndolo ó matándolo. La máxima *vim vi repellere licet* que nadie discute, me dá el derecho de rechazar con la fuerza todo hecho lesivo del derecho, y si por observarlo soy atacado, tengo el derecho de defenderme de mi agresor, aún á costa de su vida.

Solo excepcionalmente ocurrirá que en la defensa de la propiedad no esté comprometida la persona y, en tal caso, deberá exigirse que el mal sea grave, que tenga el carácter de irreparable. Según esto, si un ladrón me arrebatara el reloj ó el portamonedas ó penetra en mi casa y me roba objetos que no sean de gran valor, yo no tengo el derecho de matarlo cuando él huye con los objetos robados. El Juez, en cada caso, apreciará si el robo se puede calificar de grave, y solo en este caso se concederá al propietario que mata ó hiere al ladrón, el justificante de la legítima defensa.

Es, pues, un error del Proyecto reconocer el derecho de legítima defensa contra cualquiera agresión al derecho de propiedad, por insignificante que sea.

276—Otro error del Proyecto, en nuestro concepto, es la exigencia contenida en el tercer requisito del inciso que estudiamos: «Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende». Es verdad que él está consignado en la fórmula del Código español, según la antigua doctrina sostenida por Rousseau de la Combe y Jousse y que también sostuvo Faure en la exposición de motivos del Có-



digo Penal de 1810 ⁽¹⁾, que tuvo seguramente su origen en el aforismo forense: *causa causar est causa causati*. En el derecho romano ni en el canónico encontramos huellas de este requisito.

El más autorizado comentador del Código español, da *in extenso* las razones en que se funda esa exigencia, pero ellas de ninguna manera satisfacen. Véase sino: «Si yo he provocado con mis actos ó con mis palabras la agresión de otro, por más que esa agresión sea ilegítima, siempre ha sido motivada por mí y nunca puede ser legítima mi acción para contrarrestarla y defenderme de ella». Precisamente es lo que habría que demostrar: que mi acción rechazando el ataque que pone en peligro mi vida no puede ser legítima, y es lo que ese autor no hace porque tal demostración es imposible. «No puede (la ley) reconocer aquel derecho íntegro, justificante, en quien ha traído con su conducta una agresión más ó menos legítima, pero siempre motivada. Falta la inocencia primitiva, condición esencial del derecho que examinamos; faltale su candor: faltale sus fuerzas y su autoridad». ⁽²⁾ Es pues la inocencia, el candor, lo que se necesita para que haya derecho á la defensa. ¿Pero en qué consiste esa inocencia? Grocio nos lo vá á decir: «Para rendir inocente la defensa de sí mismo, es suficiente que el agresor no tenga algún derecho de atacarnos y que nada, por otra parte, nos obligue á sufrir la muerte sin oponer resistencia» ⁽³⁾. Y es lo que todo el mundo entiende. Desde el momento que hay injusticia en la agresión hay justicia en la reacción, y, viceversa, desde el momento que hay justicia en la agresión hay injusticia en la reacción. Y la justicia es la inocencia que el derecho exige.

(1) Rousseau de la Combe, *Traité des matieres criminelles*, Chap. II, p. 100.—Jousse, *Traité de la Justice criminelle en France*, T. 3, p. 516 en Crivillari, *Cód. Pen. d'Italia*, T. 3, p. 512.

(2) Pacheco, *El Cód. Pen. concord. y coment.*, T. I, p. 154, Ed. 1856.

(3) Grocio, *De jure pacis et belli*, L. II, cap. I, § 5.



Cuando un hombre insulta á otro ó le da una bofetada, es decir, lo provoca, ¿tiene el insultado el derecho de reaccionar matando al ofensor y este la obligación de sufrir la muerte sin oponer resistencia? Nadie sostendrá semejante heregía, porque no hay proporción alguna entre la ofensa y la reacción, y todos los Códigos del mundo castigan el homicidio provocado, y si atenuan la pena, no es porque la provocación haya hecho nacer en el provocado algún derecho de atentar contra la vida del provocador, sino porque la cólera que suscita la ofensa determina la voluntad á tal punto que la razón difícilmente puede refrenarla, por cuya razón se ha asimilado aquella á un acceso de enagenación mental, *ira furor brevis est*. Y si carece de derecho para matar quiere decir que su agresión es injusta y se tiene el derecho de rechazarla.

¿Con qué viso de razón se exigiría á este hombre que se deje matar, negándole todo derecho de resistencia? Su provocación habrá sido todo lo culpable que se quiera, pero ella no hace nacer en el provocado el derecho de disponer de su vida. El ataque de este es, pues, injusto, su agresión ilegítima y entonces surge el derecho de oponer la fuerza á la fuerza para salvaguardar su vida en peligro. Otra cosa sería si la ofensa diese el derecho de matar, como sucede actualmente entre nosotros con el marido que mata á su mujer ó á su cómplice sorprendidos en flagrante adulterio. Puesto que el marido tiene el derecho de matarlos, ellos no tienen el derecho de defenderse.

Empleando una expresión de Pacheco, podemos decir, con más lógica que él, que todo aquí es correlativo. Si se tiene el derecho de matarme, yo no tengo el derecho de defenderme. La provocación por culpable que sea y siempre que no haya sido tal de poner al provocado en condiciones de legítima defensa, no puede modificar esto que es sustancial en la existencia de este derecho.



277—La legítima defensa consiste en impedir por la fuerza la violación de un derecho. La ley romana la equiparaba á un derecho natural: *vim vi repellere licet, idque jus natura comparatur* ⁽¹⁾, o *Ut vim atque injuriam propulsemus, juris gentium est* ⁽²⁾. Ella es la primera sanción del derecho, de tal modo que, como dice Garraud, y antes que él Carrara, la defensa social es solamente *subsidiaria*, en apoyo y no en exclusión de la defensa individual. Si mi derecho es injustamente agredido, la fuerza social debe defenderlo si está presente, sin entrar á averiguar si yo provoqué ó no la agresión; si no lo está ó es impotente, yo tengo el indiscutible derecho de defenderlo empleando la fuerza necesaria. Mis actos ó palabras anteriores, no pueden hacer que yo pierda ese derecho natural de velar por mi propia conservación ni dan á otro el derecho de atentar contra mi vida: seré todo lo culpable que se quiera, pero mi derecho subsiste íntegro, apesar de todo. En vano se buscará en los autores que sostienen la doctrina contraria á la nuestra, la razón porque un acto ó palabra ofensiva pueda hacer perder á un hombre ese supremo derecho á la propia conservación: no se la hallará porque, en realidad, ella no existe.

El inciso habla de provocación *suficiente*, y Pacheco, Groizard y demás comentaristas españoles nos dicen que provocación suficiente es la que atenúa la pena en caso de reacción violenta: pero cualquiera ofensa por insignificante que sea, basta que se pueda calificar de tal, atenúa la pena, poco, muy poco, si ella es ligera, mucho, si es grave, muchísimo, hasta hacer cambiar la calificación del delito, si ella es de gravedad excepcional. Así, pues, para que la provocación sea *insuficiente* y dé lugar á la legítima defensa, se requiere, en realidad, que no exista ofensa de ningún genero, lo que importaría hacer del derecho de

1. L. 1, § 27, D. *De vi*.

2) L. 3, D. *De just. et jure*.



defensa un derecho excepcional, reservado para raros casos en que se quiere matar á un hombre sin motivo dado por él, para satisfacer instintos ó pasiones criminales. De manera que, en la generalidad de los casos, el derecho de defensa no existe: no queda más que una alternativa: morir ó convertirse en un delincuente.

278—Tomando la cuestión bajo otro punto de vista, llegamos á idéntica conclusión. El que, á raíz de una disputa que ha provocado palabras ofensivas, ataca al que las ha proferido amenazándolo de muerte, se revela, por el mismo hecho, un ser antisocial, un individuo peligroso, un criminaloide, como diría Lombroso, al cual la sociedad tiene verdadero interés en castigar. El que ha preferido la ofensa y mata defendiéndose, no se revela por eso un ser antisocial, sino un hombre como todos, que después del hecho cometido seguirá siendo tan honrado como antes, porque una palabra mal sonante pronunciada al calor de una discusión, no es incompatible con ese calificativo, no lo revela antisocial y peligroso. La sociedad, pues, no tiene ningún interés en castigarlo. El castigo será inútil porque no será ni intimidante, ni ejemplar, ni servirá para enmendar á quien no ha manifestado ninguna inmoralidad.

279—Fuera de los Códigos español y portugués y algunos americanos tomados de éstos, no conocemos ningún otro Código ni ningún proyecto, salvo el japonés, que contenga semejante requisito.

En cuanto á los autores, fuera de los españoles, Pacheco, Groizard y Viada, de varios de los argentinos, de algunos italianos, Carrara, Alimena, Conti y otros ⁽¹⁾ y de Fuerbach y Nipels ⁽²⁾, todos los demás están de acuerdo

(1) Alimena, *I limiti*, etc., T. 3, Cap. II, ps. 57 y 58.—Carrara, *Programma*, P. Gal., § 297.—Conti, *Dell'imputabilità*, núm. 24, en Cogliuolo, I, parte 2ª, A., ps. 100 á 102.

(2) Fuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 88. - Nypels, *Cód. pen. inter.*, T. 2, p. 403.



en admitir el derecho de legítima defensa en el provocador cualquiera que sea la provocación, aun en el caso de sorpresa infraganti en el delito de adulterio. Citaremos solo algunos para abreviar.

Los distinguidos autores de la Teoría hacen una distinción: ó el agresor ha amenazado al adversario en su vida ó no tuvo otro fin que ultrajarlo. En el primer caso, el homicidio por él cometido es la consecuencia de su agresión, constituye con ésta un hecho indivisible, y no podría ser justificado. Pero, en la segunda hipótesis, la solución es diversa: desde el momento que las represalias ejercidas por la persona ultrajada han excedido la gravedad de la injuria recibida, constituyen, evidentemente, una agresión *injusta*, que el agresor originario tiene el derecho de rechazar y no debería responder de las consecuencias siempre que no haya excedido los límites de una necesaria defensa. ⁽¹⁾

Garraud piensa lo mismo, haciendo idéntica distinción y termina diciendo: «Pero si la agresión no ha puesto la persona atacada en el caso de legítima defensa, si ella no es sino una provocación, el agresor, cuando su vida es puesta en peligro por la persona provocada, tiene el derecho de reobrar, aun por la fuerza. ⁽²⁾

Haus dice: «La provocación constituye sin duda un delito: pero si ella no ha sido de naturaleza á legitimar el ataque dirigido contra el provocador, este ataque es injusto y el provocador, mal grado su falta, tiene el derecho de reobrar, aún por la fuerza, si la necesidad lo exige» ⁽³⁾.

Lizt sostiene que tiene también el derecho de rechazar una violencia cometida por exceso de defensa, por lo mismo que el exceso es una acción antijurídica. Ticio dá una bo-

1) Chauvean et Hélie, *Théorie du Cód. pen.*, T. 2, § 2737.

(2) Garraud, *Droit pen.*, T. I., núm. 303.

(3) Haus, *Droit pen.*, T. I., n.º. 632.



fetada ó un bastonazo á Sempronio, el cual pudiendo defenderse de ulteriores golpes ó con su propio bastón ó de otro modo, saca su revólver y amenaza con él á Ticio. Ticio no tiene el deber de hacerse matar, porque Sempronio no tiene el derecho de matarlo á él. (1)

La circunstancia, dice Merkel, de haber sido causa culpable del ataque no excluye, en general, la injusticia y antijuricidad del mismo, ni, por consiguiente, la legítima defensa (2).

En el mismo sentido, Laborde (3), Molinier et Vidal (4), Thiry (5), Majno (6), Le Sellyer (7), Civoli (8), Impallomeni (9).

280 Muchos de los que no aceptan la legítima defensa en el provocador, siguen á Carrara, quien piensa que por parte de este hay exceso de defensa. «En el caso del ladrón, del adúltero ó de cualquier otro que fuese causa del propio peligro por un acto reprobable no agresivo de la vida de otro, la excusa del peligro sobrevenido puede quedar: cesa, sin embargo, el *moderamen*, y toma su lugar el *exceso de defensa* y es entonces que con exactitud puede adoptarse el nombre de *excusa*, abusivamente usurpado en el *moderamen* (10)».

Y si se tiene en cuenta que la tendencia de la legislación moderno es eximir de pena el exceso por razones psicológicas (véanse los Códigos alemán art. 53, húngaro

(1) Litz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 146.

(2) Merkel, *Derecho pen.*, T. I., § 60.

(3) Laborde, *Cours de droit crim.*, p. 302.

(4) Molinier et Vidal, *Traité théorique et pratique de dr. p.* VI. p. 201.

(5) Thiry, *Cours*, n.º 150.

(6) Majno, *Commento al Codice penale*, p. 122.

(7) Le Sellyer, *Traité de droit pen.*, T. I., N.º 563.

(8) Civoli, *Lezioni di diritto penale*, p. 179.

(9) Impallomeni, *L'Omicidio*, n.º 203. *II Codice penale illustrato*, n.º 74.

(10) Carrara, *Programma*, P. Gal., § 297 y nota.



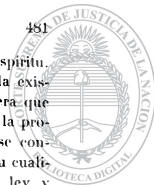
art. 79, holandés art. 41, del cantón de Neuchâtel art. 3-3 y Proyecto suizo art. 15), tendencia que se acentúa cada vez más, hasta llegar uno de los más sabios Proyectos que han visto la luz pública, cual es el ruso, á declarar que el exceso de defensa no es punible (art. 37), á fin de evitar éstas discusiones de carácter psicológico siempre peligrosas, disposición aplaudida por los criminalistas (1), se vé que no es prácticamente de mayor importancia la distinción de Carrara.

281- En esta cuestión, las divergencias tienen origen, en mucha parte, en el diferente fundamento que los autores reconocen á la legítima defensa. Los que, siguiendo á Puffendorf, sostienen que ella es justificada *propter perturbationem animi*, razonan así: si el provocador lo mata, no puede invocar la legítima defensa puesto que el temor despertado por la agresión tuvo su origen en la propia falta y no puede derivar una excusa de un peligro que él mismo hizo nacer ilícitamente (2). Puesto que, según esta doctrina, la defensa no es un derecho sino un acto en sí mismo punible, que no se castiga porque la violencia moral sufrida por el atacado le quita su libertad, se explica bien que ésta excepción de pena no tenga lugar cuando éste voluntariamente se ha puesto en el estado de sufrir ésta violencia. Es un razonamiento análogo al que se hace con motivo de los delitos perpetrados por un ebrio que voluntariamente se ha puesto en ese estado: la ebriedad nace de su propia falta y es justo que sufra las consecuencias de ella.

Pero los que piensan, y es la generalidad, que la legítima defensa es algo más que una excusa *ob miserationem humanæ imbecillitatis*: que tiene un carácter más ele-

(1) Garçon, *Estudio del proyec. de Cód. pen. ruso*: *Revue pénit.*, 1866, p. 708.

(2) Camignani, *Elementi di diritto crim.*, n.º 205.—Véase también Pacioni, *Saggio di diritto penale*, p. 59 y Crivellari, *Op. cit.*, T. 3, n.º 239.



vado, independiente, de cualquier turbación del espíritu, que es un derecho, no pueden hacer depender la existencia de éste de una falta del titular. Cualquiera que sea la culpabilidad de este hombre, su derecho á la propia conservación no desaparece, ni disminuye, se conserva íntegro puesto que su existencia nace de su calidad misma de hombre y no de la voluntad de la ley, y por eso se llama defensa *legítima* y el homicidio cometido en su virtud *legítimo* también. Por eso decía la ley romana: *Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur* ⁽¹⁾. Ihering vá más lejos y dice que la legítima defensa es, no solo un derecho, sino un deber del individuo: «la lucha es el trabajo eterno del derecho: el grado de energía con el cual el sentimiento jurídico reacciona contra una lesión del derecho es una medida cierta de la fuerza con la cual un individuo, una clase ó un pueblo comprende para él y para el fin especial de su vida, la importancia del derecho.» ⁽²⁾.

Es, pues, de necesidad, suprimir el tercer requisito de la legítima defensa según el Proyecto.

282—¿Qué derechos deben dar lugar á la legítima defensa? En nuestro concepto todos, con tal que llenen la condición que domina este instituto: que el mal con que se amenaza sea *irreparable*. Por no llenarlos quedan excluidos los ataques á la honra, con excepción del pudor, pues estos ataques son siempre reparables; pero esto en general, que en algún caso especial puede suceder que el mal con que se amenaza sea, en realidad, irreparable. Supóngase que un individuo se presenta ante una mujer casada con un legajo de cartas de un antiguo amante que le ha sustraído, exigiendo una suma considerable de que ella no dispone, por su rescate. Ese triste episodio de su

(1) Florentino, fr. 3, D. *de justitia et jure*.—Carrara, *Programma*, Parte Gral. § 294, nota 1.

(2) Ihering, *Der Kampf um's Recht*.



vida es ignorado de todo el mundo, inclusive su marido. El escándalo con que le amenaza le costará, acaso, la vida, seguramente la infamia de un hogar honrado. Para conjurar ese mal realmente irreparable, la mujer mata al que posée las cartas. Es fuera de duda un caso de legítima defensa.

Está también excluida la violación del domicilio, salvo cuando, por tener lugar de noche ó en un lugar aislado, y dadas las condiciones de quien las lleva á cabo, hay razón de temer un peligro inminente de un mal irreparable y no hay otro medio de evitarlo.

Quedan también excluidos los ataques á la propiedad, siempre que ellos no produzcan un mal irreparable, como hemos dicho.

Así, pues, la legítima defensa tiene lugar siempre en los ataques á la vida, á la integridad corporal, á la libertad, al pudor, en ciertos casos á los bienes, excepcionalmente en los ataques á la honra y al domicilio.

283—En mérito de lo que precede, pensamos que los derechos que se pueden defender no deben estar enanimerados como en el proyecto Tejedor (art. 156), sino englobados en una fórmula general que deje bastante latitud al Juez para pronunciarse en cada caso particular, teniendo en cuenta la irreparabilidad del mal amenazado.

En nuestro concepto la fórmula podría redactarse así:

El que, en defensa de su persona ó de sus derechos ó de la persona ó derechos de un tercero y por medios proporcionados á las circunstancias, rechaza una agresión ilegítima y grave.

Se entiende que una agresión es grave cuando amenaza con un mal irreparable; pero si se creyera que la fórmula anterior no es suficientemente clara podría agregarse después de la palabra grave: *amenazando con un mal irreparable.*

Esa fórmula comprende los dos incisos del Proyecto, el

7 y el 8, y nos parece que es más breve, más clara, más científica que la contenida en ellos y deja amplia margen al Juez para resolver con justicia todos los casos que se presenten.

284—El Proyecto no prevé el exceso de defensa. Es de suponerse que sus autores piensan que en este caso hay un delito, un hecho doloso, pero atenuado. Es la doctrina del Código español y del maestro vigente.

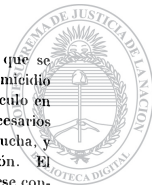
Nos parece un rigor excesivo. Como lo reconocen los Códigos que antes hemos citado y el Proyecto de Stoos y la generalidad, por no decir la universalidad, de los autores, el hombre que se defiende no se encuentra en la situación del Juez en su gabinete, de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la naturaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo se encuentra forzosamente turbado por el temor, por la exaltación propia de quien lucha, y, por lo tanto, se hace muy difícil no exagerar el peligro y los medios empleados. Como lo ha dicho Fioretti, castigar el exceso de defensa es una ventaja que se da al bribón que asalta, contra el hombre honrado que, víctima de una agresión injusta y con su espíritu profundamente perturbado, tendrá que exponerse a ser considerado como un homicida común, como un verdadero criminal. ⁽¹⁾

Sin embargo, no pensamos que se deba suprimir toda pena en caso de exceso, como hace el Proyecto ruso, pero creemos que se debe dejar al Juez latitud bastante para eximir de pena al agente ó aplicarle una pena análoga al del delito culposo, con el cual tiene semejanza.

En efecto, en el exceso de defensa no hay dolo porque

(1) CARRARA, *Ob. cit.*, p. 1344 y sigs.—Pessina, *Diritto penale*, T. 2, L. I, Cap. 1., C. 27.—Fioretti y Zerboglio, *Sulla legittima difesa*, VII.—GARRAUD, *Ob. cit.*, T. I, n. 306.—HANS, *Ob. cit.*, T. I, n. 630.—BERNEI, *Lehrbuch, des deutschen Strafrechts*, 57.—Impallomeni, *L'Omicidio*, n. 219, etc.





si se llegara á constatar intención criminal en el que se defiende, desaparece el exceso para dar lugar al homicidio común. Como dice Carrara, hay un error de cálculo en la apreciación del peligro y en la de los medios necesarios para rechazarlo, producido por la emoción de la lucha, y que se hubiera talvez evitado con mayor atención. El exceso pues, tiene analogía con la culpa, sin poderse confundir con ella, porque en ésta no se quiere el hecho producido y la imprudencia no ha sido provocada por el hecho ilícito de otro, como sucede en el exceso de defensa.

Nosotros, pues, aconsejaríamos colocar, como un párrafo segundo del inciso que habla de la legítima defensa, el siguiente :

Si hay exceso en la defensa, el Juez podrá eximir de pena al agente é imponerle la fijada para el delito culposos.

Podríamos haber puesto en ésta fórmula *salvo el caso de dolo*, pero nos ha parecido inútil porque cuando se constata el dolo desaparece el exceso para ser sustituido por el homicidio provocado.

Sin embargo, sería preferible una disposición general sobre el exceso que comprenda la legítima defensa, el estado de necesidad y la obediencia gerárquica que evidentemente se encuentran en el mismo caso, estableciendo que *el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad ó por la necesidad y el Juez creyese deber imponerle una pena, ésta será la fijada para el delito culposos*, como hace el art. 5o del Código italiano aunque éste establece una penalidad reducida.

ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN DE LAS PENAS



285—Cuando hacen algunos años se discutía en el Senado de la Nación el proyecto de reformas al Código Penal, al combatirlo, nos pronunciamos categóricamente por la adopción del sistema de circunstancias genéricas, abandonando la vana pretensión de preveerlas específicamente.

Nuestras opiniones, en esta parte al menos, no han caído en el vacío y ellas son adoptadas por el Proyecto que ahora estudiamos. Estamos, pues, de pleno acuerdo con él sobre este punto y no le escatimaremos nuestro aplauso. Sin embargo, nuestra conformidad en el fondo no impide que disentamos respecto a la forma en que han sido redactados los arts. 42 y 43.

El primero de ellos reproduce un error del Proyecto de 1891, que se encuentra también en el Código vigente, y en el que no ha incurrido ningún Código moderno, que nosotros sepamos, ni aún los que sirvieron de modelo a aquél: los españoles de 1850 y 1870 y el Proyecto Tejedor.

En efecto, él dispone que en las penas divisibles, la ordinaria del delito será el término medio entre el máximo y el minimum, pero que los tribunales *podrán* abreviarla ó prolongarla, dentro de esos límites, con arreglo a



las circunstancias expresadas en el art. 43; pero como este tiene, ó se cree que tiene en cuenta todas las circunstancias materiales y morales del delito, no se vé á que responda la fijación de ese término medio puesto que aquellos están autorizados á fijar la pena que crean conveniente y proporcionarla á su gravedad objetiva y subjetiva. Se dirá que hecha abstracción del art. 43, queda un hecho criminal que nada agrava ni atenúa, el hecho que contempla la ley desligado de toda circunstancia modificadora de su criminalidad y susceptible, de consiguiente, de ser castigado con una pena fija. Grave error, que destruiremos con dos palabras.

No existen dos delitos idénticos aunque sean de la misma naturaleza: dos homicidios ó dos robos difieren entre ellos por mil circunstancias referentes á su materialidad ó á su moralidad, aparte de toda circunstancia atenuante ó agravante propiamente dicha. Supongamos dos robos perpetrados en las mismas circunstancias; el uno, será de mayor cantidad, que el otro; supongase, si se quiere, que se ha robado la misma suma, en el uno la persona robada ha sufrido un perjuicio considerable, en el otro él es apenas apreciable; en el uno el ladrón aprovecha la ocasión que se le presenta favorable, en el otro la busca; en el uno el ladrón es más audaz, en el otro lo es menos, y así mil y mil circunstancias diversas que es imposible prever y que dan á cada hecho su característica especial. Y lo mismo podríamos decir del homicidio y de cualquier otro delito.

La ley no puede hacer abstracción del hecho, desprendiéndolo de todas las circunstancias que lo acompañan, que lo caracterizan, que le dan vida, para castigarlo con una pena fija. El legislador no puede usurpar el puesto del Juez. El legislador dice: el robo tendrá tal pena, el homicidio tal otra, es decir, fija el valor teórico de la lesión á los deberes sociales; pero allí debe detenerse



y es el Juez el que debe fijar la pena, en cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias que influyan sobre la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor.

Es lo que hacen los Códigos y proyectos más adelantados, inclusive el español con su defectuosísimo sistema de los grados. Entre dos límites, dejan librado al arbitrio judicial la fijación de la pena, según los elementos intrínsecos de la infracción. Las circunstancias atenuantes son circunstancias inherentes á la situación personal del agente, se refieren á la moralidad de ella, y las agravantes, á su materialidad y moralidad. Según el sistema de esos Códigos, el Juez fija la pena entre el *máximum* y el *mínimum*, atendiendo á la gravedad del hecho, apreciada con arreglo á esos elementos intrínsecos. Si existen atenuantes él puede descender más abajo del *mínimum*, á los grados inferiores (por ejemplo: los trabajos forzados á perpetuidad por trabajos forzados de 15 á 20 años ó de 10 á 15 años), ó sustituir la pena por otra ⁽¹⁾, ó rebajarla en una fracción de la que el Juez fije entre el *máximum* y el *mínimum* ⁽²⁾. En cuanto á los agravantes, solo se puede subir del *máximum* por disposición especial de la ley. En el Código español las circunstancias atenuantes y agravantes hacen bajar ó subir grados: la pena ordinaria del delito es la del grado medio (todos los grados tienen un *máximum* y un *mínimum*) ⁽³⁾.

Nosotros pensamos, pues, que la fijación del término medio como la pena ordinaria del delito, es un error en sí mismo y no tiene objeto alguno en presencia de lo que dispone el siguiente art. 33 del Proyecto ó, mejor dicho, de

(1) Código francés, art. 463.—Id. belga, arts. 79, 80, 81, 82, 83, 84 y 85.

(2) Cód. italiano, art. 59.

(3) Cód. español, arts. 82 y 97. De aquí, sin duda, tomaron los autores del Cód. vigente entre nosotros la disposición que criticamos, sin darse cuenta que no era lo mismo *grado medio* que *término medio*.



lo que han querido disponer sus autores y, en todo caso, solo puede dar lugar á errores de interpretación. El juez fija la pena, según el término medio entre el máximo y el minimum, sin tener en cuenta los elementos intrínsecos del hecho puesto que no puede salir de ese término medio. Examina luego si hay circunstancias atenuantes ó agravantes, que nada tienen que ver con esos elementos intrínsecos, disminuye ó aumenta la pena hasta el límite. Si no las hay, y es muy posible, se queda en ese término medio del cual no puede salir, cualesquiera que sean las modalidades del hecho.

Hay dos caminos á seguir en este asunto. El primero, es el que acabamos de indicar, que siguen todas las legislaciones europeas: dejar la latitud de la pena para que el juez fije la que crea conveniente, en atención á la gravedad del hecho en sí mismo, con abstracción del delincuente, y autorizarlo á descender más abajo del minimum, en caso de que existan circunstancias atenuantes. El segundo, es el del proyecto: dejar mucha latitud al juez para fijar la pena estableciendo un minimum muy bajo y un máximo muy elevado en la de cada delito, y establecer que él fijará la que corresponda, atendiendo á las diversas modalidades del hecho y á las circunstancias atenuantes y agravantes. Este segundo sistema es el que tiene nuestra preferencia: se presta mejor á la individualización de la pena, es más sencillo y está más de acuerdo con nuestra legislación actual, y, de consiguiente, con nuestros hábitos judiciales. En el fondo, es el seguido por el Código holandés y la legislación inglesa.

286—Sin embargo, no estamos conformes con la redacción del art. 43. La prolija enumeración que hace en sus dos incisos ofrece el mismo peligro de las circunstancias específicas: no comprende todo lo que la ciencia y conciencia consideran como modificadores de la criminalidad. El primer inciso, se refiere al hecho en sí mismo.



á lo que podemos llamar la gravedad objetiva del delito. El segundo, á los elementos extraños al delito pero susceptibles de agravar ó de atenuar la culpabilidad del agente. La gravedad subjetiva de él no está comprendida, en nuestro entender, ni en uno ni en otro inciso, salvo, en el segundo, la calidad de los motivos y la participación tomada.

Y, sin embargo, para la graduación de la pena, esta criminalidad subjetiva tiene una importancia capital, porque es ella la que debe principalmente tomar en cuenta el juez para fijarla.

Pero antes de examinar esta cuestión, hagámonos cargo de una objeción posible. Se dirá, acaso, que cuando el proyecto habla de la *naturaleza de la acción* comprende su gravedad objetiva y subjetiva. Pero, para sostener esto, es necesario cambiar el significado gramatical de los conceptos y es, según este significado, que la ley se interpreta siempre. Por *naturaleza de la acción* se entiende el hecho en sí mismo, con todas las circunstancias que le son inherentes y que le dan una gravedad especial bajo un punto de vista puramente objetivo, y así, ella comprende los medios empleados y la extensión del daño y del peligro causados.

Felizmente, puesto que conviene que seamos breves, no necesitamos entrar á demostrar esta verdad: basta ver como opinan algunos de los autores del proyecto y el alcance que á esta frase dá Tejedor, que sirvió de modelo al proyecto de 1891 y éste al que estudiamos.

Los autores del proyecto de 1891, dos de los cuales lo son del actual, dan á esa frase un alcance aún más restringido del que nosotros le damos. En su exposición de motivos, dicen: «que la naturaleza de la acción es la especie del delito é indica la calidad del deber y del derecho violados». Es decir, indica si se trata de un homicidio, una lesión ó un robo.

El proyecto Tejedor, dice en el art. 185: El Juez deberá



tomar en consideración, por una parte, *la naturaleza de la acción*, y por la otra, la mayor ó menor criminalidad de la intención. En el art. 186, habla de la naturaleza de la acción y dice que ella comprende: 1° La gravedad de la infracción y el perjuicio causado; y 2° La estensión del daño y del peligro; y en los siguientes 187 y 188, prevé la mayor ó menor gravedad de la intención.

Hecha esta aclaración, sigamos adelante.

287—La criminalidad subjetiva tiene como dos facetas: la una activa, que se manifiesta por el crimen que ha provocado y otra pasiva que consiste en la naturaleza más ó menos pervertida del agente, pero estraña al acto. Ahora bien, la criminalidad que influye principalmente sobre el *quantum* de la pena es la primera, la que el proyecto olvida, porque es ella la que la sociedad tiene interés en castigar porque es la que ha producido el crimen, la que ha despertado alarma y dá la medida del peligro social. Es verdad que el proyecto en el inciso 2 habla de los motivos determinantes y éstos, en la generalidad de los casos, revelan la criminalidad subjetiva que ha determinado el crimen, pero no siempre es así. El hecho puede haber sido producido por un móvil bajo p. ej: la venganza ó la codicia, pero realizado en condiciones que no despiertan mayor alarma y que no revelan gran perversidad, atacando al adversario de frente y con exposición de la propia vida. Por el contrario, puede haber sido provocado por un motivo no deshonoroso, la cólera por ejemplo, que despierta una injusta provocación, pero haberse llevado á cabo con un refinamiento de crueldad que revela al agente profundamente peligroso. No bastan, pues, los motivos para caracterizar el acto en su criminalidad subjetiva: se necesita algo más; se necesita estudiar toda la complejidad de sentimientos y de instintos que le han dado origen y que han presidido á su realización.

Repetimos: es esta criminalidad subjetiva, que el acto



pone de manifiesto, que el proyecto ha olvidado completamente. En efecto, el modo de ejecución del delito, la maldad, la crueldad de que se ha dado pruebas no está comprendida, porque las palabras del 2º inciso que se refieren á los antecedentes y condiciones personales que demuestran su mayor ó menor perversidad se aplican, como se deduce de la manera como el inciso está redactado, á la temibilidad del agente en general, no á la temibilidad que se revela por el delito mismo. El mayor daño hecho sin objeto, la importancia de los motivos, no que lo determinaron á delinquir, sino que debieron desviarlo del crimen como los deberes de sangre, de afección, de gratitud, de dependencia, ó la ausencia de todo motivo, el no haber tenido el agente la intención de causar todo el mal producido, la reparación espontánea del perjuicio, la confesión completa y circunstanciada, el estar próximo al término de la prescripción, (1) etc., tampoco lo están.

Se dirá que estas circunstancias, como todas las que atenúan ó agravan la pena, deben ser tenidas en cuenta por el Juez. Así debiera ser, pero el art. 43 que estudiamos, se lo veda, puesto que ellas no están comprendidas en sus términos y el Juez, según lo dispone el art. 42, deberá graduar la pena según lo dispone ese artículo. Es precisamente lo que combatimos: se ha querido dar una guía al magistrado y lo que se ha hecho en realidad es encerrarlo en un círculo, del cual no podrá salir sino violando la ley.

288—El inciso 2º habla de la otra criminalidad de que hemos hecho mención, de la criminalidad latente, la que se identifica con el fondo de la naturaleza y del carácter

(1) Esta circunstancia consignada en el Código vigente, y al parecer original de los señores Ugarriza, Villegas y García, pues no tenía precedentes en la legislación extranjera, ha sido prestigiada más tarde con la gran autoridad del proyecto suizo de Stooß, cuyo art. 36 dice: «La pena podrá ser atenuada.... Cuando el plazo de la prescripción está próximo á espirar». Trad. de Gutier. 1894.



del agente y que pone de manifiesto la vida entera de éste. Esta criminalidad pasiva que la ley no puede castigar cuando no es ella la que ha provocado el delito, sirve para determinar, no el *quantum* de la pena, sino su naturaleza.

Y que no puede castigar, es evidente.

Hacer de la vida anterior del culpable una causa agravante, es realizar el voto de la escuela positiva italiana: «castigar al delincuente á causa del delito». Esto equivale, en rigor, á castigar á un hombre por su carácter antes de todo delito, y esto, como se comprende, sería inícuo. Un ilustre criminalista ha dicho: Considerar el delito como uno de los síntomas para juzgar el delincuente, y no el solo objeto del juicio penal, significa castigar á un hombre, no por lo que ha hecho, sino por lo que sería *capaz de hacer* (1).

Un hombre es jugador, pero en circunstancias que nada tienen que ver con su vicio, mata—otro tiene la costumbre de embriagarse y lleva un atentado contra la autoridad en el más completo estado de lucidez—un tercero, de vida licenciosa en la más amplia acepción de la palabra pero que nunca ha cometido un delito, mata en un acceso de cólera *legítima*—¿porqué la conducta, más ó menos desordenada, más ó menos inmoral, ha de agravar la pena del delito cometido? ¿Con qué razón y con qué justicia la ley ha de castigar, con ocasión de éste, la vida anterior del culpable?

Otra cosa sería si el móvil del delito tuviera relación directa con estos desórdenes de conducta; si lo que hemos llamado la criminalidad pasiva se identifica con la criminalidad activa para producir el delito. Un hombre conocido por su falta de probidad, comete una estafa; entonces sí que se revela un peligro para la sociedad, porque es

(1) Carnevale, En la *Rev. pen.*, ag. 98, p. 130.

el carácter, la naturaleza íntima del criminal, la que ha dado nacimiento al delito.

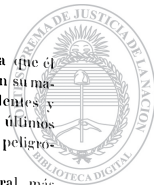
289—Aparte de lo que dejamos dicho, la enumeración que hace el inciso 2º, aun por vía de ejemplo, no es feliz. La edad, no es circunstancia atenuante sino en dos periodos: el que sigue inmediatamente á la edad de la responsabilidad y la vejez. Esta causa de atenuación para el Proyecto (ya se conocen nuestras opiniones sobre la delincuencia juvenil, expuestas en otro lugar) ha debido preverlas especialmente, pues solo la ley puede decir hasta qué límite la edad puede ser una atenuante; el Juez carece de base para esta apreciación. Mientras unos códigos establecen que solo es atenuante hasta los diez y ocho años, otros, tan autorizados como el italiano, prolongan aquel hasta los veintiuno y lo mismo hacen las legislaciones inglesa y norte americana. La vejez, para unos Códigos es atenuante, para otros, nó.

La educación, por lo menos la que se dá en nuestro país, se ha reconocido universalmente que no tiene influencia sobre la criminalidad. Talvez ella tenga influencia en los primeros años, antes que se haya formado el carácter, pero la que la tiene y muy grande y no entra en la acepción pedagógica y común de ese vocablo, es el ambiente que ha rodeado al niño en sus primeros años, el conjunto de influencias exteriores, entre las cuales ejerce una importancia predominante, los ejemplos de la familia. Es este ambiente corrompido, el que hará del niño un ser peligroso para la sociedad.

No es fácil comprender la distinción entre conducta y costumbres. Ó éstas son sin importancia bajo el punto de vista penal, ó están comprendidas en el concepto más amplio de la conducta y más propio para deducir el carácter del agente.

Pensamos, pues, que deben ser suprimidos los artículos 42 y 43 y reemplazados por otro que autorice al Juez





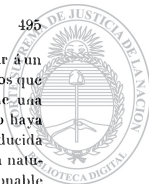
para que, dentro de los límites de la pena, fije la que él estime conveniente, teniendo en cuenta el hecho en su materialidad y moralidad, los móviles y los antecedentes y situación personal del agente, en cuantos estos últimos puedan servir para apreciar su mayor ó menor peligrosidad.

Esta fórmula nos parece más concisa, más general, más comprensiva, dejando amplia libertad al Juez para que aplique la pena que crea conveniente á la mejor defensa del interés social, sin que ninguna circunstancia pueda considerarse excluida de ella.

290—El Proyecto no prevé ciertos atenuantes, que otros Códigos llaman *excusas legales* por estar especialmente previstas, y que forzosamente deben rebajar la pena del mínimum: nos referimos á los delitos cometidos bajo el impulso de intenso dolor como dice el Código italiano ó de la ira producida por injusta provocación. El mejor tipo de los de la primera clase, son los delitos cometidos *in rebus veneris*, el de la segunda, el homicidio cometido á raíz de una injuria grave. Es evidente que en estos casos, la pena debe ser muy inferior á la fijada para el delito.

Se nos objetaría que el caso está previsto por el Proyecto en la parte especial, y efectivamente así es (art. 85 inciso 1 y 3). Pero este es un error evidente del Proyecto, como vamos á demostrarlo.

El impulso del justo dolor, ó más correctamente de ira producida por justo dolor y el de ira producida por injusta provocación, pueden dar origen, no solo á delitos contra la vida, aunque ésto sea lo más común, sino á otros muchos. Es una vulgar preocupación, que tiene su origen en un error de los viejos Códigos, el pensar que la ira proveniente de una ú otra de esas causas, solo dá lugar á delitos contra la vida; pocas palabras bastarán para demostrarlo.



La ira proveniente de una injuria, puede dar lugar á un daño contra la propiedad, á la revelación de secretos que puedan comprometer la tranquilidad y el honor de una familia, á calumnias ⁽¹⁾, etc., hasta con que el delito haya sido cometido en el momento de la irritación producida por la provocación. Esta excusa, no proviene de la naturaleza del derecho violado, sino de la ofuscación razonable y justa del espíritu, y es natural entonces que exista, cualquiera que sea el modo de reacción á la injuria. Esta dependerá del temperamento del insultado—si es resuelto vengará la injuria inmediatamente: si no lo es, buscará otros medios menos comprometedores para él, y que producirán, talvez, igual ó mayor daño.

Lo mismo sucede con la ira producida por intenso dolor: no solo el delito *in rebus veneris*, sino otros muchos pueden ser motivados por ella. Para probarlo, recordaremos aquí lo que dice Carrara en un párrafo que antes citamos. El eminente autor distingue tres casos de justo dolor: 1.º En la reacción de una ofensa llevada contra una persona querida: 2.º En el propietario que mata al ladrón cojido *infraganti* ó al que lleva un daño á su propiedad, cuando no concurren los extremos de la legítima defensa ó del exceso; y (éste es el caso del delito mencionado) 3.º En el marido, padre ó hermano que mata á los amantes sorprendidos *infraganti* en acto torpe.

Así, pues, no solo el intenso dolor puede ser causa de delitos distintos de los *in rebus veneris*, sino que éstos pueden ser distintos del homicidio, una mutilación p. ej. ó pérdida de la vista, si una mujer, reaccionando contra los culpables, emplea el vitriolo, ó un incendio cuando la mujer es sorprendida en la casa del amante, etc.

De manera, que siendo la ira una causa de atenuación

(1) Puccioni y Barsanti en Italia, creen que la provocación sea inconciliable con la calumnia: pero otros como Carmignani, y Alimena piensan lo contrario, y es también nuestra opinión.



para diversos delitos, debe figurar necesariamente en la parte general del Código. Así lo hacen los más modernos, como el italiano, y proyectos tan autorizados como el suizo.

Pensamos, pues, que el nuevo Código penal argentino debe consignar una disposición de carácter general estableciendo, como *excusa legal*, el haber sido cometido el hecho bajo el impulso de la ira nacida de intenso é injusto dolor ó de provocación gravísima y también injusta; y decimos *gravísima* porque solo una injuria atroz debe dar lugar al excusante, como p. ej. cuando se dá de trompadas á un hombre en presencia del público; la injuria simplemente grave será solo un atenuante que pueda hacer descender la pena hasta el *mínimum*, pero no más abajo. Naturalmente, la penalidad, en caso de excusa, debe ser muy inferior á la normal del delito, fijada en la parte especial.

291—Debemos hacernos cargo aquí de otra cuestión.

¿Deben figurar como excusas legales ó como atenuantes, las enfermedades que tienen influencia sobre la *psiquis*, alterando las facultades mentales, sin que lleguen á producir la locura ó la desaparición transitoria de la inteligencia ó de la voluntad? O, en otros términos: así como existe una semi-locura, ¿existe una semi-responsabilidad?

El Código vigente lo preceptúa expresamente en el art. 83 inc. 1º, tomado del Código español. El proyecto Tejedor parece disponer lo contrario, pues no prevé esas enfermedades como causa de atenuación legal ó prudencial. El de los Dres. Piñero, Rivarola y Matienzo, que en esta parte sigue casi á la letra al anterior, parece también no aceptar la semi-locura como causa de atenuación. Sin embargo, estos dos proyectos mencionan expresamente como causa de atenuación *la debilidad natural de la inteligencia*, es decir, la semi-imbecilidad.

El Proyecto que estudiamos, sigue al de Piñero, Rivarola y Matienzo y, por lo tanto, tampoco la prevé. ¿Ha sido la



intención de sus autores establecer que la semi-locura no es causa de atenuación? No lo pensamos, y esto por dos razones. La primera, que es común á los autores de los otros proyectos mencionados, consiste en que ellos son partidarios de la responsabilidad moral y, como luego hemos de ver, la semi-responsabilidad es una consecuencia lógica de esa concepción: la pena debe medirse al grado de la responsabilidad y por tanto ella no puede aplicarse cuando patológica ó psicológicamente el libre arbitrio no exista ó solo se puede aplicar en parte cuando él haya sido disminuido, es decir, cuando no exista sino una semi-libertad. La segunda consiste en que los miembros de la Comisión redactora, que en sus obras han comentado el Código vigente, no combaten, en esta parte, lo que él dispone y, por el contrario, parecen aceptar la justicia de la atenuación en tales casos (1). La exposición de motivos, como siempre, no dice una palabra sobre esto (2).

292—La cuestión, sin embargo, es de palpitante actualidad: los Códigos, los criminalistas y los psiquiatras se encuentran de tal manera divididos, que una reforma de semejante entidad no podría pasarse en silencio.

Casi todos los Códigos del mundo consagran la semi responsabilidad, en estos casos. Nos bastará citar el más autorizado de todos, el Código italiano (art. 78), y uno de los más notables Proyectos, el suizo (art. 8º). Pocos son los que no la aceptan y entre estas honrosas excepciones figuran los Códigos francés, belga, alemán, holandés, de Nueva York y de algunos cantones suizos.

La discusión se mantiene viva en el terreno jurídico, principalmente en Alemania, y mientras Ortolan, Schwarze, Carrara, Pessina, Geyer, John, Tolomei, Canónico, aceptan la responsabilidad restringida, Mittermaier, Fuer-

(1) *Rivarola, Ob. cit.* T. I. Cap. IX, n.º 145, ps. 161 y sigs. — Moyano Gacitún, *Ob. cit.*, parte 2.ª, Cap. IX, ps. 366 y sigs.

(2) *Exp. de mot.*, p. XXI.



bach, Geib, Seeger, Schutze, Berner y otros muchos juristas alemanes, Prins, Impalomeni, Alimena, Ferri, Gabelli, Brusa, etc., la niegan.

Los pisiquiátras no están menos divididos, y mientras Ziino, Tardieu, Legrand du Saulle, Hoffbauer, Arnold, Damerow y otros están por la responsabilidad parcial, Krafft-Ebing, Lövenkarolt, Maudsley, Friedreich, Lombroso, Tomasia, Gianelli, Bini, Miraglia, Zamburisi, etc., están en contra.

Veamos las razones que unos y otros aducen en favor de sus respectivas tesis, y así estaremos en mejores condiciones de optar por una u otra teoría.

Los partidarios de la semi-responsabilidad, dicen: La razón puede ser disminuida, pero no extinguida; de la enagenación completa al estado de salud hay una serie indefinida de grados, que vá desde la simple rareza de carácter hasta la anulación casi completa de la razón y de la libertad. La penalidad, pues, no puede dar saltos y pasar de la impunidad completa á la pena normal, cuando tal vez está casi extinguida la conciencia ó la libertad. Para ellos, la imputabilidad parcial tiene su fundamento lógico y natural en la observación lógica de los hechos y queda siempre aplicable en todos los casos.

A este razonamiento se objeta que la semi-responsabilidad es un expediente, una transacción entre la rígida Temis y la misericordiosa Minerva médica. Que es un prejuicio creer que haya una enfermedad mental entera y una parcial. En las enfermedades mentales hay grados como en todas las enfermedades; pero no se puede estar enfermo, en todo ó en parte; ó se es enfermo ó no se es. Los locos son todos enteramente locos, aunque la enfermedad no llegue á abolir del todo alguna de las facultades fundamentales de la psiquis. Existe una zona intermedia entre la locura y la salud mental donde figuran neurópatas, desequilibrados, pero éstos deben ser calificados entre los

alienados ó entre los sanos, según que en ellos prevalezca un estado mental anormal ó normal. Por poco que exista una enfermedad mental clínicamente apreciable no debe castigarse porque la pena no debe tener ninguna eficacia en individuos influenciados por una enfermedad cerebral.

293—Por nuestra parte, pensamos que los partidarios de la responsabilidad parcial se colocan en un terreno que ya no es el de la ciencia y el de la legislación: en el de la responsabilidad moral y del libre arbitrio. Colocados en ese terreno la lógica de su razonamiento es indiscutible. Si la responsabilidad penal se funda sobre la responsabilidad moral, nada más natural que admitir grados en ella proporcionándola al grado de libertad de que haya gozado el agente, es decir, á sus fuerzas de resistencias contra el mal. Si una enfermedad psíquica debilita el libre albedrío, la pena lógicamente debe disminuirse también. Luego los neurópatas, los desequilibrados, los neurasténicos, sin la fuerza suficiente de voluntad para luchar contra sus impulsiones criminales, son solo semi-responsables. Esto es lógico, esto es racional, é ir contra semejante consecuencia importaría negar la responsabilidad moral como base de la penal.

Pero, los que piensan, como nosotros, que la responsabilidad penal tiene como fundamento la defensa social, desde el momento que deba aplicarse una pena porque ella llena su fin de prevención individual y general, ella no puede medirse al grado de culpabilidad moral del agente, sino al peligro social que él presenta. La responsabilidad no se puede fraccionar; se es ó no se es responsable; lo que se fracciona es la pena y su reducción se opera siempre que la defensa social no exija aplicar la pena íntegra, como sucede cuando el agente es poco peligroso.

Este criterio de atenuación de la pena, no existe en el caso de enfermedades que, sin abolir, debilitan la inteli-





gencia ó la voluntad. Precisamente éstos, que constituyen la «zona intermedia» de Maudsley y á quienes Lombroso llamaba «mattoidi», son los más peligrosos: sus impulsiones mórbidas, la debilidad de su voluntad, los hace predispuestos al crimen, el que á veces llega á adquirir tal atrocidad, sin motivo suficiente, que el Código italiano y siguiendo á él nuestro Código actual y el Proyecto, los llama «homicidas por impulso de perversidad brutal», y les conminan la pena más grave. Estos crímenes, que se cometen con una sangre fría que espanta, no son sino el efecto de un organismo patológico. ¿Y qué son sino semilocos, Bertrand, el estuprador de cadáveres y tantos otros que han dejado una huella inextinguible en los fastos criminales de Francia, de Italia y de otros países? ¿Qué fué sino semi-loco Luis Castruccio entre otros, el tipo más acabado del asesino paciente, frío, calculador, que concibe y realiza su crimen sin un momento de vacilación, con la frialdad y método con que un hombre de negocios concibe y realiza una empresa comercial?

Castigar menos á estos delincuentes desequilibrados, es llevar un atentado á la sociedad. Después de sufrir una pena relativamente ligera, volverán en breve plazo á ella, sin que sus instintos criminales se hayan modificado en lo más mínimo, dispuestos á cometer nuevos y más atroces crímenes y constituyendo una amenaza constante para la sociedad. Cuanto más enfermos, más peligrosos son, y más pronto serán reintegrados á la vida social!

Los Códigos que aceptan la semi-responsabilidad, consideran la enfermedad psíquica como una causa de atenuación legal de la pena, la que no excluye la atenuación prudencial de ella por el Juez, por otras causas como la provocación, p. ej., que se concilia perfectamente con aquella. De ahí, penas irrisorias que no tienen fuerza intimidante y que, por tanto, no hacen bien alguno, pero si

mucho mal, porque semejantes penas son, como en otra ocasión hemos dicho, eminentemente corruptoras.

Basta la posibilidad de este resultado, sin ningún otro razonamiento, para que se comprenda que la semi-responsabilidad por causas psíquicas es inaceptable.

Nuestro *desideratum* debiera ser crear establecimientos especiales ó prisiones asilos, que, á la vez que de pena, sirvan para someter á estos enfermos á un tratamiento conveniente. Comprendemos que, por ahora, esto es difícil; pero, mientras estos establecimientos se crean, debemos condenarlos á las penas ordinarias.

Entre los de que acabamos de hablar deben colocarse las sordo-mudos imputables y los que hayan cometido el delito en estado de ebriedad parcial, los que deben sufrir igualmente la pena íntegra.

Naturalmente que el nuevo Código debe decir expresamente que la pena no se atenúa para esta clase de delinquentes, pues, de lo contrario, los jueces realizarán esta atenuación siempre, siguiendo la costumbre, porque, tratándose de una materia discutida en la doctrina, no podrían apelar á ella para resolver la dificultad y basta la duda para que interpreten la ley á favor del culpable.





TÍTULO QUINTO

DE LA TENTATIVA



294—El Proyecto, siguiendo al Código vigente, principia por definir la tentativa en su artículo 44, en los mismos términos que lo hace aquel, definición anticientífica, incompleta é inconveniente, como tuvimos ya ocasión de hacerlo notar ⁽¹⁾.

Toda definición es peligrosa, se ha dicho, y nosotros agregamos, é impropia de un Código. Esta es tarea de la ciencia; á nosotros solo nos toca recoger sus enseñanzas para fijar sus caracteres esenciales.

Así como el Proyecto no define el homicidio ó el robo y se limita á establecer los elementos de estos delitos, diciendo: el que mata á otro tendrá tal pena, ó el que se apodera ilegítimamente de una cosa mueble ajena, etc., tendrá tal otra: al tratar de la tentativa, debe proceder del mismo modo y decir: el que comienza la ejecución de un delito, pero, por circunstancias ajenas á su voluntad, no lo consuma, sufrirá tal pena. De esta manera, se guarda armonía en la redacción general del Código, se eluden los inconvenientes de una definición y se establece con claridad bajo que condiciones la tentativa es punible. Así

(1) Nuestro discurso ante el Senado de la Nación. *Diario de Sesiones* 1903.



proceden el Código italiano y otros modernos y no vemos qué se pueda objetar á una redacción así precisa, que deja muy poco campo á la interpretación.

295—No es difícil demostrar la viciosa redacción de artículo 44, y es extraño que los autores del Proyecto, que critican en sus obras ⁽¹⁾ la misma disposición que consigna el artículo 8 del Código vigente, la hayan reproducido fielmente.

Pocas cuestiones más complicadas y que á más discusiones haya dado lugar que la de la tentativa; pero hay un punto sobre el cual existe el más perfecto acuerdo y es el que se refiere á la esencia misma de ella. La tentativa la constituye el principio de ejecución de un delito, y, de consiguiente, son extraños á ella y solo pueden dar lugar á delitos *sui generis*, los pensamientos criminosos, aunque se hayan exteriorizado y se encuentren bien comprobados y los actos preparatorios.

Ahora bien, la definición del artículo 44 ¿se ajusta á ésta concepción de la tentativa? Evidentemente no.

Él nos dice que ella existe cuando la resolución de cometer un delito *ha sido manifestada* por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo. Cualquiera vé, que lo que constituye la tentativa, según esta definición, es el pensamiento criminoso, la resolución de cometer un delito y nada más; los actos exteriores solo sirven de prueba á la existencia de esa resolución.

Pero, según la doctrina universalmente consagrada, la tentativa, como todo delito, se compone de dos elementos, uno moral, material el otro. El moral es la intención, el material, que en la generalidad de los delitos lo constituye el daño producido, el acto externo perjudicial, en la tentativa, es sustituido por el peligro corrido de violación del derecho de otro, que existe como un *hecho* ⁽²⁾. El peligro

(1) Rivarola, T. I, p. 55, n° 58.—Moyano Gacitúa, pág. 107 y 108.

(2) Carrara, *De la tentativa*, § 8.



ó riesgo, comienza con la ejecución y no antes, porque los actos meramente preparativos pueden traer la previsión de un peligro, no el peligro mismo.

Lo definición que criticamos, acepta el primer elemento, el intencional, y no el segundo, que es tan necesario á la existencia de la tentativa como aquel. Los actos exteriores de que habla el artículo, no constituyen este segundo elemento, en primer lugar, por la redacción misma de él, como lo acabamos de hacer notar, y en segundo lugar, porque los actos exteriores no son siempre actos de ejecución, y el hecho de estar en relación directa con el delito no los hace ejecutivos.

296—A pesar de que hasta ahora los criminalistas no han podido ponerse de acuerdo sobre el criterio práctico para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución, por lo menos lo están en considerar que la adquisición de los medios é instrumentos para el delito son simples actos preparatorios (1). Ahora bien: yo adquiere un veneno ó un puñal para matar á una persona. Es un acto preparatorio, pero como con él me propongo cometer un delito determinado, está en relación directa con él y luego constituirá tentativa si se prueba, por mi propia confesión ó por otros medios, que adquirí el veneno ó el puñal con ese objeto.

Se nos objetará que el acto por sí mismo debe revelar el propósito del autor; pero, en tal caso, restringiríamos de tal manera la tentativa que solo existiría en los actos consumativos, como cuando dirijo el puñal al pecho de la víctima ó abro la caja donde se encuentra el dinero, y no creemos que tal haya sido la mente de los autores del proyecto, porque no habria razón alguna para limitar de ese modo su concepto.

1) Rossi *Droit. pen.*, Lib. 2º, Cap. XXVII y XXVIII.—Ortolan, *Traité de droit. pen.*, T. I, Lib. I, Tit. III, Cap. IV, 1.—Bernier, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 104.—Haus, *Droit. pen.*, T. I, n° 449 y nota 15, etc.



El acto de escalar una casa ó de penetrar en ella violentando la puerta de entrada, son, sin duda alguna comienzo de ejecución de un delito, los verdaderos actos ejecutivos, según Carrara, porque caen sobre el sujeto pasivo del atentado. ¿Pero de qué delito? El que de tal manera penetra en morada ajena, puede proponerse robar, raptar á una mujer, ó asistir á una cita amorosa. El hecho no revela el propósito del autor, y para conocerle se necesitan pruebas fuera del hecho mismo. En todos los casos de tentativa que no haya llegado á los actos consumativos, se necesitan de tales pruebas extrínsecas para conocer el propósito delictuoso del actor.

Hé aquí, porque el criterio de la *univocidad* (de la inequívocidad), dado por Carrara, para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, después de ser severamente criticado, fué abandonado, al fin, por el mismo ilustre autor, sustituyéndolo por otro, según el cual, son actos preparatorios los que solo caen sobre el sujeto activo primario ó secundario del delito que se prepara, como cuando el ladrón examina la casa donde va á robar y busca la mejor manera de introducirse, acto que mira al sujeto activo primario, ó prepara los medios para escalar la casa, acto que mira al sujeto activo secundario del robo. Son actos ejecutivos los que caen sobre el sujeto pasivo del atentado, como la casa que se invade ó la puerta que se violenta para penetrar á la pieza donde se cometerá el homicidio ó el robo ⁽¹⁾.

Así, pues, de cualquier modo que se interprete la frase: «que tengan relación directa con el delito», resultará igualmente equivocada la definición del proyecto, porque, ó serán actos de ejecución los simples actos preparatorios ó solo lo serán los actos consumativos. Y no se diga que los criminalistas franceses que siguieron á Rossi, restringían de esta manera la noción de la tentativa, porque es-

(1) Carrara, *Heminienze de cattedra e foro*, XII.



tos se vieran forzados á interpretar la ley en esa forma para hacerla menos odiosa, por la equiparación de la pena en el delito consumado y la tentativa. Pero hoy, ni los Códigos ni los criminalistas sostienen tal noción extrema de la tentativa.

297—Por otra parte, la definición que criticamos es incompleta y, por tanto, falsa. La tentativa supone necesariamente el desistimiento ó interrupción de la ejecución, por causas independientes de la voluntad del autor, y esta circunstancia solo se puede deducir indirectamente del artículo siguiente, por vía de interpretación.

Es verdad que el artículo tiene precedentes en la legislación europea, pues los ya viejos Códigos de España, de Bélgica y de Alemania traen esa misma noción subjetivista dando la prevalencia á la intención ó resolución criminal, pero todos ellos hablan de actos de ejecución y completan la definición expresando que ellos queden sin efecto por causas independientes de la voluntad del agente.

Desde el principio de la larga elaboración del Código italiano, se incurrió en idéntico error, que pusieron de manifiesto Mancini primero, Zanardelli después, en sus respectivas relaciones. El primero decía: «La fórmula del Proyecto del Senado y otras semejantes: *Cualquiera que con actos de ejecución ha manifestado la intención de cometer un delito*, resultan menos exactas y menos concisas también: porque á primera vista inducen á creer que el objeto de la disposición sea el declarar punible la *manifestación de una intención criminal*, más bien que el efectivo comienzo de ejecución de un delito. . . . (1)

Y Zanardelli: «Pero la esencia verdadera del conato no consiste en la intención manifestada, que el pensamiento por sí no se persigue, sino en el hecho criminoso dirigido á ofender el derecho de otro, al cual la intención es asociada. Por eso se dice, modificando en esto los últimos

(1) Mancini, *Relazione*.



proyectos, no ya que el conato se tenga «en el manifestar la intención de cometer un delito con actos exteriores idóneos, etc.» sino en el «emprender la ejecución de un delito», habiéndose propuesto «el fin de cometerlo». La intención, por criminal que sea, y aunque vaya más allá del simple acto interno y se manifieste por amenazas, concierto, instigación, asociación á delinquir, no es aun el acto externo mediante el cual se comienza la acción. Cuando los diversos hechos con los cuales se manifiesta la intención de cometer un delito, lleven consigo los caracteres del peligro social que es el fundamento de la imputabilidad política, pueden ser reprimidos como delitos en sí mismos, no como conato de delito resuelto. Quien amenaza matar, quien se asocia á otro para delinquir, quien confiere mandato para cometer un delito, no comienza aun la ejecución del delito amenazado, resuelto, instigado» (1).

298—Tan serios son los inconvenientes de una definición como la que trae el Proyecto, que en Alemania, como lo hicimos notar en el Senado cuando se discutieron las reformas del Código vigente, á causa de análoga definición subjetivista de su Código, el Tribunal Supremo del imperio declaró que había tentativa de infanticidio en el hecho de haberse querido matar un niño nacido muerto, jurisprudencia que fué confirmada por nuevas sentencias, entre ellas, sobre una tentativa de aborto de una mujer que no estaba en cinta. Esta jurisprudencia, que declaraba punible toda tentativa imposible por inedoneidad de los medios ó falta de objeto, produjo honda impresión entre los juristas. Von Buri seguido por Schwarze, Köstlin, Yanka, Wachter, Lammasch, Hölschner, Seuffert y otros la sostuvieron, basados principalmente en la definición del Código que declara punible *la intención criminal manifestada por actos de ejecución*. Pero Von Litz, Binding,

1 Zanarelli, *Relazione*.



Goldschmit, Geyer, Bringer, Cohn, Roland, Rotering, Post, Wehrli, Pfeuminer, Baumagastén, etc., la combatieron enérgicamente (1).

¿Conocían estos antecedentes los miembros de la Comisión? Y si los conocían ¿porqué insisten en una redacción aun más defectuosa, y que, si no en el presente, en el porvenir, provocará la misma anarquía en los tribunales y criminalistas argentinos?

299—El agregado al artículo que nos ocupa, no tiene ningún objeto práctico, porque es de toda evidencia, y la ley no necesita decirlo, que para apreciar la verdadera intención del criminal, el Juez deberá tener en cuenta, sin perjuicio de otras pruebas, sus antecedentes, y así se produce en todo delito cuando la intención no está bien constatada ó no se deduce del acto mismo. Si el que penetra á una casa á altas horas de la noche, es de holgada posesión pecuniaria y sin antecedentes que hagan presumible que quiso robar, pero es enemigo irreconciliable del dueño de casa y ofensas recientes han exitado su deseo de venganza, debe presumirse que entró para matar ó tal vez deshonorar á aquel (2). Si un hombre de buenos antecedentes pero sospechado de relaciones ilícitas con una mujer, penetra á su casa de noche, debe suponerse que su propósito fué el de asistir á una cita amorosa. Si un farmacéutico, enemigo capital de un hombre, equivoca la receta y le suministra un veneno habrá una fuerte presunción en favor de la intención criminal. Si un ladrón profesional penetra ocultamente á una casa, surge la presunción que su propósito fué robar. En estos casos, se consume ó no el delito, el Juez deberá tomar en cuenta estas cir-

(1) Litz, *Lehrbuch*, ps. 208 á 210.

(2) El Jurado de Ebreux falló una causa seguida á un individuo que para acreditar una calumnia lanzada contra el honor de una muchacha penetró á su casa de noche, sin otra intención que esa. El dueño de casa lo mató y se juzgó que obró en legítima defensa.—Berryer, *Affaire Jentoussé*.



cunstancias en unión con las demás que se puedan presentar, para apreciar la verdadera intención del criminal.

Esto es de tal evidencia que no se vé á que responda este agregado hecho por la Comisión, con tanta más razón cuanto se trata de la prueba de la intención y su lugar más indicado sería el Código de Procedimientos.

300—Ya que nuestro propósito no es solo criticar el Proyecto sino ayudar á la elaboración del que debe reemplazarlo, nos ocuparemos de la cuestión, tan discutida en todos los países, acerca de la idoneidad de los medios empleados por el agente para conseguir el resultado que se propone y la posibilidad de este resultado. En otros términos: ¿Hay tentativa de un crimen imposible por inequidad de los medios ó inexistencia del sujeto pasivo? Nada indica en el Proyecto que sus autores se hayan preocupado de esta gravísima cuestión. Y ella debe ser resuelta en el Código, pues de lo contrario, cuando se presenten casos prácticos en nuestros tribunales, una jurisprudencia contradictoria, como ha sucedido en Francia, hará que la tentativa de un delito imposible de realizarse tan luego sea castigada, tan luego nó, y todo el mundo vé el grave inconveniente de que un mismo hecho sea ó nó delito según las doctrinas que profesan los encargados de administrar justicia.

La imposibilidad de que hablamos, puede provenir, ó del objeto del delito ó de los medios empleados para realizarlo; una y otra pueden ser absoluta ó relativa. Se tiene la imposibilidad absoluta en cuanto al objeto, cuando este no existe ó le falta alguna cualidad esencial para su existencia. Esta imposibilidad puede ser de hecho ó de derecho. La imposibilidad de hecho no obsta á la existencia de la tentativa, porque ella figura entre las causas meramente accidentales independientes de la voluntad del agente, representa lo *fortuito* impediendo de la consuma-



ción del delito. Se ha juzgado en Francia el caso de un ladrón que abrió la alcancía de una Iglesia para robarla y la encontró vacía; se resolvió que no existía tentativa por sentencia de 19 de Octubre de 1895. Se decidió también que no había tentativa en el caso de un pickpocket (ladrón de bolsillos), que metió la mano en el bolsillo del traje de su víctima y no encontró nada. Y si bien ambas sentencias fueron casadas por la Corte Suprema declarándose lo contrario, es uniforme la jurisprudencia de la Corte de París en el sentido de declarar no existente la tentativa en esta clase de delitos imposibles.

La imposibilidad de *derecho* se tiene cuando existe un obstáculo jurídico a la subsistencia del delito querido, como por ejemplo, cuando creyendo consumir adulterio, se yace con la mujer propia ó pensando cometer un hurto se sustrae la cosa propia ó se dá de puñaladas un cadáver ó se pretende hacer abortar una mujer que no está en cinta, etc. En todos estos casos, la tentativa es legalmente imposible, porque si ella consiste en el comienzo de ejecución de un delito, no se puede comenzar lo que no existe.

301—Después de leer la discusión habida entre los juristas con este motivo y que no ha servido sino para obscurecer la cuestión se vuelve insensiblemente a la doctrina del gran Carrara que es la fuente pura de donde emergen los verdaderos principios de ella.

Carrara distingue entre *sujeto pasivo de la tentativa* y *sujeto pasivo de la consumación*. Llama sujeto pasivo de la tentativa, todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución, y sujeto pasivo de la consumación, aquel sobre que recaen los actos productores del delito, como el objeto que el ladrón tomó para apropiárselo.

Cuando el obstáculo legal recae sobre el sujeto pasivo de la tentativa y de la consumación, no existe tentativa; no así cuando el obstáculo que se encontró en el sujeto pasivo de la consumación no se presenta en el sujeto pasivo de



la tentativa. Así, si un ladrón penetra en una casa violentando la puerta ó escalándola, se hace reo de tentativa, pero si, engañado por la obscuridad, en lugar de la cosa ajena coje la propia que se encontraba allí accidentalmente, no hay robo, pero hay tentativa, pues este accidente fortuito no quita la idoneidad y el peligro actual de los actos anteriores. Para que no hubiera tentativa, sería necesario que se demostrase que el ladrón penetró á la casa con el objeto de robar la cosa propia creyéndola ajena ⁽¹⁾.

Esta es la verdadera doctrina respecto al delito imposible por falta de objeto ó, mejor dicho, cuando la imposibilidad recae sobre un sujeto pasivo, que en sí mismo ó en sus relaciones con la persona del delincuente, presenta caracteres propios para destruir *legalmente* la noción del delito querido.

302—En cuanto á la idoneidad de los medios, si esta es relativa (para emplear una terminología en voga pero inexacta), como, por ejemplo, cuando el veneno es tal y su dosis suficiente para la generalidad de los hombres, pero inferior á la que era necesario en el caso concreto, no excluye la tentativa; pero si es absoluta, como si se emplea sal común creyendo que era arsénico, no hay tentativa por falta de uno de sus elementos esenciales, el peligro. Hay una intensión perversa bien manifestada, pero no basta la intensión por bien comprobada que esté para constituir tentativa. No se comienza la ejecución de un delito imposible de realizarse. Si la tentativa es una fracción del delito, como se ha dicho con verdad, el medio empleado debe tener eficacia para alcanzar el fin perseguido; de otra manera, castigaríamos la intención sola y no es eso lo que las leyes y la doctrina quieren.

Un distinguido criminalista argentino que ha figurado en las Comisiones encargadas de proyectar reformas á nuestra ley penal, sostiene que la inedoneidad absoluta

(1) Carrara, *Ob. cit.*, T. I, ps. 59 y sigs.



del medio no obsta á la existencia de la tentativa sino en el caso de que esa inedoneidad sea conocida del agente (1), error profundo, pero no nuevo, y que ya Carrara destruyó con su gran autoridad (2).

El conocimiento, por parte del agente, de la inedoneidad, destruye los dos elementos de la tentativa: el moral y el material. El moral, porque ese conocimiento demuestra que no tuvo seriamente la intención de matar, el material porque el derecho no ha corrido, en ningún momento, peligro de ser violado: no hay ataque al derecho de otro.

Ahora, si ese conocimiento no existe, el elemento moral no desaparece, pero el material sigue fallando y con él la noción de la tentativa. El autor nos dice: «No hay distinción fundada entre ese hecho, el error de la dirección del arma y el error de la sustancia empleada para el envenenamiento, extrañas á la voluntad del agente, que se ha mantenido invariable en el propósito de consumar el delito.» Sin embargo la distinción es perfectamente racional: cuando se emplea una arma de fuego, el peligro existe en todos los momentos de la tentativa, no así cuando se emplea azúcar creyéndola arsénico: en ningún momento el derecho ajeno ha corrido peligro de ser violado y, de consiguiente, solo queda una intención perversa que no basta para constituir tentativa.

303—Pero, cuando hemos citado á este autor, no ha sido con el solo objeto de refutar su teoría, sino porque estamos conformes con él en el fondo, esto es, de que la perversidad demostrada por el agente es un peligro social y debe ser reprimido, no como autor de tentativa, sino por un delito *sui generis*.

Un individuo quiere vengarse de otro, un sirviente de su patrón, por ejemplo, y decide envenenarlo. Para realizar su propósito vá á una farmacia y pide arsénico con el

(1) Rivarola, *Ob. cit.*, T. I, p. 60, n.º 50.

(2) Carrara, *De la Tentativa*, §§ 73 y 74.



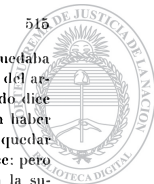
pretexto de matar animales; el farmacéutico, porque sospecha un crimen ó por equivocación, le entrega una sustancia inofensiva. Firme en el propósito, el fámulo, va á su casa, arroja lo que él cree un veneno en la comida de su patrón y se la sirve. Todos estos actos revelan, no solo un pensamiento criminal, sino un pensamiento que persiste, que se ejecuta, haciéndose todo lo necesario para realizarlo, y si no se consigue el propósito es gracias á un accidente feliz, que seguramente no se reproducirá en una nueva tentativa que indudablemente se haría.

Es verdad que la vida del patrón no ha corrido peligro en ningún momento, pero también es cierto que no solo ha habido un pensamiento delictuoso, sino que se lo ha ejecutado, y entonces la sociedad tiene interés en reprimir este hecho que se presenta peligroso para ella y que ha despertado necesariamente una alarma que nunca despierta la sola exteriorización del propósito criminoso. El castigo no tendría por objeto reprimir la simple resolución criminoso, sino castigar un acto peligroso en sí mismo, una manifestación perfectamente caracterizada amenazando la vida, la propiedad, etc., y la sociedad tiene el derecho indiscutible de castigarlo, no como tentativa, sino como un delito *sui generis*.

304—Pasemos al artículo 45.

En la discusión de las reformas al Código vigente, hicimos notar al Senado el inconveniente de eximir de pena á la *tentativa*, cuando el autor desiste voluntariamente de cometer el delito y no á éste que es lo que corresponde, pues eximiendo de pena á la tentativa, en caso de complicidad, desistiendo el autor principal, quedará exento de pena el cómplice, lo que no es racional.

Nada mejor podríamos hacer que transcribir lo que entonces decíamos: « Cuando hablaba hace un momento de la tentativa, hice notar á la Cámara que el artículo 9 declaraba exenta de pena á la tentativa y no al autor de ella:



de donde resulta que el cómplice ó el instigador quedaba exento de pena. El Código, en la segunda parte del artículo 39, viene á salvar este inconveniente, cuando dice que para quedar exento de pena debe él también haber desistido. Es claro que solo en este caso pueden quedar exentos de pena el instigador del delito y el cómplice: pero con la modificación de la Comisión que consiste en la supresión de esta parte del artículo, vienen ellos á quedar sin pena, lo que es una enormidad. Así tendríamos que, si un individuo manda asesinar á otro, y el sicario se arrepiente y suspende el delito, el mandante queda exento de pena lo mismo que el agente y en libertad de enviar otro sicario á que haga lo que el primero no hizo, y después un tercero, etc., hasta conseguir su objeto. Esto jurídicamente, como se comprende, es insostenible» (1).

305—El art. 46 nos parece perfectamente inútil.

Es de toda evidencia que cuando el agente desiste de cometer el crimen, el fiscal ó el acusador particular que sostengan que el desistimiento no fué voluntario deben probar esta circunstancia. ¿Con qué viso de razón podrá un juez exigir que el que abandonó la empresa criminal pruebe que lo hizo voluntariamente, desde el momento que en el proceso no consta que una causa extraña á su voluntad, la mano de un agente de policía, por ejemplo, le impidió cometer el delito? Todo acto de un hombre se supone voluntario, salvo que conste lo contrario, y el que pretenda que no lo fué, debe probarlo.

Para que esta presunción tuviese razón de ser, sería necesario que el artículo, cuando habla de desistimiento voluntario, entienda referirse al desistimiento espontáneo, al desistimiento por solo arrepentimiento, pues entendido de esa manera tan restrictiva, se comprende la presunción por la dificultad de la prueba. Pero no es de suponerse que los redactores hayan pensado así, pues la opinión

(1) *Diario de Sesiones del Senado Nacional*, 1908.



prevalente en derecho penal es que basta que el desistimiento sea voluntario, no importando las causas que hayan influido en esta voluntad del agente. Que haya obrado por arrepentimiento ó por sospechas de haber sido sentido ó por cualquier otro motivo no importa, pues el acto queda siempre voluntario.

Hallamos igualmente infundada la presunción, cuando se trata de un reincidente. Que esta circunstancia deba ser tenida muy en cuenta por el juez al apreciar las constancias del proceso sobre la naturaleza del desistimiento, nada más racional, pero de ahí á presumir que él fué forzado, hay distancia.

Es poco serio que el legislador se ocupe de estas minucias y de crear presunciones arbitrarias. La jurisprudencia de los Tribunales fijará las reglas en estos casos en que no se trata de nada fundamental.

306—El artículo 47 tomado del 68 del Proyecto de 1891, sanciona un contrasentido jurídico de tal magnitud, que verdaderamente no se comprende como ha pasado desapercibido á los ilustrados autores del proyecto que criticamos.

El artículo prevee dos casos: cuando el delito consumado tenga una pena con un máximun y un mínimun, y cuando esta pena es fija, la de muerte y de prisión ó presidio por tiempo indeterminado. En el primero, establece que la pena será la del delito consumado disminuida en un tercio; en el segundo, fija un máximun y un mínimun. Esta extraña redacción nos ha hecho pensar que los autores del proyecto creen que la latitud dejada al Juez en la pena del delito consumado, servirá también para graduar la penalidad de la tentativa, es decir, que la pena de ésta se fijará de acuerdo con las circunstancias que se expresan en el artículo 43.

Pero ellos olvidan que la tentativa tiene grados y que ella es más ó menos grave según los actos realizados para



conseguir el propósito delictuoso. La ciencia distingue la tentativa remota, la próxima y el delito frustrado, de gravedad distinta porque á medida que el criminal avanza en el camino hasta cumplir todos los actos que necesitaba para realizar el crimen, el peligro aumenta y aumenta también la perseverancia del agente en su propósito criminal. Sin pretender que la ley deba consignar esas distinciones, como hacía el Código Tejedor, ellas, sin embargo, deben tenerse en cuenta por el Juez al fijar la pena de la tentativa, para lo cual debe tener á su disposición una pena susceptible de aumentarse ó disminuirse.

La ley, pues, debe fijar para la tentativa una pena en relación, como es natural, á la que correspondería al delito consumado, pero con la latitud necesaria para que el Juez pueda proporcionarla á la gravedad de ella.

El art. 47 establece que la pena del delito consumado se disminuirá en un tercio. Pongamos un ejemplo. Supongamos que la pena del delito consumado que el Juez fijará con arreglo al art. 43, sea de veintin año de presidio. El tercio de este número es 7 que rebajado de 21 dá 14 años, pena de la tentativa que aquel no podrá alterar en modo alguno, ya se haya interrumpido el delito en los primeros actos de ejecución ó en los últimos ó cuando hizo ya todo lo que tenía que hacer y el efecto no se produjo por una causa independiente de su voluntad. ¿Cómo fijar una pena única para casos de tan diversa gravedad?

Si se quería, contra toda razón y justicia, fijar una pena única, debió hacerse por lo menos la distinción, entre tentativa y delito frustrado.

No conocemos ningún Código que castigue la tentativa con una pena fija. Hemos ocurrido al Proyecto de 1891 para conocer la disposición de donde fué tomado el artículo y vemos que cita como único concordante el artículo 45 del Código holandés. Hé aquí ese artículo: «Art. 45. El máximun de las penas principales fijadas para un delito

se disminuirá en un tercio para la tentativa. Cuando se trate de un delito importando aprisionamiento á perpetuidad, la pena de aprisionamiento se pronunciará por quince años á lo más.» Como se vé, este artículo no establece una pena fija como la han creído los autores de aquel Proyecto por no haberle prestado la debida atención. Fija un máximo para la tentativa que es un tercio del máximo de la pena del delito consumado y cuando ésta es perpetua, como no se puede disminuir el tercio, se fija ese máximo en 15 años. Ahora bien, como en el sistema de ese Código no hay mínimo para ningún delito, el Juez puede graduar la pena de la tentativa en el espacio comprendido de un día de prisión hasta ese máximo.

Esta misma crítica hicimos en el Senado al art. 3º del proyecto de reformas, que es idéntico al que ahora criticamos. Y por esta razón el error de la Comisión es aún más indisculpable.



TÍTULO SEXTO

PARTICIPACIÓN CRIMINAL



307—Desde el epígrafe del Título, todo ó casi todo debe ser modificado en él.

El rubro debiera ser el mismo con que encabezamos estas líneas ó el de complicidad (1), puesto que estos nombres designan el instituto jurídico de que se trata. No necesitamos fundar ésta observación que se haría mal en calificar de nimia, pues en un Código todo tiene importancia.

Somos enemigos de toda definición en la ley, ya lo hemos dicho, no solo por peligrosas sino por impropias. ¿Qué objeto tienen las definiciones de los arts. 48 y 49? Evidentemente ninguno, pues se pudo decir más correctamente: «Los que tomen parte en la ejecución del hecho ó prestasen á éstos un auxilio ó cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado á otro á cometerlo.» Esto en lugar del art. 48 y en lugar del 49: «Los que de otro modo cooperen

(1) Esta palabra tiene una acepción general que nace de su etimología (*complex complicitis*-unido junto), que expresa toda participación principal ó secundaria, y otra más restringida que expresa la participación secundaria ó accesoria.



material ó moralmente á la ejecución del hecho, tendrán tal otra pena.

Y lo que decimos se pone más de manifiesto, si se tiene en cuenta que el art. 48 califica de autores á los que no lo son, error en que seguramente no se hubiera incurrido sin ese prurito de definir de que se resienten todos nuestros proyectos y leyes penales.

No es cierto que los instigadores á que se refiere el inciso 3º sean autores. Autor de un delito es el que reúne en su persona el doble elemento que lo constituye: la voluntad de violar la ley penal y el *hecho* que la realiza, es decir, el que *quiere* y *ejecuta* el hecho. El que solo quiere el delito sin ejecutarlo por sí mismo se puede llamar con propiedad *motor criminis* ó aún *autor intelectual*, pero no simplemente autor pues ello importa, como dice Garraud, sustituir una ficción á la realidad. Por eso dice Carrara: «Para ser *autor principal* de un delito es preciso haber participado directa y materialmente en las circunstancias constitutivas del momento de la infracción según su definición legal. La responsabilidad ó el grado de ella, no es lo que distingue al autor del cómplice.» Y en otro párrafo: «El autor psicológico lo es de una *idea* no de un *hecho*, por lo tanto, ante el derecho penal que no aprecia la violación de la ley sino por virtud del *acto externo*, mal puede decirse autor del delito al autor del *pensamiento* criminoso.» (1).

Se nos dirá que el objeto del proyecto es simplemente equiparar en la pena al instigador con el autor. Pero se puede hacer ésta equiparación como nosotros la hemos hecho más arriba, sin necesidad de consignar un falso concepto contrario á la ciencia y repugnante al significado mismo del vocablo empleado.

(1) Carrara, *De la Tentativa y de la Complicidad*, §§ 160, 160 y 161. Véase también Garraud, *Droit Pen.*, T. 2, n. 156 en el mismo sentido.



308—A propósito del artículo 49, volvemos á repetir lo que tantas veces hemos dicho: un Código penal debe estar redactado al alcance de todo el mundo y no solo de los juristas; sus disposiciones deben ser claras y precisas, para que cualquiera sepa lo que la ley prohíbe y la pena con que castiga su violación. Ese artículo no llena esa exigencia en nuestro concepto.

El jurista comprende perfectamente, aunque la presición de los vocablos empleados deje que desear, que cuando el artículo habla de *actos*, se refiere á actos materiales y á actos morales y que entre estos últimos figuran todo lo que se hace para reforzar la resolución delictuosa ó las instrucciones que se dan para ejecutarlo. Es evidente, que la promesa anterior ó simultánea de prestar á los autores del delito ayuda á fin de que puedan eludir la acción de la justicia y poner en seguridad el fruto de él, concurre á reforzar aquella resolución, y, por tanto, quien la hace es un cómplice, por más que se tratasen de actos posteriores á la ejecución del delito. El artículo 296 del Proyecto que castiga el encubrimiento solo cuando él tenga lugar sin *promesa anterior*, pone más claro el alcance del artículo 49.

Pero la generalidad no lo comprenderá así y pensará que la ley se refiere á hechos, á acciones materiales, y no á influencias puramente morales y á simples promesas, y que esos actos materiales posteriores al delito no son en ningún caso actos de complicidad. Suprimiendo las palabras finales *por actos anteriores ó simultáneos*, el artículo ganará mucho en claridad y presición, pues cualquiera comprenderá que se puede cooperar al delito moral ó materialmente y que los actos de favorecimiento posteriores á él y sin promesa anterior no pueden estar comprendidos en el artículo, puesto que esos actos en nada han influido para la ejecución del hecho. Claro es que esos actos, sobre todo si son habituales, favorecen la comisión de delitos en gene-



ral y por eso la ley los incrimina, pero no han podido tener influencia alguna particular en el hecho de que se trata.

Observaremos de paso que el Proyecto olvida establecer la pena que corresponde á los autores del delito, y aunque ella no tenga importancia porque se comprende fácilmente que debe ser la que se establece para el delito, hubiera sido de desear que, siguiendo á los Códigos más autorizados, lo diga expresamente.

309—El artículo 5o sanciona la equiparación de la pena del cómplice á la del autor principal, y decimos que sanciona la equiparación, porque la limitación de no poderse imponer á aquel el máximun, carece de toda importancia práctica. Se cumple la prescripción imponiendo al cómplice un día menos del máximun y entonces no hay diferencia apreciable entre la pena de éste y la del autor principal.

Dos de los autores del proyecto, los señores Rivarola y Moyano Garcitúa, sostienen en sus obras ⁽¹⁾ la necesidad de fijar al cómplice una pena menor que al autor principal. Debemos suponer que un cambio de opiniones tan fundamental, ha obedecido á razones muy serias y muy convincentes que no debieron omitir en el informe de la Comisión. Desgraciadamente, el silencio absoluto que este guarda nos deja á obscuras sobre ellas.

Criticando idéntica disposición del proyecto de reformas al Código vigente, decíamos al Senado: «Si hay algún instituto en derecho penal que haya resistido triunfante durante siglos, que haya perdurado á travez de las civilizaciones más diversas, resistiendo la profunda revolución que el genio de Beccaria iniciara y que hoy continúa la escuela positivista, es precisamente la diferente penalidad de los autores y de los cómplices. Si hay algún hecho que haya echado raíces en la conciencia humana—y

(1) Rivarola, *Op. cit.*, T. I, n° 247.—Moyano Garcitúa, *Op. cit.*, Cap. X, p. 156.



ya se sabe que no arraiga profundamente en el corazón de los pueblos sino lo que es conforme á la verdad y á la justicia—es precisamente la diferencia de punibilidad de los participantes de un delito.

«El derecho romano demasiado subjetivista, sancionó la equiparación de la pena entre los partícipes, aunque con muchas excepciones; pero, en los tiempos posteriores y durante la edad media, fué abandonándose poco á poco este criterio nivelador en la ciencia y en la doctrina, hasta dominar por muchos siglos el principio contrario.

«Los Códigos franceses de 1791 y 1810 volvieron al sistema romano de la equiparación en la tentativa y la complicidad, apesar de que ya Beccaria habia hecho oír su gran voz levantando la bandera de humanidad, que no ha sido arriada más; pero, felizmente, en este retroceso á la barbarie antigua, la Francia quedó sola, y las demás naciones civilizadas mantuvieron incommovible el principio contrario de la diferenciación, el que reina hoy día soberano en el mundo entero.

«Fuera del Código francés, no hay ningún Código que establezca semejante equiparación.

«¿Para qué voy á citar autores si todos están contestes en condenar la equiparación? Simplemente diré que se puede consultar—y esta enumeración será conveniente á los señores senadores para que vean que en ella van mezclados positivistas y clásicos—á Carrara, Tisot, Chauveau et Hélie, Haus, Rossi, Sighel, Garófalo, Tarde, Ortolan, Garraud, Pessina, Tuozi, etc.

«No conozco más que un autor alemán, Von Buri, que sostenga la doctrina de este inciso, pero su opinión fué admirablemente refutada por Impallomeni y Sighel.

«El inciso no solamente es injusto, no solamente va contra los fundamentos de la ley penal, sino que es impolítico. Rossi particularmente lo hace notar y dice que es una disposición que parece sugerida por los criminales que



obran en común: el de que el peligro sea igual para todos.

«Como, desgraciadamente, mi opinión es tan poco autorizada, siempre que me sea posible sin fatigar á la H. Cámara, debo robustecerla con opiniones de algunos distinguidos autores, como haré en este caso, citando á Garraud que dice lo siguiente, en su recientísima y grande obra en vía de publicación: *Esta asimilación del autor y del cómplice en cuanto á la represión, es una de las concepciones más criticables del derecho penal francés. Al punto de vista objetivo, á la diferencia de la criminalidad de los actos de cooperación debe corresponder una diferencia en la penalidad de los autores y de los cómplices. Al punto de vista subjetivo, los autores y los cómplices están completamente separados los unos de los otros por su naturaleza física y moral, por sus caracteres y pasiones, por el peligro desigual y desemejante que su impunidad presentaría*».

310—En los párrafos transcritos hemos citado á Von Buri; veamos cual es su doctrina, ya que él y la escuela que capitanea son los únicos que sostienen en estos tiempos la equiparación de la pena. Seguramente, no han de ser mejores las razones que la Comisión haya tenido para establecer la disposición del Proyecto que criticamos.

Todo delito, dice, es, como cualquiera otro fenómeno, el producto de un conjunto de causas ó condiciones que lo determinan fatalmente. Cada una de estas causas ó condiciones, concurren á la determinación del delito, no por sí sola, sino en cuanto concurren juntamente con ella otras causas y condiciones: por consiguiente, cada una de ellas es necesaria á la producción del delito, en este sentido: que sin ella el delito no se habría realizado, de donde una *indivisibilidad* y una completa *equivalencia objetiva* de estas diversas causas y condiciones, sin que se esté autorizado á distinguir la participación de los cómplices de la participación del autor y á atribuir á la una, una impor-



tancia menor que á la otra, bajo el punto de vista de la producción del delito. Agrega, que bajo el punto de vista subjetivo, la intención es la misma en el cómplice y en el autor, puesto que uno y otro quieren el mismo resultado: y aunque ellas difieran, en cuanto el autor, obra en su propio interés y el cómplice en interés de éste, la voluntad de todos es igualmente criminal, y, como su participación tiene el mismo valor para la producción del delito, la responsabilidad debe ser igual para todos y el cómplice debe seguir la suerte del autor, á cuya disposición se ha puesto, por cuenta del cual ha obrado, á la obra del cual ha colaborado (1).

Pero este razonamiento es equivocado, como es fácil demostrar, bajo el doble punto de vista objetivo y subjetivo. Es indudable que en el caso concreto, el delito es un producto de todas esas causas y que si hubiera faltado una de ellas el delito no se habría realizado, pero de ahí no se puede concluir la equivalencia de ellas.

Todas han concurrido al delito, pero no todas han concurrido igualmente. Como ya lo hizo notar Impallomeni, aquellas causas tienen diferente intensidad y por tanto han contribuido de diferente manera á la producción del hecho criminoso, y en esta diferencia de fuerzas causales estriba la diferencia de penalidad. Todos los autores de un drama concurren á su representación, de tal manera que si uno falta ésta será imposible: ¿pero cómo deducir de allí que el rol de todos ellos es idéntico y que no se debe atribuir más importancia á los unos que á los otros en el éxito de la representación?

Para apreciar la potencia activa desplegada por cada partícipe en el delito, no basta tener en cuenta la necesidad puramente relativa de ella en el momento de su realización, sino considerarla en abstracto y ver si la falta de

(1) Von Buri, *Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*.



uno ó varios de ellos hubiera permitido la ejecución del hecho. Si la concurrencia de A. B. y C. era de tal modo indispensable, que sin ellos el delito no se hubiera cometido, en tanto que la falta de D. y E. no lo hubiera impedido, los primeros han sido las verdaderas causas productoras del delito y su potencia activa es muy superior á la de los segundos.

Bajo el punto de vista subjetivo, tampoco es exacto el razonamiento de Von Buri porque, si bien todos los partícipes han tenido igual intención criminal, esa intención hay que apreciarla según los motivos que han influido en cada uno de los partícipes: hay que tener en cuenta el valor, no cuantitativo, sino cualitativo de la voluntad. Este criterio general en la aplicación de la pena ⁽¹⁾, no hace una excepción en el caso de complicidad, y la pena debe graduarse según el peligro social que ofrece el agente, el que es revelado por el motivo.

Von Buri, que nos parece un convencido determinista, procede en este caso como los liberistas: siendo todos los hombres libres, todos son igualmente responsables en frente del mismo hecho, dicen estos. El dice: habiendo querido todos el mismo hecho, todos son igualmente responsables: falso concepto que la ciencia moderna rechaza.

Nosotros menos que nadie, podíamos aceptar la teoría de Von Buri, muy lógica pero demasiado objetiva, sin olvidar antiguas opiniones que hemos sostenido con calor porque de su verdad estábamos profundamente convencidos ⁽²⁾.

311—Lo que acabamos de decir refutando á Von Buri, se ha sostenido brillantemente en el Congreso de la Unión internacional de derecho penal, en Linz, por Von Litzl, For-

(1) Nuestro discurso, *Diario de sesiones del Sen. Nat.*, 1903.

(2) Sobre este asunto véase Sighele, *Teoría positiva de la Compl. ó Impallomeni. Del concorso di più persona in un reato. Rev. pen.* XXVI p. 109.



nitski, Getz, etc., y ha dado origen á un nuevo sistema muy seductor, y que, siempre que no se lo exagere, debe ser tenido en cuenta por el legislador. Se trata, en efecto, de individualizar la pena para cada partícipe, teniendo en cuenta, no su relación de dependencia con el autor del delito, como hasta ahora, sino su peligrosidad, juzgando su acción personal en el hecho, como si se tratara de un delito especial de que fuera autor ⁽¹⁾. Ya el año anterior, Scipion Sighele había expuesto la misma doctrina con verdadero brillo. El decía: «La verdad es que para medir el grado de punibilidad de su delincuente no hay necesidad de atender únicamente á la participación que haya tenido en el delito, sino más bien á la índole que con sus actos ha mostrado tener el delincuente, esto es, á su temibilidad» ⁽²⁾.

En este punto parecen encontrarse la escuela positiva y la escuela clásica, pues ya Carrara había dicho: «La máxima: *á cada uno según sus obras* no es siempre verdadera en derecho penal, sobre todo, cuando han de tomarse en cuenta hechos de otros. Por el contrario, en derecho penal debe ser absoluta la máxima: *á cada uno según su perversidad*,» ⁽³⁾.

Pensamos, pues, que se debe fijar para el cómplice una pena menor, pero dejando al juez toda la amplitud necesaria para que pueda individualizarla con arreglo á las condiciones personales de éste, disminuyendo la pena del delito en su maximum y en su minimum en una determinada fracción.

312—Creemos igualmente que se debe hacer de la complicidad una circunstancia agravante, sin perjuicio de erijir la asociación ilícita en un delito *sui generis*, como lo hace el Proyecto (arts. 228 y 229).

La unión es un factor poderoso para el bien como para

(1) *Bulletin de l'Union Internationale du droit pen.*, 1896, p. 127.

(2) Sighele, *Op. cit.*, Cap. II, § IV.

(3) Carrara, *Teoría de la Tent. y de la Compl.* § 234.



el mal y de ahí el proverbio: *la unión hace la fuerza*. Esta verdad tan antigua como el mundo, no ha recibido grandes aplicaciones sino en estos últimos tiempos. Los pueblos encuentran en las alianzas, los medios de cimentar una paz estable y de asegurar las conquistas del trabajo y de la civilización: los grandes intereses sociales y científicos no se debaten ya dentro de las fronteras de cada país, sino en Congresos donde se sientan sabios del mundo entero; todas las profesiones buscan en la asociación la manera de acrecentar su poder é influencia; los obreros se unen para defenderse de la tiranía del capital, y los patrones se unen también para resistir las reivindicaciones obreras; las leyes de todos los países civilizados protegen y estimulan los Trade Unions, los Innungen, las uniones profesionales. . .

Así como los hombres se unen para el bien, se unen también para el mal, y tan poderosa resulta la asociación para el delito como lo es para fomentar el desenvolvimiento social: es por esto que las leyes penales modernas, y en esto no es una excepción nuestro Proyecto, lo decimos con placer, castigan las asociaciones de malhechores, independientemente de todo acto delictuoso por ellas ejecutado.

El Proyecto no es lógico cuando castiga el hecho solo de asociarse para cometer delitos sin esperar á que éstos se cometan en realidad, y deja sin represión el mismo hecho cuando el delito se ha cometido. Está bien castigar á cada uno según su participación en el crimen, pero también es necesario reconocer que la unión hace á los malhechores más peligrosos y facilita la ejecución y, portanto, el crimen realizado en común es más grave que el realizado aisladamente.

El peligro social es más grave, no solo porque la unión asegura el resultado, sino porque ella se realiza siempre para cometer los delitos más graves, como lo demuestra



la estadística de los pueblos europeos, y los que se asocian son casi siempre los criminales más peligrosos, los profesionales, los reincidentes; como se observa en aquella, la complicidad es rara en los delincuentes primarios o de ocasión.

Así, pues, la participación de varias personas en un delito, sin distinción de autores y de cómplices, debe ser una causa de agravación de la pena de cada uno siempre que ella sea premeditada, es decir que no se haya improvisado en el momento mismo de cometerse el delito, y en este anhelo somos acompañados por los más distinguidos criminalistas modernos, positivistas y clásicos. (1)

313—El art. 52 es igual al 4 b) de la ley de reformas de 1903, el que fué tomado del 74 del Proy. de 1891, menos el párrafo final que habla de la complicidad de tentativa y tiene su origen, con variantes de forma, en el art. 38 del Código reformado y en el 56 del Proyecto Tejedor.

Este artículo, muy poco claro en su redacción, dá lugar á dos hipótesis: 1º El cómplice quiso cooperar á un delito distinto del realmente cometido: p. ej., quiso cooperar á un robo y el delito cometido fué un homicidio: 2º Quiso cooperar á un delito menos grave que el realmente cometido, pero del mismo género: p. ej., quiso cooperar al delito de lesiones y se verificó un homicidio, quiso cooperar á un hurto y se verificó un robo.

En la primera hipótesis, es indudable que el cómplice por la sola cooperación material, como dice Carrara, sin concurso de voluntad *específica*, es un absurdo legal. De lo único que deberá responder es de tentativa del delito convenido interrumpido por una causa independiente de su voluntad.

(1) Cuche, *Une théorie nouvelle de la complicité*.—Tarde, *Philosophie pénale*, págs. 465 y 466.—Garraud, *Op. cit.*, T. 2º, pág. 605, n. 646, c). — Ferri, *Sociolog. crim.*, n. 63, pág. 706.—Sighele, *Op. cit., Introd.*, III, pág. 20 y sig. Ed. española.—Vidal, *Droit pén. et science pénit.*, n. 405, pág. 543.—Prins, *Science pénale et Droit positif*, n. 5894.



En la segunda hipótesis, el cómplice respondería del hecho á que realmente tuvo intención de prestar ayuda, y no del cometido, puesto que aquí no se trata de intención totalmente distinta, sino de grado de ella.

Solo á esta segunda hipótesis parece aplicable el artículo por la manera como está redactado, y, siendo así, nada tenemos que objetar, á no ser la poca claridad de su redacción.

314—El Proyecto nada dice de las circunstancias agravantes del hecho en cuanto á su comunicabilidad á los partícipes. Ellas pueden ser objetivas ó personales. Ninguna dificultad puede existir respecto de las primeras, no así respecto de las segundas.

Es una cuestión muy grave, la de saber si las circunstancias personales agravantes que se refieren á una cualidad personal de que está investido alguno de los partícipes, se comunican á los otros. Es claro que no nos referimos á aquellas circunstancias tan eminentemente personales que en la doctrina nadie discute su incommunicabilidad como, p. ej., la reincidencia.

Las cualidades de hijo de la víctima en el homicidio, la de doméstico en el robo, la de funcionario público, la de ascendiente, descendiente, hermano, etc., en la violación ¿se comunican á los cómplices? Cuestión árdua sobre la que llamamos la atención del Senado en la discusión de la ley de reformas y sobre la que tanto se ha discutido sin que se vea próximo un acuerdo entre las diversas teorías.

Dos sistemas extremos se dividen las opiniones: el de la comunicabilidad y el de la personalidad. Un tercero aspira á conciliarlos.

Los partidarios del primero, Carmagnani, Ortolan, Impallomeni, Alimena, Blanche, Rauter, Jousse, Tributien, Molinier, Guillani, etc., sostienen que las circunstancias agravantes provenientes de las cualidades del autor modifican la criminalidad del hecho y el título de la



infracción, y como la criminalidad del cómplice proviene del hecho principal, sufre la influencia de las circunstancias que le son extrañas.

Los partidarios del segundo, Carnot, Chauveau, el Hélie, Boitard, Haus, Legraverend, Rossi, Pacheco, Tolomei, Roberti, Pessina, Puccioni, Arnullini, Hoorebeke, Litz, Greyer, Schutze, toman la cuestión bajo el punto de vista de la violación del deber y dicen que la cualidad del autor determina una agravación de la pena ordinaria porque ella implica en él, además de la culpabilidad relativa al hecho, la falta á un deber especial resultante de esta cualidad y esta falta no puede ser reprochada al cómplice, el cual, no teniendo esta cualidad, no tiene tampoco el deber que ella implica.

Ambas doctrinas en su absolutismo nos parecen equivocadas.

La de la *comunicabilidad* porque confunde entre la participación á la criminalidad del hecho y la participación á la culpabilidad del autor. Trebutien ha dicho, con toda exactitud, que la *complicidad es real, no personal*, lo que quiere decir que el cómplice es un accesorio del hecho, no de la persona del autor principal. No existe nexo entre el autor y el cómplice bajo el punto de vista de la imputabilidad, solo existe en el uno y en el otro con el hecho de que se trata. El cómplice, debe, pues, ser castigado con la pena que la ley fija para el delito en la proporción que ella establezca, pero no puede serlo más severamente por la existencia de una cualidad en el autor extraña al hecho mismo. En cuanto á la modificación del título del delito, podrá hacerse ese argumento á donde existan como delitos especiales el parricidio, el robo doméstico, etc.; pero aún en este caso el delito resulta solo más grave, pero no cambia en su naturaleza.

La de la *personalidad* nos parece también equivocada porque los cómplices concurren á *sabiendas* (en este



sistema es necesario el conocimiento por parte de los partícipes de la existencia de la cualidad) á la violación del deber especial del autor principal y este conocimiento pudo servir de medio á la perpetración del delito, compenetrándose hasta cierto punto con el hecho mismo, sirviendo á su ejecución, como sucede con la fractura ó el escalamiento.

Por lo demás, el primer sistema es seguido por el Código francés, interpretado por una jurisprudencia constante, y por los que se han inspirado en él. El segundo es seguido por el Código español ⁽¹⁾, el alemán ⁽²⁾, el holandés, el húngaro, y varios códigos suizos.

Nosotros pensamos que las circunstancias personales se deben comunicar á los coautores ó cómplices solo en cuanto han sido conocidas y han servido para facilitar el delito, y en este sentido nos parece que se debe aceptar sin vacilar la disposición del art. 65 del Código italiano, de acuerdo con las opiniones de Carrara, Brusa, Buccellati, Paoli, Canónico, Garraud. ⁽³⁾

315—El artículo 53 prevée la tentativa de complicidad que ningún Código castiga, á excepeión del bávaro de donde lo tomó Tejedor, por las razones que dimos en la discusión de la ley de reformas, que á nuestro juicio son incontestables. Entonces decíamos: «Los actos de complicidad no tienen criminalidad propia; ellos se castigan en cuanto se relacionan con un hecho principal punible que les imprime su criminalidad.

(1) El art. 8 del Código español dice: «Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido ó en otra causa personal servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad solo de aquellos autores, cómplices ó encubridores en quienes concurriesen.

(2) El art. 50 del Código alemán dispone: «Cuando la ley aumenta ó disminuye la punibilidad de una acción mirando á la cualidad ó á las relaciones personales del que la cumple, estas especiales circunstancias se deben apreciar en relación del autor ó del participante al cual pertenecen.

(3) Carrara, *Op. cit.*, §§ 364 y 368. Garraud, *Op. cit.*, T. 2, n. 706.



« Existe un nexo entre aquellos y éste, y si este nexo se rompe porque el acto de complicidad no se ha realizado ó se ha realizado solo en parte, pero sin utilidad á la ejecución del delito, queda solo una voluntad más ó menos perversa: un acto aislado que no se relaciona por ningún vínculo con el hecho criminal: una acción que hay que estudiar en sí misma pero no en relación con el delito. No hay que olvidar que la complicidad, para que sea imputable, debe ser eficiente, es decir, debe haber ejercido eficacia real en la ejecución del hecho, y en el caso del inciso tenemos que la tentativa consistiría en un acto ineficaz á la ejecución del delito, lo que es inconcebible.

« No hay que olvidar tampoco este principio fundamental de la imputabilidad, *la individualidad del dolo*, según el cual, los participantes responden del delito en cuanto sus actos hayan contribuido á darle vida y nada más; si nada eficaz han hecho, de nada responden. Es por eso que Carrara llama al hecho de castigar la tentativa de complicidad, una monstruosidad jurídica.

« Pero, si bién no puede existir tentativa de complicidad, puede existir complicidad, si la promesa hecha ó el acto suspendido tiene alguna importancia para exitar ó hacer nacer la voluntad criminal, lo que apreciará el Juez. Por eso dice Haus con mucha razón: En cuanto á la participación por ayuda ó asistencia de dos casos la una: ó los hechos de que se trata han preparado ó facilitado la acción de una manera cualquiera, y entonces ellos constituyen una participación consumada, ó bien no han tenido ninguna influencia sobre la perpetración del crimen, y en tal caso la tentativa de complicidad queda impune porque estos hechos no se relacionan al crimen por ningún vínculo » (¹).

¿Y qué razones se oponen á estas? El informe de

1) *Diario de Sesiones del Senado Nacional*, 1903.



los autores del proyecto, como siempre, guarda silencio, pero no así el que acompañó el de 1891, al cual se sigue siempre aunque él sea contrario á las opiniones de aquellos. En él encontramos estas palabras como único fundamento á semejante atentado científico: «El artículo 76 restablece el 58 del Código Tejedor, que reprime la tentativa de complicidad, pues no existe razón alguna para eximir de pena al que, por actos externos, directa é inequívocamente relacionados con el delito, ha tentado cooperar á su realización, si según los principios legales relativos á la tentativa, merece ser reprimida».

Es decir que Carrara, Blanche, Le Sellyer, Haus, Chauveau et Hélie, Molinier, Rossi, Castori, Pesina, Crivellari, Maccaci, Tuozi, Garraud, Impallomeni, Merkel, Prins, Vidal, Berner y tantos y tantos otros, sin excluir á los mismos autores del Proyecto, Rivarola y Moyano Gacitúa (2), estaban equivocados y que las razones que ellos creían tan sólidas para no aceptar la tentativa de complicidad, solo existen en la imaginación de esos criminalistas! Es decir también que todos los Códigos del mundo, con excepción del de Baviera y el nuestro, están también equivocados!

Permítannos los autores del Proyecto de 1891 y de 1906 que creamos que son ellos los equivocados y para fundar esta creencia basta y sobra con la que dijimos en el Senado y que acabamos de reproducir. Solo agregaremos pocas palabras.

316—La tentativa se castiga porque, si bien falta el daño efectivo, existe el peligro ó riesgo de ese daño, y si éste no llegó á realizarse solo se debe á un accidente fortuito. Los actos de complicidad, lo hemos dicho ya, no tienen criminalidad propia, ellos la reciben del hecho principal

(2) Rivarola, *Op. cit.*, t. I, n. 252. Moyano Gacitúa, *Op. cit.*, ps. 108 y 109.



con el cual se enlazan y solo á este título son punibles. Cuando los actos del cómplice no han tenido influencia alguna en la realización del hecho (de lo contrario habría complicidad, no tentativa), no solo no hay daño efectivo pero ni potencial, en ningún momento ellos han producido el *peligro del daño* fundamento de la doctrina de la tentativa. Los que han producido el daño ó el peligro son los actos del autor principal y los actos del cómplice solo son punibles en cuanto han tenido *eficacia* en ese daño ó en ese peligro. Si yo presto un revólver para que se cometa un homicidio y el autor lo deja de lado y emplea un puñal ¿en qué mi acción ha contribuido á la realización del delito ó á crear un peligro de violación del derecho? Si el hecho de prestar el revólver hubiera contribuido para reforzar el propósito delictuoso, habría complicidad no tentativa.

Para ser más claros, pongamos un ejemplo de otro género. Un amigo me escribe participándome las graves ofensas á su honor que le ha hecho otro titulado amigo: yo le contesto aconsejándole que lo mate y le indico un veneno que no dejará huellas. Pero en el momento de hechar la carta al correo, mi amigo mata á su ofensor de un balazo. ¿Dónde está mi complicidad, pregunto con Carrara?

Hubo intención criminal en mí, nadie lo puede dudar: hice lo que pude para impulsar á mi amigo al delito hechando la carta al correo antes de saber que él lo hubiera realizado ya, es cierto; pero, ante el hecho consumado, mi pensamiento criminal quedó reducido á un simple deseo, mi carta sin vínculo alguno con el homicidio producido. Mi acto se califica de tentativa de complicidad, pero él no tuvo la menor influencia en el hecho criminal, no solo no produjo daño pero ni peligro de él, puesto que cuando yo escribí mi carta el daño estaba ya producido. Y todavía el absurdo se agranda cuando consideramos las con-



secuencias según el proyecto. Yo soy reo de tentativa de envenenamiento y pasible de la pena de quince á veinte años de presidio (artículos 57 y 84, inciso 2º del Proyecto) y el autor principal tendrá la pena de tres á seis años de presidio (artículo 85, inciso 1º de idem). ¡Véase cómo, exclama Carrara ante este resultado, la solución negativa demostrada suficientemente á *priori* tiene también su prueba argumentando á *posteriori*. La tentativa de complicidad es un monstruo jurídico: su cómplice será redargüible ascéticamente, políticamente no. (1)

Con mejor acuerdo, el Código actual antes de la última reforma y los proyectos posteriores al de Tejedor suprimieron de éste el artículo 58 que legislaba sobre la tentativa de complicidad, pero el proyecto de 1891 y la reforma que en él se inspiró lo restablecieron.

317—El artículo 4 d) de la ley de reformas de 1903, tomado del 77 del Proyecto de 1891, importa librar de toda responsabilidad en el delito cometido por medio de la prensa, al Editor, impresor, etc., de la publicación y, de consiguiente, sancionar la impunidad de estos delitos y convertir el derecho de publicar sus ideas sin censura previa en una verdadera licencia.

Los modelos de donde tomó esa disposición el Proyecto de 1891 fueron el artículo 18 de la Constitución belga y los 12 y 14 del Código español que no sancionan por cierto semejante impunidad. El artículo 18 de aquella dice textualmente: «La prensa es libre; la censura no podrá jamás ser restablecida; no puede exigirse caución á los escritores, editores ó impresores. *Cuando el autor es conocido y domiciliado en Bélgica* (el subrayado nos pertenece) el editor, el impresor ó el distribuidor no pueden ser perseguidos.

El artículo 12 del Código español dispone que de esas publicaciones solo responderán criminalmente los autores

(1) Carrara, *Op. cit.*, § 329.

y el 14 dice que *si estos no fueren conocidos ó no estuvieren domiciliados en España* se reputarán autores los directores, editores ó impresores.

Se ve, pues, que según estas leyes hay siempre responsabilidad, aunque subsidiaria, del editor y de más personas que hayan cooperado á la publicación. En Italia según el edicto de 1898, existen las mismas disposiciones, y esta responsabilidad *sucesiva* es la tendencia de la legislación moderna sobre esta clase de delitos, con excepción de Francia, donde el editor ó gerente es considerado autor y cómplice el escritor lo mismo que el vendedor, distribuidor y fijador de carteles (1).

El Proyecto que estudiamos, en su artículo 54, corrige el error del de 1891 y del Código actual y por ello es digno de aplauso.

Sin embargo, nos parece que el artículo lleva muy lejos la responsabilidad cuando hace responsables subsidiariamente á los vendedores y repartidores. Estos, en la generalidad de los casos, ni leen las publicaciones de que se trata ni proceden con intención criminal, y se limitan á hacer uso de un medio lícito de vida.

No así el editor ó impresor. El delito de prensa tiene dos elementos esenciales: el escrito incriminado y su publicación. El escritor y el que publica el artículo (editor ó impresor) son causas del delito y de consiguiente autores y si la ley solo castiga á estos últimos subsidiariamente, apartándose de los principios generales del derecho común, lo hace como un homenaje al gran principio de la libertad de la prensa y porque le basta á los altos fines que tiene en vista, castigar solo al escritor y en su defecto al editor ó impresor, por su orden.

Creemos, pues, que aquí debe detenerse el Proyecto, dejando impunes á todos los demás que hayan participado en la publicación ó la publicidad del escrito incriminado.

(1) Ley de 29 de Julio de 1881.



Una observación que creemos indispensable: entiendo por impresor el que corre inmediatamente con la impresión ó sea el Gefe del Taller.

Pero el artículo 54 no debe regir, respecto á publicaciones clandestinas cuyo único objeto es difamar ó violar disposiciones de orden público. Para esta clase de publicaciones debe regir el derecho común y las reglas de complicidad, por consiguiente, y no estarían exceptuadas de pena los mismos vendedores de la publicación.

El artículo 54 debe ser reformado en su redacción y debe consignarse otro en la parte especial en el que se establezca claramente que, á falta del autor del escrito, serán responsables el editor y, en su defecto, el impresor, y que esas disposiciones no rigen para publicaciones como las que acabamos de mencionar.



TÍTULO SÉPTIMO

REINCIDENCIA



318—La manera como legisla la reincidencia el Título VIII del Proyecto es completamente defectuosa y sin eficacia para combatir esta llaga, que existe entre nosotros como en todos los pueblos civilizados, tomando cada día mayor incremento.

El rápido crecimiento de la reincidencia es un fenómeno universal. En Francia, á pesar de la famosa deportación en la que tantas esperanzas se fundaban, los reincidentes han llegado á constituir, en 1894, el 56 % de los acusados por crímenes. En Italia, ha ascendido á 27.13 % de los condenados, en 1895. En Alemania, en el año 1894, constituyeron el 36.66 % de los condenados. En Inglaterra, en 1895, subieron á 57.6 % del total de condenados. Ferri opina que la reincidencia en Europa oscila entre 50 y 60 %⁽¹⁾. Salvo en Austria donde parece que disminuye, la reincidencia aumenta siempre en Francia, Italia, Alemania, Inglaterra, Noruega y Suiza, y parece suceder lo mismo en Bélgica, Rusia y Portugal⁽²⁾.

Entre nosotros no es posible precisar cifras por falta

(1) Ferri, *Sociología Criminal*, pág. 204.

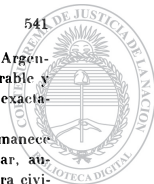
(2) Manzini, *La Recidiva*, Cap. I.



de estadística, salvo en la Capital Federal y eso imperfectamente, y porque nada se ha hecho para constatarla. Pero algunos datos que poseemos respecto á nuestros centros más populosos, nos demuestran que ella es considerable y que va en aumento todos los años. En la Capital de la República, es fácil observar que, al igual de los pueblos europeos, la reincidencia tiende á localizarse, á hacerse una profesión, que aquí más que en otras partes, tiene poderosos incentivos.

En efecto, toda profesión comporta ventajas y riesgos, y si las primeras son muy superiores á los segundos no es dudoso que tendrá grandes atractivos para los que se sientan inclinados á ejercerlas. Entre nosotros, las ventajas del profesional del delito son tan considerables como en cualquier otro país, pero los riesgos son mínimos: desde luego, lo grotesco de nuestro régimen penal incapaz de intimidarlo seriamente, en seguida, las grandes probabilidades que tiene el criminal de escapar á la justicia y, por último, el abuso que los gobiernos hacen de los indultos y conmutaciones (1).

(1) En Tucumán se sancionó una ley autorizando al P. E. á indultar o conmutar las penas de todos los condenados que hubieran cumplido una determinada fracción de ella, bajo pretexto de la insuficiencia de la Penitenciaría para contenerlos á todos. En Córdoba se sancionó en Junio del año pasado 1910 por la Cámara de Diputados (ignoramos que suerte corrió en el Senado) un proyecto indultando á todos los penados que estuvieran en las condiciones que él determina, ya no por falta de local, sino por sobra de patriotismo, hechando á la calle la mitad de la población carcelaria para festejar así el Centenario de la Patria! No bastaba que los Gobernadores indultasen ó conmutasen la pena á todo el que se tomase el trabajo de solicitar esa gracia, haciendo la regla general de lo que en nuestras instituciones y en las instituciones de todos los pueblos civilizados, es una alta prerrogativa que solo excepcionalmente puede ejercerse y que solo á ese título se justifica; era necesario que las Legislaturas se arrogasen la monstruosa facultad de conceder *indultos generales* para los delitos comunes, que ni el mismo congreso tiene ni puede tener, porque semejante absurda facultad iría contra los fines mismos de Gobierno y sería un atentado á la independencia de los poderes, y en nombre de ella vaciarían las Cárcenes! Y mientras tanto la ley penal del país, ley suprema que está sobre toda Constitución y ley provincial, burlada de un extremo á otro de la Nación



No es de extrañarse, pues, que en la República Argentina el porcentaje de la reincidencia sea considerable y acaso nos aterraria si la pudiéramos constatar exactamente.

319—Desgraciadamente este fenómeno no permanece estacionario sino que, como ya lo hemos hecho notar, aumenta en rápida progresión; y á medida que nuestra civilización y nuestra riqueza, en vía de desenvolvimiento, se acentúen, hemos de sentir más intensamente sus efectos.

No vamos á entrar en la discusión de Tarde y Garófalo con Poletti sobre si la civilización ó, mejor dicho, el progreso económico de los pueblos, trae consigo un aumento de criminalidad. Ella es puramente teórica y sin importancia para nuestro objeto. No nos importa saber, en efecto, si el aumento de acciones honradas, como quiere Poletti, están en relación constante con un número proporcional de delitos hasta constituir una ley que formula así: «la proporción entre la actividad delictuosa y la actividad honesta es estable, mientras sean permanentes las causas que producen una ú otra» ⁽¹⁾; ni tenemos objeto de justificar la civilización, como quieren

ley solo en el nombre, que las Provincias pueden dejar sin efecto cuando quieran! El Congreso debe hacer algo para concluir con esta bochornosa situación de pueblo inorgánico, volviendo su prestigio y su autoridad á aquella, siquiera para que la reincidencia no adquiera proporciones espantosas, pues nada la favorece más que las cortas penas ó la probabilidad de eludirlas de un modo ó de otro.

(1) Poletti imagina lo que podríamos llamar con Tarde, con bastante propiedad, el logaritmo de la criminalidad. Establece dos series, la de los actos productores que crecen rápidamente y la de los actos criminales que crecen menos rápidamente. Podríamos decir dos progresiones, una geométrica y otra aritmética, que tienen entre ellas una relación constante. El se hace la consoladora reflexión que, creciendo menos los delitos que los actos productores y jurídicos, hay un progreso relativo, aumento de moralidad y no decadencia. Pero ¿se puede establecer comparación entre cantidades tan heterogéneas y decir: á tantos millones de aumento en la exportación ó á tantos otros en las cajas de los bancos corresponden exactamente tal número de delitos? Véase Poletti, *Il Sentimento nella scienza del diritto pen.*, Cap. VIII;—En contra, Tarde, *Crim. Comp.*, Cap. II y Garófalo, *Criminologie*, 2.^a parte, Cap. III.



Garófalo y Tarde, atribuyendo á otras causas el aumento de criminalidad. Nos basta el hecho, demasiado bien constatado por la estadística general, que los delitos han aumentado en todas las naciones, á la par de su desenvolvimiento económico, no solo de una manera absoluta sino relativamente á la población y lo mismo ha sucedido con la reincidencia; y esta observación, que ya hizo Mr. Lucas en 1828, que con el progreso aumentan los incentivos al delito.

Digamos de paso, que no creemos que la civilización, entendida en su verdadera acepción, tal como la entendía Romagnosi ⁽¹⁾, pueda ser factor de delincuencia; pero el desarrollo de la riqueza y de la población, que no vá á la par del desenvolvimiento moral, sobre todo, si esta última aumenta, como entre nosotros, en grandes proporciones y con elementos venidos de las regiones donde mayor incremento tiene la criminalidad, debe tener una influencia considerable en la producción del fenómeno que nos ocupa.

320—Apercibidos de la gravedad presente y futura de éste, y puesto que nos preocupamos de revisar nuestra ley penal, nos parece que es el momento oportuno de afrontar el gran problema, tratando de darle una solución acertada, con espíritu tranquilo, sin dejarnos impresionar demasiado con lo que se ha hecho en otros países con éxito muy problemático.

Persuadidos de la verdad de lo que decíamos al Senado de la Nación, que la reincidencia está en el fondo de la criminalidad y que ella debe ser el objetivo de la pena, en esta obra nos hemos esforzado para que se adopte, no solo un régimen penal capaz de impedir la recaída en el delito, sino todas aquellas instituciones que concurren al mismo fin, y pensamos que mucho se habrá hecho para

(1) Romagnosi, *Observaciones estadísticas*, p. 504 y sig.



combatir aquella si nuestras ideas fuesen aceptadas. Ahora nos toca dar nuestra opinión sobre la manera de combatirla directamente y de legislarla en el Código, y la daremos á medida que nos vamos ocupando de las disposiciones del Proyecto. Como se va á ver, ella es la misma que exponíamos suscintamente ante el Senado, en 1903, al combatir el proyecto de reformas, y el tiempo transcurrido no ha hecho sino fortificar nuestras ideas de entonces. En esa ocasión decíamos :

« Si se quiere combatir la reincidencia de una manera eficaz, debe principiarse por modificar nuestro pésimo sistema represivo; sancionar la liberación y la condena condicional que tan eficaces son á este fin; establecer el aumento progresivo de la pena, de manera á hacer cada vez más enérgica la represión; establecer una pena especial, no la deportación, sino una pena análoga á la establecida en el proyecto suizo, cuyo gérmen se encuentra en nuestra excelente ley Bermejo. La acertada represión de la delincuencia juvenil, yendo así á la fuente misma de la reincidencia, inspirándose en la sabia ley belga del 91 que se preocupó más de reformar por la educación y el trabajo que de castigar á los delincuentes jóvenes, como se hace en Francia en las escuelas de reforma, y en el Reformatorio de Elmira con los excelentes resultados que son conocidos; y, por último, proveer (aunque esto pertenezca á las leyes procesales) lo necesario para que el estado de reincidencia sea bien conocido, por los casilleiros judiciales ó de otro modo, y no suceda en adelante lo que sucede hoy, en las Provincias más que en la Capital, que este agravante no se aplica sino por excepción, cuando por casualidad, esta es la palabra, llega á conocimiento del Juez ».

321—La Comisión redactora del proyecto parece no haberse preocupado mayormente de esta interesante cues-



ción, limitándose á copiar, con pocas variantes, el Título VII del de 1891.

Desde luego, en el artículo 55 se principia por definir mal la reincidencia. Repetimos por centésima vez que un Código no es un tratado de derecho y que, por tanto, no debe definir sino ordenar, estableciendo con claridad y precisión los caracteres constitutivos del delito ó de la figura criminosa de que se trata. Así, en el presente caso, el Proyecto pudo decir: «El condenado por sentencia firme que hubiese cometido un nuevo delito, etc., tendrá tal pena». Hemos dicho que la definición es mala y he aquí por qué.

Ante todo, el artículo 55 no fija plazo para la purgación del estado de reincidencia, de manera que este es perpetuo. Esta antigua concepción del Código francés ha venido siendo abandonada paulatinamente por la legislación y la doctrina, y hoy se puede decir que no existe Código ni Proyecto que no establezca un plazo, transcurrido el cual no existe reincidencia. Aun en Francia, la ley del 91 ha reaccionado contra este error con respecto á la reincidencia correccional, estableciendo el término de cinco años para su duración. Mr. Berenger, fundando esta reforma en el Senado, decía: «Hay una prescripción para la persecución, la hay para la pena misma. ¿Cómo no admitirla *á fortiori* para la agravación legal de la penalidad cuando la base de esta prescripción especial es una presunción de buena conducta? Los elementos constitutivos de la reincidencia, agravación de la perversidad, no se encuentran verdaderamente sino en la repetición á corto término de los actos culpables». En la Cámara de Diputados, Mr. Barthou, miembro informante, decía á su vez: «La presunción que sirve de punto de partida y de razón de ser á la gravedad de la pena ¿no es la agravación basada en la perversidad de un agente que, malgrado la advertencia recibida, se ha revelado de nuevo contra



el orden social? Esta presunción es aceptable cuando la advertencia es de fecha reciente. Pero cuando un hombre, que no ha sufrido ninguna persecución durante los cinco años transcurridos desde su primer delito, se rinde, después de este período de buena conducta, culpable de un hecho delictuoso, ¿se pueden relacionar los dos hechos y aplicar al segundo una agravación cuya razón de ser estaría en el desprecio de la advertencia recibida ó la agravación presumida de la criminalidad? ¿Por qué no extender á la reincidencia la regla seguida en materia de prescripción? Hay una prescripción para la persecución, la hay para la pena; es razonable entonces establecer una para la reincidencia.

322—Algunos positivistas, como Garófalo, Porto y Oliveri, (en contra Ferri), quisieron hacer revivir esta concepción errónea, contrariando los propósitos de su misma escuela, de combatir solo la delincuencia habitual ó profesional, pero no han logrado hacerse camino.

He aquí el razonamiento de Garófalo: «Nuestros juristas han sentado también el principio de que la reincidencia no debe producir efectos legales, sino en un período de tiempo determinado: cinco ó diez años, por ejemplo, según que se trate de delitos ó de crímenes; pues, según se dice, cuando uno se ha portado bien durante varios años, podemos estar convencidos de que la represión no ha sido ineficaz. Más aquí existe una de aquellas ficciones legales de que se ha abusado siempre de un modo deplorable, á saber: que los delitos *descubiertos, juzgados*, y por los cuales se ha impuesto una *condena*, son los *únicos* que *real y verdaderamente* se han cometido, mientras que, en *realidad*, estos delitos no representan sino la *menor parte* de los cometidos. ¿Quién es capaz de decirnos el número de estafas llevadas á cabo por un bribón ya condenado por un delito de esta especie, y que, sin embargo, no será de-



clarado reincidente, porque desde el último proceso á que estuvo sometido han pasado cinco años? Admitamos, no obstante, la ficción. Supongamos, pues, que el delincuente se haya portado bien durante cinco ó diez años. Pues bien: si después de este periodo recae en un delito del mismo género ¿no tendremos con esto un indicio muy grave de sus instintos criminales poderosamente arraigados y cuya manifestación, quizá rara, no deja de tener lugar cuando se presenta ocasión favorable? (1).

Hemos transcrito íntegros los párrafos que el eminente autor dedica á este asunto, para que se vea la pobreza de los argumentos con que se pretende justificar la perpetuidad de la reincidencia. Como se vé, ellos se basan en presunciones antojadizas. Pretender que no haya término para la reincidencia, porque el autor del segundo delito *pueda* haber cometido otros en el intervalo, es exactamente lo mismo que pretender que el delincuente primario, cuando sus antecedentes no son muy satisfactorios, deba ser castigado como reincidente, porque también *es posible* que antes de este primer delito juzgado, haya cometido otros que han quedado ignorados por la justicia, y el que es tenido generalmente por hombre de mala fé ó se le han probado actos de indelicadeza que no son, si embargo, delitos, debe ser castigado antes de todo delito comprobado, porque es muy posible que haya cometido un fraude que ha quedado oculto! La ficción que el autor atribuye á los juristas antojadizamente, porque no hay ficción cuando se basa en hechos comprobados, la hace él cuando da por sentado que el que ha cometido un primer delito ha cometido, en *realidad*, otros, y semejante ficción es atentatoria á los principios en que se basa la justicia penal.

En seguida, el autor nos dice que el hecho de recaer, en cualquiera época que sea, *es un indicio muy grave de sus instintos criminales poderosamente arraigados*. Tan

(1) Garófalo, *La Criminología*, 3ª part., Cap. II, ps. 305 y 306.



caprichosa es esta afirmación, como la anterior. Si un individuo es condenado por injuria y 15 ó 20 años después se bate en duelo, si otro es condenado por lesiones y muchos años después mata á otro después de grave provocación ¿á dónde está el grave indicio de instintos criminales? ¿á dónde la prueba de que esos instintos están poderosamente arraigados? Todo esto será cierto cuando se reincide al poco tiempo, pero sucede todo lo contrario cuando se recae después de un largo periodo de años, porque este largo periodo prueba precisamente de que no se trata de un individuo criminal de naturaleza, que tenga los instintos del mal poderosamente arraigados, sino de un individuo que ha recaído porque las circunstancias lo han arrastrado á cometer el segundo delito, como lo arrastraron á cometer el primero.

Garófalo se pone en el caso de la reincidencia específica y de esa naturaleza son también los ejemplos que hemos puesto para refutarlo. En el caso de reincidencia genérica, su argumentación es todavía menos probante.

Porto no hace sino reproducir el sofístico razonamiento de Garófalo: «Se opondrá, dice, que quien ha observado buena conducta por largo tiempo no debe ser tratado como el que, en breve intervalo, recae en el delito. Pero ¿cómo sostener la buena conducta si en muchísimos delitos quedan desconocidos sus autores? (1).

323—Los pocos criminalistas que, como Carrara, sostienen como fundamento de la reincidencia la *insuficiencia relativa de la pena*, se adhieren á la perpetuidad del estado de reincidencia, porque, dicen, en cualquier época en que se haya recaído en el delito, siempre éste probará que la pena fué insuficiente para enmendar. Pero el mismo Carrara se ve obligado á atribuir algún efecto al transcurso del tiempo, y así enseña que el efecto agravante debe dis-

(1) Porto, *Appunti*, p. 213.



minuir en razón del intervalo transcurrido desde el cumplimiento de la pena al día del nuevo delito (1).

Pero la inmensa generalidad de los criminalistas, está por la temporaneidad del estado de reincidencia. Los franceses, como Blanche, Chaveau et Hélie, Ortolan, Faustin Hélie, Montalvon, Garraud, Vidal, etc., no piensan que se pueda hablar de hábitos ó de mayor perversidad en un hombre que ha dejado pasar cierto tiempo sin delinquir de nuevo.

Los autores alemanes son también, por lo general, partidarios de la temporaneidad.

Los italianos, entre ellos, Pessina, Impallomeni, Mossa Luchini, Tuozi, Paoli, Alimena, Manzini, Ferri, Crivellari (2) etc., sostienen también la temporaneidad fundados en que, después de un tiempo, no existe ó, por lo menos, carece de energía la tendencia al delito. Carrara, Brusa y Camicano sostienen una teoría intermedia: el agravante debe ser perpétuo, pero en razón inversa al tiempo transcurrido entre el cumplimiento de la pena y el nuevo delito.

324—Se puede, pues, afirmar que la generalidad de los autores y casi todas las leyes penales sostienen la temporaneidad, y las razones en que se fundan nos parecen concluyentes. Desde luego, los mismos fundamentos en que se basa la prescripción del delito y de la pena justifican la prescripción de la reincidencia. No necesitamos repetirlos.

Por otra parte, es indudable que cualquiera que sea la doctrina que se siga como fundamento de la reincidencia *la agravación de la imputabilidad ó la insuficiencia relativa de la pena*, el fundamento jurídico de ella desaparece cuando ha transcurrido cierto tiempo sin que el condenado recaiga en el delito.

(1) (*Opuscoli*, *Stato della dottrina sulla recidiva*, Div. III.

(2) Alimena cita á Crivellari como partidario de la doctrina intermedia pero no es así, como puede verse en su obra más reciente *Il Codice Penal* T. 4, p. 333.



Los que siguen la teoría de la *agravación de la imputabilidad*, ya sea que ésta consista en la mayor depravación y peligrosidad demostrada por el delincuente, ó en el extraordinario desprecio de la ley y del magistrado, tienen que reconocer, si son lógicos, que no demuestra depravación ni peligrosidad el que ha dejado pasar un largo período de tiempo sin delinquir, ni revela tampoco gran desprecio de la ley y del magisterio punitivo, los que exigen una excepcional resistencia del criminal á someterse á ellos, y éste solo puede existir cuando se recae en un plazo breve.

Los que fundan el agravante de la reincidencia en la *insuficiencia relativa de la pena* tienen también que admitir la temporaneidad de este estado, y la razón la dá uno de sus más convencidos partidarios. Crivellari, en efecto, dice: «La razón de la agravación de la pena para el reincidente debe deducirse (volvemos á repetirlo) de la reconocida ineficacia de la pena precedentemente irrogada. Esta razón queda eliminada ó al menos pierde bastante fuerza, cuando se vé que la pena precedente bastó á tenerlo por mucho tiempo en la vía de lo justo y lo honesto. Y si después de un largo periodo de años volvió á delinquir, el nuevo delito debe atribuirse á causas enteramente nuevas, más que á la obstinación de su naturaleza y á la indiferencia del sufrimiento experimentado». (1)

Por otra parte, no olvidemos que el Estado tiene mucha parte en la recaída en el delito. A un delincuente ocasional que fué arrastrado á él por circunstancias excepcionales, se lo conduce á establecimientos penales donde vá á vivir en la ociosidad, mezclado con los peores criminales y de donde saldrá, después de muchos años, con el estigma del presidario, que le hará imposible el trabajo honesto, no existiendo, siquiera, una sociedad de patronato que lo

(1) Crivallari, *Op. cit.*, T. 4, p. 333, n.º. 6.



ayude á rehabilitarse ¿qué queréis que haga sino recaer en el delito, al cual lo empujan de consuno la necesidad de vivir, la ociosidad, que es ya un hábito en él, y el ejemplo de sus compañeros? «Cuando desde el interior de una prisión española (con mayor razón argentina), ha dicho una ilustre escritora de ese país, se vé lo que pasa en ella: cuando se observa aquel conjunto de corrupción, de arbitrariedad, de ignorancia, de error, de rebeldía, de servilismo, de severidades crueles, de interesadas tolerancias; cuando se respira la atmósfera preparada como por arte infernal para que el vicio y el crimen germinen, crezcan, se multipliquen, se hagan contagiosos, irresistibles; cuando en la enfermería y en el taller, en la capilla y en el calabozo, se vé el desprecio de las reglas equitativas, atropellada la humanidad y escarnecida la justicia.....; cuando se ven delinquentes honrados al entrar en la prisión que saldrán de ella enteramente perdidos para el honor y para la virtud, varios sentimientos de indignación, de horror, de lástima, de vergüenza, agitan el alma.....» (1). ¿No es verdad que se necesita un milagro para no reincidir? Y cuando el milagro se realiza, cuando el salido de prisión no delinque más, durante un largo lapso de tiempo, cuando se ha tenido en el alma fuerza bastante para resistir al ambiente envenenado y á la ignominia ¿fundado en qué pretendéis agravarle la pena del segundo delito? ¿en una depravación ó temibilidad que está demostrado que no existen?

325—El artículo 55, que criticamos, exige que la sentencia sea *dictada por cualquier tribunal del país*. En el primer momento, interpretamos esta frase como una prohibición de que se tomen en cuenta para la reincidencia las sentencias extranjeras; pero, leyendo el informe de la Comisión, nos encontramos con que su alcance es otro. «La reincidencia hasta hoy, dice esta, ha

(1) Concepción Arenal, *Estudios Penitenciarios*, p. 7.



sido considerada como si la Capital, los Territorios Nacionales y las Provincias fueran Estados independientes, con relación á la ley penal: solo se tomaban en cuenta los delitos anteriores cometidos en la localidad donde el reo era juzgado» (1). A pesar del respeto que nos merece la opinión de la Comisión, no podemos creer que exista un Tribunal argentino capaz de sostener tamaña enormidad. Hemos registrado los sumarios de los fallos de la Cámara de apelaciones en lo criminal de la Capital y solo hemos encontrado uno que declara, en un caso de excarcelación bajo fianza, que la reincidencia ante otra jurisdicción no puede ser tomada en cuenta por los Tribunales de la Capital (2). Nos imaginamos que el fundamento de este fallo debe consistir en que la ley de Procedimientos Criminales es una ley local y el art. 377 de la Capital prohíbe que se conceda la libertad bajo caución al procesado reincidente.

Sin aceptar las conclusiones de este fallo, de él no se desprende que esa Cámara piense que no se debe aplicar al nuevo delito el agravante por reincidencia, cuando el anterior fué juzgado en otra jurisdicción. Pero sea de esto lo que fuere, este único antecedente no justifica la redacción redundante del art. 55.

Es verdad que la reincidencia no se tiene en cuenta casi nunca en nuestro país, no solo cuando los delitos han sido juzgados en distintas Provincias, sino aún cuando lo han sido en la misma; pero la razón de este hecho está en que no existe ley alguna que establezca la manera de constatarla, como existe en los pueblos europeos, y, por tanto, resulta poco menos que imposible aplicar este agravante.

326—La más lógica interpretación que se puede dar

(1) Informe, p. XXIV.

(2) Carette, *Diccionario de jurisprudencia argentina* v. *Escarcelación*, núm. 168.



al requisito que nos ocupa y la que se le ha de dar generalmente, es la de que por él se prohíbe tener en cuenta las condenaciones extranjeras. ¿Es justo esto?

En otra ocasión nos pronunciamos decididamente en contra de esta prohibición. Entonces decíamos: «El delincuente moderno no es sedentario, es cosmopolita: va de un país á otro, no solo buscando nuevos teatros á sus fechorías, sino eludir la acción de la justicia. Y si para él no existen fronteras ¿por qué las ha de haber para la ley? ¿Por qué hemos de considerar como delincuente primario al que, tal vez, es diez veces reincidente y, seguramente, habilísimo malhechor?» (1).

Los que niegan eficacia á las condenaciones extranjeras para constituir reincidencia, se basan en dos argumentos, que son los siguientes: 1.º La independencia recíproca de los Estados, se opone á que se haga producir efecto á la sentencia extranjera: este principio sería violado si se la tiene en cuenta para agravar la pena (2); 2.º La agravación por reincidencia tiene por razón la insuficiencia de la pena ordinaria, demostrada por la recaída de aquel contra quien esta pena ha sido pronunciada y ejecutada; en el caso de sentencia extranjera, está probada la insuficiencia de la pena extranjera, no la del país que juzga al reincidente (3).

La primera razón, que es una consecuencia violenta de la territorialidad de la ley penal, ha sido refutada por Carrara, apesar de ser uno de los que niegan eficacia á la sentencia extranjera. Hé aquí sus palabras: «Se cree que aplicando la reincidencia entre nosotros al condenado en el extranjero se cae en un exceso de jurisdicción, juzgando aquí un hecho cometido en otra parte. Pero esto no es verdad, porque el reincidente se castiga por el se-

(1) *Discurso ante el Senado de la Nación, Diario de Sesiones*, 1903.

(2) Chauveau et Helie. *Theorie du Cod. Pen.*, T. I. n.º. 502, p. 150.

(3) Bertoulet, *Cours de Cod. Pen.*, XIX, p. 448.



gundo delito y no por el primero. La primera sentencia emanada del tribunal competente expresa una *cualidad* de la persona, la de condenado, y ésta la lleva consigo donde vaya como las cualidades de hijo, de marido, etc., sin que pueda decirse, ni que la ley extranjera ejerce imperio entre nosotros, ni que por nosotros se juzgan hechos acontecidos en otro país. Esta no es, pues, buena razón. Buena es, por el contrario, y concluyente, la que nos dan los franceses y que consiste en la cesación de la causa de agravación. En efecto, por la expiación de la *pena extranjera* no cesa la presunta suficiencia de la *pena nuestra*; y nosotros debemos, hasta prueba contraria, tener fé en que la penalidad ordinaria existente entre nosotros sea bastante á la represión. El condenado en el exterior no ha despreciado la pena que nuestras leyes establecen; hé aquí la única razón sólida que existe.» (1)

La segunda razón que, como se ha visto, defiende el gran penalista italiano, no es mejor que la primera, por lo menos para los que, como nosotros, dan otro fundamento á la reincidencia. En efecto, ella se basa en que el fundamento del agravante de la reincidencia consiste en la insuficiencia de la pena anterior; pero el fundamento del agravante es otro, como lo reconocen la generalidad de los autores: la mayor perversidad y peligrosidad y el desprecio de la ley y del magistrado. Algunos penalistas clásicos, consecuentes con su manera de encarar el delito, haciendo abstracción completa del delincuente, inventaron esta teoría de la *insuficiencia de la pena*, que no es más que una hipótesis desmentida todos los días por la experiencia.

El Proyecto, cuando habla solo de condena y no de expiación de la pena en su definición de la reincidencia, rechaza por el mismo hecho el fundamento de la insufi-

(1) Carrara, *Stato della dottrina sulla recidiva*.—*Opuscoli*, vol. 2, p. 152.



ciencia y acepta el de la mayor responsabilidad; y siendo así, no tiene razón alguna para no aceptar, en este caso, la sentencia extranjera. (1)

327—No negaremos que las opiniones están muy divididas sobre la admisibilidad de estas para constituir reincidencia, pero la tendencia moderna de la ciencia parece ser lo que nosotros sostenemos y desearíamos ver consignado en la ley argentina. (2)

El Congreso penitenciario internacional de París, en 1895, se preocupó de esta cuestión, discutiéndola ampliamente y después de las eruditas relaciones del Profesor Le Poittevin y del consejero de estado Jacquin, la primera Sección sancionó y la Asamblea General adoptó, el siguiente voto: «El Juez puede tener cuenta, en la fijación de la pena, de las penas pronunciadas en el extranjero cuando una nueva infracción ha sido cometida en el territorio nacional. (3)

Este Congreso, como los autores que defienden esa doctrina, se basan en que el que ha sido condenado en el exterior tiene mayores facilidades para delinquir en otro país, donde es desconocido y por tanto nadie desconfía de él, y en que siendo hoy reconocida por todas las Naciones la necesidad de unirse para asegurar la persecución y castigo de los delincuentes, el reconocimiento de la

(1) Dos de los autores del Proyecto manifiestan opiniones contradictorias sobre este punto. Rivarola piensa que el fundamento de la reincidencia está en la mayor aptitud á revelarse contra la ley (*Op. cit.*, T. I, n. 184, p. 227). —Moyano Gacitua, opina que él consiste en la insuficiencia de la pena (*Op. cit.*, p. 400).

(2) Sostienen que no debe darse eficiencia á las sentencias extranjeras, además de los autores citados, Roberti, Berner, Haus, Montalvon, Anellini, Arabia, etc. La opinión contraria es sostenida por Nicolini, Pesina, Mossa, Conti, Vismara, Fiori, Manzini, Lizi, Sacker, Stoos, Garraud, Vidal, Alimena, etc.

(3) Actas del Congreso, I, págs. 118 á 124, II, págs. 135 á 142 y VI, págs. 26 á 54.

reincidencia es uno de los medios mejores para alcanzar este gran fin social.

Estas razones adquieren una importancia decisiva en un país como el nuestro, que recibe centenares de miles de inmigrantes cada año, entre los que figuran muchos criminales y aún profesionales del delito. Considerarlos como primarios y castigarlos con una pena que se sabe no ejercerá ninguna influencia intimidante ó moralizadora, es atentar contra el orden social, es cerrar los ojos á la realidad, es fundar la justicia penal sobre preocupaciones absurdas, es tener dos medidas para aplicarse por razones puramente geográficas, sin tener en cuenta para nada la perversidad y peligrosidad del agente ni la necesidad de individualizar la pena, para que ella responda á su fin de defensa social. El Estado debe, por el contrario, desde el primer delito que cometa en el país el que ya ha sido condenado fuera de él, hacer sentir con energía la represión para que esta presente alguna utilidad y no sea meramente expiatoria, meramente retributiva.

¿Qué es difícil comprobar la existencia de la reincidencia y establecer comparación en la penalidad del mismo delito en los diferentes países? Conti y Mossa han contestado triunfalmente á estas objeciones. Hasta tanto se cree una oficina internacional de reincidentes, el cange entre los diversos países de los boletines del *casillero judicial*, facilitará muchísimo el conocimiento de éstos. De todos modos, si el Juez argentino llega á constatar la existencia de una condenación extranjera en el que juzga, este es un hecho como cualquier otro del que se puede y debe tener cuenta en la sentencia. Si no puede constatarlo, el agente será castigado como delincuente primario, y esto sucede todos los días cuando se trata de comprobar la existencia de ciertos agravantes, como la premeditación por ejemplo, que si no se la puede descubrir, el agente es cas-





ligado como delincuente de ímpetu (1). En cuanto á la comparación de los delitos y de las penas, ésta no es una dificultad seria.

Si nuestro futuro Código sanciona esta doctrina, el Gobierno de la Nación celebrará tratados con los demás países relativos al cange de los boletines de los casilleros respectivos.

Naturalmente, limitaciones hay que poner, como la de que la condenación extranjera recaiga sobre un hecho calificado de delito en nuestro país ó que no esté en contradicción con la ley de éste.

328—El segundo párrafo del artículo 55, dice con mucha razón que no se tomarán en cuenta á los efectos de la reincidencia los delitos militares ó políticos ni los amnistiados.

¿A qué delitos militares se refiere? ¿á los exclusivamente militares, como el abandono del comando ó del puesto, la violación de consigna, la deserción, etc., ó á los delitos comunes cometidos por miembros del ejército y castigados por los tribunales militares?

La duda es seria, en mérito de lo que consigna el párrafo que viene á continuación del 1º caso previsto en el art. 57. «No se computarán, dice éste, (á los efectos de la pena de deportación), las condenas por delitos *exclusivamente* militares ó políticos». ¿Se ha querido establecer en este caso una limitación á lo que dispone el segundo párrafo del art. 55 ó ambas disposiciones tienen idéntico alcance?

Si no hemos de admitir un lamentable descuido en la redacción del Proyecto, la primera hipótesis es la única legítima. El excluye, pues, de la reincidencia todo delito juzgado por los tribunales militares, lo que no nos parece correcto por las razones que vamos á exponer.

(1) Nicolini, *Questioni di diritto*, T. I, p. 32.



En el campo de la doctrina, se discute mucho sobre si los delitos militares, en general, deben computarse para la reincidencia ó si deben excluirse solo los puramente militares.

Chauveau et Hélie sostienen que ninguna condenación militar, ya se trate de delitos exclusivamente militares ó delitos previstos también por el derecho común, puede ser tenida en cuenta para constituir reincidencia, por cuanto, ante los tribunales militares, el acusado no tiene las mismas garantías de que goza ante los tribunales ordinarios, y que la susceptibilidad del espíritu de cuerpo puede influir sobre sus decisiones con consideraciones extrañas á la justicia, de donde el juicio del magistrado militar, aunque tenga por objeto un delito, es siempre un juicio disciplinario (¹).

Pero, la mayor parte de los criminalistas, excluyen de la reincidencia solo los delitos exclusivamente militares, debiéndose tener en cuenta los comunes que puedan cometer los militares. Se dice, en apoyo de esta opinión, que el hurto, p. ej., es siempre hurto, aunque lo juzgue el tribunal militar: que la cualidad de militar en el culpable del delito común ó en el ofendido: la índole militar del lugar; la causa militar del servicio: son causas que valen á determinar la jurisdicción, no á juzgar la incriminación del hecho. Ésta queda siempre la misma y si el individuo que ha dejado el servicio, vuelve á cometer un delito, no se puede negar que existe objetivamente, ideológicamente y jurídicamente una relación tal entre los dos delitos que justifica plenamente la declaración de reincidencia (²).

Nosotros estamos por esta segunda opinión, cuya justi-

(1) Chauveau et Hélie, *Theorie du Code pénal*, T. 1, ns. 214 y 215.—En el mismo sentido Manzini, *La recidiva*, ps. 511 y sig.

(2) Carrara, *Opuscoli cit.*, p. 7.—Pessina, *Diritto pen.*, T. 1, p. 324.—Haus, *Droit pen. belge*, T. 11, n. 891.—Garraud, *Droit pen.*, T. 3, p. 61.—Alimena, *I limiti...*, T. 3, ps. 584 y 585, etc.



cia nos parece evidente. El militar que ha robado, que ha matado, que ha violado, y que después de dejar de serlo comete un nuevo delito, revela un temperamento criminal que constituye un verdadero peligro para la sociedad y que justifica un castigo más enérgico. El soldado que comete un delito común bajo un estado que comporta deberes especiales y una disciplina severa, revela, por el mismo hecho, una índole más peligrosa que el particular que ha cometido el mismo delito y una voluntad más enérgica, puesto que una ley excepcionalmente rigurosa no logra refrenar sus impulsos.

Las razones en que se apoyan Chauveau y Hélie, podrán justificar la reforma de las leyes militares ó el abandono de esta jurisdicción para el caso de delitos comunes, pero no la tesis que sostienen, con tanta más razón cuanto que el soldado es también un ciudadano que tiene derecho á las mismas garantías que los demás, y si esas garantías no existen, si está expuesto á ser víctima de injusticias, el legislador debe intervenir para dárselas.

329—El Proyecto debió expresar con claridad que la condenación anterior debe recaer sobre un delito doloso, pues suponemos que sus autores no pensarán que pueda haber reincidencia de delito culposo á delito doloso, ya que existe entre ellos una diferencia demasiado esencial para que pueda justificarse el agravante ⁽¹⁾. Pero nada obsta para que exista reincidencia de delito culposo á delito culposo y éste es el sentir de todos los criminalistas ⁽²⁾.

De la manera como está redactado el artículo 55, se desprende que existe reincidencia cualquiera que sea el hecho que motiva la primera condenación, y que de consiguiente, el condenado por imprudencia que comete des-

1. Esta doctrina es profesada por todos los criminalistas, entre ellos, Berner, Carrara, Scheurlen, Contí, Impallomeni, Pessina, Manzini, Alimena, etc.

(2) Véase particularmente Scheurlen, *Observaciones sobre la reincidencia*, *Scritti germanici de Mori*, § 5.



pués un homicidio ó un robo, es reincidente. No puede haber sido esta la mente de los autores del proyecto, pero eso es lo que dice el artículo 55, y es como lo interpretará cualquier Juez.

330—Una cuestión muy interesante se debatió en el Congreso Penitenciario de San Petersburgo. ¿Hay reincidencia para los menores? ó, en otros términos, ¿debe aplicarse este agravante á los que no hubiesen cumplido la mayor edad penal?

La relación de Mr. Garraud encará la cuestión de una manera completa. Sus conclusiones fueron éstas: Considera como menores, á los efectos de la reincidencia, á los que no hayan cumplido 21 años (la mayor edad civil en Francia). Hasta esta edad, la reincidencia que prueba una mayor y más peligrosa perversidad, no tiene sino un valor de indicación; ella no deberá obligar al juez á sustituir una medida de represión á una medida de educación:

Mr. Heymann y Mr. Jaspar sostuvieron que la noción de la reincidencia no se puede aplicar á los menores, y después de discutido ampliamente el punto, se votaron las siguientes proposiciones por unanimidad en la IV Sección:

1.º La noción tanto legal como teórica de la reincidencia es estraña á la criminalidad de los menores. Por consiguiente: en tanto que un individuo esté en estado de minoridad penal, no hay lugar á declararlo reincidente;

2.º Pero si este jóven reitera su falta ó comete una nueva infracción, el Estado debe ser allí la indicación formal de modificar el régimen hasta allí adoptado respecto de él.

La Asamblea votó también por unanimidad estas proposiciones.

Dada la manera como el Proyecto encara la delincuencia juvenil, la cuestión no se puede ni siquiera poner. Para él, el niño que ha cumplido 14 años es un delincuente como cualquier otro y debe ser sometido á la penalidad ordinaria. Es natural entonces que



la reincidencia agrave su segundo y ulteriores delitos.

Pero si en el nuevo Código Penal argentino se llegase á adoptar nuestra opinión, ya manifestada oportunamente, sobre la manera de reprimir la delincuencia juvenil por la educación y no por la pena, opinión que, como entonces lo hicimos notar, es universalmente sostenida por todos los criminalistas, por todos los Congresos y por todos los institutos penitenciarios, no puede haber reincidencia para los menores de 18 años ⁽¹⁾ porque la repetición del delito solo indica, como dice Mr. Garraud, que la medida educacional primeramente adoptada, no fué la que correspondía y debe aplicarse otra que llene mejor su fin.

331—Vengamos, ahora, á las penas con que los arts. 56 y 57 castigan á los reincidentes.

Hemos dado ya nuestra opinión, cuando criticábamos la penalidad del proyecto, sobre la pena de deportación. Entonces demostramos, con cifras estadísticas, que los países que la han adoptado han visto continuar en la misma proporción el aumento de la reincidencia, hasta el punto que algunos de ellos, como Inglaterra, se han apresurado á abandonarla; que los criminalistas más distinguidos, los penitenciarios y los hombres de gobierno, unánimemente, la han combatido; que nosotros carecemos de lugares lejanos del país y aptos para la colonización, como los tuvo Inglaterra, como los tiene Francia y también Portugal; que aun las Naciones que los poseen, como Italia, han rechazado siempre las tentativas de introducirla en su sistema penitenciario, como lo prueba la discusión de su Código y el rechazo del proyecto presentado al Parlamento en 1899 por Finocchiaro, Fortis y Pelloux, por considerarlo odioso é ineficaz. . . argumetos decisivos, contra los cuales son impotentes los puramente teóricos con que se la defiende.

(1) Es verdad que entre los 15 y 18 años podrán aplicarse verdaderas penas, pero que no por eso dejarán de ser medidas educadoras (*suprá*, n.º 76, p. 133). No hay, pues, distinción que hacer.



Para nosotros, la reincidencia debe ser castigada con un aumento en la intensidad de la pena que la ley fije para el segundo delito, como ser la prolongación del tiempo de la reclusión celular, no permitirles la elección del trabajo, obligándolos á hacer los más penosos y hasta el límite de sus fuerzas, etc., y con un aumento en la duración de ella proporcional al número de reincidencias, en cuyo caso y cuando el Juez lo crea necesario, podría limitarse á no computar la prisión preventiva ó exceder el máximo que fije la ley para el último delito, en una determinada fracción de esa pena, un tercio ó la mitad ⁽¹⁾, pero sin poder exceder un dado límite ó la duración legal de la pena ⁽²⁾.

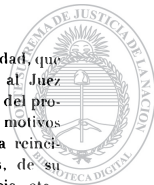
332—En cuanto á los criminales profesionales, creemos que debe establecerse contra ellos una pena especial, análoga á la que creó nuestra ley núm. 3335 de 1895 y á la que consigna el proyecto suizo de Stoos.

Pero ante todo, es necesario averiguar que clase de criminales pueden clasificarse como profesionales ó incorregibles.

No aceptamos el criterio de la Comisión de hacer depender la incorregibilidad de la entidad y número de las condenaciones. Es un criterio puramente empírico que no conduce sino á la arbitrariedad y á la más irritante injusticia. ¿En qué dato científico se basa esta presunción *juris et de jure de incorregibilidad*? Y si no existe ningún dato científico ó de observación que legitime esta presunción, si ella es forzosamente arbitraria ¿cómo es posible erigirla en base de una condena á una pena excepcional, á una pena perpétua?

(1) V. Actos del Congreso de Bruselas, 1900, IV cuestión de la II Sección.

2) Esto será poco frecuente porque el número de reincidencias está en razón inversa de la gravedad de los delitos, habiéndose comprobado en todas partes que los autores de pequeños delitos suelen ser los que en más reincidencias incurrir.



A falta de un criterio científico de incorregibilidad, que no existe, nosotros pensamos que se debe dejar al Juez la tarea de declararla cuando, de los antecedentes del procesado, de las circunstancias del hecho, de los motivos que lo impulsaron á delinquir, de las causas de la reincidencia, del número de las condenas anteriores, de su situación de familia y de sus medios de existencia, etc., piense que realmente se trata de un individuo refractario á la pena é incapaz de corregirse.

Esto no quiere decir que la ley no pueda fijar un criterio general que guíe al Juez en su apreciación como es la naturaleza, gravedad y número de las condenaciones; lo que pretendemos es que sea el Juez el que decida si se debe aplicar la pena ordinaria ó la de la incorregibilidad (1).

Nada más natural que fijar una pena eliminadora ó de larga duración para los que se muestran incapaces de vivir en sociedad. Por ella, esta se desembaraza de esos elementos de perturbación. Pero, desde el momento que se trata de un incorregible, ¿por qué imponerle una pena que se sabe será ineficaz para él? ¿por qué imponerle una pena destinada á corregir al que ya se sabe que es incorregible? Grave error en que cayó la ley francesa del 85 y en que incurre el Proyecto, por falta, sin duda, de atención bastante.

La pena de la incorregibilidad no debe ser un accesorio ó complemento de la última condena, sino pena única, aunque de carácter diferente de las penas reformativas.

Hemos dicho que esa pena debe ser análoga á la que estableció nuestra ley del 95 y á la que establece el proyecto suízo (2). Un internamiento de larga duración, de 10 á 20 años por ej., en un establecimiento penal por lo

(1) *Proyecto suízo*, art. 41; trad. de Gentier, 1894.—Saleilles, *L'individualisation de la peine*, p. 199.

(2) *Proyecto suízo*, artículo 41. Ed. cit.



general y aún más en casos excepcionales, exclusivamente destinado á los incorregibles, que se erigirá en un territorio del Sud y para lo cual puede servir el que actualmente existe de acuerdo con aquella ley, obligados al trabajo industrial ó agrícola y bajo una disciplina muy severa.

A estos internados se les podría conceder la liberación condicional después de haber sufrido dos tercios de la pena, por una sola vez, es decir, que si el que hubiera sufrido una vez el internamiento, reincidiera, no podrá obtener de nuevo la liberación.

333—No estamos conformes con la última parte del artículo 57 que equipara, á los efectos de la pena, la reincidencia con el concurso de delitos.

El concurso de delitos revela en el delincuente una inmoralidad mayor, tendencias más antisociales, no cabe duda, pero él no implica su incorregibilidad ni que bajo ningún concepto deba asimilarse al reincidente, que ha mostrado con su segundo delito que la pena no lo ha reformado ni lo ha intimidado; en el caso del concurso, la justicia no ha hablado, no ha hecho ninguna advertencia al culpable y nada prueba que una condenación severa no lo reforme. La impunidad en que hasta su último delito vivió, no hizo sino alentarle á delinquir de nuevo por la esperanza de que ella continúe favoreciéndolo: pero, repetimos, esto no equivale á la advertencia solemne de una condenación que justifica el agravante de la reincidencia y la pena de la incorregibilidad, cuando el delincuente se vuelve sordo á estas advertencias repetidas.

La deportación, desde el momento que es un accesorio de la condena, no es una pena en la verdadera acepción de la palabra; con ella no se castiga ningún delito: el delincuente ha pagado su deuda á la Sociedad con la pena sufrida. La deportación es una medida de carácter represivo que tiene por objeto sanear el ambiente penitenciario y desembarazar á la Sociedad de sus elementos



irreductibles, por la eliminación de los que se han mostrado tales. El que ha reiterado delitos no está en este caso: su eliminación no tiene razón de ser porque nada prueba que sea un refractario á la pena. El que ha cometido muchos delitos podrá ser un gran criminal, pero la deportación no se ha hecho contra los grandes criminales, sino, volvamos á repetirlo, contra los incorregibles.

334—Vamos á abordar otro punto de grande importancia, el cual aunque es ageno á la ley de fondo, es necesario llamar sobre él la atención del Congreso. Nos referimos á la constatación del estado de reincidencia que, no obstante pertenecer á la ley de forma, debe ser reglamentada por una ley general. La razón es obvia.

La reincidencia no se puede constatar, como cualquier otro agravante, en el proceso respectivo, salvo en casos excepcionales, como cuando el mismo procesado lo confiesa, lo que rara vez sucede, pues está en su interés ocultarla. Es por esto que ella no es, por lo común, tenida en cuenta por los tribunales argentinos, y aún donde existen medios de constatarla, como en la Provincia de Buenos Aires, solo es aplicable para los que han sido juzgados por sus tribunales.

Para que un Juez cualquiera en la República Argentina pueda saber si el delincuente que juzga es primario ó reincidente, necesita establecerse un sistema uniforme en todo el país y esto solo lo puede hacer el Congreso de la Nación. Leyes particulares de los Estados, aun suponiendo que todos las dicten, no resolverían el problema sino de una manera puramente local, respecto á los que anteriormente han sido condenados en la misma Provincia. Para que un Juez pueda llegar á constatar si el procesado es ó no reincidente, tendría necesidad en todos los procesos de solicitar informe de las Oficinas de las catorce provincias argentinas, lo que, como se comprende, sería impracticable y demoraría indefinidamente la tramitación de ellos.



Así, pues, si este agravante no ha de ser letra muerta, impidiendo castigar como se merece á los criminales más temibles, el Congreso debe necesariamente dictar una ley general que está dentro de sus atribuciones, como es fácil demostrar.

335—En efecto, no se concibe que se tenga la facultad de dictar un Código y que no se tengan las necesarias para hacerlo cumplir uniformemente en todo el país. «Axioma ninguno está más claramente fundado en el derecho ó la razón, ha dicho Jaime Madison, que donde se requiere el fin están autorizados los medios: donde se dá una facultad general para hacer una cosa, por necesidad encuéntrase en ella incluida toda atribución particular para hacerla» ⁽¹⁾. Y fundada en este axioma, es que la Constitución ha dado al Congreso la facultad de hacer todas las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes con que lo inviste ⁽²⁾.

Un estatuto no se puede interpretar poniéndolo en contradicción consigo mismo. Cuando la Constitución deja á las Provincias la facultad de darse sus leyes procesales, esto no quiere decir que tales leyes puedan dejar sin efecto, aún en mínima parte, ó hacer ilusorias las que sancione el Congreso en uso de los poderes que le han sido conferidos, y cuando llegue este caso debe prevalecer la ley nacional porque es la ley suprema á la que deben plegarse las Constituciones y leyes de los Estados, y, en general, en caso de atribuciones concurrentes, si su ejercicio simultáneo implica perturbaciones, la atribución nacional excluye completamente la provincial. ⁽³⁾

Nos parece, pues, indiscutible la atribución del Congreso para reglar por ley la manera de probar la reincidencia. Siendo así, analicemos brevemente el contenido de ésta.

(1) *El Federalista*, n.º XLIV, p. 371.

(2) *Const. Nal.*, art. 67, inc. 28.

(3) Estrada, *Derecho Const.*, § 48, p. 339.



336—Para dejar constatada la reincidencia, se necesitan dos cosas: 1º probar la identidad del procesado actualmente perseguido con el que fué anteriormente condenado: 2º probar la existencia de condenaciones anteriores que sirvan de base á la aplicación de aquella.

En cuanto al primer punto, él tiene una capital importancia, pues está en el interés del procesado ocultar su verdadera personalidad para escapar á las severidades en el tratamiento que comporta este estado. Si él hubiera delinquido de nuevo en el mismo lugar y, de consiguiente, debiera ser juzgado por los mismos tribunales y sufrir su pena en el mismo establecimiento penal, no existirían grandes dificultades para establecer su identidad: pero, en la generalidad de los casos, el delincuente cambia de lugar y entonces la comprobación de su identidad se hace de tal manera difícil, que se ha necesitado recurrir á métodos científicos que reemplacen al bárbaro de la marca y al medioeval de la filiación descriptiva basada en la talla, la tez, el color del cabello y de la barba y de las particularidades anatómicas, que la experiencia secular comprobó deficiente y sujeto á numerosos errores.

Mr. Alphonse Bertillon aplicó los principios de la antropometría á la investigación de la identidad de los malhechores, creando el sistema que lleva su nombre: *Bertillonage*. El sistema se basa en los principios siguientes: 1º No es posible encontrar dos hombres absolutamente idénticos en todas sus particularidades: 2º Ciertas dimensiones anatómicas del cuerpo y ciertos signos y particularidades del mismo no sufren modificación en los adultos. De consiguiente, él requiere estas operaciones: 1º *filiación antropométrica*, que comprende las medidas del cuerpo tomadas en su conjunto, la cabeza y los miembros: 2º *filiación descriptiva*, que comprende la descripción morfológica exacta de la persona: 3º descripción detallada de los signos particulares: cicatrices, ta-



tuajes, verrugas, etc., á la cual se agregó más tarde las *impresiones digitales*.

337—El sistema de Mr. Bertillón que está en uso en varias Naciones de Europa y América, es científico y conduce á una identificación exacta, pero no está al abrigo de críticas. He aquí las que se han formulado:

1.º Que solo es aplicable á los individuos que han alcanzado el desarrollo completo:

2.º Que el método está basado sobre el hecho que el desarrollo del hombre alcanza á la edad de 22 años, lo que no es exacto, para el varón al menos, sosteniendo algunos distinguidos autores que el desarrollo orgánico se completa hácia los 25 años (Filippi, Severi, Montaldi y Borri). El profesor Pfitzner, de Estraburgo, ha demostrado que el crecimiento se produce hasta los 40 años:

3.º Admitido lo anterior, escapan al control todos los que delinquen precozmente y reinciden en seguida:

4.º Que en su aplicación, los errores son frecuentes dado el modo de tomar las medidas y la pérdida de tiempo considerable:

5.º Que todas las medidas empleadas, especialmente la estatura, se modifican con la vejez:

6.º Que las diferencias de estatura pueden ser simuladas con facilidad, cosa muy conocida por algunos conscriptos que prestándose á las mediciones con astucia, logran sustraerse á las obligaciones militares (1).

Al *Bertillonage* se le puede, pues, hacer dos objeciones serias: 1.º Que es inaplicable á los menores de 20 años; 2.º Que es complicado, exigiendo un personal numeroso y competente, y aún así, susceptible de errores.

338—Desde hacen algunos años y por obra del señor Juan Vucetich, Director del servicio de identificación de la Provincia de Buenos Aires, un nuevo método más sen-

1- Ivert. *Identificación por las impresiones Digito Palmares*.—Tesis.



cillo y más exacto tiende á reemplazar al *Bertillonage* la Dactiloscopia ó método de las impresiones digitales, lo que refleja un gran honor para nuestro país.

Un médico inglés, Presidente del Instituto antropológico de Londres, el doctor Francis Galton, aprovechando las observaciones hechas desde 1823 por Purkinje de Breslau, ha constatado que las líneas paralelas que existen sobre la piel en las extremidades de los dedos son siempre las mismas para un mismo individuo y varían siempre de un individuo á otro. Gracias á las numerosas observaciones de Sir William J. Herschell, se ha podido comprobar que los dibujos digitales en un mismo individuo no varían jamás y Galtón asegura que esta inmutabilidad se conserva desde el nacimiento hasta la muerte.

Estas observaciones, bien constatadas, dieron nacimiento al sistema Vucetich más exacto, más sencillo y más económico que el de Bertillon, el que se comenzó á usar en la Provincia de Buenos Aires en 1891 bajo la dirección de su distinguido autor, y solo en 1893 lo adoptó Mr. Bertillon como complemento del suyo: en seguida Viena, la Gran Bretaña desde 1901 en reemplazo del Bertillonage que practicó durante 5 años, el Brasil, etc. El sistema Vucetich, ya aprobado en el segundo Congreso científico latino americano de 1901, está llamado, en breve plazo, á ser el único método de identificación en el mundo entero, lo que facilitará la creación de una oficina internacional.

339—Las ventajas de este sistema, han sido puestas de manifiesto por el doctor Ivert, en los términos siguientes:

a) Las observaciones que han hecho todos los sabios antiguos y modernos, han confirmado que el dibujo digital es perceptible en los primeros meses de la vida intrauterina, alcanzando su completo desarrollo hacia el sexto, en el que crece simultáneamente con el resto del organismo y acompaña, conservándose inalterable en su forma y disposición originarias, durante toda la vida y aun persiste



después de ésta, durante algún tiempo, hasta que comienza la descomposición de la materia:

b) Las líneas papilares responden a disposiciones típicas que hacen único el dibujo, como es única la persona que las posee;

c) Toda persona tiene una fórmula autográfica fija e inmutable, determinada por la clasificación de sus líneas papilares; esta fórmula es la resultante de su «individual dactiloscópica»:

d) En el sistema dactiloscópico no hay margen de tolerancia, no hay error posible: toda impresión digital, repetida el número de veces que se quiera, resulta siempre idéntica;

e) Este sistema es la base verdadera de la identidad. Ni la edad, ni los padecimientos físicos pueden modificar los dibujos papilares. Evidentemente, si la configuración de las líneas que dan caracteres distintos a la impresión estuviesen sujetas al más pequeño cambio, su importancia sería ilusoria. No hay, felizmente, nada de eso. Tal como son las líneas papilares en el recién nacido, persisten hasta una putrefacción bastante avanzada. El ejemplo clásico de Herschell, administrador del Bengala, es una prueba absoluta. Galtón ha publicado la reproducción de las impresiones digitales de los dos índices de Herschell, tomadas con veintiocho años de intervalo: los dos dibujos son absolutamente precisos hasta en sus menores detalles;

f) Ni traumatismos violentos ni quemaduras superficiales destruyen las líneas papilares: aún en estos casos el operador podrá encontrar la feña de un individuo ya identificado. No existe, pues, más medio de escapar a la identificación dactiloscópica que *amputarse las diez extremidades digitales* ⁽¹⁾.

En cuanto al sistema Vucetich, he aquí lo que dice el mismo distinguido autor:

(1) Ivert. *Op. cit.* pgs. 92, 93 y 94.



«Toda la cuestión no consiste únicamente en tener un procedimiento infalible; se requiere además facilidad en la clasificación. ¿A cuál de las clasificaciones que hemos examinado daremos la preferencia? Incontestablemente al sistema Sud Americano, al sistema del señor Vucetich.

«El procedimiento Indo-Chino es evidentemente tan ingenioso, como complicado; sucede lo mismo con el procedimiento inglés, que la policía austriaca piensa adoptar; todo lo contrario del procedimiento Vucetich, que es mucho más práctico y sencillo, debido á la clasificación de los dibujos digitales, divididos en cuatro grupos, los cuales allanan todas las dificultades que se presentaban en la época en que Galton proponía el sistema de las impresiones digitales como medio de identificación. La clasificación de las fichas, las verificaciones en las casillas, están al alcance de los individuos menos ejercitados. En menos de media hora, un empleado está al corriente del servicio. El personal que tal sistema exige, es menos numeroso que el que requiere la antropometría. En fin, el material necesario para la dactiloscopia, está lejos de ser tan complicado como el del *Bertillonage*» (1).

340—Por lo que respecta á la prueba de la existencia de las condenaciones anteriores, en todas las Naciones europeas está en uso lo que en Francia se llama *casier judiciaire* y en Italia *casellario giudiziale* y que nosotros podemos llamar *Registro de reincidentes*. Debe haber uno en cada Capital de Provincia y otro Central en la Capital de la República. Cada Registro provincial hará constar las condenaciones de sus tribunales y el Central las de todos los tribunales de la República.

En cada oficina debe existir un armario conteniendo tantas casillas como letras tiene el alfabeto (de ahí su nombre de casillero judicial). En cada casilla se coloca, según

1. Ivert. *Op. cit.*, pa. 95.



la inicial del apellido del condenado, un boletín conteniendo las siguientes menciones: 1° El nombre del condenado, su edad, la fecha y lugar de su nacimiento y el de su domicilio, su profesión, su estado civil y de familia y su ficha de identificación; 2° La jurisdicción que ha pronunciado la condenación, la fecha y condiciones de la sentencia. Deben haber tantos boletines como condenaciones, los que se reúnen en una camisa con el nombre del condenado, los que quedan archivados, no pudiendo ser extraídos de la casilla bajo pretexto alguno. Estos boletines llevan el número 1 y de ellos se enviará un duplicado á la Oficina Central.

El extracto completo de este boletín lleva el núm. 2 y se remite á los agentes del Ministerio Público, á los juzgados del crimen y de instrucción, á los Jefes de policía, á las Sociedades de patronato autorizadas á este efecto y á las demás oficinas que la ley determine.

A solicitud del interesado, se puede sacar otro extracto del boletín núm. 1, que lleva el número 3, y entregárselo para que pueda hacerlo valer ante quienes solicite trabajo. Este extracto, ya no es completo como el núm. 2 sino parcial, conteniendo solo las condenaciones que interesa conocer al que vá á contratar un obrero ó un empleado, es decir, las que llevan consigo una prueba de falta de probidad y de moralidad bastante graves para exitar las desconfianzas. Bajo una pena que la ley fija, está prohibido á la Oficina entregar el boletín núm. 3 á los terceros; solo el interesado tiene derecho de pedirlo. Cuando el solicitante carece de antecedentes judiciales, el boletín número 3 lleva la mención *Nada* y es la mejor recomendación para quien busca una colocación.

341—A esta organización perfeccionada se llegó después que los Congresos penitenciarios de Stockolmo en 1878 y de San Petersburgo en 1890 y el de patronato de Lyon en 1894, discutieron acerca de los inconvenientes de



la publicidad del casillero, que su organización primitiva traía consigo. Unos pensaban, que estos inconvenientes podían ser neutralizados por las gestiones de las Sociedades de patronato; otros, que el casillero no debía tener más rol que el de información judicial y administrativa, poniendo así á los liberados al abrigo de la publicidad, pero privando á los particulares de los medios de informarse acerca de la moralidad de las personas que querían ocupar y también del medio de probar su propia honorabilidad. Entre estas opiniones extremas, prevaleció una intermedia y era, la de que el boletín núm. 3 contuviera las limitaciones que hemos mencionado, es decir, excluir del extracto y ocultar así al público ciertas condenaciones sin importancia que no pueden excitar desconfianzas.

¿Pero qué autoridad debía decidir acerca de las condenaciones que debían excluirse del boletín N.º 3? ¿La legislativa, la judicial ó la administrativa? El Congreso de Lyon pensó que esta decisión debía ser tomada por la administración penitenciaria con arreglo á la moralidad del condenado y de acuerdo con las exigencias de la individualización; pero la ley francesa de 5 de Agosto de 1899 adoptó el sistema de la limitación legal, expresando ella las condenaciones que no debían figurar en el boletín N.º 3.

342—En las Naciones que han adoptado este sistema, las oficinas de cada circunscripción judicial registran solo los condenados nacidos en esa circunscripción; en cuanto á los nacidos en otra, el Tribunal de sentencia remite copia de ésta á dicha circunscripción, como la remite también al Ministerio de Justicia, de los nacidos en el extranjero ó de aquellos de los cuales se ignora el lugar del nacimiento. De manera que cada circunscripción judicial tiene un casillero destinado solo á los nacidos en ella, y el Ministerio de Justicia otro para los extranjeros y para



aquellos respecto á los cuales se ignora el lugar del nacimiento.

En Europa se han visto obligados á establecer esta descentralización, á causa de que si una sola oficina central registrase á todos los condenados, resultaría en extremo difícil poder encontrar en ella los antecedentes de uno de ellos, por la enorme acumulación de datos. Nos ha parecido que entre nosotros y á lo menos por ahora, este peligro no existe, y creando una oficina central se tendría la ventaja del control que ejercería sobre las provinciales facilitando la buena marcha. De todos modos aunque se estableciera el sistema europeo sin variación, convendría que las oficinas provinciales estuvieran sujetas al control y vigilancia de una oficina central, lo que será de particular importancia para lo que se refiere á la identificación.

343—No cerraremos este Capítulo sin decir unas cuantas palabras respecto á una institución de gran importancia para evitar la reincidencia y que viene á ser como el complemento del régimen penitenciario que se adopte. Nos referimos al patronato, cuya principal misión es velar por la suerte del liberado, procurándole trabajo y facilitando por todos los medios su readaptación social.

Se conocen las dificultades con que tropieza el liberado al salir de prisión para encontrar trabajo, por las naturales desconfianzas que inspira quien se ha manchado con un crimen grave. Estas dificultades lo descorazonan y no tarda en buscar en un nuevo delito los medios de subsistencia que no puede adquirir por medio del trabajo honrado. Se necesita, pues, ayudarlo, y esta necesidad de protección con un fin, no solo de humanidad sino de defensa social, llena el patronato cuando está debidamente organizado.

Él viene á dar la última mano á la reforma moral del condenado, ya iniciada bajo un buen régimen penitenciario.



y sin él, la liberación condicional sería una institución frustrada.

La bondad de esta institución ya no se discute en Europa, donde ha sido practicada durante muchos años con éxito completo. Así lo han proclamado los diversos Congresos internacionales penitenciarios y de patronato, particularmente los de Stockolmo y San Petersburgo. Los Congresos de patronato de París, Lyon, Burdeos, Lille, en Francia y los de Anvers y Lieja en Bélgica, han contribuido eficazmente al perfeccionamiento actual de esta institución.

344—En la República Argentina, se lo ha establecido también por decretos de 15 de Enero y 7 de Febrero de 1906, por iniciativa del distinguido Ministro de Justicia doctor Joaquín González, al cual ella es deudora de otras muchas iniciativas de importancia indiscutible, pero cometiéndose el error, en nuestro concepto, de darle un carácter oficial, que la hará fracazar.

El patronato supone las más altas cualidades del espíritu puestas al servicio de un fin desinteresado. Sería desconocer su misión, pensar que ella se limita á procurar trabajo al liberado; ella es más alta y más trascendental, pues se propone hacer de un criminal un hombre honrado readaptándolo á la vida social. Es una misión de amor, de caridad, de abnegación, que exige buscar al penado en la cárcel, consolarlo, aconsejarlo, develar ante sus ojos nuevos horizontes, alentarle en sus desfallecimientos, rasgar poco á poco las sombras que cubren su alma hasta iluminarla, imprimiendo otra dirección á sus sentimientos y á sus ideas; después, seguirlo en libertad, sostenerlo con sus exortaciones, buscarle trabajo y destruir las desconfianzas de quien se lo dé. Esta grande y noble tarea, no la cumplirá jamás el empleado, que siempre, salvo alguna rarísima excepción, esperará al liberado en su Oficina, lo atenderá de mala gana, solo por cumplir un deber oficial, del cual deseará desentenderse lo más pronto posible.



Esto no quiere decir que al Estado no le incumba ningún deber en esta obra humanitaria y útil á la Sociedad. Por el contrario, debe hacerlo posible para fomentar la existencia de estas sociedades por medio de leyes que los estimulen á formarse, como ha hecho la Francia, para no citar más que á este país, por la ley de 14 de Agosto de 1885. Ella declara: 1º que el Estado acuerda á las sociedades ó instituciones admitidas por la administración, una subvención anual en relación con el número de liberados realmente patronados por ellas, en el límite del crédito especial consignado en el presupuesto; 2º que si se trata de liberados condicionales el Estado entrega á la sociedad ó institución de patronato, una suma de 50 céntimos por día para cada liberado, por un tiempo igual á la duración de la pena que falta cumplir, no pudiendo esta entrega exceder de cien francos.

Además, la ley debe conferir á las sociedades de patronato el derecho de ejercer sobre los liberados un control legal.

Pretender que estas asociaciones nazcan espontáneamente, mucho más en un país que las desconoce en absoluto, es pretender un imposible.

En donde quiera que se ha pretendido establecer el patronato oficial ha fracasado, como ha sucedido en Bélgica, donde se lo estableció por iniciativa de Mr. Duepeltiaux, no tardándose en abandonarlo para adoptar el patronato libre, que, desde 1888, ha dado excelentes resultados, de los que aquí se mostró ineficaz.

En el Congreso Internacional de Budapest, de 1905, se discutió y resolvió que la obra del patronato, exigiendo, á la vez, abnegación y discreción, es y debe ser una obra de iniciativa privada, sin ningún carácter oficial ni administrativo, que los poderes públicos deben limitarse á estimular (1).

(1) *Congreso penit. int. de Budapest, 1905, 3ª Sección, 3ª Cuestión.*



345—Los que sostienen el patronato oficial, no dan otra razón que la necesidad de reaccionar contra la desconfianza que inspira el empleado considerado como haragán é inepto (*).

Pero esta desconfianza es legítima porque se trata de una misión que requiere condiciones especiales y que se obre con desinterés. Aunque se llegara á contar para desempeñarla con un empleado de condiciones excepcionales, un verdadero filántropo, la tarea resultaría muy superior á las fuerzas de un hombre: forzosamente tendría que valerse de inferiores, de asalariados, que no poseerán esas condiciones. En un personal de funcionarios, más ó menos numeroso, sería imposible encontrar tales condiciones, y el sentimiento de la responsabilidad desaparecería ó se aminoraría considerablemente al dividirse entre muchos y el fracaso sería igualmente seguro.

El creer que un empleado sea incapáz de desempeñar el patronato, no importa declararlo, en general, haragán é inepto. En Europa, las diversas oficinas de la administración, admirablemente organizadas por un trabajo y una experiencia secular, cuentan con un personal escogido y competentísimo, dedicado exclusivamente al desempeño de sus tareas, y, á pesar de esto, nadie piensa en confiarles el patronato, y cuando se ha pensado, el fracaso no se ha hecho esperar. Entre nosotros, los diversos servicios de la administración están lejos de llegar á igual perfeccionamiento, y el empleado es distraído de sus funciones por mil causas que en Europa no existen. Pretender que el empleado argentino hará lo que el europeo no puede hacer, sería sencillamente un despropósito.

No es que el Estado abdique, en manos de las asociaciones privadas, de un deber que le incumbe especialmente.

2) Nota del Director de la Cárcel de Encausados al Ministerio de Justicia de Enero 25 de 1906.

Por el contrario, lo hemos dicho, debe hacer todo lo posible para darles vida creando estímulos para su organización, dotándolas de recursos, reconociéndoles personería para que su acción sea eficaz; pero allí debe detenerse porque solo hasta allí será útil su intervención, dejando á la iniciativa privada, que en todas partes opera milagros, que haga lo demás.

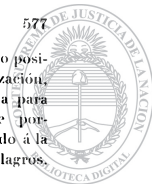
346—Como lo hemos ya insinuado, el patronato comprende una doble faz: a) las visitas á los presos; b) la ayuda prestada á éstos una vez cumplida su pena.

Las visitas á los detenidos es un complemento del régimen penitenciario, en particular del celular, que para que sea posible y humano requiere la frecuente comunicación del recluso con hombres honrados, cuya única misión es contribuir á su reforma moral.

En cuanto á la ayuda á prestar al liberado, entre nosotros no chocará con las dificultades que en Europa, donde, muchas veces, hay que usar de gran discreción para evitar que vengan á ocupar el lugar del hombre honrado que lucha con la miseria; pero, de todos modos, hay que emplear mucho tacto y prudencia para salvar las desconfianzas que suscitan los que han cometido crímenes graves.

La liberación condicional resultaría un fracaso si no es acompañada de una vigilancia incesante sobre la conducta de los que son beneficiados con ella. Ella puede ser practicada por la policía, como ha sucedido y sucede en muchas partes, pero es indudablemente preferible que esta vigilancia la haga la sociedad de patronato ayudada, si es necesario, por la policía y con facultad de requerir de la autoridad judicial ó de la misma policía su arresto provisorio cuando constate que el liberado hace mal uso de su libertad.

En cuanto á los menores, es imposible desconocer las



ventajas que el patronato les ofrece, pues en esta edad, su acción y su vigilancia tienen que ejercer una influencia poderosísima.

Se dan la mano con esta institución, otras muchas de las que Europa nos ofrece un largo catálogo y de utilidad indiscutible, como lo hicimos notar en otro momento. (1)

1) *Discurso ante el Senado Nat.. 1903, D. de Sesiones.*



TÍTULO OCTAVO

CONCURSO DE DELITOS



347—El art. 58 del Proyecto tiene una importancia muy superior á la que pudiera dársele á primera vista.

¿Que debe entenderse por *hecho*? Es sinónimo de acción, ó expresa el resultado de esta, ó una y otra cosa conjuntamente? Para nosotros es de suma importancia saber á que atenernos al respecto, pues, según el alcance que esa palabra tenga, aceptaremos en el fondo, ó rechazaremos el artículo en cuestión.

Como siempre, el informe de la comisión no nos dá luz alguna y necesitamos acudir al Proyecto de 1891, de donde fueron tomados todos los artículos de este título, y á su Exposición de motivos. El artículo que nos ocupa, es copia exacta de la primera parte del 78 de este.

Las concordancias al pié del mismo, nos indican que él fué tomado del art. 55 del Código holandés y 65 del belga, que, en efecto, traen la misma disposición, aunque su redacción no sea idéntica ⁽¹⁾. La exposición de motivos nos

(1) El art. 65 del Código belga dice: «cuando el mismo hecho constituye varias infracciones, se pronunciará solo la pena mayor». El 55 del holandés dice: «Cuando varias disposiciones de la ley son aplicables al mismo hecho, no se aplica sino una de estas y en caso de diferencia la que establece la más grave pena principal».



dice que él prevé lo que los criminalistas llaman concurso ideal.

Los comentaristas de esos Códigos sostienen que por esos artículos ellos legislan el concurso ideal y Haus, inspirador en esta parte del Código belga, definiendo esta clase de concursos, dice: «El concurso es intelectual ó ideal, cuando el mismo hecho constituye varias infracciones, sea de la misma especie, sea de especie diferente». Y, como ejemplo, cita el caso de un veneno ó de un disparo de arma de fuego que matan varias personas, ó de un incendio que mata una ó más personas, que se encontraban en el lugar incendiado con conocimiento del agente (1).

De manera que para estos Códigos, *hecho* es sinónimo de *acción*, de suerte que cuando con una sola acción se cometen varias infracciones la pena mayor absorbe la menor. Lo que nada tiene de extraño, pues esta era la doctrina tradicional de la ciencia (2).

Si este es el alcance que á la palabra *hecho* dan los autores del Proyecto, en lo que estarían de acuerdo con esa doctrina tradicional pero errónea, estamos decididamente en contra del art. 58. En nuestra exposición al Senado en 1903 expresamos, aunque incidentalmente, nuestra opinión al respecto, que es la misma que vamos á manifestar ahora, pues los años transcurridos no han hecho sino fortificarla.

348—Según la doctrina que criticamos, el anarquista que arrojó una bomba al coche en que iban el Coronel Falcón y su Secretario Lartigau no es responsable de dos homicidios sino de uno solo (3). ¿Que diferencia hay en este caso y en el de que el agente hubiera empuñado un re-

(1) Haus, *Droit pen. belg.*, t. 2, n. 903.

(2) Garraud, *Op. cit.*, t. 3, n. 708.—Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 162.—Pesina, *Diritto penale*, t. 1, p. 1, lib. II, cap. VI, II.—Prius, *Science pen. et droit positif*, n. 185.

(3) No importa que este hecho esté reprimido por otra ley; queremos simplemente ilustrar la cuestión con un ejemplo conocido por todos.



volver en lugar de una bomba y hubiera muerto de un primer disparo á Falcón y de un segundo á Lartigau? ¿Porqué una mera accidentalidad, como es el arma que se adopta, ha de variar el resultado, de tal manera que si el agente los hubiera muerto con dos tiros sucesivos habría concurso de delitos y cuando el hecho se ha producido por medio de una bomba no lo habría? ¿Que diferencia cabe, bajo el punto de vista objetivo ó bajo el punto de vista subjetivo? ¿No es idéntico el daño social y no es la misma la criminalidad del agente?

Pero se dirá que el propósito del agente fué solo matar á Falcón y que, de consiguiente, hay unidad de delito porque la resolución criminosa es una. Esto es falso. Hubo intención determinada de matar á aquel é indeterminada de matar á su acompañante, y ya se sabe que el dolo indeterminado en derecho penal comporta la misma responsabilidad que el dolo determinado. El agente tuvo dos propósitos delictuosos porque quiso matar á los dos, aunque la muerte de Lartigau le apareciese solo como una consecuencia eventual de su acción.

Esta antigua distinción entre concurso ideal y concurso real, ha perdido hoy, ante las nuevas vistas de la ciencia, toda su importancia, puesto que no existe una diferencia jurídica, apreciable entre ellos: objetiva y subjetivamente, no existe diferencia entre los delitos diversos producidas por una sola acción ó por diversas acciones.

349—Von Buri, en estos últimos tiempos, ha desarrollado una doctrina seductora por su exactitud científica y que se ha abierto camino rápidamente.

El niega la diferencia entre concurso ideal y concurso real; sea que se trate de una acción única ó de más acciones, hay siempre para el concurso de delitos, cuando existe una pluralidad de lesiones jurídicas y, de consiguiente, el régimen penal á aplicarse debe ser el mismo. Si se trata de una acción sola, la cuestión está en reconocer si



hay una sola ó varias lesiones jurídicas, ó, lo que es lo mismo, si se ha cometido una sola violación de derecho ó más de una. Ahora bien, para que exista una pluralidad de lesiones jurídicas ó sea de delitos, es necesario que concurra una pluralidad de causalidades y con ellas de determinaciones delictuosas: á toda causalidad antijurídica corresponde una determinación, sea que se trate de lesiones heterogéneas ó de lesiones homogéneas. Para que varias determinaciones criminosas se ejecuten con una acción sola, es necesario que el agente haya con ella producido varias *modificaciones en el mundo exterior*, de manera que no hay pluralidad de lesiones jurídicas sino cuando se producen varios *efectos*, varias modificaciones en el mundo exterior. Si el efecto producido es único, no hay sino una determinación criminal única y, por tanto, una lesión jurídica única.

Y aplicando esta teoría, dice que el *estrupe violento* acompañado de *insesto* forma un solo delito porque se produce una sola modificación en el mundo exterior y, por tanto, hay una sola determinación criminal. Por el contrario, en el *concurso ideal, homogéneo*, como en el caso que de un solo disparo de arma de fuego se ha deliberadamente ofendido más de una persona, hay siempre pluralidad de delitos por la necesaria pluralidad de determinaciones (1).

350—Impallomeni, aceptando de lleno esta teoría, le hizo, sin embargo, una objeción de detalle que no la afecta en el fondo y que, talvez, no importa sino una cuestión de palabras, pero que, de todos modos, tiene importancia para precisar mejor esa doctrina. Este distinguido autor niega, y con razón, que el número de las lesiones jurídicas corresponda al de las determinaciones criminosas, pues, aunque el efecto querido por el agente sea único, no se sigue de

(1) Buri. *Einheit und Mehrheit der Verbrechen, in Beilageheft zu Gerichtssaal*, cit. p. Impallomeni.



ahí que la lesión jurídica sea una también. Así, en el ejemplo puesto por Buri de estrupo violento ó incesto, no hay sino una determinación criminosa como que es uno el resultado de hecho pretendido por el agente, pero son dos las lesiones jurídicas: la ofensa al bien jurídico universal del orden de la familia y de la ley que prohíbe la violación y el incesto y la ofensa al bien jurídico particular del honor sexual y de la correspondiente disposición legal prohibitiva.

Una pluralidad de lesiones jurídicas, agrega, no basta á producir una pluralidad de delitos, porque quien dice pluralidad de delitos, dice autonomía de delitos, y tal autonomía no existe cuando no concurren distintamente el elemento subjetivo y el elemento objetivo, cuando varias lesiones jurídicas tengan común una resolución criminosa sola.

El criterio cierto para distinguir en que casos la pluralidad de lesiones jurídicas producida por una acción sea acompañada de una intención sola ó de varias, la encuentra Impallomeni en lo que Carrara llama *objetividad material* y él llama *real* compenetrándose con la *objetividad ideológica ó final* del delito. ⁽¹⁾ ó, en otros términos, en el resultado de hecho querido por el agente ⁽²⁾.

351—Así, pues, según esta doctrina, á la cual no es posible hacer objeción seria, cuando el agente se ha propuesto con su única acción varios resultados de hecho, varios efectos, son varias también sus intenciones delictuosas y, de consiguiente, son varios los delitos cometidos, pues cada efecto producido va acompañado de su correspondiente elemento intencional.

(1) El delito, dice Carrara, tiene tres objetividades, según el punto de vista en que se lo mire: objetividad *material*, si se lo mira como solo hecho; objetividad *ideológica* si se lo mira en el *designio* del agente; objetividad *jurídica* si se lo mira en su ser de delito.

(2) Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*.



De la misma manera que con una pluralidad de acciones se puede tener un delito solo, como en el delito continuado, cuando existe unidad de resolución delictuosa, así, con una acción sola, se pueden cometer varios delitos por la pluralidad de las intenciones criminosas. La materialidad de la acción no tiene importancia ninguna; ella es causa física del delito y nadie duda que una misma causa puede producir varios efectos.

En la noción del delito se presupone la acción, pero que esta acción sea única ó múltiple carece de importancia. Lo único esencial es que haya el doble elemento objetivo y subjetivo: un resultado exterior y la intención de ejecutarlo, y, de consiguiente, toda vez que hayan varios resultados queridos por el agente, hay pluralidad de delitos, no obstante que la acción sea única.

Cualquiera vé que cuando uno se propone cometer, y comete en efecto, varios delitos con una sola acción, el daño social es el mismo que cuando se cometen los mismos delitos por medio de diferentes acciones, y mucho más grave que si se hubiera querido cometer, y se hubiera cometido, un solo delito.

Entonces, pues, no hay razón alguna para que estos delitos cometidos con una sola acción no sean sometidos al régimen del concurso. El hecho de que entre ellos exista un vínculo cualquiera, como el delito medio con relación al delito fin, no obsta á la autonomía de esos delitos, cada uno con su doble elemento objetivo y subjetivo, y solo por una ficción se los puede unificar en uno solo.

Naturalmente, lo dicho debe entenderse como un principio general, que no se aplicará cuando el Código tenga en cuenta los varios delitos al aplicar la pena, como el caso del inciso 3.º del art. 84 del Proyecto.

No sucede lo mismo cuando el agente se ha propuesto producir un solo resultado, un solo efecto, pues enton-



es la intención delictuosa es única y no hay más que un delito, aunque se violen diversas disposiciones legales. Así, en el que hiere á otro con el fin de matarlo, hay un solo hecho querido por el agente y por tanto una sola intención, y de consiguiente, un solo delito aunque caiga contemporáneamente bajo diversas disposiciones penales, como las que reprimen la tentativa y las lesiones. Lo mismo sucederá cuando se entre clandestinamente en la casa ajena con objeto de robar: existe una doble lesión jurídica: la que garante el domicilio y la que garante la propiedad; pero el delito es uno, porque el agente tuvo un propósito único, el de robar, pero debe aplicarse la pena mayor.

352—Muy pronto esta doctrina pasó del dominio de la ciencia al de la legislación positiva, siendo el primero en adoptarla el Código italiano en su art. 78. Como este artículo podría prestarse á diversas interpretaciones, conviene conocer su alcance, para lo que nos valdremos de las relaciones de Zanardelli y de Villa al art. 73 del Proyecto de 1887. Villa decía á la Cámara de Diputados: «Los Proyectos precedentes eran concebidos en términos iguales á los del Código toscano, puesto que, al igual de este, hacían depender la unidad de la pena de la unidad de la *acción*. Pero con la forma del nuevo proyecto, se ha quitado toda causa de duda, puesto que á la palabra *acción* se ha substituído la palabra *hecho*. Queda así manifiesto como la unidad de pena depende de la unidad del hecho, de la unidad del efecto real criminoso producido, no ya por la unidad de la acción subjetiva, la cual puede ser causa de un solo evento, de un solo resultado, como de varios eventos y resultados criminosos, del mismo modo que por varias acciones. Una tal concepción debe considerarsela más conforme á los principios generales del derecho penal, puesto que no puede existir unidad de delito donde á la pluralidad de lesiones jurídicas se acompaña



una pluralidad de resoluciones delictuosas, sino solo donde varias lesiones jurídicas sean el producto de una resolución delictuosa única, es decir, vayan unidas á un solo elemento moral. La unidad del hecho criminoso, aunque conteniendo varias violaciones de derecho, revela un solo fin y por eso una sola determinación criminoso: son siempre por sí mismo objeto de otros tantos fines especiales del agente y el índice, por eso, de varias determinaciones criminosas» (1).

Zanardelli, á su vez, decía: Que por hecho debe entenderse, no solo el obrar del agente ó el solo efecto producido, sino uno y otro con todos los elementos constitutivos del delito, tal cual son definidos por la ley, y agrega: «Cuantos son los hechos cometidos por el agente otros tantos son los delitos que le deben ser imputados, siempre con las reglas del concurso. Y esto es rigurosamente justo, pues donde existe pluralidad de hechos con pluralidad de derechos lesionados y de leyes violadas, allí deben existir pluralidad de delitos. La teoría de la prevalencia recibe, por el contrario, su justa aplicación cuando se verifica la hipótesis del art. 58, á saber, cuando se tenga un mismo y *único hecho* que viole diversas disposiciones legales» (2).

Hemos hecho estas transcripciones, talvez pecando de difusos, en el deseo de que el lector se persuada que lo que venimos sosteniendo no son simples teorías sin base práctica alguna, sino verdades ya por todos reconocidas y consagradas por uno de los principales Códigos del mundo.

353—En vista de ese significado que en el Código italiano tiene la palabra *hecho*, decíamos al principio que si el Proyecto argentino dá á esa palabra idéntico significado, nada teníamos que observar al art. 58. Pero no creemos

(1) Villa, *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*.

(2) Zanardelli, *Relazione finale*.



que sea así, no solo por lo que antes dijimos, sino por la manera como están redactados los otros artículos del mismo título y las opiniones que dos de los autores del proyecto sostienen en sus obras.

En efecto, los arts. 59 y 60 hablan de hechos *independientes*, dando á entender que los que no son tales, como los que están unidos por el vínculo de medio á fin, están comprendidos en el anterior (58). Rivarola, comentando el art. 13 del Código anterior á la reforma, sostiene que si la tentativa constituye un delito consumado diferente del tentado debe aplicarse la pena mayor, y aunque el delito fin haya sido consumado, debe aplicarse solo la pena mayor ⁽¹⁾.

Y otro de los autores del proyecto, Moyano Gacitúa, dice á su vez: «Otro concurso de hechos punibles que se llama *ideal*, se produce cuando con un solo *hecho principal que es al cual se refiere la intención criminal única*, se producen varios hechos criminales que han sido medio ó consecuencia prevista de aquellos: p. ej., el que con el objeto de hacer un robo viola el domicilio, hiere un criado ó comete otras infracciones semejantes. Este concurso, como se comprende, es menos grave que aquel (el concurso real); hay sin duda, muchos hechos á reprimir: el delincente atropella muchas leyes y consideraciones para cometer su delito, *pero este delito es único, y en su voluntad, lo es también*» ⁽²⁾.

De manera que los autores del proyecto piensan que el delito medio hace un todo con el delito fin; que no hay más que un hecho y una sola intención y, por lo tanto, un solo delito. Esto es falso en absoluto, como se ha visto. El que mata para robar, ha querido el hecho constitutivo del homicidio como ha querido el hecho constitutivo del robo; son hechos diferentes, acompañados de su corres-

1) Rivarola. *Exp. y crit. del C. P.*, núm. 66 y 178.

(2) Moyano Gacitúa, *Ciencia Criminal*, p. 385.



pondiente intención criminal, no importando que el propósito de robar haya dado lugar al homicidio: el propósito de robar ha sido el móvil del homicidio, pero esto no quiere decir que este ha de desaparecer como delito, pues en la conciencia del agente y en su objetividad son delitos enteramente diferentes y nada justifica excluirllos del concurso, haciendo que el mayor absorba al menor. El error está, volvemos á repetirlo, en creer que el fin principal del agente unifica todos los hechos cometidos por él para alcanzarlo, es decir, que la objetividad final debe absorber las objetividades reales, lo que no se puede justificar con ninguna razón jurídica.

Estamos, pues, autorizados á pensar que estas ideas de los autores han presidido á la redacción del art. 58, y que para ellos, como para éste, el *hecho* de que hablan es la objetividad ideológica ó final del delito que absorbe las objetividades reales que constituyen el fin próximo, el *efecto criminoso* inmediatamente querido por el agente. Hemos demostrado que debe ser todo lo contrario: que no es la objetividad ideológica ó fin último del agente la que sirve para determinar los delitos cometidos, sino las objetividades reales, los hechos queridos por el agente.

Pensamos, de consiguiente, que el art. 58 debe ser redactado de manera que resulte claro que el hecho á que se refiere es el resultado único querido por el agente, y entonces nos parece natural que este hecho único que viola más de una disposición legal sea castigada con la pena más grave no pudiéndose aplicar el mínimum ⁽¹⁾, naturalmente cuando la ley no lo reprima especialmente, teniendo en cuenta las diversas lesiones jurídicas. Cuando se violan más de una disposición legal, la fuerza objetiva del delito es más grave porque es más grave la intensidad antijurídica de la voluntad, y la pena no puede ser idéntica á la que se im-

(1. Impallomeni, *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, § 16.

ponga en el caso en que la violación fuese de una sola disposición penal.

354—Los arts. 59 y 60 del Proyecto fijan la pena en caso de concurso, adoptando el sistema llamado jurídico, que no es más que el de la acumulación material, atenuado en sus efectos.

Ellos han sido tomados del Proyecto de 1891, el cual los tomó, á su vez, del Código holandés, pero sin tomar en cuenta el límite conque este suavizaba la acumulación material, ó sea, un tercio del máximun de la pena más grave que no podrá excederse en ningún caso ⁽¹⁾.

El sistema adoptado por el Proyecto conduce á resultados inadmisibles.

Los autores de delitos graves no sufrirán por el concurso aumento de pena, de manera que después del primer delito la ley les dá carta blanca para que cometan los que quieran. En efecto, el que ha cometido varios homicidios tiene la misma pena que el que ha cometido uno, presidio de diez á veinticinco años, pues parece que el máximun legal de esta pena es de veinte y cinco años, y decimos que *parece*, porque en ninguna parte establece el proyecto ese máximun. En cambio, los autores de delitos breves pueden llegar á sufrir penas enormes tanto ó más importantes que las de delitos muy graves. El que ha robado cinco ó seis cabritos en otras tantas ocasiones para satisfacer su hambre puede sufrir la pena de quince años de prisión igual á la del que ha violado una niña de tierna edad con grave daño de su salud, ha robado después hiriendo gravemente á su víctima, y en seguida ha incendiado una casa poniendo en peligro de muerte á su dueño (art. 124, 181, inciso 1º y 203, inciso 3º del Proyecto), tres delitos gravísimos que demuestran la peligrosidad del agente y al cual no se puede conminar una pena mayor de quince años

(1) Arts. 57 y 58. código holandés.





de prisión porque el máximo legal de esta pena es ese, (art. 14 de id).

Ya que se creyó conveniente consignar la disposición del art. 59, debió fijarse á las diferentes penas un máximo legal elevado para que el Juez pueda graduarlas en el concurso, de acuerdo con la gravedad de los delitos y la temibilidad del agente por ejemplo, 30 años al presidio, 25 á la prisión, etc.

355—Los inconvenientes apuntados, nacen de que es erróneo el punto de vista en que se colocan los que sostienen la acumulación material ó la jurídica. Ellos se colocan en el caso de que un delincuente que ha cometido varios delitos debe responder de cada uno de ellos, como si cada uno hubiera sido cometido por personas distintas, es decir, como si fueran independientes unos de otros.

Pero la falsedad de esta consideración salta á la vista. La ley, cuando fulmina una pena, se propone defender á la sociedad contra un delincuente más ó menos peligroso y en proporción al peligro que él ofrece: no castiga el delito sino el delincuente á causa del delito. Cuando un delincuente es juzgado, se presenta ante sus jueces con una responsabilidad única no fraccionada: la gravedad y número de los delitos cometidos lo hace aparecer con una responsabilidad mayor, como más peligroso al orden social, y entonces él debe ser castigado en virtud de esa responsabilidad única y con una pena única también.

Un individuo que ha cometido varios delitos es más peligroso que el que ha cometido uno solo, exactamente como el reincidente es más peligroso que el delincuente primario: y así como el reincidente es castigado con una pena mayor, en atención al mayor peligro que ofrece, el autor de varios delitos debe ser castigado también con una pena mayor, por idéntica razón.

Es, pues, irracional acumular responsabilidades donde no hay ni puede haber sino una responsabilidad sola, tanto



mayor cuanto mayor es la gravedad y número de los delitos.

Y si las responsabilidades no se acumulan, tampoco se pueden acumular las penas, siendo, de consiguiente, falso el principio: *tot pœne quot delicta* que ha venido dominando la legislación desde el derecho romano. Si la responsabilidad es única, única debe ser la pena, la cual aumentará con el número y gravedad de los delitos concurrentes, porque este número y gravedad son causas que contribuyen á hacer mayor el peligro social (1).

Estas ideas son las mismas que expusimos al Senado al discutirse la ley de reforma penal. «La ley, decíamos, castiga al delincuente en cuanto su hecho produce un daño ó un peligro social; y bien, ese daño no acrece en razón del número de delitos cometidos, es decir, no se multiplica por el número de delitos, sino en proporción al daño producido. Entonces la responsabilidad del delincuente crece progresivamente con los nuevos delitos con relación á ese daño. Hoy día la acumulación material y la acumulación jurídica han dejado de ser criterios reguladores de la penalidad del concurso, para ser sustituidos por el moderno y sabio principio de la *pena única progresiva* adoptado por el Código italiano».

356—Ahora ¿cuál debe ser esta pena? En nuestra opinión la que establece el art. 52 del Proyecto suizo en su segunda parte, es decir, debe aplicarse la pena más grave de las que la ley conmina para los delitos cometidos, pudiendo el Juez exceder el máximun especial de esta pena en una mitad más, según el número y gravedad de los demás delitos, pero sin poder sobrepasar del máximun legal de la especie de pena de que se trata.

Cuando la pena á aplicarse por uno de los delitos sea por tiempo indeterminado ó perpetua, ó el Juez creyese que el máximun de que anteriormente hemos hablado no

(1) Impallomeni, *Il codice penale it., illustrato*, núm. 168—Id., *Concorrenza reale é concorrenza formale dei reati*.—Prins. op. cit., núms. 533 y 534.



es suficiente dada la gravedad de los delitos, podrá exasperar la pena que fije con aumento del tiempo de la reclusión celular dentro del límite que el Código fije ó de otra manera, según la organización que éste dé á las penas.

356—El art. 62 del Proyecto está muy bien en lo que dispone, pero á nuestro juicio, es incompleto. ¿Porqué no comprender en la disposición, como hace el Código italiano (art. 76), el caso de un delito cometido después de la condena y mientras se cumple la pena?

Se comprende á primera vista la razón que ha tenido. En este caso hay reincidencia y se deben aplicar las disposiciones relativas á ella, pero esto no quita que haya la acumulación de penas que el Código no debe aceptar en ningún caso, puesto que hemos demostrado ya que ella es injusta.

¿Qué diferencia existe entre el caso previsto por el artículo 62 y este otro? Ninguna evidentemente. Si en aquel se quiere evitar la acumulación material de las penas ¿no se produce idéntica acumulación en este?

Hemos dicho que en el caso de varios delitos cometidos por el mismo individuo, no hay varias responsabilidades que se acumulan sino una sola responsabilidad, porque hay un solo ataque al orden social llevado á cabo por un mismo individuo; y ésta única responsabilidad se produce lo mismo por un delito anterior á la condena, pero conocido después de ella, que por un delito cometido después de ésta y antes de la expiación de la pena. Es cuestión de tiempo y nada más.

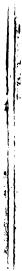
Mientras se ejecuta la pena, la responsabilidad subsiste, porque ella no se extingue sino con el cumplimiento total de ella, y subsistiendo esa responsabilidad no puede nacer otra por otro delito distinto porque entonces llegaríamos á esas responsabilidades independientes que hemos sostenido absurdas por tratarse de hechos que se unifican

tanto bajo el aspecto subjetivo, como bajo el aspecto objetivo.

Supóngase que un individuo es condenado á veinte años de presidio y, mientras cumple su pena, mata á uno de sus guardianes. ¿Se hará caso omiso de la responsabilidad aun pendiente para condenarlo por el nuevo delito como si este fuera independiente? Si la nueva pena fuera de otros veinte años, se ejecutaría después de extinguida la primera y tendría que cumplir así cuarenta años de presidio, es decir, una pena perpétua! Si este resultado era inadmisibile cuando se trataba de delitos cometidos antes de la condena, ¿por qué una mera cuestión de tiempo lo haría justo y racional cuando se comete después?

Naturalmente que no se hará caso omiso de la reincidencia: ella será tenida en cuenta por el Juez al fijar la pena única, si se aceptan nuestras ideas, ó al establecer la que corresponde al segundo delito, para aplicar las reglas contenidas en los artículos 59 y 60 del proyecto.





TÍTULO NOVENO

EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS



357—Nada tenemos que observar respecto á los artículos 63, 64, 65, 72, 73 y 74 que legislan puntos que no ofrecen ninguna dificultad. Así, pues, solo nos ocuparemos de la prescripción de las acciones y de las penas.

Desde luego, llama la atención la redacción de los artículos 66 y 76 que exigen, como condición especial para la prescripción, la buena conducta del imputado ó penado. Estos artículos, en esta parte, son tomados literalmente de los 98 y 99 del proyecto de 1891, y en la exposición de motivos de este se dá la razón: que la enmienda del delincuente es condición de la prescripción, porque ésta es una gracia que la sociedad hace al culpable (ps. 122 y 123).

Los autores del proyecto han resucitado una rancia teoría sostenida por Camignani y Coustorier, pero abandonada definitivamente por la ciencia moderna, porque hoy se reconoce por todos los escritores de derecho penal, que la enmienda no puede ser motivo fundamental de la prescripción, porque son pocos, raros más bien, los que se enmiendan por la acción del tiempo y porque esa enmienda podría ser fundamento para la gracia, nunca para la prescripción que aunque tenga efectos análogos á ésta, no pueden confundirse.



La gracia solo puede aplicarse á los condenados porque es necesaria que su culpabilidad haya sido ya declarada, nunca á un imputado que puede ser inocente, ó que, por lo menos, no se sabe que es culpable. Si se pudiera agraciarse al imputado, este podría y debería renunciarla cuando es inocente para poder dejar establecida esa inocencia, podría, de consiguiente, renunciar á la prescripción, que es irrenunciable.

La gracia solo puede ejercerse respecto de individuos determinados y en muy limitados casos para corregir los errores judiciales, la excesiva severidad de la ley ó para estimular ó premiar la enmienda, pero cuando se trata de individuos que han escapado á la acción de la justicia, la prueba de la enmienda es ilusoria ⁽¹⁾.

La gracia es facultativa en el poder que la confiere: puede otorgarla ó negarla, y en el primer caso el agraciado puede renunciar á ella. La prescripción es de orden público: es adquirida de *pleno derecho* por el inculpado ó condenado, aunque lo ignore ó no lo quiera.

Pero nos parece que hemos gastado ya demasiadas palabras para refutar lo que se refuta por sí mismo.

358—La prescripción, por su naturaleza, no puede estar sujeta á condición alguna, la enmienda ú otra cualquiera, y por eso dice Ortolan: «Que el delincuente no haya reparado el perjuicio, *que no haya cometido después ningún nuevo delito*, ¿qué influyen en la obra del tiempo esas condiciones, cumplidas, ó no? ¿Se imaginaria, acaso, que se podrá tratar la prescripción como la gracia con respecto á la cual ciertas condiciones análogas pueden concebirse, porque el poder competente se halla en libertad de concederla ó no concederla? ¿El poder ó el legislador tienen facultad ni libertad para detener la marcha del tiempo?» ⁽²⁾.

(1) Rivarola, *Op. cit.*, T. I, n° 384

2. Ortolan, *Droit pen.* n° 153.



Pretender hacer de la prescripción una prima á la enmienda, es pretender lo absurdo: es pretender que el tiempo, al correr, no modifique la sociedad, no borre los recuerdos, no cambie las necesidades, no cree nuevos intereses en pugna con los antiguos; es pretender que la sociedad se mantenga inalterable y como petrificada y que el tiempo, que todo lo renueva en el mundo físico y en el mundo moral, que calma todos los dolores y cicatriza todas las heridas, no la roce siquiera, y, cuando todo marcha, ella permanezca inmóvil, armada de todos sus perjuicios, de todos sus odios, sin olvidar nada, dispuesta á herir siempre al que una vez transgredió sus leyes!

Garófalo ha pretendido hacer revivir el viejo y desacreditado principio, pero con todo su talento no ha logrado convencer á nadie. Léanse las páginas que á él dedica en su *Criminología* ⁽¹⁾ y se verá que su argumentación presenta la más extraña confusión de ideas. Quiere demostrar que debe hacerse de la enmienda la condición necesaria de la prescripción de la acción y nos habla del imputado como pudiera hacerlo de un criminal condenado, cuya criminalidad es cierta. Nos habla de *criminales*, cuyo delito se debe á la ociosidad y que se transforman moralmente por el trabajo como el Valjean de *Los Miserables*, de *criminales de ocasión*, y pide que se exija la prueba de la *transformación moral del delincuente*. Entre tanto, el imputado no es un criminal, ni aun se presume que lo sea; para la ley es un inocente, mientras una sentencia irrevocable no lo declare culpable. ¿Qué transformación moral pretende que se opere en aquel á quien no se ha probado ningún delito? Véase como el razonamiento del distinguido autor no es sino un gran solisma.

Aun en el caso de que él solo se retirara á la prescripción de la pena, queda siempre en pie lo que hemos dicho:



la prescripción no es una gracia que se acuerde á los mejores, su fundamento: en el que todos están de acuerdo, es muy distinto.

359—La pena tiene por razón de ser la defensa social y desde el momento que la necesidad de la defensa desaparece, desaparece la legitimidad de la represión. Ahora bien, cuando han transcurrido muchos años desde que tuvo lugar el delito, su recuerdo se borra: la necesidad de aplicar la pena desaparece con este olvido, porque ella ya no es necesaria al mantenimiento del orden social, ni ejemplar, ni es útil bajo ningún punto de vista. Lejos de producir sobre los espíritus, como dice Haus, el efecto saludable de la intimidación por el ejemplo y de hacer nacer esta satisfacción moral que experimenta la conciencia pública todas las veces que el castigo cae con medida sobre el culpable, la aplicación tardía de la pena provocaría sentimientos opuestos ⁽¹⁾. Es el olvido *presumido* del delito no juzgado que libera al culpable de sus consecuencias: es el olvido presumido de la condenación que lo exime también de sus consecuencias. Esta presunción está fundada, como todas, en lo que comunmente sucede y es *juris et de jure* porque la ley la ha establecido con un fin de utilidad social ⁽²⁾.

Así, pues, es la falta de derecho de la sociedad para castigar, la que funda y legitima la prescripción de la acción y la prescripción de la pena, y, como se comprende, la falta de enmienda del culpable no puede hacer renacer un derecho que se extinguió con el solo transcurso del tiempo. Esta podrá ser un fin deseable, podrá ser también, si se quiere, una razón concurrente, pero nunca el fundamento principal de la prescripción.

Si la mala conducta, por el peligro social que ella ofre-

(1) Haus, *Op. cit.*, T. 2º, n.º 1321.

(2) Garraud, *Op. cit.*, T. 2º, n.º 526.

ce, fuera razón bastante para tener á un individuo por siempre bajo la amenaza de una acusación ó de una pena, la sería también para castigarlo antes de todo delito, por que si la pena es una medida de prevención social después que el crimen ha sido cometido, para evitar su renovación, *á fortiori* debe ser de prevención para el primer crimen, llegando así á la más audaz y á la más inadmisible concepción de la escuela italiana.

Por otra parte, la vaguedad de la expresión *mala conducta* usada por el proyecto, permite todas las interpretaciones y si ella está bien en una obra de ciencia como la de Garófalo, está muy mal en un Código: tal expresión, según el alcance que le den los tribunales, puede llegar á anular este instituto jurídico haciendo imposible la prescripción en la inmensa generalidad de los casos. Los mismos autores del proyecto no están acordes sobre su alcance, y mientras el proyecto de 1891 parece darle uno amplísimo (el delito cometido en el curso de la prescripción está previsto por separado, art. 102, de manera que la mala conducta se refiere á la conducta más ó menos viciosa ó inmoral), el señor Moyano Gacitúa le dá otro más restringido pensado que los delitos que no se pueden calificar de *graves* no bastan para constituir mala conducta.

360—Ningún Código moderno ni proyecto establece, como lo hacen los proyectos argentinos, que la comisión de un delito durante el término de la prescripción de la acción la interrumpa, pero son muchos los que establecen esa interrupción para la prescripción de la pena. La razón de esta diferencia para los Códigos que así lo establecen, es obvia. En este último caso, ya se sabe que se trata de un criminal, cuyo delito no ofrece duda alguna, y la comisión del nuevo hace revivir el recuerdo del anterior, presentándolo como más peligroso; en el primer caso, no hay criminal, hay solo un imputado, y un delito de éste no puede hacer revivir el recuerdo de otro que no consta que lo ha-





ya cometido ni prueba que se trate de un criminal peligroso.

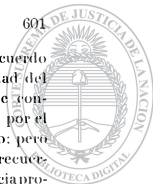
Nosotros, por las razones dadas, pensamos que ni una ni otra prescripción debe ser interrumpida por esta causa. Aún tratándose de un condenado, el nuevo delito no puede hacer que el tiempo no haya corrido y que el castigo tardío sea útil para la conservación del orden público.

361— El proyecto, apartándose en esto del de 1891, no habla de interrupción de la prescripción por los actos de procedimientos dirigidos contra el imputado ó condenado. ¿Es esto un olvido ó intencionalmente se ha querido evitar es causa de interrupción?

No sería extraño esto último, pues es bastante discutible la conveniencia de esta clase de interrupciones. Carrara las combate enérgicamente en su Programa. La califica de novedad tomada de los Códigos napoleónicos que la sancionaron por analogía con las leyes civiles, analogía radicalmente sofística. «En mis *Pensieri sul progetto de Codice*, dice, demostré que la interrupción por actos de procedimiento en materia criminal no se admitía en el derecho romano ni en las antiguas prácticas ni jamás se admitió en la antigua Francia, donde hoy los criminalistas que prefieren al positivismo los sagrados dictados de la razón reprueban este sistema como una enormidad insensata y cruel acariciada solo por quienes anhelan prostituir el derecho punitivo haciéndolo una arma de los partidos políticos». Y agrega en seguida, que los actos de *instrucción* de un Juez no mantienen vivo el interés social á la pena que se supone perdido por el transecurso del tiempo, y que la prolongación del término de la prescripción resulta fatal á la inocencia del culpado dificultando su prueba (1).

La razón que se dá para justificar la interrupción en estos casos es la que expresa Ortolan: «El motivo, dice, es

(1) Carrara, *Programma*, 718.



que todos esos actos conservan *judicialmente* el recuerdo el crimen y del delito y por consiguiente la necesidad del ejemplo» (1). Pero semejante razón no nos parece concluyente. La necesidad del ejemplo no existe sino por el recuerdo que la sociedad ha conservado del delito; pero este recuerdo de la sociedad es del todo extraño al recuerdo *judicial* de que nos habla Ortolan. Una diligencia procesal cualquiera que ella sea, no puede conmover de nuevo á la sociedad como si el delito acabara de cometerse (2).

Pero en caso de conservarse esta disposición de nuestro actual Código, se debía, á imitación del italiano y del proyecto suizo, declarar que estas interrupciones no podrán prolongar el término más allá de la mitad sobre el ordinario, es decir, que si el término es de diez años, la prescripción se operará necesariamente á los quince años.

362—En cuanto al tiempo fijado para la prescripción, tanto de la acción como de la pena, él está de acuerdo con el que fijan la generalidad de los Códigos salvo el italiano y el proyecto suizo que lo establecen más elevado. Nosotros también pensamos que convendría elevarlos algo más.

El art. 71 consigna un error evidente. Él es tomado del 104 del proyecto de 1891, el que á su vez lo tomó de los Códigos alemán y húngaro, aunque estos solo se refieren á la interrupción, no al término mismo de la prescripción. Ya Berner había criticado con su gran autoridad este error del Código alemán, en los siguientes términos: «Tal disposición no puede aprobarse. Las pesquisas y los procedimientos contra uno de los delinquentes deberían interrumpir la prescripción de la acción también contra el delito del cual todos ellos son culpables; puesto que con la interrupción el delito se mantiene vivo y es

1) Ortolan, *Op. cit.*, T. I, n.º. 193, p. 385.

2) Le Sellyer, *De l'exercice et de la extinction des actions publique et privée*, T. 2º, n.º. 478, p. 77 y sig.



evidente error que se castiguen algunos delincuentes y otros queden exentos de pena». (1)

Como se sabe, la complicidad es constituida por los esfuerzos combinados de varios agentes para realizar un delito único: la unidad del resultado querido conduce naturalmente á la unidad de la prescripción, no debiéndose hacer ninguna distinción entre participación principal y participación accesoria. De ahí la consecuencia de que la prescripción es *indivisible* en su punto de partida, su duración, su interrupción y su suspensión como lo afirman todos los tratadistas y lo establecen todas las legislaciones.

Debe tenerse presente que el fundamento de la interrupción de la prescripción por actos de procedimientos consiste en que estos mantienen fijo el recuerdo del delito y, de consiguiente, el interés social á la pena, y este interés se refiere, no solo á la persona contra quien ellos son dirigidos, sino á todos los que han participado del delito. (2)

363—El silencio del proyecto respecto á la prescripción de la acción civil, demuestra que su propósito es que para ella rijan las disposiciones de la ley civil. Pensamos, por el contrario, que debe prescribirse al mismo tiempo que la penal.

El proyecto muy bien inspirado, como lo hicimos notar en su oportunidad, ha solidarizado las dos acciones estableciendo que el Juez en lo penal fijará la indemnización debida á las víctimas del delito, como lo exigen la justicia y las conveniencias. Y bien, si las dos acciones deben ser establecidas ante la misma jurisdicción y al mismo tiempo, parece natural que ellas se prescriban también durante el mismo tiempo, pues no se vé que razón pueda haber para dividir solo en este caso, lo que por naturaleza es indivisible. Si todas las cuestiones que emergen del

(1) Berner, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, § 168.

(2) V. Garraud, *Op. cit.*, T. 2, n. 534.—III—Impallomeni, *Codice penale illustrato*, n. 239, p. 414.—Crivellari, *II Codice penale*, T. 4, n. 197, p. 691. Haus, *Op. cit.*, T. 2, n. 1344, (bis), etc.

mismo hecho, el delito, son legisladas por la misma ley y confiadas á la misma jurisdicción ¿porqué se haría una excepción con la prescripción?

Pero no solo es de rigurosa lógica para el proyecto establecerlo así, sino que razones de orden público lo exigen. Según el Código Civil (art. 5043) la acción por daños y perjuicios provenientes de un delito se prescribe uniformemente á los diez años, de consiguiente muchas veces será más largo este término que el de la acción penal. En este caso podría suceder que la parte lesionada demandase é hiciese declarar culpable de un delito y responsable de la indemnización al autor, encontrándose el Ministerio público, por estar ya prescripta la acción penal, impotente para seguirle proceso. Se comprende fácilmente el escándalo que se produciría ante una sentencia condenatoria por la cual resulta la culpabilidad perfectamente demostrada y la sociedad imposibilitada de castigarla.

Si ésta, por razones de orden público, no quiere que después de un cierto número de años se discuta la culpabilidad del inculpado haciendo revivir un delito ya olvidado ¿con qué razón se haría esto mismo para dar satisfacción al interes privado?

Haus agrega á estas razones esta otra: «Estableciendo la misma prescripción para las dos acciones que resultan de un crimen, de un delito ó de una contravención, el legislador ha tenido por fin obligar á la parte lesionada, que es siempre la primera informada del hecho y la que está más en estado de designar al autor, á llevar su acción ante la jurisdicción represiva, sea poniendo ella misma en movimiento la acción pública, sea interviniendo en la persecución intentada por el Ministerio público: ó bien si ella prefiere la vía civil, á entablar su demanda en tiempo útil para que los depositarios de la acción pública advertidos de la existencia de la infracción por acción civil, puedan ejercer aquella y aprovechar los elementos de convicción





que poséa la parte privada. El legislador quiere que la acción civil provoque y establezca la acción pública, que ella le preste su apoyo y le sirva de auxiliar, sea precediéndola ante el Juez Civil, sea uniéndose á ella ante el Juez represivo; debe, pues, querer también que la primera se ejerza antes de la expiración de los plazos fijados para la prescripción de la otra. Por otra parte, el sistema adoptado por la ley es el solo medio de evitar el espectáculo afligente de la impotencia de la justicia penal en presencia de un juicio que declara al demandado culpable de un hecho calificado crimen ó delito por la ley y lo condena á los daños é intereses. Es verdad que por haber violado á la vez la ley civil y la ley penal, el agente se encuentra en mejores condiciones que si él solamente hubiera atentado á los intereses privados. Pero las consideraciones de orden público que nosotros acabamos de hacer valer, explican y justifican el privilegio que garante al obligado por un crimen ó un delito una prescripción más corta, más favorable, que al obligado por efecto de un contrato ó de un cuasi delito» (1).

No se nos oculta, y la trascripción que acabamos de hacer las indica en parte, que hay razones de peso que aconsejan el temperamento adoptado por el proyecto, pero ellas no bastan para justificar la falta de lógica de este al solidarizar ambas acciones en todo, menos en lo que se refiere á la prescripción, ni para destruir las razones de orden público que hemos mencionado.

La cuestión se mantiene viva en el terreno de la doctrina y son muchos los que piensan como nosotros (1)

(1) Haus, *Op. cit.*, T. 2, n.º 1432.

1. Véanse Haus, *Op. et loc. cit.*, —Garraud, *Op. cit.*, T. 2, n.º 533. —Borsari, *Dell'azione penale*, n.º 524. —Le Sellyer, *Op. cit.*, T. 2º, n.º 548. —Vidal, *Droit.Crim. et Science pénit.*, n.º 629. —Dalloz, *Repertoire*, V. *Prescription*. —Boitard, *Lecons de Droit Crim.*, n.º 381. —Cousturier, *Traité de la Prescription*, n.º 75. —Mangin *Traité de l'action publique*, n.º 363. —Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la Criminologie*, Cap. VI, p. 225, etc. V. también la discusión del Código italiano—opinión de Pescatore.

TÍTULO DÉCIMO

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES



364.—El proyecto divide las acciones penales que no deben iniciarse de oficio en dos categorías: 1° las que dependiesen de instancia privada: 2° las acciones privadas. En el primer caso, la denuncia ó querrella del agraviado ó de sus representantes es requisito indispensable para poder formar causa, pero una vez él llenado, el Ministerio Público es parte y podrá proseguir el juicio aun contra la voluntad del denunciante ó querellante. En una palabra, la acción pública está suspendida mientras no se llene aquella condición, pero una vez llenada, ella sigue su curso sin que la parte lesionada tenga otros derechos que los que les corresponde en cualquier otro delito. En el segundo, la acción corresponde únicamente al ofendido, sólo él puede ejercitarla, y, de consiguiente, puede desistir de ella cuando quiera sin que el ministerio público pueda continuarla.

Los términos de que se vale el art. 75 y los que disponen los siguientes, nos obliga á entenderlo así, pero la redacción del art. 80 nos hace dudar de esa interpretación, pues, refiriéndose á algunas de las *acciones privadas*, consigna la misma disposición que la que trae el art. 76 para las *acciones dependientes de instancia privada*, es decir,



que basta la querella ó denuncia del agraviado ó de sus representantes para seguir el juicio correspondiente. Si hemos de tomar esta disposición á la letra, renunciarnos á entender la razón de ser de la división entre acciones dependientes de instancia privada y acciones privadas.

365.—Si nuestra interpretación es exacta, y deseamos que lo sea, la razón de esta división consiste, en nuestro concepto, en que en el primer caso se trata de delitos graves que puedan afectar hondamente á la sociedad y de criminales peligrosos, y, de consiguiente, ésta tiene interés en perseguirlos, pero como el interés privado, en tales casos, es superior al de la sociedad y el escándalo de la publicidad puede afectar considerablemente la moral pública y la tranquilidad y bienestar de las familias, la ley debe conceder al damnificado el derecho de impedir que la acción pública sea ejercitada. Pero una vez que esta consideración desaparece y que la publicidad y el escándalo se han producido por la denuncia ó acusación del agraviado, la sociedad ya no tiene interés en desentenderse del proceso y, por el contrario, todo le exige perseguir al delincuente.

En el segundo caso, se trata de delitos leves ó de hechos que podrían muy bien no clasificarse de tales ⁽¹⁾, que no llevan ninguna perturbación al orden público y que solo afectan al particular damnificado. Si el interés social es tan débil que puede decirse que no existe, si el interés particular aparece, no solo preponderante, sino exclusivo, es natural que la acción pública desaparezca y solo quede una acción privada que el damnificado ejercerá cuando y como le parezca ó no la ejercerá ó la renunciará una vez entablada. La distinción entre delitos públicos y delitos privados, obedece en la doctrina y en la legislación á este criterio único: que el interés privado

(1) Como el adulterio, el cual, según muchos, no es un delito y debe ser retirado de los Códigos Penales.



domine al de la sociedad. Si el interés social en la represión existe, pero el interés privado es más poderoso y puede sentirse afectado por ella, solo el damnificado que es el mejor juez en todo lo que se refiere á su interés, podrá decir si se debe ó no iniciar proceso contra el delincuente, formalizando la denuncia ó querella, y si lo hace, constatándose así que no existe la razón única que tuvo la ley para renunciar á perseguir al delincuente, la acción pública debe ponerse inmediatamente en movimiento. Pero si por la naturaleza é importancia del delito, ese interés social no existe ó es tan débil que la sociedad no reportara ventaja alguna con la persecución, la acción para perseguir al delincuente debe pertenecer únicamente á la persona lesionada.

366.—No falta quien piense que todos los delitos privados deben estar en las mismas condiciones y que el particular damnificado debe ser en todos los casos, dueño exclusivo de la acción ⁽¹⁾. No compartimos este modo de pensar.

En los delitos á que se refiere el art. 76 del proyecto no hay que olvidar que el interés social en la represión existe y que si se renuncia á él es por una razón que la denuncia del agraviado hace desaparecer. Ese interés social no puede estar subordinado al privado sino en cuanto se encuentran afectadas la moralidad general, el honor y la tranquilidad de las familias, pero jamás á los arreglos más ó menos indecorosos que puedan hacerse entre la víctima y el victimario en el curso del proceso. El interés social en el castigo del delincuente no puede desaparecer sino ante un interés mayor, pero no ante vergonzosas componendas en que el honor perdido se paga con unas cuantas monedas, después de haber conmovido á la sociedad con un proceso escandaloso.

1) Raoul de la Grasserie, *Principes Sociologiques de la criminalologie*, Cap. VI.



Nos parece que el proyecto incurre en una omisión que debe ser salvada. El Código italiano (art. 336) y con él otros, fijan el término de un año para que se formalice la querrela, el que debe correr desde que el delito se cometió ó se tuvo de él noticia. No se puede disentir la conveniencia de fijar un término especial de prescripción en este caso, para evitar denuncias infundadas ó que no se podrían comprobar cuando ya han desaparecido los vestigios del crimen y la posibilidad de hacer la luz sobre él.

367—En cuanto á los delitos que según el art. 57, dan origen á la acción privada nos parece que no son todas las que debieran figurar.

Garófalo, criticando la división entre delitos públicos y privados y la tendencia á ensanchar cada día el dominio de los últimos, se pregunta si no iremos retrocediendo á aquellos tiempos en que la pena no era otra cosa sino la venganza del ofendido ó de su familia. ⁽¹⁾

En efecto, la legislación actual tiene una tendencia bien manifestada á aumentar cada vez más el número de delitos privados, restringiendo la acción pública á más estrechos límites. Y esta tendencia, no á volver á la concepción antigua del delito y de la pena, sino á circunscribir en límites más estrechos la acción pública, nos parece perfectamente racional.

El derecho romano daba una gran extensión á los *delicta privata* como el *furtum*, la *rapina*, la *injuria* que solo daban lugar á una acción civil-penal para obligar á indemnizar el perjuicio ó pagar el doble, el triple ó cuádruple del perjuicio sufrido. Los *crimina pública*, que daban lugar á verdaderas penas y que constituían el derecho penal propiamente dicho de los romanos, eran muy escasos y van apareciendo sucesivamente uno á uno: la *lex Cornelia de sicariis*, la *id. de falsis*, la *id. de majestatis*, la *lex Pompeia de parricidis*, la *lex Julie repetundarum*, *majestatis*, de

1. Garófalo, *Criminología*, 3.ª parte, Cap. III.

vi. Todas las demás infracciones, aún las más graves, eran privadas, es decir, no podían ser ejercidas sino por la persona lesionada.

Entre los germanos, sucedía lo mismo. Según Montesquieu, no había entre ellos sino dos crímenes públicos, la traición y la cobardía: todos los demás eran delitos privados.

Y lo que sucedía entre los romanos y entre los germanos, sucedió entre todos los pueblos de la antigüedad, cuya legislación criminal daba una enorme amplitud á la esfera de los delitos privados, como que eran una consecuencia del sistema de la venganza individual.

Este carácter general del derecho penal antiguo fué modificándose poco á poco hasta llegar, en los tiempos modernos, á una inversión completa de términos. La persona lesionada no tiene casi más derecho que el civil de la indemnización de perjuicios, la sociedad se ha sustituido completamente al individuo y con muy raras excepciones, la acción pública es la única que existe para toda clase de delitos.

Esta reacción llegó demasiado lejos, como sucede siempre en estos casos. La sociedad prodiga la pena sin criterio, aunque con su aplicación haga más mal que bien. No le basta castigar cuando se produce un daño social, sino que busca al autor de pequeños delitos que se han llamado *privados* porque solo al damnificado afectan, para reprimirlo aunque aquel no exista, aunque ella no se sienta afectada de ninguna manera por el hecho producido. Ella olvida este principio capital de la ciencia penal, que más de una vez hemos recordado: que la pena debe tener un fin útil á la sociedad y que si esta utilidad no existe carece de razón de ser, no es legítima. Este olvido, mejor dicho, la creencia de que la pena debe tener un fin retributivo, la obliga á prodigar penas que ningún bien reportan: que, por el contrario, producen daño dando á la





publicidad lo que era ignorado por todos, engendrando odios, fomentando divisiones, aumentando, muchas veces, el mal de la víctima.

368—Es, pues, razonable que los Códigos actuales tiendan á ensanchar la esfera de los delitos privados para todos los casos en que el interés social en la represión es insignificante y en que el interés individual domina solo, reconociendo que los particulares son los dueños absolutos de su vida privada, de su honor, de todo aquello que solo afecta su interés, de que él es el único y mejor Juez.

Una revista de las principales legislaciones nos permitirá comprobar lo que decimos.

El Código italiano, que es uno de los más sábios Códigos que existen, enumera los siguientes delitos privados: 1º los delitos cometidos contra los Estados extranjeros ó sus jefes, las injurias á la bandera y las ofensas á los embajadores; 2º la violación de cartas ó telegramas, la supresión de correspondencia, la violación del secreto profesional; 3º la violación del domicilio; 4º la difamación y la injuria; 5º el abuso de confianza; 6º el abuso de firma en blanco; 7º la destrucción ó el deterioro de cosas muebles ó inmuebles, salvo que se una la violencia ó la resistencia á la autoridad ó la reunión de varias personas; 8º la caza sobre terreno ageno; 9º el haber muerto ó enfermado animal ageno; 10º los delitos contra la probidad, contra un cónyuge legalmente separado, de un hermano que no vive bajo el mismo techo, de un tío, de un sobrino ó de un afín en segundo grado, viviendo en familia con el autor. En los otros casos de robos domésticos, como en el caso de cónyuge no separado, de un pariente ó afín en línea recta, de un hermano que vive bajo el mismo techo, del padre, madre ó hijos adoptivos, están exentos de pena. En los delitos de violación, atentados al pudor, relaciones sexuales con una menor de doce á quince años, según los casos, ó con cualquiera persona si está bajo su guarda, y

rapto, no se procede sino por querella de parte, de la que no se puede desistir después de abiertos los debates. En el adulterio, la querella puede dejarse sin efecto en cualquier estado del juicio y después de la condena.

El Código alemán enumera los siguientes delitos de acción privada: 1º actos hostiles contra una Nación amiga; 2º ofensas á un príncipe ó regente que no pertenezca al Imperio; 3º ofensas á un embajador acreditado; 4º perturbación simple de la paz doméstica; 5º engaño para inducir á un matrimonio nulo; 6º adulterio; 7º seducción bajo promesa de matrimonio; 8º seducción de muchacha honesta menor de diez y seis años; 9º ultraje á los muertos; 10º injuria; 11º ofensas personales leves cuando sean voluntarias y todas las involuntarias cuando no sea ofendido un deber de oficio, del propio estado ó de la profesión; 12º rapto violento ó de menores; 13º hurto é indebida sustracción contra parientes, tutores, educadores, maestros, además del hurto y de la indebida sustracción doméstica; 14º abusos de confianza hacia parientes, tutores ó educadores; 15º ofensa al derecho de uso ó de retención; 16º caza abusiva; 17º violación de escritos; 18º divulgación de secretos de familia; 19º engaño de menores con fin de lucro; 20º daño voluntario simple; 21º violación de domicilio.

El Código holandés trae los siguientes delitos privados: 1º ultraje público al pudor; exposición ó fijación de imágenes ó escritos indecentes; 2º el adulterio; 3º la violación; 4º las relaciones sexuales con una mujer dormida; 5º las sin violencia con una menor de doce años á menos que no hayan resultado lesiones corporales graves; 6º el rapto; 7º la difamación y la injuria; 8º la revelación del secreto profesional, si el secreto era relativo á una empresa de comercio ó de industria; 9º la extorsión; 10º el chantaje; 11º los robos entre parientes que no son cónyuges no separado de bienes, en cuyo caso no hay delito, y entre los mismos el abuso de confianza y la estafa; 12º la venta de





alimentados falsificados: 13º el trabajo de construcción peligroso: 14º la destrucción de linderos; 15º los fraudes en los suministros á la flota ó al ejército: 16º la alta ó la baja artificial de los cursos: 17º la emisión de acciones ó de obligaciones disimulando los hechos: 18º la publicación de un falso balance social, la venta de mercaderías con marca falsificada: 19º la destrucción ó defraudaciones de bienes.

El Código húngaro enumera los siguientes: 1º falsa acusación: 2º difamación ó injurias: 3º violación del secreto epistolar: 4º id. del secreto profesional: 5º violación de domicilio: 6º violación: 7º atentado al pudor con violencia: 8º comercio con una menor de 14 años: 9º incesto: 10º relaciones sexuales entre hermanos: 11º ultraje al pudor: 12º adulterio: 13º raptó: 14º crimen contra el estado de familia: 15º lesiones corporales ligeras: 16º malversación: 17º fraude: 18º fabricación de marcas de fábrica: 19º daños á las cosas: 20º robos entre parientes: 21º robos domésticos: 22º varias contravenciones.

El Código sueco consigna estas otras: 1º los golpes y las heridas que no hayan causado la pérdida de algún sentido, de la palabra, una mutilación, una enfermedad grave ó peligrosa: 2º disparo de arma: 3º el raptó: 4º el adulterio: 5º la injuria ó la difamación, á menos de que el ultraje haya tenido lugar con motivo del ejercicio de una función: 6º la destrucción ó deterioros de bienes ajenos, aunque resulte un peligro grave para las personas: 7º la destrucción de títulos: 8º nombre ó estado supuesto para facilitar un matrimonio: 9º malversación de bienes ajenos: 10º cobro de una deuda ya pagada: 11º negar un escrito propio: 12º retener una prenda ó la posesión de un objeto perteneciente á otro ó reclamar objetos ya recibidos ó apoderarse fraudulentamente de los que se dieron en prenda: 13º la infidelidad del mandatario: 14º arrastrar á otro á un proceso injusto: 15º ocultar un objeto robado: 16º el delito del fallido que conociendo su insolvencia vende ó disipa

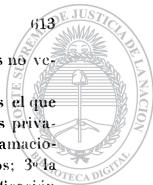
sus bienes ó se fuga; 17º el uso de pesas y medidas no verificadas y la venta de mercaderías falsificadas.

El Código francés, el más antiguo de todos, es el que trae una numeración más restringida. Son delitos privados según él: 1º el adulterio; 2º las injurias y difamaciones á menos que se trate de funcionarios públicos; 3º la caza y la pesca en terrenos de otros; 4º la falsificación industrial; 5º los delitos de los proveedores del ejército; 6º las controversias fideicomisarias; 7º los delitos cometidos en el extranjero contra un francés ó contra un extranjero.

Se vé que el art. 77 del proyecto no consigna una gran cantidad de delitos, que al mismo título de los que enumera, son delitos privados cuya represión solo interesa á los particulares lesionados.

369—En cuanto á la intervención del Ministerio Público, como se comprende, es forzosa cuando se trata de acciones dependientes de instancia privada, puesto que la acción pública existe, pero en las acciones privadas, su intervención debe ser solo subsidiaria para velar por la regularidad del procedimiento y por el cumplimiento de leyes que son de orden público. Sin embargo, en ciertos casos excepcionales que las leyes procesales determinarían, cuando por carencia de recursos ú otra razón atendible, el damnificado no pudiera seguir el juicio, el Ministerio fiscal debería continuarlo, previa manifestación de aquel de su voluntad de seguir el juicio y de la imposibilidad y de hacerlo.

Respecto á esta intervención del Ministerio Público no existe uniformidad en las leyes extranjeras. Mientras en Francia es obligatoria en todos los casos y el damnificado no tiene más derecho que presentar su queja, en Austria y en Alemania la acción privada excluye á aquel ó concurre con él. El damnificado puede llevar directamente la acción pública como si fuera el fiscal, seguir el juicio ó





renunciarlo, pero puede limitarse á llevar su queja dejando al Ministerio Público que prosiga el juicio.

370—Debemos llamar la atención sobre la conveniencia de hacer figurar entre los delitos de acción privada los hurtos, defraudaciones y daños que se causaren recíprocamente ciertos miembros de familia.

El art. 302 del proyecto exime de responsabilidad criminal al cónyuge, consanguíneos y afines en línea recta, al cónyuge viudo en el caso que expresa y á los hermanos y cuñados, si vivieron juntos.

Pensamos que no debe estar exento de responsabilidad el cónyuge separado legalmente, como lo establecen los Códigos italianos y holandés, porque la razón que milita para el cónyuge no separado no puede hacerse extensiva á este. En este caso del cónyuge separado, como en el de los hermanos que no viven en familia, nos parece que el delito debe ser de acción privada como debe serlo también cuando los cuñados y otros parientes íntimos por ejemplo los que están comprendidos dentro del tercer grado de consanguinidad, viván en familia. Así lo dispone el art. 433 del Código italiano, con el cual estamos de perfecto acuerdo.

Las razones en que se apoya esta exención de responsabilidad que consisten en la necesidad de conservar intactos los vínculos de familia, evitando odios y divisiones profundas y la revelación de secretos que debieron estar siempre velados para todos, existen lo mismo para los otros parientes próximos que hemos mencionado aunque no en el mismo grado, y si no conviene hacer extensiva á todos la irresponsabilidad, debe, por lo menos, dejárseles el derecho de querellarse y que solo ellos sean los jueces sobre la necesidad de comprometer esos vínculos de familia que deben ser sagrados. Sería monstruoso que el Ministerio Público acusara á un individuo de haber robado á su hermano cuando éste se abstiene de hacerlo para evitar

una mancha á su familia, cuyo honor le importa más que el perjuicio sufrido, dando lugar á un juicio escandaloso que la sociedad tiene interés en evitar.

371—En cuanto á la acción popular que sanciona el art. 81 para los delitos contra la libertad ¿por qué no hacerla extensiva á otros que están en el mismo caso, como los que atentan al derecho de reunión y asociación, los abusos de los funcionarios públicos, los de imprenta, etc.? ⁽¹⁾.

Sin embargo, está muy lejos de nuestro ánimo pretender que se generalice demasiado. La acción popular ofrece graves peligros, como ya lo hizo notar Montesquien ⁽²⁾, sobre todo cuando se mezcla la política y los casos de *chantage* y de persecuciones injustificadas no son raros. Una buena ley procesal, no obstante, puede conjurarlos en gran parte.

La acción popular se practicaba generalmente en la antigüedad. En Atenas, era la regla que los ciudadanos acusasen y solo cuando ninguno se presentaba los arcontes nombraban un orador que acusase, esto es, una especie de fiscal. En Roma, era un derecho de todo ciudadano romano pedir la aplicación de una pena en los *crimina pública* por medio de un *libellus* dirigido al pretor. Apesar de los abusos y de los escándalos que aquella dió lugar en Roma, llegándose para evitarlo á ordenar la prisión del acusador y acusado ⁽³⁾, la España la consagró en sus leyes ⁽⁴⁾ que rijieron entre nosotros durante mucha parte de nuestra vida independiente.

La acción popular tiene pues raíces entre nosotros y la reseña que acabamos de hacer demuestra sus inconvenien-

(1) Rodolfo Gneist en *Social. Crim.* de Ferri, p. 777.

(2) Montesquien, *Espiritu de las leyes*, Lib. VI, cap. 8.

(3) *Const. Theod.*, l. 8 y 15 de *acusat.*

(4) Ley 2, tit. 1, l. 14, tit. 8 y 2 tit. 20, part. 7ª.



tes prácticos; pero, repetimos, una buena ley procesal puede evitarlos en gran parte y permitir que ella produzca todas sus ventajas en los delitos electorales y demás que hemos mencionado.

La escuela positiva parece aceptar la acción popular en casos especiales, porque le reconoce incontestables ventajas (1).

1 V. Ferri. *Op. et loc. cit.*



APÉNDICE I

ALCOHOLISMO





APÉNDICE I



ALCOHOLISMO

Hemos expuesto en el cuerpo de esta obra la manera como nosotros pensamos que debe reprimirse la delincuencia juvenil, llamando especialmente la atención del legislador sobre esto que, á nuestro juicio, constituye una gran cuestión social, que debe ser estudiada con espíritu elevado á fin de conjurar, en parte siquiera, los peligros que ella entraña.

Claro es que ella no se resuelve integralmente con algunos artículos del Código Penal: esta es solo una de sus faces, muy importante sin duda, pero no la única. Hay otras que el sociólogo estudia y que se encaminan, ya no á reprimir, pero á prevenir la delincuencia juvenil. Su estudio sale del plan de esta obra; sin embargo, dada la especial importancia del asunto y las dificultades que preveemos para exponer nuestras ideas en una monografía especial, se nos permitirá consignarlas aquí con toda la concisión que nos sea posible, sin perjuicio de ampliarlas más tarde, si alguna vez podemos emprender ese trabajo.

Ya hemos hecho notar los efectos desastrosos que para los hijos tiene el abandono de los padres, abandono que se produce por la necesidad en que estos se encuentran de buscar trabajo fuera del hogar, pero más comunmente por su vida desordenada. En el 95 % las condiciones morales de los padres son deplorables, á lo que hay que agregar la deficiencia del «poder mental» de aquellos en más de su mitad, y la obliteración de su sentido moral, producto de la

herencia (1). Hemos indicado también lo que el Estado debe hacer para castigar las consecuencias de este abandono.

Entre los vicios de los padres que más fatales consecuencias producen en los hijos porque es en ellos causa de degeneración y de crimen, ocupa el primer lugar el alcoholismo, ese terrible flagelo social que al decir de Gladstone, hace en nuestros días más estragos que los tres históricos flagelos: el hambre, la peste y la guerra.

El alcoholismo es una verdadera enfermedad, y una enfermedad que no termina con el individuo, sino que se trasmite á la descendencia, en distintas formas, durante varias generaciones hasta extinguir las familias y degenerar la raza. La acción lenta y prolongada del tóxico, provoca un conjunto de lesiones anatomo-patológicas y un estado morboso permanente cuyo asiento principal es el sistema nervioso. Las lesiones son numerosas y variables; las cubiertas encefálicas, el tejido nervioso mismo y los vasos que le recorren pueden estar interesados; las congestiones y las inflamaciones crónicas, la degeneración grasosa, la atrofia, la hemorragia y el reblandecimiento, constituyen las alteraciones actuales (2). «Uno de los efectos frecuentes del alcoholismo, dice Magnus Huss (3), es la atrofia parcial ó general del cerebro: este órgano disminuye hasta el punto de no llenar la caja ósea; de aquí una degeneración mental que, en los niños, produce locos ó idiotas.»

Estos profundos trastornos del sistema nervioso central, explican la insuficiencia de la voluntad y de la fuerza de resistencia á la atracción ejercida por el alcohol, conduciendo al individuo á los extremos más dolorosos y contra lo cual se estrellan todos los esfuerzos (4). La diátesis alcohólica como la histérica, la epiléptica, etc., se trasmite por herencia.

El carácter hereditario del alcoholismo fué reconocido desde la más remota antigüedad, y después de los estudios de Charcot, Dar-

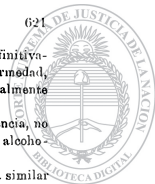
1) Fuillée, *Revue de Deux Mondes*, 1897. Este autor menciona la deficiencia del poder mental, sin explicar su origen. Ella obedece, seguramente, á que en los hijos de los alcohólicos la suspensión del desarrollo intelectual (suponiendo que haya comenzado) sería la regla después de la segunda infancia, según observación de Morel. *Traité des dégénérescences de l'espece humaine*.

(2) Jacoud. *Traité de pathologie int.*

3) Célebre médico de Stockolmo que fué el primero que describió el alcoholismo y le dió su nombre en 1850.

4) P. J. Kavalowsky. *Irroquerie*.





win, Lograin, Morel, etc., la ciencia lo ha consagrado definitivamente, como una verdad indiscutible. «No hay ninguna enfermedad, dice Morel, en que las influencias hereditarias sean tan fatalmente características» (1).

Pero si hoy nadie duda sobre la efectividad de la herencia, no sucede lo mismo respecto á la manera como se trasmite el alcoholismo y la forma que, en determinados casos, predomina.

Según Allevi y otros, no existe la trasmisión hereditaria similar del alcoholismo sinó la trasmisión de una predisposición neurosicopática, de manera que él se trasmítiría, no como entidad morbosa, sino indirectamente por las modificaciones de carácter degenerativo que imprime al sistema nervioso por vía hereditaria.

Por el contrario, Lentz y otros piensan que el alcoholismo se puede trasmitir como entidad morbosa. Según él, la herencia del alcoholismo puede ser homogénea ó heterogénea, según que los padres trasmitan á los hijos el vicio de la embriaguez ó la embriaguez como entidad morbosa: en la herencia heterogénea, los hijos recibirían de sus padres, no ya la tara alcohólica, sino otras diversas del sistema nervioso, como la epilepsia, la eclampsia, el nervosismo, la histeria ó la locura impulsiva (2).

Para Crothers, la herencia alcohólica puede ser directa, indirecta ó mixta. En la primera, los padres alcoholistas trasmitirían el alcoholismo á sus hijos según los sexos contrarios, por lo general, es decir, de la madre al hijo, del padre á la hija. Muchas veces la hija conserva latente la tara heredada y la trasmite más tarde á su hijo. En la herencia indirecta, entre el abuelo alcoholista y el descendiente alcoholista existirían generaciones intermediarias de alienados y neurópatas. En la mixta, el alcoholismo sería el resultado de las psicosis y las neurosis degenerativas de los abuelos (3).

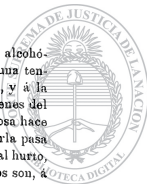
Según Ribot, cuando la pasión de la bebida no se trasmite en la misma forma, degenera en manía, idiotismo, alucinación, epilepsia. Muchas veces se produce lo contrario; la locura de los ascendientes se convierte en alcoholismo en los descendientes, metamorfosis que hace ver cuanto se aproxima la pasión á la locura y porque lazos íntimos se unen todas las generaciones (4).

(1) Morel, *Traité des dégénérescences de l'espece humaine*.

(2) Lentz, *De l'alcoolisme au point de vue clinique et medico-legal*.

(3) Delfino, *El Alcoholismo*.

(4) Th. Ribot, *La Heren. Psicol.* 1.^a p., cap. V.



Entre las variedades del alcoholismo, existe la psicosis alcohólica llamada *dipsomania*, que, como su nombre lo indica, es una tendencia irresistible á beber. El dipsómano es un neurópata, y á la forma psiquiátrica inicial se unen, frecuentemente, los desórdenes del alcoholismo y de la frenosis alcohólica. Esta pasión morbosa hace olvidar al enfermo todo sentimiento elevado y para satisfacerla pasa por sobre el honor, la dignidad personal, el deber, apelando al hurto, al homicidio ó á cualquiera violencia material. Los dipsómanos son, á menudo, hijos de alcohólicos, aunque no exista relación necesaria entre alcoholismo y dipsomanía (1).

Pero no es esto todo. El alcoholismo es causa evidente de degeneración fisiológica, intelectual y moral. La herencia alcohólica suministra á la tuberculosis un contingente numeroso de víctimas (2). Aparte de la locura, la epilepsia, el histerismo, la hipocondría y otras neurosis, la debilidad, el raquitismo, la escrófula, el idiotismo y otras manifestaciones de la miseria fisiológica, el crimen, el suicidio, la prostitución, la inmoralidad precoz, la vagancia . . . es el triste lote, durante muchas generaciones, de esta descendencia degenerada que arrastra su vida en las prisiones, en los prostíbulos, en los manicomios, sin fuerzas para resistir á las impulsiones del mal.

Sérieux y Mathieu refieren un dato del Ministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos, hace algunos años, según el cual, desde 1830 á 1870, el alcoholismo ha enviado á los establecimientos de caridad 100.000 niños, 150.000 penados á las prisiones, 10.000 alienados á los asilos, causando 2.000 suicidios, 1.000 asesinatos, con 200.000 viudas y 1.000.000 de huérfanos (3). Dato verdaderamente aterrador y que prueba mejor que cualquier razonamiento los efectos desastrosos del alcohol para el individuo y la sociedad!

Hemos visto que el alcoholismo es causa en los alcohólicos y sus descendientes de numerosos trastornos cerebrales. Como lo hace

(1) Zerboglio, *L'alcoolismo*. Legrain observa que la precocidad es el primer carácter del alcoholismo hereditario, habiendo encontrado alcohólicos hasta de 4 años. La imposibilidad de resistir á la acción del alcohol y la necesidad imperiosa de dosis cada vez más fuertes son caracteres también del alcoholismo hereditario. Legrain, *Dégénérescence sociale et alcoolisme*.

(2) Hace algunos años se discutía la influencia del alcohol en la etiología de la tuberculosis pulmonar, más hoy todos coinciden en reconocer el alcoholismo como una de sus causas predisponentes en el individuo y en la descendencia.

(3) Delfino, *El Alcoholismo*.



notar Legrain, el alcoholismo y la locura mantienen un perfecto paralelismo. Casi todas las formas de locura, desde las perturbaciones sensoriales hasta la parálisis general y la epilepsia ⁽¹⁾, pueden ser el resultado del alcohol. En el transcurso del siglo pasado, los alienados por causa del alcohol han subido de 20 á 25 % y aun más, y según el profesor Raymond citado por Delfino, entre dos mil enfermos que en un año se presentaron á la clínica de las enfermedades nerviosas de la Salpêtrière, había un 70 % de alcohólicos ⁽²⁾.

El suicidio sigue también una marcha paralela á la del alcoholismo y es frecuente en los hijos de los alcohólicos. Se calcula en un 6 % el número de suicidios debidos á esta causa y la estadística ha constatado que en el Norte de Francia, donde el alcoholismo ha hecho enormes progresos, el número de suicidios se ha elevado de 137 á 868 por año, en el período de 1874 á 1882.

En cuanto á la relación entre la herencia alcohólica y el crimen, las estadísticas de los países civilizados nos ilustran suficientemente. Según Penta, el 27 % de los criminales por él observados son hijos de padres alcohólicos; Marro eleva esta cifra á 40 %, y entre los detenidos del reformatorio de Elmira, 38.7 % descienden de padres alcohólicos ⁽³⁾. Según Despine, la estadística en América ha demostrado que los hijos de alcohólicos están expuestos *diez veces* más que los otros á cometer crímenes ⁽⁴⁾.

El Dr. Garnier, médico en jefe de la enfermería especial de la Prefectura de policía de París, en su magistral relación al Congreso de Antropología criminal de Amsterdam, ha puesto de relieve la intensidad del desenvolvimiento de la criminalidad juvenil y el rol preponderante que juega en este fenómeno el alcoholismo de los padres. Hace notar que, según la estadística del depósito, la criminalidad juvenil, en lo que concierne al homicidio, es *seis veces* más frecuente que la adulta para un mismo período de tiempo, y señala también el paralelismo riguroso de la curva ascendente del alcoholismo y la igualmente ascendente de los crímenes y delitos cometidos

(1) Según Roger, el 80 % de los epilépticos descienden de padres afectados del alcoholismo.

(2) Según una estadística del Dr. Cabred, director del Hospicio de las Mercedes en la Capital Federal, en el año de 1900, la proporción de locos alcohólicos era de 49.11 % y en 1901 subió á 50.50 %, proporción enorme que por sí solo demuestra la intensidad del mal entre nosotros.

(3) Lombroso, *Le crime, causes et remèdes*, 1^a. p., Chap. VII y XII.

(4) Despine, *De la folie*, p. 461.



por los niños y los adolescentes. El enorme incremento de esta criminalidad, lo demuestra con estas cifras: en 13 años, para los crímenes de sangre, la criminalidad juvenil (16 á 20 años) ha subido de 20 (1888) á 140 (1900), es decir, que ha crecido en la proporción de 1 á 7.

Todos los efectos de la herencia alcohólica á que acabamos de referirnos, se encuentran en las genealogías de las familias Juke, descripta por Dugdale, las citadas por Marro, Aubry, Despine, Straham, Laurent ⁽¹⁾. Solo daremos algunos detalles de la que trae Legrain respecto á familias por él estudiadas durante tres generaciones. En la primera, sobre 215 familias, se contaban 63 degenerados neurópatos, 88 de espíritu apocado, 13 impulsivos peligrosos y 32 locos morales; constató también la locura en 106 familias, la embriaguez en 108 y la epilepsia en 32. En 86 familias de la segunda generación, encontró muchos más alienados que en la primera y la tendencia á la embriaguez muy pronunciada; 23 casos de locura, 11 de parálisis general, 9 de suicidio. En 7 familias de la tercera generación compuestas de 17 miembros, los que no eran locos morales, imbéciles ó idiotas, eran francamente degenerados ⁽²⁾.

Se ha visto antes, que el alcoholismo de los padres se trasmite, muchas veces, en forma de enagenación mental á los hijos. Y bien, la locura de éstos es causa, á su vez, de degeneración y de crimen en los descendientes ⁽³⁾, y así, esta abominable pasión, de generación en generación y á través de numerosas alternativas, llega al crimen, hasta la extinción de las familias después de la 4ª generación ⁽⁴⁾. Con razón, pues, decía Edgar Poe, víctima ilustre del alcoholismo: *for what disease is like alcohol!*

Pero, prescindiendo de los perniciosos efectos de la herencia, el alcoholismo por sí mismo, ya agudo, ya crónico, mantiene tan estrecha relación con el delito, que todo lo que se haga para aminorar este vicio funesto tendrá inmediata repercusión sobre la criminali-

⁽¹⁾ Estas diversas genealogías pueden verse en Lombroso, *Le crime, causes et remèdes*, 1ª. P., Chap. XII.

⁽²⁾ Legrain. *Hered. et Alc.*

⁽³⁾ Penta encontraba que el 16 % de los padres de los criminales por él observados eran locos y Marro observa que en los criminales hijos de padres locos, el 28.5 % son incendiarios, el 10.2 % criminales contra las costumbres, el 14.5 % ladrones, el 10.3 % estafadores, el 17 % homicidas, el 14 % autores de heridas. Lombroso, *Op. et loc. cit.*

⁽⁴⁾ Morel. *Op. cit.*



dad. En todas partes se ha comprobado que á medida que aumenta el alcoholismo aumenta la criminalidad y precisamente aquella criminalidad que genera el alcohol: homicidios, incendios y atentados á las costumbres.

Es copiosísima la bibliografía existente sobre el alcoholismo y todos ó casi todos los autores (1), como los Congresos Penitenciarios (2), están contestos en afirmar que él es predominante entre todos los factores criminógenos. Basta apelar á la estadística para convencernos de esta verdad.

En Francia. Ferri ha constatado el exacto paralelismo entre el alcoholismo y la criminalidad, y Guillaumard evalúa en 72 % los criminales por consecuencia del abuso del alcohol. El Dr. Garnier dá la cifra de 66 %. En Alemania, Baer calcula en 43 % los que han sido llevados al crimen por esta causa. En Bélgica, el profesor Thiry, estudiando los detenidos de Lieja, ha encontrado que, en el espacio de cuatro años, la proporción de los delincuentes impulsados por esta pasión ha subido de 45 á 73 %, y en la célebre prisión de Louvain, se ha constatado, sobre una población de 2.588 condenados, 1.157, es decir, 44,7 % alcoholicos; sobre 202 condenados á muerte, 121, es decir, 59 % alcoholicos, y sobre 216 condenados á reclusión perpétua, 118, es decir, 54,6 % alcoholicos. En los Estados Unidos, según Bosco, el 20 % de los detenidos se entregaban á la embriaguez y el 60 % bebían moderadamente. En Holanda, los $\frac{4}{5}$ de los crímenes tienen por causa esta pasión y los $\frac{3}{4}$ ó el 75 % en Suecia, según el Director General Wieselgren de Stockholm. En Inglaterra, según Baer, 10.030 sobre 29.752 condenados por los Asises, y 50.000 sobre 90.903 condenados sumariamente, habían sido arrastrados al delito por la misma causa. El Dr. Baker, agregado á la prisión de Pentonville (Londres), indica la cifra de 60 % y el Dr. Sullivan de la Penitenciaría de Parkhurst llega á idéntica cifra. En Italia, Marro sostiene que el 31 % de los homicidios y el 60 % de las lesiones y de las rebeliones contra la autoridad se deben al alcohol, y de 507 delincuentes que él examinó 73 % eran alcoholicos y solo 10 % normales (3).

(1) Con excepción de Tammeo, de Fournier de Flaix y de Colajanni.

(2) Cong. Penit. de Bruselas, 1900. Id. de Antrop. crim. de Amsterdam, 1901.

(3) Ferri, *Sociologie Criminale*.—Marro, *I caratteri dei delinquenti*.—Guillaumard, *Alcoolisme et criminalité*.—Baer, *Der Alcolismus*.—Bosco, *L'omicidio negli Stati Uniti*.—Berton, *Essai sur l'intemperance*.—Mitchell, *The drink Question, its social and medical aspects*.—Relaciones ante el Congreso de Bruselas de Sullivan, Baker, Wieselgren, Garnier y Thiry.—Aschaffenburg, *Alkoholgenuss und Verbrechen*.



Desgraciadamente, en la República Argentina no existe estadística que nos permita apreciar el número de delinquentes que han sido arrastrados al delito por la embriaguez, pero son tan considerables los progresos hechos por el alcoholismo que no es aventurado suponer que ella no hará excepción, bajo el punto de vista de la relación entre alcoholismo y criminalidad, á lo que sucede en los pueblos que acabamos de citar (1).

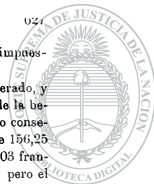
Todos los países civilizados se preocupan, por diversos medios, de combatir este terrible flagelo; nosotros nada hemos hecho aún, como nos sucede siempre que se trata de medidas de verdadera utilidad, pero que no halagan nuestra vanidad nacional. Sin embargo, un éxito bien marcado parece que solo lo hubieran alcanzado Suecia, Noruega, Dinamarca, Inglaterra y los Estados Unidos de América.

La profilaxia del alcoholismo debe preocupar preferentemente á los poderes públicos de nuestro país si quieren desprenderse un poco del presente para fijar sus miradas en el porvenir. La lucha es difícil porque el enemigo es formidable, pero no imposible, mucho más ahora que todas las Naciones se han entregado á ella y que nos presentan buenos modelos á imitar. Aun la misma herencia, que parece fatal y que en realidad no es tal, puede ser combatida eficazmente substrayendo al hijo del alcoholista de las influencias que puedan desarrollar el germen morboso, quedando este en estado latente.

Vamos á pasar en rápida revista las medidas que se han adoptado en los diferentes países, muchos de los cuales han dado resultados halagüeños. Solo diremos lo indispensable para hacer comprender las ventajas de un estudio serio de ellas, á fin de que se dicte una ley que ya tarda demasiado en sancionarse.

Una de las primeras en que se ha pensado, es el aumento de impuestos al alcohol ó prohibición más o menos absoluta, suprimiendo

(1) Los que algo tienen que ver con los tribunales del crimen, habrán notado que la inmensa mayoría de los homicidas han cometido el crimen impulsados por la embriaguez. No se explica de otro modo el elevado número de homicidas que presenta la República Argentina, pues en la provincia de Buenos Aires hay 32 homicidas por cada 100.000 habitantes. (V. Informe de la Comisión de la C. DD. sobre el régimen carcelario de esa provincia, 1910 y en toda la República esa proporción sería de 25 por igual número de habitantes, según el censo carcelario de 1906, que daba 1494 condenados por homicidio y calculando en 6.000.000 la población total en esa época tendríamos la cifra indicada por cada 100.000 habitantes, proporción altísima, superior á la de la mayor parte de los países europeos. Por lo demás, en la sola ciudad de Buenos Aires se consumió el año de 1906, 2.408.783 litros de ajeno!



ó disminuyendo los despachos de bebidas, y la exención de impuestos á las bebidas fermentadas ó higiénicas.

El aumento del impuesto no ha dado el resultado esperado, y era natural que así sucediese, pues el solo encarecimiento de la bebida, tratándose de un vicio como éste, no podia traer como consecuencia la disminución en el consumo. En Francia, él es de 156,25 francos por hectólitro de alcohol puro, en Inglaterra sube á 503 francos por hectólitro y en los Estados Unidos á 545 francos; pero el efecto de este elevado impuesto apenas si se ha hecho sentir. Entre nosotros, también se ha gravado con un fuerte impuesto al alcohol, pero el fraude, alentado por las mismas oficinas fiscales, lo ha hecho ilusorio (1).

Sin embargo, el impuesto será útil si se rebajase en proporción el de los licores fermentados, como el vino, la cerveza, etc., cuyo uso es mucho menos peligroso, y, en algunos de ellos, inocuo. Sería un mal, pero un mal mucho menor. Existiría la ebriedad, pero no la intoxicación con sus fatales consecuencias sobre el individuo y su descendencia.

En Bélgica, se ha decretado recientemente la rebaja de los impuestos á esos licores fermentados, pero no se ha elevado proporcionalmente el de los alcoholes industriales con los que se fabrican licores doblemente venenosos, y en Francia, por ley de 29 de Diciembre de 1900, se los ha desgravado completamente.

Entre las bebidas fermentadas, la cerveza ocupa el primer lugar por el ningún peligro que ofrece su uso. El reporter general del Congreso penitenciario de Bruselas, secretario perpetuo, á la vez, de la Academia de Medicina de París, profesor Masoin, sostuvo, apoyándose en argumentos muy serios, que no fueron refutados, que esta bebida es inócua, llegando hasta preferirla al agua.

La baratura de los licores fermentados hace que fácilmente el pueblo los substituya á los destilados, como se ha comprobado en Francia después de la ley citada de 1900, y como lo hace constar Griveau, quien observa que cada crisis vinícola es acompañada de un considerable aumento en el consumo del alcohol, bastando citar las producidas por el oidium (1851-1857) y la filoxera (1879-1882),

(1) La Legislatura de Buenos Aires, sancionó un fuerte impuesto á los despachos de bebidas, pero parece que no ha podido cumplirse sin duda á causa de ese mal que lo inficiona todo en la República Argentina: la poli-



y en cambio los años de buena cosecha de vino, como los de 1900 y 1901, la disminución en el consumo del alcohol fué notable.

No es de aconsejar la prohibición absoluta del alcohol porque tal severidad no daría el resultado deseado. Sin embargo, el Estado del Maine (N. América) dictó una ley prohibiendo la fabricación y venta de licores espirituosos excepto para usos higiénicos y el tener más de un galón en las casas, autorizando pesquisas domiciliarias para descubrir los fraudes, ley que fué adoptada en seguida por Connecticut, Delaware, Michigan, Indiana, etc. Desgraciadamente sus resultados han quedado dudosos por culpa del gobierno de la Unión que otorgaba concesiones que la desvirtuaban.

En cambio, la limitación del número de tabernas ó despachos de bebidas por una reglamentación conveniente sería de utilidad positiva. Varias naciones las han llevado á cabo con éxito satisfactorio, entre las cuales podemos citar Inglaterra, Holanda y Bélgica. Uno de los más grandes servicios que hizo Gladstone á su país, fué el de constituirse en propagandista y apóstol en la lucha contra el alcoholismo, consiguiendo hacer sancionar la ley de 1871 que limitó el número de despachos de bebidas en razón de 1 por cada 1.500 habitantes en las ciudades y por cada 900 en la campaña, aunque sin conservar rigurosamente esta proporcionalidad en la escala respectiva (1).

Entre nosotros, es tal la propagación de esos despachos ó *pulperías* en todo el país, que no hay un lugarejo, por insignificante que sea, aunque solo cuente con dos ó tres familias, que no tenga una. Es la primera necesidad á satisfacer; después, mucho después, vendrá la Iglesia ó la escuela, si alguna vez llegan á establecerse. Los mismos cuerpos del ejército (2) cuentan con cantinas que los sirven por todas partes y donde el soldado invierte su sueldo íntegro en el consumo de licores. Naturalmente, cuando se tiene el licor al alcance de la mano y se lo puede conseguir sin la menor molestia y aún á crédito, si no se tiene dinero disponible, siendo la pulpería el centro obligado de reunión porque no se dispone de otro, no es de extrañar que el alcoholismo se haya generalizado hasta constituir el más temible de los flagelos sociales de nuestro país.

En todas partes se ha comprobado que la libertad para el establecimiento de despachos de bebidas ha traído un enorme aumento en el

(1) En la Provincia de Buenos Aires esa proporción es una taberna por cada 60 habitantes, pues hay más de 30.000 de ellas!

(2) Esto lo hemos comprobado nosotros en un batallón que hacen pocos años estuvo de estación en Catamarca. Nada afirmamos del presente porque no nos consta.



consumo del alcohol. En Francia, la ley de 1880 que estableció esa libertad, trajo, como consecuencia, según Griveau, que á los seis meses de promulgada se instalaron más de diez mil tabernas nuevas.

El monopolio del alcohol por el Estado, adoptado en algunas naciones de Europa, ha dado, á lo que parece, buenos resultados por la disminución del consumo, que en Suiza p. ej., ha llegado á cuatro litros menos por habitante, en el período de 1885 (fecha de la ley del monopolio) á 1890, y por la pureza de los alcoholes industriales ⁽¹⁾. Los progresos de la química industrial han permitido dar gran impulso á la fabricación del alcohol, que hoy se lo extrae de una gran diversidad de productos vegetales, como la caña de azúcar, las remolachas, las zanahorias, las papas, el trigo, la avena, las melazas, el orujo de uvas y hasta de celulosas como la paja, el heno, el serrín, el papel, los líquenes, etc., abaratando enormemente el artículo, pero haciéndolo impuro y tóxico. El monopolio, entre sus ventajas, tiene la importantísima de la rectificación de esos alcoholes, entregándolos al consumo libres de sus productos tóxicos ⁽²⁾.

Es una variedad de monopolio el sistema llamado del Gothenburg, implantado con éxito en Suecia y Noruega. Las sociedades de temperancia protegidas por el Estado, acaparan el comercio del alcohol y los despachos de bebidas corren á cargo de las mismas, sirviéndose de empleados á salario fijo, sin interés en aumentar la venta de licores, é interesándoles, por el contrario, con participación en los beneficios, en la mayor venta de bebidas higiénicas como el café, té, etc. El alcohol que ofrecen á la venta es completamente puro. Este sistema, por la centralización que opera de la industria de los alcoholes en las grandes fábricas, haciendo desaparecer las pequeñas destilerías que son los más peligrosos escapando á todo control, es de gran utilidad en la lucha antialcohólica y las naciones citadas le deben la gran disminución que han experimentado en el consumo del alcohol.

Es digna de conocerse la autorizada opinión de Mr. Laveleye sobre algunas de las medidas de que hemos hablado. «El peor ene-

(1) Vale la pena de estudiar con detención los resultados del monopolio en Suiza y los otros países que lo han adoptado. El diario *Le Siecle*, tratando de evitar su adopción en Francia, abrió una campaña contra él y en el N° de 7 de Julio de 1891 niega que él haya producido disminución en el consumo en Suiza, pues ella, según él, obedece al contrabando y al fraude y la misma depuración del alcohol no pudo hacerse en buenas condiciones por quitar al alcohol todo gusto y todo olor siendo necesario agregar *fusel*.

(2) En Bélgica, á imitación de Noruega, se ha propuesto que las utilidades del monopolio sean aplicadas al mejoramiento de las condiciones materiales y morales de las clases populares.



migo de la democracia, dice, es el alcohol porque produce y mantiene la miseria, la ignorancia, la grosería, y la violencia. En nuestras modernas sociedades, los síntomas de la brutalidad de las costumbres, atentados á la vida, á la propiedad, al pudor, la locura, el suicidio, los delitos de toda especie están en proporción del consumo de las bebidas espirituosas. Feliz la edad media que tenía tres flagelos: la guerra, la peste y la carestía, pero no conocía la peste nueva traída por los Arabes, el aguardiente, más funesto á la humanidad que aquellas. Una democracia inteligente deberá prohibir en absoluto la fabricación y venta de este veneno, excepto para los usos industriales. Es esto lo que se ha hecho con la ley del Maine en la América del Norte y con menos rigor en Noruega y Finlandia. Los buenos resultados de esta medida fueron maravillosos: en Noruega la criminalidad disminuyó en la mitad. Si en los demás países no se cree deber adoptar esta saludable medida, que decreten al menos el monopolio en favor del Estado cuyo producido podría emplearse para combatir el alcohol. Más la democracia es consciente de sí misma, y moral, más debe armarse y combatir la terrible plaga» (1).

Se recomienda también, por los excelentes resultados que ha dado en los pueblos anglo-sajones, las sociedades de temperancia. Los Trade Unions, las ligas de obreros y en particular los círculos de obreros católicos que existen en toda la República Argentina y que su gobierno debiera fomentar de todos modos, dan excelentes resultados también.

Se han adoptado también ó se aconsejan otras medidas de menor importancia y que concurren á la profilaxia del alcoholismo.

En los Estados Unidos, en Suiza y en Prusia, existe la prohibición de vender licores á los escolares, menores de edad y alienados. Desde 1896 se ha prohibido en Noruega con muy buen resultado, la venta de licores desde el Sábado hasta el Lunes, y el abono de los salarios á la mitad de la semana parece que debería concurrir al mismo resultado (2). Tiene evidente importancia la propaganda

(1) Laveleye, *Le gouvernement dans la démocratie*, pág. 304.

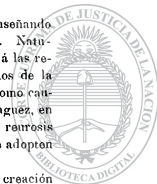
(2) Se pensará, tal vez, que es una medida poco seria; sin embargo todas tienen su importancia en la lucha contra tan formidable enemigo. En Alemania, el pastor von Koblinski ha levantado una estadística de las infracciones según los días de la semana. En la prisión de Düsseldorf-Dereudorf, sobre un total de 880 crímenes, 165 habían sido cometidos el Domingo, 68 el Lunes, 28 el Martes, 20 el Miércoles, 20 el Jueves, 17 el Viernes y 68 el Sábado: sobre un total de 205 delitos por golpes y heridas, 121 habían sido cometidos el Domingo, 32 el Lunes, 9 el Martes, 9 el Miércoles, 5 el Jueves, 4 el Viernes, 35 el Sábado. Así 43 % de los crímenes se

antialcohólica, particularmente en las escuelas y colegios, enseñando al niño las terribles consecuencias de este vicio degradante. Naturalmente estas medidas puramente preventivas, no obstan á las represivas que sancione el Código. En su lugar nos ocupamos de la represión del vicio de la embriaguez y de su importancia como causa modificadora de la criminalidad. Vá de sí que la embriaguez, en cuanto enfermedad, las diferentes formas morbosas de la reitrosis alcohólica, no son punibles, y las medidas que contra ella se adopten deben ser análogas á las que se aplican á los alienados.

En el Congreso de Bruselas se sancionó un voto para la creación de asilos especiales para la curación de los alcohólicos y se justificó esto, que podía creerse un atentado á la libertad individual, en la necesidad de defender la sociedad contra el alcoholismo y los males que él encadena: miseria, parasitismo, criminalidad, degeneración, es decir, la ruina de un país entero, según el profesor Thiry.

La Alemania, posee más de veinte asilos de esta clase, la Suiza seis, y casi todos los pueblos europeos los poseen. A este asilo, como establecimiento intermediario, irían los condenados alcohólicos y los individuos internados por orden de la autoridad ó pedido de sus familias. Los gastos del establecimiento se costearían con la pensión que éstos paguen y con el producto del trabajo de los reclusos.

cometieron el Domingo, 18 % el Lunes, y 16 % el Sábado; siendo la media para los demás días de la semana, de 4 á 7 %. En la prisión de Worms, el Dr. Firlig ha levantado una estadística análoga. Sobre un total de 396 delitos de golpes y heridas, 142 habían tenido lugar el Domingo, 57 el Lunes, 34 el Martes, 34 el Miércoles, 35 el Jueves, 27 el Viernes, 37 el Sábado. La cifra del Sábado poco diferente de las otras, se explica por tratarse de un distrito agrícola. Por estas estadísticas se ve que el Sábado, día del pago, y el Domingo de reposo, son los más cargados en crímenes.—*Aschaffenburg, Alkoholgenuß, und Verbrechen.*





PROYECTO DE CÓDIGO PENAL

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES



TÍTULO I

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

a) Con relación al territorio.

Art. 1°. Este Código se aplicará:

- 1°. Por delitos y faltas cometidas, ó cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, en buques que lleven su bandera, ó en buques mercantes de bandera extranjera, que se hallen en sus aguas jurisdiccionales;
- 2°. Por delitos y faltas cometidas en el extranjero por agentes ó empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo;
- 3°. Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación.

No se aplicará por delitos cometidos á bordo de buques mercantes de bandera argentina, en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueron reprimidos por éste.

Art. 2°. Salvo los casos del artículo precedente, los que hubieren cometido en el extranjero hechos ú omisiones calificados de delitos

(1) Hemos creído que sería útil reproducir aquí en forma de Apéndice la parte general del Proyecto que se estudia en esta obra para la mejor inteligencia de ésta y comodidad del lector.



por este Código, sin haber sido juzgados y cumplido su condena, serán expulsados del país, si la autoridad extranjera competente, requerida para su extradición, no la verificare.

Si quebrantaren la expulsión serán juzgados como si hubieran cometido el delito en el país.

No se comprenden en las disposiciones de este artículo á los autores de delitos políticos.

b) Con relación al tiempo.

Art. 3°. Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito, fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo ó en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará á la establecida por esa ley, si el penado lo solicitare, y las circunstancias invocadas constaren de autos.

En el cómputo de la prisión preventiva, se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

TITULO II

DE LAS PENAS

Art. 4°. Las penas que este Código establece, son las siguientes: muerte, presidio, prisión, detención, deportación, multa é inhabilitación.

Pena de muerte:

a) Prueba del hecho.

Art. 5°. No se impondrá pena de muerte, cuando el hecho ó sus circunstancias calificativas, resulten probadas sólo por presunciones ó por confesión.

b) Garantías del procedimiento.

Art. 6°. Sólo podrá aplicarse la pena de muerte, cuando concurran las siguientes circunstancias:

- 1°. Que la causa haya sido vista en todas las instancias que establezca la respectiva organización judicial;
- 2°. Que en todas las instancias se haya decidido la imposición de aquella pena;
- 3°. Que haya habido unanimidad de votos y tribunal pleno en los tribunales colegiados;

4.º Que el reo haya sido oído personalmente en audiencia, por todos los jueces y tribunales que dictaren sentencia.

c) Excepciones.

Art. 7º. No se impondrá la pena de muerte á las mujeres, á los menores de edad, y á los mayores de setenta años.

d) Ejecución.

Art. 8º. La ejecución de la pena de muerte, tendrá lugar dentro del establecimiento en que se encuentre el condenado, quien será asistido por el sacerdote ó ministro del culto cuyo auxilio hubiere solicitado ó aceptado.

El juez de la causa hará constar la ejecución de la pena, en un acta que unirá al proceso. Esta acta y la sentencia, se darán á la publicidad.

Art. 9º. La ejecución de la pena de muerte, tendrá lugar al día siguiente de la notificación de la sentencia irrevocable.

La notificación no podrá hacerse en víspera de domingo, ni de fiesta religiosa ó nacional.

e) Entrega del cadáver.

Art. 10. El cadáver del ejecutado será entregado á sus parientes dentro del segundo grado, si lo solicitaren al juez de la causa.

Presidio.

Art. 11. El presidio se cumplirá con trabajos forzados, en establecimientos destinados al efecto.

a) Falta de establecimientos.

Art. 12. Si por falta de establecimientos en donde los condenados deban sufrir el presidio, ó por falta de trabajo en que deban ocuparse, no pudieren cumplir su condena, serán destinados á obras públicas de cualquier género, con tal que no fueren contratadas por particulares.

b) Exceptuados de presidio.

Art. 13. Los hombres débiles ó enfermos, los menores de edad, los mayores de sesenta años, y las mujeres que merecieren presidio, sufrirán la condena en prisión.

Prisión.

Art. 14. La prisión será por tiempo indeterminado, ó temporal hasta por quince años.

Se cumplirá en establecimientos distintos de los presidios, con re-





clusión celular en las horas no destinadas al trabajo ó á la instrucción.

a) Exceptuados de prisión.

Art. 15. Cuando la prisión no excediere de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas, las mujeres honestas y las personas ancianas ó valetudinarias.

Disposiciones comunes:

a) Producto del trabajo:

Art. 16. El producto del trabajo del condenado á presidio ó prisión, se aplicará:

- 1°. A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, que no satisficere con otros recursos;
- 2°. A la prestación de alimentos según el Código Civil;
- 3°. A costear los gastos que causare en el establecimiento;
- 4°. A formarle un fondo propio que se le entregará á su salida.

b) Inhabilitación.

Art. 17. El presidio y la prisión por más de tres años, importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, y la privación de los derechos civiles, con excepción del de testar.

El condenado quedará sujeto á la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

c) Libertad condicional.

Art. 18. El condenado á presidio ó prisión por tiempo indeterminado, que hubiere cumplido veinte años de condena, y el condenado á presidio temporal ó prisión por más de tres años, que hubiere cumplido los dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos penales, obtendrán la libertad por resolución judicial, bajo las siguientes condiciones:

- 1°. Residir en el lugar que determine el auto de sultura;
- 2°. Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto;
- 3°. Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria ó profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- 4°. No cometer nuevos delitos.

Art. 19. La libertad condicional, no se concederá á los reincidentes.

**d) Revocación**

Art. 20. La libertad condicional será revocada, cuando el penado cometiere un nuevo delito, ó violare ó intentare violar la obligación de residencia. En estos casos, no se computará en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad. En los casos de los incisos 2º. y 3º. del artículo precedente, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena, todo ó parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos.

e) Extinción de la pena.

Art. 21. Transcurrido el término de la condena, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida.

f) Consecuencia de la revocación.

Art. 22. Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

Detención.

Art. 23. La detención no excederá de diez años, y se cumplirá en cualquier cárcel, sin sujeción al trabajo reglamentario.

Deportación.

Art. 24. La deportación consistirá en la relegación por tiempo indeterminado, en un paraje adecuado que designará el P. E.

La deportación lleva consigo la inhabilitación absoluta. Los deportados estarán sujetos: á la vigilancia de la autoridad: á observar las reglas de inspección que fije la sentencia: á adaptar oficio, arte, industria ó profesión.

El deportado que justificare haber observado buena conducta durante quince años, obtendrá, por auto judicial, la exoneración de la pena.

Admisión de condenados por tribunales provinciales.

Art. 25. Los condenados por tribunales provinciales á presidio, prisión, deportación ó detención, serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales.

Inhabilitación:**a) Absoluta.**

Art. 26. La inhabilitación absoluta importará:



- 1°. La privación del empleo ó cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;
- 2°. La privación del derecho electoral;
- 3°. La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;
- 4°. La pérdida de toda jubilación, pensión ó goce de montepío de que disfrutare.

b) Especial.

Art. 27. La inhabilitación especial, producirá la privación del empleo, cargo, profesión ó derecho sobre que recayere, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos, producirá la incapacidad de ejercer, durante la condena, aquellos sobre que recayere.

Multa.

Art. 28. La multa obligará al reo á pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, dentro del máximo y mínimo establecidos para el delito, teniendo en cuenta, además de las causas generales del art. 43, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

En cualquier tiempo que satisficere la multa, quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

Comiso.

Art. 29. Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que pertenecieren á un tercero no responsable.

Prisión preventiva.

Art. 30. La prisión preventiva que hubiere sufrido el condenado, se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de presidio; por un día de prisión preventiva, uno de deportación, de prisión ó detención, ó dos de inhabilitación, ó la cantidad de multa que el tribunal fijare entre cuatro y diez pesos.

Art. 31. Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena.



TÍTULO III

CONDENACIÓN CONDICIONAL.

a) Circunstancias de su pronunciamiento.

Art. 32. En los casos de primera condena por delito que deba cumplirse en cárcel, siempre que su término no excediere de dos años, los tribunales podrán ordenar en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión será motivada en la comprobación de los buenos antecedentes del reo, mediante información de la policía y demás pruebas que el juez considere necesarias.

b) Extinción de la condena.

Art. 33. Si en el plazo de cinco años, á contar desde la fecha de la sentencia, el condenado no cometiere un nuevo delito, la condena se tendrá como no pronunciada.

c) Ejecución de la condena.—

Si dentro del plazo indicado se descubrieren malos antecedentes del condenado, sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condena, y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme á lo dispuesto sobre acumulación de penas.

d) Limitaciones.

Art. 34. La suspensión de la pena no comprenderá:

- 1.º La reparación de los daños causados por el delito, y el pago de los gastos del juicio;
- 2.º Las incapacidades anexas á la condena, impuestas accesoriamente. Sin embargo, estas incapacidades cesarán el mismo día en que, por haber transcurrido el término de cinco años á que se refiere el artículo 33, se tuviere la condena como no pronunciada, ó en el plazo que la sentencia les hubiere fijado, si fuere menor que aquél.

TÍTULO IV

REPARACIÓN DE PERJUICIOS

Indemnizaciones.

Art. 35. La sentencia condenatoria ordenará:



1.º La indemnización del daño material y moral causado á la víctima, á su familia, ó á un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez, en defecto de plena prueba:

2.º La restitución á su dueño, de la cosa obtenida por el delito. Si no fuere posible la restitución, el pago por el real precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere;

3.º El pago de costas.

a) Preferencias.

Art. 36. La obligación de indemnizar, es preferente á todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de multas.

Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

1.º La indemnización de los daños y perjuicios;

2.º El resarcimiento de los gastos del juicio.

b) Solidaridad.

Art. 37. La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

El que pagare todo el daño, no podrá demandar á los otros cuota alguna.

c) Obligación del partícipe de los efectos del delito.

Art. 38. El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado á la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

d) Cumplimiento de la reparación.

Art. 39. La reparación se hará efectiva por la vía de apremio. En caso de insolvencia total ó parcial, se observarán las reglas siguientes:

1.º Tratándose de condenados á presidio ó prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el art. 16;

2.º Tratándose de condenados á otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas ó emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

TÍTULO V

RESPONSABILIDAD

Se presume la intención.

Art. 40. En la ejecución de un delito se presume la intención de

cometerlo, á no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares del proceso.

Excepciones.

Art. 41. Están exentos de responsabilidad:

a) Enajenación mental.

1.º El que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera, no imputable al agente.

En caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del Ministerio público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe á sí mismo ó á los demás:

b) Menor de 14 años.

2.º El menor de catorce años.

Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, ó de sus padres ó guardadores, resultare peligroso dejarlo á cargo de éstos, el juez ordenará su colocación en un establecimiento destinado á corrección de menores, hasta que cumpla diez y ocho años de edad. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres ó guardadores:

c) Fuerza ó amenazas.

3.º El que obrare violentado por fuerza física irresistible, ó impulsado por amenazas de sufrir un mal grave é inminente:

d) Causar un mal por evitar otro mayor.

4.º El que causare un mal, por evitar otro mayor inminente á que ha sido extraño:

e) Cumplimiento del deber.

5.º El que obrare en cumplimiento de un deber, ó en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad ó cargo:

f) Obediencia.

6.º El que obrare en virtud de obediencia debida:





g) Defensa legítima.

7º. El que obrare en defensa propia ó de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla ó repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias, respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento ó fractura de los cercados, paredes ó entradas de su casa, ó departamento habitado, ó de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente, respecto de aquel que encontrare á un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

- 8º. El que obrare en defensa de la persona ó derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias *a* y *b* del inciso anterior, y en caso de haber precedido provocación suficiente de parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

h) Pena ordinaria del delito.

Art. 42. En las penas divisibles por razón de tiempo ó de cautividad, la pena ordinaria del delito será el término medio entre el máximo y el mínimo; pero los tribunales podrán abreviarla ó prolongarla dentro de estos límites, motivando la medida de la pena en las circunstancias expresadas en el artículo siguiente.

i) Reglas para su aplicación.

Art. 43. A los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta:

- 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla; y la extensión del daño y del peligro causado;
- 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron á delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido, y los demás antecedentes y condiciones personales que demuestren su mayor ó menor perversidad.

TÍTULO VI

TENTATIVA

Definición.

Art. 44. Hay tentativa cuando la resolución de cometer un de-



lito, ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo.

Para la apreciación de los actos, se tendrán en cuenta los antecedentes del agente.

Desistimiento del delito:

Art. 45. La tentativa no está sujeta á pena, cuando se desistiere voluntariamente del delito.

a) Cuando se presume voluntario.

Art. 46. La ley presume voluntario el desistimiento, á menos que se tratare de un reincidente, caso en el cual regirá la presunción contraria.

b. Penalidad de la tentativa.

Art. 47. La pena que correspondería al agente si hubiera consumado el delito, se disminuirá en un tercio. Si la pena fuere de muerte ó presidio por tiempo indeterminado, la pena de la tentativa será presidio de quince á veinte años. Si la pena fuere de prisión por tiempo indeterminado, la de la tentativa será prisión de diez á quince años.

TITULO VII

AUTORES Y CÓMPICES

Autores.

Art. 48. Se considerarán autores:

- 1°. Los que tomen parte en la ejecución del hecho;
- 2°. Los que prestaren al ejecutor un auxilio ó cooperación, sin los cuales el hecho no habría podido cometerse;
- 3°. Los que determinaren á otros á cometerlo.

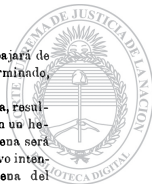
Cómplices:

Art. 49. Son cómplices, los que, no hallándose comprendidos en el artículo precedente, cooperaren á la ejecución del hecho por actos anteriores ó simultáneos.

a) Pena del cómplice.

Art. 50. El cómplice será reprimido con la pena correspondiente al hecho á que hubiere cooperado, no pudiendo aplicársele el máximo.

Art. 51. Si la pena que correspondiere al autor fuere la de muerte, sufrirá el cómplice la de presidio por tiempo indeterminado;



si le correspondiere ésta, la de presidio temporal que no bajará de quince años; y si le correspondiere prisión por tiempo indeterminado, se le aplicará prisión que no baje de diez años.

Art. 52. Si de las circunstancias particulares de la causa, resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice, solamente en razón del hecho á que tuvo intención de prestar ayuda. Si el hecho no se consumare, la pena del cómplice se determinará conforme á los preceptos de este artículo y á los del título de la tentativa.

b) Tentativa de complicidad.

Art. 53. La tentativa de complicidad será reprimida conforme á las reglas de la tentativa.

c) En delitos cometidos por la prensa.

Art. 54. No se considerarán cómplices ni autores de los delitos cometidos por la prensa, á los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito ó grabado, la cooperación material necesaria para su publicación, cuando el autor fuere conocido y se encontrare en el país.

TÍTULO VIII

REINCIDENCIA

Reincidencia:

Art. 55. Habrá reincidencia, siempre que el condenado por sentencia firme, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto ó conmutación.

A los efectos de la reincidencia, no se tomarán en cuenta los delitos militares ó políticos, ni los amnistiados.

a) Reincidentes por segunda vez.

Art. 56. Los reincidentes por segunda vez, condenados á pena restrictiva de la libertad que excediera de un año, cumplirán su condena en un paraje de los territorios del Sud.

b) Deportación como accesoria.

Art. 57. La deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando mediaren:

1°. Dos condenas á presidio, ó una á presidio y otra á prisión mayor de tres años:



- 2°. Tres condenas á prisión mayor de tres años, ó una de presidio y dos de prisión de tres años ó menos;
- 3°. Cuatro condenas á prisión, siendo una de ellas mayor de tres años;
- 4°. Cinco condenas á prisión de tres años ó menores.

No se computarán las condenas por delitos exclusivamente militares ó políticos.

Se aplicará también como accesoria de la condena, en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuvieren fijada pena mayor de tres años de prisión.

TITULO IX

CONCURSO DE DELITOS

Hecho que cae bajo más de una sanción.

Art. 58. Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Hechos reprimidos con la misma especie de pena.

Art. 59. Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso, tendrá como minimum el minimum de la pena mayor, y como maximum, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes á los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del maximum legal de la especie de pena de que se trate.

Hechos reprimidos con penas diferentes.

Art. 60. Cuando concurrieren varios hechos independientes, reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión por tiempo indeterminado y la de presidio temporal, en que se aplicará presidio por tiempo indeterminado.

La inhabilitación se aplicará siempre, sin sujeción á lo dispuesto en el párrafo 1°.

Gravedad relativa.

Art. 61. A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa



de las penas de diferente naturaleza, se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el Art. 4°.

Acumulación en caso de condena ya impuesta.

Art. 62. Las reglas precedentes se aplicarán también, en el caso en que, después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona, por otro hecho cometido antes de dicha condenación.

TITULO X

EXTINCIÓN DE ACCIONES Y DE PENAS

Causas de extinción.

Art. 63. La acción penal se extinguirá:

- 1°. Por la muerte del imputado;
- 2°. Por la amnistía;
- 3°. Por la prescripción;
- 4°. Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

Renuncia de la persona ofendida.

Art. 64. La renuncia de la persona ofendida, al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

Amnistía.

Art. 65. La amnistía extinguirá la acción penal, y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

Prescripción de las acciones.

Art. 66. La acción penal se prescribirá por la buena conducta del imputado, durante el tiempo fijado a continuación:

- 1°. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de muerte ó presidio;
- 2°. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con prisión ó detención, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción, exceder de doce años ni bajar de dos meses;
- 3°. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;
- 4°. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;



- 5°. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos:
- 6°. Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de quinientos á dos mil pesos:
- 7°. A los seis meses, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa que no excediere de quinientos pesos.

Desde cuando corre.

Art. 67. La prescripción de la acción empezará á correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, ó si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

Acción por delito reprimido con multa.

Art. 68. La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones á que hubiere lugar.

Prescripción de las penas:

Art. 69. Las penas se prescribirán por la buena conducta del condenado, en los términos siguientes:

- 1°. La de muerte ó presidio, á los veinte años;
- 2°. La de deportación ó prisión por tiempo indeterminado, á los quince años;
- 3°. La de prisión, en un tiempo igual al de la condena;
- 4°. La pena de multa mayor de dos mil pesos, á los tres años;
- 5°. La pena de multa que no excediere de dos mil pesos, al año.

a) Desde cuando corre.

Art. 70. La prescripción de la pena empezará á correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme, ó desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere empezado á cumplirse.

b) Separadamente para cada partícipe.

Art. 71. La prescripción correrá ó se interrumpirá separadamente, para cada uno de los partícipes de un delito.

Indulto.

Art. 72. El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas á particulares.



Perdón del ofendido.

Art. 73. El perdón de la parte ofendida, extinguirá la pena im-
puesta por delito de los enumerados en el art. 77.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos,
aprovechará á los demás.

Las indemnizaciones pecuniarias.

Art. 74. Las indemnizaciones pecuniarias inherentes á la pena,
podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado,
aun después de su muerte.

TITULO XI

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

De oficio.

Art. 75. Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales,
con excepción de las siguientes:

- 1º. Las que dependieren de instancia privada;
- 2º. Las acciones privadas.

Dependientes de instancia privada.

Art. 76. Son acciones dependientes de instancia privada, las que
nacieren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pu-
dor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida, ó lesiones
de las mencionadas en el art. 95.

En los casos de este artículo, no se procederá á formar causa, sino
por acusación ó denuncia del agraviado, ó de su tutor, guardador ó
representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio, cuando
el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor
ni guardador, ó que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor ó
guardador.

Acciones privadas:

Art. 77. Son acciones privadas, las que nacen de los siguientes
delitos:

- a) Adulterio;
- b) Calumnias, injurias, difamación y ultrajes;
- c) Amenazas y violencias, comprendidas en los artículos 155
y 157;
- d) Violación de secretos, salvo en los casos del artículo 162;
- e) Extorsión en el caso del art. 185;
- f) Concurrencia desleal, prevista en el art. 167.



a) De adulterio.

Art. 78. La acción por delito de adulterio, corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar á ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

b) De calumnia, injuria, difamación ó ultraje.

Art. 79. La acción por calumnia, injuria, difamación ó ultraje, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido, y, después de su muerte, por el cónyuge, hijos, nietos ó padres sobrevivientes.

Los demás casos de acción privada.

Art. 80. En los demás casos del art. 77, se procederá únicamente por querella ó denuncia del agraviado, ó de sus guardadores ó representantes legales.

Los delitos contra la libertad política.

Art. 81. Por los delitos contra la libertad política, además de la acción penal, procederá la acción particular de cualquier ciudadano.

Iniciada una acción por un ciudadano, el representante del Ministerio Fiscal deberá intervenir en el proceso, desde el principio hasta la terminación, y no podrá desistir de la querella, aunque desistiere el acusador particular.



ÍNDICE

RELOGIO.....	
INTRODUCCION.....	



TÍTULO PRIMERO

APLICACION DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO I

CON RELACION AL TERRITORIO

Inutilidad de la especificación contenida en el art. 1º. Sus omisiones.—2. Redacción errónea.—3. Jurisdicción que debe entender en los delitos cometidos á bordo de los buques mercantes en aguas jurisdiccionales de un país extranjero.—Sistema inglés. Sistema francés. Este está más de acuerdo con los principios del derecho de gentes.—4. Manera como debe redactarse el artículo. Lo que se entiende por territorio.—5. El inciso 2º debe estar comprendido en una disposición de carácter general.—6. Inutilidad de la disposición del inciso 3º.—7. El proyecto consagra la territorialidad de la ley argentina en su más absoluta acepción. Exactitud del principio en teoría. Ninguna nación lo acepta, sin embargo, en toda su extensión. Mientras las Naciones rehúsen la entrega de sus nacionales la exterritorialidad de la ley penal se impone. La exterritorialidad es, por ahora, el único principio aceptable.—8. Fundamento jurídico de la exterritorialidad.—9. Razones en que parece haberse fundado la Comisión redactora para aceptar la territorialidad.—Se las refuta.—10. Conclusiones del Congreso Penitenciario Internacional de Bruselas en favor de la exterritorialidad.—11. La ley del 85 y varios tratados celebrados por la República prohíben la extradición de los nacionales.—12. Razones de esta



prohibición. Voto del Congreso de Bruselas.—13. Crítica del art. 2º del proyecto. El nacional no puede ser expulsado, pero puede prohibírsele su entrada al país por razones especiales.—14. Consecuencias de este hecho.—15. Necesidad de que el proyecto extienda la aplicación de la ley penal á los delitos cometidos en el extranjero contra la Nación.—16. El inc. 1º del art. 1º no comprende este caso.—17. Jurisdicción que debe entender en los delitos cometidos en el extranjero contra un nacional. Nuestro país tiene una jurisdicción supletoria.—18. Ni aún esta sería admisible en el caso de delitos cometidos en el extranjero por extranjeros contra extranjeros.—19. La expulsión de extranjeros no debe ser legislada por el Código sino por una ley especial. Exageraciones en que incurre el art. 2º.—20. El quebrantamiento de la expulsión no puede hacer nacer la jurisdicción del país para juzgar un delito cometido en el extranjero.....

CAPÍTULO II

CON RELACION AL TIEMPO

21. El art. 3º sanciona la verdadera doctrina no limitando la retroactividad benigna de la ley nueva.—22. Distinciones. Cuando el hecho no constituye delito por la ley nueva, la condena debe extinguirse de pleno derecho.—23. Igual conclusión cuando la ley nueva sustituye á la pena anterior una menos grave.—24. Opiniones vertidas en el Parlamento italiano en la discusión de su Código con motivo de la retroactividad benigna de la ley nueva á los casos ya juzgados.—25. Único caso en que la retroactividad debe ser solicitada y por quienes. No es necesario que las circunstancias invocadas consten de autos.....

TÍTULO II

DE LAS PENAS

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES

26. Vicios del actual sistema represivo que el proyecto no modifica. Progresos de la reincidencia.—27. El sistema represivo del proyecto es el mismo actual.—28. Error de la Comisión al creer que el debe ser establecido por una ley especial. Es el Código el que debe adoptar cualquiera de los sistemas conocidos ó crear uno nuevo. Las prescripciones del proyecto hacen imposible que el sea creado por una ley especial sin reformar el Código.....

CAPÍTULO II

SISTEMA REPRESIVO DEL PROYECTO

Páginas



Nuevas observaciones sobre este sistema.—30. La pena de muerte. Progreso del movimiento absolucionista. La frecuencia y crueldad de su aplicación no ha tenido influencia apreciable en el desarrollo de la criminalidad. Razones que explican este fenómeno. Su inutilidad reconocida la hace ilegítima.—31. La pena de muerte repugna a la conciencia nacional. Inconvenientes de este antagonismo entre la ley y los sentimientos del pueblo. Esta pena está fatalmente condenada a desaparecer.—32. Comprobación estadística de que la pena de muerte no es necesaria.—33. Otros inconvenientes de esta pena.—34. Lo que caracteriza la pena de presidio según el proyecto es el *trabajo forzado*.—35. No es posible saber lo que el proyecto entiende por tal.—36. Esta pena como la legisla el proyecto parece calculada para corromper no para intimidar. La reincidencia será su efecto inevitable.—37. Lo que es el presidio según Bentham y Dostoyuski.—38. El proyecto omite establecer los caracteres esenciales de esta pena. La ley especial que los establezca será una ley reformativa del Código. Graves inconvenientes en la práctica.—39. Falta de fundamento de la prohibición de emplear a los presidiarios en obras públicas contratadas por particulares.—40. El trabajo de estos penados en obras públicas contratados por empresa es aconsejado por la ciencia y usado en la generalidad de los países.—41. Necesidad de que el trabajo de estos penados sea remunerado.—42. La pena de prisión. Sus caracteres esenciales. Grave error del proyecto que hará imposible el establecimiento por ley especial de los regímenes filadelfiano y progresivo. Omisiones.—43. Lo que entiende el proyecto por presidio y prisión por tiempo indeterminado. No importan la aplicación del principio de las sentencias indeterminadas rechazadas por la ciencia.—44. Impropiiedad de ese calificativo.—45. Sus inconvenientes. Distinción del Bentham entre el valor real y el valor aparente de las penas. Conveniencias de dar a estas penas su verdadero nombre de penas perpetuas.—46. Inconvenientes de restringir la pena de detención a solo los delincentes políticos y a ciertos delitos de funcionarios públicos.—47. La promiscuidad y la ociosidad son las características de esta pena según el proyecto.—48. La deportación. Impropiiedad de este nombre. La eliminación de ciertos criminales no es aceptable sino cuando ellos se muestran refractarios a un sistema racional de penalidad.—49. Mala organización de esta pena por el proyecto.—50. No es deportación sino confinamiento. En el país no existe un lugar a propósito.—51. Inaptitud del transportado para el trabajo. Consecuencias.—52. Su inmoralidad. Peligros para el porvenir.—53. Opinión de



Páginas

Mr. Leveiller sobre la deportación en la forma que la establece el proyecto.—51. Fracaso y supresión de la transportación en Inglaterra y Rusia. Va en camino de abolirse en todas partes.—56. Error del proyecto en cuanto a la liberación de los deportados.—56. Pago de la multa en caso de fallecimiento del condenado.—57. Error de limitar la inhabilitación al tiempo de la condena. Diferencia entre inhabilitación y privación de derechos civiles.—58. Lo que disponen los Códigos extranjeros.—59. Esta pena no debe ser *accessoria e indivisible* como lo establece el proyecto, sino *complementario y divisible*.—60. Motivos que justifican la privación de algunos derechos civiles y cuales deben ser estos. La disposición del artículo 17 del proyecto, en esta parte, es injustificable.—61. Necesidad de suprimir el inc. 1º del art. 26. Esta penalidad tiene un carácter confiscatorio y solo pesará sobre la familia del condenado.....

53—108

CAPÍTULO III

SISTEMA REPRESIVO NACIONAL

Sección I

Consideraciones generales

2. Dificultades con que choca la reforma penal. Dualidad de fuerzas en lucha.—63. Principios en que debe inspirarse la reforma.—64. El legislador debe inspirarse en un fin de utilidad social. La prevención individual debe primar sobre la colectiva.—65. Necesidad de una clasificación de criminales.—69. Cual debe ser esta.....

109—117

Sección II

MEDIDAS EDUCADORAS

7. Delincuencia juvenil. Su gravedad. Educación en vez de represión.—68. El proyecto encara esta cuestión bajo el punto de vista jurídico en vez del social.—69. Preponderancia de los factores sociales en la delincuencia juvenil.—70. Manera de combatirla. 71. Como la legisla el proyecto.—72. Consecuencias desastrosas que tendrán sus disposiciones.—73. Edad de irresponsabilidad. Lo que disponen las leyes extranjeras a este respecto.—74. El periodo de minoría penal se debe dividir en dos.—75. Selección por edad y por grado de moralidad. El legislador no puede adoptar sino la primera.—76. Naturaleza de las medidas a adoptarse en los tres periodos. Necesidad de constatar la anomalía.—77. Relación entre la criminalidad juvenil y la reincidencia.—78. Ninguna dificultad seria se opone a la adopción del sistema propuesto.....

117—131



Sección III

§ I

DETENCIÓN—PENAS PARALELAS

79. La detención es pena de intimidación pura. La diferente penalidad con que nuestras leyes reprimen los delincuentes políticos, tiene su origen en el móvil de este delito.—80. Necesidad de asimilar á los delitos políticos los comunes que no revelan inmoralidad en el agente.—81. Si la pena se ha de individualizar, debe tenerse en cuenta al aplicarla el móvil del delito.—82. Las penas paralelas. Sus ventajas. Hoy la generalidad de los países las han aceptado. Contradicción entre el informe de la comisión y el proyecto.—83. Necesidad de la individualización judiciaria.—80. No ofrecerá inconvenientes en la práctica..... 137—150

§ II

CORTAS PENAS DE APRISIONAMIENTO

85. En que consisten. Sus graves inconvenientes.—86. Solo debe aplicarse cuando sea indispensable. La pena de arresto..... 150—153

§ III

CONDENA CONDICIONAL

87. Es una pena de advertencia ó de intimidación pura.—88. Dos sistemas en uso. Sistema inglés.—89. Sistema francés. Sus diferencias con el inglés. Es el generalmente adoptado.—90. Ventajas del sistema francés.—91. Criticas que se han dirigido y su falta de fundamento.—92. Los buenos resultados de su aplicación en los diferentes países. Votos de los Congresos penitenciarios.—93. Criticas del proyecto. La condena condicional debe aplicarse tambien á la multa.—94. Continúa la critica al art. 32. Debe aplicarse tambien á las faltas. No prevée el concurso de delitos.—95. La segunda parte del art. 32 no está de acuerdo con los propósitos del instituto.—96. Periodo de prueba. Necesidad de relacionarlo con el de la prescripción.—97. Solo un delito castigado con prisión puede justificar la revocación del beneficio.—98. El art. 34 sanciona la verdadera doctrina..... 153—170

§ IV

MULTA

99. Ventajas de esta pena. Debe sustituir á las cortas penas de aprisionamiento.—100 El art. 28 del proyecto evita, en lo posible, su desigualdad.—101. Ella no debe sustituirse con una corporal sino cuando el condenado pudiendo no paga. Para su cobro debe procederse análogamente al de una deuda civil.—



102. ¿Puede el condenado sustituir el pago en naturaleza al pago en especie?.. *Corre penal*.—103. ¿Está obligado el heredero á pagar la multa?—104. Conveniencia de crear una caja de multas.....

Páginas
170—180

SECCION IV

Penas reformadoras

§ I

SISTEMAS PENITENCIARIOS

105. Ventaja de la pena de prisión. Es la mejor de las penas si está bien organizada. El art. 48 de la Constitución Nal.—106 Origen de los actuales sistemas penitenciarios. El sistema filadelfiano.—107. No se practica en su forma primitiva.—108. Nuestro Código y proyectos no admiten el régimen celular. Críticas que se le dirijen.—109. Se contesta á la primera objeción. Una cita de Aristóteles.—110. La segunda objeción es igualmente infundada.—111. La tercera objeción. Ella es contraria á la experiencia de los países que tienen este régimen.—112.—Discusión en los Congresos penitenciarios. Conclusiones del de Bruselas.—113. Comparación entre el régimen filadelfiano y el auburniano. Grave inconveniente de este último.—114. La segregación celular continua no puede ser sino una etapa de la pena. Consideraciones que fundan el régimen progresivo.—115. El régimen progresivo. En que consiste.—116. El sistema de las *marcas* de Maconochie.—117. Tercer periodo. Un cuarto periodo en el sistema de Crompton.—118. Crítica que se le ha dirigido. Sus ventajas. Su buen resultado en Inglaterra.—119. Debe ser el que adopte la República Argentina con las modificaciones que se expresan.—120. Objeción que puede hacerse. Su falta de fundamento.....

181—206

§ II

LIBERACIÓN CONDICIONAL

121. En que consiste.—122. Erronea disposición del artículo 48 del proyecto.—123. El minimum que fija ese art. debe rebajarse.—124. La prohibición del art. 49 es injustificada. El beneficio debe extenderse á los condenados á detención.—125. Autoridad que debe otorgarla.—126. Crítica del art. 20.—127. Debe fijarse un minimum de duración de la libertad condicional. Término de la condena en las penas indeterminadas.—128. Vigilancia de los liberados.....

207—217



CAPÍTULO IV

EL TRABAJO PENITENCIARIO

129. Su legitimidad. Es un elemento de la pena.—131. Ventajas del trabajo penitenciario. Con el se satisfacen las obligaciones del penado.—131. ¿Tiene este derecho a su producto? Conveniencia de acordarle una remuneración.—132. Naturaleza del trabajo en las dos regiones principales del país.—133. Explotación de la mano de obra penal. Dos sistemas.—134. Inconvenientes del sistema de la empresa. El de los confccionarios.—135. Ventajas del sistema de la *regie*. Es el más difundido en Europa.—136. Concurrencia del trabajo penal y del trabajo libre. ¿Es legítima?—137. Casos en que esta concurrencia es ilegítima. El sistema de la empresa la favorece. Con el de la *regie* es fácil evitarla. Principales medios para evitar la competencia a la industria libre.—138. Destino que debe darse al producto del trabajo penal. Crítica del art. 16 del proyecto. No debe aplicarse a la indemnización civil.—139. Esta indemnización no es la principal obligación del penado.—140. El congreso de Bruselas rechazó el proyecto de asignar con este objeto una parte de ese producto..... 218—241

CAPÍTULO V

PRISION PREVENTIVA

141. Crítica del art. 30. El proyecto incurre en el mismo error del Código vigente sobre el cómputo de la prisión preventiva.—141. Inconvenientes del sistema empírico.—143. El sistema jurídico es el único justo y racional. Las críticas que se le han hecho no son fundadas.—144. El descuento que establece el art. 30 es caprichoso, arbitrario, ilógico. La prisión preventiva solo procede en el caso de delito castigado con pena privativa de libertad de cierta duración..... 242—247

TÍTULO TERCERO

RESPONSABILIDAD CIVIL

145. La indemnización civil no es una pena como lo quieren los positivistas.—146. Ella es una obligación civil, pero en cuyo cumplimiento está interesada la sociedad.—147. Mala redacción del art. 35.—148. Conveniencia en que la misma jurisdicción entienda de las dos acciones, civil y penal.—149. En defecto del perjudicado, el Ministerio Fiscal deberá deducir y continuar la acción civil. Conveniencia de que la ley penal reglamente esta acción. 150. Críticas de los arts. 36, 37 y 38.—151. ¿Cómo se hará efectiva la indemnización cuando el condenado es insolvente?



Páginas

Medio propuesto por Ferri. Se funda en un error. Se demuestra que el Estado no tiene culpa al no impedir los delitos.—152. Continúa la misma materia.—153. El Estado ha sido impotente para impedir los delitos á pesar de sus grandes esfuerzos.—154. Se refuta otra razón por la que se pretende hacer nacer sobre el Estado la obligación de indemnizar. Conclusiones.—155. Propuesta de Mr. de Monceau al Congreso de Bruselas. Esta idea del establecimiento de una caja de multas es realizable y presentaría verdadera utilidad.—156. El art. 30 del proyecto no resuelve satisfactoriamente la cuestión de la indemnización en caso de insolvencia. Desigualdad que sanciona. Manera de evitarla sin perjudicar el fin de la pena reformadora.—157. La reparación del daño debe considerarse como un elemento legal de atenuación de la pena. Proposición de Fioretti en el Congreso de Antropología de Roma.—158. Manera de estimular los seguros contra el robo.—159. Indemnización en caso de errores judiciales. Esta materia debe ser legislada por el Código Penal ó por una ley del Congreso. Grave importancia de esta cuestión según las estadísticas extranjeras.—160. El caso de Jose Borrás. Commoción que produjo, provocando la ley de 1895.—161. Dos teorías que pretenden justificar la obligación del Estado de indemnizar á las víctimas de errores judiciales. La de la *falta social*. Objeción y consecuencias inadmisibles.—162. El *riesgo profesional*. El es el mejor fundamento de aquella obligación.—163. La ley francesa se inspiró en esta teoría.—164. En la prisión preventiva no existe obligación de indemnizar. Ella es una necesidad y, por tanto, un derecho del Estado.—165. Demostración de esta verdad. La prisión preventiva no se justifica sino por su necesidad bien constatada.—166. Deber moral del Estado de compensar en lo posible el perjuicio del reconocido inocente.....

249—284

TÍTULO CUARTO

RESPONSABILIDAD PENAL

CAPÍTULO I

SU FUNDAMENTO

167. Necesidad de que el legislador tenga ideas propias sobre el fundamento de la responsabilidad.—168. Demostración de esta necesidad.—169. Continuación de la misma materia. La Comisión no manifiesta sus ideas sobre este punto.—170. Dos doctrinas sobre el fundamento de la pena. Los clásicos profesaron la que se basa en la responsabilidad moral.—171. Conclusiones de la psicología sobre la libertad moral. 172. Doctrina de Spencer y de Bain.—173. Aún aceptado el libre arbitrio, el



no podría servir de fundamento á la responsabilidad penal. Opiniones de Fenillee.—174. Su discusión bajo el punto de vista teológico. Opiniones de San Bernardo y de Santo Tomás. Doctrina de Lutero y demás protestantes.—175. La ciencia moderna al rechazar el libre albedrío sale de sus dominios.—176. Dificultades prácticas y consecuencias inadmisibles de ese postulado.—177. El verdadero fundamento de la responsabilidad está en la defensa social. Todas las doctrinas lo aceptan, si nó como fin como límite. Ni el libre arbitrio ni el determinismo justifican el derecho de castigar.....

287 303

CAPÍTULO II

IMPUTABILIDAD

La pena es un determinante moral en la conciencia. Opiniones de Sócrates y de Platón.—180. La pena obra como una amenaza. Opiniones de Aristóteles y de Beccaria. Esta concepción de la pena sirve de conciliación á las diferentes escuelas.—181. Criterio práctico para distinguir á los que son capaces de sentir la coacción de la pena. La normalidad psicológica de Litzl.—182. Ella es inaceptable.—183. La normalidad fisio-psicológica.—185. Liberistas y deterministas aceptan la normalidad como criterio de responsabilidad. Objeciones de Ferri.—186. El determinismo no puede ser demostrado científicamente. Solo la libertad moral explica lo fenomenal, y ello es aceptado por todos, explícita ó implícitamente.—187. El sentido íntimo atestigua su existencia y la ignorancia de las causas de nuestras voliciones no nos autoriza á negarla. La libertad bien entendida es conciliable con las conclusiones de la ciencia psicológica.—188. Refutación de Spencer.—189. Refutación de Bain.—190. Ribot niega también la libertad moral y acepta la conciencia fenómeno. Estados inconscientes. Interrupciones de la conciencia. Contradicciones en que incurre. La ausencia ó interrupción de la conciencia no es posible constatarla.—191. Explicación que da Ribot de la unidad de conciencia. Su refutación.—192. La ciencia no puede constatar modificaciones en las células y en los filamentos nerviosos y si existieran no podrían ser estables.—193. Contradicciones de Ribot. La conciencia como fenómeno orgánico no nos explica nada.—194. Ley de la persistencia de la fuerza invocada por Ferri.—195. Opiniones de Descartes y de Leibnitz. Teoría de Mr. Naville y de Mr. Boesnesq. El método de los límites.—196. Teoría de Mr. Delbeuf por la que sostiene matemáticamente la existencia de la libertad.—197. Nuestra opinión.....

304-339

CAPÍTULO III

CAUSAS PSÍQUICAS DE IRRESPONSABILIDAD



Páginas.

198. Falsedad de la presunción consignada en el art. 40. Confusión que se hace entre dolo general y dolo especial.—199. Las presunciones deben basarse en un criterio universal y este criterio no existe en los hechos individuales. Inutilidad de esa presunción.—200. El error del Código español viene de una falsa interpretación del derecho Romano. Los Códigos modernos establecen la necesidad de probar el dolo.—201. Algunos de los autores del proyecto demuestran la falsedad de esa presunción.—202. Vaguedad é impropiedad de la expresión *enajenación mental* que emplea el art. 41 *a*) del proyecto.—203. Dificultades en la interpretación clínica de la locura.—204. La imbecilidad. Sus diferencias con la locura.—205. La legislación antigua y la moderna distinguen el imbecil y el loco.—206. Las enfermedades de la voluntad no importan enajenación mental. Son compatibles con una inteligencia sana. Explicación del fenómeno. Caso referido por Colmel.—207. Opiniones del Dr. Ingenieros.—208. La epilepsia y la histeria no son enfermedades mentales salvo sus crisis. La epilepsia como causa de irresponsabilidad. Epilepsia *desconocida* y *lucrada*. La histeria. Auto-sugestión. Los robos en las grandes tiendas.—209. El sonambulismo tampoco es locura. Puede originar delitos.—210. Irresponsabilidad del sonámbulo. Opiniones de Hoffbauer. Fodéré y Muyart de Vouglans.—211. El hipnotismo y mucho menos la sugestión post hipnótica pueden calificarse de enajenación mental.—212. ¿El sordo mutismo para el proyecto es causa de irresponsabilidad? El silencio del proyecto no tiene explicación.—213. Casos en que el sordo mutismo es causa de irresponsabilidad.—214. Educación del sordo mudo. Ella puede hacerlo imputable.—215. El sordo mudo educado puede ser irresponsable. La irresponsabilidad del sordo mudo debe presumirse.—216. Edad de irresponsabilidad absoluta en el sordo mudo.—217. La embriaguez. No puede confundirse con la enajenación mental.—218. Ni los Códigos extranjeros, ni la jurisprudencia, ni los autores confunden la embriaguez con la enajenación mental.—219. Diferencia entre alcoholismo y embriaguez simple. La locura alcohólica está comprendida en la fórmula del proyecto.—220. Periodos de la embriaguez. Los que ofrecen interés bajo el punto de vista penal.—221. Los delitos cometidos en estado de embriaguez completa no pueden ser calificados de dolosos. Error de Garófalo.—222. Continuación de la misma materia. Falsa interpretación del derecho romano. La embriaguez es ilícita pero no puede generar el dolo.—223. El delito del ebrio es un delito *ex-culpa* y debe ser castigado como tal. Distinciones.—224. Embriaguez preordi-



nada. Inutilidad de la cuestión. Opiniones de Carrara y de Ferri. Responsabilidad del ebrio en este caso.—225. La generalidad de los autores sostienen esta doctrina. Legislación romana, canónica y de las Partidas. Doctrinas de Farinacio y de Claro. Responsabilidad en caso de ebriedad parcial.—226. Responsabilidad del monómano. Ella es sancionada por nuestra legislación. La fórmula del proyecto no resuelve la cuestión. La doctrina antigua.—227. Doctrina moderna. Opiniones de Morel y de Maudsley.—229. Necesidad de que la ley penal prevenga este caso.—230. Intervalos lúcidos. El delito cometido en ese estado es imputable según la fórmula del proyecto. La doctrina hoy prevalente es la de la irresponsabilidad.—231. Lo que disponía el antiguo derecho.—232. El loco durante el lúcido intervalo es siempre loco. Lo que dicen Dagonet y Krafft Ebing.—233. Crítica a la opinión de Legrand de Saulle. Opinión de los criminalistas modernos.—234. La locura moral. Cuadro sintomatológico de Krafft Ebing.—235. Dos aspectos de la locura moral. El loco moral es responsable.—236. La locura moral no es una enfermedad.—237. Anomalia no es enfermedad.—238. El sentido moral es relativamente reciente. Su prueba.—239. El sentido moral en los pueblos salvajes.—240. Opiniones de Fioretti y de Tarde.—241. El justo dolor no puede calificarse de enajenación mental. Diferencia entre la locura y las emociones y pasiones.—242. Emociones *esténicas* y *asténicas*. Naturaleza del dolor. El dolor por sí mismo no puede generar el delito.—243. La ira producida por el dolor hace al criminal menos peligroso. No hay criterio para distinguir los delitos cometidos por impetu de dolor ó impetu de ira. Crítica de Carrara. Id de Conti.—244. El dolor no puede ser causa eximente de pena.—245. Doctrina del derecho romano sobre el justo dolor. Id de Julio Claro. Opiniones de los criminalistas modernos.—246. Manera como debe ser redactado el inc. a) del art. 41 del proyecto.—247. Justificación de la fórmula aconsejada.....

340—421

CAPÍTULO IV

MENOR EDAD

248. Nuestra disconformidad con el inc. 2 del art. 41.—249. La mejor manera de reprimir la delincuencia juvenil.

422—426

CAPÍTULO V

ESTADO DE NECESIDAD

250. Contradicciones del proyecto. Crítica de los incs. 3 y 4.—251. Inutilidad de prever la violencia física irresistible.—252. Definición. Su diferencia con la legítima defensa. La embriomanía.—253. Bienes iguales y bienes desiguales. Ejemplos.—254. Doctrinas por las que se pretende justificar el estado de nece-



Páginas

sidad. La de la <i>vuestra a la comunidad</i> .—255. La de la <i>contrainte</i> es insuficiente para justificar todos los casos de necesidad.—256. La doctrina de la <i>debilidad humana</i> adolece de igual inconveniente.—257. La del <i>conflicto de bienes</i> es insuficiente en el caso de bienes iguales.—258. La de la <i>inutilidad de la represión</i> es la que funda mejor la necesidad en todos los casos.—259. La pena en caso de necesidad no puede obrar como una amenaza y por tanto es inútil.—260. Consecuencias.—261. Condiciones que debe llenar el acto necesario para que exima de pena.—262. La intervención.—263. Casos en que ella es legítima.—264. Manera como legislan el estado de necesidad los Códigos extranjeros.—265. Nuestra fórmula para reemplazar los incs. 3 y 4 del proyecto	427—436
--	---------

CAPÍTULO VI

OBEEDIENCIA JERÁRQUICA

266. Inutilidad del inciso 5°.—267. Generalidad inconveniente de la disposición del inciso 6°. Ella no puede referirse sino a la obediencia jerárquica y así debe expresarlo la ley.—268. La obediencia del inferior supone la legitimidad de la orden del superior, la que se presume.—269. Condiciones que debe reunir la orden	437—463
---	---------

CAPÍTULO VII

LEGÍTIMA DEFENSA

270. Mala redacción del inciso 7°.—271. En el Código vigente, el inciso 8° no prevee todos los derechos. Opinión contraria de Moyano Gacitúa.—272. Inutilidad del agregado hecho por la comisión.—273. La defensa de los bienes. Anarquía en la legislación y en la doctrina.—274. La defensa de los bienes debe ser aceptada por nuestra legislación. Fundamento de la opinión contraria.—275. Fundamento de la nuestra. Límite del derecho.—276. Disensión del requisito «falta de provocación suficiente». Refutación de Pacheco.—277. Injusticia de esta limitación.—278. El provocador que se defiende no es un ser peligroso.—279. Lo que disponen los Códigos modernos. Cual es el estado de la doctrina sobre este punto.—280. Opinión de Carrara.—281. Razón de esta anarquía de opiniones. La opinión más general sobre el fundamento de la legítima defensa, hace inaceptable el requisito de la falta de provocación.—282. Derechos que dan lugar a la legítima defensa y en que casos.—283. Fórmula que debe reemplazar al inciso 7°.—284. El exceso de defensa. Modo como debe ser legislada, comprendiendo el estado de necesidad y la obediencia jerárquica	464—484
---	---------

CAPÍTULO VIII

ATENUACIÓN Y AGRAVACIÓN DE LAS PENAS

285. El proyecto acepta el sistema de las circunstancias genéricas. Errónea disposición del art. 42. Debe dejarse latitud al juez para que fije la pena entre los dos límites.—286. Crítica al art. 43.—287. Fases de la criminalidad subjetiva. La que debe tener en cuenta la ley y el proyecto olvida.—288. El inciso 2º del art. 43 habla de la criminalidad pasiva que solo se debe tener en cuenta para fijar la naturaleza de la pena.—289. Conveniencia de suprimir los arts. 42 y 43 y cómo debe estar concebida la disposición que los reemplace.—290. El Código debe prever en la parte general por una disposición de carácter general los delitos cometidos bajo el impulso de ira proveniente de intenso e injusto dolor y por provocación gravísima.—891. Lo que dispone el proyecto sobre la semi-responsabilidad.—292. Gravedad de esta cuestión. Opiniones en uno y otro sentido.—293. La semi-responsabilidad debe ser rechazada de los Códigos que aceptan como fundamento de la responsabilidad la defensa social.....



Páginas

483—501

TÍTULO QUINTO

DE LA TENTATIVA

294. El proyecto en el art. 44 define la tentativa y la define mal. Inconveniencia de estas definiciones legales.—295. Crítica de esa definición. Elementos de la tentativa.—296. La definición del proyecto ó restringe ó amplía excesivamente la noción de la tentativa.—297. Ella es incompleta. Precedentes en la legislación extranjera. Opiniones de Maneini y Zanardelli al discutirse el Código italiano.—298. Inconvenientes que se han producido en Alemania á causa de análoga definición de su Código.—299. La segunda parte del art. es inútil.—300. La cuestión del crimen imposible y de la inidoneidad de los medios.—301. Doctrina de Carrara.—302. La inidoneidad de los medios. Una opinión equivocada de un criminalista argentino.—303. Un caso de inidoneidad absoluta de los medios debe castigarse el hecho como delito *sui generis*.—304. Error de lo consignado en el art. 45 ya refutado por el autor.—305. Inutilidad de las presunciones establecidas por el art. 46.—306. Error fundamental del proyecto respecto á la penalidad de la tentativa.....

503—518



TÍTULO SEXTO

PARTICIPACION CRIMINAL

307. El proyecto insiste en el error de definir. Las definiciones de los arts. 48 y 49 son malas.—308. Crítica del art. 49.—309. Equiparación de la pena del cómplice a la del autor principal que sanciona el art. 50. Opiniones contrarias de los doctores Rivarola y Moyano Gacitúa. Opiniones del autor en la disensión parlamentaria de 1903.—310. Doctrina de Von Buri en favor de la equiparación. Se refuta. Individualización de la pena a los partícipes.—312. La complicidad debe ser circunstancia agravante.—313. Poca claridad del art. 52.—314. Comunicabilidad de las circunstancias agravantes personales. Divergencias en la doctrina. Ellas solo se deben comunicar cuando han sido conocidas y han servido para facilitar el delito.—315. Tentativa de complicidad. Opiniones vertidas por el autor en el Senado.—316. Nuevos fundamentos que la refuerzan.—317. El art. 54 merece ser aprobado con la limitación que se expresa.....

TÍTULO SÉPTIMO

REINCIDENCIA

318. Gravedad del fenómeno.—319. Incremento de la reincidencia paralelamente al desenvolvimiento de la civilización.—320. Opiniones del autor sobre la manera de combatirla.—321. El proyecto define la reincidencia y la define mal. Perpetuidad del estado de reincidencia.—322. Se refutan las opiniones de Garófalo y Porto.—323. Opinión general en favor de la temporalidad.—324. Su fundamento.—325. Crítica al art. 33.—326. Se deben tener en cuenta para la reincidencia las sentencias extranjeras. Discusión de la opinión contraria.—327. Voto del Congreso penitenciario internacional de París. Falta de razón para considerar a los condenados en el extranjero como delinquentes primarios.—328. Solo los delitos exclusivamente militares deben estar excluidos de la reincidencia.—329. Otras críticas.—330. La reincidencia de los menores.—331. La represión de la reincidencia.—332. La incorregibilidad no puede constatare, debe ser apreciada por el juez. Las penas reformadoras son inútiles para los incorregibles. La pena de la incorregibilidad.—333. Diferencia entre la reincidencia y el concurso de delitos.—334. Constatación del estado de reincidencia. El Congreso debe legislarla.—335. El Congreso tiene facultad para hacerlo.—336. Como se prueba la identidad del procesado. Sistema de Mr. Bertillon.—337. Críticas dirigidas

