



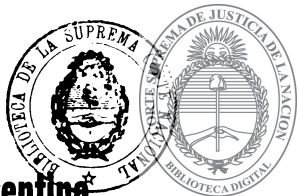


LA REFORMA PENAL ARGENTINA

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
AÑO	3086
TOMO	E. 68
FICHA MATERIA	



Dr. JOSE PECO



# La Reforma Penal Argentina

DE 1917 - 20

Ante la ciencia penal contemporánea y los antecedentes  
nacionales y extranjeros

OBRA LAUREADA

Por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Con el premio "Alfonso J. de la Plata"

CON PRÓLOGO

DEL

Dr. JUAN P. RAMOS

PROFESOR DE DERECHO PENAL

DE LA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD  
DE BUENOS AIRES



BUENOS AIRES

VALERIO ABELEDO, EDITOR—LIBRERIA JURIDICA

CALLE LAVALL 138 E. 74

1921





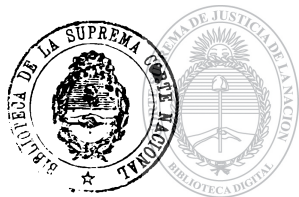


*A mis padres*

*A mis hermanos*

*Al Dr. Luis A. Tamini*





# INDICE

PRÓLOGO.....	XIII
--------------	------

BIBLIOGRAFIA . . . . .	5
------------------------	---

CAPITULO PRELIMINAR. — EVOLUCION DEL DERECHO PENAL ARGENTINO. — 1º Justificación del estudio de la historia del derecho penal argentino. — 2º Característica del derecho penal español. — 3º Fuero juzgo. — 4º Las Leyes de Partidas. — 5º Nueva recopilación. — 6º Leyes de Indias. — 7º Leyes posteriores a la Revolución. — 8º Constitución Nacional. — 9º Proyecto Tejedor. — 10. Proyecto Villegas, García, Ugarriza. — 11. Código Penal. — 12. Proyecto de 1891. — 13. Ley de Reformas. — 14. Proyecto de 1906. — 15. Proyecto de 1917 . . . . .	17
--	----

CAPITULO PRIMERO. — POLITICA CRIMINAL DEL PROYECTO DE 1917. — 1º Origen de las nuevas orientaciones del derecho penal. — La política criminal. — Concepto. — 2º Prevención general y prevención especial. — 3º Legislación penal argentina. — Tendencias. — 4º El Proyecto de 1917. — Ventajas sobre la legislación penal actual. — 5º Defectos. — 6º Clasificación de los delincuentes. — Comparación con el Proyecto suizo. — 7º La prevención especial y general en el Proyecto argentino y en el suizo. — 8º Latitud Judicial. — 9º Conclusión . . . . .	83
--	----

CAPITULO SEGUNDO. — APLICACION DE LA LEY PENAL CON RELACION AL TERRITORIO. — 1º Distintos sistemas: Crítica al estatuto personal o sistema de la nacionalidad. — 2º El principio de la extraterritorialidad. — 3º Territorialidad de la ley penal consagrada en el Proyecto de 1917. — Ventajas. — 4º Disposiciones supérfluas. — 5º Excepciones a la territorialidad. — 6º Aplicación de la ley argentina respecto de los delitos que cometidos en el extranjero producirán aquí sus efectos. — 7º Delitos internacionales. — 8º Agentes y empleados de autoridades argentinas. — 9º Delitos de piratería. — 10. Delitos cometidos por argentinos en el extranjero. — 11. Extensión de la ley a las faltas . . . . .	129
---	-----



CAPITULO TERCERO. — APLICACION DE LA LEY PENAL CON RELACION AL TIEMPO. — 1º La retroactividad de la ley en el Proyecto de 1917. — 2º Obstáculos para determinar la ley más benigna; ¿Contiene dictar una ley transitoria o entregar a la cordura judicial la solución de las dificultades? — 3º Extensión de la retroactividad a la cosa juzgada. — Antecedentes nacionales y extranjeros.—4º Antecedentes de la legislación italiana. — 5º Opinión de los autores. — 6º Estudio comparativo del Proyecto de 1917 con los antecedentes nacionales. 7º Como debiera redactarse. — 8º Cómputo de la prisión preventiva . . . . .	149
CAPITULO CUARTO. — LEGISLACION SOBRE FALTAS. — ARTICULO 4 DEL PROYECTO. — 1º Art. 4. — 2º Antecedentes nacionales. — Proyectos de Tejedor, Villegas-García-Ugarriza; de 1891 y 1906. — 3º Fundamentos del Proyecto de 1917. — 4º Crítica al mismo. — Antecedentes extranjeros — 5º Como debería legislarse la materia . . . . .	165
CAPITULO QUINTO. — DE LAS PENAS. — 1º Antecedentes nacionales. — 2º Proyecto de 1917. — 3º Supresión de la pena de muerte. Causas justificativas. — 4º Supresión del destierro. — 5º Reducción de las penas privativas de libertad. — 6º Reclusión y prisión perpetua. — 7º Destino del producto del trabajo. — 8º Inhabilitación absoluta consiguiente a la reclusión y prisión. — 9º Privación de los derechos civiles. Errores del Proyecto. — 10. Derogación de los artículos 64 y 66 del Código penal. Razones. — 11. Personas exceptuadas de la reclusión. — 12. Detención domiciliaria. Recaudos. — 13. Inhabilitación. — 14. Supresión del art. 78 del Código en vigencia. — 15. Relegación. Crítica. — 16. Pena de multa. Ventajas. — 17. Medida de la multa. — 18. Conversión de la multa en prisión. — 19. — Extinción de la prisión. Pago de la multa. — 20. La multa es pena personal. — 21. Penas paralelas. — 22. Sentencia indeterminada . . . . .	179
CAPITULO SEXTO. — LIBERTAD CONDICIONAL. — 1º Antecedentes extranjeros y nacionales. — 2º Fundamentos de la institución. — 3º Causas que han de obstar al éxito de la innovación. — 4º Error del Proyecto al concederlo imperativamente. — 5º Requisitos. — 6º Autoridad que otorga la libertad condicional. — 7º Condiciones impuestas. — 8º Duración de las mismas. — 9º Revocación. Efectos . . . . .	225
CAPITULO SEPTIMO. — CONTINUACION DEL TITULO II. — 1º Prisión preventiva. — 2º Cómputo de la locura en el tiempo de la pena. — 3º Admisión de los condenados por tribunales provinciales en los establecimientos nacionales. — 4º Efectos provenientes del delito . . . . .	237



CAPITULO OCTAVO. — CONDENA CONDICIONAL. — 1º Propósito de la condena condicional. Juicio acerca de la misma. — 2º Ventajas. — 3º Objeciones. — 4º Inconvenientes en la República Argentina. — 5º Diversas denominaciones de la nueva institución. — 6º Distintos sistemas. — 7º Condiciones para otorgarla. — 8º Concurso de delitos. — 9º Duración de la prueba. — 10. Efectos . . . . .	2.
CAPITULO NOVENO. — (Título I). — RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DE LOS DELITOS. — 1º La responsabilidad civil en el Código penal en vigencia. — 2º La responsabilidad civil en el Proyecto. Reformas introducidas. Consagración de un capítulo especial a la materia. — 3º Unidad del juicio civil y penal. — 4º Extensión de la responsabilidad civil. — 5º Constitucionalidad de la unidad del juicio. — 6º La responsabilidad procede de oficio. Inconvenientes prácticos. — 7º Conveniencia de extender la reparación pecuniaria a las sentencias absolutorias. — 8º Preferencia de la obligación de indemnización. — 9º Solidaridad en caso de participación. — Injusticia de la parte final del Art. 31. — 10. Medios de hacer efectiva la responsabilidad civil. Sistemas propuestos en caso de insolvencia Solución del Proyecto . . . . .	25
CAPITULO DECIMO. — IMPUTABILIDAD COMENTARIO DEL ARTICULO 34. INCISO 1º — 1º Imputabilidad. Libre albedrío. — 2º La voluntad. — 3º Art. 34, Inc. 1º — 4º La causa de imputabilidad debe existir en el momento de cometer la acción. Dificultades en el caso de intervalo lúcido. — 5º Efectos de los estados enumerados en el art. 34, Inc. 1º Conveniencia en suprimirlo. — 6º Causa de la imputabilidad. — 7º Locura moral . . . . .	27
CAPITULO DECIMO PRIMERO. — EMBRIAGUEZ. — 1º Importancia. — 2º Antecedentes nacionales. — 3º Proyecto de 1917. — 4º Crítica del mismo. — 5º Tendencias modernas. — 6º Legislación comparada . . . . .	30.
CAPITULO DECIMO SEGUNDO. — SEMI-ALIENADOS. — 1º Semi-alienados. Concepto. Error del Proyecto al descuidar su estudio. — 2º Objeciones de la doctrina. Contraréplica. — 3º Medidas de defensa propuestas. — 4º Congresos de derecho penal. — 5º Antecedentes extranjeros. — 6º Conclusión . . . . .	317
CAPITULO DECIMO TERCERO. — OBEDIENCIA JERARQUICA. — 1º Proyecto de 1917. — 2º Crítica. — 3º La orden. Requisitos. — 4º Exceso. — 5º Conclusión . . . . .	320



CAPÍTULO DECIMO CUARTO. — ESTADO DE NECESIDAD. — 1º Fuerza irresistible. — 2º Estado de necesidad. — 3º Concepto del mal. — 4º Intervención de terceros. — 5º El mal evitado y el mal ocasionado. — 6º Evitabilidad del mal. — 7º ¿El necesitado debe ser extraño al peligro? — 8º Exceso. — 9º Conclusión . . . . .	333
CAPÍTULO DECIMO QUINTO. — LEGÍTIMA DEFENSA. — 1º Fundamento. — 2º Proyecto de 1917. Inconvenientes. — 3º Reauidos. — 4º ¿Cuáles derechos son susceptibles de legítima defensa? — 5º Defensa de los bienes. — 6º Defensa de parientes y extraños. — 7º Defensa de la honra. — 8º Exceso de la defensa. — 9º Presunción del art. 82 del Código penal . . . . .	345
CAPÍTULO DECIMO SEXTO. — POLÍTICA CRIMINAL DE LOS MENORES. — 1º Su importancia. — 2º Causas de la delincuencia precoz. — 3º Antecedentes nacionales. — 4º Proyecto de 1917. Crítica. — 5º Antecedentes extranjeros. Legislación inglesa. — 6º Legislación francesa. — 7º Antecedente italiano. — 8º Proyecto suizo. — 9º Conclusiones . . . . .	357
CAPÍTULO DECIMO SEPTIMO. — LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES.—1º El Código en vigencia.—2º Amplitud judicial. 3º — Proyecto de 1917. — 4º Edad. — 5º Educación. — 6º Costumbres. — 7º Motivos determinantes. — 8º Participación del hecho y reincidencia. — 9º Demás condiciones personales que demuestran mayor o menor perversidad . . . . .	375
CAPÍTULO DECIMO OCTAVO. — TENTATIVA. — 1º Proyecto de 1917. — 2º Elementos que caracterizan la tentativa. Crítica de la premeditación. — 3º Delito imposible. — 4º Distintas teorías. — 5º Crítica a las mismas. — 6º Antecedentes nacionales. — 7º Precedentes extranjeros. — 8º Desistimiento voluntario. — 9º Penalidades . . . . .	387
CAPÍTULO DECIMO NONO. — PARTICIPACIÓN CRIMINAL. — 1º Asociaciones criminales. — 2º Autores materiales y morales en el Código penal en vigencia y en el Proyecto de 1917. — 3º Relaciones entre el instigador y el instigado. ¿Las supresiones de los artículos respectivos del Código penal en vigencia, son justificadas? — 4º Complots y bandas. — 5º Complicidad. — 6º Penalidad de los cómplices. — 7º Responsabilidad del cómplice cuando el autor principal comete un hecho más grave. — 8º Participación infructuosa. — 9º Influencia de las relaciones, circunstancias y calidades personales. — 10. Delitos de imprenta. — 11. Encubrimiento . . . . .	403



CAPITULO VIGESIMO. — REINCIDENCIA. — 1º Consideraciones generales. — 2º Concepto de la reincidencia en el Proyecto. — 3º Condena anterior. — 4º La sentencia debe emanar de un tribunal del país. — 5º Comisión de un nuevo delito o reincidencia genérica. — 6º Purgación de la reincidencia. — 7º Exclusión de los menores de diez y ocho años. — 8º Ninguna influencia del indulto y de la conmutación. — 9º Delitos militares. — 10. Delitos políticos. — 11. Delitos culposos. — 12. Penalidad. Antecedentes nacionales. — 13. Solución del Proyecto de 1917. — 14. — Diferencia entre la reincidencia y el concurso de delitos. — 15. La pena de relegación. Duración, objeto, crítica. — 16. Antecedentes extranjeros. — 17. Cómo debería encararse el problema de la reincidencia. — 18. Comprobación de la misma	433
CAPITULO VIGESIMO PRIMERO. — Concurso de delitos. — 1º Concurso ideal y concurso real. Crítica al artículo 54. — 2º Concurso real. Penas. Distintos sistemas. — 3º Concurso cuando la persona está cumpliendo la pena por otro hecho distinto. — 4º Jurisdicción	465
CAPITULO VIGESIMO SEGUNDO. — EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS. — 1º Extinción de las acciones y de las penas en el Código penal y en el Proyecto. — 2º Muerte del imputado. — 3º Amnistía. — 4º Prescripción. — 5º Plazos de la prescripción. Incongruencias. Errores. — 6º ¿Desde cuándo corre la prescripción? — 7º Interrupción de la prescripción. — 8º Art. 57. — 9º Renuncia de la persona ofendida. — 10. Matrimonio subsiguiente en los delitos contra la honestidad. — 11. Retracción de las injurias y calumnias. — 12. Indulto. — 13. Perdón de la parte ofendida	475
CAPITULO VIGESIMO TERCERO — DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES. — 1º Del ejercicio de las acciones en el Código penal y en el Proyecto de 1917. — 2º Conveniencia de establecer reglas de competencia, como el Proyecto de 1891. — 3º Acciones dependientes de instancia privada. — 4º Acciones públicas y privadas. — 5º Las acciones privadas en el Proyecto. — 6º La misma materia en el Código noruego. — 7º Código italiano. — 8º Proyecto suizo. — 9º ¿Quiénes pueden ejercer la acción? — 10. Conveniencia en establecer un límite para la presentación de la querrela. — 11. Acción popular	495
CAPITULO VIGESIMO CUARTO. — SIGNIFICACION DE ALGUNOS CONCEPTOS. — 1º El artículo 76 conviene suprimirlo. Razones	507
CAPITULO VIGESIMO QUINTO. (Capítulo final). — MODIFICACIONES QUE DEBEN INTRODUCIRSE EN LA ARQUITECTURA JURIDICA DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL. — Libro Primero. — Disposiciones generales	511



## NOTAS

Vinculaciones entre los Proyectos de Tejedor y el de 1917. — Diferencias entre los Proyecto de 1891 y 1906 . . . . .	31
Modificaciones y agregados propuestos por el doctor Moreno al Proyecto de 1906 . . . . .	48
Diferencias entre el Proyecto de 1906 y el de 1917 . . . . .	52
Reformas propuestas por la comisión del Senado al Proyecto de 1917 . . . . .	57
Reformas del Proyecto de 1917 al Código penal . . . . .	63
Nociones de política criminal y de política social . . . . .	84
La lucha de las escuelas en Alemania . . . . .	88
La pena y la medida de seguridad según la doctrina . . . . .	97
El arbitrio judicial . . . . .	115
Aplicación de la ley territorial a los delitos cometidos en el extranjero en Guatemala, Honduras y Costa Rica . . . . .	147
Retroactividad de la ley más benigna a la cosa juzgada en los Códigos americanos . . . . .	153
El delito y las faltas o contravenciones, según la doctrina y la legislación comparada . . . . .	166
Sistemas carcelarios . . . . .	182
La acción civil y la acción penal en los Códigos de procedimientos criminales argentinos . . . . .	266
La responsabilidad según la doctrina . . . . .	279



# PROLOGO







Tengo el mayor placer, después de haber sido uno de sus examinadores, de escribir estas líneas de introducción para el trabajo que hoy publica el Dr. José Peco.

Su libro es el primer estudio de conjunto que aparece en nuestro país sobre el proyecto de Código Penal de 1917. Su autor, a pesar de que acaba de abandonar el aula universitaria, se nos revela en él un espíritu que ha querido pensar por sí mismo, en un tema tan vasto y tan difícil, mas bien que proponerse la tarea cómoda de resumir en una tesis el conjunto de opiniones ajenas que hoy es posible estudiar o glosar sobre una o varias de las instituciones modernas de Derecho Penal. Y esto es ya, de por sí, un gran mérito en nuestra escasa literatura doctrinaria.

El proyecto de 1917 no ha sido sometido hasta ahora a un verdadero análisis crítico. Tampoco lo fué en su redacción definitiva. Nacido directamente de la necesidad de dar al país un código que reemplazara al pésimo que está en vigencia desde 1887-1903, sus autores se han preocupado mas de perfeccionar el

---

(1) Quiero dejar constancia aquí del testimonio de mi más vivo agradecimiento por el honor que entrañan para mí los juicios benévotos prodigados por el reputado criminalista y profesor, tanto más cuanto el Dr. Ramos puede reivindicar para sí la gloria de haber abierto nuevos horizontes a los estudios penales en la República Argentina (El autor).



texto del proyecto de 1906, que de presentar al Congreso un material que responda de una manera adecuada al estado social de la república y a los progresos de la ciencia penal contemporánea. De ahí sus deficiencias técnicas y la pobreza relativa de sus instituciones fundamentales. Teniendo por delante, no para copiarlos sino para adaptarlos, modelos tan excelentes como los proyectos suizos, por ejemplo, los legisladores argentinos de 1917 prefirieron la sujeción estricta a un tipo de código, el proyecto de 1906, que desconoce por completo todo lo que ha habido de nuevo y de bueno en el derecho penal positivo, sancionado o proyectado en el mundo, después del Código italiano de 1888. Su resultado ha sido el texto que estudia en este libro el Dr. Peco.

Ha adoptado en su análisis el mismo orden de distribución de materias que presenta el código, precediéndolo por dos capítulos sobre la evolución del derecho penal argentino y sobre la política criminal del proyecto, que señalan, de entrada, los motivos determinantes de los puntos de vista generales del autor. Para el Dr. Peco, como para la mayoría de los tratadistas actuales, la política criminal de un código es la primera y la más importante de las cuestiones que afectan a su apreciación científica, esto es, será bueno o malo no por lo perfecto de su redacción, de su articulado o de la graduación de sus penas, sino por la buena o mala política criminal que tienda a desarrollar en el terreno de su aplicación práctica, resumiendo su opinión con estas palabras: "en suma, hay que llegar a la prevención especial. Al código francés de 1810, al español de 1870, al holandés de 1881, al italiano de 1889, debe reemplazar el código noruego de



1902, el proyecto austriaco de 1909, el proyecto alemán de 1909, el proyecto suizo de 1916. Al reinado de Carrara, Rossi, Ortolan, Pacheco, venerables reliquias, debe suceder el reinado de Ferri, Prins, Liszt, Stooss, Saleilles, van Hamel, discretos innovadores.”

Es clara, pues, la orientación del Dr. Peco. Para él, un código penal es un conjunto de instituciones y no un sistema de penas. La pena es una consecuencia necesaria de un delito: nada más. No debe implicar un castigo ni una retribución. El estado necesita de ella para un fin más alto y más humano que el de simple mal impuesto a un delincuente. Por eso, el ideal legislativo que preconiza, le hace aceptar, aunque con ciertas restricciones la aparente innovación del proyecto de 1917 que crea las penas paralelas y las sentencias indeterminadas para cierta clase de delitos o de delinquentes taxativamente enumerados en su texto, olvidando, sin embargo, que tanto las penas paralelas como la sentencia indeterminada son buenas tan solo cuando se da al juez o a la administración pública los medios necesarios para que pueda aplicarlas científicamente y no por puro mandato de la ley que fija los casos o los límites de aplicación. Esto último es lo que hace el proyecto de 1917, como lo dice, por otra parte, el mismo Dr. Peco, que elogia su sistema de penas paralelas, llamándola (cap. 5.º párrafo 21) “innovación digna de aplauso” ¿Por qué ha de serlo? Si, como él dice, con razón (cap. 5.º párrafo 5.º) “no aparece diferencia radical *digna de consideración*”, entre las penas de reclusión y de prisión; si, como él dice, con razón (cap. 5.º pár. 21) después de mencionar todos los casos en que el proyecto autoriza las penas paralelas, “por la enumeración precedente, vese fa-



cimiento que los móviles de la acción que sirve de fundamento a las penas paralelas ha caído en saco roto" ¿por qué llama innovación digna de aplauso a lo que no es innovación ni nada? Yo creo encontrar la razón de esta incongruencia en el optimismo del Dr. Peco y en su ideal de progreso constante de la ley penal, por cuanto, considerando como una innovación feliz, en general, y doctrinariamente, al sistema de las penas paralelas, aplaude a nuestro proyecto por haberlo introducido en su articulado, aunque le conste por el análisis que hace que no será aplicable en la realidad de la práctica.

Lo mismo encontramos en el capítulo décimo, "Imputabilidad". Dice el Dr. Peco: "el proyecto de 1917 ha salvado airoosamente el rubicón del derecho penal. En efecto, desecha toda discusión de filosofía, psicología y metafísica. La misión del legislador cifra en enumerar taxativamente las causas que excluyen la imputabilidad y en entregar al criterio judicial las causas que la atenúan o agravan. Todos los delincuentes están sometidos al imperio del derecho criminal, sin curarse ni del libre albedrío, ni de la voluntariedad, problemas espinosos, objeto de controversias seculares."

Yo no sé si el Dr. Peco habrá pesado bien el alcance de su frase tan afirmativa; pero no creo que el proyecto de 1917 haya salvado airoosamente esta árdua cuestión. El tampoco, por otra parte, lo cree aunque lo diga.

Antes de que la escuela antropológica italiana introdujera en la doctrina penal la honda conmoción de sus principios, ni los autores ni los códigos creyeron que el criterio determinante de la responsabilidad pu-



diera ser un rubicón del derecho criminal. El problema es más moderno y aparece solo cuando el concepto de delincuente se sustituye en los códigos al antiguo concepto básico de delito. Modernmann, determinista convencido, redacta el artículo 37 del Código holandés de 1881 diciendo que: "Quiconque commet un fait qui ne peut lui être imputé, à cause du développement incomplet ou du trouble maladif de son intelligence, n'est pas punissable" (1), frase en la que no aparece para nada ninguna cuestión espinosa. El código italiano de 1888, en cambio, redactado por personas que se inspiraban en los principios de la moderna escuela clásica, establece como criterio de la imputabilidad el del art. 45 que dice: "Nessuno può essere punito per un delitto, se non abbia voluto il fatto che lo costituisce...". agregando en el 46: "Non é punibili colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei proprii atti." Y los redactores del código noruego de 1902, dicen así, en su art. 44: "Il n'y a pas d'acte coupable si, au moment ou il l'a commis, l'auteur ne pouvait comprendre la nature et l'illégalité de cet acte, soit que son intelligence n'eût point atteint tout son développement, ou se fût affaiblie, ou si, pour ces mêmes raisons ou parce qu'il était sous l'influence d'un danger pressant, d'une contrainte, d'un état d'âme particulier, il n'était plus maître de lui" (2).

Estas dos últimas redacciones han querido resolver el problema de la imputabilidad, de una manera que, a mi juicio, no ha sido superada por el proyecto argentino de 1917, a pesar de lo que afirma el Dr.

(1) Traducción francesa de Wintkens.

(2) Traducción francesa de du Mouveau.





Peco. Ambos, lo mismo que el nuestro, parten de un concepto psicológico de la responsabilidad. Para que haya acto punible tiene que haber:

- a) en el italiano, voluntad y conciencia del acto.
- b) en el noruego, comprensión de la naturaleza e ilegalidad del acto.
- c) en el argentino, comprensión de la naturaleza y sentido del acto.

El código holandés, en cambio, no habla sino de perturbaciones en el funcionamiento normal de la inteligencia.

La grave cuestión de la responsabilidad penal implica discusiones de filosofía, psicología y metafísica, las que según el Dr. Peco, han sido desechadas por nuestro proyecto. Sin embargo, no dice de qué manera han sido desechadas. Se limita a transcribir la opinión de la comisión redactora, que dice que el proyecto "resuelve la cuestión responsabilidad, con criterio humano y moderno; prescinde de resabios expiatorios y aparta problemas trascendentales de psicología etc. Yo no veo qué problema filosófico, psicológico o metafísico se aparta en la redacción de 1917, que no haya sido apartado antes en las redacciones de otros códigos o proyectos. Mi disenso surge, tal vez, de un concepto determinante diferente de la no imputabilidad.

En efecto, sabemos que hay tres criterios para determinar la no imputabilidad de un acto:

- a) el biológico
- b) el psicológico
- c) el mixto

Los dos primeros han tenido su exteriorización plena en los debates que precedieron la redacción del



proyecto suizo de 1915. En sesión de 13 de Abril de 1912, la comisión redactora considera el texto del artículo 14 del proyecto de Stooss de 1908 que dice (1): "Celui qui, au moment d'agir, était atteint d'une maladie mentale, d'idiotie, ou d'une grave altération de la conscience, n'est pas punissable." El miembro Thormann le opone la siguiente redacción: "Wer zur Zeit der Tat wegen geisteskrankheit, Blödsinn oder schwerer bewusstenstörung nicht die Fähigkeit besass, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäss zu handeln, ist nicht strafbar". (No es punible quien, en el momento del hecho, a causa de una enfermedad mental, de idiotez o de una grave alteración de la conciencia, no podía comprender lo injusto (o el carácter delictuoso) de su acción o de obrar de acuerdo con esa apreciación.)

El texto de 1908 señala el criterio biológico; el de Thormann el criterio psicológico. Por el primero, la responsabilidad y la irresponsabilidad dependen de una causa de hecho, que viene a ser un estado de salud física o mental. Se comete un delito. Su autor es sometido a un estudio pericial. Se comprueba que padece de una enfermedad mental o que es idiota o que hay en él una grave alteración de la conciencia. En el acto, sin más averiguaciones, es considerado irresponsable, nada más que por haberse comprobado la existencia de un estado permanente (enfermedad mental, idiotez) o de un estado transitorio (grave alteración de la conciencia). El juez se encuentra ante un hecho que no implica ninguna otra consecuencia. Nada tiene

(1) Ver toda la discusión en la importantísima obra "Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission. tomo 1.", pág. 109.



que averiguar respecto a si el estado permanente o transitorio del autor del delito, es causa directa o no de éste, o si ha podido o no comprender lo injusto de su acción para determinarse o no a realizarla. El estado existe y basta: ese ser no es un responsable. No puede serlo porque es un idiota o un enfermo mental.

Para el criterio psicológico ésto no es suficiente. Por la proposición Thormann, de 1912, aceptada por el Proyecto suizo de 1916, en su artículo 12, "n'est pas punissable celui qui, étant atteint d'une maladie mentale, d'idiotie ou d'une grave alteration de la conscience, ne possédait pas, au moment d'agir, la faculté d'apprécier le caractère délictueux de son acte ou de se déterminer suivant cette appréciation". Es decir, que donde el Proyecto de 1908 exigía una sola circunstancia, de carácter puramente biológico, el de 1916 exige dos:

1.° El estado biológico de enfermedad, idiotez, alteración transitoria.

2.° La falta de apreciación psicológica del hecho.

No basta, pues, que el juez, por medio de peritos, constate el estado biológico, sino que es menester también que se evidencie, para que exista irresponsabilidad, que el agente, en el momento de obrar, carecía de la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o la de determinarse de acuerdo con ella.

Ambos criterios fueron discutidos a fondo, en los debates de 1912 que originaron el texto de 1916. Por un lado Zürcher, Gautier, Hafter, Calame, Kronauer, Lachenal, apoyan el criterio biológico; por el otro, Thormann, Lang, Deschenaux, von Planta, Müller, Gabuzzi, aceptan el criterio psicológico, que fué el que triunfó en definitiva.



Comparemos, ahora, el proyecto argentino de 1917 con el suizo de 1916. Para que haya irresponsabilidad se exige:

1.º en el argentino que haya “insuficiencia de facultades”, en el suizo “idiotez”.

2.º en el argentino, “alteraciones morbosas” de las facultades, en el suizo “enfermedad mental”.

3.º en el argentino, “estado de inconsciencia”, en el suizo “grave alteración de la conciencia”.

4.º en el argentino, no haber podido comprender la naturaleza y sentido de lo que hacía, en el suizo, no poseer la facultad de apreciar el carácter delictuoso del acto.

5.º en el argentino, no haber podido dirigir sus acciones, en el suizo, no poder determinarse, etc.

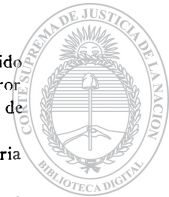
Como se ve, grosso modo, ambos textos tienen un alcance semejante, concepto más, concepto menos. Y esto quiere decir, que el proyecto argentino, en una comisión de expertos tan capaces y tan inteligentes como los criminalistas suizos de 1912, hubiera merecido las mismas críticas que alzaron elocuentemente contra el criterio psicológico, o mixto, de la proposición Thormann aceptada, los hombres que pidieron que se aprobara el criterio puramente biológico del proyecto de Stooss de 1908. ¿Cómo, entonces puede decir el doctor Peco que el proyecto argentino que comenta, ha salvado airoosamente el rubicón del derecho penal, desechando toda discusión de filosofía, psicología y metafísica? Yo, por mi parte, no lo comprendo así. ¿Ha querido referirse el doctor Peco a que la modificación que introdujo cambiando el texto del art. 41, inciso 1.º del proyecto de 1906, evitaba discusiones referentes al término “enagenación mental”, que éste



empleara? Lo ignoro. El proyecto de 1906, haciendo quizá prosa sin saberlo, aceptaba un criterio biológico de la irresponsabilidad, pero, a propuesta de un médico, el doctor José María Ramos Mejía, resumía todas las alteraciones permanentes y transitorias de la mente, en un término tan comprensivo que mereció las críticas acertadísimas del doctor Herrera, en su excelente libro "La reforma penal". ¿Es a esas discusiones a las que se refiere el doctor Peco? Estimo que no, porque habla de metafísica, de filosofía, de psicología. Y es, precisamente, el texto de 1917, al modificar el de 1906, el que nos sume en la confusión de las discusiones psicológicas, filosóficas y metafísicas concernientes a la influencia de la conciencia sobre las voliciones y los actos.

Sin embargo, si esta afirmación mía respecto al error de juicio del doctor Peco, fuera tachada de subjetiva o de doctrinaria, tendría yo una prueba de lo contrario en el reciente proyecto italiano de enero de 1921, redactado por una brillante comisión de criminalistas, que ha trabajado con amor y estudio, bajo la presidencia de la mayor figura de la ciencia penal contemporánea, Enrique Ferri. El proyecto italiano, obra admirable de conjunto, rechaza en absoluto todo criterio de irresponsabilidad, ya sea él biológico o psicológico o mixto. Para él, en su artículo 18, todos los autores o copartícipes de un delito son siempre legalmente responsables, fuera de ciertos casos de justificación del hecho. Por el artículo 19, el hecho es justificado, en sus efectos penales, cuando sea cometido.

1.° por insuperable coerción ajena o en estado de sugestión patológica: o en plena buena fe determinada por un engaño invencible.



2.° por ignorancia de que el hecho esté prohibido por la ley penal, derivada de fuerza mayor o por error sustancial de derecho o de hecho no proveniente de negligencia.

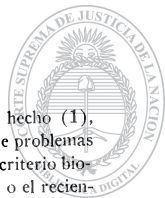
3.° por disposición de ley o por orden obligatoria de autoridad competente.

4.° por la necesidad de defenderse a sí mismo o a otro de una violencia actual e injusta.

5.° por la necesidad de salvarse a sí mismo o a otro de un peligro grave e inminente para la persona, que no sea evitable de otra manera, que no haya sido provocado por acción propia y que no se debiese afrontar por obligación profesional.

Este proyecto italiano salva lo que el doctor Peco llama el rubicón del derecho penal, de una manera muy diferente de la nuestra de 1917. Y ello significa que éste no desechaba con su redacción todas las discusiones. Será bueno o malo su concepto de la responsabilidad (yo lo creo el mejor de todos los criterios), pero, es indudable que siendo totalmente opuesto al argentino de 1917, presupone una discusión de principios fundamentales que el doctor Peco ha de ser el primero en reconocer, con la sinceridad que caracteriza su pensamiento de estudioso y de crítico. Más todavía; el proyecto de 1917, siguiendo a Herrera, suprime las palabras “enagenación mental” del texto de 1906; en cambio, el proyecto italiano de 1921, las emplea como término general en su artículo 32.

Esto demuestra que el doctor Peco, a mi juicio, ha ido más lejos de donde debió ir en la frase que comento. Creyó que un texto que se limitara a despreocuparse “del libre albedrío y de la voluntariedad, problemas espinosos, objeto de controversias secula-



res", cortaba toda discusión por ese solo hecho (1), olvidando sin embargo, que quedaban de pie problemas más fundamentales aun, como ser el de un criterio biológico o psicológico de la irresponsabilidad o el reciente que plantea el proyecto italiano, codificando el gran postulado de la escuela antropológica italiana, el de la responsabilidad plena de todo delincuente ante la sociedad y el trascendental de la determinación de la pena por la peligrosidad del agente, como lo legislan de una manera que supera indiscutiblemente a los proyectos alemanes, austriacos, suizos, suecos, etc., sus artículos 20, 21 y 22. Aquí es donde están las cuestiones filosóficas, psicológicas y metafísicas que no ha zanjado ni ha podido zanjar el deficiente texto argentino de 1917.

Tan es así, que el doctor Peco, por razones excelentes que da, pide la supresión de las palabras "comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones", que determinan una orientación psicológica, con lo cual el texto vendría a ser puramente de orientación biológica, y casi idéntico al del proyecto suizo de 1908; manifiesta, además, que la primera parte del artículo presenta serios inconvenientes en materia de embriaguez y que no considera el caso de responsabilidad atenuada para la semi-alienación. Como se ve, sus críticas mismas son importantes. ¿Cómo ha de salvar airosamente la grave cuestión un texto que siendo de tipo psicológico debe transformarse en tipo biológico?, ¿que no resuelve casos tan dis-

(1) He aquí la clave del elogio que en el texto tributo al proyecto de 1917. Cumple a nuestra probidad reconocer la certeza y mesura de la crítica del profesor Ramos. Hoy comparto sin restricción alguna sus opiniones. (El autor).

cutibles como la embriaguez y la responsabilidad limitada? Yo no comprendo qué problemas zanja, en consecuencia.

He elegido especialmente este punto para señalar en el doctor Peco un error de concepto y no un error de doctrina. En ésta demuestra siempre una adecuada información y un sano juicio crítico. Cuando analiza una disposición del proyecto, nunca se limita a dar su opinión sobre interpretaciones y casuismos, sino que entra en el fondo mismo de cada problema, sin esquivar ninguna de sus dificultades. Por ello, aprecio tanto su trabajo. No ha querido hacer la obra fácil de glosar, a base de verbalismo y de citas de ocasión un texto legal, sino que ha preferido estudiar cuestión por cuestión desde el punto de vista de la verdadera ciencia penal contemporánea. La actitud es plausible, especialmente entre nosotros, donde muchos autores han creído escribir sobre ciencia criminal a base de un conocimiento profundo de jurisprudencia y de un análisis de detalle de la parte especial del código, que trata de los delitos y de las penas, dejando completamente de lado todo cuanto concierne a la único fundamental en un código, esto es, su parte general. Todos hemos oído muchas veces, de labios de magistrados, de profesores, afirmaciones referentes a la necesidad de reformar la legislación de 1887-1903 porque tenía tales y cuales contradicciones en la parte especial de los delitos o porque penaba con 10 años un hecho que sólo debía tener 5 o viceversa. A eso se llamaba erudición en materia penal. En cambio, la comisión redactora del reciente proyecto italiano, ha trabajado de una manera admirable tan sólo sobre el Libro I, parte general, diciendo (pág. 14 de la relación) que lo hace







porque "é però il piú importante ed essenziale, poichè contiene ed organizza le norme fondamentali di tutta la legislazione penale", agregando que "Nel seguito dei suoi lavori la Commissione, *con opera meno ardua*, formulara il progetto del Libro secondo del Codice Penale sui singoli delitti, tenendo come base il Libro secondo del Codice vigente", etc. Entre nosotros no parece regir este criterio. Desde 1917 se habla de que es necesario sancionar el proyecto de ese año, porque tiene una mejor parte especial que el código vigente; es decir, que se considera esencial lo que la comisión *positivista* italiana ha juzgado tan secundario y sin importancia que manifiesta que acepta casi todo su texto, nacido de la elaboración científica de su rival, la *escuela clásica*.

El doctor Peco, siguiendo en esto al doctor Herrera, pero, con información mucho más moderna, ha querido marchar por una vía diversa. Juzgó que la parte general era lo más fundamental, porque si ella es mala es inútil que sea perfecta la parte especial, y de acuerdo con ese criterio estudia una por una las instituciones del proyecto argentino. Afronta los más arduos problemas con una buena erudición y con un juicio tan sano, que cuando llega a equivocarse, como le sucede al elogiar el criterio de la irresponsabilidad, por ejemplo, él mismo enmienda el error de una opinión accesoria con el estudio documentado y a fondo de la cuestión, como lo he señalado en mis observaciones anteriores. De ahí el interés de su libro.

No debo decir nada más sobre él, aunque merecería ser analizado con mucha atención. Por mas que no esté de acuerdo con todas sus conclusiones, sé que éstas son tan fundadas, desde su punto de vista, como

las mías desde el que yo adopto. Pero, de cualquier manera que sea, las tuyas son siempre sinceras y bien documentadas, porque ha tenido la virtud de ir a beber en las mejores y más fecundas fuentes doctrinarias contemporáneas, en vez de limitarse a glosar o a interpretar textos ajenos. Esto es lo que debe principalmente interesar al estudioso. Si el doctor Peco no hubiera seguido este camino, su obra sería un comentario fácil y no el buen libro de crítica constructiva que nos ha dado, a fuerza de un trabajo penoso y lento de propia investigación. Por eso lo elogio tan francamente y no por el hecho de que el doctor Peco y yo sigamos orientaciones científicas muy semejantes en el fondo. Esto es nada más que accesorio en materia doctrinaria. Aunque él opinara en contra de mis ideas, respetaría su juicio, porque éste es tan fundado que en cualquier caso merecería el aprecio del contradictor.

Su libro, que aparece como una simple tesis doctoral, es mucho más que eso. Si la Comisión de Códigos del Senado, en su estudio sobre el proyecto de 1917, hubiera realizado un trabajo similar al suyo, la reforma penal argentina habría dado un gran paso hacia adelante. Desgraciadamente no ha sido así. La Comisión se ha limitado a ver la cuestión con un criterio de detalle y no con la amplia visión del conjunto. Verdad es que en esta materia no es dado improvisar cuando no se posee la ciencia necesaria que debe implicar toda gran reforma legislativa, de carácter penal; pero, no es menos cierto también que cuando se aspira a dictar un nuevo Código, nadie tiene el derecho de sancionarlo si no es capaz de encarar sus problemas de la manera como lo ha hecho el doctor Peco. Un código sólo





debería ser sancionado por un parlamento, únicamente sobre la base de la fe científica que merezcan sus redactores. El Senado, a quien se presentaba un texto que no es mas que una revisión demasiado superficial del proyecto de 1906, tan acerba y justamente combatido por el doctor Julio Herrera, por el que escribe estas líneas y por otros más, debió adoptarlo a libro cerrado, si lo creía bueno, o estudiarlo a fondo, si lo creía reformable a su vez. No ha hecho, sin embargo, ninguna de las dos cosas. Ha preferido modificar "à fleur de peau", unas cuantas disposiciones aisladas, sin realizar, empero, un estudio semejante al excelente del doctor Peco. Este, en efecto, propone varias e importantes modificaciones a los artículos 1.°, 2.°, 4.°, 5.°, 7.°, 10, 11, 12, 13, 14, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 33, 34, 35, 37, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 59, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 78, es decir, casi sobre todos. La mayor parte de ellas, que están bien estudiadas por lo general, merecen ser tenidas en cuenta, unas como corrección del texto, otras para mejorarlo, otras para modificarlo a fondo, otras para ajustarlo a principios más adecuados de interpretación y de aplicación. La Comisión de Códigos del Senado, se ha limitado apenas a tocar los artículos 1., 3., 6., 9., 13, 16, 21, 28, 29, 41, 42, 50, 51, 52, 73, 74, 75, 78 y nunca con la amplitud con que el Dr. Peco los analiza y modifica. Donde éste introduce un cambio esencial, aquella solo enuncia uno accesorio, dejando de lado cosas evidentes para cualquier observador no muy preparado ni minucioso; además tampoco toma en cuenta para nada mucho de lo criticado, con más o menos razón, por el Dr. Peco. Por ejemplo, para no referirme sino a un punto en que las teorías entran por poco,

éste estudia el artículo 13 y hace observaciones muy juiciosas sobre la forma de acordar la libertad condicional. El proyecto la aplica con un criterio automático, esto es, la concede cuando el condenado observare con regularidad los reglamentos carcelarios. El Dr. Peco, en cambio, quiere que la institución tenga un valor en sí, independiente de ese requisito de pura forma, sin valor indicial alguno respecto al mejoramiento posible del condenado. Exige que en vez de ésto se tenga en cuenta la personalidad del reo; que su aplicación se extienda a los condenados a más de dos años de privación de libertad; que se comprenda a cierta clase de reincidentes; que sea resuelta por la autoridad administrativa y no por la judicial exclusivamente ,etc. Estos puntos son tan obvios, han sido considerados tan ampliamente por los Congresos Penitenciarios de Europa y Norteamérica, que uno no se explica cómo, ni la comisión redactora del proyecto de 1917, ni la Comisión del Senado, han podido dejar de tener en cuenta los elementos de juicio que abundan en la doctrina y en textos penales proyectados en Suiza, Alemania, Austria y que aporta fundadamente en este trabajo el Dr. Peco, que es un recién egresado de las aulas universitarias y no un parlamentario que aspira a dar a su país, en un código, el producto de su ciencia y de su dominio científico de estas graves cuestiones penales.

Como éste hay muchos casos. Todos demuestran, hasta la saciedad, lo inoportuno de la sanción del proyecto de 1917, en la forma en que ha sido redactado por las comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados. Sin embargo, se pide con insistencia su transformación en ley. ¿Por qué? Ello obedece ,a mi juicio,





a una simple cuestión de criterio respecto a lo que debe ser un código penal. Se dice que el actual es malo, pésimo,—lo que es exacto. Se recuerda que contiene disposiciones en su parte especial, que claman al cielo por su enormidad. De ahí que se quiera un nuevo código, mejor pensado, más moderno, más en consonancia con la apreciación social actual de la gravedad de ciertos delitos y de su penalidad correspondiente. Y como se cree encontrarlo en el texto de 1917, se exige su sanción. Pero ¿un código es solamente un cuerpo articulado de enumeración de delitos y una dosificación de penas? Hé aquí la cuestión. Algunos, como la comisión redactora del proyecto italiano de 1921, creemos que un código penal importa más por los principios fundamentales que informan su parte general, que por la perfección relativa de su parte especial. Si aquella es mala o deficiente, ésta sufrirá las consecuencias. ¿Por qué, entonces, sancionar un texto cuya parte general no responde en absoluto a lo que hay de elemental en el mundo, en materia de ciencia criminal, desde la sanción del código de Noruega hasta el recientísimo proyecto italiano

El Dr. Peco se opone, con razón, a ello, aconsejando en sus conclusiones que “el proyecto de 1917, no debe sancionarse, porque hace tabla rasa de los adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX”. Y yo lo elogio por su valentía y por el serio bagaje científico con que ilustra su opinión. Su libro reviste así una gran importancia, apruébese o no el proyecto que ha estudiado con tan sano criterio y con tan buena información doctrinaria. Los que consideran un código penal solamente en su faz de texto represivo aplicable por los tribunales, lo mismo que los que ven

en él al conjunto de normas que determinan la orientación de una adecuada política criminal, tendrán un guía claro y fiel en la presente obra. ¿Qué más puede pedirse a un libro? Con él se inicia un joven autor en la bibliografía penal argentina; y sus comienzos prometen tanto que es dado esperar de su autor los mejores frutos para el porvenir. Si este estudio hubiera podido publicarse antes de que el Senado sancionara el proyecto de 1917, estoy seguro de que hubiera aceptado muchas correcciones indicadas por el Dr. Peco. Y ello, si bien es una lástima, desde el punto de vista de la perfección relativa del nuevo código penal argentino, es el mayor elogio que yo puedo hacer a este libro que ha sido premiado por la Facultad de Derecho de Buenos Aires con el premio "Florencio Varela", que se otorga a las mejores tesis sobre derecho penal. De ahí que considero un honor para mí, como examinador que fui del Dr. Peco cuando se le discernió ese premio, escribir estas líneas que no son un juicio crítico sino, tan solo, unas modestas palabras de introducción.

**Juan P. Ramos**

**Profesor de Derecho Penal**

**Buenos Aires. Agosto 8 de 1921**





## BIBLIOGRAFIA





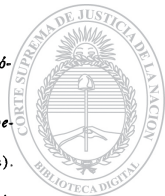


## BIBLIOGRAFIA

---



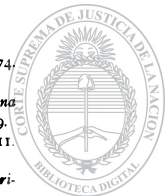
- Actas del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional. Privado celebrado en Montevideo en 1889.* — Buenos Aires 1889.
- Actes du Congrès Penitenciaire International de Saint Petersburgo de 1890* — Saint Petersburgo 1892.
- Actes du Congrès Penitenciaire International de Bruzeles 1900.* — Bruzeles 1901.
- ALIMENA. — *Principi di diritto penale.* — Napoli 1900.
- „ — *I limiti e i modificatori dell'imputabilita.* — Torino 1894.
- AGUIRRE. — *Código penal de la República Argentina anotado y concordado con las notas del Proyecto primitivo.* — Buenos Aires 1887.
- J. M. ALVAREZ. — *Instituciones de derecho real de Españ.* (Adicionado por Dalmacio Vélez Sarsfield.. — Buenos Aires 1834.
- ANGIOLINI. — *De los delitos culposos.* — Barcelona 1905. — Biblioteca Sociológica Internacional.
- ARAMBURU. — *La nueva ciencia penal.* — Madrid 1887.
- ARECO H. P. — *Psicología legal.* — Buenos Ares 1912.
- BECCARIA. — *Tratado de los delitos y de las penas, traducido por Juan Rivera.* — Madrid 1821.
- BLANCHE. — *Code Penal.* — Paris 1888-91
- BENTHAM. — *Traité de législation civile et penale.* — Madrid 1821.
- BENTHAM. — *Traité des peines et de recompenses.* — Paris 1825.
- BERNARDO DE QUIRÓS. — *Las nuevas teorías de la criminalidad.* — Madrid 1898.



- BERNARDO DE QUIRÓS Y NAVARRO PALENCIA. — *Teoría del Código penal*. — Madrid 1911.
- BOEUF. — *Resume de droit criminel*. — Paris 1897.
- BUJIRO HARA. — *Individualization de la represión en droit penal japonais*. — Paris 1911.
- BULLRICH. — *Asistencia social de menores*, (tesis laureada). — Buenos Aires 1919.
- BULLRICH Y GACHE. — *Código de menores*. — Buenos Aires 1916.
- BUNGE. — *Casos de derecho penal*. — Buenos Aires 1911.
- CHAVEAU ET HELIE. — *Theorie du code penal*. — Paris 1861.
- CARRARA. — *Programma*. — Lucca 1889.
- „ — *Teoría de la tentativa y complicidad*. — Madrid 1877.
- CARMIGNANI. — *Diritto criminale*. — Milano 1881.
- CLAROS. — *Nuevas tendencias penales en el Congreso penitenciario de Washington*. — Buenos Aires 1911.
- COGLIOLO. — *Tratatto completo di diritto penale*. — Milano 1888.
- COLAJANNI. — *Sociologia criminale*. — Catania 1889.
- COLL J. E. — *La acción pública y el derecho penal*. — Buenos Aires 1920.
- CORRE. — *Crime et suicide*. — Paris 1889.
- CRIVELLARI. — *Il codice penale per il regno d'Italia*. — Torino 1889.
- CUCHE. — *Traite de Science et de legislation penitenciaire*. — Paris 1905.
- DALLEMAGNE. — *Theories de la criminalités*. — Paris 1896.
- DALLOZ. — *Repertoire*.  
*Digesto italiano*.
- DE LA GRASSERIE. — *Des principes sociologiques de la criminologie*. — Paris 1901.
- DORADO. — *Problemas de derecho penal*. — Madrid 1895.
- „ — *La Psicología criminal*. — Madrid 1910.
- „ — *Nuevos derroteros penales*. — Barcelona 1905. Biblioteca Sociológica Internacional.
- „ — *El reformatorio de Elmira*. — Madrid.
- DRAGO. — *Los hombres de presa*. — Buenos Aires 1888.
- DUFFY. — *Estudios de derecho penal*. — Buenos Aires 1904.



- DUPRAT. — *La criminalité dans l'adolescence*. — Paris 1909.
- DUVERGIER. — *Collección complet de lois, decrets, etc.*, T. 91. — Paris 1891.
- FERRI. — *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*. — Florencia 1878.
- „ — *Studi sulla criminalità in Francia*. — Roma 1881.
- „ — *Sociologia criminal*. — Traducción de Soto y Hernández. — Madrid.
- „ — *L'omicidio nell'antropologia criminal*. — Torino 1895.
- „ — *Estudios de antropologia criminal*. — Madrid.
- „ — *Nuevos estudios de antropologia criminal*. — Madrid.
- „ — *La justicia penal*.
- „ — *Studi sulla criminalità e altri saggi*. — Torino 1901.
- „ — *Difese penale e studi di giurisprudenza*. — Torino 1899.
- „ — *L'omicidio - Suicidio*. — Torino 1895.
- FILANGIERI. — *La Scienza della legislazione*. — Fidenze 1864.
- PIORE. — *Droit penal International*. — Paris 1880.
- FLORIAN. — *Dei reati e delle pene in generale*. — Milano.
- FRANCK. — *Filosofia del derecho penal*. — Salamanca 1878.
- FUERO JUZGO. — *En los Códigos españoles concordados y anotados*. — Madrid 1847.
- GACHE. — *La delincuencia infantil*. — (Tesis premiada manuscrita). — Buenos Aires 1915.
- GAROFALO. — *Criminologia*. — Torino 1891 y traducción castellana.
- GAROFALO. — *Indemnización a las víctimas del delito*. — Traducción de Dorado Montero. — Madrid.
- GARRAUD. — *Precis de droit criminel*. — Paris 1909.
- GOMEZ E. — *Criminologia Argentina*. — Buenos Aires 1912.
- „ — *Estudios penitenciarios*. — Buenos Aires 1906.
- GRASSET. — *Demi-fous et demi responsables*. — Paris 1907.
- „ — *La responsabilité des criminels*. — Paris 1911.
- CRISPIGNI. — *Il nuovo diritto criminale nelle avamprogetti della Svizzera Germania ed Austria*. — Milano 1911.
- GRIFFE. — *Les tribunaux pour enfants*. — Paris 1914.
- GROIZARD. — *El Código penal de 1870*. — Burgos 1870.
- HAMON. — *Determinismo y responsabilidad*. — Traducción de Helenio-Gallach. — Valencia.



- HAUS. — *Principes généraux du droit penal belge.*—Paris 1874.
- HERRERA. — *La Reforma Penal.* — Buenos Aires 1911.
- HIDALGO GARCIA. — *El Código penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal supremo.* — Madrid 1908-09.
- IMPALLONENI. — *Istituzione di diritto penale.* — Torino 1911.
- INGENIEROS. — *Criminología.* — Buenos Aires 1916.
- INGENIEROS. — *Simulación de la locura ante la sociología criminal y la clínica psiquiátrica.* — Buenos Aires 1903.
- JIMENEZ DE ASUA. — *La unificación del derecho penal en Suiza.* — Madrid 1916.
- JIMENEZ DE ASUA. — *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori".* — Madrid 1913.
- JIMENEZ DE ASUA. — *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas.* — Madrid 1918.
- JOLY. — *La France criminelle.* — Paris 1889.
- JOFRE. — *Manual de procedimientos criminal.* — Buenos Aires 1914.
- JUDERIAS. — *La juventud delincuente.* — Madrid 1912.
- „ — *La infancia abandonada.* — Madrid 1912.
- Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la historia.* — Madrid 1807.
- Leyes de India* — Madrid 1841.
- LANDRY. — *La responsabilité pénale.* — Paris 1902.
- LAZARO Y JUNQUEIRA. — *Derecho penal de las menores.*
- LE SELLYER. — *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques e privée.* — Paris 1870.
- LEVY FLEUR. — *La politique criminelle des anglais concernat l'enfance et l'adolescence.* — Paris 1911.
- LISZT. — *Tratado de derecho penal.* — Madrid 1914-1917 y la versión francesa Paris 1911-13.
- LISZT. — *Le droit criminel de Stats europeans.* — Leizzip 1894.
- LOMBROSO. — *L'uomo delinquente.* — Torino 1896.
- LONGHI. — *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale.* — Milano 1911.
- LONGO. — *La conciencia criminosa.* — Biblioteca Sociológica Internacional.
- LUCCHINI. — *Le droit penal et les nouvelle theories.* — Paris 1892.

- MALAGARRIGA C. C. — *Apuntes de derecho penal.* — Buenos Aires 1914.
- MALAGARRIGA C. — *Código penal comentado.* — Buenos Aires 1896.
- MANZINI. — *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza penale.* — Firenze 1899.
- „ — *Trattato di diritto penale italiano.* — 1908-1918
- MAJNO. — *Commento al codice penale italiano.* — Torino 1915.
- MARRO. — *I Caratteri dei delinquente.* — Turin, Bocca 1896.
- MARAT. — *Principios de legislación penal.* — Madrid 1891.
- MAUDSLEY. — *El crimen y la locura.* — Versión de Lombardia y Sánchez. — Valencia.
- MATTEOTTI. — *La Recidiva.* — Torino 1910.
- MAXWEL. — *Le concept social du crime.* — Paris 1914.
- MERKEL. — *Derecho penal (alemán).* — Traducción de Dorado. — Madrid.
- MOMMSEN. — *El derecho penal romano.* — Madrid.
- MONTERO B. — *Estudios sociales.* — Barcelona 1910.
- MORENO. — *La Ley penal argentina.* 1 edición.—La Plata 1903.
- MOYANO GACITUA. — *Curso de ciencia criminal.* — Buenos Aires 1899.
- MOYANO GACITUA. — *La delincuencia argentina* — Córdoba 1905.
- NICEFORO. — *Guía para el estudio y la enseñanza de la Antropologia.* — Madrid 1904.
- NYPELS. — *Commentaire et complement du code penal belge* — Bruxeles 1870.
- NYPELS. — *Code penal interprété.* — Bruxeles 1895.
- OBARRIO. — *Curso de derecho penal.* — Buenos Aires 1902.
- ORTOLAN. — *Elements de droit penal.* — Paris 1875.
- PACHECO. — *Estudios de derecho penal* — Madrid 1877.
- PACHECO. — *El Código penal comentado y concordado.* — Madrid 1888.
- PAZ ANCHORENA. — *La prevención de la delincuencia.* — Buenos Aires 1918.
- PIÑERO O. — *Delitos de imprenta.* — Buenos Aires 1889.
- „ — *Reforma de la legislación criminal.* — Buenos Aires 1900.





- PIÑERO O. — *Apuntes de derecho penal por C. A. A.* — Buenos Aires 1909.
- PORTO. — *Apunti al nuovo codice penale.* — Torino 1889.
- PRINS. — *Science penale et droit positif.* — Paris 1899.
- „ — *Criminalidad y represión.* — Madrid 1911.
- „ — *La defensa social y las transformaciones del derecho penal.* — Madrid 1912.
- PROAL. — *Le crime et la peine.* — Paris 1894.
- QUIROGA. — *Delito y pena.* — *Derecho penal argentino.* — Córdoba 1886.
- RAMOS. — *Consulta a la encuesta organizada por la comisión de la Cámara de Diputados, en el Proyecto de 1917.*
- RAFFOPOORT. — *Lutte autour de la reforme du droit penal moderne et les transformations, en Allemagne—en conference de droit penal de Paris* — Paris 1909.
- REYNA ALMANDOS. — *Dactiloscopia Argentina.* — La Plata 1904.
- REYNA ALMANDOS. — *Origen del Vucetichismo.* — La Plata 1904.
- RIVAROLA. — *Exposición y crítica del código penal argentino.* — Buenos Aires 1890.
- RIVAROLA. — *Derecho penal argentino.* — Buenos Aires 1910.
- ROUX. — *Cours de droit penal et de procedure penal.* — Paris 1920.
- ROSSI. — *Traite de droit penal.* — Bruxelles 1843.
- ROMANACH. — MIRANDA NAON. — *Apuntes de derecho penal.* — Buenos Aires 1901.
- SALKILLES. — *La individualización de la pena.* — Madrid 1914.
- SALDAÑA. — *Los origenes de la criminología.* — Madrid 1914.
- SALDAÑA. — *La antropología criminal y la justicia penal.* — Madrid 1915.
- SELVA. — *Comentarios al código penal reformado y planteado provisoriamente por la ley de 3 de Junio de 1870.*
- SIGHELE. — *Teoría positiva de la complicitad.* — Madrid.
- SILVELA. — *El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España.* — Madrid 1874.
- TARDE. — *Philosophie penale.* — Lyon 1892.
- TARDE. — *La criminalidad comparada.* — Buenos Aires 1888.
- TEJEDOR. — *Curso de derecho criminal.* — Buenos Aires 1860.



- THIRY. — *Cours de droit criminel*. — Liège 1909.
- TUOZZI. — *Corso di diritto penale secondo el nuovo codice d'Italia*. — Napoli 1890.
- Trabajos de revisión del código penal (mexicano). — México 1912-1914.
- Trabajos y actas del congreso penitenciario nacional. — Buenos Aires 1914.
- VACCARO. — *Génesis y funciones de las leyes penales*. — Biblioteca Sociológica Internacional.
- VAN SWINDEREN. — *Esquisse de droit penal actuel dans le Pays-Bas et a l'étranger*. — Groningue 1891-1902.
- VAZQUEZ ACEVEDO. — *Concordancias y anotaciones del código penal de la R. O. del Uruguay*. — Montevideo 1893.
- VACA GUZMAN. — *Reglas de derecho internacional penal*. — Buenos Aires 1888.
- VERA. — *Código penal de Chile comentado*. — Santiago de Chile 1883.
- VIEYRA DE ARAUJO. — *O código penal interpretado*. — Rio Janeiro 1901-02.
- VIDAL. — *Cours de droit criminel et de science penitentiaire*. — Paris 1916.
- VIADA Y VILASECA. — *Código reformado de 1870*. — Madrid 1890.
- VITERBO ARIAS. — *Exposición comentada y comparada del código penal peruano*. — Lima 1898-1902.
- WORMS. — *Theorie moderne de la criminalité*.
- ZANARDELLI. — *Relazione A. S. M. il Re*. — Roma 1888.
- ZANARDELLI. — *Progetto di codice penale*. — Roma 1888.

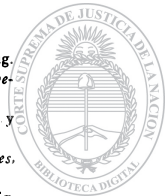
## REVISTAS (1)

### REVUE PENITENTIAIRE

- 1888 y 1889. — PRINS. — *La libération conditionnelle en Belgique*.
1894. — GARÇON. — *Projet de code pénal fédéral suisse*, páginas 181-206.

(1) Nos referimos a los artículos más importantes.





1895. — YVERNES. — *La Statistique de la Recidive*, p. 784 y sig.
1896. — *Communication de M. DRARVEIN sur la colonization penale en Guyane*, pág. 191 y sig. y 358 y sig.
1896. — GARÇON. — *Projet de code penal russe*, p. 398 y sig. y 691 y sig.
1896. — GARÇON. — *Rapport sur les peines non-deshonorantes*, p. 830 y sig.
1896. — GARÇON. — *Le projet de code penal suisse*, p. 1131 y sig.
1897. — SALEILLES. — *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irrealisable*, p. 53 y sig., 321 y sig.
1897. — DE LA GRASSERIE. — *Le code búlgare*, p. 358.
1897. — RIVIERE. — *De l'individualization des peines*, p. 1043.
1898. — *Rapport de M. BRUNOT, sur le recouvrement des frais de justice et le moyen pratiques d'assurer a la victime du delit d'indemnité qui peut lui etre due par le delinquant*, p. 183 y sig., 325 y sig., 618 y sig.
1899. — DEMOGUE. — *De la souffrance et de son imputation sur la peine*, pag. 182.
1899. — RIVIERE. — *Repression du vagabondage et de la mendicité*, p. 572.
1899. — *Rapport de M. VAN HAMEL sur les sentences indeterminées*, pág. 661 y sig., 769 y sig.
1900. — MOURRAL. — *La detention preventive*, pág. 701.
1900. — *Rapport de ROUX, sur l'etat de necessité et le delit necessaire*, pág. 1411.
1901. — *Fin discussion rapport ROUX, sur l'etat de necessite*, pág. 48 y sig.
1901. — SALEILLES. — *Un nouveau sisteme de reparation aux victimes du delit*, pág. 339 y sig.
1901. — *Rapport sur le travail dans les prisons*, pág. 938 y 1093.
1902. — *La loi de pardon et la reprimande*, pág. 161.
1902. — *Les resultats de la condamnation conditionnelle par DERANGER et TARDE*, pág. 1139.
1904. — *La tentative irrealisable*, pág. 609, Bibliografie.
1905. — *Traitement a appliquer aux delinquentes, a responsabilité limitée*, p. 186 y sig., 373 y sig., 473 y sig.
1905. — *Droit penal egyptien per MOURRAL*, p. g. 413 y sig.
1909. — *L'aplication de la loi BERENGER*, pág. 981 a 1004.

REVUE PENALE SUISSE

1888. — GAUTIER. — *De la prescription.*  
1888. — PICOT. — *La tentative dans les codes pénaux suisses.*  
1890. — GAUTIER. — *A propos de la condamnation conditionnelle,* pag. 299.  
1893. — GUILLAUME. — *Les récidivistes et le code pénal suisse. Opinions des directeurs des pénitenciers de la Suisse.* página 292 y sig.  
1896. — PICOT. — *La peine conditionnelle,* pag. 10 y sig.  
1900. — GAUTIER. — *La lutte contre le crime dans le projet de code pénal suisse,* pag. 287 y sig.  
1901. — GAUTIER. — *La réunion de la société suisse pour la réforme pénitentiaire et des sociétés suisses de patronage,* página 410 y sig.  
1905. — PERRIN. — *Quelques considérations sur le remise conditionnelle des peines 1905,* pag 137 y sig.  
1910. — LADAME. — *Remarques psychiatriques sur le nouvel avant-projet du code pénal fédéral,* pag 324 y sigs.

RIVISTA PENALE

1881. — GEYER. — *Del tentativo.*  
1887-88. — CARNEVALE. — *L'arbitrio dei giudice nell'applicazione de la pena.*  
1889. — VICO. — *La cosa giudicata e il progetto del nuovo codice penale italiano.*  
1889. — IMPALLOMENI. — *La recidiva secondo il nuovo codice penale italiano.*  
1889. — TOLOMEI. — *Sui capoversi 1, 3, 4 y 5 del art. 5 del Progetto de nuovo codice penale italiano.*  
1890. — PINCHERLE. — *La liberazione condizionale.*  
1894. — ALIMENA. — *Progetto di codice penale svizzero.*  
1897. — LUCHINI. — *Il progetto di codice penale svizzero.*

ANTECEDENTES NACIONALES

*Proyecto del código penal para la República Argentina, por el doctor CARLOS TEJEDOR. — Buenos Aires 1865 y 1867.*





*Proyecto de código penal para la República Argentina, por los doctores SIXTO VILLEGAS, ANDRÉS UGARRIZA Y JUAN AGUSTÍN GARCÍA.*

*Proyecto de código penal para la República Argentina, por los doctores RODOLFO RIVAROLA, JOSÉ NICOLÁS MATIENZO Y N. PIÑERO. — Buenos Aires 1891.*

*Proyecto de código penal para la República Argentina, por los doctores DIEGO SAAVEDRA, CORNELIO MOYANO GACITUA, NORBERTO PIÑERO, FRANCISCO J. BEAZLEY, RODOLFO RIVAROLA Y JOSÉ MARÍA RAMOS MEJÍA. — Buenos Aires 1906.*

*Código penal de la República Argentina—Edición de Lajouane.*

#### ANTECEDENTES EXTRANJEROS

*Anteproyecto alemán de 1909 extraído de la reforma de la legislación penal alemana por CUELLAR CALON. — Madrid 1914.*

*Anteproyecto austriaco de 1909 extraído del Tomo 8 de Code penal dans le pays-Bas et a l'etranger de VAN SWINDEREN.*

*Anteproyecto suizo de 1915 extraído de la unificación del derecho penal en suiza por LUIS JIMÉNEZ DE ASUA (1)*

*Anteproyecto de código penal sueco de 1916 extraído del folleto del mismo título de JIMÉNEZ DE ASUA. — Madrid 1917.*

*Proyecto de Reformas al Código Mexicano publicado con varios anteproyectos y extensa exposición de motivos, con el título de Trabajos de revisión del código penal. — Méjico 1912-1914.*

*VAN SWINDEREN. — Esquisse du droit penal dans le Pays-Bas et a l'etranger.*

T. 1. — *Code penal dans le Pays-Bas.*

T. 4. — *Code penal de la Bulgarie*, pág. 347 a 417.

T. 5. — *Code penal de Soudán*, pág. 316 a 401.

T. 6. — *Code penal Norvegien*, pág. 70 a 142.

T. 6. — *Code penal Russe*, pág. 291 a 480.

T. 7. — *Code penal du 23 de Avril 1907 Japon*, pág. 209 a 255.

T. 7. — *Code penal du 1 Juin 1908 Siam*, pág. 284 a 341.

(1) Nos referimos al proyecto de 1915 y no al de 1918 porque al comenzar la preparación de la tesis, no habíamos podido conseguir el texto de 1918.

*odice penale italiano en Codice e Leggi del Regno d'Italia.* —

Milano. Terza edizione, vol. I, págs. 571 a 646.

*ódigo penal español por* EMILIO LANGLE RUBIO. — Madrid  
1915.

*ódigo penal alemán extraído de la colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos, por* VICENTE ROMERO GIRON y ALEJO GARCIA MORENO. T. 2.

*ódigo penal Hongrois por* MARTINET y DARESTE. — París  
1885.

*ódigo penal belga, extraído de la obra ya citada de* NYPELS.

*ode penal français en Les codes français* — Paris 1916, pá-  
ginas 659 a 744 (1).







## HISTORIA DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

1.º JUSTIFICACION DEL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL ARGENTINO. — 2.º CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL. — 3.º FUERO JUZGO. — 4.º LEYES DE PARTIDAS. — 5.º NUEVA RECOFILACION. — 6.º LEYES DE INDIAS. — 7.º LEYES POSTERIORES A LA REVOLUCION. — 8.º CONSTITUCION NACIONAL. — 9.º PROYECTO DE TEJEDOR. — 10. PROYECTO VILLEGAS, GARCIA UGARRIZA. — 11. CODIGO PENAL. — 12. PROYECTO DE 1891. — 13. LEY DE REFORMAS. — 14. PROYECTO DE 1906. — 15. PROYECTO DE 1917.

1.º ¿Es posible concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que en vinculación con su pasado, esto es, sin un método genético?, interroga el sabio Savigni. La respuesta hállase en todas sus obras, donde resplandecen a porfía la transparencia del estilo, la hondura del pensamiento, la destreza en el raciocinio, el lujo de su cultura y la agudeza en la observación. Jamás desenvuelve concepto alguno sin antes hurgar en la historia con paciencia y prolijidad a un mismo tiempo. Por tanto, escudriñar el pasado, implica corocer las singulares vicisitudes que sufriera el derecho penal argentino a través de su evolución. Los tribunales argentinos aplicaron las leyes españolas durante el decurso de prolongado tiempo. La emancipación política no trajo consigo la emancipación jurídica. Antes bien, cimentó el imperio de las viejas leyes. El reglamento provisional de justicia dictado en 1817, dispuso que toda sentencia en causas criminales debía ser pronunciada por el texto expreso de las leyes, sin importar esto la restauración de aquellas penas que por atroces e inhumanas habia derogado o mitigado la jurisprudencia (1).

(1) Registro Oficial: T. I, núm. 1144, pág. 446. Arts. XIII y XIV: cap. III sección cuarta del «Reglamento provisional sancionado por el Soberano Congreso de las Provincias Unidas de Sud-América».



2º El derecho penal español, ha experimentado incesantes mutaciones ocasionadas singularmente por la heterogeneidad de razas que hollaron el territorio de España. Iberos, celtas, griegos, fenicios, cartagineses, romanos, suevos, vándalos, alanos visigodos, árabes, todos imprimieron relieves característicos. Aunque ni los romanos ni los visigodos pugnarón por imponer con el gobierno político el jurídico, la influencia de ambas legislaciones échase de ver en el *Fuero Juzgo* y especialmente en Las Partidas. Explicase también por la diversidad de pueblos invasores, el carácter eminentemente particularista y local del derecho. Las normas jurídicas varían de región a región, de ciudad en ciudad. Castilla, León, Aragón, Navarra, todas las comarcas españolas, ostentaban rasgos peculiares. ¡Qué mucho pues, que América fuera fiel trasunto de la organización jurídica de la metrópoli, si a las razones que justifican la diversidad del derecho en esta, se suma en aquella la legislación flotante e informe emanada de la arbitrariedad de las autoridades!

A despecho del particularismo, descúbrense tres rasgos típicos en las leyes penales: la arbitrariedad, la desigualdad y la inhumanidad.

Así los Gobernantes imponían penas sin parar mientes en las libertades individuales. El adelantado Mendoza, ordenó que mataran a Osorio a puñaladas. En 1598 Hernán Arias, promulgó un bando "contra los que se embriagaban y emborrachaban, bebiendo vino demasiado dañosamente haciendo juntas y chacras y que lo tienen de costumbre", condenándolos a destierro perpetuo, y "al que hallaren ebrio en la calle, que lo suban en un caballo flaco, las manos atadas, y los pies asimismo atados, y de la cintura par arriba desnudo y dé doscientos azotes por las calles públicas, con voz de pregonero, manifestando su deshonra para que sea pública su infamia". El Teniente Gobernador Meléndez decretó las penas de azotes y multa contra los indios, negros, mulatos, y gente baja, que hurtaban a sus patrones "carneros, tocinos, puercos y otros mantenimientos, y los venden ocultamente en las pulperías y otras casas". El Gobernador Dávila estableció la pe-



na de muerte contra los cuatrerros, y Negrón, contra los que ocultan a los extranjeros (1).

Las penas, variaba con las personas, el domicilio, la raza. A raíz de la fuga de dos jesuitas, detenidos en un convento, el Gobernador Agustín de Robles, dictó un bando para impedir que los encubrieran o protegieran. La transgresión del bando importaba "si fuera vecino o morador de esta ciudad, destierro perpétuo de ella y su jurisdicción y perdimiento de todos sus bienes, aplicados, la mitad al fisco real, y la otra mitad al denunciante; si fuera militar, tres años de destierro en la Guardia de San Juan, amén de la pérdida de todos los sueldos devengados, y de todos los honores de su graduación; si fuere forastero, de tres años de servicio en la mencionada guardia de San Juan, sin sueldo, y pérdida de todos sus bienes; si fuera mulato, indio o negro: doscientos azotes por las calles públicas, cuatro años de servicio como galeoto en las embarcaciones de Su Majestad con grillete al pie (2). Este bando refleja, el espíritu desigualitario de las leyes penales imperantes a la sazón y aún anteriores.

La Ley II. del título II, del libro I del Fuero Juzgo, estampaba una bella mentira. "La Ley, dice: gobierna ciudad, e gobierna a onme en toda su vida, e así es dada a los barones cuemo a las mugieres, e a los grandes cuemo a los pequennos, e así a los sabios cuemo a los non sabios, e así a los fijosdalgo cuemo a los villanos; e que es dada sobre todas las cosas por la salud del principe e del pueblo e reluce cuemo el sol en defendiendlo a todos".

Las calidades personales influyen no sólo en la cantidad de la pena, sino hasta en la forma de ejecutarla. Acusado de homicidio Celso Page, después de ser convicto y confeso, fué condenado a la pena de muerte en una horca. Al abogado que actuaba como Fiscal, atendiendo "a ser indio principal, segundo génito del cacique don Félix Page, le parece que es justo se atienda esta calidad en la ejecución de la sentencia

(1) Extraemos los datos anteriores de la preciosa obra del reputado maestro Juan Agustín García "La Ciudad Indiana", capítulo IX, página 209.

(2) Ver *Causas* instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII, con introducción del doctor Tomás Jofré, proceso 1.º, pág. 4.





mandando se le quite la vida con garrote, a presencia de la horca, a fin de consultar por este medio la mejor tranquilidad de los pueblos" (1).

El tercer rasgo de las leyes penales españolas — por lo demás común a todos los cuerpos legales de los tiempos modernos — estriba en la severidad, y en la crueldad. Las leyes de Partidas, reprimen la falsificación de monedas y la herejía contumaz con la muerte en una hoguera (2). El moro que tuviera contacto carnal con mujer cristiana casada, es muerto a pedradas (3), y enterrado vivo debajo del muerto al que matara algún acompañante del Rey cuando el culpable "es home de los menores" (4). Con razón Beccaria, alma noble y generosa, en cuyo espíritu tenían más ascendiente los impulsos del sentimiento, que los dictados del pensamiento clamaba con acentos elocuentes por la humanidad del régimen represivo.

3º En esta ligera reseña histórica merecen especial mención el Fuero Juzgo, Las Leyes de Partidas, La Nueva Recopilación y las Leyes de Indias.

El Fuero Juzgo, traducción romanceada del libro *Indicium*, legisla el derecho penal con inconexión. Sus disposiciones represivas encuéntranse esparcidas por los doce libros que componen el Código. No obstante los libros VI, VII y VIII, tratan especialmente de los delitos y de las penas. Asimismo parte del libro II y del III, el cual estudia los delitos sexuales.

Las leyes penales tienen por objeto antes un espíritu utilitario que teológico.

El delito no es un pecado, ni el delincuente un pecador. ni la pena un instrumento de redención como en las Partidas. La pena propónese refrenar a los malos, y asegurar a los buenos (5). La responsabilidad es personal y no familiar, como en el derecho germánico (6). En algunas leyes el cómplice

---

(1) Causas instruidas en Buenos Aires, proceso X, página 167.

(2) Las Partidas, Ley 9. Tit. VIII, Partida VII Tit. XXVI, Ley 2. Partida VII.

(3) Ley 10, Tit. XXV, Part. VII.

(4) Ley 6. Tit. XVI, Partida II.

(5) Ley 2, Tit. III, Libro VI.

(6) Ley 6. Tit. III, Libro VIII.



equipárase al autor principal (1). Acepta en el homicidio el principio auspiciado por Prins, de que el instigador es más temible que el instigado, y por ende debe reprimirse con mayor pena. "El que manda o conseja hacer omecillo es más inculpaado, que aquel que lo face de fecho" (2).

El gran mérito del Fuero Juzgo, consiste en proclamar la igualdad de las razas borrando toda separación entre vencedores y vencidos. Con todo subsiste el espíritu aristocrático de la desigualdad, distinguiendo en las penas al hombre de mayor casa y de menor casa, es decir: el noble del plebeyo.

El régimen represivo es rico: las penas, son las de muerte cegamiento, reclusión en un monasterio, infamia, inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas, destierro y multa. La decalvación, penh muy prodigada, consistia en rasurar la cabeza. La larga cabellera importaba un galardón entre las familias linajudas, así como el rasuramiento una nota ignominiosa. La represión parece inspirarse más en la venganza privada, que en el interés social. No es raro el colocar al ofensor a disposición del ofendido (3).

Consagra la compurgación de las penas: la composición pecuniaria tiene una tarifa, con arreglo a la clase social del damnificado. Las leyes son harto prolifas: no deja margen al arbitrio judicial, peculiaridad que se observa en todas las leyes posteriores. Acaso por la influencia de los antecedentes españoles pueda explicarse este grave defecto que campea en el Proyecto Tejedor.

4º Más que un Código, las Leyes de Partidas, son un compendio de la sabiduría humana. Ha suscitado en todos los tiempos y por todos los expositores acendrado encomio por la elegancia del periodo, la cordura del juicio, y la abundancia del razonamiento. No son leyes escuetas y severas a la manera de los Códigos modernos, sino profusas y explicativas exornadas con las galas del estilo y salpicadas de exhuberantes reflexiones, preceptos morales, postulados religiosos, princi-

(1) Ley 6, Tít. I, Libro 1.º

(2) Lep 12, Tít. III, Libro VI.

(3) Ver Libro 3.º, Tít. IV y Libro VI, tít. II, Ley 2 entre otras, referentes al adulterio y el envenenamiento, cuando no subsigue la muerte.



pios de filosofía. Pero todas sus disposiciones adolecen de un defecto capital: el ultramontanismo. El derecho penal, propóñese no tanto defenderse de un ser peligroso, cuanto redimir a un pecador. Bien a las claras obsérvase este espíritu teológico en los delitos contra las personas, y en los delitos contra la honestidad.

Asimismo acontece en aquellos que redundan en mengua de la religión cristiana. La hechicería, el judaismo, la herejía rebelde excitan la pena de hoguera (1). La apostasia de la fe cristiana importa la confiscación de bienes, amén de la pérdida de la capacidad civil y de ser declarado infame (2). Perdura la desigualdad en el castigo: el hijodalgo, no es tratado como el villano (4).

Con todo contiene disposiciones dignas de figurar en los códigos modernos. La pena del cómplice no difiere sustancialmente de la del autor principal (3). Prodigia la pena de multa especialmente en el daño, aún cuando fuera intencional (5).

5º La Nueva Recopilación, tenía por objeto poner término al caos jurídico. Tanta era la profusión de normas jurídicas en formas de ordenanzas, cartas, instrucciones pragmáticas, autos, leyes que en las Cortes de Valladolid, celebrada en 1523, los procuradores dirigieron al Rey la siguiente petición: "Por cavsá que las leyes del Fuero e ordenamiento no están bien e juntamente compiladas, e las que están sacadas por horde namientos de leyes que junto el Doctor Montalvo están corra tas o no bien sacadas, y de esta cavsá, los juezes dan varias e diversas sentencias e no se saben las leyes del rreyno por las quales se an de juzgar todos los negocios e pleytos, e somos ynformados que por mandado de los Reyes cathólicos están las leyes juntadas e copiladas e sy todas se juntan fielmente como están en los originales será muy grande fruto y provecho, a vuestra Alteza humildemente suplicamos mande saber la per-

(1) Part. VII, Tit. XXIII, Ley 3, Tit. XXIV, Tit. XXVI, Ley 2, Tit. XXV, respectivamente.

(2) Part. VII, Tit. XXV, Leyes 4 y 5.

(3) Part. VII, Tit. XIII, Ley 3; Part. VII, Tit. XIV, Leyes 18 y 19.

(4) Ley 8, Tit. XXXI, Partida III.

(5) Part. VII, Tit. XV, Leyes 3 a 28.



sona que tiene la dicha compilación fecha, y mande inprimir el dicho libro e compilación, para que con avtoridad de vuestro Magestat, por el dicho libro corregido, se puedan y devan de terminar los negocios, seyendo primeramente visto y examinado por personas sabias y espertas" (1).

La obra apareció en 1567. Estas leyes no lograron éxito alguno. No remedió ni la anarquía jurídica, ni la corrupción de los textos. El libro VIII ocupase del dercho penal. Sus disposiciones son prolijas, hasta el casuismo, y severas hasta la crueldad. La pena de muerte parece ser la pena común de los delitos: el talión respira por todas sus leyes. La práctica de los tribunales argentinos, atemperaba tanto rigor. Así el reglamento de justicia de 1827, al mantener el imperio de las leyes españolas, respetaba las atenuaciones impuestas por la jurisprudencia.

En 1805, por Real decreto de Carlos IV, fué publicada la Novísima Recopilación, de influencia nula en el derecho argentino.

6° Aunque las leyes de indias, no contienen sino escasas disposiciones penales, traen disposiciones adelantadas. En ley dictada en 1621 sienta el principio preconizado con tanto ardor por la escuela positiva italiana: "que el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos que en castigarlos después de cometidos (2).

El Título 2° del libro VII trata de los juegos y jugadores, y el título IV, de los vagabundos y gitanos.

La Ley primera concerniente a estos últimos ordena la imposición de penas graves a los vagabundos españoles que viven entre indios y en sus pueblos, y que hagan asiento con personas a quien sirvan o aprendan oficios en que se ocupen, y puedan ganar y tener de que sustentarse por buenos medios, y si esto no bastare ni lo quisieren hacer, los destierren de las provincias para que con temor de la pena vivan los demás de su trabajo". La Ley segunda establece que los vagabundos se apliquen a trabajar, y los incorregibles e inobedientes sean desterrados.

---

(1) En Bunge — Historia del Derecho Argentino, T. 2, pág. 456.

(2) Leyes de Indias, Libro VI, Tit. IV, Ley XXXV.



La Ley XXIV del Tit. V, autoriza el perdón de ciertos delitos cometidos por primera vez por los negros cimarrones. "Damos poder y facultad a los presidentes y oidores de nuestras reales audiencias, para que si dentro del tiempo que asignaren a los negros cimarrones alzados vinieren de paz y se redujeran a obediencia, o algunos de ellos, les puedan perdonar por una vez las penas en que hubieren incurrido, por haberse ausentado y alzado del servicio de sus amos, y obediencia a nuestra justicia".

El Tit. VI legisla sobre cárceles y carceleros. La ley primera, es el germen de la parte final del art. 18 de la Constitución: "Mandamos que en todas las ciudades, villas y lugares de las Indias, se hagan cárceles para custodia y guarda de los delinquentes (1)".

La ley primera del Tit. siete del mismo libro, prescribe que las audiencias visiten a las cárceles los sábados y pascuas, disposición que puede considerarse como la fuente más remota del art. 686 del Código de procedimientos en lo criminal de la Capital (2).

7<sup>a</sup> Las leyes españolas, fueron parcialmente modificadas, por decretos y leyes aisladas, que respondían a la necesidad del momento. Como observa Rivarola, la primera disposición concerniente al derecho penal, es la dictada el 4 de Julio de 1810, por la junta presidida por Saavedra. A raíz del duelo sostenido por dos comerciantes ingleses, la junta, invocando la religión, las leyes y las costumbres y que si semejantes excesos se repitiesen con impunidad, la fuerza del mal ejemplo, arrastraría a muchos jóvenes incautos, y veríase introducido un uso, que ataca el orden público de estas provincias", recuerda al

---

(1) La Constitución Nacional reza así: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella".

(2) El artículo 686 está concebido en los términos siguientes: "Todos los meses se hará una visita de cárceles, por el miembro de la Cámara de Apelaciones, que ésta designe, y otra cada tres meses por la Cámara Integra, a cuya visita deberán concurrir los jueces del crimen y correccionales, el Ministerio Fiscal y los defensores de los procesados".



comandante de las fuerzas inglesas, que las leyes del país proscriben los desafíos (1).

Por decreto del 4 de Octubre de 1811, estableciéndose la pena de horca para los autores de robo calificado, es decir, con fractura, escalamiento o violencia en las personas, debiendo los culpables ser juzgados militarmente en el término perentorio e improrrogable de diez días. Idéntica pena y modo de juzgamiento se aplicaría, al autor de un robo simple, cuando llegue a la cantidad de cien pesos en moneda o en especie; y siendo inferior, la condena sería de diez años de presidio en el trabajo de las obras públicas (2). Por el del 3 de Abril de 1812, reprímese con pena de muerte los delitos cometidos por los piratas de Montevideo contra los ribereños. La misma pena conminase a los duelistas y a los padrinos, por decreto del 30 de Diciembre de 1814, pretextando que "las vidas de los ciudadanos, sólo deben exponerse por el bien de la patria", reputando a los duelistas, como a verdaderos asesinos, no obstante que un falso y criminal punto, de honor se esfuerce en disculparlos" (3).

El bando del 11 de Marzo de 1812 referente al juego y uso de armas prohibidas, condena a seis años de presidio con aplicación a las obras públicas "al que las sacare, o hiciere conato de sacarlas".

La Asamblea del año 13, ordena el 23 de Marzo "que todo soldado de la patria que desertase de sus banderas, sea pasado por las armas".

Las leyes, no sólo son severísimas, sino, que menoscaban las garantías individuales. los juicios son asaz breves. Huelga advertir que a la influencia de las leyes españolas débese la severidad de las penas. La República marchaba un tanto rezagada; ya la obra de Beccaria producía sus frutos; las naciones europeas imbuidas en las doctrinas del ardiente innovador humanizaban las leyes.

(1) David Peña — Historia de las leyes de la Nación Argentina. T. 1, página 543.

(2) Prado y Rojas — Recopilación de leyes y decretos, T. I, página 101.

(3) Registro Nacional, Tomo I, núm. 734, página 300.



8° La constitución Nacional marca una etapa en la evolución del derecho penal argentino. En primer lugar consagra una inestimable garantía para las libertades individuales: “ningún habitante de la Nación — reza la primera parte del art. 18 — puede ser penado sin juicio previo, fundado en la ley anterior al hecho del proceso”. La prescripción ha granjeado el asentimiento unánime de los expositores y la adhesión franca de las legislaciones.

En segundo término, consultando nuestros antecedentes históricos impone restricciones en las penas: aboliendo la pena de muerte por causas políticas, prohibiendo la pena de azotes el tormento, y borrando definitivamente la confiscación de bienes del régimen represivo. (1) La primera restricción es un freno al desborde de las pasiones y una reacción contra los preceptos que en contrario establecían las constituciones de 1819 y 1826 (arts. 138 y 191 respectivamente).

La pena de azotes era muy aplicada durante la colonia, ya como pena principal, ya como pena accesoria (2). Abolida por la Real Audiencia en vísperas de la Revolución, fué auspicada por Castelli. “como único medio, decía a la junta, de reprimir los delitos y aún las deserciones de los milicianos”. Esta pena se ejecutaba paseando al delincuente, montado en un burro, por las calles públicas, y dándole en cada esquina cierto número de golpes con un instrumento de cuero, en las espaldas desnudas, hasta integrar el total de azotes a que ha sido condenado, y que ordinariamente es de 200. Más no debe aplicarse en forma tal que el reo quede muerto o lisiado: (ley 25 Tit. 14. P. VII).

En cuanto a la abolición de la confiscación de bienes ya lo establecía el decreto del 18 de Septiembre de 1812, aunque en forma limitada; y por decreto del 20 de Mayo de 1835 por Rozas, con carácter general, y por Urquiza el 7 de Agosto de 1852. Sin embargo el tirano, hizo caso omiso de la disposición La Constitución de 1853, también abolía las ejecuciones a lanza y cuchillo; pero la convención de 1860, suprimió la prescrip-

(1) Constitución Nacional, arts. 17 y 18.

(2) Ley 5, Tit. VI, Part. VII; Ley 64, Tit. V, Part. I; Ley 8, Tit. XVI, Part. VII; Leyes 9 y 10, Tit. V, Part. VI; Leyes 3 y 4, Tit. V, Part. VII; Jofré, introducción citada, págs. XXII y siguientes.



ción, pues, como decía la comisión examinadora: "no habiendo sido nunca autorizadas por la ley, las ejecuciones a lanza y cuchillo, no podía decirse que se abolían, y que así debía borrarse de la Constitución este oprobio y esta impropiedad" (1).

En tercer lugar la Constitución faculta al Congreso para dictar el Código penal, aunque sin poder alterar las jurisdicciones locales. (art. 67, inc. 2). Por consiguiente las faltas son de incumbencia nacional, debiendo reservarse a las provincias, aquellas que revisten carácter genuinamente local. El Código penal, puede y debe contener normas acerca de esta importante materia (2).

En cuarto término, el art. 14 establece: que los habitantes de la Nación gozan de todos los derechos contenidos explícitamente en el mismo, e implícitamente en el art. 133 "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". Ahora bien, el Código penal es una garantía de todos los derechos que encierra "una reglamentación en su ejercicio", es la llave que encierra toda la bóveda del derecho.

En quinto término, trae la definición de numerosos delitos. Según el art. 15: "todo contrato de compraventa de personas es un crimen, del que serán responsables los que lo celebrasen y el escribano o funcionario que lo autoriza". Sin embargo el Código en vigencia, no establece pena alguna para el que redujera a la servidumbre a otra persona. Tal omisión salva el art. 140 del Proyecto que examinamos, inspirado en el art. 168 del Proyecto de 1891.

Por el art. 22, comete delito de sedición: "toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste", actos reprimidos con prisión de un mes a dos años, por el art. 230 del Proyecto.

Según el art. 29: "El Congreso no puede conceder al ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincias, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedan a merced de gobiernos o personas alguna... y sujetaran

(1) Redactor de la Comisión Examinadora. Num. 7, pág. 56.

(2) Ver: Rivarola — Derecho Penal Argentino, pág. 155 y siguientes.





a los que lo formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". El proyecto reprime tales actos con prisión o reclusión perpetua (art. 227 y 215).

Por el art. 103: "la traición contra la Nación, consistirá únicamente en tomar las armas contra ella o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro". El Proyecto en el art. 214 reprime el mencionado delito, con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, o reclusión o prisión perpetua. Conviene advertir que la Constitución, dice que "el Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito". Sin embargo no hay razón alguna para excluir la incorporación de la traición, al Código penal.

El art. 109 reputa sedición o asonada "las hostilidades de hecho" realizadas por una provincia contra otra: "sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y discutidas por ella".

El Proyecto en el art. 229, reprime con prisión de uno a tres años el delito, previsto en el art. 109 de la Constitución.

También trae la Constitución un gran principio de filosofía penal, al estatuir en el ya mencionado art. 18: "que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad, y no para castigo de los reos". En otros términos, la pena no es un instrumento de expiación, la retribución del mal por el mal, sino un fecundo medio de defensa social.

Finalmente consagra normas de procedimientos: nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, ni sacado de los jueces designados por la Ley, antes del hecho de la causa, ni puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente (art. 18). A su vez los arts. 24, 67 y 102 consagran el jurado para la ventilación de los litigios. La insistencia con que la Constitución repite la idea del juicio por jurado, ha caído en saco roto. El apego a las tradiciones puede más que los consejos de la experiencia ajena y que el mandato de la carta fundamental.

9º El 6 de Junio de 1863, el Congreso autorizó al P. Ejecutivo, para nombrar comisiones encargadas, de redactar los



Códigos civil, penal, minería, y las ordenanzas militares. En cumplimiento de la Ley, encomendóse la redacción del Código civil a Dalmacio Vélez Sársfield, juriconsulto de pasmosa erudición; y del Código penal, a Carlos Tejedor de notoria versación en la materia. El Proyecto referente a las disposiciones generales, fué presentado en 1865, y la parte segunda concerniente a los crímenes, delitos y sus penas, en 1867. Aunque peca por difuso y casuista, tiene méritos que no huelga exaltar.

Estimamos algunas de sus disposiciones como superiores a las del Proyecto de 1917.

Así en el concepto de la tentativa entra como elemento característico la intención en lugar de la premeditación exigida inconsultamente por el último.

Al ascendente del Código de Baviera y compartiendo las ideas profesadas por Pacheco y Caravantes reprime el delito imposible o tentativa irrealizable, sin parar mientes ni en la idoneidad del medio ni en la existencia del objeto (1). Disposición ésta, que puede servir de modelo a los Códigos modernos y singularmente al Proyecto de 1917, que ha omitido sin fundamento alguno la dilucidación de tema tan importante como controvertido. Asimismo reprime la tentativa de complicidad, objeto de impunidad por el Proyecto de 1917 (2).

Consagra dos títulos a la responsabilidad civil, estableciendo algunas normas más dignas de encomio que el del Proyecto, como el derecho que asiste al codeincuente de pedir a los co-participantes reintegro de la cuota correspondiente a éstos; la exención de imputabilidad criminal no entraña la dispensa de responsabilidad civil (3). Bajo el rubro del modo de hacer efectiva la responsabilidad civil contiene varias disposiciones sobre la latitud de la misma.

En el exceso de la legítima defensa, no protesta adhesión a la tendencia del Proyecto de 1917, el cual coloca en identidad de condiciones a todos los que se exceden sin curarse de tanta variedad de matices. Por el Proyecto de Tejedor, no podrá aplicarse la pena cuando resulta "de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataque, etc., que el

(1) Art. séptimo, Tit. 2.º, Libro primero y nota.

(2) Art. undécimo, Tit. 5.º, Libro primero.

(3) Ver: Título 7.º, Libro primero.



individuo atacado, no se excedió sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por el espanto irresistible (1).

Además ostenta algunos méritos que no hallamos en el código penal en vigencia. Así "los menores de diez años, furiosos, locos, en general los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado, los imbeciles incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad, las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de la senectud, y los sordomudos que no hayan recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruido de las penas impuestas por la ley positiva y cuya responsabilidad esté fuera de duda, serán encerrados en algunas de las casas destinadas para los de su clase, o entregados a su familia según lo estime el juez conveniente" (2). Por el contrario, el Código penal, los entrega a la libertad.

Con todo dista de ser irreprochable. Antes bien, adolece de un vicio capital: la individualización legal sustituye a la individualización judicial. Es prolijo hasta no más. El juez vive como en una campana de cristal.

Además las penas son abundantes aunque no crueles. La pena de presidio tiene un carácter infamante "trabajarán públicamente en beneficio del Estado, llevarán una cadena al pie pendiente de la cintura o asida a la de otro penado, serán empleados en trabajos exteriores, duros y penosos" (3).

Para confirmar la falta de elasticidad en las penas, transcribimos algunas disposiciones. El autor de homicidio simple "sufrirá seis años de presidio o penitenciaria", tres años "si el muerto mismo provoca el acto homicida por ofensas o injurias ilícitas y graves, o si en el momento del hecho el homicida se hallaba en estado de furor sin culpa suya, y sin que hubiere al mismo tiempo exclusión completa de imputabilidad"; dos años de prisión el "infanticidio". En las lesiones "el que sacare a otro los ojos o lo castraré, será castigado con seis años

---

(1) Art. duodécimo, Tít. 3.º, Libro segundo.

(2) Inc. 1.ª al 5.ª, Tít. 3.º, Libro segundo.

(3) Art. séptimo, Tít. 2.º, Libro segundo.



de presidio o penitenciaria (1). Si la castración se verificare en el acto de un ultraje violento al pudor, por la persona ofendida, se castigará con un año de prisión. La mutilación de un miembro principal del cuerpo, se castigará con tres años de prisión y en los demás con uno”.

El que ataque a la persona de otro, o se entrega a una vía de hecho corporal, de quince días a tres meses si la lesión produce enfermedad o incapacidad para trabajar por menos de treinta días pero más de cuatro; un año de prisión si la lesión ocasiona una enfermedad de un mes o más, o si la persona lesionada queda incapaz por uno o más meses de entregarse a su trabajo o funciones; dos años de prisión si por efecto de las lesiones la parte lesionada, sin quedar completamente o para siempre incapaz de entregarse al trabajo, ha sido sin embargo mutilada, deformada en una parte del cuerpo o privada incurablemente del uso de un miembro; si la persona lesionada queda inhábil completamente para el trabajo y no hay probabilidad fundada de obtener su restablecimiento, o si queda privada del uso de la palabra, de la vista, de los pies, o de las manos, o impropia para las funciones generatrices de su sexo: tres años de prisión, etc., etc. (2). El proyecto de Tejedor rinde pleito homenaje a la individualización legal.

Otro de los defectos estriba en la benignidad de la pena.

#### Vinculaciones entre los proyectos de Tejedor y el de 1917

El Proyecto de Tejedor ha influido, aunque ligeramente, en el proyecto de 1917.

La influencia llega las mas veces, a través de los proyectos de 1891 y de 1906 así como del Código Penal en vigencia.

1.° En cuanto al derecho penal internacional: a) Ambos aplican la ley argentina a los delitos cometidos por los argentinos en territorio extranjero. No obstante, el proyecto de Tejedor diferenciase en la extensión del principio con el proyecto de 1917. El primero reza “al argentino que con arreglo a los Tratados o en los casos que prescriban las leyes, fuere juzgado en la República Argentina sobre delito que hubiese cometido en país extranjero, bien por habérsele aprehendido en el territorio de la República, o bien por haberle entregado otro gobierno. El proyecto de 1917, cuando fueren aprehendidos por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención”.

(1) He aquí un hermoso antecedente de las penas paralelas consagrado por el Proyecto de 1917.

(2) Arts. segundo a séptimo del Título segundo de la parte 2.°



b) El Proyecto de Tejedor aplica asimismo la ley argentina al extranjero que cometa algún crimen o delito en el territorio de la República, norma involucrada en el Proyecto de 1917 al decir: art. 1.º Este código se aplicará: 1.º Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina".

2.º Acerca de la inhabilitación absoluta: Los incs. 1.º y 3.º del art. 19 del Proyecto de 1917, según los cuales la inhabilitación absoluta importa así "la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular", como "la incapacidad para obtener cargos, empleos o comisiones públicas, reproducen textualmente los incs. 1 y 3 del art. primero, título segundo, libro segundo del Proyecto Tejedor con solo la excepción de la frase "comisiones públicas".

3.º A propósito de la multa: Para graduar la multa ambos atienden tanto a las modalidades del delito como a la situación económica del delincuente. El proyecto de Tejedor reza: "la multa será siempre proporcionada a los bienes, empleos o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley" (art. primero, p. IV, Título segundo, Libro segundo). Y el artículo tercero, agrega: "en la aplicación de las multas los jueces podrán recorrer la extensión en que la ley permite imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, a más del caudal, facultad o industria del culpable, las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho". El Proyecto de 1917, reza: "teniendo en cuenta además de las causas generales del art. 40, la situación económica del penado" (art. 21).

4.º Respecto del comiso: El art. 23 del proyecto de 1917, por el cual se prescribe el decomiso de la pérdida de los efectos provenientes del delito lo mismo que los instrumentos con que se ejecutara, reproduce a la letra el art. sexto, p. IV, Tit. segundo, Libro segundo del de Tejedor. El primero, no obstante, agrega al final un párrafo encaminado a prohibir la enajenación de los instrumentos decomisados.

5.º En lo concerniente a la responsabilidad civil: Todas las disposiciones del proyecto de 1917, están inspiradas en el proyecto de Tejedor, a punto de reproducir casi literalmente el texto de éste. Con todo, median estas diferencias: 1.º El proyecto de Tejedor trae normas más prolijas acerca de la restitución de la cosa, reparación de daño e indemnización de perjuicios. 2.º Además contiene disposiciones referentes a la responsabilidad de las personas "exceptuadas de responsabilidad criminal. 3.º El coparticipante que hubiera pagado íntegramente, tiene el derecho de repetición; "el juez, asignará... a cada delincuente la cuota proporcional que le corresponda, atendiendo a su culpabilidad y facultades, y al lucro que hubiese reportado a fin de que pueda pedir reintegro el que hiciere el pago". 4.º Agrega, además, que la responsabilidad civil pasa a los herederos del ofensor y el derecho de exigir la se transmite a los herederos del ofendido. Aunque el Proyecto de 1917, no contempla explícitamente el punto, está resuelto en el mismo sentido, en forma implícita por el art. 70.

6.º En lo que atañe a la tentativa: El desistimiento dispensa de pena. El Proyecto de Tejedor está concebido así: "La tentativa no está sujeta a pena cuando el agente desiste de su empresa, deteniéndose en la ejecución de ella, no por obstáculos exteriores, por impotencia o casualidad, sino por un movimiento espontáneo de su voluntad, de su conciencia, o por piedad o temor de la pena". El Proyecto de 1917, así: "el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".

7.º En punto a coparticipación criminal: cuando el acusado de complicidad coopera en un hecho menos grave que el cometido por el



autor principal, la pena por ambos proyectos, será aplicada al cómplice en razón del hecho que prometiera ejecutar. Sin embargo, difieren en que en el proyecto de Tejedor el acusado debe probar su intención criminal, en tanto que en el proyecto de 1917, el debe colegirse de las circunstancias particulares de la causa".

8.º En materia de imputabilidad: El Proyecto de Tejedor faculta al juez para encerrar "en alguna de las casas destinadas para los de su clase", o bien para entregar a su familia a los que "hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado", así como en los demás casos citados en el texto transcrito en la tesis, especialmente el de los imbeciles "incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad". Salvo en lo que respecta a la mayor amplitud del juez, el art. puede considerarse como el germen del inc. 1.º del art. 34 del proyecto de 1917.

9.º En lo tocante a las circunstancias atenuantes y agravantes: El art. 41, de éste, está modelado bajo el imperio de las normas consagradas por el Proyecto de Tejedor. Sin embargo, este último incurre en el error de determinar en el texto cuando aumenta y disminuye la criminalidad tanto desde el punto de vista de la naturaleza de la acción y de los medios empleados cuanto desde el punto de vista de la intención.

10. El 16 de Octubre de 1868, el Congreso autorizó al P. E. "para nombrar una comisión de tres abogados, que se ocupe de examinar prolijamente el Proyecto de Código penal, redactado por el doctor Tejedor". La elección definitiva, recayó en los doctores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, aunque antes fueran nombrados José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana. Por fallecimiento de Pérez y Ugarte, fueron designados Vicente Fidel López y Antonio E. Malabey y por renuncia de éstos y de Quintana, los primeros jurisconsultos citados. La comisión, excediéndose de su cometido, cifóse más que a revisar el Proyecto, a redactar uno nuevo. Alegaban "los nuevos elementos con que han enriquecido la ciencia del derecho los trabajos preparatorios de los códigos que han aparecido después de estar redactado el Proyecto del doctor Tejedor" (1).

El Proyecto Villegas, García, Ugarriza, introduce algunas mejoras, como la supresión de las infracciones penales, en crímenes y contravenciones. Contiene disposiciones referentes al derecho internacional penal, pues sostiene con Story, citado por la exposición de motivos "el estado tiene un derecho in-

---

(1) Proyecto de Código Penal, Sixto Villegas, A. Ugarriza y J. A. García, página VII.



dudable para prohibir y castigar cualquiera actos cometidos fuera de su jurisdicción si están calculados para producir una injuria a su gobierno, o a los derechos de sus ciudadanos". (1) Sobre todo, y este es el mayor mérito del Proyecto, comparado con el de Tejedor, deja al juez cierta libertad de acción dentro de un máximo y de un mínimo. "Se evita de esta manera el peligro de la arbitrariedad y se deja al mismo tiempo la amplitud necesaria, para que el magistrado pueda proceder según lo determinen las circunstancias atenuantes o agravantes cuya influencia no es posible reducir a principios fijos, sino hasta cierto punto". (2)

11. El 11 de Mayo de 1881, el P. F. sometió a la consideración de la Cámara de Diputados, el proyecto anterior. La Cámara, siguiendo el precedente sentado por Villegas, García, Ugarriza, no se limita a examinar el Proyecto, sino que elabora otro. Formaban la Comisión redactora los Diputados Isaías Gil, Filemón Posse, Mariano Demaria, Bernardo Silveyra y F. M. Gómez. En la sesión del 23 de Octubre de 1885, el doctor Silveyra, pronuncia un discurso recabando su aprobación (3). Después de encarecer la importancia de las leyes penales expresa que la Comisión había consultado los dos proyectos: el de Tejedor y el de la Comisión designada por el ejecutivo. Como base de los trabajos decidieron unánimemente optar por el primero. El de la comisión, argüía, no tiene unidad, carece de filosofía, presenta grandes confusiones y divisiones erradas. Tras breve discusión fué aprobado en general, difiriendo la sanción definitiva para el año siguiente.

El 15 de Diciembre de 1886, fué aprobado por la Cámara de Diputados y el 25 de Diciembre del mismo año, por el Senado.

El doctor Rodolfo Rivarola, el más autorizado comentador del Código, sintetiza así sus defectos: "1.° Carece de unidad, dejando "subsistente otra legislación penal, flotante, de origen inconstitucional si procede de las legislaturas provinciales: de



origen constitucional, pero ocasionado a dudas y chocantes contradicciones, si procede del Congreso. 2° Falta de método en la distribución de sus partes, y de corrección en sus detalles. 3° "El mantenimiento de un sistema penal, de imposible cumplimiento, en la parte de las penas privativas de libertad". 4° El atraso respecto de instituciones nuevas ya ensayadas en otras partes, y que podrían experimentarse en nuestro país como las leyes sobre reincidencia, libertad condicional, etc." 5° "El silencio del Código respecto de cuestiones de tanto interés jurídico como las de la fuerza obligatoria de la ley penal con relación al territorio, y tantos otros". (1).

12. Por decreto expedido el 7 de Junio de 1890 el Poder Ejecutivo designa al doctor Norberto Piñero, catedrático de derecho penal, al doctor Rodolfo Rivarola, Fiscal de la Cámara de Apelación de la Provincia de Buenos Aires, y al doctor José Nicolás Matienzo, juez de Primera Instancia de la Capital de la misma provincia: "a fin de que constituidos en Comisión, proyecten las reformas que reputen necesarias introducir en el Código penal, teniendo presente lo expuesto en los considerandos del decreto". Estos se referían: 1° a que el "Código penal adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer por los peligros que entraña para la sociedad, y para los que sufren especialmente su aplicación". 2° Que en los últimos años los diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus Códigos como el resultado de estudios minuciosos y completos que deben tenerse en cuenta" 3° "que la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas, que, si bien son objeto de discusión y no se impone desde ya como verdades inconcusas deben tomarse en consideración, para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación". 4° "que el Código tiene vacíos que deben llenarse para evitar la impunidad de ciertos hechos criminosos" (2).

La Comisión presentó su obra al ministerio de Justicia en Junio de 1891. A decir verdad la empresa era árdua. Las épocas de tran-

---

(1) Rivarola — Derecho Penal Argentino, pág. 19, y más especialmente Exposición y crítica del Código Penal, 3 tomos, notable obra jurídica.

(2) Decreto inserto en el Proyecto de Código Penal por Piñero, Rivarola, Matienzo, páginas 3 y 4.





sición no son las más propicias para redactar un código. Jamás la historia del derecho penal atravesara por situación tan crítica. La escuela italiana suscitaba acendrados elogios y críticas implacables. Discutiase largo y tendido en la cátedra, en el libro, en las revistas, en los congresos internacionales. Las polémicas sucedían a las polémicas. No obstante los autores salían airosoamente la dificultad. Aceptan de las flamantes doctrinas los principios discretos, desechando sus afirmaciones temerarias. En todo el Proyecto campea la ecuanimidad de juicio, la ponderación de criterio, la altura de miras, la ilustración de sus autores. Colma vacíos, concilia incongruencias corrige errores, coordina leyes dispersas, adopta institución tan meritoria como la libertad condicional, observa método, reprime delitos antes impunes, acuerda suma importancia a la responsabilidad civil, esboza sensato programa de la individualización de la pena, concede al juez mayor latitud en la interpretación. Con ser una obra digna de la merecida reputación de sus redactores y no obstante el dictamen favorable de la Comisión designada por la Cámara de Diputados, la cual, sólo propuso reforma de detalles, no fué aprobado.

#### Diferencias entre los proyectos de 1891 y 1906

El proyecto de 1891 planta un jalón en el desenvolvimiento del derecho penal argentino. El transcurso de treinta años ha envejecido la orientación que lo inspira. Con todo representa un esfuerzo considerable de labor. Compendia discretamente el estado de la criminología de la época. Su influencia notoria en el proyecto de 1906, base del proyecto de 1917, justifica la presente nota, tendiente a establecer sus discrepancias. Entrambos no existen sino las diferencias siguientes:

1.ª En la aplicación de la ley penal con relación al territorio:

a) En cuanto a la forma: El proyecto de 1906 como el de 1891 aplica la ley argentina a los delitos y faltas cometidas en los buques mercantes de bandera extranjera surtos en aguas jurisdicciones de la República. Pero aquel suprime el agregado de éste: "cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado."

b) Ambos aplican la ley argentina a todo hecho punible cuyos efectos deban producirse en los límites de su jurisdicción. Pero el proyecto de 1891 trae además el agregado siguiente borrado por el de 1906: "aunque el acto se haya ejecutado o preparado y el agente se encuentre fuera de ella".

c) El proyecto de 1906 no aplica la ley argentina "por delitos cometidos a bordo de buques mercantes de bandera argentina, en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueren reprimidos por éste". El de 1891 entrega la solución del problema al derecho internacional.



d) Ambos consagran la expulsión de los que hubieran cometido hechos punibles calificados de delitos por el código argentino siempre que concurrieran los recaudos siguientes: 1.º No estar comprendidos en los casos en que la ley argentina se aplica expresamente; 2.º no haber sido juzgados ni cumplido la condena; 3.º que la autoridad extranjera competente, requerida para su extradición, no la verifique. Pero, el proyecto de 1906, agrega: "si quebrantaren la expulsión, serán juzgados como si hubieren cometido el delito en el país".

2.º En la aplicación de la ley penal con relación al tiempo:

Respecto de la retroactividad de la ley más benigna en la causa juzgada: El proyecto de 1891 la acuerda únicamente "en cuanto deja sin represión un hecho reprimido por una ley anterior"; el de 1906 la acuerda en todos los casos "si el penado lo solicitare y las circunstancias invocadas constaren de autos".

3.º En cuanto a la extensión del imperio del código:

a) El proyecto de 1891 establece perentoriamente que "las disposiciones de este código serán aplicadas aún a las materias regidas por otras leyes penales, en cuanto estas no dispusieren lo contrario", norma omitida por el de 1906. El proyecto de 1917, restaura la disposición anterior aunque omitiendo la reserva final, la cual ha sido agregada por la comisión del Senado.

b) El proyecto de 1891 también dispone que "las disposiciones de este código no se aplicarán a los delitos del fuero militar, ni a las infracciones de las leyes aduaneras y de impuestos", el de 1906 calla sobre el particular.

c) En cuanto a la legislación sobre faltas: Tanto el proyecto de 1891 como el de 1906, consagran un libro sobre faltas. No obstante mientras éste omite trazar la línea de demarcación entre las facultades nacionales y provinciales, aquel establece que "las infracciones de las leyes y disposiciones locales en las provincias, municipios y territorios federales, que no tuvieran pena señalada en este código, serán reprimidas, como faltas, con las penas que en ellas mismas se determine, siempre que no impongan multa mayor de mil pesos, ni establezcan otra inhabilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesiones, dentro de la jurisdicción territorial, ni restrinjan la libertad de locomoción, sino en caso de falta de pago de la multa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.

4.º Acerca del régimen represivo:

a) Ambos consagran las penas siguientes: Muerte, presidio, deportación, multa, destierro, inhabilitación, y la penitenciaria denominada prisión por el proyecto de 1906. El proyecto de 1891 agrega la de destierro, suprimida por el de 1906. A su vez éste agrega la detención caracterizada por no estar sujeto al trabajo reglamentario, pena desconocida, por aquí.

b) Acerca de la forma de reglamentar la pena de muerte:

En la prueba: La pena de muerte no podrá aplicarse cuando el delito resulte probado, "sólo por presunciones o por confesión", según el proyecto de 1906; "cuando sólo haya pruebas de presunciones, por vehementes que sean, aunque las leyes de procedimientos admitan este género de pruebas para los delitos en general, según el proyecto de 1891.

En las garantías del procedimiento: El proyecto de 1891 libra el punto a las leyes procesales. El de 1906 exige el concurso de cuatro circunstancias para aplicar la pena de muerte: 1.º Que la causa haya sido vista en todas las instancias; 2.º que en todas las instancias se haya decidido la imposición capital; 3.º que haya 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.

En las excepciones: El proyecto de 1891 exceptúa a los menores de diez y ocho años; el de 1906 refiere a los menores de edad, sin precisar los límites.

En cuanto a los medios de ejecución: El de 1891 establece la electricidad o el fusilamiento, el de 1906 omite toda referencia al instrumento de ejecución.

Respecto del día de la ejecución: Según el proyecto de 1891 tendrá lugar dos días después de la notificación de la sentencia irrevocable, según el de 1906 al día siguiente. Este omite el agregado de aquí: "sin perjuicio de la ejecución que el Poder Ejecutivo podrá decretar a los efectos del ejercicio del derecho de gracia."

En cuanto a la entrega del cadáver: El de 1891 los entrega "a sus parientes", el de 1906 "a sus parientes dentro del segundo grado". El primero establece además que no podrán enterrarlo con pompa, so pena de reprimir el acto con "penitenciaría por cuatro a ciento veintidós días".

c) Respecto del cumplimiento de la pena de presidio: Por ambos debe cumplirse con trabajos forzados en un establecimiento destinado al efecto, pero el proyecto de 1891 agrega: "y situado a la mayor distancia posible de los centros poblados". Además, "el gobierno de la Nación fundará en alguna de las islas del sud de la República un presidio..."

El proyecto de 1906 a diferencia del de 1891 prevee la falta de establecimientos, o la falta de trabajo. En estas circunstancias los condenados a presidio: "serán destinados a obras públicas de cualquier género, con tal que no fueren contratadas por particulares".

En cuanto a los exceptuados de presidio: Por el proyecto de 1906 "los hombres débiles o enfermos, los menores de edad, los mayores de sesenta años y las mujeres que merecieron presidio, sufrirán la condena en prisión. El de 1891 omite las excepciones."

En cuanto al régimen carcelario: Por el proyecto de 1891 los condenados a presidio estarán sujetos a reclusión celular en las horas destinadas al sueño y a la alimentación, reuniéndose durante el día en clases separadas para el trabajo... Los reglamentos podrán imponer, entre las correcciones disciplinarias, la reclusión absoluta por un término que no exceda de treinta días, durante el cual los reclusos trabajarán en la celda." El proyecto de 1906 guarda silencio.

Respecto de la duración del presidio: Por el proyecto de 1891: "la pena de presidio es perpetua o temporal. En el segundo caso durará de diez a veinticinco años". El proyecto de 1906 suprime la disposición:

d) Respecto de la pena denominada penitenciaría por el proyecto de 1891 y prisión por el de 1906:

A propósito de la duración: Según el proyecto de 1891 la penitenciaría durará de un día a quince años, según el proyecto de 1906, la prisión será por tiempo indeterminado hasta por quince años.

Acercar del régimen carcelario: ambos prescriben la reclusión celular en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción, pero el de 1891, agrega, "cada penado elegirá, con intervención de la dirección del establecimiento, el género de trabajos a que deberá dedicarse, designándolo la dirección en su defecto."

En lo referente a las excepciones: El proyecto de 1891 convierte la penitenciaría en detención en establecimiento especial cuando la pena no excediera de un año; siempre que el condenado no fuera reincidente; el proyecto de 1906 transforma la prisión en detención en



sus propias casas cuando aquella no excediera de seis meses con tal de que el condenado fuera mujer honesta o persona anciana o valetudinaria. La conversión es obligatoria por aquél, facultativa según éste.

Finalmente, según el proyecto de 1891, "los condenados a penitenciaría, después de cumplida con regularidad la tercera parte de la condena, podrán ser sacados a petición suya, durante el día, a trabajar en establecimientos agrícolas o industriales, bajo la vigilancia de la administración de la penitenciaría." El proyecto de 1906 suprime tal disposición.

e) En cuanto al destino del producto del trabajo.

Al referirse a la indemnización de daños y perjuicios el proyecto de 1906 suprime la frase "o no los hubiere satisfecho de otra manera".

En el inciso 3 ambos proyectos refiérense, "a costear los gastos que causaren en el establecimiento", pero el de 1891 agrega: "y los gastos del proceso".

El proyecto de 1891 establece al final del art. 38 que la enumeración del mismo importa un orden de preferencia, el de 1906 suprime la disposición.

f) En cuanto a la inhabilitación como pena accesoria:

El proyecto de 1891 legisla en dos artículos, el de 1906 en uno solo.

Aquel refiérense a las penas de presidio y penitenciaría sin limitación alguna, éste al presidio y la prisión por más de tres años.

g) En cuanto a la pena de deportación:

1.º El deportado que observare buena conducta previa justificación obtendrá de la autoridad judicial la exoneración de la pena a los veinte años por el proyecto de 1891, a los quince por el de 1906.

2.º Según el proyecto de 1891, "después de seis años de condena, el deportado podrá solicitar del juez de la causa, por motivos justificados, licencia para trasladarse a otro punto de la República, por un tiempo que no exceda de tres meses, mediante caución pecuniaria y bajo la vigilancia de la autoridad policial..." El proyecto de 1906 suprime la disposición.

h) En cuanto a la pena de multa:

1.º El proyecto de 1891 autoriza a sustituir a petición del condenado, la pena de penitenciaría cuando no exceda de dos años, por la de multa, a razón de cuatro a diez pesos por cada día de condena; el de 1906 suprime la computación.

2.º El proyecto de 1906 tiene en cuenta no sólo la situación económica del penado para graduar el monto de la multa, sino también las causas que modifican la imputabilidad, el de 1891 parece atender a lo primero exclusivamente.

3.º En cuanto a la conversión de la multa en pena privativa de libertad: Por el proyecto de 1906 la conversión no puede exceder de año y medio de prisión, por el de 1891 la detención puede llegar hasta tres años.

4.º El proyecto de 1906 establece que "en cualquier tiempo que satisficiera la multa, quedará en libertad", circunstancia no prevista por el proyecto de 1891.

5.º El proyecto de 1906, a diferencia del de 1891 prevee que "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".

6.º El proyecto de 1891 así como el de 1906 facultan al tribunal para fijar el tiempo del pago, pero aquel agrega: "pudiendo señalarse plazos y cuotas para pagos parciales.

i) En cuanto a la inhabilitación:

1.º El proyecto de 1891 establece que "la inhabilitación será absoluta o especial, y perpetua o temporal"; el proyecto de 1906 suprime el artículo transcripto.

2.º Según el proyecto de 1891, la inhabilitación absoluta comporta "la privación del derecho de elegir y ser elegido, en comicios populares"; según el de 1906 importa "la privación del derecho electoral".

3.º En cuanto a la inhabilitación especial, el proyecto de 1906 establece categóricamente que se refiere en tanto dura la condena.

j) En cuanto a la admisión de los condenados por tribunales provinciales en los establecimientos nacionales:

1.º Es facultativa por el proyecto de 1891, obligatoria por el de 1906.

2.º Aquel se refiere exclusivamente al presidio que el gobierno Nacional fundará en alguna de las islas del sud, éste a cualquier establecimiento carcelario.

3.º El primero contempla únicamente los condenados a presidio, el segundo, presidio, prisión, deportación y detención.

k) En lo que concierne al cómputo de la prisión preventiva:

Por el de 1891, un día de prisión preventiva equivale a un día de inhabilitación, por el de 1906, a dos días de inhabilitación.

l) A propósito del comiso:

1.º Por el proyecto de 1891 "los instrumentos decomisados no podrán ser enajenados". El de 1906 omite toda referencia.

2.º También aquel trae este agregado: "cuando se trate de cosas cuya fabricación, uso, conducción, tenencia o enajenación tuvieren manifiestamente por objeto la comisión de delitos, se decretará siempre el comiso, aunque no haya condenación, ni pertenezcan al tenedor".

h) En lo que atañe a la libertad condicional:

1.º En cuanto a la forma: el proyecto de 1891, contempla primero la libertad condicional de los condenados a presidio, luego de los condenados a penitenciaría repitiendo las normas que establece; el de 1906 contempla a todos en los mismos artículos.

2.º En cuanto a los recaudos:

a) El proyecto de 1891 lo acuerda "al condenado a presidio temporal", sin parar mientes en el número de años de la condena y a "los condenados a penitenciaría, por más de dos años"; el proyecto de 1906 al "condenado a presidio o prisión por tiempo indeterminado que hubiere cumplido veinte años de condena, y el condenado a presidio temporal o prisión por más de tres años".

b) El proyecto de 1891 reza, previo informe motivado de la dirección del presidio o de la penitenciaría, el de 1906, observar "con regularidad los reglamentos penales".

c) El primero exige "previa audiencia de ministerio público", el segundo no.

3.º En cuanto a las condiciones a que están sujetos los liberados:

a) El proyecto de 1891 establece que el condenado a presidio deberá residir en el distrito que esté situado el presidio, durante el resto de la condena y el condenado a penitenciaría "en el lugar que determine el auto de soltura" no pudiendo variarla "sin previa autorización del tribunal competente"; el proyecto de 1906 establece invariablemente que el condenado ha de "residir en lugar que determine el auto de soltura".





b) Ambos exigen que deberán adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia al tenor del proyecto de 1906; medios propios y conocidos al tenor del proyecto de 1891. Pero el primero agrega "en el plazo que el auto determine".

c) El proyecto de 1891 requiere no cometer nuevos delitos o faltas; el de 1906 refiérese exclusivamente a los delitos.

d) El proyecto de 1906 excluye a los reincidentes, el de 1891 omite esta exclusión.

4.º En cuanto a la revocación:

a) El proyecto de 1906 agrega: que en los casos en que el liberado no observare las reglas de inspección y cuando no adoptare oficio, arte, industria o profesión, "el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena, todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos". (Refiérese a los dos casos ya mencionados en este párrafo).

b) En cambio el proyecto de 1891, establece que si se revocare la libertad condicional "el tiempo que haya durado la libertad no se computará con el término de la condena, sin perjuicio de la acumulación de penas que correspondiera por el nuevo delito".

M) Por el proyecto de 1891 "no se reputan penas la detención o prisión preventiva de los procesados; ni la suspensión de empleo o cargo público, acordada durante el proceso o para instruirlo". El de 1906 suprime la disposición.

N) Según ambos proyectos «si durante la condena el penado se volviese loco, el tiempo que dure la locura se computará para el cumplimiento de la pena» pero el de 1891 agrega: «debiendo el enfermo ser atendido en una sección especial del establecimiento penal en que se encuentre».

5.º Respecto de la condena condicional

El proyecto de 1906 incorpora, por primera vez, este importante instrumento de política criminal al derecho penal argentino, echado al olvido por el proyecto de 1891.

6.º Acerca de la responsabilidad civil:

El de 1891 a diferencia del de 1906 establece que el juez al fijar la indemnización pecuniaria tendrá en cuenta la situación social y económica del ofensor y del ofendido.

Las demás reformas son de forma exclusivamente

7.º En materia de responsabilidad:

a) El proyecto de 1891 presume la intención criminal en la ejecución de todo "hecho punible"; el de 1906 dice "en todo delito". En ambas la presunción es valedera "a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias particulares del proceso", pero el de 1891, agrega, "o que las causas alegadas por el imputado o en su nombre para excluir o modificar su responsabilidad, sean verosímiles y no exista prueba en contrario".

b) En cuanto a la enajenación mental:

1.º Tanto por el proyecto de 1891 como el de 1906 "están exentos de responsabilidad" los que han "resuelto y consumado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera", pero el último añade, "no imputable al agente".

2.º Ambos prescriben el enclaustramiento del alienado; en un manicomio según el proyecto de 1906; en un establecimiento de alienados criminales o en un departamento especial de los manicomios comunes según el proyecto de 1891. Pero mientras éste lo prescribe cuando "la perturbación no es momentánea o si puede temerse su repetición, y el



hecho ejecutado es de los que la ley reprime con pena de muerte, presidio, deportación o penitenciarias aquel no consagra reservas.

Por el proyecto de 1891 cuando por la enajenación mental se incurra en un hecho reprimido con pena diferente de las mencionadas, el agente será puesto en libertad bajo fianza de custodia, observándose mientras dicha fianza no se prestare, lo dispuesto en el párrafo precedente.

3.º Por el proyecto de 1906 cesa el enclausamiento en el manicomio cuando desaparezca el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, por el de 1891 cuando haya desaparecido "el peligro que motivó la reclusión".

e) Respecto de la embriaguez:

Por el proyecto de 1891 está "exento de responsabilidad" "el que ha resuelto y ejecutado el hecho en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenido sin culpa suya". El proyecto de 1906 omite toda referencia a la embriaguez, porque sus redactores entienden que la expresión "enajenación mental", comprende la embriaguez que no es habitual según explica la exposición de motivos.

d) Respecto de la sugestión hipnótica.

Por el proyecto de 1891 se declara no punible al que en estas condiciones ejecuta el hecho "al que no ha prestado su consentimiento". El de 1906 guarda silencio.

a) Acerca de los menores:

1.º El proyecto de 1906 ordena la colocación del menor de catorce años "en un establecimiento, destinado a corrección de menores"; el de 1891, "en un establecimiento agrícola, industrial o de enseñanza destinado a la corrección de menores".

2.º La colocación procede según éste "si de las circunstancias de la causa y de las condiciones personales del agente" resultare peligroso dejarlo a cargo de sus padres o guardadores; según aquel "si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres o guardadores" resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos".

3.º Por ambos la internación dura hasta los diez y ocho años, pero el proyecto de 1906 permite la anticipación "mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores".

f) Según el proyecto de 1891 no merece pena "el cónyuge que sorprendiendo a su consorte en flagrante adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos, con tal que la mala conducta del agente no hiciera excusable aquel hecho".

El proyecto de 1906 autoriza a los jueces a "eximir de pena, según las circunstancias del hecho" (art. 85, inc. 3).

g) También es eximente según el primero "el delito cometido por el padre o hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de quince años; por el de 1906 es facultativo, aunque nos distingue edad.

h) En cuanto a la obediencia debida:

El proyecto de 1891 trae la siguiente definición de la obediencia debida: "cuando la orden emana de quien ejerce sobre el agente autoridad directa, corresponde al género de sus funciones y reviste las formas legales".

El proyecto de 1906 reza "el que obrare en virtud de obediencia debida".

i) "El que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia causa un mal por mero accidente" está dispensado de pena según el proyecto de 1891; el de 1906 guarda silencio.

j) En cuanto a la legítima defensa:



Por el proyecto de 1906, se entiende que concurren las circunstancias que singularizan la legítima defensa respecto de aquel que en contrarío a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistido, lo que omite el de 1891.

h) Acerca de las causas que modifican la imputabilidad:

Tanto el proyecto de 1891 como el de 1906 atienden a las modalidades del delito y a la idiosincrasia del delincuente para graduar la penalidad. No obstante, el primero agrega, normas minuciosas especificando cuando la criminalidad aumenta o disminuye así desde el punto de vista de la naturaleza de la acción y de los medios empleados como desde el punto de vista de la intención.

8.º En materia de tentativa:

a) El proyecto de 1906 exige que los actos exteriores "tengan relación directa con el delito, el de 1891, "relación directa e inequívoca".

b) El proyecto de 1906, agrega: "Para la apreciación de los actos, se tendrán en cuenta los antecedentes del agente".

c) Respecto de la penalidad: Por el proyecto de 1891 si la pena correspondiente al delito fuera la pena de muerte, corresponderá a la tentativa presidio, desde quince hasta veinte años: Por el proyecto de 1906 corresponderá también presidio de quince a veinte años si la pena fuera de muerte ó presidio por tiempo indeterminado. El primero, prevee cuando la pena del delito es perpetua en cuyo caso la de tentativa no excederá de veinte años ni bajará de diez. A su vez el de 1906 prevee cuando al delito corresponde prisión por tiempo indeterminado, en cuyo caso la de tentativa será prisión de diez a quince años.

9.º En materia de coparticipación criminal.

a) El proyecto de 1906 titula el epígrafe "Autores y cómplices"; el de 1891 "De las personas responsables".

b) Acerca de la penalidad: ambos aplican al cómplice la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado no pudiendo aplicársele el máximo. El proyecto de 1891 sustituye la de muerte, por el presidio perpetuo y ésta por el presidio temporal. El de 1906 reemplaza la de muerte por 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.

c) Acerca de la tentativa de complicidad: El proyecto de 1906 la reprime conforme a las reglas de la tentativa, el de 1891 consagra la misma regla. La diferencia entrambas es de forma.

d) Acerca de la comunicabilidad de las circunstancias, cualidades y relaciones personales que excluyan, disminuyan o aumenten la criminalidad: Mientras el proyecto de 1906 guarda silencio el de 1891 establece que no se tomarán en cuenta, en la aplicación de las penas, sino respecto del autor o del cómplice a quien conciernan. Por excepción consagra la comunicabilidad cuando agrava la criminalidad si es conocida por los coparticipantes en el momento en que concurrieron al hecho sirvieron para facilitar la ejecución del hecho.

Respecto de las circunstancias materiales que aumenten la criminalidad consagra la comunicabilidad "a menos que resulte que no la conocían ni podían preverla en el momento en que concurrieron a la ejecución del hecho".

e) Respecto de los delitos cometidos por la prensa: Ambos no consideran cómplices ni autores de los delitos cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor la cooperación material necesaria para su publicación pero en el pr





yecto de 1906, a diferencia del de 1891 es preciso que "el autor fuera conocido y se encontrare en el país".

10. En lo referente a la reincidencia:

a) El proyecto de 1906 no tiene en cuenta a los efectos de la reincidencia, los delitos militares y políticos.

b) El proyecto de 1906 contempla a los reincidentes por segunda vez condenados a pena restrictiva que excediera de un año, los cuales deberán cumplir su condena en un paraje de los territorios del sud.

c) Acerca de la deportación como pena accesoria: El proyecto de 1891 la aplica cuando concurren: 1.º Dos condenaciones a presidio temporal; 2.º Una condenación a presidio temporal y dos a penitenciaría; 3.º cuatro condenaciones a penitenciaría; 4.º cuatro condenaciones, de las cuales una sea a presidio; 5.º cinco condenaciones, de las cuales dos por lo menos sean a penitenciaría; 6.º siete condenaciones a penas inferiores a las de presidio o penitenciaría. El proyecto de 1906: 1.º Dos condenas a presidio, o una a presidio y otra a prisión mayor de tres años; 2.º Tres condenas a prisión mayor de tres años, o una de presidio y dos de prisión de tres años o menos; 3.º cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4.º cinco condenas a prisión de tres años o menos. Además no tiene en cuenta las condenas por delitos exclusivamente militares o políticos. Por último aplica también la deportación como accesoria de la condena en el concurso de delito, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuvieran fijada pena mayor de tres años de prisión".

11. En el concurso de delitos o concurso de hechos punibles como reza el proyecto de 1891:

a) Acerca del hecho que cae bajo más de una sanción: El proyecto de 1891, agrega, "Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición general y por una disposición especial, se aplicará la última".

b) Acerca del delito continuo: El proyecto de 1891 lo prevee especialmente "se aplicará, reza el texto, la disposición legal que fije la pena mayor".

c) Acerca de los hechos independientes reprimidos con la misma especie de pena: El proyecto de 1891 aplica "una pena igual a la suma de las penas correspondientes a los diversos hechos", por el de 1906 la pena aplicable "tendrá como minimum el minimum de la pena mayor, y como maximum, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos". No obstante, ambos estatuyen que la suma no podrá exceder del maximum legal de la especie de pena de que se trate. El de 1891, agrega, "en caso de pena pecuniaria no excederá del cuádruplo de la multa que corresponda al hecho más o menos severamente reprimido".

d) Acerca de los hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza: Por el proyecto de 1891, "se impondrá cada una de éstas reducidas a la especie de las más graves..."; no pudiendo exceder la suma del maximum legal, por el de 1906 "se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor".

e) Acerca de los hechos independientes reprimidos con penas no siempre divisibles: Por el de 1891 "si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará la más grave de éstas"; por el de 1906 "si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará esta únicamente, salvo el caso en que incurrieren la de prisión por tiempo indeterminado y la de prisión temporal, en que se aplicará presidio por tiempo indeterminado".



12. En la extinción de acciones y de penas:

a) En cuanto al tiempo de la prescripción de la acción penal.

1) Por el proyecto de 1891 "a los veinte años, cuando se tratare de delitos cuya pena máxima sea la de muerte o presidio perpetuo y, a los quince años el presidio temporal o deportación; por el proyecto de 1906 "a los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de muerte o presidio".

2) Por el primero «a los dos meses» cuando se tratare de hechos reprimidos con multa que no exceda de quinientos pesos; por el segundo a los seis meses.

b) En cuanto al tiempo de la prescripción de la pena.

1.º Por el proyecto de 1891 se prescribe a los treinta años la pena de muerte, a los veinte por el de 1906.

2.º A los treinta años la de "presidio perpetuo" por el primero; por el segundo queda implícitamente comprendido en los términos de la de presidio.

3.º La deportación a los quince años por éste; a los veinticinco por aquél.

4.º La de prisión por tiempo indeterminado a los quince años por el de 1906.

5.º La de presidio a los veinte años por el proyecto de 1906, por el de 1891 "en un tiempo igual al de la condena y una tercera parte más, no pudiendo exceder los veinticinco años".

6.º La pena de multa mayor de dos mil pesos a los tres años por el de 1906; a los cinco por el de 1891.

c) En cuanto a la interrupción de la prescripción:

Por el proyecto de 1891 "todo acto de procedimiento judicial para la represión del delito o para la ejecución de la pena interrumpe la prescripción"; por el proyecto de 1906 se desconoce este medio de interrupción.

d) Por el proyecto de 1891 la comisión de otro delito deja sin efecto tanto la prescripción de la acción penal como la prescripción de la pena; el proyecto de 1906 guarda silencio.

e) En cuanto al perdón de la parte ofendida:

El proyecto de 1906, añade "si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás".

13. En lo que concierne al ejercicio de las acciones:

a) Respecto de las acciones privadas.

a) Ambos consagran como acciones privadas la calumnia, injuria, amenazas, violencias, extorsión, violación de secretos con la excepción enumerada en el art. 184 por el proyecto de 1891 y en el artículo 185 por el proyecto de 1906. Este último conceptúa también acción privada la concurrencia desleal, prevista en el art. 167, difamación y ultrajes y el adulterio. El proyecto de 1891 conceptúa acción pública la primera, en cuanto a la segunda no constituye delito.

A su vez el proyecto de 1891 extiende la esfera de acción de las acciones privadas a la violación de domicilio, usurpación, daños, lesiones previstas en los artículos 120 y 124, abuso de armas a que se refiere el artículo 133 y suposición de filiación en el caso del art. 167, inc. 4, y violación, estupro, rapto, o ultrajes al pudor de las personas púberes, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida.

b) Por el proyecto de 1906 son acciones dependientes de instancia privada, (es decir que iniciada la acción, el proceso sigue curso aun cuando desistiera el acusador), las que nacieran de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, cuando no



resultare la muerte de la persona ofendida, o lesiones de las miembros en el art. 95. Según el proyecto de 1891 es acción privada.

c) Respecto del ejercicio de las acciones en los delitos contra la libertad política:

El proyecto de 1906, agrega, que iniciada la acción por un particular, el ministerio fiscal deberá intervenir en el proceso sin poder desistír, aunque desistiera el acusador particular.

d) Respecto de las personas que no pueden ejercitar acciones entre sí:

Mientras el proyecto de 1906 contempla el punto en el art. 263 limitándolo al hurto, defraudación y daño, el de 1891 prohíbe iniciar acciones entre al 1.º a los cónyuges, "a no ser por delito cometido por el uno contra la persona del otro, o la de sus hijos, y por el delito de bigamia"; 2.º a los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cuñados; a no ser por delito cometido por los unos contra las personas de los otros o la de sus hijos", respecto de cualquier delito que no sean ni contra la persona ni contra el vínculo matrimonial.

14. Respecto de las normas para determinar la jurisdicción ante la cual deben ser instauradas las acciones penales.

El proyecto de 1906 omite toda referencia sobre jurisdicción:

El proyecto de 1891 establece las siguientes reglas: el juez competente es el del lugar donde el hecho se ha cometido.

A no conocerse el lugar o si se hubiere preparado o ejecutado fuera de la República establece el siguiente orden: 1.º Ante el juez del lugar en que se haya descubierto pruebas materiales del hecho; 2.º Ante el del lugar en que el presunto reo haya sido aprehendido; 3.º Ante el de la residencia del presunto reo.

Cuando al procesado se impute varios hechos cometidos en distintos lugares, será juez competente el que lo sea para juzgar el hecho a que esté señalada pena mayor y, en el caso de que a los hechos esté señalada igual pena, el que hubiere prevenido en el conocimiento de la causa.

15. Acerca de las garantías para la libertad individual:

El Proyecto de 1891 establece que "nadie será obligado a responder por delito que se le impute sin que el tribunal competente declare antes haber lugar a la acusación"; el Proyecto de 1906 guarda silencio.

16. Acerca de las cuestiones prejudiciales:

Por el de 1891 "la acción criminal no depende en ningún caso de cuestiones prejudiciales"; el Proyecto de 1906 deja librado implícitamente el punto al código civil.

17. En lo referente a la significación de conceptos:

El Proyecto de 1891 define demás: la unidad monetaria, hecho punible y jueces.

A su vez el de 1891 trae demás: capitán, tripulación y el hecho de narcotizar una persona u ocasionarle un síncope que asimila a la violencia o fuerza.

13º En Marzo de 1900 la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, presenta en lugar del anterior, el Proyecto de Ley de Reformas que inyectaba en los principios caducos del Código penal, la tendencia más moderna del Proyecto de 1891. El doctor Juan Argerich, opusóse tenazmente a la sanción de este último (1). Afirmaba que al Proyecto Rivarola, Matien-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 1900, tomo I, página 275 y siguientes.



zo y Piñero, pudiera aplicarse las palabras pronunciadas por Carelli contra el Código italiano, la de "confundir la misión de la ciencia con la obra legislativa". Alegaba que no había logrado la anhelada unidad penal, puesto que excluía el Código Militar, los delitos de imprenta y los derivados de la transgresión de las leyes aduaneras y del régimen impositivo. Que era menester antes estudiar la criminología argentina a la luz de la estadística. Que eran preferible las reformas parciales a las reformas integrales. Acto continuo ponderaba los inconvenientes de derogar el Código penal vigente "que lleva quince años de abundante aplicación del derecho y cuyos artículos tienen en cierto modo, una vida propia, recibida de la discusión del parlamento, de la enseñanza de la cátedra, de las defensas de los tribunales y de la aplicación de éstos".

Por el contrario, los doctores Olivera y Cullen, en sensatos discursos, abogaron con acopio de razones, por la aprobación del Proyecto de 1891.

El doctor Rodolfo Moreno (hijo), autor del comentario más atinado escrito sobre la Ley de Reformas: Ley 4189, escribía estas palabras: "Confieso que hubiera encontrado más acertado que la sanción de reformas parciales, la adopción en general del Proyecto Rivarola. Matienzo, Piñero, que es inmensamente más completo, que el Código vigente. Sobre todo lleva la ventaja de obedecer, a un plan razonado, metódico y no a una serie de disposiciones, y que lo hace parecer a esos trajes muy viejos de algunos pordioseros, que tienen muchos remiendos de diferentes colores, clases y épocas" (1).

En la Cámara de Senadores, Julio Herrera, también combatió la reforma con lujo de erudición y sagacidad de criterio (2).

En general fué objeto de severos comentarios. Y se explica. Antes acrecía que disminuía los defectos del Código Penal. Las reformas introducidas, no se avenían con el espíritu asaz conservador del Código. Respondían a otros principios. Además no llenaba ninguna laguna, ni consagraba la unidad penal,

---

(1) R. Moreno — La Ley Penal Argentina, pág. 45, 1.ª edición.

(2) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1903, páginas 149 y 186.



ni incorporaba nuevas instituciones jurídicas, ni depuraba graves errores.

14. El 19 de Diciembre de 1904, el P. E., designa a los doctores Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía, y secretario, al señor José Luis Duffy, para la revisión del Código penal amén de otras reformas legislativas. Entre los considerandos mencionaba: 1.º la "necesidad evidente de dar mayor estabilidad y unidad posibles a las múltiples leyes que rigen en la República sobre penalidad". "Por las graves perturbaciones que de tal multiplicidad resultan para la buena administración de justicia". 2.º "que además de las leyes penales existen otras numerosas, dictadas ya por el Congreso, ya por las legislaturas de las provincias relativas a derechos reales y personales". 3.º "que existe conveniencia indudable en revisar e imprimir carácter permanente, o por lo menos, durante un largo periodo de tiempo, al Código penal de la Nación, el que después de frecuentes reformas generales o parciales no ha logrado satisfacer los unánimes anhelos de una justicia equitativa". La Comisión presentó el Proyecto de Código penal el 10 de Marzo de 1906.

Fué objeto de un estudio erudito y profundo, por Julio Herrera, tan reputado entre los intelectuales argentinos (1).

15. En 1916 el Diputado Rodolfo Moreno, presenta a la Cámara de Diputados el Proyecto de 1906 con ciertas modificaciones, mas tres capítulos concernientes a la apología del crimen, a los delitos contra el sentimiento Nacional, y al pago con cheques sin provisión de fondos, acompañado de conceptuosos fundamentos.

**Modificaciones y agregados propuestos por el doctor Moreno  
al proyecto de 1906**

He aquí el proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados de la Nación por el doctor Rodolfo Moreno (hijo) en Julio de 1916:

Artículo 1.º Desde el 1.º de Enero de 1917, regirá, como ley de la Nación, el proyecto de código penal presentado al Poder Ejecutivo por los doctores Diego Saavedra, Francisco J. Beazley, Rodolfo Rivarola, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía con las modificaciones contenidas en los artículos siguientes:

(1) Herrera — La Reforma Penal. Buenos Aires 1911.



Art. 2.º En el art. 1.º en lugar de «y faltas cometidas», la palabra «cometidas».

Art. 3.º En el art. 4.º suprímese la palabra «muerte».

Art. 4.º Suprímense los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

Art. 5.º Agréguese al inc. 4.º del art. 28 «si el penado tuviera esposa o hijos menores de cualquier clase, corresponderá a éstos la mitad de la jubilación, pensión o goce de Montepío».

Art. 6.º Suprímense las palabras «de muerte o» en el artículo 47.

Art. 7.º Sustitúyese el art. 51 por el siguiente: «Si la pena que correspondiese al autor fuese la de presidio por tiempo indeterminado sufrirá el cómplice la de presidio temporal que no bajará de quince años, y si la correspondiese prisión por tiempo indeterminado, se le aplicará prisión que no baje de diez años».

Art. 8.º En el art. 66, inc. 1.º suprímense las palabras «muerte o».

Art. 9.º En el art. 69, inc. 1.º suprímense las palabras «muerte o».

Art. 10. En el art. 83, sustitúyese la palabra «diez» por la palabra «ocho».

Art. 11. Suprímense las palabras «o muerte» en el art. 84.

Art. 12. Sustitúyense en el art. 107 las palabras «seis meses o dos años por «uno a tres años».

Art. 13. Sustitúyense en el art. 108 las palabras «otra clase de» por la palabra «toda».

Art. 14. Agréguese al art. 143 las palabras «con el propósito de causar perjuicios».

Art. 15. Sustitúyese en el inc. 4.º del art. 203 la palabra «diez» por la palabra «ocho».

Art. 16. Sustitúyense:

a) En el art. 121, las palabras «tres a diez» por «seis a quince».

b) En el art. 122, las palabras «uno a cuatro» por «tres a seis».

c) En el art. 123, las palabras «dos a seis» por «tres a seis».

d) En el art. 124, las palabras «tres a quince» por «ocho a veinte»; y

e) En el art. 125, las palabras «tres» por la palabra «seis».

Art. 17. Reemplázase el art. 127 por el siguiente: «El que para satisfacer deseos propios o ajenos promoviese o facilitase la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo será castigado:

1.º Con prisión de cuatro a quince años si la víctima fuera menor de doce años;

2.º Con prisión de tres a diez años si la víctima fuera mayor de doce años y menor de diez y ocho;

3.º Con prisión de uno a seis años si la víctima fuera mayor de diez y ocho años y menor de veintidós.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de diez a quince años cuando mediare violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda».

Art. 18. Reemplázase el artículo 128 por el siguiente: «Será reprimido con prisión de cuatro a diez años, el que para satisfacer deseos ajenos promover o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad mediando violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otro medio de coerción. Si mediare fraude o engaño, la pena será de uno a tres años de prisión».

Art. 19. Agrégase a continuación del art. 129 el siguiente: «La persona o personas regentes de casas de prostitución pública o clandestina, que admitiesen menores de edad para el ejercicio de la prostitución, serán reprimidos con seis meses a dos años de prisión, si fueren



mayores de diez y ocho años. Si fueren menores de diez y ocho años, serán reprimidos con dos a diez años de prisión.

Si mediase alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 127 la pena podrá extenderse hasta quince años.

Art. 20. Suprímese el art. 131.

Art. 21. Sustitúyense en el art. 132 las palabras "un mes a un año" por "uno a tres años".

Art. 22. Agrégase a continuación del art. 132: "Los reincidentes en los delitos de corrupción de personas, serán deportados.

Art. 23. Al final del título VIII, libro segundo, agrégase el siguiente capítulo:

#### CAPITULO IV

##### Apología del crimen

Será reprimido con prisión de un mes a tres años, el que hiciere públicamente y por cualquier medio, la apología de un hecho o del autor de un hecho que la ley castiga como delito.

Art. 24. Agrégase a continuación del art. 230 el siguiente:

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años:

1.° El que fabrique, venda, transporte o conserve explosivos susceptibles de causar estragos, sin permiso de la autoridad;

2.° El que propague por cualquier medio los procedimientos para causar incendios o estragos y para fabricar los materiales destinados a producirlos;

3.° El que propague los medios de causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos.

Art. 26. Agrégase a continuación del art. 249 el siguiente capítulo:

#### CAPITULO II bis

##### Delitos contra el sentimiento nacional

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que realice actos ofensivos contra la bandera o el escudo de la nación.

Art. 26. Agrégase a continuación del art. 320 el siguiente capítulo:

#### CAPITULO VI

##### Del pago con cheques sin provisión de fondos

Será reprimido con prisión de uno a seis meses, el que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero y siempre que no concurren las circunstancias del art. 187, un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descuento y no abonare el mismo dentro de las 24 horas de haber sido protestado.

Art. 27. Agrégase al art. 191 el siguiente inciso:

4.° El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor a título de documento de crédito o garantía por una obligación no vendida un cheque o giro de fecha posterior.

Art. 28. Suprímese el libro III del proyecto de 1906 que trata "De las faltas".

Art. 29. Quedan derogadas las leyes números 49, 1920, 4189, 7029, 9077 y 9143, lo mismo que las demás que se opusieron a la presente.



En los fundamentos de la reforma alegaba que "nuestra legislación penal es diversa, desordenada y contradictoria: Existen un código, una ley de reformas, una ley federal que castiga ciertos delitos contra la nación, una serie de leyes que modifican parcialmente el código como son las de seguridad social las que reprime ciertas formas de corrupción y la que castiga los cheques dolosos, más otro conjunto de leyes que rigiendo materias diversas como ser marcas, correos, telégrafos, elecciones, contienen disposiciones de carácter represivo que necesitan ser aplicadas por los jueces del fuero criminal o correccional"...

Más adelante agrega: "Pero no solamente el desorden impone la necesidad del cuerpo organizado. El código y las leyes vigentes contienen preceptos contradictorios, repeticiones innecesarias, omisiones increíbles, excoas en unos casos y defectos en otros, ofreciendo más que un conjunto, un amontonamiento de disposiciones que no llenan las necesidades del país ni las imposiciones de su cultura".

Acto continuo estudia someramente los antecedentes inmediatos de la legislación penal argentina: la ley de 1863, el proyecto de Tejedor, el de Villegas, García, Ugarriza, el código en vigencia, el proyecto de 1891, la ley de reformas y el proyecto de 1906 cuyo texto adopta con las modificaciones apuntadas, explicando los fundamentos de las mismas.

Concluye con estas palabras: "Nadie discute que llena una necesidad y tiende a concluir con la anarquía reinante en esta materia."

Véase, pues, como el distinguido penalista argentino encara la reforma con un carácter jurídico antes que científico. No se preocupa tanto de dotar a la sociedad de los medios necesarios para contener el desborde del crimen cuanto de depurar los errores técnicos del proyecto de 1906 así como el de suplir algunas de sus deficiencias. Explícase así el descuido inexplicable de la legislación comparada de los códigos ruso, japonés, siamés y muy principalmente del código noruego, aurora del derecho penal en formación, del proyecto suizo, el derecho penal del porvenir según la certera expresión de Jiménez de Asúa, de los proyectos alemán y austriaco, todos ellos difundidos y comentados antes de la presentación del proyecto de Moreno a la Cámara de Diputados en 1916. En el transcurso de los diez años que media entre la publicación de los proyectos de 1906 y 1916 aparece una rica bibliografía, encaminada a dar nuevos rumbos al derecho penal. Los expositores preocupanse más de la política criminal que de la articulación jurídica. El código penal es un instrumento de defensa social. Conjuntamente con la pena aparecen sabiamente organizadas las medidas de seguridad. Fuerza es prevenir el delito. Es preferible un código deficiente en su faz jurídica con tal de que recoja los postulados de la prevención especial a un código de simetría irreproachable que confía la defensa de la sociedad a las armas ya enmohecidas de la represión.

En la sesión del 20 de Septiembre del mismo año solicita el nombramiento de una Comisión compuesta de cinco Miembros, a fin de estudiar la reforma penal. La elección recae en los doctores Rodolfo Moreno (hijo), Antonio De Tomaso, Carlos Pradere, Jerónimo del Barco y Delfor Del Valle. El primero de los nombrados — presidente de la Co-





misión — promovió una encuesta entre los profesores de la Facultad, miembros de la judicatura y especialistas en la materia. Merece especial mención las consideraciones expuestas por el profesor Juan P. Ramos, abundante de doctrina, prodigo en razones, sereno en el comentario, sagaz en la observación (1).

#### Diferencias entre el proyecto de 1906 y el de 1917

Entre los proyectos de 1906 y 1917, median en lo que concierne a la parte general, las diferencias que se expresan a continuación:

1.° A propósito de la aplicación de la ley penal con relación al territorio:

a) El proyecto de 1906 abraza así los delitos como las faltas, el de 1917 refiérese exclusivamente a los delitos;

b) Este aplica la ley argentina a los delitos cometidos en el extranjero por los argentinos nativos cuando no concurren las circunstancias enumeradas por el inc. 4.° del art. 1.°, en tanto aquel consagra implícitamente la aplicación de la ley territorial;

c) El proyecto de 1917 suprime el artículo 2.° del proyecto de 1906, por el cual serían expulsados del país los que habiendo cometido delitos en el extranjero, según las leyes argentinas, no hubieran sido juzgados y cumplido la condena.

2.° En lo que atañe a la aplicación de la ley penal con relación al tiempo:

a) La retroactividad de la ley más benigna en la cosa juzgada sólo procede a instancias del penado por el proyecto de 1906, de pleno derecho por el de 1917;

b) Aquél requiere que las circunstancias favorables consten en autos, éste acuerda el beneficio sin reserva alguna.

3.° En lo concerniente a la aplicación de las normas del código a las leyes especiales: el proyecto de 1917 establece categóricamente que las disposiciones generales del mismo se aplicarán a los delitos previstos por leyes especiales, disposición omitida por el proyecto de 1906.

4.° Acerca de las relaciones jurídico-penales entre el gobierno federal y las provincias: el proyecto de 1906 contiene un libro sobre faltas, aunque omite trazar la línea de demarcación entre las facultades nacionales y provinciales, el de 1917 entrega a las provincias la represión de las faltas fijando límites a las penas. Podrán imponer prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años, multa hasta cuatro mil pesos.

5.° En lo que se refiere al régimen repressivo:

a) El proyecto de 1917 implanta las penas paralelas echadas al olvido por el de 1906, con excepción del artículo 84.

b) Suprime la pena de detención.

c) Suprime la pena de muerte.

d) Denomina reclusión al presidio y relegación a la deportación.

e) Por el proyecto de 1906 los condenados a presidio "serán" destinados a obras públicas "cuando no hubiera establecimientos o faltara trabajo", por el de 1917 los reclusos "podrán" ser

(1) En el Proyecto de Código Penal, pág. 204 a 266, editada en libro especial con el título de La Codificación penal argentina.



empleados en obras públicas, haya o no establecimientos, faltara o no al trabajo.

f) Por aquél los menores de edad y las mujeres que merecieran presidio cumplirán la condena en prisión, por éste en establecimientos especiales:

g) El proyecto de 1906 da normas acerca de los caracteres de la prisión estableciendo la reclusión celular fuera de las horas de trabajo o instrucción, el proyecto de 1917 omite toda referencia a la organización carcelaria a no ser la obligatoriedad del trabajo;

h) Según el primero quedan exceptuados de la prisión las personas ancianas, cuando la pena no excediera de seis meses, el segundo reza "personas mayores de sesenta años";

i) La inhabilitación como accesorio de las penas principales dura por el tiempo de la condena según el proyecto de 1906, por el tiempo de la condena y de uno a tres años más, según el proyecto de 1917;

j) Este último agrega a las disposiciones de aquél que las penas de reclusión y prisión traen consigo la privación de la patria potestad "cuando el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos";

k) El proyecto de 1906 excluye a los condenados a pena perpetua de los beneficios de la libertad condicional, el de 1917 no establece restricción alguna;

l) Este último agrega también que las condiciones enunciadas en el artículo 13 "regirán hasta el vencimiento del término de la pena, añadida supérflua puesto que repite el concepto expresado en el art. 16 análogo al art. 20 del proyecto de 1906.

6.° En cuanto a la admisión de los condenados por tribunales provinciales en los establecimientos nacionales:

El proyecto de 1906 no consagra límite en la pena, el de 1917 exige que la pena exceda de cinco años.

Además este último obliga a las provincias a enviar sus condenados a los establecimientos nacionales cuando carecieran de establecimientos adecuados.

7.° Respecto de los efectos de la inhabilitación absoluta:

En ambos proyectos la inhabilitación absoluta acarrea la pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío, pero en el de 1917 se añade "si el penado tuviese esposa, hijos menores de cualquier clase o padre anciano y desvalido, corresponderá a éstos el importe de la jubilación pensión o goce de montepío".

8.° En lo relativo a la multa:

El proyecto de 1917 agrega al de 1906 lo siguiente: El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. En todos los casos, cuando la multa no se hubiere satisfecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión del condenado.

9.° En punto a los efectos del delito y de los instrumentos ejecutantes:

Ambos consagran el decomiso siempre que no pertenezcan a un tercero irresponsable, pero el proyecto de 1917 prohíbe la venta de los instrumentos decomisados y ordena su destrucción pudiendo aprovecharse sus materiales.

10. En lo referente a la condena condicional:

a) Según el proyecto de 1906, el pronunciamiento se motivará en la comprobación de los buenos antecedentes del reo, según el de 1917 "en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y



las circunstancias que le han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar su personalidad;

b) Los buenos antecedentes se justificaban mediante información de la policía y demás pruebas que el juez considere necesario, la personalidad moral según las informaciones que el tribunal estime discretas;

c) El proyecto de 1917, agrega la disposición superflua que también procede la condena condicional en el concurso de delitos cuando la pena no excediera de dos años o de multa;

d) El proyecto de 1917 acuerda este importante instrumento de política criminal así a los delitos reprimidos con penas privativas de libertad como a los delitos reprimidos con multa, el de 1906 lo circunscribe a los primeros;

e) La extinción de la pena se opera a los cinco años según éste, con el transcurso de los términos de la prescripción penal según aquél;

f) En ambos proyectos la revocación de la condena condicional procede con la comisión de un nuevo delito, pero en el de 1906 también cuando se descubrieren malos antecedentes del condenado.

11. En la reparación de daños y perjuicios:

Por el proyecto de 1917, las leyes de procedimientos deben reglamentar la indemnización del daño material y moral; el de 1906 calla sobre el particular. Sin embargo, nadie podría impedir a las provincias la reglamentación de la acción.

12. En materia de imputabilidad: el proyecto de 1906 presume la intención criminal en la comisión de los delitos, a no ser que resulte lo contrario del proceso, el proyecto de 1917 suprime la disposición.

13. Sobre la imputabilidad de los delinquentes psicopáticos:

a) En cuanto a la terminología: el proyecto de 1906 los comprende a todos bajo el rubro de enajenación mental, el de 1917 reza «por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia»;

b) En cuanto a los efectos: Aquél requiere que el acto no sea imputable al agente, éste que no haya podido comprender la naturaleza o el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones.

14. Acerca del exceso en la legítima defensa, en el estado de necesidad y en la obediencia debida; el proyecto de 1917 aplica la pena fijada para el delito cometido por culpa o imprudencia, en el de 1906 sólo hay un atenuante con arreglo al art. 43.

15. Respecto de los menores:

a) El proyecto de 1906 sólo contempla al menor de catorce años; el de 1917 al menor de catorce y al mayor de catorce y menor de diez y ocho años;

b) Respecto del menor de catorce años, este agrega a las disposiciones de aquel que la permanencia en el establecimiento de corrección puede prolongarse hasta cumplir veintidós años;

c) Además establece que el menor de diez y ocho años no puede ser declarado reincidente;

d) Finalmente adopta providencias especiales sobre la patria potestad, tutela y curatela.

16. En cuanto a la cantidad de la pena:

Por el proyecto de 1906 la pena ordinaria del delito en las penas divisibles será el término medio entre el maximum y el minimum, pero los tribunales podrían aumentarla o disminuirla, con arreglo a las normas del artículo 43. Por el proyecto de 1917, suprímese la regla del término medio, debiendo graduarse la pena según las modalidades del delito y la idiosincrasia del delincuente.



17. Sobre las obligaciones del juez:

a) El proyecto de 1917 establece categóricamente "que el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida exigida para cada caso".

18. En lo tocante a la tentativa:

a) El proyecto de 1917 exige como requisito de la misma la premeditación, el de 1906 la intención (resolución es el vocablo empleado);

b) Aquel precisa mejor el concepto de la tentativa al establecer que el delito no debe consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del delincuente, elemento omitido por el proyecto de 1906;

c) Este requiere "relación directa" entre los actos ejecutados y el delito, aquel guarda silencio;

d) El proyecto de 1917 requiere penitentemente un comienzo de ejecución, el de 1906 olvida tan importante recaudo;

e) Para la apreciación de los actos este último repara en los antecedentes del agente, norma de la cual prescinde sensatamente aquél;

f) El proyecto de 1906 presume voluntario el desistimiento en la tentativa, a no tratarse de un reincidente, en cuyo caso registrá la presunción contraria. El proyecto de 1917 suprime ambas presunciones: la primera por supérflua, la segunda por arbitraria;

g) En la penalidad, aquél disminuye un tercio a la pena correspondiente al delito consumado, éste de un tercio a la mitad.

19. En materia de participación criminal:

a) Respecto del título: El proyecto de 1906 reza: autores y cómplices, el de 1917 participación criminal;

b) Este da un concepto genérico acerca de los autores principales y cómplices, aquél enumera taxativamente a los primeros y a los segundos por exclusión;

c) En cuanto a la pena: El de 1917 aplica a los cómplices la pena correspondiente al delito disminuída de un tercio a la mitad cuando la pena fuera temporal; reclusión de quince a veinte años cuando fuera de reclusión perpetua y de diez a quince años cuando fuera de prisión perpetua. El de 1906 aplica al cómplice la pena correspondiente al delito aunque sin poder aplicarlo el máximo. Además, cuando la pena del autor fuera la de muerte, el cómplice tendrá presidio por tiempo indeterminado; si le correspondiera ésta, la de presidio temporal que no bajará de quince años y si le correspondiere prisión por tiempo indeterminado, prisión que no bajará de diez años;

d) En cuanto a la tentativa de complicidad: El proyecto de 1906 reprime tales hechos con las reglas de la tentativa, el de 1917 consagra implícitamente la impunidad;

e) En cuanto a la comunicabilidad de las relaciones, circunstancias y calidades personales de uno de los coparticipantes: el de 1906 guarda silencio, el de 1917 establece la personalidad de las mismas, salvo aquellas que agravan la penalidad cuando fueran conocidas por el partípe;

f) En los delitos cometidos mediante la prensa: El proyecto de 1917 consagra la impunidad de los que prestan cooperación material, sin consignar límite alguno, el de 1906 sólo cuando el autor fuere co-ocido y se encontrare en el país.

Este refiérese a la cooperación material necesaria para su "publicación", aquel agrega, además, para su "difusión o venta".

20. En la reincidencia:

a) El proyecto de 1917 suprime la parte final del artículo 55 del proyecto de 1906, según el cual los delitos militares o políticos quedan excluidos del reino de la reincidencia lo mismo que los amnis-



tiados, no porque proteste adhesión a la doctrina opuesta sino por evitar repeticiones. El artículo 61, en efecto, expresa el mismo concepto:

b) En cuanto a los reincidentes por segunda vez que deban cumplir su condena en un paraje de los territorios del sud: El proyecto de 1906 aplicaba a los condenados a más de un año, el de 1917 al de más de dos años:

c) Aquel no computa las condenas por delitos exclusivamente militares o políticos para aplicar la deportación, este suprime la disposición por supérflua.

d) El proyecto de 1917 consagra la purgación de la reincidencia por el transcurso de los términos de la prescripción, el de 1906, consagra implícitamente la perpetuidad del estado de reincidencia.

21. En el concurso de delitos:

El proyecto de 1917, trae normas acerca de la competencia de los jueces cuando el autor de los hechos delictuosos deba responder de sus actos ante jurisdicciones distintas.

Además aplica las normas del concurso no sólo en el caso de condena ya impuesta como en el proyecto de 1906 sino también cuando se hubieran dictado dos o más sentencias violando dichas normas.

22. En cuanto a la extinción de las acciones y de las penas:

a) Acerca de la causa extintiva de la acción penal en los delitos contra el honor: el proyecto de 1906 exige como requisito ineludible el pago de costas y perjuicios, lo que suprime el proyecto de 1917.

Además éste se refiere no sólo a los delitos cometidos contra los particulares sino también contra las asociaciones;

b) Respecto de los recaudos para la admisión de la prescripción penal: el proyecto de 1906 exige buena conducta, el de 1917 suprime esta circunstancia.

23. En el ejercicio de las acciones:

El proyecto de 1917 borra las amenazas y violencias del catálogo de las acciones privadas.

24. En la significación de conceptos empleados en el código:

El proyecto de 1917 suprime el significado del vocablo "escalamiento" y la asimilación de la acción de narcotizar o producir un síncope a la violencia o fuerza.

25. El proyecto de 1906 precede cada artículo con la denominación correspondiente a la materia. Así el Título IV referente a la reparación de perjuicio contiene los siguientes nombres: Indemnizaciones (art. 35); Preferencias (art. 36); Solidaridad (art. 37); Obligación del partícipe de los efectos del delito (art. 38); Cumplimiento de la separación (art. 39).

El proyecto de 1917 suprime las denominaciones referentes a los artículos: sólo deja subsistentes las correspondientes a los títulos: como aplicación de la ley penal; de las penas, condena condicional, etcétera.

Aprobado especialmente por la Cámara de Diputados y por el Senado en general sólo falta el voto en particular para ser convertido en ley.



**Reformas propuestas por la comisión del Senado al Proyecto de 1917**

La comisión de códigos del Senado, compuesta por J. A. González, E. del Valle Iberlucea y P. A. Garro, introduce las siguientes reformas al proyecto aprobado en 1917 por la Cámara de Diputados:

1.º En cuanto a la aplicación de la ley penal con relación al territorio:

a) Suprime la frase que aplica la ley argentina a los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse «en sus buques de guerra, en los mercantes que lleven su bandera cuando naveguen en alta mar, o se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprímiese o en los buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales».

b) Suprime el inc. 3 por el cual se aplica la ley argentina a los delitos de piratería cuando los culpables cayeren bajo el poder de la Nación.

c) Suprime el inc. 4 que también aplica la ley argentina a los delitos cometidos por argentinos nativos en el extranjero, cuando concurren ciertas circunstancias.

El informe de la comisión se remite al estudio del malogrado senador Angel Rojas, al fundar las supresiones. El ilustrado jurisconsulto a nombre de las comisiones de códigos y de justicia militar del Senado (1918), arguye en favor de la primera supresión «que lo que está regido por el derecho de gentes no debe ser objeto de las leyes internas de un país». «Si lo que éstas disponen se encuentra ya arreglado por aquél, esas leyes son superfluas; si contrarían el derecho de gentes no son aceptables...»

En apoyo de la segunda supresión alegaba que «no siempre castigará la Nación el delito de piratería, aunque el responsable caiga bajo su poder. La piratería da lugar a la extradición del delincuente aprehendido en la República». (Tratado de extradición con Estados Unidos, art. 2, inc. 11).

En abono de la tercera supresión aduce «que a los fines de la represión de los delitos cometidos en el extranjero, cuando el autor es aprehendido por autoridades nacionales, bastan los tratados de extradición y la ley 16129».

2.º Al art. 3, según el cual las disposiciones generales del presente código se aplicarán en todos los delitos previstos por leyes especiales, agrégase como en el Proyecto de Tejedor y en el código penal, la frase «en cuanto éstas no dispusieran lo contrario».

El informe de la comisión dice: «Se explica fácilmente, pues es de simple buen sentido, pero era menester consignar la excepción de modo expreso en el código».

3.º Respecto a la duración de la pena: Al final del art. 6, agrega: «La reclusión temporal no será inferior a un año ni superior a veinticinco», y al final del art. 9: «La prisión temporal no será inferior a cuatro días ni superiores a veinticinco años».

La comisión invoca los proyectos suizo y sueco para apoyar tales agregados. El informe del senador Rojas sostenía que «el legislador al prescribir la pena aplicable a cada delito, lo hace teniendo ya un previo concepto preciso sobre la duración mayor o menor de la pena». «Y ese concepto fundamental, que es una de las características de las penas, debe figurar en el libro primero como una noción orgánica de la pena».

Alegaba asimismo un motivo de orden práctico: «sin la enunciación del *máximum* y del *mínimum* en la parte general del código, hay



que leer cuidadosamente todo el libro segundo para saber al fin, cuál es el máximo y el mínimo de cada pena».

No aplaudimos el agregado, primero porque pertenece más bien a la parte especial, segundo por induir tercero por estar en pugna con el art. 210. La asociación ilícita, según el mencionado artículo, será reprimida con reclusión o prisión de un mes a cinco años. Aquí el proyecto concibe la posibilidad de aplicar la reclusión por menos de un año.

Véase, pues, que la disposición sobre ser superflua está en contradicción con la parte especial.

Además, las disposiciones que no prestan utilidad alguna, deben desecharse como un homenaje a la majestad de la ley.

4.º En lo que atañe a la libertad condicional:

a) Otorga el mencionado beneficio aún al «condenado a reclusión o prisión por menos de tres años que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión».

El informe de la comisión de códigos apoya la tesis anterior por razón de justicia y por inspirarse en los proyectos europeos más recientes y mejor inspirados.

No obstante ocho meses de prisión y un año de reclusión no bastan para cerciorarse de la eficacia de la pena. La solución propuesta por la comisión conspira contra el poder intimidativo de la pena y puede menoscabar la acción correctiva del cumplimiento de la condena.

b) La libertad condicional debe otorgarse «previo informe de la dirección del establecimientos después de observar con regularidad los reglamentos carcelarios».

En rigor de verdad, el agregado propuesto por la comisión del Senado tiene un carácter explicativo. El informe de la dirección es una consecuencia inevitable del recaudo mencionado.

c) Entre las condiciones impuestas, el proyecto sancionado por la Cámara de Diputados exige el de «observar las reglas de inspección que fije» el auto de soltura. La comisión, añade, «especialmente la condición de abstenerse de bebidas alcohólicas».

Como lo advierte el informe de la comisión, el agregado se inspira en el proyecto suizo.

Pero, mientras en éste las normas de conducta son facultativas, en el proyecto argentino son obligatorias. De aquí que el agregado propuesto por la comisión no está al abrigo de la crítica. ¿Por qué imponer la abstención al autor de un delito culposo o un delito pasional?

El derecho penal tiene por objeto velar por la seguridad social, jamás el de mantener el reinado de la templanza. Cuando el delito tuviera relación con la bebida y el liberado fuera inclinado a la intemperancia, el requisito es inatacable.

d) Además, el liberado deberá someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.

Tiene a llenar un vacío sensible. El patronato es tan indispensable para la libertad condicional como la brújula para el navegante.

e) Por último, establece que las condiciones regirán «hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales» y «en las perpetuas, hasta cinco años más a contar desde el día de la libertad condicional».

La primera parte consagrada ya por el proyecto de 1917, es superflua en presencia del artículo 15.

La segunda parte, resuelve una cuestión descuidada por el proyecto en revisión, ya que las condiciones, como argumentaba el se-



nador Rojas, «no deben pesar indefinidamente sobre el que ha obtenido la libertad condicional».

f) Como corolario del agregado anterior, la comisión del Senado establece que la libertad condicional se convierte en definitiva no sólo cuando transcurre el término de la condena sin que la libertad haya sido revocada, sino también cuando transcurre el plazo de cinco años señalado en el art. 132.

5.º En lo concerniente a la multa:

a) El tribunal «podrá autorizar al condenado a amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello».

Propende a evitar la conversión de la multa en pena privativa de libertad. Teóricamente inobjetable, la disposición será prácticamente inaplicable.

b) «También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos según la condición económica del condenado».

La disposición es justa en teoría y hacedera en la práctica.

6.º En lo que atañe a la condenación condicional:

a) Por el proyecto de 1917 la condena condicional se otorga por delito al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, por la comisión del Senado se extiende hasta los delitos reprimidos con tres años.

b) Por la comisión la condena condicional extingue las «incapacidades anexas a la condenación impuestas accesoriamen-»

Repara un grave error consagrado por el Proyecto en examen. El senador Rojas decía en su informe: «Se espera que la libertad y la amenaza que comporta (referirse a la libertad y amenaza que entraña la condena condicional) le coloque en condiciones de no ofender a la sociedad. Para esto la ley no debe presentarle obstáculos y corresponde que le allane los que hay en su camino. Las incapacidades son una traba para su mejora o para su colocación regular en la sociedad».

7.º En la responsabilidad civil:

La reparación civil reviste un carácter facultativo y no obligatorio.

En efecto el art. 29 reza: «La sentencia condenatoria podrá ordenarse».

Sin embargo, el informe de la comisión da al artículo un alcance lato: en pugna con los límites estrechos del texto. «En esta forma, los jueces tendrían la facultad de poder fijar de oficio en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño, sin perjuicio de estar obligados a hacerlo a requerimiento de parte».

Creemos sensato el alcance final, pero debe constar rotundamente en el articulado de la ley.

En apoyo de la modificación introducida en el texto de 1917, alega la comisión que la obligación impuesta a los jueces «podría dificultar la tramitación de las causas criminales, debida al recargo de trabajo de los magistrados».

8.º En el título de la imputabilidad:

a) Al escudriñar los motivos que determinaron a delinquir, el juez reparará «especialmente en la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos».

Aunque seduce el agregado y no obstante patrocinarlo el proyecto suizo, no vacilamos en criticarlo.

En primer lugar, la miseria puede atenuar la responsabilidad únicamente en delitos contra la propiedad. No se concibe un homi-





cidio que tenga por móvil la extremada precariedad económica. Y si llegara a realizarse, la atenuación es injustificable.

En segundo lugar cuando la miseria es el motivo determinante del delito, el acto realizado puede ser bajo el imperio del estado de necesidad. Juan Valjean, el célebre personaje de Hugo, no es un delincuente sino un infortunado. Roba no por perversidad, sino por necesidad.

En tercer término la disposición es superflua: cuando la miseria no basta para excluir la imputabilidad será atenuante tanto porque el proyecto originario atiende en la graduación de la pena los motivos de la acción cuanto porque debe curarse de los demás antecedentes y condiciones personales que demuestren su mayor o menor perversidad.

En cuarto lugar es conveniente sentar reglas genéricas sin descender a la minucia. De otra guisa correse el riesgo de entrar en la peligrosa región de las circunstancias atenuantes rígidas tan enaltecidas por los expositores clásicos como execrada por los modernos.

b) La segunda innovación introducida en materia de imputabilidad, está apuntada en el párrafo final del art. 41. «Cuando el reo esté acusado de haber cometido un delito castigado con prisión o reclusión mayor de diez años, no podrá pronunciarse la condena antes de que su estado mental sea examinado por un médico especialista». El código de procedimientos en lo criminal de la capital y territorios nacionales acepta el principio con reservas: es preciso advertir en el procesado «indicios de enajenación mental» (art. 282).

La generalización auspiciada por la comisión del Senado merece calurosa acogida por la frecuencia de profundas anomalías en los autores de delitos graves.

Como observa el informe de la misma el código penal debe contener una norma general sobre el examen clínico de determinados encausados antes de la sentencia, aplicable en todo el territorio de la República pero sin perjuicio de las disposiciones que en este sentido contengan o se incluyan en los códigos de procedimientos de la capital y de las provincias.

#### 5.º En la tentativa:

La comisión aconseja reemplazar el recaudo de la premeditación por el de la intención. En efecto reza el art. 42 del que con el fin... Es una reforma muy atinada. El informe recoge las observaciones del camarista González Roura y del senador Troia.

El primero arguye que el proyecto de 1917 exonera casi la impunidad de la tentativa. «Las razones invocadas por la comisión en la pág. 85 (se refiere al de la Cámara de Diputados) ni responden a la realidad de los hechos, ni son jurídicas, ni son lógicas, ni remueven el inconveniente, dado que la premeditación se probaría con más razón por medio de la confesión, lo mismo que se prueban muchos delitos consumados. Ni es posible admitir que se exija más para lo menos, ni que el supuesto inconveniente de una clase determinada de prueba justifique una alteración en los elementos de la infracción». (González Roura. El nuevo proyecto de Código Penal Argentino, en la Revista Argentina de Ciencias Políticas, 1918, pág. 182).

El segundo alegaba «si fuera jurídicamente aceptable que la tentativa presuma la premeditación de antemano de cometer un delito resultaría que no hay tentativa, cuando una persona se propone matar a otra y simplemente la hiere con arma blanca o dispara contra ella con arma de fuego sin herirla, pero sin haber habido premeditación; resultaría igualmente que no hay tentativa, cuando una persona, en un momento de exaltación, de cólera se resuelve a incendiar.



toma fuego, lo arroja contra las cosas que quiere incendiar y el fuego no llega hasta los objetos que tiene por delante; resultaría finalmente que cualquier principio de ejecución de un delito no premeditado de antemano, no constituye jurídicamente tentativa, porque no hay premeditación, aunque se pruebe que el agente quiso matar, incendiar, robar, causar estragos.

Concluye sosteniendo que basta reparar en el propósito perseguido por el agente para dar por admitida la tentativa con tal de que concurren el comienzo de ejecución y la falta de consumación por causas ajenas a la voluntad.

10.ª En la reincidencia:

a) Excluye del imperio de la reincidencia a los autores de delitos reprimidos con multa.

El informe de la comisión coloca la innovación bajo los auspicios de los proyectos suizo y sueco.

La reforma es poco feliz. La multa importa una verdadera pena: su autor denota a las veces tanta peligrosidad como el que ha cometido un delito reprimido con pena privativa de libertad.

b) «La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia, si ha sido pronunciada por razón de un delito que tiene por fin cometer un atentado contra la propiedad» (art. 170).

La innovación es digna de aplauso porque la temibilidad del delincuente no se determina por el lugar de la comisión del delito. Sólo es de lamentar que la comisión en lugar del vocablo «sufrida» no haya dicho «pronunciada».

En efecto por la primera parte del art. 50 basta la simple condena para admitir la reincidencia.

En la segunda parte respecto de los que delinquen en el extranjero exige haber «sufrido» la pena.

c) También agrega lo siguiente: «A los efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistados».

La exclusión de los primeros sólo es justificada cuando se trata de delitos exclusivamente militares, como la desertión, pero no cuando se trata de delitos previstos por el código penal.

La exclusión de los delitos políticos está en contradicción con la gravedad de los hechos.

La exclusión de los amnistados es una norma superflua en presencia del art. 61, según el cual la amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos» con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

d) Según el párrafo final del art. 51 «La pena de privación de libertad que el procesado sufrió antes de haber cumplido veintidós años no podrá computársele para la agravación de la pena».

El menor de veintidós años y mayor de 18 posee plena capacidad penal. Por consiguiente es injustificada la exclusión.

e) En el art. 52 sustituye el vocablo «relegación» por «reclusión» alegando que la relegación no figura en el sistema de penas del Proyecto.

El error es evidente: la relegación existe; basta leer el art. 59 y el informe de la comisión de la Cámara de diputados p. 89.

Sin embargo, la sustitución es exacta; trátase de una errata; el fundamento de la comisión del Senado es equivocado.

11.ª En el ejercicio de las acciones:

a) Suprime del número de las acciones privadas, la difamación y ultraje y la extorsión en el caso del art. 170



En apoyo de la última el informe remítase a las observaciones del Dr. Rojas, el cual recoge el comentario de González Roura.

El distinguido camarista, dice: «Si la simple privación de libertad (art. 141 del proyecto) constituye un delito de acción pública, no puede constituir un delito de acción meramente privada, cuando tiene por fin cometer un atentado contra la propiedad» (art. 170).

b) Respecto de la acción del adulterio añade que el cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción.

Echase de ver claramente que la represión del adulterio tiende a desagraviar al cónyuge ofendido antes que defender a la sociedad.

c) La muerte del cónyuge ofendido extingue la acción penal y hace cesar la ejecución de la pena.

La ubicación del artículo es inadecuada. Corresponde al título de la «extinción de acciones y de penas».

En segundo término aporta vigoroso argumento en favor de la desincriminación del adulterio.

12.º En la significación de conceptos empleados en el código:

Suprime el apartado sobre «bandas» por estar precisado en el artículo 210 del Proyecto.

De la ligera reseña precedente colígese que las reformas del Senado son eminentemente jurídicas.

La Comisión padece de ilusión al sostener que si llegara a sancionarse el Proyecto, «la Nación Argentina podrá enorgullecerse pronto de contar con un código penal digno de figurar entre los primeros de las naciones modernas».

No sólo deja subsistente los más de los defectos que al final del capítulo apuntamos al proyecto de 1917, sino que no introduce variación alguna en la política criminal.

¿Reprime expresamente el delito imposible y la participación infructuosa? ¿Contempla especialmente a los semialienados? ¿No descuida en absoluto a los delincuentes vagos cuando la vagancia guarda vinculación con el delito? ¿No somete a los menores de diez y ocho años y mayores de catorce a medidas represivas cuando el delito no diera margen a la condena condicional? ¿Acuerda acaso al juez el albedrío que respira en los proyectos modernos? ¿No fija taxativamente el número de delitos que deben concurrir para determinar la delincuencia habitual? ¿No rechaza el perdón judicial institución recibida con el beneplácito de expositores y proyectos modernos? ¿Dónde aparecen las casas de trabajos?

¿No descuida, en suma, la prevención especial, las medidas de seguridad?

Sólo pudo hacer obra eficaz recogiendo la observación del profesor Ramos.

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

La comisión del Senado no hace sino injertar algunas disposiciones esencialmente jurídicas extraídas de los proyectos moder-



nos en el año tronco del proyecto de 1917, apenas vigorizado éste con algunas instituciones preventivas como la condena y la libertad condicional, el enclaustramiento de los alienados, la internación de los ebrios y las medidas disciplinarias de los menores.

Haremos aquí una síntesis sobre la materia, que desenvolveremos en la tesis. Procuraremos poner de relieve así los méritos que ostenta como los defectos que encierra. Al estudio de la parte general del Proyecto, reducimos nuestra empresa, por la amplitud del tema y el apremio del tiempo.

#### **Reformas del Proyecto de 1917 al código penal**

Las modificaciones introducidas por el proyecto de 1917 a la parte general del código penal en vigencia, son las siguientes:

1.º Agrega normas sobre las siguientes materias: aplicación de la ley penal con relación al territorio, condena condicional, límites entre las atribuciones nacionales y provinciales en derecho penal y significación de conceptos.

2.º Traslada a la parte especial las normas referentes a la culpa y al encubrimiento.

3.º Encabeza cada materia con su epígrafe correspondiente en forma mejor ordenada que el código penal.

Así, se refiere a la Aplicación de la ley penal, De las penas, condenación condicional, Reparación de perjuicios, Imputabilidad, Tentativa, Participación criminal, Reincidencia, Concurso de delitos, Extinción de acciones y de penas, Del ejercicio de las acciones, Significación de conceptos empleados en el código.

El código penal: Voluntad criminal, De la tentativa, De la culpa o imprudencia, De los autores principales, De los cómplices, encubridores, De las penas en general, Clase de penas, su duración, ejecución y efectos, De las causas que eximen de pena, De la atenuación de las penas, De la agravación de las penas, De la prescripción.

4.º Legisla con método diversos puntos encarados con inconexión en el código penal, como la Reparación civil, extinción de acciones y penas y ejercicio de las acciones.

a) En cuanto a la primera consagra estas innovaciones:

1.º Dedica íntegramente el título cuarto a la dilucidación de tan importante materia, en tanto que el código penal lo trata, en los artículos 47, 139, 176, 223 y 225.

2.º Consagra la unidad del juicio civil y penal consultando a un mismo tiempo el interés privado del lesionado y el interés público de la sociedad.

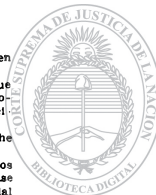
3.º Establece claramente la extensión de la reparación civil, con reglas generales para todos los delitos.

El código actual sólo prevé el daño moral en los delitos de violación, estupro y rapto.

4.º Impone al juez la obligación de fijar la responsabilidad civil en la sentencia penal.

5.º Acuerda un derecho de preferencia a la obligación de indemnizar sobre las que contrae el responsable después de cometido el delito y el pago de la multa.

6.º Establece la solidaridad de la reparación entre todos los co-participantes.



7.º Prevé la situación del que por título lucrativo participare en los efectos del delito.

8.º Fija reglas para hacer efectiva la indemnización, en tanto que el código penal sólo trae en el art. 65 un párrafo por el cual el producto del trabajo del condenado se destinará a la responsabilidad civil y al sostén de su familia cuando careciera de medios.

b) Respecto de la extinción de las acciones y de las penas, he aquí las reformas:

1.º Dedicar a la materia todo el título décimo, refiriéndose a los distintos medios de extinción, en tanto que el código penal ocupase en la parte general sólo de las prescripciones y en la parte especial del perdón del cónyuge ofendido en el adulterio (art. 125) y en la calumnia e injuria (art. 186).

2.º Comprende como causa de extinción de la acción la muerte del imputado y la amnistía y como de extinción de la pena el indulto.

3.º Extiende el perdón de la parte ofendida, a la violación de secretos en los casos del art. 154, a la extorsión en el caso del art. 170 y a la concurrencia desleal (art. 159).

4.º Prevé los efectos de la renuncia de la persona ofendida respecto de la acción penal.

5.º Modifica los plazos de la prescripción, así de la acción como de la pena.

a) La acción por delito que tenga pena de presidio o penitenciaría por tiempo determinado, prescribe a los diez años y a los tres años la pena de prisión según el código penal; después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, no pudiendo en ningún caso exceder de doce años ni bajar de dos meses cuando se tratara de las penas de reclusión o prisión, según el proyecto.

b) A los cinco años, cuando el hecho estuviera reprimido únicamente con inhabilitación perpétua y al año cuando la inhabilitación fuera temporal por el proyecto; el código penal guarda silencio.

c) La acción por delito reprimido con multa prescribe invariablemente al año por el código penal; a los dos años cuando el hecho punible merezca multa mayor de dos mil pesos, al año cuando la multa oscilare entre quinientos y dos mil pesos y a los seis meses cuando no excediera de quinientos pesos, por el proyecto.

d) Las penas prescriben a los veinte años a tratarse de la muerte, presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, según el código penal; a los veinte años la reclusión perpétua y a los quince años la de prisión perpétua, según el proyecto.

e) Las de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena, a estar al proyecto; por un tiempo igual al de la condena, más dos años a estar al código.

f) La multa al año por éste; a los tres años cuando la multa exceda de dos mil pesos y al año cuando no excediera, según aquél.

g) El Proyecto suprime la interrupción de la prescripción cuando mediara un acto de procedimiento contra la persona del delincuente.

7.º También suprime el art. 16 de la Ley de Reformas, por el cual la prescripción queda sin efecto, si antes de vencido el término, el delincuente comete otro delito.

8.º Prevé la extinción de la acción penal por delito reprimido con multa por el pago voluntario del máximo de la multa así como de las indemnizaciones a que hubiere lugar.



9.º Agrega, asimismo el art. 70, según el cual «las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectiva sobre los bienes propios del condenado aún después de muertos».

10.º Respecto de la prescripción considerada en relación con los partícipes del delito, establece que ella «correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes». (La expresión interrumpida no tiene sentido).

c) acerca del ejercicio de las acciones:

1.º La parte general del código penal carece de normas genéricas sobre el ejercicio de las acciones. En la parte especial ocúpase de la acción del adulterio, en el art. 124 y art. 13 de la Ley de Reformas, de los delitos contra la honestidad en el art. 141, de la calumnia e injuria en el art. 21 de la Ley de Reformas.

2.º Del art. 71 del Proyecto, se desprenden las tres clases de acciones: acciones iniciadas de oficio, acciones que dependen de instancia privada y acciones privadas.

3.º En el art. 77 ocúpase de la acción popular en los delitos contra la libertad política, descuidado por el código penal.

4.º Extiende el imperio de las acciones privadas a la violación de secretos salvo en los casos del art. 154, a la extorsión en el caso del art. 170 y a la concurrencia desleal, prevista en el art. 159.

5.º Respecto de las acciones dependientes de instancia privada: El art. 73 del Proyecto, según el cual son acciones dependientes de instancia privada las que naciéren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, reproduce el art. 141 del código penal. Pero el proyecto, agrega, una limitación: la acción conviértase en pública cuando mediara la muerte de la persona ofendida o recibiera lesiones de las mencionadas en el art. 91.

Además, precisa mejor el concepto de las personas que pueden formular la denuncia o acusación; el código penal reza: «por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito»; el proyecto reza «por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales».

Por último, según el código puede acusar cualquiera del pueblo o procederse de oficio cuando el delito se cometiera contra «una impúbere», por el proyecto, cuando se cometiera contra «un menor».

5.º Mejoras de ciertas instituciones que importan una nueva orientación en la política criminal:

a) Reemplaza la gracia por la libertad condicional; ambas difieren:

1.º En cuanto a su naturaleza: la gracia es un medio de extinción de la pena; la libertad condicional un medio de ejecución de la misma.

2.º En cuanto a las condiciones: La primera se otorga lisa y llanamente, la segunda con sujeción a ciertas normas.

3.º Como corolario de lo anterior aquélla es irrevocable, ésta revocable.

4.º En cuanto a los recaudos: La gracia requiere «pruebas de una reforma positiva», la liberación condicional, observar «con regularidad los reglamentos carcelarios».

Esta excluye a los reincidentes; aquélla no.

El código penal no establece límites para otorgar la gracia; basta cumplir los dos tercios de la condena.

El Proyecto requiere también cumplir dos tercios de la condena siempre que la pena privativa de libertad exceda de tres años.

6.º En cuanto a la autoridad que la otorga: La liberación condicional es del resorte del poder judicial, exclusivamente; la gracia



consagrada por el código penal es generalmente dispensada por el Poder Ejecutivo confundiéndola con la gracia consagrada por la Constitución Nacional.

b) Abandona el sistema de las circunstancias agravantes- atenuantes rígidas por el sistema de las circunstancias atenuantes-agravantes flexibles.

El código penal enumera taxativamente las atenuantes. Apenas el inciso 7 del art. 83 le acuerda alguna amplitud de interpretación al considerar como motivo de atenuación «cualquiera otra circunstancia análoga a las anteriores.»

También enumera taxativamente las circunstancias agravantes en los veintidós incisos del art. 84.

Por el contrario, el proyecto concede al juez amplitud de interpretación. Las normas indicadas en el art. 41 son enunciativas.

c) Crea la medida de seguridad para los delinquentes psicopáticos.

1.º Por el art. 81 del código penal están «exentos de penas» los que han resuelto y consumado el acto «en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad».

Aunque el proyecto declara «no punible» a los que «por influencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia», no han podido comprender «la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones», incorpora la medida de seguridad como medio de defensa social (art. 34, inc. 1).

«En caso de enajenación, el tribunal ordenará la reclusión del agente en un manicomio; y «en todos los casos en que se absolviera a un procesado por las causas» del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado».

Con la desaparición del peligro cesa la medida de seguridad.

2.º Respecto de los menores: Por el código penal están «exentos de penas» los menores de diez años y los mayores de diez y menores de quince, cuando hubieran obrado sin discernimiento, y reconocen como atenuación el ser menor de diez y ocho años.

Por el proyecto «no es punible» el menor de catorce años» pero ordena su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores «cuando resultare peligroso dejarlo a cargo de sus padres, tutores y guardadores».

La misma medida adopta respecto del menor cuando tuviera más de catorce años y menos de diez y ocho, cuando el delito cometido tuviera pena que pudiera dar lugar a la condena condicional».

Cuando el delito tuviera pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa.

Como novedad, digna de mencionarse, señalaremos el art. 36, según el cual, «el menor que no ha cumplido diez y ocho años, no puede ser declarado reincidentes».

5.º Modificaciones en el régimen represivo:

a) Respecto de las penas: Suprime la pena de muerte y el destierro; reduce las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto a las penas de reclusión y prisión. Denomina relegación a la deportación.

b) En cuanto al arbitrio judicial en la aplicación no de la cantidad sino de la calidad de la pena: Consagra las penas paralelas, desconocidas por el código actual.



c) En cuanto a la pena perpétua: Aplica con más prodigalidad la pena perpétua, reservada en el código penal para el cómplice cuando el autor principal mereciera la pena de muerte.

d) Acerca del trabajo fuera del establecimiento: Por el proyecto los condenados a reclusión «podrán» ser empleados en obras públicas con tal de que no fueren contratados por particulares; por el código penal el condenado a presidio sólo «será» destinado a obras públicas con exclusión de los contratos por particulares «por falta de establecimiento donde deban sufrir la pena de presidio, o por falta de trabajo en que deban ocuparse».

e) Acerca de la modificación de la pena; Por el código «los hombres débiles o enfermos, los menores de edad, los mayores de sesenta años y las mujeres que mereciesen pena de presidio, sufrirán la condena en penitenciarías».

Por el proyecto «los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión» pero «los menores y las mujeres sufrirán las condenas que le correspondan en establecimientos especiales».

f) Respecto de las excepciones a la prisión: Según el proyecto cuando la «prisión no excediera de seis meses» podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y «las personas mayores de sesenta años» o valetudinarias.

Según el código, «el arresto» podrá cumplirse en sus propias casas a tratarse de mujeres honestas, «personas ancianas» o valetudinarias.

g) En lo referente a la agravación del régimen en los aniversarios del crimen: Por el código la pena de presidio puede ser agravada con reclusión solitaria en los aniversarios del crimen, hasta treinta días y la pena de penitenciaría hasta veinte días.

El proyecto suprime ambas disposiciones.

h) En cuanto a la admisión de los condenados por tribunales provinciales en los establecimientos nacionales: Mientras el código descuida tan importante materia y apenas si implícitamente admite a los condenados a la pena de deportación «en un paraje adecuado que designará el P. E.», el proyecto establece rotundamente que «los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales» y «los provinciales deberán mandarlos siempre que no tuvieran establecimientos adecuados».

i) En cuanto al destino del producto del trabajo:

Por el código penal el producto del trabajo del condenado se destinará íntegramente a la indemnización civil si no tuviera medios propios para satisfacerla y el sostén de la familia si la tuviera. «Satisfecha la responsabilidad civil el producto del trabajo se aplicará a satisfacer los gastos que cause en el establecimiento y a formarle un fondo propio que se le entregará a su salida. Lo que se aplique a gastos del penado no excederá de las dos terceras partes del producto de su trabajo».

En cambio el proyecto lo aplica: 1.º A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito; 2.º A la prestación de alimentos según el código civil; 3.º A costear los gastos que causare en el establecimiento; 4.º A formarle un fondo propio que se le entregará a su salida.

Aunque el Proyecto no establece con claridad si la enumeración indica un orden de prioridad o si el producto debe destinarse simultáneamente a los objetos indicados, la intención ha sido consagrar la última opinión, ya que han suprimido la parte final del artículo pertinente del proyecto de 1891, fuente del artículo 11 del proyecto de 1917.





j) En cuanto a las penas accesorias a las penas principales:

1.° Por el código penal la pena de presidio comporta la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y la mitad más y la de penitenciaría el mismo tiempo con deducción de un tercio.

Por el Proyecto la reclusión y la prisión «por más de tres años» importa la inhabilitación por el tiempo de la condena y de uno a tres años más.

2.° Por el primero, el presidio y la penitenciaría acarrearán además «la interdicción civil que priva mientras sufre la pena de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos».

Por el segundo, la reclusión y la prisión, importa también «la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio «en extrema» quedando, además, sujeto a la curatela establecida por el código civil para los incapaces».

El Proyecto, agrega, asimismo, que «la privación de la patria potestad» corresponderá en todos los casos cuando el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos».

3.° Aquél, sujeta a los condenados a presidio y penitenciaría a la vigilancia de la autoridad, después de concluida la condena, de uno a cinco años a los primeros, por la misma cantidad con deducción de un tercio a los segundos.

El Proyecto suprime la vigilancia de la autoridad como pena accesorias.

k) En cuanto a los efectos de la inhabilitación absoluta:

El Proyecto reproduce las disposiciones del código penal con estas reformas:

1.° En lugar de «la privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena», reza con más claridad así: «La privación del derecho electoral».

2.° Al Inc. 3 del art. 73 según el cual, la inhabilitación importa también, «la incapacidad para obtener cargos y empleos públicos», agrega «y comisiones públicas», suprimiendo la frase igualmente por el tiempo de la condena».

3.° Por ambos, la inhabilitación absoluta importa la pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase.

Pero mientras en el código la excepción a esta regla está concebida así: «salvo que tuviera familia que sostener», el proyecto reza: «si el penado tuviere esposa, hijos menores de cualquier clase o padre anciano y desvalido, corresponderá a éstos el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío».

l) Acerca de los efectos de la inhabilitación especial:

La inhabilitación especial no sólo produce la inhabilitación del cargo o empleo sobre que recayere como en el código penal, sino también de la profesión o derecho sobre que recayere.

ll) Acerca de la inhabilitación, destitución o suspensión recaída en persona eclesiástica:

Según el código penal, se limitarán sus efectos a los cargos y derechos que se tengan por la Iglesia (art. 77).

El Proyecto suprime íntegramente el artículo.

m) En lo referente a la pena de multa:

1.° Por el código «la multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley».

Por el proyecto oscilará «dentro del máximo y mínimo establecidos para el delito, teniendo en cuenta además de las causas



generales del art. 40 (refiérese a las circunstancias agravantes-atenuantes), la situación económica del penado.

2.º El primero establece que si el delincuente «no pudiese pagar la multa, sufrirá arresto equivalente que no podrá pasar de nueve meses».

El segundo, «al el reo no pagare la multa en el término que fija la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio».

3.º El Proyecto, adopta providencias para impedir la conversión de la multa en prisión, disponiendo: «El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado».

No obstante, agrega, «en todos los casos, cuando la multa no se hubiere satisfecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión del condenado».

4.º El Proyecto, llevado del designio de evitar la duración de la privación de libertad, dispone que «en cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad», punto descuidado por el código penal.

n) En cuanto al decomiso de los efectos provenientes del delito y de los instrumentos con que se ejecutó:

A la disposición del código penal, según el cual toda condena comporta el decomiso de los efectos y de los instrumentos con tal de no pertenecer a un tercero no responsable, agrega lo siguiente: «Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse, pudiendo aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el Arsenal de Guerra de la Nación».

a) En cuanto al cómputo de la prisión preventiva:

Por el código penal, tres días de prisión preventiva equivalen a uno de presidio; dos días de prisión preventiva, uno de penitenciaría; uno de prisión preventiva, uno de prisión; dos días de arresto, uno de prisión preventiva, y uno de ésta cuatro pesos de multa.

Por el Proyecto dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión; uno de prisión preventiva, a uno de prisión o dos de inhabilitación, o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre cuatro y diez pesos.

p) En cuanto a ciertas circunstancias que no se reputan penas:

Según el código penal no se reputan penas ni la separación o suspensión de empleados públicos acordada por las autoridades gubernativas, o por los tribunales durante el proceso, o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administradores en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas, ni la prisión preventiva de los procesados, si fueran absueltos.

El Proyecto suprime tales conceptos, a todas luces superfluos.

7.º Modificaciones en materia de imputabilidad:

a) En cuanto al fundamento de la imputabilidad, suprime el artículo 6 según el cual «en la ejecución de hechos clasificados de delitos, se presume la voluntad criminal, a no ser que resulte una presunción contraria de las circunstancias particulares de la causa».

b) En lo que atañe a la medida de la imputabilidad:

Por el código penal en las penas divisibles por razón de tiempo o de la cantidad, la pena ordinaria del delito será el término medio entre el máximo y el mínimo, pero los tribunales podrán abreviarla o prolongarla dentro de estos límites, con arreglo al carácter de las circunstancias agravantes o atenuantes.



Como no hay dos delitos que ofrezcan las mismas modalidades, ni dos delinquentes que encarnen la misma peligrosidad, el proyecto suprime la norma del término medio.

Al tenor del mismo «en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias satenuante o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.. (art. 40).

8.º Modificaciones eminentemente jurídicas:

a) En cuanto a la extensión del imperio del código penal:

El art. 3 del Proyecto concuerda en el fondo con el art. 2 de la Ley de Reforma, es decir, aplican las disposiciones generales del código a las materias regidas por leyes especiales.

No obstante el Proyecto suprime la parte final del artículo el cual está concebida en los siguientes términos: «en cuanto éstas no dispusieren lo contrario».

b) En cuanto a los hechos que deben ser reprimidos:

El Proyecto suprime el art. 46 del código penal, por el cual «no serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos».

Huelga añadir que la supresión no importa admitir el principio contrario.

c) En cuanto a la tentativa:

1.º Respecto del concepto. Por el código penal la tentativa entraña el concurso de los siguientes elementos: primero, resolución de cometer un delito; segundo, que la resolución se manifieste por actos exteriores; tercero, que los actos exteriores tengan relación directa con el delito.

Por el Proyecto la tentativa requiere: primero, premeditación del delito; segundo, un comienzo de ejecución; tercero, que no consuma el delito por circunstancias desvinculadas a su voluntad.

2.º En lo que respecta al desistimiento voluntario:

El código penal «presume voluntario el desistimiento», el proyecto suprime la disposición por superflua.

3.º En lo que atañe a la pena:

a) Cuando el delito está reprimido con pena perpétua, la pena del autor de tentativa es de diez a veinte años según el código penal; según el proyecto, si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será de reclusión de quince a veinte años; si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años.

b) Cuando la pena es temporal, el código penal aplica al autor de la tentativa la pena correspondiente al delito consumado disminuida en un tercio; el proyecto disminuye de un tercio a la mitad.

D) En cuanto a la participación criminal.

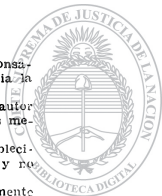
1.º Respecto del epígrafe:

El Proyecto legisla la materia bajo el rubro de «participación criminal», el código penal en dos títulos separados, bajo la denominación de «De los autores principales» y «De los cómplices».

2.º En cuanto al concepto sobre autores principales:

Mientras el código penal enumera taxativamente a los autores principales en el art. 21, el Proyecto da un concepto genérico en el art. 45.

3.º En lo que concierne a las responsabilidad del autor principal por los delitos cometidos por los coparticipantes, cuando tienen relación ya como medio ya como resultado con el delito, ordenado, conmisonado, etc.



Mientras el código penal establece categóricamente la responsabilidad del autor principal, el Proyecto libra a la jurisprudencia la solución del problema.

4.° En cuanto a la responsabilidad del instigador, cuando el autor material hubiera ejecutado un delito diferente, atendiendo a los medios y al resultado.

Por el código penal al instigador corresponde la pena establecida «contra la tentativa del delito ordenado, aconsejado, etc., y no ejecutado».

El Proyecto al derogar la disposición consagra implícitamente la impunidad del instigador por tales hechos.

5.° En cuanto a las bandas y complots:

El proyecto suprime las normas minuciosas del código penal acerca de la materia mencionada.

6.° A propósito del concepto sobre complicidad:

Alcanza, según el proyecto, no sólo a los que cooperan por actos anteriores o simultáneos, como acontece en el código penal, sino también «a los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo».

7.° Respecto de la pena de los cómplices:

a) Por el código penal, el cómplice «será castigado con la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado, no pudiendo aplicársele el máximo».

Por el proyecto, «serán castigados con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad».

b) Por el proyecto, «si la pena fuere de reclusión perpétua, se aplicará reclusión de quince a veinte años, y si fuere de prisión perpétua, se aplicará prisión de diez a quince años».

Según el código «si la pena que le correspondería como autor fuera la de muerte, sufrirá la de presidio perpétuo; y si le correspondiese ésta, sufrirá la de presidio temporal».

8.° Acerca de la tentativa de complicidad:

El código penal aplica las disposiciones de la tentativa «cuando un cómplice no preste la participación que había convenido dar o desista de la que hubiere comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal» y «siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados».

El Proyecto al suprimir la disposición propicia la impunidad de la misma.

9.° En cuanto a la comunicabilidad de las relaciones, circunstancias y calidades personales de los coparticipantes:

Mientras el código penal guarda silencio sobre materia de tanta importancia práctica, el proyecto aboga por la incomunicabilidad de las mismas, salvo cuando agravaran la penalidad y siempre que fueran conocidas por el partícipe.

10. En cuanto al exceso del autor material cuando el autor principal mediato prescribe el modo de ejecución del delito:

El código penal dispone que si se «consume con circunstancias agravantes, el autor mediato no será responsable más que del delito cometido».

El Proyecto omite toda referencia sobre el exceso del autor material.

11. Acerca de la responsabilidad de los editores, impresores y demás personas que prestan sólo cooperación material al autor o cómplice de un delito cometido por la prensa.

Tanto el proyecto como el código consagran un privilegio en favor de las mencionadas personas. Pero el primero agrega a la frase



cooperación material necesaria para su publicación, las palabras «difusión o venta».

E) En materia de reincidencia.

1.º En cuanto al concepto de la reincidencia:

a) El código penal oscila entre la reincidencia genérica y la específica: exige haber sido castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena.

El Proyecto acepta sin limitación alguna la reincidencia genérica, al exigir la comisión de un nuevo delito.

b) El Proyecto requiere que la sentencia anterior haya sido dictada por cualquier tribunal del país, recaudo no exigido por el código penal.

c) El código penal excluye a los delitos exclusivamente militares o políticos, el Proyecto abraza a todo linaje de delitos.

d) Por el Proyecto el indulto o conmutación no es un obstáculo para la reincidencia. Aunque el código penal omite esta aclaración, la tesis del proyecto no importa una innovación.

2.º En cuanto a la purgación de la reincidencia:

No hay reincidencia según el código penal, cuando han transcurrido diez años de la anterior condenación; cuando han transcurrido los términos señalados para la prescripción de la pena, según el proyecto.

3.º En cuanto a los reincidentes por segunda vez:

A diferencia del código penal, por el proyecto «los reincidentes por segunda vez, condenados a pena restrictiva de la libertad que excediera de dos años, cumplirán su condena con reclusión en un paraje de los territorios del suro.»

4.º En cuanto a la relegación como accesoria de la última pena:

Por el código penal se aplica cuando concurren:

a) Dos condenaciones a presidio.

b) Una condenación a presidio y una a penitenciaría.

c) Tres condenaciones a penitenciaría.

d) Cuatro condenaciones, de las cuales una sea a presidio.

e) Cinco condenaciones, de las cuales una sea a penitenciaría.

f) Seis condenaciones a penas inferiores a las de presidio o penitenciaría, siempre que fuesen corporales.

Por el proyecto deben concurrir:

1.º Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años.

2.º Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos.

3.º Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años.

4.º Cinco condenas a prisión de tres años o menores.

Además el proyecto aplica la relegación 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, tuvieran fijada pena mayor de tres años de prisión».

F) En punto al concurso de delitos:

a) En cuanto a la ubicación:

Mientras el proyecto consagra un título especial, el código involucra la materia en el título de los agravantes.

b) El código penal procura fijar el concepto de la reiteración en el art. 85: «es preciso la repetición del mismo delito contra varias personas o cosas». La segunda parte del art. 80 si el mismo malhechor comete delitos de diferente especie por otras tantas acciones, es dudoso si será también reiteración como observa Rivarola.



En el artículo 86, contempla el concurso de delitos «cuando un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa». Y en el art. 87, se refiere al caso en que «causalón de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrarse otros».

El Proyecto procediendo con más método, contempla en el artículo 54 la ejecución de los hechos que caen bajo más de una sanción, en el art. 55, la concurrencia de varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena y en el art. 56 la concurrencia de varios hechos independientes, reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza.

c) En cuanto a la penalidad:

El código penal acepta el sistema de la acumulación limitada para los casos del art. 85, cuando después de establecer que la pena de uno se agregará a la del otro, agrega: «pero si esta reunión fuese imposible por la naturaleza de las penas o por exceder del máximo legal la suma resultante de la acumulación, se aplicará la del delito mayor, agravándola con las adiciones que fuere posible». «Si no fuere posible acumulación alguna por la diversa clase de las penas, el delito menos grave será circunstancia agravante del más grave».

Para los casos contemplados en el art. 86 y 87, no rigen las reglas de la acumulación, «se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravantes».

Por el proyecto se aplica la pena mayor a los casos previstos por el art. 54. En los casos del art. 55 «la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimum el mínimum de la pena mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate».

En los casos del art. 56 «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, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpétua y la de presidio temporal, en que se aplicará presidio perpétuo».

d) Como corolario del art. 56, el proyecto dispone en el art. 57, «que la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el art. 5.º».

e) En cuanto a la acumulación cuando mediara una condena anterior:

Mientras el código penal guarda silencio el Proyecto establece que «las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas».

f) En cuanto a la jurisdicción competente:

A diferencia del código penal, el proyecto trae normas acerca de la jurisdicción, guiado por el propósito de evitar «que teniendo un solo código para toda la Nación, hechos iguales den lugar a consecuencias diferentes». Cuando ha mediado condena «corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hecho contenidas en las otras». «Cuando por cualquier causa la justicia federal en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso».

g) En punto a los motivos de inimputabilidad:



1.° En cuanto a la terminología:

El código penal reza: «están exentos de pena»; el proyecto, en son punibles».

2.° En cuanto a los que no son punibles aparte de las diferencias ya recordadas sobre los delitos cometidos en estado psicopático y los cometidos por menores de edad, existen estas otras:

3.° En cuanto a la fuerza irresistible:

a) El proyecto reza: «el que obrare violentado por fuerza irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.»

El código penal: «el que obra violentado por fuerza irresistible, física o moral».

4.° En cuanto al que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

El código penal lo incluye entre las excusas que eximen de pena; el proyecto suprime la disposición, no porque abrigue el propósito de consagrar la opinión contraria, sino porque la ausencia de intención criminal excluye todo delito, salvo cuando los hechos puedan serle imputados a título de culpa. Es obvio que si ha habido «debida diligencia» no hay culpa.

5.° En cuanto a la legítima defensa:

a) Por el proyecto «se entenderán» que concurren los recaudos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche reclinarse el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. «Igualmente respecto de aquel que encontrarse a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.»

Por el código penal están exento de pena «el que hiere o mata al que pretende penetrar en su domicilio por escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrarse dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.»

Posiblemente el proyecto ha querido consagrar la disposición del código penal con ciertas aclaraciones, pero la frase «se entenderán» puede dar margen a dificultades creyendo que se trata de una presunción.

b) El código penal en el inc. 9 del art. 81, contempla especialmente la defensa de la persona o derechos «de sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, de los afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil.

El proyecto contempla el punto en la disposición general del inc. 7, del art. 84.

c) En cuanto al exceso de la legítima defensa, en el estado de necesidad y en la obediencia jerárquica.

Mientras para el código penal es un atenuante (art. 83 inc. 1), por el proyecto se reprime con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

Además el proyecto suprime la disposición arbitraria del art. 82 del código, por la cual se presume el exceso cuando el agente no da aviso del suceso.

El código penal también incluye entre los «eximentes»:

1.° El cónyuge que sorprendiendo a su consorte en flagrante adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos.

2.° El padre o el hermano que hiere y mata al que encuentre, yaciendo con su hija o hermana menor de quince años.

3.° La mujer que hiere o mata al que intenta violarla o robarla. Respecto de los dos primeros casos, el proyecto lo legisla en la parte especial en la disposición contenida en el inc. 3 del art. 81.



según el cual el juez puede eximir de pena o aplicar reclusión o prisión por tres a seis años al cónyuge, al ascendiente o al hermano que matare a su cónyuge, descendiente o hermana, o al cómplice, o a ambos, en el acto de sorprenderles en ilegítimo concubito.

Respecto del tercer caso el proyecto de 1917, lo suprime siguiendo al proyecto de 1906, el cual lo suprimió por creer comprendida la disposición en la legítima defensa.

**VENTAJAS.** — a) Pone término a la anarquía reinante en la legislación en vigor. El Código penal constituye un fragmento de la legislación penal argentina. Además existen múltiples leyes especiales. La Ley sancionada el 25 de Agosto de 1863 designando los crímenes cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales y estableciendo su penalidad.

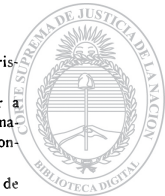
La Ley del 17 de Octubre de 1864 sobre patentes de invención, la de telégrafos nacionales, de 7 de Octubre de 1875; la de correos de 10 de Octubre de 1875; la de ferrocarriles del 24 de Noviembre de 1891; la de impuestos internos, del 18 de Enero de 1899; la de marcas de fábrica del 23 de Noviembre de 1900; la de falsificación y circulación de moneda del 17 de Noviembre de 1900; la de prohibición de los juegos de azar del 6 de Agosto de 1902; la de policía sanitaria de los animales de 27 de Diciembre de 1902; la de prohibición del uso de la sacarina u otros productos destinados al consumo público, de 6 de Enero de 1905; sobre defensa agrícola de 3 de Octubre del mismo año; la de reglamentación del trabajo de mujeres y niños, de 14 de Octubre de 1907; la de seguridad social, de 30 de Junio de 1910; la ley de elecciones de 1912; la del 1º de Marzo de 1913 sobre cheques; ley contra la prostitución, de 23 de Septiembre de 1913, etc., etc.

Algunas de estas leyes como la de 1863, establecen penas ya desusadas como la de extrañamiento y servicio militar en las fronteras; otras como las de seguridad social subvierten principios consagrados en el Código penal en materia de reincidencia, complicidad, aplicación de la pena de muerte a las mujeres.

Con todo es de deplorar la omisión del Proyecto en lo que atañe a las faltas.

b) Colma vacíos del Código actual; contiene disposiciones acerca del derecho internacional penal: destinadas a resolver las dificultades planteadas, por los delitos que por razón de





la naturaleza, persona o efectos, pudieran afectar a dos jurisdicciones.

Consagra la condena condicional apropiada para mover a la buena conducta, desembarazar las cárceles, dignificar la magistratura, favorecer la indemnización civil, y evitar el contacto funesto de los establecimientos represivos.

Incorpora las penas paralelas que responde al propósito de adaptar el régimen penitenciario a las modalidades del delincuente así como la responsabilidad subjetiva tiende a proporcionar la pena a la temibilidad del mismo.

Acepta la sentencia indeterminada, porque no es posible determinar a priori la cesación del peligro como ocurre en los delincuentes anormales.

c) Corrige deficiencias; simplifica en parte el régimen represivo al abolir la pena de muerte por innecesaria. reducir las penas privativas de libertad por supérflua, y suprimir el destierro por desconceptuado. Concede a la multa mayor importancia.

Reemplaza el derecho de gracia por la libertad condicional lo cual condice mejor con los postulados de la defensa social. Atenúa la injusticia del código en la manera de computar la prisión preventiva.

Consagra un capítulo especial a la responsabilidad civil: evitando gastos inútiles, concluyendo con las cuestiones prejudiciales, convirtiendo en realidad un derecho hasta hoy ilusorio. El Código es en esta parte redundante y no presenta garantía alguna para hacer efectiva la indemnización.

No sienta principios absolutos acerca de la imputabilidad penal. Suprime el artículo sexto del Código más a propósito para ser estudiado en los libros que para consagrarlo en los cuerpos legales.

Concluye con la irresponsabilidad estatuida por el art. 81 inciso 1º, sometiendo a los mencionados delincuentes a discretas medidas de seguridad.

En lo que respecta a los menores, echa al olvido la cuestión del discernimiento, problema árduo, controvertido e inútil.



Sustituye la enumeración prolija de las circunstancias atenuantes y agravantes, por reglas dúctiles y flexibles.

No es minucioso en la enumeración de los derechos susceptible de legítima defensa al par que suprime la presunción arbitraria del art. 82.

Acepta ampliamente la reincidencia genérica, precepto este poco arraigado en la legislación comparada pero abonado por razones incontrovertibles.

Reduce los artículos concernientes a la participación criminal, evitando enumeraciones circunstanciadas y suprimiendo las disposiciones superfluas referentes a las bandas y complots.

Soluciona los conflictos, que las distintas jurisdicciones provoca en materia de concurso de delitos.

Dedica un capítulo especial a la extinción de las acciones y de las penas, legislado en el Código en forma fragmentaria e inconexa. Asimismo consagra un capítulo al ejercicio de las acciones.

Legisla la culpa en la parte especial por cuanto son reducidos los delitos culposos. También legisla en la parte especial el encubrimiento que no guarda vinculación alguna con la participación criminal.

DEFECTOS. — a) No es muy escrupuloso en la terminología. Hay vocablos mal empleados y expresiones equívocas. Dista de la seductora transparencia y sencillez del Proyecto suizo tan admirable por la claridad del lenguaje como por la sabiduría de sus conceptos. Así en el art. 41 inc. 2, al considerar la criminalidad subjetiva, refiérese a la perversidad en lugar de peligrosidad. Aquella concierne a la moral; ésta al derecho. Hay delinquentes peligrosos sin ser perversos, pero no delinquentes perversos sin ser peligrosos. La perversidad escapa con frecuencia a la represión: no así la peligrosidad.

La seducción de una mujer mayor de edad bajo promesa de matrimonio denota perversidad. No obstante la ley no lo incrimina. Por el contrario, el que mata en el transporte de un arrebato como el delincuente pasional, o cediendo a un movimiento irreflexivo como en los delitos culposos, denota ser peligroso sin revelarse perverso.



No es raro hallar expresiones, que envuelven ideas de venganza y expiación. Así "sufrir la condena o pena: arts. 8, 24, 86, 94, 130, 135, (1) y el vocablo "reo" (art. 21, 22, 53, 66, 68, 112. El derecho penal propónese defender a la sociedad y no llevar un sufrimiento al delincuente. En vez de "sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, etc..." (art. 295), pudiera decir "será reprimido"; en lugar de "reo" pudiera emplear el vocablo "delincuente".

Existen frases a propósito para sembrar confusiones. El art. 50 exige como recaudo ineludible de la reincidencia, que la sentencia anterior fuera dictada por cualquier tribunal del país". ¿Excluye la influencia de la sentencia extranjera? Así despréndese de sus términos literales. Sin embargo, la exposición de motivos del Proyecto de 1906 le atribuye otro alcance (2).

Con todo, fuerza es confesar que la terminología es más correcta que la del Código como lo asevera la exposición de motivos del Proyecto de 1906 (3).

b) DESCUIDO DEL SUBJETIVISMO. — El Proyecto descuida múltiples problemas, como el delito imposible, la tentativa de complicidad y la instigación infructuosa. La expresión "comienzo de ejecución" (art. 42), interprétase generalmente como incompatible con la represión del delito imposible. La tentativa de complicidad y la instigación infructuosas no serán reprimidas: la primera por derogar la disposición pertinente del Código penal y del Proyecto de 1906; la segunda por ser extraña al derecho argentino. No obstante, todos los hechos citados ponen de relieve la existencia de un verdadero carácter criminal. Constituirán notas dignas de agregarse al concierto de los delinquentes afortunados, objeto de prolivos estudios por Ferriani. El azar, la ventura, factores desvinculados a la te-

(1) Además 161, 170, 171, 173; 180 in fine 295, 299, etc.

(2) Ver además el inc. 2, art. 2.º, la expresión «privación de derechos civiles» del art. 12; «hijos menores de cualquier clase» del artículo 19, inc. 4; la inhabilitación especial para "derechos políticos", del artículo 20; el vocablo "mal" en lugar de "peligro" empleada en el inc. 3 del art. 34; etc.

(3) Proyecto de 1906, página XXIV.



nibilidad concurren en favor de la impunidad. El proyecto de Tejedor, no incurría en estos deplorables errores.

Además el Proyecto reduce considerablemente el monto de la pena en la complicidad y en la tentativa. La primera no debe guardar con los autores principales más diferencia que la derivada de las modalidades personales. El fin perseguido no difiere en nada. Lo mismo ocurre en la tentativa. Un acontecimiento fortuito disminuye la penalidad. La pena debe sólo ser más ligera que la del delito consumado cuando la intención criminal no ha recorrido toda su trayectoria para no cerrar las puertas al arrepentimiento.

c) Fuerza es introducir sensibles modificaciones en el proyecto, y muy especialmente en las siguientes. Aplicar rigurosamente la ley territorial, a los delitos cometidos por los argentinos en el extranjero, porque así lo exigen las necesidades del procedimiento, y las exigencias de la defensa social.

Limitar la retroactividad de la ley más benigna en la cosa juzgada a los casos en que las circunstancias favorables consten en el proceso, sobre todo porque la criminalidad subjetiva aceptada por el Proyecto, dará margen a nuevas investigaciones, tarea preñada de dificultades prácticas. Consagrar normas generales acerca de las Faltas, y legislar especialmente sobre aquellas que revisten interés general. La inhabilitación no puede redundar en mengua de los derechos acordados por la jubilación, porque implica restaurar la confiscación de bienes. Conviene extender el imperio de la multa, facultando al juez para sustituirla por prisión en casos especiales y establecerla como pena accesoria en los delitos inspirados en el lucro. Ampliar el campo de acción de la sentencia indeterminada a los delincuentes profesionales, y reglamentar con más cordura las penas paralelas. Abandonar a la administración el discernimiento de la libertad condicional, como se observa en las legislaciones extranjeras. Deducir integralmente la prisión preventiva de la pena impuesta por cuanto en la práctica no presentan diferencias. Acordar la condena condicional en forma amplia sin dejar subsistente las incapacidades accesorias más adecuadas para embarazar que para facilitar el éxito de la institución. La responsabilidad civil debe efectuarse a



requerimiento de parte, ya que un buen contingente de los condenados carecen de recursos. Hay que extender la indemnización civil a las sentencias absolutarias y acordar al codeficiente la facultad de repetir la parte proporcional sobre los coparticipantes. Conviene suprimir el tercer recaudo exigido por el art. 34. Los recaudos requeridos para la inimpugnabilidad de la obediencia jerárquica, no están señalados con precisión. El estado de necesidad está legislado en forma redundante y fragmentaria a la vez; son disposiciones anacrónicas desechadas por códigos y proyectos modernos. La legítima defensa debiera encerrarse en una fórmula general, con arreglo a la tendencia moderna. En el exceso en la defensa hay que establecer distinción. La igualdad de pena, no se aviene con la desigualdad de matices. La cuestión de los menores, está en pugna con las tendencias actuales inspiradas en medidas francamente preventivas.

Las circunstancias atenuantes y agravantes, deben encurrirse en una fórmula general, para evitar incorrecciones que se descubren en la enumeración del art. 41.

En la tentativa, hay que reemplazar el recaudo de premeditación por el de intención, que responde a la misma finalidad.

En las medidas especiales contra los reincidentes, hay que atender al estado peligroso, y no al número de los delitos; factor este fundamental pero no decisivo.

Es preciso suprimir la purgación de la reincidencia. En el concurso de delitos fuerza es seguir las orientaciones del código italiano, que análogo en la letra de la ley discrepa en la finalidad perseguida.

La prescripción de la pena para ser válida debe estar subordinada al requisito de no haber cometido nuevo delito.

En los plazos de la prescripción se han deslizado graves contradicciones.

La renuncia de la persona ofendida como causa de extinción de la pena, implica desconocer los fundamentos del derecho penal, basado en el interés público y no en la vengaza privada.

d) Hay disposiciones ociosas e inconvenientes: como la de aplicar la ley argentina a los delitos cometidos en buques de



guerra argentinos y a los delitos cometidos por piratas así como a los delitos perpetrados en buques mercantes, actos todos que caen bajo el imperio del derecho internacional. La parte final del artículo 13 es repetición del artículo 15, desde que el transcurso del término de la condena, basta para extinguir la pena cuando la libertad condicional no haya sido revocada antes, no hay por qué decir que las condiciones impuestas regirán hasta el vencimiento del término de la pena. La parte final del art. 20 es vaga y superflua. La parte final del art. 26 aborda un problema resuelto ya en los arts. 55 y 56: si la acumulación de penas no llega a dos años ¿qué juez dotado de buen sentido rehusaría la condena condicional al que ha cometido varios hechos punibles susceptible de reprimirse con un año y medio de prisión?

• La primera parte del inc. 4 del art. 34 repite el concepto expresado en el inc. 5 del mismo artículo: ¿qué diferencia hay entre "el que obrare en cumplimiento de un deber" y "el que obrare en virtud de obediencia debida?"

La distinción entre defensa propia y ajena es inexplicable; los antecedentes extranjeros contemplan el punto en una disposición genérica.

Las expresiones "dictada por cualquier tribunal del país" y "aunque hubiere mediado indulto o conmutación", pertenecientes a la reincidencia pecan por equívoca la primera y la segunda por superflua.

La significación de conceptos no presta utilidad alguna: antes bien traban la acción del juez.

La acción penal se extingue por la muerte del imputado al tenor del art. 59, ¿qué juez sería osado a perseguir un muerto? ¿No es personal la pena?

La expresión "interrumpida" empleada por el art. 67, carece de sentido en el proyecto.

e) Ha omitido contemplar los denominados delitos internacionales; los delitos cometidos por las personas de responsabilidad restringida como impropriamente denomina el proyecto suizo a los semialienados; la embriaguez inconsultamente prevista en la fórmula general del artículo 34; en qué época comienza a correr la purgación de la reincidencia; des-



de cuándo empieza a correr la prescripción de la pena en los casos de revocación de la condena condicional; la interrupción de la prescripción al derogar irreflexivamente el art. 93 del código penal en vigencia; la exclusión de la viuda entre las causas eximentes de pena cuando el delincuente en los casos de violación, estupro o rapto de una mujer, se casare con la ofendida prestando ella su consentimiento; ¿la renuncia de la persona ofendida extingue ipso facto la acción penal en los delitos subordinados a la acción privada o el querellado puede exigir la continuación del proceso en salvaguardia de su decoro?

Muy especialmente conviene hacer resaltar la omisión acerca de la legislación sobre faltas. (1)

f) Deficiencias en la política criminal: tema que en gracia a su primordial importancia, será objeto de un capítulo especial.

---

(1) Las observaciones contenidas en las letras d y e no se encuentran en este capítulo de la tesis manuscrita por omisión del dactilógrafo. Por ello lo colocamos en el texto y no en la nota. No es un rasgo de improbidad la intercalación desde que todas las observaciones apuntadas se encuentran esparcidas en los capítulos respectivos.



## POLITICA CRIMINAL DEL PROYECTO DE 1917

### ESTUDIO COMPARATIVO CON LA LEGISLACION EN VIGENCIA Y LOS ANTECEDENTES EXTRANJEROS

1.º ORIGEN DE LAS NUEVAS ORIENTACIONES DEL DERECHO PENAL. — LA POLITICA CRIMINAL. — CONCEPTO. — 2.º PREVENCIÓN GENERAL Y PREVENCIÓN ESPECIAL. — 3.º LEGISLACION PENAL ARGENTINA. — TENDENCIAS. — 4.º EL PROYECTO DE 1917. — VENTAJAS SOBRE LA LEGISLACION PENAL ACTUAL. — 5.º DEFECTOS. — 6.º CLASIFICACION DE LOS DELINCUENTES. — COMPARACION CON EL PROYECTO SUIZO. — 7.º LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y GENERAL EN EL PROYECTO SUIZO Y EN EL PROYECTO ARGENTINO: PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD — 8.º LATITUD JUDICIAL. — 9.º CONCLUSION

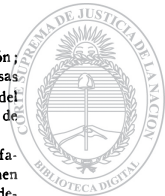
1º Por 1876, en Italia, tierra pródiga en criminalistas conspícuos, Lombroso, imprimía nuevos rumbos a los fundamentos de la criminalidad. Bien logrado fruto de su ingenio, es *L'uomo delinquente*, acogido por la crítica docta, con fervientes elogios y acres censuras. Crea en redor suyo, discípulos ardorosos que propagan con calor su doctrina, y apasionados destructores que desechan sistemáticamente sus audaces concepciones. Aunque arriba a generalizaciones prematuras, y a consecuencias deleznable, tiene el mérito de abrir el primer surco.

A Enrique Ferri corresponde la gloria de elevar la naciente escuela a la dignidad de un sistema filosófico. Dotado de talento perspicuo, ingenio agudo, erudición vasta, palabra elocuente, constante en el estudio, sagaz en la observación, mal hallado en la inactividad, emprende con raro éxito árdua tarea. En una obra laureada (1) acomete rudamente contra el libre

---

(1) Ferri — Teoria dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio.





albedrio, base angular de las doctrinas imperantes, a la sazón, en investigaciones posteriores arroja clara luz sobre las causas del delito (1) y ensancha considerablemente los horizontes del derecho penal, al sustentar la ineludible necesidad de mudar de estrategia en el combate contra el crimen (2).

Preconiza la conveniencia de prevenir los delitos en su famosa teoría de los sustitutivos penales y de agregar al régimen represivo, medidas apropiadas a las distintas categorías de delincuentes.

Garófalo, integra el sistema esbozando un vasto plan de defensa social (3).

A su vez, Lizst en Alemania con la colaboración de Prins y Van Hamel, fundan la Unión Internacional de Derecho penal, cuya alta influencia en las tendencias actuales es ocioso encarecer.

Estos tres eminentes criminalistas al igual de los adalides de la escuela positiva, dan al traste con el prejuicio común de ver en la pena el único medio de contener el crimen.

Surge así el problema capital, la cuestión de las cuestiones, la orientación que ha de imprimirse a la política criminal, es decir, a los arbitrios excogitados por la sociedad con el designio de poner coto al delito y morigerar la reincidencia, arbitrios que deben obrar personalmente sobre el delincuente.

#### Nociones de política criminal y de política social

La escuela clásica terminó su misión al lograr la igualdad, la humanidad y la claridad de las leyes penales. Malgrado sus esfuerzos no pudo granjear la disminución de la delincuencia. El Código Penal es un catálogo de delitos, el derecho penal una cadena de silogismos, el juez un esclavo, el delincuente una abstracción, el fundamento de la responsabilidad estriba en el libre albedrio, la defensa social queda abandonada al régimen represivo. Pero la responsabilidad psicológica es tan frágil en sus fundamentos como peligrosa en sus consecuencias, la pena impotente para defender la sociedad, los delincuentes difieren entre sí, los delitos aumentan, los delincuentes reinciden. Fuerza es orientar en nuevos rumbos la defensa contra el crimen.

---

(1) Ferri — Studi sulla criminalità in Francia.

(2) Sociología criminal, tomo 2, cap. 3, núm. 66 y siguientes; y núm. 86 y siguientes, edición con que se conoce los "Nuevos horizontes del derecho penal".

(3) Criminología.



Surgen así la política criminal y la política social. A la primera interesa el estudio de las causas individuales de la criminalidad, a la segunda el estudio de las causas sociales. Esta propicia reformas en el seno de la sociedad, aquélla del individuo. La política social preconiza los substitutivos penales que dijera Ferri, la política social aduna a las penas el sistema de las medidas de seguridad.

Gautier define la política criminal como "el arte de escoger los mejores medios preventivos y represivos para la defensa contra el crimen". (*Revue Penal Suisse, La lutte contre le crime dans le projet de code penal suisse, 1900; pág. 289.*)

Para Garraud "no es otra cosa que el arte de adaptar las instituciones sociales al fin que se quiere alcanzar: la disminución de la criminalidad." (*Precis de droit criminel; pág. 13.*)

En concepto de Battaglini: la doctrina (arte) que dicta los mejores medios, por la cual, el Estado pueda alcanzar, mediante la legislación, el propósito de disminuir la delincuencia. (*Rivista Penale, l'programma di una classificazione delle discipline criminale, 1915; página 259.*)

Según Liszt, la política criminal es "en primer lugar lucha contra el crimen, obrando de un modo individualizado sobre el delincuente". "Exige en general que la defensa social, sobre todo que la pena como pena de fin en particular, se adapte en su especie y medida, a la naturaleza propia del delincuente, para impedir por la privación de su libertad, la comisión de otros crímenes en el futuro." (*Liszt. — Tratado derecho penal; tomo 2, pág. 17.*)

Saldaña, en sus meritorias adiciones al tratado de Liszt, discurre: la política criminal no es pedagógica, ni tiene por misión crear criminalistas prácticos, ni tampoco científico, ni se propone el esclarecimiento causal sea del delito (criminología), sea de la pena (penología), su asunto es esencialmente político: orientar la legislación en una lucha constante contra el delito y, en especial, pero no exclusivamente, por la pena y por medidas análogas. (*Tratado de derecho penal de Liszt; tomo 2, pág. 59.*)

Luego, la lucha contra el crimen constituye el propósito fundamental de la política criminal. Pero, para diferenciarla de la política social, que aspira a llenar idéntico cometido, es menester integrar las definiciones de Gautier, Garraud y Battaglini con la de Liszt, quien deslinda con claridad la esfera de acción de ambas al decir "obrando de un modo individualizado sobre el delincuente".

La política criminal es eminentemente ondulante y tornadiza, sujeta a las mutaciones incesantes del tiempo y a las ineludibles fluctuaciones del espacio. Debe adaptar las fórmulas rígidas de las leyes a las condiciones variables de la vida, confrontar permanentemente el derecho que es con el derecho que debe ser.

Como afirma Liszt, la política criminal tiende así a proporcionar medios seguros para la apreciación crítica del derecho vigente como servir de punto de partida para el desarrollo del programa de una legislación del porvenir. (*Liszt, op. cit., tomo 2, pág. 15.*)

La plataforma de la política criminal es vasta: abraza el estudio de las formas de la criminalidad, la variedad de delincuentes, los medios de defensa social: las penas y por ende la política carcelaria; las medidas de seguridad y por ende la política sobre reformatorios, asilo para bebedores, casas de trabajo, así como todas las instituciones de prevención inmediata de la delincuencia, condena condicional, libertad condicional, sentencia indeterminada, perdón judicial; y



aún el estudio del albedrío judicial, ya que el juez es el órgano más caracterizado de la defensa social.

Para emprender la solución de problemas tan vastos como complejos, la política criminal busca el concurso de innumerables disciplinas. De la antropología criminal para escudriñar los caracteres de los delinquentes; de la psicología criminal para descubrir sobre todo los móviles de la delincuencia; de la sociología criminal para conocer las causas sociales del delito, de la estadística para indagar la marcha de la criminalidad; de la criminología para conocer el delito y la penología para conocer las penas, de la historia del derecho criminal para ilustrar el presente y aún vislumbrar el porvenir; del derecho penal comparado para estudiar los medios de defensa extraños; de la filosofía para confrontar el derecho que es con el derecho que debe ser.

En la forma de encarar la lucha contra el crimen hay ciertos puntos comunes a casi todas las escuelas, zona franca y neutral donde no llega el eco de las disidencias que separa a los autores. Para comprobarlo parangonaremos a Ferri con Liszt, criminalistas encumbrados.

a) Ambos conceptúan el delito como producto de causas internas y externas.

"La observación nos enseña, dice Liszt, que cada delito particular resulta de la cooperación de dos grupos de condiciones: de una parte de la propia naturaleza individual del delincuente, de otra parte de las condiciones exteriores, físicas y sociales, sobre todo económicas que le rodean." (Op. cit., tomo 2, páginas 10 y 11.)

"El delito, expone Ferri, (como cualquier otra acción humana) es un fenómeno de origen complejo, biológico y físico-social con modalidades diferentes según las circunstancias diversas de personas y cosas, de tiempo y de lugar." (Sociología criminal, tomo 1, pág. 146.)

b) Uno y otro prohíben el predominio de la política social sobre la política criminal.

"...El conocimiento de que el crimen tiene su raíz profunda, en las circunstancias sociales, razona el criminalista alemán, evitará la exageración de la idea finalista." "Prevenir la perpetración del crimen se presentará como cosa mucho más importante, tanto para los individuos como para la sociedad, que castigar el acto cometido." (Liszt, op. cit., tomo 2, página 25.)

Para el criminalista italiano "el legislador siguiendo las lecciones de la experiencia científica, debiera convencerse de que para impedir el desbordamiento de los crímenes tienen mucha más fuerza las reformas sociales que el código penal". (Ferri, op. cit., tomo 1, página 336.)

c) Tanto Ferri como Liszt restringen la esfera de acción de las penas cortas:

"Nuestra legislación actual, en concepto del segundo, hace de la pena como medio de lucha, un empleo superabundante. Debía pensarse si merecería ser restaurado el antiguo principio "minima non curat praetor" bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho natural, (impunidad por insignificancia de la infracción). (Op. cit., pág. 16.)

Las penas cortas "ni corrigen ni intimidan, ni inoculizan", pero, "en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino del crimen". (Op. cit., pág. 16.)

Ferri también censura las penas de corta duración porque "no pueden producir efecto alguno de intimidación". "...producen, por el



contrario, efectos desastrosos, ora sea quitando todo carácter serio a la obra de la justicia, o borrando de los condenados todo temor a la pena, y empujándolos fatalmente a la reincidencia por el deshonore con que son para lo sucesivo señalados y por el contacto corruptor de los delinquentes habituales, que aquellos han sufrido en la prisión.” (Ferri, op. cit., tomo 2, página 223).

d) Ambos preocuparse del carácter criminal para graduar la pena.

“La legislación y la jurisprudencia, a estar a Liszt, debe tener en cuenta más que hasta ahora la naturaleza propia del criminal (no el motivo).” (Liszt, op. cit., pág. 18.)

Ferri cree que el grado de responsabilidad jurídica lo determina la temibilidad, la adaptación del delincuente, la cualidad antisocial así del acto como del agente. (Op. cit., tomo 2, pág. 167.)

e) Coinciden asimismo en aplicar las medidas de defensa social según la categoría del delincuente. (Liszt, op. cit., pág. 17; Ferri, obra citada, tomo 2, página 283 y sgs.)

Para el estudio de la política criminal pueden consultarse, además de los autores citados: Jiménez de Azúa, La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, (pág. 10 y sgs.); Longhi, Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale, (pág. 289 y sgs.); De Mauro, La esigenze della politica criminale nelle condizioni presente della scienza del diritto di punire, en Rivista Penale, 1912, pgs. 284 y sgs.; Battaglini, Diritto penale e politica criminale, en Rivista Penale, 1915, pág. 338 y sgs.; Florian, Dei reati e della pena in generale, (tomo 1, parte I, página 50 y sgs.); Jiménez de Azúa, Antropología criminal y política criminal, (en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1915, especialmente pág. 104); Saldaña, Los orígenes de la criminología, (pág. 446 y sgs.)

2<sup>o</sup> Dos tendencias típicas dividen así a los expositoros, como a las legislaciones. Los que rinden culto a la Prevención general, y los que tributan homenaje a la Prevención especial. La primera comporta el estudio abstracto del delito, considerado como una entidad algebraica. La segunda, el estudio concreto del mismo, reputado como un hecho social producidos por hombres que difieren radicalmente entre sí. Aquella mide la pena por la gravedad objetiva del hecho producido, ésta, proporciona tanto la naturaleza, como la medida de la defensa, a la intensidad del estado peligroso del delincuente. La Prevención general, no conoce sino dos clases de criminales: los responsables y los irresponsables. A los primeros, destina la cárcel; a los segundos, entrega a la libertad. A estar a los dictados de la prevención especial, todos los delinquentes están sometidos al imperio del derecho criminal. Aquella, concibe un tipo unitario de responsables, ésta, los cataloga, los clasifica.



La prevención general, conduce a una política criminal eminentemente retributiva, represiva, la prevención especial a una política criminal esencialmente preservativa, tutelar. La misión del juez es amplia y flexible, según los postulados de la segunda, circumscripita y rígida, para la primera.

Prevención general o prevención especial, tal es el dilema planteado a los legisladores modernos. Los tratadistas traban luchas enconadas, llegando hasta suplantarse el lenguaje mesurado de las controversias científicas por el apóstrofe candente de los debates políticos. (1)

#### La lucha de la escuelas en Alemania

1.º Creemos interesante resumir la obra de Rappaport integrándola con el tratado de Liszt.

Durante largo tiempo, Alemania ha sido teatro de ardorosas discusiones.

La reforma del Código Penal excita la atención de sus criminalistas. Destácanse Birkmeyer y Liszt por la virulencia de sus ataques y la vehemencia de sus afirmaciones.

En el fondo, la controversia reduce a esclarecer sobre qué fundamentos debe reposar el Código Penal. Si debe ser una construcción abstracta o una construcción positiva; si el Código Penal debe constituir un catálogo de delitos con su pena condigna o un instrumento destinado a la defensa social; si debe reprimirse la lesión jurídica causada por el autor, o el estado peligroso que denota la acción criminal; si debe predominar el concepto de la retribución o el concepto de la prevención especial; en suma, si debe reprimirse el delito o el delincuente.

Si prevalece la primera tesis la parte especial de los códigos cobra más importancia que la parte general. Si prevalece la segunda tesis la parte especial cede su importancia a la parte general.

2.º Las bases angulares de la doctrina propiciada por Birkmeyer pueden sintetizarse así:

- a) La pena importa una venganza mitigada que deriva históricamente de la venganza general o colectiva del clan.
- b) La responsabilidad criminal tiene un fundamento esencialmente psicológico, presupone la posesión del libre albedrío en el delincuente.
- c) El delito es una violación del orden jurídico.
- d) La pena es la justa reparación de la culpa que entraña el delito.
- e) La medida de la pena infiérese de la intensidad de la lesión jurídica: el carácter particular del delincuente es un elemento accesorio; sólo atenua o agrava la penalidad.

Birkmeyer fustiga acremente los trabajos preparatorios de la reforma del código alemán. El advenimiento de las nuevas doctrinas

---

(1) Rappaport en la lutte autour de la Reforme du Droit penal en Allemagne et les transformations du Droit penal moderne, traza los lineamientos fundamentales de la lucha.



conduce a funestas consecuencias. Acusa a Liszt de restringir la esfera de acción del derecho penal, al aplicar las medidas de seguridad con esas prodigalidad. ¿Qué queda del derecho penal?, pregunta. Y respóndese a sí mismo: "Casi nada." Además, las ideas propuestas por Liszt llevan a la negación de la imputabilidad.

En resolución, Birkmeyer recoge la bandera que enarbolará la escuela clásica en el siglo XIX.

3.º Las ideas madres de la doctrina prolijada por Liszt son las siguientes:

a) El delito entraña el concurso de factores individuales, físicos y sociales, especialmente económicos. (Tratado de derecho penal, tomo 2, páginas 10 y 11.)

b) El determinismo sirve de fundamento a la responsabilidad.

"El determinismo científico que tan sólo toca al derecho penal, discurre, no significa más que la aplicación intachable del principio de la razón suficiente a las acciones humanas, en tanto que éstas pertenezcan al mundo de los fenómenos: él enseña que tampoco el crimen puede ser comprendido si no se le atribuye a su razón suficiente. La pena no debe de ningún modo aceptar para su fundamento un determinismo sin causa, como tampoco un libre albedrío que escaparía a la ley de la causalidad; basta más bien el supuesto por nadie puesto en duda, de que toda acción está causada psíquicamente, (no mecánicamente) y, por tanto, decidida, determinada, motivada por representaciones. (Op. cit., tomo 2, págs. 31 y 32.)

c) La pena es uno de los medios para combatir el crimen, pero no el único, requiérese además otras medidas de defensa social. (Op. cit., tomo 2, página 17.)

4.º Hippel y Merkel, caracterizados representantes de la tendencia ecléctica procuran armonizar la antinomia irreductible que se para a Liszt y Birkmeyer. El primero de los nombrados, razona, "la lucha de las doctrinas actuales presenta un vicio de método análogo: no consideran los diversos papeles de la pena, como esencialmente equivalentes: consideran las cosas bajo un solo aspecto. Escogen como punto de partida uno solo de los papeles y por consiguiente no aprecian en su justo valor la importancia y la independencia de los demás. Se coloca en primer lugar, ya la función represiva de la pena, su papel de medida retributiva, ya su carácter preventivo, su función de prevención especial en la doctrina opuesta, de tal suerte que se compromete la armonía que debe reinar en el derecho penal. En realidad, la posición exacta se encuentra en una vía intermedia." (Rappaport, op. cit., pág. 31.)

Y hasta Liszt llega a reconocer que "se admiten comprensivamente las dos exigencias capitales, de la dirección moderna", pues, "los partidarios de la retribución dan cabida dentro del cuadro penal, tanto a la idea de corrección como a la idea de seguridad, es decir, que el sistema de las penas sea integrado con un sistema de medidas especiales, corrección y cuidado de una parte, y de otra, protección de la sociedad contra el delincuente." (Liszt, op. cit., tomo 2, pág. 25.)

3º La prevención general, es la concepción culminante del Código penal en vigencia. La persona del criminal es un elemento secundario "un sujeto al cual se aplican fórmulas teóricas, teóricamente imaginadas, un maniquí animado sobre cuya espalda el juez pega el número de un artículo de la ley el



cual llega a ser igualmente un número para la ejecución de la sentencia". (1) En efecto, prescinde del estado particular del delincuente y cuando para mientes en su naturaleza, sienta principios más a propósito para favorecer que para disminuir la criminalidad. ¿Qué importan sino bonos de impunidad "la exención de pena", cuando el hecho ha sido cometido en "estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta, o beodez completa e involuntaria, y generalmente siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia, y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad?" (Art. 81, inc. 1°). ¿Dónde están las medidas de preservación social contra estos elementos? No hay respuesta en el código.

Fuera de la pena, no conocemos otros medios para preservarnos del delito. Ella obra a guisa de expiación sobre el criminal y a modo de intimidación sobre los demás. Es el principio sentado por un código medioeval. El Fuero Juzgo se explicaba así: "esta fu la razón porque fu fecha ley que la maldad de los onmes fuese refrenada por miedo della pena e que los buenos visquiesen seguramiente entre los malos; e que los malos fuesen peñados por la ley e dexasen de fazer mal por miedo de la pena". (2).

Pero el régimen del código penal argentino, deja desarmada a la sociedad, cuando la pena no se aplica o no logra sus propósitos, ya por la edad del delincuente, ya por el estado mental, ora por propensión al crimen, ora por el hábito.

El menor no es un culpable acreedor a un castigo, sino, un mal disciplinado digno de educación. La escabrosa cuestión del discernimiento importa una nota discordante en el concierto de las tendencias contemporáneas.

Los principios de los tratadistas, las soluciones de los Congresos internacionales, las disposiciones de los cuerpos legales propenden de consuno a la implantación de medidas puramente educativas. Acaso es la grieta más profunda abierta en los endeble pilares que sirven de descanso al edificio de la proporción penal.

(1) Ferri — *Sociología criminal*, t. I, pág. 15 de la introducción.

(2) Fuero Juzgo, ley V, título 2.º, libro 1.º



En cuanto a los alienados, sonámbulos, ebrios, semi-alienados, en suma, a la copiosa hueste de anormales, se aplican medidas de preservación social. No importa que carezcan de inteligencia para vislumbrar las proyecciones del acto delictuoso, de discernimiento para discriminar la acción lícita del acto punible, de voluntad para conjurar las tempestades internas o los estímulos externos.

El criminal alienado es tan temible como el criminal responsable y sano de espíritu. La circunstancia de la embriaguez desaparece, ante el estado peligroso del alcoholista. La eximente o la atenuación comporta graves consecuencias.

En cuanto a los delincuentes defectuosos, los semi-responsables, la atenuación establecida implícitamente por el código en vigencia, no atiende ni a la reforma del individuo, ni a la defensa de la sociedad.

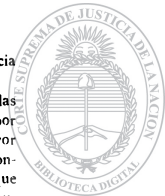
La delincuencia habitual, no lleva consigo sino una agravación de la pena. A estos hombres entregados a la criminalidad como el artesano a su labor, para quienes la prisión es un accidente, un riesgo análogo a la sequía para un agricultor, hay que someterlos a providencias especiales. Constituyen los delincuentes profesionales, los eternos huéspedes de los establecimientos carcelarios. Para estos criminales parece especialmente escrita esta frase de Prins: "La concepción demasiado exclusiva del acto perseguido debe ceder a la noción del estado peligroso del delincuente". (1) Fuerza es reaccionar contra la tradición secular de juzgar la reincidencia como un simple agravante sin parar mientes en los medios de existencia, en las predisposiciones, en la naturaleza psíquica, en los móviles de la acción: en suma, en todos los índices reveladores de su idiosincrasia.

Las medidas represivas del código carecen de eficacia respecto de aquellas personas que la escuela italiana llamaba delincuentes natos, individuos que preparan el delito como un comerciante una operación bursátil y refieren los hechos con jactancia al igual del militar sus hazañas. Autores de crímenes horrendos sólo la prisión perpétua, puede poner término

---

(1) Prins — La defensa social y las transformaciones del derecho penal, página 79.





a sus crueldades. La pena de muerte pugna con la conciencia pública: de aquí su inaplicación.

A mayor abundamiento, el código en vigencia prodiga las penas de corta duración. Hechos insignificantes cometidos por personas honradas excitan la represión. No encarnan mayor peligro, y para ello, las legislaciones actuales instituyen la condena condicional. "La sociedad obra como un acreedor que concediese un perdón a la deuda de su deudor, y lo hace a causa del interés que presenta para el individuo". "Es el destierro de las ideas de justicia absoluta, para aceptar la idea de política criminal en el más alto sentido de la palabra". (1).

Para el Código en vigencia, todos los delinquentes están tallados en el mismo patrón y son objeto de las mismas medidas expiatorias.

A la concepción del delito, hay que oponer la concepción del delincuente: a la noción del libre albedrío, la noción del estado peligroso; a la pena retributiva, la pena tutelar; a la expiación individual, la defensa social.

Ya Gall en 1825 sintetizaba con precisión el programa del derecho penal en formación. "El objeto de la legislación debe ser, en tanto lo permita la naturaleza de los hombres, prevenir los delitos, corregir a los malhechores y dar a la sociedad seguridad contra aquellos que son incorregibles". (2).

4° ¿Cómo realizar la reforma? ¿Basta con dar simetría a la arquitectura jurídica de la legislación actual e introducir nuevos brotes en el viejo tronco, o es menester una reforma radical vaciada en los moldes modernos? La defensa social exige llevar hasta lo posible la individualización de la pena. La exposición de motivos, hace gala de compartir el concepto (3). No obstante, el estudio de la economía del mismo, muestra bien a las claras cuán tímida es la adhesión. Importa sensible progreso sobre la legislación penal en vigencia, más no condice, ni con mucho, con el espíritu que palpita en los proyectos modernos. El régimen de la proporción penal, ha dejado hondos vestigios.

(1) Salicrú. Individualización de la pena, cap. IV, pág. 261.

(2) Gall. Sur la fonction du cerveau (1-888), citado por Ferri.

(3) Proyecto de código Penal, páginas 26, 68, 82, 83 y 101.



Desde el punto de vista de la política criminal, presenta las siguientes ventajas sobre el código en vigencia.

a) Reemplaza el criterio de la imputabilidad basado en la libertad moral por el criterio de la temibilidad al prescribir la reclusión en manicomio, o en establecimientos especiales, respecto de los delincuentes que por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por su estado de inconciencia, "no han podido comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacia o dirigir sus acciones". Ya no hay irresponsables.

b) Acerca de los menores, suprime el problema del discernimiento, y entrega a los mismos, bien a los padres o guardadores, bien a establecimientos de corrección.

c) Limita la aplicación de las penas cortas, al incorporar la multa con relativa amplitud al régimen represivo, y otorgar la condena condicional a los delincuentes primarios, que posean digna personalidad moral, y cometan delito, al que corresponda pena de reclusión o de prisión que no exceda de dos años.

d) Sustituye el derecho de gracia por la libertad condicional lo que equivale someter al condenado a ciertas normas de conducta, cuya transgresión comporta la restauración de la pena.

e) Acuerda al juez, facultades menos restringidas, reemplazando la enumeración taxativa y específica de las circunstancias agravantes y atenuantes, por normas flexibles y dúctiles que atienden por igual a la naturaleza del delito y a las modalidades del delincuente.

f) Acoge con relativa amplitud la sentencia indeterminada.

g) Consagra las penas paralelas.

5° No obstante, tres errores primordiales, se descubren en el Proyecto:

a) Defectuosa clasificación de los delincuentes;

b) Descuido de la prevención especial;

c) Limitación del arbitrio judicial.

La eficacia de la defensa social, guarda íntima relación con la clasificación de los delincuentes. Según la categoría, es la medida defensiva.

El Proyecto de 1917, distingue, delincuentes: a) menores; b) ocasionales; c) reincidentes; d) Psicopáticos; e) incorregibles.



Para apreciar las deficiencias, haremos un parangón con el proyecto Suizo.

El Proyecto argentino, divide a los menores, en dos clases: menores de catorce años, y menores de catorce a diez y ocho años. El proyecto suizo, menores de catorce, menores de catorce a diez y ocho, y menores de diez y ocho a veinte años.

Aquel divide a los menores de catorce años, según resultare o no peligroso dejarlo a cargo de los padres, tutores, o guardadores, y a los menores de catorce a diez y ocho años, según el delito, diere o no margen a la condena condicional.

El Proyecto suizo, traza con hondura las distinciones: Los menores de catorce años, pueden ser: *a*) moralmente abandonado, *b*) moralmente pervertido, *c*) en peligro de ser una u otra cosa, *d*) atacados de enfermedad mental, débiles de espíritu, ciegos, sordos-mudos, epilépticos; en suma, aquellos que exigen tratamiento especial, *e*) niños normales.

Los menores de 14 a 18 años pueden ser: *a*) moralmente abandonado; *b*) moralmente pervertido; *c*) en peligro de ser una u otra cosa; *d*) profundamente pervertido; *e*) adolescentes que reclaman un tratamiento especial por su anormalidad; *f*) adolescentes normales; *g*) adolescentes al parecer peligrosos o autores de delitos graves.

Respecto de los menores de diez y ocho a veinte años, no hay divisiones.

La simple comparación de los dos proyectos, basta para descubrir las profundas divergencias que lo separan.

En cuanto a los delincuentes ocasionales; el Proyecto argentino, distingue dos clases: los acreedores a la condena condicional, y los que están destinados a cumplir la pena. El Proyecto suizo, agrega, a éstos, los entregados a la holganza y a la malvivencia y aquellos susceptibles de perdón.

Respecto de los reincidentes, mientras el Proyecto argentino repara exclusivamente en la naturaleza y número de los delitos, el Proyecto suizo atiende a los mismos considerándolos únicamente como piedra de toque apta para descubrir la idiosincrasia del delincuente.

Acerca de los delincuentes psicopáticos el Proyecto argentino, establece tres distinciones: la insuficiencia de las facul-



tades mentales, las alteraciones morbosas de las mismas, y el estado de inconciencia. El Proyecto suizo, distingue entre enfermos mentales peligrosos, y enfermos mentales, no peligrosos. A propósito de la embriaguez, consagra dos grandes distinciones: el bebedor accidental y el bebedor habitual. Agrega además, los denominados delincuentes de responsabilidad restringida, aquellos que viven en las fronteras de la locura, descuidados en absoluto, por el Proyecto argentino.

A propósito de los delincuentes incorregibles, no hay diferencia alguna (1).

7° ¿Cuáles son los medios arbitrados por el Proyecto, para defenderse del crimen? Libra la defensa de la sociedad al régimen represivo. Prodigia las penas y usa con extremada parsimonia de las medidas de seguridad contra la tendencia contemporánea de restringir el dominio de aquella, así como el de extender la esfera de acción de estas.

Pero antes de avanzar, conviene examinar la relación existente entre ambos instrumentos de política criminal.

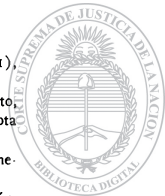
Ferri, en el Congreso de antropología criminal, celebrado en Colonia en 1911, sostenía la absoluta igualdad de ambas, alegando que tienen la misma jurisdicción, presuponen un hecho delictuoso, se proporcionan a la readaptación social del criminal, más que a la gravedad del hecho, tienen los mismos fines de prevención general y especial, son de duración indeterminada, por cuanto la condena condicional y la libertad condicional, confieren a la pena, igual indeterminación que la segregación por tiempo indeterminado acuerda a la medida de seguridad, y por último, que el juez *tiene* la facultad de sustituir una por la otra, como ocurre en el Proyecto Alemán (2).

Grispigni, abundando en las mismas ideas de su maestro, alega, que a mediar discrepancias profundas, allí donde la ley aplicara la pena, no podría aplicar la medida de seguridad (3).

(1) Para la clasificación de los delincuentes en el proyecto suizo, puede consultarse: Ramos, en el Proyecto de Código Penal de 1911, página 253; Grispigni, *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*, págs. 92 y 93; Jiménez de Asúa, *La unificación del derecho penal en Suiza*, págs. 216-217 y Gauthier, *La lutte contre le crime dans le projet de code penal suisse, en Revue pénale suisse* 1900, págs. 289 y siguientes.

(2) Archives d'Anthropologie criminelle, 1911, págs. 297.

(3) Orisprud., obra citada, núm. 11.



Por el contrario, Stooss, citado por Jiménez de Azúa (1), descubre las siguientes diferencias

a) La pena se impone al culpable en virtud de su delito; la medida de seguridad, por el carácter peligroso que denota el hecho punible.

b) La pena es un medio de producir un sufrimiento, la medida de seguridad, es extraña a toda idea de expiación.

c) La ley determina la pena, según la gravedad de la lesión, la importancia del bien lesionado, y la culpabilidad del autor; dejando al juez cierta amplitud de interpretación; la medida de seguridad, según el fin que se tiene en vista, y acordando al juez amplia libertad de acción.

d) La pena es la reacción política contra el riesgo de un bien protegido por el derecho penal, las medidas de seguridad, deben proteger a la sociedad antes del daño y del riesgo que amenaza causar a una persona que ha cometido un hecho punible.

La primera diferencia es infundada, por cuanto la pena se aplica también por traducir un carácter peligroso. Y cuando así no ocurre, la ley concede el perdón definitivo o la condena condicional. Lo primero ocurre en el desistimiento voluntario de la tentativa, admitido por todas las legislaciones. En el caso contemplado en el art. 81, inc. 3º del Proyecto argentino que permite al juez eximir de pena cuando el cónyuge, ascendiente, hermano matase a su cónyuge, descendiente, o hermana, cuando fueran sorprendidos en ilegítimo concubito.

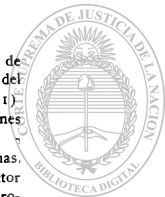
La segunda diferencia apuntada por Stooss, no es más consistente, ya que el encierro en una cárcel importa tanto sufrimiento, como la reclusión en un manicomio, o la internación en un asilo de bebedores.

La tercera diferencia es frágil, puesto que la graduación, así de la pena como de la medida de seguridad atiende al estado peligroso del delincuente, sin más diferencia que la fijación de la primera se opera a priori y la segunda a posteriori.

Para Longhi, son dos las diferencias, que los datos antro-

---

(1) Jiménez de Azúa. La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, pág. 75, donde estudia con erudición el



pológicos y psicológicos de la determinación de la medida de seguridad se colige no tanto del delito cometido cuanto del delito temido, y que la latitud del juez es más considerable (1).

En rigor de verdad, en poco difieren de las observaciones de Stooss.

Según Saleilles, las medidas de seguridad no son penas, en el sentido ordinario de la palabra, atendiendo al factor psicológico, a los fines que persiguen y a los efectos que producen, pero sí por los fundamentos en que reposan y por la naturaleza jurídica (2).

A despecho de las marcadas similitudes anotadas por Ferri, entre la pena y medida de seguridad hay tres diferencias capitales.

Las segundas están reservadas a los delincuentes menos sensibles a la intimidación, a la coacción, psicológica. Además difieren en la forma de ejecución. No es posible someter al mismo régimen a los menores, ebrios, locos, que a los delincuentes comunes. En tercer término las medidas de seguridad están sometidas al régimen de la sentencia indeterminada.

#### La pena y la medida de seguridad según la doctrina

##### 1.º Pena y medida de seguridad: semejanza y diferencias:

La pena y la medida de seguridad tienen un punto de contacto: concurren simultáneamente a la defensa social, a la lucha contra el crimen.

Discrepan en el poderío de la coacción psicológica, en su organización y en la época en que se fija su duración.

Desde el primer punto de vista en la pena predomina la prevención general sobre la prevención especial, en la medida de seguridad, la prevención especial prevalece sobre la prevención general. La primera tiende principalmente, aunque no únicamente, a sofrenar el impulso criminal. La segunda, propende con preferencia, aunque no exclusivamente, a evitar que el delincuente incurra en nueva acción delictuosa.

Desde el segundo punto de vista, la medida de seguridad asume un carácter ondulante: ora curativa como en los delincuentes alcoholistas; ora educativa como en los menores delincuentes, ya preservativa como en los delincuentes habituales, ya reformador como en los delincuentes vagos.

La pena presenta una naturaleza más constante: no cura, ni educa, ni preserva, busca la readaptación social del delincuente, sea por la intimidación, sea por la reforma.

(1) Longhi — *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, pág. 964.

(2) Saleilles obra citada, cap. VI, págs. 152.



Desde el tercer punto de vista, el juez fija la pena "a priori", la medida de seguridad "a posteriori" con intervención a menudo de la autoridad administrativa. Para la primera rige la sentencia determinada, para la segunda, la sentencia indeterminada.

Para ilustrar el tema no será superfluo examinar ligeramente las distintas doctrinas acerca de la función y caracteres de la pena y de la medida de seguridad.

#### 2.° Teorías sobre la función de la pena:

Múltiples son las doctrinas propuestas para esclarecer tan intrincado como debatido problema.

Filósofos, legisladores, criminalistas discuten apasionadamente acerca de la función específica de la pena. Aparte detalles, todas las teorías pueden reducirse a siete grandes grupos: la teoría de la purificación, la teoría de la retribución, la teoría de la coacción psicológica, la teoría de la enmienda, la teoría de la tutela jurídica, la teoría de la defensa social y las teorías complejas que asignan a la pena distintas funciones.

#### 3.° Teoría de la purificación. — La pena propónese redimir un pecado.

Tiene valor histórico, carece de importancia en la actualidad. El Manava Dharma Zasthra o Leyes de Manú constituye la apoteosis de esta doctrina, según echase de ver al estudiar sus disposiciones.

"Los hombres que habiendo cometido un crimen sufren el castigo que les impone el rey, se van purificados al cielo como los justos que verifican buenas obras". (Leyes de Manú, traducidas por José Alemany y Bohrer, Madrid 1912, Libro VIII, 318, pág. 283.)

"El ladrón queda purificado de su robo por el castigo que el rey le infiera, ya le mate con el golpe, ya le deje con la vida, pero si el rey no le castiga, carga con el crimen del ladrón." (Libro VIII, 316, página 283.)

"El brahman que cometa un robo de oro debe presentarse al rey, manifestarle su delito y decirle: "Señor, castiguenme". El rey tomando una maza de hierro que el culpable llevará sobre sus espaldas, debe darle un golpe, queda purificado con este golpe; pero el brahman debe expiar su crimen con la penitencia." (Libro XI, 99 y 100, página 394.)

"Nadie debe tener trato de ninguna especie con los pecadores, mientras éstos no hayan expiado su delito, pero una vez hayan cumplido la penitencia ya no se les debe reprochar." (Libro XI, 189); excepto en los casos especificados en el parágrafo 190.

Con todo, las penitencias severas purgan hasta crímenes horrendos. "Quien conscientemente cometa incesto con la mujer de su padre, siendo ella de la misma casta que éste debe proclamar su crimen y tendiéndose sobre una cama de hierro encendido, abrazar una imagen de mujer hecha de hierro puesta al rojo, pues sólo con la muerte puede purificarse." (Libro XI, 103, página 370.)

Los grandes criminales expían sus pecados con la penitencia, y los pecados leves con actos de devoción. (Libro XI, 107, pág. 371.)

La pública confesión del delito, el arrepentimiento, la mortificación, los actos dádivosos atraen la purgación del pecado. (Libro XI, 225, página 389.)

Objeciones: La doctrina de la purificación presupone la fusión de la moral con el derecho; amén de un estado organizado teocráticamente.

#### 4.° Teoría de la retribución: La pena es una compensación, una retribución del delito cometido, ajena a toda idea utilitaria.



La función específica de la pena estriba en mantener el reinado de la venganza. No busca ventajas ni para el individuo ni para la sociedad. Kant, su ardiente propugnador defiende la tesis con trágicos argumentos.

La pena, alega, "no puede aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe serlo siempre contra el culpable por la sola razón de que ha delinquido, porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otro ni ser contado en el número de las cosas como objeto real..." (Kant, Principios metafísicos del derecho. Traducción de Lizárraga, Madrid 1873; segunda parte, sección primera, párrafo XLIX, página 195.)

Insiste en considerar la pena como un imperativo categórico, desvinculado a todo ideal eudemonista: "el malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos".

El talión es su corolario: "si el criminal ha cometido una muerte, él también debe morir"; (op. cit., pág. 198); "el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le maltratas o le matas, te maltratas o te matas a ti mismo..." (Op. cit., pág. 198.)

Más aún, "...si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si por ejemplo un pueblo que habitase una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse, el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esa disolución, a fin de que cada uno sufriera la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer este castigo porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la pena." (Op. cit., pág. 198.)

Objeciones: a) La tesis auspiciada por Kant, retrotrae el derecho penal a los tiempos medievales cuando las leyes consagraban inhumanos suplicios y torturas implacables. La pródiga aplicación de la pena de muerte excitaría viva indignación en el seno de la sociedad.

b) Además, el derecho penal cobraría un aspecto genuinamente objetivo.

La pena de los cómplices guardaría vinculación con la importancia de la participación; la de la tentativa con la intensidad de la lesión jurídica; el delito imposible quedaría impune; la individualización legal imperaría sin reservas.

6.º Teoría de la coacción psicológica. El fin de la pena no es otro que el de evitar la comisión de los delitos por el temor a la misma.

Expositores encumbrados de la doctrina, son: en Italia Romagnoli, el más positivista de los clásicos y el más clásico de los positivistas, y Feuerbach, en Alemania, criminalista de altas miras y de pensamiento profundo.

Para Romagnoli, la pena no tiene un objeto "momentáneo, singular y presente"; mira sobre todo el porvenir, (Génesis del diritto penale, Milano 1840, tomo 1, párrafo 348, páginas 100 y 101); tiende a alejar el delito de la sociedad (párrafo 401, pág. 120; p. 421, página 125; p. 471, pág. 143.)

"El fin y el efecto inmediato, especial y propio de la pena", ya amenazada, ya cumplida, es el de infundir temor a fin de evitar la comisión de los delitos. (Op. cit., párag. 395, núm. III, pág. 117.)

De donde infero que la pena debe reunir dos caracteres:





1.º Que pueda infundir temor;  
2.º Que el temor pueda alejar a los hombres de los delitos (obra citada, parág. 460, pág. 139.)

Como corolario de sus doctrinas, Romagnosi afirma que la pena será justa, en tanto no exceda los límites necesarios para alejar el delito de la sociedad (parág. 401, pág. 120); y que si la pena más ligera bastara a alejar el más nocivo de los delitos "esta sola sería justa, e injusta otra más dolorosa". (Parág. 402, pág. 120.)

Alimena recoge las premisas de Romagnosi acerca de la coacción psicológica.

En su concepto, la pena no conyugaría a la defensa social, presentando mesquina utilidad si la coacción no reprimiera el impulso criminal.

La defensa social no exige tanto la represión del delito pasado cuanto la prevención del delito futuro. Si la pena no ejerciera ascendiente sobre el delincuente probable, si no fuese un motivo contra el delito, si no arredrara a los hombres peligrosos, si no contribuyera a cimentar la personalidad de los hombres honestos, la función penal ceñiríase exclusivamente a la eliminación de los delinquentes. (Alimena, I limiti e i modificatori dell'imputabilità, tomo I, pág. 375 y segs.)

**Objeciones:** La coacción psicológica como "fin específico de la pena" da ancho margen a fundados reparos.

a) Importa desconocer la psicología humana. El temor no es el único móvil de las acciones individuales. Los factores que impulsan la actividad son variados, complejos, heterogéneos. El arrebato de la pasión, el incentivo del ocio, el estímulo de la ambición, el poderío del amor, el afán del dinero, la inclinación a la lujuria, las sugestiones de la venganza, pueden tener tanto imperio sobre los hombres como el temor a la pena. (Ver: Dorado, Nuevos derroteros penales, pág. 105.)

b) La imprevisión humana así como la esperanza de la impunidad nacida de los delitos que permanecen ocultos, o descubierto el delito desconocidos sus autores, como también las dificultades para recoger las pruebas, conduce a desconfiar de la eficacia de la intimidación. (Ver: Ferri, Sociología criminal, T. I, pág. 266, 267 y 290.)

c) Lleva, además, al aumento constante y progresivo de la penalidad. Desde que la comisión del delito pone de relieve que la pena no ha intimidado al criminal, habría que aumentar la cantidad de la misma para infundir temor a los demás. (Carrara, Programma, tomo II, parág. 619, nota I, pág. 90.)

d) ¿La experiencia no demuestra la existencia de delinquentes obstinadamente insensibles a la coacción psicológica? La delincuencia habitual demuestra perentoriamente la ineficacia de la pena para contener el impulso criminal, aun después de haber cumplido la condena.

e) Si el fin de la pena no es sino la coacción psicológica, ¿cómo determinar la medida de la pena?

Esta debería proporcionarse no tanto a la influencia que pudiera ejercer sobre el delincuente sino al ascendiente que pudiera tener sobre los demás.

f) La coacción psicológica no puede realizarse sobre multitud de individuos, tales los que ceden a un impulso adicto como en los delitos pasionales o a un movimiento involuntario como en los delitos culposos o en los delitos cometidos por embriaguez. Luego, los delinquentes mencionados escaparían a la represión, desde que sobre ellos no puede tener imperio la intimidación de la pena.



6.ª Teoría de la enmienda. — La pena tiene por objeto la reforma del criminal.

Abogado elocuente y tenaz de la doctrina es Roeder. Para el fundador de la escuela correccional, el derecho tiende al cumplimiento del destino de la vida humana por medio de normas jurídicas: el Estado, el órgano encargado de realizar el derecho; el delito es una perturbación del orden social del derecho, el delincuente un perverso incapacitado para hacer adecuado uso de su libertad, la pena "el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad, injustamente determinada, de un miembro del Estado, a ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo racional de aquél". (Roeder Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Parág. 29, págs. 234 y 235.)

La pena tiende a despertar, gular y fortificar la voluntad del criminal para ejercitarlo en la práctica de la justicia, desenvolver la capacidad del delincuente para gobernarse por sí mismo, armonizar sus costumbres con el derecho, capacitarlo para su completa libertad exterior mediante la interior (moral) libertad alcanzada: en suma, tiende a educarlo, a enmendarlo, a corregirlo.

Aunque la pena parezca un mal exterior, en realidad es un bien interior.

La teoría correccional aspira a modificar el interior del hombre, constituye un remedio psíquico para el criminal." (Op. cit., pág. 253.)

De donde la pena no debe producir padecimiento, realizar un mal, por cuanto traduciría un acto de perversidad, respondiendo el mal con el mal y la injusticia con la injusticia, sino ejercer un influjo bienhechor sobre el penado, así en su pensamiento y sentimiento, como en su voluntad una especie de curación de su enfermedad moral.

Objeciones: a) Confunde la misión del derecho con la misión de la moral.

La pena conlleva a la primera, la enmienda a la segunda.

La corrección del delincuente podrá constituir un efecto, pero nunca el fin de la pena.

b) ¿Qué corrección necesita el que comete un delito por exceso en la defensa, por ignorancia de la ley o por culpa? ¿Con qué objeto tonificar su voluntad? ¿Acaso la pena tendrá la virtud de capacitarlo para usar bien de su voluntad? ¿Por ventura, no son delitos cometidos a despecho del criminal?

c) Para Carrara destruye la fuerza moral de la pena convirtiéndola en precaria, incierta y condicional ya que obliga a la libertad del delincuente corregido (op. cit., 619, pág. 90, nota).

d) Limita considerablemente la esfera de acción de la pena. A la inversa de la teoría de la coacción psicológica, para la cual el objetivo específico de la pena finca en la prevención, la teoría de la enmienda actúa exclusivamente contra el delincuente declarado. Así como la primera peca por relegar a un plano secundario la prevención, la segunda da pábulo a la crítica por prescindir de la eficacia preventiva de la pena.

7.ª Teoría de la tutela jurídica. — La pena abriga el propósito de restaurar el orden externo de la sociedad.

Esta doctrina tiene honda raíz entre los expositores clásicos de Italia, entre los cuales merece especial mención el ilustre Carrara.



Para el San Pablo de la escuela clásica, la pena no se propone mantener el imperio de la justicia, ni vindicar al ofendido, ni resarcir el daño, ni intimidar a los hombres, ni expiar el delito, ni enmendar al delincuente.

Aunque estos fines puedan ser consecuencia accidental y a las veces deseables, están desvinculados al fin último de la pena.

El delito ha ofendido a la sociedad, violado la ley, afrentado a todos los ciudadanos, disminuido la opinión de la propia seguridad, creado el peligro del mal ejemplo. Todo se concierta para despertar la suspicacia acerca de la protección eficaz de la ley; para llevar la intranquilidad al seno de la sociedad.

Por tanto, la pena debe reparar este daño moral, restaurar el desorden producido por el delito. La reparación trae como consecuencia la corrección del culpable, la admonición hacia los mal inclinados al par que obra como un estímulo sobre los buenos.

Los que temían la imitación de la conducta del culpable, abrigan así confianza, los que temían nueva ofensa del malvado, cesan en sus aprensiones: en suma, la pena al restablecer el orden jurídico lleva la tranquilidad a la sociedad. De suerte, que la pena incapaz para remediar el mal material, tiene la virtud de remediar el mal moral. (Carrara, T. 2, parágr. 614 a 623, páginas 87 a 93.)

**Objeciones:** a) La doctrina de la tutela jurídica no deslinda el radio de acción del derecho penal con los demás brazos del derecho. (Ver: Carnevale, Crítica penal; estudio de filosofía jurídica, Madrid, págs. 103 y siguientes).

En efecto, todas las disciplinas jurídicas tienden a proteger el derecho. Luego toda violación jurídica entrañaría la aplicación de la pena.

b) La defensa jurídica puede ser un medio, pero no fin de la pena.

El derecho, según la difundida expresión de Ardigó "es la fuerza específica del organismo social".

No se concibe sociedad sin derecho como tampoco derecho sin sociedad. Son términos tan indisolublemente vinculados como luz y calor.

El derecho es un instrumento de conservación social. De suerte que no se propone mantener el orden jurídico como un fin, sino como un medio para lograr la defensa social.

8.ª Teoría de la defensa social. — La pena propónese la defensa social.

La escuela positiva italiana suscribe la doctrina. Florián resume el concepto de la pena arguyendo que está íntimamente vinculado al concepto de la imputabilidad. El derecho penal tiene un fin utilitario antes que ético: defender la convivencia de los individuos.

La pena no es sino el tratamiento puesto en juego por el Estado para defender la sociedad de los delitos cometidos por sujetos socialmente peligrosos.

La pena puede o no representar un mal. (Florián, Dei reati e delle pene in generale, T. 1, parte II, núm. 376, pág. 7.)

**Objeciones:** a) Según Lucchini, la sociedad se conserva, consolida y progresa a despecho de la pena.

El progreso se realiza arrojando todo linaje de obstáculos. Ni la iniquidad de los príncipes, ni los cataclismos más horroresos, ni la corrupción de las costumbres han sido parte a detener la vitalidad de los pueblos.

Además, el delito perjudica no a la sociedad sino al individuo. (Lucchini, Le droit penal et les nouvelles theories, pág. 59.)



b) Para Impallomeni habría que saber cuál es la distinción entre los actos delictuosos y los otros actos nocivos a la sociedad o que tienen la posibilidad de herir los intereses jurídicos de la sociedad y hallada la distinción habría que saber cual es la línea de demarcación entre lo injusto civil y lo injusto criminal (Impallomeni. *Revista penal*. El principio específico della penalita, 1891, T. XXXIII, página 225 y sga.)

Como estas objeciones al igual de otras menos consistentes atañen a la doctrina considerada no solo como fundamento de la pena sino también como fundamento de la responsabilidad, la recogeremos en el capítulo pertinente.

9.ª Teoría compuestas. — Se singularizan por atribuir a las penas funciones varias.

Mencionaremos exclusivamente la teoría de Bentham y la teoría de Liszt por no ser largo.

Teoría de Bentham. — La pena tiende a llenar dos propósitos: el de la "prevención general" aplicable a todos los miembros de la comunidad y el de la "prevención especial" que se aplica al delincuente individualmente. La primera prima sobre la segunda. En su opinión, la pena sería un mal agregado a otro mal si el delito fuera un acto aislado, pero al considerar que la impunidad de un crimen dejaría libre curso no sólo al mismo delincuente sino a los que tuvieran idénticos motivos y ocasiones iguales para delinquir, la pena llega a ser la salvaguardia universal.

Medio VII en sí mismo, repugnante a los sentimientos generosos, elevase al primer grado de los servicios públicos al considerarla no como un acto de venganza contra el culpable, sino como un sacrificio individual en aras del interés común.

En relación al delincuente puede prevenir la reincidencia por tres medios: incapacidad, reforma e intimidación.

Bentham atribuye a la intimidación singular importancia ya que los actos individuales se gobiernan por el cálculo entre el mal de la pena y el bien del placer. (Bentham. *Theorie des peines et de recompenses*, T. 1, cap. III, págs. 13 a 16.)

Su doctrina es utilitaria, no discrepando en el fondo de la teoría de la defensa social.

Teoría de Liszt. — Para el reputado criminalista alemán la pena es el medio para asegurar la misión del derecho penal, es decir, "la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección".

Considera la pena como un mal para el delincuente que se presenta bajo dos aspectos como amenaza y como ejecución.

Desde el primer punto de vista la amenaza de la pena advierte e intimida.

Al hombre recto "la amenaza de la pena se aparece como reproposición del acto contrario a lo mandado como expresión del descontento jurídico y social".

A las naturalezas menos delicadas "presenta un mal en perspectiva, como consecuencia de su conducta antijurídica, cuya representación debe servir como contrapeso a la inclinación criminal".

Ya advirtiendo, ya intimidando, la pena obra sobre todos los sujetos del derecho en general (Prevención general).

Desde el segundo punto de vista, la ejecución de la pena tiende al mantenimiento del orden jurídico por la coacción penal, actuando:

a) Sobre la totalidad de los sujetos del derecho, ora dominando las inclinaciones criminales por obra y gracia de la intimidación, ora



asegurando y fortificando el espíritu de orden de los ciudadanos por medio de la reprobación.

b) Sobre el lesionado, al cual proporciona la satisfacción de no dejar impune el ataque antijurídico dirigido contra él.

c) Sobre el delincuente, sea "fortificando las representaciones debilitadas que sofrenan los malos instintos", sea como corrección "influyendo sobre el carácter del autor para transformarlo". (Prevención especial.) (Liszt, Tratado de derecho penal, t. 2, págs. 5 y 6.)

#### 10. Conclusiones:

La pena no posee una función unilateral. Actúa en formas varias, ya sofrenando los impulsos, ya evitando los peligros nacidos de la impunidad, ya buscando la readaptación social del delincuente; en suma, procura defender la sociedad contra la delincuencia. Pero la pena no llena su cometido sino de modo imperfecto por la existencia de delinquentes insensibles ya a la intimidación, ya a la readaptación social.

De aquí surgen lo que los expositores denominan medidas de seguridad.

#### Medidas de seguridad

11. Concepto. — Opinión de Jiménez de Azúa: "Las medidas de seguridad, son todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o la eliminación de los inadaptables (medidas de protección o de seguridad en sentido estricto)" (Jiménez de Azúa, La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, página 112).

12. División de Longhi. — Divide las medidas de seguridad en medidas curativas, medidas eliminatorias, medidas reformadoras y medidas probatorias.

Son curativas las medidas de seguridad que reparan en las enfermedades físicas del delincuente, consideradas como causa de criminalidad, eliminatorias las que buscan la eliminación perpetua o temporal del delincuente peligroso conjuntamente con el incorregible, las reformadoras miran a la cura moral y física del delincuente como los alcoholistas y menores, las probatorias conciernen al delincuente reintegrado a la sociedad; abrazan desde la vigilancia policial hasta el patronato que tiende a evitar las recaídas.

Cada medida de seguridad requiere adecuado establecimiento: las curativas, los manicomios; las eliminatorias el internamiento y la colonia de relegación; las reformadoras: casas de trabajo para los ociosos y vagabundos, asilos de temperancia para los alcoholistas y reformatorios para los menores; las probatorias, el patronato y la vigilancia especial. (Longhi, Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale, pág. 943 a 950.)

13. Los complementos penales de Canti. — Según Canti, la pena se pronuncia atendiendo al delito, el complemento atendiendo al delincuente.

La primera concierne a los tribunales judiciales, la segunda a la comisión penitenciaria. Esta incumbe a los delincuentes temibles, aquella a los delincuentes comunes.

La pena sigue al delito, el complemento de la pena sigue a la pena.

El complemento de la pena tiende a reaccionar contra posibles violaciones del derecho, de parte del delincuente; por tanto, es esencialmente preventiva. "No es sino la medida de seguridad agregada a la pena."



La medida de seguridad no es la pena, como la pena no es la medida de seguridad.

Esta es la represión del delito cometido, aquíella una salvaguarda, contra el posible delito futuro. El delito cometido juega importancia tan sólo para determinar la temibilidad del delincuente. (Ver: Contil complementi di pena, en Enciclopedia de Pessina, t. IV, pág. 663 a 723, especialmente págs. 666, 669, 675, 684 y 687.)

14. **¿A quiénes se aplica las medidas de seguridad?** — Deben estar sometidos a las medidas de seguridad los autores de delitos cometidos por los alienados, semialienados, alcoholistas, vagos, holgazanes, menores y por los delincuentes habituales.

El proyecto tan sólo se ocupa de los primeros y de los menores, desculdando a los demás.

Nos ocuparemos exclusivamente de los alienados y de los vagos y holgazanes, ya que contemplamos los demás en capítulos especiales.

15. **Los delincuentes alienados en la legislación comparada.** — La escuela clásica no concebía al delincuente alienado.

El hombre es o delincuente o alienado. Si lo primero se aplica la pena, si lo segundo está exento de pena.

Los expositores modernos no prestigian la aplicación de la pena por cuanto no es capaz de modificar su personalidad ni de procurar su readaptación social, sino el enciaustramiento en establecimientos especiales.

Esta medida de seguridad, justo es confesarlo, despunta en los viejos códigos.

El código español, en el artículo 8, inc. 1.º dispone: "Cuando el imbecil o el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si la ley calificare de delito menos grave el hecho ejecutado por el imbecil o loco, el tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior o entregará el imbecil o loco a su familia si ésta diese suficiente fianza de su custodia."

El código penal de la República de San Salvador preceptúa lo mismo que el código penal español acerca de los delitos graves; para los delitos leves limita el arbitrio del juez, estableciendo imperativamente la entrega a la familia bajo fianza de custodia y no presentándola establece la reclusión del imbecil o loco. (Art. 9, inc. 1.º).

El código penal de Costa Rica (art. 10), así como los de Honduras (art. 11), y el de Chile (art. 10), establecen la reclusión en establecimiento especial del que no podrán salir sin previa autorización del tribunal "cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califica de crimen o incurrir en reiteración de simples delitos".

En los demás casos serán entregados a su familia bajo fianza de custodia, a no mediar fianza quedan gobernados por la norma anterior.

El código penal de Guatemala faculta al juez, para encerrar al loco o demente o entregarlo a su familia bajo competente caución cuando fuere autor de un hecho que la ley califica de delito (Artículo 20).

Por el código penal de Venezuela, los autores de "un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave" serán reclusos en uno de los hospitales o establecimientos destinados a los de esta clase". "No siendo el delito grave o no siendo el establecimiento adecuado será entregado



a su familia bajo fianza de custodia; y no teniendo él familia o no queriendo ella recibirlo, se aplica la norma primera. (Art. 19.)

El del Uruguay reza: "cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho castigado por este código, con pena de muerte o de penitenciaría, el juez decretará su reclusión, del cual no podrá salir sin autorización del mismo".

Tratándose de delicto que tenga pena menor será entregado a su familia bajo fianza de custodia y mientras no se observe dicha fianza se observará lo primero. (Art. 17.)

Los códigos modernos también acogen con benevolencia esta medida de seguridad.

El holandés ordena el internamiento a guisa de prueba, no pudiendo exceder de un año. (Parágrafo 37.)

El ruso autoriza al juez a colocarlo bajo la vigilancia responsable de sus parientes o de otras personas, o bien internarlo en casa de salud "cuando reconozca que sería peligroso al individuo dejarlo sin vigilancia".

No obstante, la reclusión es imperativa en los delitos graves (asesinatos, mutilación corporal grave, estupro, incendio). (Parág. 39.)

Por el noruego, cuando el tribunal o el jurado declare que el delincuente es peligroso para la seguridad pública, puede ordenarle la reclusión del acusado en un asilo o en una casa especial de cura o de preservación o en una casa de trabajo mientras el gobierno lo juzgue necesario. (Art. 39.)

Según el artículo 46 del código de Siam, el tribunal puede ordenar la remisión del inculcado a la autoridad administrativa para ser colocado en "un asilo de alienados o en otro lugar donde su guarda pueda ser asegurada", si estima "la libertad peligrosa para la seguridad pública".

Los proyectos modernos acusan la misma orientación.

A estar al parágrafo 36 del Proyecto Austriaco, el callenado o ebrio que ha cometido un acto reprimido con pena privativa de libertad que exceda de seis meses, que no puede ser condenado a causa de su inimputabilidad en el momento de la perpetración del acto, debe ser colocado en un establecimiento del Estado para los alienados criminales, cuando se le considere como extremadamente peligroso para la moralidad o para la seguridad de las personas o de las fortunas a causa del estado enfermizo de su espíritu y teniendo en cuenta su conducta y carácter especial del acto".

Por el artículo 13 del Proyecto suizo "si un delincuente irresponsable compromete la seguridad o el orden público o si se hace necesario internarle en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este internado.

Si, por otros motivos, el estado del delincuente irresponsable exige que sea tratado o colocado en un hospital o en un hospicio, el juez ordenará este tratamiento o esta hospitalización.

Según el capítulo III, parágr. 1 del Proyecto sueco, "cuando un enajenado comete un acto, que está castigado por la ley con pena de reclusión, el tribunal ordenará que sea colocado en un manicomio público, y no podrá salir del manicomio mientras dure su estado mental o haya peligro de recaída.

El Proyecto alemán, ordena la custodia en un establecimiento público de curación o de asistencia, "cuando así lo exija la seguridad pública". (Parágrafo 65.)

Véase, pues, cómo el estado peligroso es el fundamento de la medida de seguridad.



16. **Delinquentes vagos.** — La pena es incapaz de modificar la personalidad de los vagos.

Lo más conducente es colocarlos en casa de trabajo, a fin de aprender oficio que le permita subvenir a sus necesidades después de la liberación.

La vagancia es la sombra que oscurece el brillo de la civilización moderna.

Constituyen los parásitos de la sociedad, tan fáciles a la degradación como refractarios al trabajo.

La vagancia representa las antecelas del crimen. Cometido el crimen la pena resulta estéril, no opera su readaptación social.

De aquí que los proyectos modernos adopten providencias especiales.

Según el proyecto alemán "cuando un hecho punible deba atribuirse a depravación o a holgazanería y se castigue con una pena de prisión cuyo mínimo sea de cuatro semanas, el tribunal, en los casos especialmente determinados en la ley, podrá disponer, además de la pena, o cuando la pena no exceda de tres meses, en su lugar, la colocación del condenado apto para trabajar en una casa de trabajo, durante un espacio de seis meses a tres años, siempre que esta medida parezca precisa para habitar al condenado a una vida laboriosa y conforme a la ley".

«Sobre el fundamento de esta decisión, la autoridad de policía de cada uno de los Estados cuidará de la colocación del individuo en la casa de trabajo". "Si el condenado fuese extranjero, la autoridad de policía podrá, en lugar, o además de su colocación en la casa de trabajo, hacerle salir del territorio del Imperio".

"Si el condenado se mostrase inhábil para el trabajo, el tribunal, cuando haya pronunciado la colocación en lugar de una pena de prisión o de arresto, impondrá una de estas penas, regulando su duración de un modo proporcionado".

Además, podrá ser liberado provisionalmente "cuando el condenado haya pasado en la institución la mitad del tiempo fijado y se haya conducido bien y haya trabajado con diligencia". (Parag. 42.)

El proyecto suizo legisla, aún con más cordura tan importante problema, por lo cual transcribiremos sus disposiciones.

El artículo 43 dispone:

1) "Cuando un condenado a prisión por un delito observaba mala conducta o vivía en la holganza, y cuando el delito esté en relación con este género de vida, el juez, si el condenado es capaz de trabajar, y parece podersele acostumbrar al trabajo, podrá suspender la ejecución de la pena y ordenar la colocación del delincuente en una casa educativa de trabajo exclusivamente destinada a este fin.

El juez hará examinar previamente el estado físico y mental del condenado, así como su capacidad para trabajar, y tomará los informes precisos sobre su educación y sus antecedentes.

"Ningún delincuente que haya sufrido la pena de reclusión puede ser colocado en una casa educativa de trabajo."

2) Cada condenado hará el aprendizaje de un trabajo, conforme a sus aptitudes, que le ponga en disposición de ganar su vida después de su liberación.

Su educación intelectual y física, y especialmente su instrucción profesional, serán desarrolladas por la enseñanza.

"Los condenados estarán aislados durante la noche."

3) El condenado permanecerá un año al menos en la casa Transcurrido este término la autoridad, competente después de haber re-





querido la opinión de los funcionarios del establecimiento, podrá liberarle condicionalmente por un año si le considera apto y dispuesto a trabajar. Podrá imponerle ciertas reglas de conducta. (Art. 39, número 2.)

4) Si durante el término de prueba el liberado se entrega de nuevo a la mala conducta o a la holganza, si en desprecio de una advertencia formal de la autoridad de patronato, persiste en infringir las reglas de conducta que le fueron impuestas, o si se substraе obstinadamente al patronato, la autoridad competente podrá ordenar su reintegración en la casa; podrá, también, reclamar del juez la ejecución de la pena impuesta.

La autoridad hará la misma reclamación, cuando la experiencia de los tres primeros meses hubiera demostrado que el condenado es incapaz de aprender a trabajar.

5) Si el liberado se conduce bien hasta la terminación del término de prueba, su liberación se convertirá en definitiva.

En todo caso el condenado será puesto en libertad al término de tres años. La pena queda extinguida.

6) Toda colocación en dicha casa, no comenzada a ejecutar a los cinco años, no podrá ya ser ejecutada.

En suma, el proyecto suizo, sienta las siguientes bases para hacer efectiva la medida de seguridad:

- a) Que el delito tenga pena de prisión;
  - b) Que el delito esté en relación con la mala conducta en que vivía o con la holganza;
  - c) Que el condenado sea capaz de trabajar y sea posible acostumbrarlo al trabajo;
  - d) El juez puede aplicar la pena o la medida de seguridad;
  - e) Examen físico, intelectual y moral del condenado;
- La medida de seguridad ostenta estos caracteres:
- a) Poner al condenado en disposición de subvenir a sus necesidades después de su liberación;
  - b) La permanencia en la casa de trabajo será de un año, por lo menos;
  - c) La liberación es condicional, facultativa y judicial, aunque fuerza es requerir la opinión de los funcionarios del establecimiento;
  - d) Puede imponérsele ciertas normas de conducta;
  - e) El juez puede hacer ejecutar la pena o aplicar nuevamente la medida de seguridad si el liberado se entrega a la mala conducta o a la holganza;
  - f) La buena conducta durante el término de prueba convierte la liberación condicional en definitiva;
  - g) El término de prueba dura un año;
  - h) El condenado debe ser puesto en libertad, en todo caso a los tres años.

Para el Proyecto argentino, no hay sino dos medidas de seguridad:

- a) La colocación en un establecimiento de corrección, respecto de los menores de catorce años, si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, o de sus padres, tutores, o guardadores, resultase peligroso dejarlo a cargo de estos y el del menor de diez y ocho años y mayor



de catorce, si el delito cometido, tuviese pena que pudiera dar lugar a la condena condicional y si fuese peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores.

b) Reclusión del alienado en un manicomio y reclusión de los demás, situaciones contempladas en el art. 34, inc. 1º en establecimientos especiales.

Como otros instrumentos de política criminal, crea la condena condicional para el delincuente primario autor de un delito reprimido con pena que no exceda de dos años o de multa. El perdón judicial en el caso ya mencionado del art. 81, inc. 3º y del menor de catorce años cuando no es peligroso dejarlo a cargo de sus representantes legales.

La pena perpetua para los delincuentes incorregibles y la pena de relegación por tiempo indeterminado, para los reincidentes. Para los demás delincuentes, las penas de reclusión, prisión o multa.

El proyecto suizo crea seis medidas de seguridad:

a) Casas disciplinarias para los menores de catorce a diez y ocho años.

b) Internación de los irresponsables (enfermos mentales, idiotas y alteración grave de la conciencia) cuando son peligrosos, en hospital u hospicio.

c) Internación o tratamiento de delincuentes de responsabilidad disminuida en un hospital o en un hospicio.

d) Internación del delincuente habitual, en una casa especial exclusivamente destinado a este fin.

e) Envío a una casa educativa de trabajo, respecto de delincuentes, que por mala conducta, o por vivir en la holganza han cometido el delito, siempre que el condenado sea capaz de trabajar, y al parecer sea susceptible de acostumbrarse al trabajo.

f) Asilamiento de los bebedores habituales, en establecimiento especial.

La educación disciplinaria del menor tiene por objeto, por una parte, educar moralmente al adolescente y formar un carácter; y por otra, enseñarle una profesión, proporcionarle los conocimientos y desarrollar en él las facultades bastantes a ponerlo en condiciones de subvenir a sus necesidades después de la liberación (art. 91). El adolescente, según el mismo ar-

título debe permanecer todo el tiempo indispensable para su educación con minimum de un año, no pudiendo exceder el maximum de los veinte años de edad del menor. Sólo cuando el adolescente es profundamente pervertido, es enviado a una casa de corrección (art. 92).

Los delincuentes de responsabilidad disminuida — expresión incorrecta — son objeto de la medida de seguridad en dos circunstancias; cuando al parecer es peligroso para la seguridad o el orden público, y cuando el estado de salud así lo requiera (art. 15). En las otras circunstancias autoriza al juez a atenuar libremente la pena. disposición anacrónica esta última, vestigio de la responsabilidad basada en el libre albedrío.

La pena es ineficaz para los delincuentes habituales. La sociedad debe ponerlos en estado de inocuidad. Según el artículo 42, inc. 2º, serán constreñidos a trabajar en común, atendiendo a las aptitudes individuales, y con la mira de dotarlo de aptitudes para ganarse la vida después de la liberación. Tras una larga permanencia, que no puede descender de cinco años ni exceder de diez, el delincuente es liberado condicionalmente, lo cual lo subordina a determinadas normas de conducta, cuya transgresión comporta la reintegración en el establecimiento (art. 42, inc. 3º y 4º).

Las personas entregadas a la malvivencia, y a la holganza, por lo común autores de delitos leves, son encarceladas por el Proyecto argentino. Pareciera que abrigara el propósito de estimularlos al delito. La cárcel, en lugar de morigerar, exacerba sus inclinaciones viciosas.

El inc. 2º del art. 43 del Proyecto suizo, les impone la obligación de trabajar según sus aptitudes. además de suministrarle una educación intelectual y física. La internación no puede ser menor de un año, transcurrido el cual podrá obtener la liberación condicional si posee aptitudes y disposición para el trabajo. El quebrantamiento de las normas impuestas trae consigo bien la reintegración a la casa de trabajo, bien la ejecución de la pena impuesta.

Los bebedores habituales, cuando el delito guarda relación con la bebida y sean susceptibles de curación, pueden ser aislados en establecimiento especial, por un tiempo que no excede





diera de dos años; limitación que ha levantado críticas (1). La obtención de la libertad, comporta la abstención de beber cierto tiempo, con conminación de ser reintegrado al asilo si desobedecer la advertencia formal de la autoridad competente. Las medidas de seguridad en el Proyecto suizo, cobran más eficacia, que las medidas represivas prodigadas por el Proyecto Argentino.

Las disposiciones acerca de los menores son prolijas y meditadas.

Los menores de catorce años, moralmente abandonados, moralmente pervertidos, o en peligro de ser una u otra cosa, además de la colocación en establecimiento educativo, pueden ser entregados a familia digna de confianza, o vigilada su educación en el seno de su familia. Los menores de catorce años afectados de anomalías, son objeto de un tratamiento especial; los adolescentes están regidos por los mismos principios. Además de la educación disciplinaria ya estudiada, pueden ser entregados, a ser moral o materialmente abandonados o en peligro de ser una u otra cosa, a una familia digna de confianza. Para los profundamente pervertidos, crea la casa de corrección: para los normales, bien una reprimenda, bien la detención.

A los menores de edad de transición (18 a 20 años), los somete al mismo régimen de los adultos, pero, atenúa la pena en calidad y cantidad.

El Proyecto suizo, rinde pleitesía a la prevención especial.

Persigue un fin: la defensa social; mira un objeto; el delincuente; pone en juego dos instrumentos: la pena y la medida de seguridad. A los privados de educación — menores — aplica medidas educacionales; a los faltos de temperancia — alcoholistas — asilo para bebedores; a los destituidos de razón — alienados — el hospicio; a los demás anormales — idiotas, inconscientes — lo mismo —; a los defectuosos — los que excilan entre la locura y la razón — el hospicio, el hospital, la reclusión o la prisión, según sea peligroso, lo requiera la salud, o no presente ninguna de estas circunstancias; a los reacios al trabajo — holgazanes y malvivientes — casas de



trabajo; a los inclinados al delito — delincuentes habituales — internación en establecimiento especial; a los delincuentes ocasionales de dignos antecedentes y autores de delitos penados con un año de privación de libertad — condena condicional; a los otros delincuentes ocasionales, penas de reclusión, prisión o multa; a los que no revelan peligrosidad alguna, otorga el perdón judicial; a los incorregibles, pena perpétua.

En los Proyectos Alemán y Austriaco, según demostración acabada de Crispigni, campea asimismo la prevención especial, y sólo subsidiariamente la prevención general.

El proyecto argentino modela sus principios bajo el imperio de la prevención general. Como dijera el profesor Ramos, en su concienzudo informe al evacuar la consulta que le dirigiera la Comisión de Códigos, de la Cámara de Diputado, "exceptuando a las personas que están exentas de responsabilidad, y las dos únicas medidas de seguridad que contiene, toda la enorme gama del hombre criminal desaparece ante el criterio exclusivo de la normalidad; sirve tan sólo para que el juez atenué o agrave la pena" (1). Y más adelante agrega: "la prevención general ha fracasado como sistema represivo. No hagamos, pues, nosotros una inútil experiencia más".

—Y el doctor Herrera, en un notable estudio, afirma también que la prevención individual, debe primar sobre la prevención colectiva (2).

8º — El Proyecto, no está a cubierto de la crítica, no sólo por no parar mientes en las categorías de criminales y la prevención especial, sino, asimismo, por no llevar el arbitrio judicial hasta la amplitud compatible con la defensa social.

Carnevale, en ruidosos artículos, dirigió duras inectivas a la latitud judicial abogando con calor y talento, por la limitación de sus facultades (3). Protesta contra la tendencia de considerar el delito como un síntoma capaz de revelar las modalidades del delincuente. En su concepto, tal interpretación implica reprimir, no tanto lo que ha hecho, sino, lo que sería ca-

(1) Ramos, op. cit., pág. 260.

(2) Herrera, La Reforma penal N.º 64.

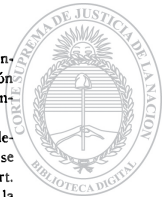
(3) Carnevale. L'arbitrio dei giudice nell'applicazione de la pena, en Rivista penale de 1897. págs. 109 a 132; 333 a 349 y año 1898 págs. 113 a 137; 309 a 335.



paz de hacer, lo cual conduce a la arbitrariedad. Sin embargo es más temible la arbitrariedad legal, que la arbitrariedad judicial. Aquella es fatal e irremediable; ésta contingente y reparable. La ley no puede contemplar sin caer en el casuismo, la variedad caleidoscópica de circunstancias que ofrece la vida. Así, como se afirma no hay enfermos sino enfermedades, puede sostenerse, no hay delitos, sino delincuentes. El magistrado se halla frente a criminales movidos por propósitos distintos de diferentes inclinaciones, de encontradas características, los cuales encarnan variable temibilidad.

Con ser más amplias que las del Código actual, las facultades del juez en el Proyecto argentino, son circunscriptas. Puede conceder la condena condicional (artículo 26) y en la libertad condicional en los casos de los incisos 2 y 3 podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad hasta que cumpla lo dispuesto en dichos incisos (artículo 15), puede ordenar la internación del menor cuando fuese peligroso (art. 36 y 37). Le compete la internación de los delincuentes psicopáticos, así como fijar la cesación del peligro (art. 34). Aplica la pena en los límites que campea en la parte general del Código, con arreglo a las circunstancias agravantes y atenuantes, las cuales son flexibles y no estiradas como la del código actual. Consagra el régimen de las penas paralelas en cuya virtud, el juez, puede reemplazar una pena por otra. Puede autorizar la detención en sus propias casas de las mujeres honestas y personas mayores de 60 años o valetudinarias (art. 10). En la sentencia le corresponde fijar el término del pago de la multa (art. 21). Finalmente puede eximir de pena al homicidio cometido, por sorprender al conyuge, descendiente o hermana en ilegítimo concubito (art. 81, inc. 3).

El Proyecto suizo articula el albedrío judicial con honda sabiduría: concede a los tribunales la facultad de optar entre la pena y la medida de seguridad, a propósito de los delincuentes habituales (art. 42), de los vagos y de mala conducta (art. 43). Puede ordenar la internación del bebedor en un asilo, bien después de declarar su absolución, bien después de la expiación de la pena (art. 44). Libra a la cordura judicial



las medidas a que son sometidos los menores. Otra de las innovaciones más fecundas introducidas, estriba en la atenuación libre de la pena, en la cual el juez, no está ligado ni por la cantidad ni por la calidad (art. 62).

Fija taxativamente, los casos en que se acuerda; a los delincuentes de responsabilidad disminuida (art. 14); al que se crea con derecho a obrar (art. 21); al delito imposible (art. 23); al arrepentimiento tardío en la tentativa (art. 24); en la instigación infructuosa (art. 25); en el exceso de defensa (art. 34); en el exceso del estado de necesidad (art. 35). Son situaciones muy variables, así, en el exceso de legítima defensa se presentan casos diversos; desde el que obra sobrecogido por el temor, hasta el que obra arrebatado por la ira.

La atenuación de la pena, está consagrada por los Proyectos austriacos y alemán, por el Código japonés (art. 66); por el belga (art. 80 y 83); en Inglaterra, por acta del Parlamento del reinado de Victoria (art. 7 y 10, Vic. act. Cap. 24). Como sostiene Prius, pueden encontrarse circunstancias tan favorables al delincuente, que la aplicación del *minimum* fuera muy rigurosa (1). La ley, sienta normas generales; justas en principio, pueden llegar a la injusticia en el caso particular.

Surge entonces la equidad, que Aristóteles comparaba a la regla de Lesbia, la cual, siendo de plomo se adaptaba a las sinuosidades de la piedra a medir.

El Proyecto alemán, llega hasta el perdón judicial, en los casos leves, es decir, cuando las circunstancias ilegales del hecho son insignificantes y la voluntad criminal del autor aparece de poca importancia y excusable, según las circunstancias de modo que la aplicación de la pena ordinaria de la ley, sería una dureza injusta (parág. 83). La concede en la tentativa (parág. 76), en la complicidad (parág. 79), en el exceso de legítima defensa; "cuando el autor obrare por una agitación o una consternación excusable" (parág. 66). En el falso testimonio (parág. 168); en las lesiones corporales (parág. 227); en la difamación (parág. 259), en el hurto doméstico (parág. 272); y en general en las contravenciones. Por lo regular son

(1) Prius, Science penale et droit positif, N.º 450, p. 273.



hechos insignificantes cometidos por personas, que no revelan peligrosidad alguna.

El perdón judicial aplicado con medida y rodeado de precauciones, es un eficaz sustitutivo de las penas cortas.

#### El arbitrio judicial

1.º **Concepto:** ¿Quién debe ser el órgano de la defensa social? ¿El legislador o el magistrado? He aquí planteado un problema cuya solución compromete los puntos capitales de la política criminal. La individualización legal campea en los códigos del siglo XIX. La individualización judicial brilla en los códigos y proyectos del siglo XX. La primera fija normas rígidas e inflexibles. La segunda dúctiles y ondulantes. Aquella concibe el derecho penal como un producto inconsciente de la especulación humana. Esta lo acomoda a las realidades palpantes de la vida. La individualización legal presupone tipos abstractos de delinquentes. La individualización judicial tipos concretos. Una mira al delito; la otra al delincuente. Aquella no se inspira en los casos particulares. Esta se adapta a las exigencias perentorias nacidas de la complejidad de la delincuencia y de la variedad de delinquentes. La ley es un Dios de ceño adusto y voz áspera. El magistrado un hombre accesible y acomodaticio. El legislador es inexorable, el juez clemente. Hay que alejar el fantasma de la arbitrariedad. A la arbitrariedad legal es preferible la arbitrariedad judicial. La una es fatal, la otra eventual. Aquella es irremediable, ésta remediable.

2.º El arbitrio judicial de los códigos modernos no es la arbitrariedad judicial del derecho canónico. Esta no se inspiraba ni en principios jurídicos ni en postulados filosóficos. Aquella se inspira en necesidades ineludibles. La última conduce al desenfreno de las pasiones y expone al desborde de la injusticia. Esta es un freno a la omnipotencia del legislador. Acuerda al juez lo que pertenece al juez, y al legislador lo que pertenece al legislador. La ley da normas, principios generales, al juez incumbe acomodarlos al caso concreto. Cuando el juez carece de rumbo impera el caos, el desorden, la anarquía. Cuando se dan normas, orientaciones, reina la precisión, la regularidad, el orden.

3.º En el derecho penal en formación el juez arrebató el cetro al legislador. La condena condicional, la libertad condicional, las penas paralelas, el perdón judicial, las circunstancias atenuantes-agravantes flexibles, la libre atenuación de las penas, la sentencia indeterminada la facultad de escoger entre la pena y la medida de seguridad, la proscripción de grados en la culpa, tentativa, participación criminal, importan otros tantos testimonios irrefutables del triunfo de la tendencia moderna tendiente a extender la esfera de acción del juez. Y a fe que el movimiento moderno apóyase en razones muy concertadas.

4.º **Fundamentos:** En todos los brazos del derecho descúbrense marcada propensión a restringir la órbita de acción de la ley. El derecho es movimiento, acción, vida, y como la vida, inconstante, variable, rebelde a las reglas rígidas.

En el procedimiento criminal el sistema de las libres convicciones cobra incremento a expensas del sistema de las pruebas legales.





El Código de procedimientos criminal vigente en la capital y territorios nacionales es un espécimen acabado de la última. Fija prolijamente las normas de conducta: quienes no pueden ser testigos (art. 276); los testigos que deben concurrir para invocarse sus testimonios como plena prueba (art. 306); los recaudos para convertir en plena prueba a las presunciones (art. 358) cuando la confesión es indivisible (art. 318).

¿Por qué razón un menor de diez y ocho años no puede ser testigo? ¿Por qué la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante?

La inflexibilidad de las reglas conduce a la injusticia.

El Código de procedimientos criminal de la provincia de Buenos Aires establece, en cambio, el sistema de las pruebas morales en los casos en que consagra el juicio oral. Según el art. 282 «para la apreciación de la prueba no se impone a los magistrados regla alguna. Sólo se exige que expresen su convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados».

Lo mismo acontece con el Código civil argentino. Es harto detallista, «al extremo de querer sujetarlo todo de antemano a reglas catalogadas que están o pueden estar en pugna con el hecho y que no dejan margen al juez para una apreciación circunstancial que sería mucho más justa, esto es, efectivamente reparadora y adecuadamente humanas». (Ver Colmo. Técnica legislativa del código civil argentino, Buenos Aires 1917, págs. 186 y 187).

En tanto, las legislaciones civiles modernas como la alemana, suiza y brasilera tienden a la generalización, como lo apuntan todos los tratadistas modernos, entre otros Saleilles, Bevilacqua, Geny; y Colmo entre nosotros.

El Código civil suizo de 1907, llega hasta a facultar al juez a pronunciar el fallo según las reglas que él establecería al actuar como legislador cuando la relación jurídica no está gobernada ni por la ley, ni por el espíritu de la ley, ni por el derecho consuetudinario (art. 1).

Y por el art. 5 debe aplicar las reglas del derecho y de la equidad cuando la ley le acuerda poder de apreciación o cuando deba tener en cuenta sea las circunstancias, sea los justos motivos, como acontece en los arts. 30, 65, 72, 257, 267, 269, 334, 354 al 363, 380, 381, 576 y 712.

En el derecho comercial échase de ver el ascendiente del juez en materia de quiebras. La legislación argentina queda a la zaga de la legislación extranjera.

Mientras en la ley de quiebras argentina los acreedores son los árbitros en la verificación provisional de créditos y el recurso que la ley acuerda al acreedor cuyo crédito ha sido rechazado o disminuído para apelar ante el juez, resulta ilusorio en la práctica, la ley de concordato preventivo italiana acuerda al tribunal la facultad de apreciar provisional y presuntivamente los créditos.

En tanto que por la ley argentina los acreedores se adjudican los bienes o favorecen la quiebra del deudor cuando el concordato es rechazado o no obtiene la doble mayoría exigida por la misma, la ley de liquidación judicial de Francia dictada en 1889, establece que el tribunal puede hacer proseguir la liquidación judicial o declarar la quiebra del deudor, a no mediar dolo o fraude, porque entonces la quiebra es obligatoria.



Véase, pues, la inclinación acentuada a dignificar la función del juez. ¿Por qué el código penal ha de constituir una nota discordante en la armonía del conjunto?

4º) Tarea vana cuando no perjudicial e injusta la de contemplar a priori el estado peligroso del delincuente, ese hilo de Ariadna que conduce por el intrincado laberinto de los problemas penales. Los delincuentes encarnan distinta peligrosidad ya por la edad, ya por el estado mental, ya por sus hábitos, sea por sus antecedentes, sea por los móviles. La ley podrá trazar las separaciones en sus lineamientos generales, pero fracasará en la empresa si anhela descender al pormenor. Establecerá que el delincuente primario difiere del delincuente profesional, el delincuente alcoholista del delincuente tempestivo, el delincuente menor del delincuente adulto, el delincuente enfermo de la mente del delincuente sano de espíritu.

Asimismo, podrá consagrar ciertas normas para orientar al juez en los medios de defensa como en la medida de la pena.

Pero cuando pretenda prever cuestiones que escapen a toda ponderación inmediata, incurrirá en deplorables desaciertos. Lo demostraremos examinando algunas disposiciones categóricas del Proyecto, adversas a la elasticidad.

a) El art. 52, enumera las condenaciones que deben concurrir para declarar incorregible al delincuente. Es un criterio objetivo, legal, en lugar de consagrar normas generales para abandonar al juez la apreciación del estado peligroso del delincuente como ocurre en el código noruego (art. 65), la ley inglesa de 1908 (art. 10), el proyecto austriaco (parág. 38) y el proyecto suizo (art. 42).

Según el Proyecto argentino dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años bastan para acreditar la incorregibilidad. Un delincuente infiere una lesión grave, por la cual se le aplica seis años de reclusión (art. 90) después de haber sido condenado a cuatro años de prisión por herir gravemente a otro en un duelo (art. 97 inc. 2) o por haber instigado a otro al suicidio (art. 83) o por matar a un extraño por sorprenderlo en flagito concebido con su esposa (art. 81 inc. 3). Pues, según la ley es un incorregible acreedor a la relegación por tiempo indeterminado como pena accesoria a la condena.

La incorregibilidad determinada a priori no sólo excede las exigencias de la defensa social sino asimismo conduce a irritante injusticia.

b) Según el art. 46 del Proyecto: el cómplice será reprimido, indefectiblemente con menor pena que el autor principal: le corresponderá disminución de un tercio a la mitad. ¿Esta presunción ¿juris et iure de menor peligrosidad del cómplice es justificable ante los dictados de la justicia y ante los postulados de la defensa social? ¿No ocurre, de continuo, que en la importancia de la participación interviene el azar, la casualidad? ¿Pueden todos asumir el mismo papel? ¿No puede el cómplice fortalecer con sus consejos a los autores principales, animándolos a la comisión del delito? De aquí que el juez pueda atenuar la pena del cómplice según el proyecto suizo (art. 26).

c) Por el art. 44 en la tentativa se disminuye de un tercio a la mitad la pena correspondiente al delito consumado. Pero cuando el delincuente ha proseguido hasta su término la actividad criminal ¿no revela tanta peligrosidad como si lo hubiera consumado? La disminución de la pena en obra de la ventura, de factores ajenos a la idiosincrasia del delincuente. La atenuación de la pena justificase cuan-



do la intención criminal no se ha revelado en toda su plenitud, por cuanto hay la posibilidad del desistimiento.

La República dominicana legisla con sabiduría el problema de la tentativa. «Toda tentativa, al tenor del art. 2 podrá ser considerada como el mismo crimen cuando se manifieste con un principio de ejecución o cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su propósito por causas independientes de su voluntad, quedando estas circunstancias sujetas a la apreciación de los jueces».

d) Asimismo, fuerza es evitar las enumeraciones circunstanciales. A estar al inc. 12 del art. 3, la libertad condicional está sujeta, entre otras condiciones, a la de adoptar «oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia». ¿Por qué excluir el comercio?

En suma toda individualización legal es ficticia, peligrosa y hasta injusta.

6.º Aún los códigos más accesibles a la suspirada judicial vénase constreñidos a acordar cierta amplitud de interpretación a los jueces en lo que atañe a los hechos. Así acontece con el comienzo de ejecución en la tentativa, la cooperación indispensable en la participación criminal, el peligro inminente en el estado de necesidad, la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla en la legítima defensa, la provocación en el homicidio, la deformación permanente del rostro en las lesiones, por no citar sino los casos más frecuentes.

¿Por qué la ley abdica de sus prerrogativas y realiza la misión del juez? Por la complejidad y la variedad de los hechos, rebeldes a las fórmulas minuciosas e inflexibles. Lo mismo ocurre con la apreciación del estado peligroso del delincuente. Así como no hay dos hechos absolutamente iguales, no existen dos delincuentes exactamente idénticos.

7.º Por último, conduce a extender los poderes del juez, el íntimo enlace entre el procedimiento penal y el código penal, entre la prueba y la sanción. Todo proceso entraña un enigma. Al juez incumbe descifrarlo. La prueba constituye una válvula de escape. Comprobar la existencia de un hecho o de una omisión que la ley reputa delito o falta, he aquí la misión principal del juez. Todas las circunstancias que preceden, acompañan o siguen al delito están íntimamente vinculadas.

Según el sistema de las libres convicciones imperante entre los tratadistas más acreditados y los códigos mejor conceptuados, los tribunales no tienen freno en la apreciación de las pruebas.

Por el art. 342 del Código de Instrucción criminal francés, el presidente del jurado, hará leer al comienzo de las deliberaciones, las siguientes frases que escritas con gruesos relieves deberá ubicarse en el lugar más visible de la sala: «La ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales ha formado su convicción. No les prescribe reglas acerca de la plenitud o de la suficiencia de la prueba, les manda interrogarse a sí mismo en el silencio y recogimiento y buscar en la sinceridad de su conciencia la impresión recibida por la razón, sobre las pruebas recogidas en contra y en pro del acusado. La ley no les dice, tendréis como verdadero todo hecho afirmado por tal o cual número de testigos; no les dice tampoco no considerareis como suficientemente establecido, un hecho que no resulta de tal acto o documentos, de tantos testigos o indicios; no hace sino esta sola pregunta que encierra toda la medida de sus deberes; ¿tenéis íntima convicción?»



8.º El arbitrio judicial en la doctrina. — La escuela clásica que ma incienso en aras de la individualización legal. El derecho penal es eminentemente formalista. El libre albedrío es la base de sus concepciones. Por tanto, la gravedad del delito impera sobre la temibilidad del delincuente. La igualdad de libre albedrío acarrea la igualdad de la sanción. El objetivismo predomina sobre el subjetivismo. La ley fija minuciosamente el valor de los bienes jurídicos. El juez no tiene más resquicio que las circunstancias atenuantes-agravantes, también previstas de antemano. La proporción reina soberana. Los códigos descienden a la minucia. Dividen la culpa y la tentativa en grados. La participación criminal se reprime según normas prolijamente detalladas.

El criminalista clásico apura todos los recursos de la dialéctica para dar al derecho penal la simetría de las construcciones arquitectónicas. El ingenio, la sutileza, el detalle, destierra a la reflexión, a las fórmulas genéricas, a las conveniencias sociales. El casuismo culmina en el código italiano, el más admirable compendio de las Doctrinas clásicas. Ningún otro sería osado a competir con él, en lujo de detalles, riqueza de análisis y riqueza de matices.

9.º Opinión de Carrara. — Para el eminente criminalista italiano el delito es un ente jurídico, el derecho de punir nace de la tutela del derecho; la fuerza del delito es la luz que guía en la justa medida de la imputabilidad.

En todo delito concurren dos fuerzas: la moral y la física. Ambas pueden contemplarse en su causa o en su resultado: o sea subjetivamente u objetivamente.

La fuerza moral subjetiva consiste en la actuación de la voluntad inteligente del hombre.

La fuerza moral objetiva en el mal ejemplo que produce el delito, o sea el daño moral del mismo.

La fuerza física subjetiva representa el esfuerzo del cuerpo con que el delincuente traduce su intención perversa.

La fuerza física objetiva, la ofensa del derecho atacado, el daño material del delito.

Además debe tenerse en cuenta la calidad, la cantidad y el grado del delito.

La calidad representa la naturaleza del derecho violado: homicidio, robo, etc.

La cantidad la colige relacionando la fuerza física objetiva con la fuerza moral objetiva.

El grado son las causas susceptibles de aumentar o disminuir la imputabilidad. (Carrara. Programa, parte general. T. 1, parágs. 53 a 55; 57 173 a 179; 187).

A su vez, la pena se compone de dos fuerzas homogéneas: la física y la moral, susceptible de contemplarse objetiva y subjetivamente.

La fuerza física subjetiva consiste en los actos materiales por medio de los cuales se irroga al delincuente el mal de la represión.

La fuerza física objetiva, representa el resultado doloroso de la pena como la fuerza física objetiva del delito representa el daño material que ocasiona.

La fuerza moral objetiva encarna el resultado moral que la pena excita en los ciudadanos; a los buenos para tranquilizarlos, a los malos para refrenarlos.

La fuerza moral subjetiva, encarna la voluntad del juez que interpreta y aplica la voluntad de la ley.



También estudia la calidad, la cantidad y el grado de la pena. (Carrara, op. cit. T. 2, parágs. 627 a 632 y capítulo IV).

Para determinar la regla abstracta de proporción entre el delito y la pena, aplica el sistema aritmético de la fuerza moral y física objetivas.

De la fuerza moral objetiva del delito nace la ofensa social, de la fuerza moral objetiva de la pena nace la reparación social.

De la fuerza física objetiva del delito nace el daño material; de la fuerza física objetiva de la pena nace el sufrimiento de la misma.

La pena debe tener tanta fuerza moral objetiva cuanto bastare a destruir la fuerza moral objetiva que el delito produjo sobre los ciudadanos y tanta fuerza física objetiva cuanto necesitare la reparación de la fuerza física objetiva producida por el delito.

Por tanto, la cantidad del delito constituye la medida de la reparación. (Carrara, op. cit. T. 2, parág. 632 y cap. VIII, parágs. 695 y siguientes).

10. Opinión de Ferri. — Entre los expositores modernos merecen especial mención Ferri, Prins y Saleilles. Glosaremos, pues, sus opiniones.

En concepto del insigne fundador de la escuela positiva italiana, al estudio abstracto del delito considerado como ser jurídico, es fuerza oponer el estudio del delito reputado como fenómeno natural.

En lugar de estudiar el robo, el homicidio, la falsedad, consideradas como abstracciones, hay que estudiar el ladrón, el homicida, el falsario.

En vez de fijar la pena a priori según el delito, como la medicina antigua dosificaba los remedios parando mientes en la enfermedad, es menester escudriñar al criminal a la luz del método positivo.

La aplicación de la ley a los casos particulares no es una función de lógica jurídica abstracta. El juez criminal no puede ni debe aislarse del mundo que le rodea. El delito tiene valor puramente sintomático, la extensión de la represión la determina el delincuente.

A la naturaleza del derecho violado, el criterio decisivo de la escuela clásica, a la temibilidad y a la adaptación del delincuente, criterio indicado por Garófalo, agrega el elemento de los motivos determinantes de la acción.

Ferri cree que los códigos del porvenir desterrarán todas las milicias de la dosimetría penal, cifrándos sólo a reglas genéricas; si la función penal tiene por tarea la vana investigación dosimétrica de la responsabilidad moral, si la ley penal se aplica no al delincuente sino al delito, entonces, reputa necesario que el poder arbitrario del juez sea contenido entre las barreras más o menos eficaces del código penal, convirtiendo al código penal como ocurre en Italia en el sistema logarítmico de las fracciones de fracciones, con los intereses minuciosamente graduados de la penalidad correspondiente, transformando así al juez en un contable. Pero si el juicio penal propende al examen bio-psicológico del procesado, si el delito cede su importancia al delincuente, entonces el código penal deberá limitarse a trazar reglas generales sobre los medios de defensa, las diferentes formas de sanción social y sobre los elementos constitutivos del delito concediendo al juez amplia libertad (Ferri, Sociología criminal, T. 1, Introducción págs. 13 a 24; T. 2, págs. 165 a 175 y 233 a 235, por no citar sino los pasajes principales).

11. Opinión de Prins. — El conspícuo cofundador de la Unión Internacional penal, no malogra ocasión propia para defender el ar-



bitrio judicial. «Codificar, está muy bien, discurre. Pero hacer un código penal no es crear hasta en sus mínimos detalles una obra sistemática, es reflejar en grandes líneas una época social».

«Un código penal, por perfecto que sea, inmoviliza por un largo espacio lo que es movimiento: la ley no conoce sino las cimas de la vida y no puede escrutar sus infinitos accidentes».

«La clasificación exagerada, las subdivisiones minuciosas que quieren apoderarse de los menores matices y ocuparse de los menores detalles, forman un engranaje embrolladísimo».

Compara la justicia penal con una «colosal y potente máquina que marcha con la inconsciencia de las cosas fatales» y anhela que se «apoye más en las realidades sociales que en los textos abstractos».

El culto exclusivo del derecho formal, el respeto exagerado a los textos redundan en desmedro de la equidad, alejan de la realidad de la vida. «Los jueces represivos que se confinan y se aíslan en la interpretación de sutiles fórmulas jurídicas como en una especie de torre de marfil, se alejan de la vida universal».

«El derecho penal, más que cualquier otro derecho, es un traje que es preciso ajustar al cuerpo de quienes cubres».

El derecho penal debe sustituir el concepto del acto perseguido por el concepto del estado peligroso del delincuente. Y los tribunales no deben limitarse a aplicar la fórmula jurídica que les ofrece el texto del código, sino preocuparse también «de los modos de existencia, del ambiente, de los instintos, de las predisposiciones, de la naturaleza psíquica del acusado».

(Prima, *Criminalidad y represión*, págs. 42, 43, 45, 49, 51, 50, 61; *Science penale et droit positif*, Preface XLV a XLVIII; *La reforma social y las transformaciones del derecho penal* cap. IV, especialmente p. 79).

12. *Opinión de Saleilles*. — En su notable obra referente a la individualización de la pena, hállanse esparcidas observaciones sagaces y juicios discretos acerca del problema que examinamos. Procuraremos sintetizar el concepto que les informo.

Para Saleilles hay tres medios de individualización: la individualización penal, la individualización judicial y la individualización administrativa.

La primera se opera por la ley antes de la comisión del delito; la segunda por el juez durante la ventilación del proceso; la tercera por la administración durante la ejecución de la condena.

La individualización legal «es una falsa individualización» por cuanto la ley no puede prever más que especies, no conoce los individuos.

Las exigencias de la defensa social varían con cada delito y cada criminal. La gravedad social del hecho no puede fijarse con antelación. La ley puede establecer que el homicidio, en sí mismo, es más grave que el robo, por cuanto la vida es más preciosa que los bienes; pero, arguye, ¿cómo prever la gravedad de cada homicidio en particular? Cuanto más puede evaluar el valor comparativo desde el punto de vista social y del derecho de esos bienes protegidos por la pena. Pero prever la relación de la pena con respecto al delito en particular, implica una tarea imposible de cumplir.

Toda individualización legal no se funda sino en el hecho de la responsabilidad moral, extraña a la verdadera naturaleza del agente. «Por tanto, la ley no puede hacer otra cosa que suministrar al juez



bases de individualización, no debe tener la pretensión de hacer ella misma la individualización» (pág. 272).

El derecho es la base del orden social. Ahora bien, el orden social sólo es posible formulando algunas grandes líneas generales, a las que deben adaptarse las individualidades. El derecho penal clásico, por el contrario, era un conjunto minucioso de reglas abstractas basado en preunciones, en ficciones.

Para Saleilles la individualización judicial es un corolario ineludible de la incapacidad de la ley para prever la pena susceptible de convenir a cada hecho particular. El juez conviértese así en un colaborador de la ley, para procurar la seguridad pública.

La pena debe medirse no sólo según la gravedad social del crimen, sino también según la criminalidad subjetiva del hecho, determinada principalmente por el factor psicológico que ha inspirado el hecho.

La individualización legal se realiza sobre una individualización abstracta, la judicial sobre un sujeto real. Pero ésta constituye tan sólo un diagnóstico. Es menester, además, aplicar el remedio y éste varía con los individuos. Y esto incumbe no al que pronuncia la pena sino al que lo aplica. Surge así la individualización administrativa.

(Ver Saleilles. La individualización de la pena, capítulos II al VIII especialmente págs. 84 y sigs.; 113 y sigs., 235 y sigs., 269 y sigs., 279 y sigs., 322 a 345, 348 y sigs.)

13. *Legislación comparada* — La latitud judicial no es ya una concepción doctrinaria. Está incorporada a las legislaciones. Destapunta en el código holandés y descuella en los códigos noruego y japonés.

14. *Código holandés* — Merece recordarse por cuanto el juez es dueño y señor de la medida de la pena. Fija un máximo, pero ignora el mínimo. Puede aplicar tanto un día de prisión en las penas privativas de libertad, como medio florín de multa en las penas pecuniarias.

15. *Código noruego* — Es la antítesis del código penal italiano. Aquél es la apoteosis de la individualización judicial así como éste lo es de la individualización legal. Convierte al juez en fecundo instrumento de defensa social. Representa un término medio entre la arbitrariedad judicial del derecho canónico y la opresión legal del derecho clásico. Por sólo esta innovación Getz ocupará lugar predilecto entre los sabios legisladores. He aquí las bases angulares de la individualización judicial:

a) Consagra las penas paralelas: el juez puede sustituir la prisión calificada por la prisión simple cuando el acto no es el resultado de móviles malignos (parág. 24).

b) El juez puede aplicar la medida de seguridad así a los total o parcialmente irresponsables como a los reincidentes cuando lo requiera el estado peligroso del delincuente. A los primeros puede ordenar la internación en asilos de alienados, casas de salud y casas de trabajo para los alcoholistas (parág. 39). A los segundos puede imponer una detención suplementaria a correr desde el día de la expiración de la pena (parág. 65). Ambas medidas se gobiernan por la sentencia indeterminada, aunque la última no puede exceder del triple de la duración de la pena, ni el término de 15 años.

c) Autoriza el perdón judicial: en el estado de necesidad atendiendo a las circunstancias (parág. 47); en el exceso de legítima defensa cuando procede de la agitación del espíritu o del terror cru-



sado por la agresión (parág. 48); en la ignorancia de la ley (parág. 57 in-fine); en la participación criminal cuando se tratare de un delito o cuando la pena fuera de multa con tal de que la participación obedezca a su estado de dependencia con respecto al coparticipante o al su participación hubiera sido de escasa importancia (parág. 58); cuando antes de saber que es sospechado, ha procurado evitar las consecuencias perjudiciales de su acto, o reparar el daño resultante, o denunciarse a sí mismo confesándose completamente (parág. 53).

d) Puede disminuir la pena por debajo del *minimum*: en la tentativa (parág. 51); en los delitos cometidos por los menores de 18 años (parág. 55); en el exceso de legítima defensa (parág. 56); en la ignorancia de la ley (parág. 57); en la participación criminal cuando resulta del estado de dependencia del coparticipante o cuando su participación fuera de escasa importancia (parág. 58). Cuando ha procurado evitar las consecuencias perjudiciales de su acto, cuando ha procurado reparar el daño ocasionado, o cuando se denuncia a sí mismo haciendo confesión completa (parág. 59).

e) Puede reconocer como circunstancia agravante las condenas de país extranjero (parág. 61) y aplicar el máximo de la pena en la tentativa cuando las consecuencias del acto justifican pena tan rigurosa si hubiera sido voluntaria (parág. 51).

f) Tiene amplitud de acción en la aplicación de la cantidad de la pena. Así en las declaraciones falsas y en las falsas acusaciones, de 6 meses a 8 años (parág. 163).

g) Las penas accesorias a las penas principales son facultativas (parág. 16. El juez puede agregar a las penas principales enumeradas en el parág. 15): 1.º la pérdida de los derechos enumerados en el parág. 29; 2.º la interdicción de residir en cierto sitio o a cierta distancia determinada por el juez cuando la presencia del condenado es peligrosa para la persona o sus bienes en razón de la naturaleza o de los móviles del acto que ha motivado la condena, (parágrafo 33); 3.º publicación del juicio (parágs. 173 y 234); 4.º confiscación de ciertos objetos pertenecientes al condenado y aún pertenecientes a terceros cuando así lo exija la tranquilidad pública (parágrafos 34 y 35); 5.º confiscación del provecho del delito o de la suma equivalente (parág. 36).

h) Puede transformar una pena en otra con consentimiento del condenado (parág. 18 y 23), y a su albedrío en la tentativa (parágrafo 51).

i) Puede desterrar al delincuente que no es ciudadano noruego, a no mediar tratado en contrario, cuando fuera condenado a más de seis meses de prisión simple (parág. 38).

j) Puede conceder la condena condicional en los hechos punibles reprimidos con multa, con prisión simple hasta seis meses y prisión calificada hasta tres meses atendiendo a la gravedad del crimen o delito, a las circunstancias en que ha sido cometido, edad, conducta, rehabilitación e indemnización a la víctima o al ofrecimiento de reparar el perjuicio (parág. 52).

De donde se colige la amplitud del arbitrio judicial que puede llegar hasta facultar al juez a aplicar la pena en los límites establecidos en la parte especial, a descender del *minimum*, a perdonar, a aplicar una pena más ligera, como ocurre en la ignorancia de la ley y en la participación criminal.

16. Código japonés — Aunque queda a la zaga del código noruego, el albedrío judicial adquiere suma importancia a costa de la arbitrariedad legal. Explícase principalmente por el carácter emi-





nentemente subjetivo que informa sus disposiciones como lo pone de relieve Bujro Hara (Individualization de la represión en droit penal japonés, págs. 100 a 149). He aquí las bases del albedrío:

a) Amplia libertad en la aplicación de la medida de la pena (artículos 14, 57, 66 al 71) sin más restricciones que las establecidas en la parte especial.

Según el art. 66, la pena puede ser reducida según el libre arbitrio judicial cuando median circunstancias atenuantes. (Ver entre otros los arts. 36, 37, 40, 42 y 43).

Por el art. 67, la pena puede ser reducida según el libre albedrío judicial, cuando la pena debe ser aumentada o disminuida en virtud de la ley.

A estar al art. 14, en caso de agravación de las penas de reclusión pueden ser elevadas hasta veinte años y en casos de atenuación pueden descender hasta un mes.

Sin embargo, el juez encuéntrase coartado por los límites consagrados en la parte especial sea en cuanto al máximo, sea en cuanto al mínimo.

b) Consagra el perdón judicial; el juez puede declarar la impunidad en el exceso de legítima defensa (art. 36); en el exceso del estado de necesidad (art. 37); en el desistimiento voluntario en la tentativa (art. 43); en el que se denuncia a sí mismo, 1.º en el falso testimonio (art. 170); 2.º al que fragua una falsa traducción o un falso informe (art. 171); 3.º al autor de falsa denuncia (art. 173); al que pretende corromper a un funcionario público o a un árbitro (artículo 198). El perdón es obligatorio cuando confiesan el complot contra la seguridad del estado japonés, o abrigaban el propósito de llevar las armas contra estados extranjeros (arts. 78 a 80 y 83).

c) La pena de la reincidencia puede ser elevada hasta el doble del máximo de la pena de reclusión fijada para la infracción. Así mismo en la reincidencia reiterada (arts. 67 y 69).

d) Consagra ampliamente las penas paralelas en la parte especial.

e) Puede conceder la condena condicional y la libertad condicional (arts. 25 y 28). Introduce dos novedades: El plazo de la prueba en la condena condicional no es inmutable; el juez puede fijar de uno a cinco años (art. 25). La revocación de la libertad condicional es facultativa (art. 29).

f) El juez puede computar la prisión preventiva en el monto de la pena, ya totalmente, ya parcialmente (art. 25).

g) Puede confiscar, 1.º los objetos que constituyen el acto punible; 2.º los objetos empleados o para emplear en el acto; 3.º los objetos provenientes o adquiridos para el acto (art. 21).

17 Proyecto suizo. — De los proyectos modernos, el suizo destaca con relieves propios; sus disposiciones superan aún a las del código noruego. Como asevera Jiménez de Asúa «el libre arbitrio judicial es el espíritu vivificador del anteproyecto suizo». El eminente tratadista español anticipa con precisión la individualización judicial del proyecto. En el texto hemos recordado sus disposiciones principales. (Ver Jiménez de Asúa. La unificación del derecho penal en suiza, págs. 230 a 335).

### El perdón judicial

18. Entre todas las facultades acordadas al juez, merece preferente el punto que sirve de encabezamiento. El perdón judicial es la facultad de sustraer al autor de un delito a la acción de la pena en los casos específicamente mencionados, por la ausencia de peligrosidad revelada ya por la edad de la persona, ya por la insignificancia de la infracción, sea por los móviles de la acción, sea por las circunstancias especiales del hecho.

No se revela temible el que se excede en la defensa sobrecogido por el terror; el que bajo el imperio del estado de necesidad, incurre en un delito embargado por la agitación del espíritu; el que hurta un pan aguijoneado por el hambre; el que cediendo a la cólera ocasiona una lesión insignificante; el que rindiéndose a un movimiento espontáneo retracta su falsa declaración cuando aun no ha ocasionado perjuicios; el que retira la falsa denuncia sin obedecer a los cálculos del interés; el menor que hurta frutas de un árbol o recoge legumbres de un huerto.

¿Cor. qué objeto aplicar la pena cuando ni intimida ni corrige, ni hay necesidad de operar la readaptación social del autor del hecho?

¿Por qué se conmina invariablemente la pena al que se excede en la legítima defensa o en el estado de necesidad? ¿La misión del derecho penal estriba en mantener el reinado de la tranquilidad o del heroísmo? ¿Por ventura todo ser humano procede con parsimonia ante el peligro que lo amenaza? Así el exceso de la legítima defensa suscita el perdón por la legislación alemana (parág. 53); austriaca (parág. 42); húngara (parág. 79); holandesa (art. 41); noruega (parág. 48); japonesa (art. 36); proyectos alemán (parág. 66) y suizo (art. 34), cuando concurren circunstancias especiales.

¿Por qué razón, pues, el Proyecto de 1917 rechaza el perdón judicial salvo en el art. 81, inc. 3. ¿Acaso ha influido las objeciones que levanta? Examinémosla.

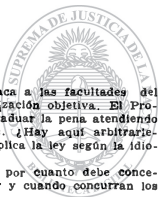
a) Para Joly el perdón judicial importa reconocer la existencia de un delito sin estar acompañado de la sanción correspondiente. La función de los tribunales no consiste en proclamar la impunidad de los delinquentes. (Revue pénitentiaire, 1902, pág. 166).

La impugnación de Joly no ha podido tener ascendente sobre los autores del proyecto, por cuanto admiten la condena condicional para actos más graves.

Además como sostiene Jiménez de Asúa «el acto delictivo no tiene en sí más valor que el de ser un índice de la temibilidad del culpable. Las acciones catalogadas en el código penal se sancionan porque la sociedad necesita defenderse de los ataques de los seres antisociales. Pero a veces la justicia de la serie (que la ley representa) no coincide con la justicia del caso concreto. El hecho que es generalmente peligroso para la sociedad, no lo es procediendo de un determinado autor, ni por las circunstancias en que se ejecutó ni tampoco por razón del daño levisimo que produce». En una palabra, no puede decirse que hay delito, aunque la ley castigue esa figura delictiva (Jiménez de Asúa. La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, pág. 76; ver también Zurzi en Revista penal, 1908, pág. 5 a 14).

b) En concepto de Larraude implica sustituir la imparcialidad, la igualdad y la precisión del derecho público moderno por la arbitrariedad, la desigualdad y la fantasía de los regímenes antiguos. (Ver Revue pénitentiaire 1902, págs. 176 y sig.)





El argumento, en rigor de verdad, ataca a las facultades del juez y aboga tácitamente por la individualización objetiva. El Proyecto acuerda al juez amplia acción para graduar la pena atendiendo a las circunstancias agravantes-atenuantes. ¿Hay aquí arbitrariedad, desigualdad, imprecisión? Antes bien, aplica la ley según la idiosincrasia del criminal.

Además, no es una facultad arbitraria, por cuanto debe concederse sólo en los casos previstos por la ley y cuando concurren los recaudos que ella determine.

c) Es una institución supérflua: la condena condicional presenta sus ventajas sin estar expuesta a sus inconvenientes. (Larnaud, Feuilletoy, Monzot, Thibaut en *Revue pénitentiaire*, 1902, páginas 178, 179 y 182).

Aunque la condena condicional presupone la posibilidad de escapar a la pena, importa una verdadera sanción. La ley declara y el juez reconoce la culpabilidad del individuo. En tanto que el perdón judicial implica reconocer la justificación del acto.

Además toda condena, aun cuando sea condicional, menoscaba en cierto modo la dignidad y el honor. El que inflige una lesión por malignidad, el que hurta por holgazanería, el que se excede en la legítima defensa por venganza, no puede equipararse al que hurta por hambre, o causa una lesión leve por arrebató o se excede en la defensa por consternación.

d) En opinión de Florián el perdón judicial es una exageración del sentimentalismo. O el delincuente es temible o el delincuente carece de temibilidad. En el primer caso, el perdón es inservible, en el segundo es menester absolver. Reconocer la culpa y absolver representa un enigma. (*Dei reati e delle pena in generale*, T. 1, parte II, págs. 41 y 42).

Más que contra el perdón judicial en sí mismo, la impugnación de Florián dirige contra una modalidad de la misma sustentada por Berenger en Francia en 1902.

A no dudarlo reconocer culpable al delincuente y perdonarle la pena, parece vulnerar los dictados de la lógica. Pero la misión del perdón judicial no finca en declarar la culpabilidad del delincuente: antes bien descansa en la ausencia de temibilidad.

e) A dar crédito a Conti, el perdón judicial pertenece al campo moral. El juez no es un soberano investido del derecho de gracia sino un órgano inflexible de las leyes represivas. Al juez, arguye, corresponde aplicar la ley, no negarla y aplicar sin exagerar el rigor o la benignidad. (Conti en *Enciclopedia del diritto penale italiano* de Pessina, T. 4, pág. 582).

La objeción no puede ser más deleznable por cuanto el juez al perdonar aplica la ley.

Por lo demás cuando absuelve al autor de un delito cometido en estado de necesidad o legítima defensa, siempre que concurren los recaudos exigidos por los códigos, ¿niega la ley? Absolutamente.

15. Conclusiones. Podemos, pues, hacer nuestra la expresión de Paz Anchorena cuando afirma en su meritoria tesis que el arbitrio judicial en el proyecto de 1917 «no reúne ni sintetiza los progresos de la ciencia y menos el carácter de los proyectos europeos». (La prevención de la delincuencia, pág. 195).

9º — En suma, hay que llegar a la prevención especial: Al Código francés, de 1810, al español de 1870, al holandés de 1881; al italiano de 1889; debe reemplazar el Código noruego de 1902, el Proyecto austriaco de 1909, el Proyecto alemán de 1909; el Proyecto suizo de 1918.

Al reinado de Carrara, Rossi, Ortolán, Pacheco, venerables reliquias, debe suceder el reinado de Ferri, Prins, Liszt, Stooss, Saleilles, Van Mamel, Geszt, discretos innovadores.





## CAPITULO SEGUNDO

### APLICACION DE LA LEY PENAL CON RELACION AL TERRITORIO

1.º DISTINTOS SISTEMAS: CRITICA AL ESTATUTO PERSONAL O SISTEMA DE LA NACIONALIDAD. — 2.º EL PRINCIPIO DE LA EXTRATERRITORIALIDAD. — 3.º TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL CONSAGRADA POR EL PROYECTO DE 1917. — VENTAJAS. — 4.º DISPOSICIONES SUPERFLUAS. — 5.º EXCEPCIONES A LA TERRITORIALIDAD. — 6.º APLICACION DE LA LEY ARGENTINA RESPECTO DE LOS DELITOS QUE COMETIDOS EN EL EXTRANJERO PRODUCIRAN AQUI SUS EFECTOS. — 7.º DELITOS INTERNACIONALES. — 8.º AGENTES Y EMPLEADOS DE AUTORIDADES ARGENTINAS. — 9.º DELITOS DE PIRATERIA. — 10.º DELITOS COMETIDOS POR ARGENTINOS EN EL EXTRANJERO. — 11.º EXTENSION DE LA LEY A LAS FALTAS

1.º — Tres sistemas disputan la preferencia de los tratadistas: el de la personalidad, el de la extraterritorialidad y el de la territorialidad.

En favor de la aplicación del estatuto personal se aducen los vínculos que ligan al individuo delincuente con la nación a que pertenece.

Mancini, en la exposición de motivos de su proyecto de código penal sentaba categóricamente esta conclusión: "Es indudable, que todo legislador al formular un código penal, tiene libertad para someter a sus disposiciones expresas, a los nacionales residentes en el exterior, exigiendo de ellos respeto y observancia, de aquella parte de las leyes penales de su patria, a las cuales atribuya virtud obligatoria según los principios de justicia y de utilidad social y hasta podría legítimamente si así lo quisiese, imponer a aquellos el respeto a toda la legislación penal de su patria, autorizando a los tribunales nacionales pa-





ra juzgarlos por delitos cometidos en otro territorio, cuando volviesen al propio". (1).

No obstante, la persona al abandonar las fronteras de su patria, está sometida a la potestad de las leyes del país donde se radica "que esos hilos invisibles que sujetan al hombre a una soberanía que ha abandonado, decía Sáenz Peña, en un brillante discurso, se desaten al cruzar el oceano para reanudarse con aquellos estados a cuya vida social vienen a incorporarse libremente; la América, les ofrece su suelo con hospitalidad y sin reservas; acepten ellos su legislación sin desconfianza". Y antes había dicho "la justicia humana no se ha mostrado nunca más deficiente e imperfecta que cuando se la mira pesquisando en los bolsillos de la víctima la carta de ciudadanía que ha de determinar la absolución o la pena del culpable" (2).

Posponer la ley argentina a la ley extranjera en un país eminentemente inmigratorio como el nuestro — poblado por hombres de las más distintas nacionalidades — importaría introducir en la aplicación de la ley argentina tantas restricciones cuantos países tengan hijos que hayan delinquido en el país.

Las leyes argentinas son obligatorias para todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes. Tanto a los unos como a los otros se le disciernen derechos, se le imponen obligaciones, incurrn en responsabilidades y son pasibles de sanciones conforme a nuestras leyes.

Asimismo se invoca en apoyo del estatuto personal que el delincuente conoce mejor la ley de su patria que la ley del país de residencia. El argumento es deleznable. Lo más probable es que no conozca ni una ni otra, aparte de que la ignorancia de la ley no es excusa admisible en derecho penal ni para determinar la ley aplicable ni para eximir de imputabilidad. Además, los delitos que quebrantan normas fundamentales de convivencia social, como el homicidio, el robo, la estafa, están reprimidos por todos los pueblos sin excepción alguna.

Los partidarios del principio de la nacionalidad, agregan

---

(1) Mancini. Proyecto de código penal Italiano. Madrid, págs. 41 a 42.

(2) Actas del Congreso Sud-Americano de derecho internacional privado, celebrado en Montevideo en 1889, págs. 146, 146.



que la ley penal sigue a la persona así como la ley civil gobierna la capacidad de los actos. Mal podríamos aceptar estas conclusiones, cuando la legislación argentina consagra el principio del domicilio como base angular de la capacidad, fuera de que implica confundir la naturaleza del derecho civil que tiende a amparar al individuo con el derecho penal que propende a salvaguardar los intereses de la sociedad.

2° — Fundados en que la conciencia humana reprueba los hechos delictuosos en todos los países sin que una cadena de montaña o los límites de un río puedan cambiar la naturaleza de la acción, expositores de fama, sustentan sin limitación alguna el principio de la extraterritorialidad de la ley penal, es decir, la aplicación de la ley fuera del lugar del suceso delictuoso. La facilidad de las comunicaciones favorece tanto la comisión de los crímenes como la esperanza de la impunidad. Los dictados de la moral y de la solidaridad internacional así como la necesidad de mantener los principios sobre que descansa la represión, justifican la fuerza extraterritorial de la ley penal. Para los propugnadores de esta teoría el carácter territorial de la ley es una reminiscencia de organizaciones internacionales ya extinguidas, inspiradas en el aislamiento, en la suspicacia, en el recelo, cuando no en la inquina, en la animadversión, en la hostilidad, pero incompatibles con los intereses de la justicia y las conveniencias de los pueblos.

Aunque seduce en teoría, presenta en la práctica graves dificultades.

a) La extraterritorialidad presupone una ley penal uniforme, en tanto que las legislaciones positivas varían considerablemente así en los actos considerados delictuosos como en los caracteres que los singularizan y penalidades que establecen. Mientras el incoincido da margen a una acción civil en Inglaterra, en la legislación comparada comporta la responsabilidad penal. En cuanto a la irresponsabilidad de los menores, oscila entre los siete años, consagrado por la nación mencionada hasta los quince años establecidos en Suecia, sin contar las edades intermedias, como ocho años Rumania y diez Holanda. Respecto de la condena condicional, mientras Francia la concede hasta los delitos penados con cinco años de privación de





libertad, Bélgica lo limita a tres meses. El delito imposible siempre es reprimido en Alemania; con ciertas reservas por la jurisprudencia francesa, y declarado impune por otros países. La tentativa de crimen, merece tanta pena como el crimen consumado, según el código francés, mientras los códigos de todos los países estatuyen sensible disminución.

b) Sometería a las acciones humanas a la más deplorable inestabilidad, a punto tal que nadie podría afirmar sin incurrir en temeridad de que no es un delincuente. La bigamia atrae las recriminaciones de la moral, y la aplicación de la ley penal en casi todos los países, en tanto que es compatible con las costumbres turcas. La vagancia es objeto de persecución penal en Noruega, mientras entre nosotros, es un acto perfectamente lícito.

c) Equivaldría, como afirma Fiore, a que todos los habitantes de un país estén sometidos a todas las soberanías y que sus actos estén regidos por todos los códigos cuando la lógica conduce a aplicar la ley del país cuyas leyes fueron violadas.

d) Las leyes no tienen por qué convertirse en vigilantes del orden público de otros países. La extradición ampliamente acordada concilia los propósitos que informa la extraterritorialidad con la necesidad de consagrar la territorialidad.

3°— El Proyecto de 1917, al rechazar los sistemas examinados y protestar adhesión al de la territorialidad, consulta la naturaleza de las cosas, los principios de justicia y las exigencias de la defensa social.

En el lugar donde se comete el hecho, se encuentran los elementos de juicio para esclarecer la verdad. Allí, se ha alterado el orden público y se ha llevado la alarma a la sociedad.

4° — No obstante el aceptar el buen principio, el Proyecto incurre en redundancia e inconveniencia al aplicar la ley argentina a los delitos cometidos en “los buques de guerra, en los mercantes que lleven su bandera cuando naveguen en alta mar o se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprímiese o en los buques mercantes de bandera extranjera, que se hallen en sus aguas jurisdiccionales”.

“La aplicación de la ley penal a los delitos cometidos en los buques de guerra o mercantes en las aguas jurisdiccionales, re-



cuerda Herrera, está regido por la ley internacional, cuya prelación, respecto a las leyes particulares de cada país es indiscutible. Ahora bien, de dos cosas, la una: o lo legislado por el inciso que discutimos está de acuerdo con lo que establece el derecho internacional y entonces es inútil, o no lo está, y en tal caso las disposiciones de éste, prevalecerán, con evidente desprestigio de aquella" (1).

La expresión territorial, abraza no sólo el espacio de tierra que se extiende hasta las fronteras sino también la franja de agua que ciñe las costas, hasta un límite variable, según las legislaciones. Todos los estados ejercen actos de soberanía sobre el mar territorial con el fin de amparar el comercio, percibir los impuestos, proteger las costas, asegurar las comunicaciones y salvaguardar la salud. Es un principio inmovible de derecho internacional. Discutióse antaño la extensión, quien proponía sesenta millas, quien cien, cual el espacio recorrido en dos días de viaje, cual la región más profunda desde la orilla, algunos el horizonte visual, otros el alcance de la voz humana. Aún en los tratadistas modernos se debate el punto pues mientras no pocos sostienen la necesidad de fijar un límite preciso, los más aceptan hasta el alcance de una bala de cañón, criterio que hoy debe desecharse por el extraordinario perfeccionamiento de la artillería moderna. De cualquier manera, el Proyecto, tampoco dilucida la cuestión, ateniéndose a los principios imperantes en el derecho internacional.

Asimismo, la expresión territorio comprende por una ficción jurídica, a los buques de guerra, sobre los cuales la nación a que pertenecen, pueden ejercer cualquier acto de soberanía, excluyendo la ingerencia de las naciones extrañas.

En cuanto a los buques mercantes, el Proyecto aplica la ley argentina en tres casos: a los buques mercantes con bandera argentina, cuando navegan en alta mar; a los buques mercantes con bandera argentina cuando se encontraran en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprimiere, y por último, a los buques mercantes de bandera extranjera en aguas jurisdiccionales argentinas.

La regla primera se aviene con el principio de la libertad de

---

(1) Herrera. La reforma penal, pág. 2.



los mares, admitido sin controversia. Las pretensiones de la Gran Bretaña al dominio de La Mancha y parte del Atlántico; de Venecia sobre el Adriático; de Portugal, sobre el Mar de Guinea, y de Holanda, sobre el Cabo, tienen sólo un valor histórico, que ningún pueblo moderno osaría renovar sin exponerse a la excomunión del concierto de las naciones. Por tanto es una disposición superflua.

La segunda regla no es más necesaria; los buques, al igual de los individuos tienen patria, sometidos al país que les presta su protección. Francia y Bélgica, excluyen de la jurisdicción local, los delitos perpetrados por los tripulantes de buques mercantes extranjeros surtos en sus puertos, cuando no comueven la tranquilidad del mismo y cuando no soliciten el concurso de la autoridad francesa. La razón fundamental que mueve a estas naciones a consagrar el principio que dejamos consignado, estriba en considerar su ingerencia como un acto que redundan en mengua de la soberanía extranjera. Y las excepciones establecidas se justifican, por cuanto se ha sembrado la alarma en el seno de ambas sociedades. Luego los delitos cometidos en aguas jurisdiccionales por buques mercantes que enarbolan legítimamente el pabellón argentino, están sometidos al imperio de la ley argentina.

Respecto de los delitos cometidos en buques mercantes extranjeros, cuando estuvieren en aguas jurisdiccionales argentinas, no hay necesidad de contemplarlos especialmente. Los buques mercantes difieren de los buques de guerra. Aunque ambos enarbolan un pabellón, persiguen fines distintos y son dirigidos por oficiales diferentes. Aquéllos se proponen llenar necesidades comerciales y están gobernados por oficiales que no pertenecen al estado. Los buques de guerra, llevan una parte del poder público del estado a que pertenecen, en tanto que los buques mercantes, representan la propiedad privada, sin estar investidos de autoridad alguna. He aquí, por qué debe desecharse la opinión de algunos tratadistas y la solución del art. 1 del código japonés, que extiende la potestad de la ley nacional, a todos los delitos cometidos por los navíos nacionales fuera del territorio del estado, sin distinguir el carácter del buque ni el lugar dónde se cometiere. De suerte que a ocurrir



un delito en un barco japonés, surto en Buenos Aires, se presentaría un conflicto de leyes, entre la soberanía de la Nación a la cual pertenece el buque y la de aquella en cuyo territorio se encuentra, conflicto que no solucionaría el Proyecto; y entonces se presenta el siguiente dilema: o se aplican los principios dominantes en el derecho internacional, que en este caso coincide con la solución del Proyecto, y en este supuesto, la disposición del mismo es superflua, o se aplican las prescripciones del derecho japonés, y en este supuesto la disposición del Proyecto es inconveniente.

Por tanto deben suprimirse las expresiones que hemos criticado, dejando en pleno vigor los dictados del derecho internacional, como acontece en el mismo Proyecto, en lo que concierne a los delitos cometidos por los tripulantes del buque, fuera del recinto del mismo, y por los delitos comunes perpetrados por los agentes diplomáticos argentinos en el extranjero y por los delitos tanto comunes como los cometidos en el desempeño de sus funciones por los agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país.

5°—A consecuencia de que la estricta aplicación de la territorialidad de la ley penal, conduciría a consecuencias tan deplorables como la impunidad de los atentados maquinados en el extranjero, de los delitos de piratería, trata de blancas y otros hechos dignos de represión, la doctrina auspicia y las legislaciones consagran, por excepción, la fuerza extraterritorial de la misma.

El Proyecto, comparte el criterio mencionado, estableciendo cuatro excepciones:

- 1°— Cuando urdido el delito en país extranjero, los efectos deban producirse en el territorio argentino.
- 2°— Por los delitos cometidos en el extranjero, por los agentes o empleados de autoridades argentinas cuando guardaran relación con las funciones que desempeñan.
- 3°— Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación.
- 4°— Por delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos cuando fueren aprehendidos por las autoridades



des nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención.

6°— Ya el Proyecto Villegas, García, Ugarriza, inspirándose en el art. 26 del código penal de Luisiana y en las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, establecía en el artículo 44 que “las penas se aplicarán en la nación a todos los que en su territorio ejecuten un hecho previsto y penado por la ley”, y “a los que ejecuten en el extranjero con el propósito de que los efectos del delito se realicen en la república”. La exposición de motivos, explica con claridad los fundamentos del Proyecto, razón por la cual la transcribiremos in extenso como el mejor apoyo que pudiera invocarse para fijar el alcance, y justificar la solución análoga del Proyecto de 1917. “La comisión piensa que la acción protectora de la ley, ampare a todas las personas y a todos los intereses legítimos, comprendidos dentro del territorio, y que castigue los delitos cometidos contra esas personas y esos derechos, aunque los hechos punibles, se cometan fuera del territorio. Los propósitos de justicia, quedarían burlados si en tales casos fueran sólo castigados los coautores o cómplices existentes en el territorio, asegurándose quizá la impunidad de los autores principales que hubieran concurrido al hecho punible desde el extranjero, como también cuando el delito quedare totalmente impune, por no haber concurrido a él dentro del país sino agentes inocentes” (1).

Además, el único país que pudo sentirse perjudicado, es el nuestro, ya que aquí es el lugar destinado a conmovier el orden público.

—Por estas razones, creemos que la expresión “o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación”, no sólo comprende los delitos que cometidos en el extranjero, son consumados en nuestro país, como el que del Paraguay mata al individuo dentro de nuestras fronteras, o el que urdiendo la estafa en Bolivia halla la víctima en Buenos Aires, sino también los delitos cometidos en el extranjero con el propósito de atacar la vida política del estado o la defensa nacional. No asiste razón a Herrera cuando limita la aplicación del inciso en

---

(1) Proyecto Villegas, García, Ugarriza, pág. XVII.



examen a los delitos comprendidos en la primera parte del párrafo anterior (1). Siempre alcanza el imperio de la ley argentina, a aquellos delitos cuyos efectos estaban destinados a producirse en el territorio nacional, aún cuando no llegaran a consumarse, como se desprende de la parte final del informe del Proyecto Villegas, García, Ugarriza.

¿Además, los intereses colectivos del estado no son más dignos de protección que los intereses particulares de sus miembros? Los delitos políticos, tramados en el extranjero contra nuestro país, ¿dónde producirán sus efectos sino en el territorio argentino?

7° — Pero compartimos sin reservas, el comentario que sugiere al eminente tratadista, la omisión que hace el Proyecto respecto a los delitos que atacan la vida económica del estado como la falsificación de moneda metálica o fiduciaria con curso legal, de sellos, de títulos de la deuda pública y en general de todo valor de crédito público. Y no sólo cuando el valor sea argentino, sino aún cuando sea extranjero.

Más todavía, deben reprimirse todos los delitos denominados internacionales. Feuilleux, en una interesante comunicación (2), presentada al congreso nacional de derecho penal celebrado en París en 1905, sometía al voto de sus miembros la siguiente proposición: "es calificado de crimen o delito internacional, toda acción criminal de derecho común, que haya sido preparada, facilitada, consumada o que tuviera efectos en países diferentes, aún cuando los diversos actos que constituyen los elementos componentes de la infracción hayan sido cumplidos en distintos países".

Estos delitos se singularizan por no herir los intereses de un estado determinado, sino que redundan en detrimento de los intereses que constituyen el patrimonio común de las naciones todas. A la ubicuidad del delito, hay que oponer la ubicuidad de la represión. La necesidad de la protección recíproca, dice Feuilleux, lleva a todas las naciones a garantizar la propiedad literaria, artística e industrial

(1) Herrera, op. cit. N.º 15 y 16, especialmente pág. 29.

(2) Feuilleux. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée. Moyens pratiques d'assurer la répression des crimes et délits internationaux*. 1905, T. 32, págs 785 a 795.



a la unificación de tarifas postales, marcas postales. El interés de asegurar la represión de los delitos internacionales agrega, es mayor que la de asegurar la reparación de un perjuicio pecuniario. Si se anhela poner coto a esta situación, corresponde abandonar la represión a la comunidad de las naciones.

El Proyecto suizo acoge con entusiasmo la idea en el art. 7 el cual establece que "todo extranjero que cometa en el extranjero, bien uno de los delitos siguientes: trata de blancas, actos que pongan en peligro la vida o la propiedad por medios de explosivos; fabricación de moneda falsa, o bien un delito que la confederación se ha comprometido a penar, por acuerdo internacional, es punible, según la ley suiza, si es detenido en Suiza y no entregado al extranjero. Esta disposición, no se aplica a los delitos políticos". Sin embargo, también se aplica el precepto, a los delitos, cuando son cometidos por los suizos según el art. 5.

Por la convención celebrada en París el 25 de Julio de 1902 las potencias contratantes, se obligaron a reprimir la trata de blancas "hasta en el caso de que los actos que constituyan los elementos de la infracción hubieran sido cometidos en diferentes países".

Estos delitos, así como la fabricación falsa de todo valor público, sean nacionales o extranjeros, tienen un marcado carácter internacional, por tanto deben ser reprimidos por cualquier país.

8º — La segunda excepción al régimen de la territorialidad se consagra en el inciso 2, del art. 1, cuyo tenor es el siguiente: este código se aplicará "por delitos cometidos en el extranjero, por agentes o empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo".

La redacción del Proyecto un si es no es ambigua debe modificarse. No se sabe si se refiere a los delitos cometidos por los agentes cuando guardaran relación con el desempeño de sus funciones o si corresponde a los delitos comunes cometidos por el agente que está desempeñando el cargo, en el país del hecho. A buen seguro, los redactores han abrigado el desigrio de consagrar el primer supuesto. Así se



desprende de la exposición de motivos del Proyecto de 1891 fuente del artículo.

No sólo sufre menoscabo la propiedad del lenguaje sino que la expresión “agentes o empleados de autoridades argentinas” es imprecisa. ¿Se refiere a los agentes diplomáticos y a todos sus empleados. Abraza a los cónsules? No creemos que alcance a los últimos, aunque el vocablo *agentes*, podría comprender los agentes consulares y con mayor razón los cónsules. Y la razón estriba, en que éstos carecen de privilegios diplomáticos. Por el art. 100 de la Constitución corresponde a los tribunales nacionales, el conocimiento de las causas concernientes a los cónsules. Y la ley del 14 de Septiembre de 1863, al reglamentar el precepto Constitucional prescribe que compete a la Suprema Corte el conocimiento de las causas relativas a los privilegios y exenciones de los cónsules y vice-cónsules extranjeros en su carácter público y a los jueces de primera instancia en su carácter privado. Y casi todas las legislaciones someten a las disposiciones locales las relaciones jurídicas de los cónsules extranjeros, acordándoles cuando más la exención de la prisión preventiva.

Bajo dos facetas contempla el Proyecto la situación jurídica de los agentes: como funcionarios públicos y como delincuentes comunes.

En cuanto a lo primero abraza exclusivamente los delitos cometidos en el desempeño de sus funciones.

En cuanto a lo segundo, los delitos cometidos por causas ajenas a la índole de su misión.

Estos están sometidos a la potestad del derecho internacional, aquéllos a las leyes de la nación argentina.

Se explica el imperio de la ley argentina en los delitos relacionados con las funciones que desempeñan porque sus consecuencias afectan más al estado que representa que al estado representado.

Los funcionarios públicos están sometidos en punto a disciplina a las leyes del país del cual dependen. La ingerencia de un país extranjero redundaría en mengua de la soberanía nacional.





Los tratadistas de derecho internacional, recuerdan el sonado asunto de un embajador español acreditado en Francia, don Baltasar de Zúñiga, sobre quien recaían vehementes sospechas de tramar una conspiración. El barón de Meyrarguer, era el jefe del movimiento, el embajador español el instigador secreto. El primero fué ejecutado, el segundo entregado a su país.

En cuanto a los delitos comunes deben estar sometidos a la ley territorial. El que realiza una estafa o perpetra un homicidio, no puede ser identificado con el que maquina una conspiración o trama una conspiración.

En apoyo de la inmunidad de los diplomáticos se aducen largas razones. El juez territorial estaría influido por el sentimiento nacional. La mesura de criterio, la ecuanimidad del fallo cedería a la ofuscación del momento, al apasionamiento circundante. Expone al funcionario a los riesgos de las insidiosas intrigas políticas. Embaraza la independencia de sus actos y la libertad de sus juicios. La expulsión es una nota de oprobio bastante a expiar el acto delictuoso. Importa una injuria al país que representa. La majestad del cargo y la importancia de sus funciones no se concilia con la aplicación de las leyes territoriales. La legación, dice Martens (1), representa al país, es una emanación del país a que pertenece.

Malgrado la favorable acogida dispensada a estas argumentaciones, debe prevalecer la tesis opuesta en gracia a los fundamentos siguientes:

El juez territorial no presenta menos garantías de imparcialidad que el juez argentino, puesto que el prejuicio nacional alcanza a ambos.

El funcionario de probidad acrisolada y de conducta intachable, está al abrigo de las asechanzas de la perfidia. Por lo demás, éstas podrán tener éxito en punto a delitos políticos pero no en delitos comunes.

No hay incompatibilidad entre el libre ejercicio de las funciones diplomáticas y la potestad de la ley territorial en cuanto a los delitos extraños a la naturaleza de sus funciones.

---

(1) Martens. Précis de droit de gens, parág. 218.



La expulsión, constituirá una ignominia para el agente pero no un desagravio para la sociedad lesionada.

No hay mancha para el país por cuanto se reprime al delincuente y no al diplomático. Cometido un delito, es indiferente a los efectos de la aplicación de la ley, la calidad del personaje.

En cuanto a la ficción de la territorialidad no es razón atendible. Para Bonfils es una ficción inútil, vaga, falsa y peligrosa. (1).

La inmunidad no puede exceder de las garantías indispensables para la eficacia de sus funciones. Las prerrogativas tienden a favorecer su cometido, pero no a escudar sus pasiones. Corresponde aplicar la pena, allí donde se produjo la conmoción de la sociedad y la alteración del orden público.

9° — La tercera excepción al imperio de la ley territorial concierne a los delitos cometidos por los piratas, los cuales según el inciso 3 del art. 1, son juzgados por la ley argentina cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación. Es una disposición completamente inútil ante los principios que rigen el derecho internacional.

Por definición, son piratas aquellos buques que sin pabellón o con pabellón usurpado, o sin autorización del estado cuyos colores enarbolan ilegítimamente, se entregan a la comisión de actos delictuosos.

Lo que da fisonomía propia y rasgos distintivos a la piratería, es la agresión a todas las naciones sin distinguir banderas.

Por tanto son enemigos comunes de la humanidad, susceptible de ser reprimidos por la nación capturante.

Wheaton, establece con claridad el principio. "Según el derecho internacional, el delito de piratería, puede ser juzgado y castigado por los tribunales de justicia de cualquier nación, sea quien fuere el acusado y sea cual fuere el lugar en que hubiere cometido". (2).

Sin embargo hay que distinguir entre la piratería internacional y la llamada piratería del derecho interno. Aquélla, tiene por escenario el mar libre, ésta, las aguas territoriales. La primera comete principalmente delitos comunes; la segunda

(1) Bonfils. Manuel de droit international public, N.º 693, págs. 448.

(2) Wheaton. Int. Law, parágrafo. 124.



delitos políticos. La piratería *jures gentium*, no se cura de la bandera; la piratería de derecho interno ataca buques de determinada nacionalidad (1). Estos caen bajo la potestad de la ley nacional, aquéllos de la ley internacional.

El Proyecto confunde a ambas: los casos legislados en los incisos 1, 3, 4, 5, 7 y 8 del art. 198, no son actos de piratería tal como los caracteriza el derecho internacional, son transgresiones locales. El inc. 3 del art. 1, debe ser suprimido.

10. — El Proyecto de 1917, también aplica la ley argentina a los delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos cuando fueren aprehendidos por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención, art. 1, inc. 4.

El Proyecto de Tejedor (art. 3, Tit. I, libro II) también los sometía al imperio de la ley argentina, bien por haber sido aprehendidos en el país, bien por haberlo entregado el gobierno extranjero.

El Proyecto de 1891 al igual del de 1906, aplicaba implícitamente la ley territorial.

Examinemos una por una las razones que se invocan en apoyo de la solución del Proyecto argentino.

a) Nadie puede ser sustraído de sus jueces naturales. El argumento es deleznable, ya que la ley aplicable no se determina por la nacionalidad del culpable sino por el lugar del hecho. Por consiguiente, la ley aplicable debe ser la ley territorial y no la argentina.

b) El estado debe protección a sus súbditos. La protección no puede alcanzar sino a los hombres de honor y de probidad pero no a los malvados autores de delitos. Tiende a garantizar la libertad, "el libre ejercicio de los derechos civiles en todas las manifestaciones de la vida social, científica, mercantil e industrial, pero no puede ni debe extenderse hasta escudar al culpable contra las reclamaciones del país cuyas leyes violó. (2).

c) La entrega del nacional, lleva una mancha a la soberanía, importa una afrenta. ¿Acaso sufre desmedro el honor na-

(1) Ver: Podesztá Costa. Las luchas civiles y el derecho internacional. T. 2, cap. 1 de la tesis manuscrita. (Tesis laureada).

(2) Discurso pronunciado por Quintana. Acta del Congreso de Montevideo, pág. 253.



cional cuando se entrega al argentino naturalizado o al extranjero? Y la misma ley de 1885, ¿no autoriza la extradición, si el ciudadano no prefiriese ser juzgado por las autoridades del país? En rigor de verdad la injuria se inflige al país lesionado donde se alterara el orden público y se quebrantarán las leyes.

d) "Al dar efecto exterritorial a su ley penal, dice Herrera, 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, evitando la impunidad" (1). El expositor argentino hace la apología del principio de la extraterritorialidad. Pero entonces ¿por qué no aplicar la ley argentina a todos los que han delinquido en el extranjero?

e) El tratadista antes citado invoca también para aplicar la ley nacional la diferencia sustancial de los procedimientos judiciales.

En su concepto, el juicio por jurados establecido en Europa "no ofrece garantías eficaces de represión y que la justicia popular puede estar imbuida de prejuicios hostiles a la patria del acusado".

No alcanzamos a comprender la vinculación existente entre la extradición del argentino y las formas de procedimiento, ya que no tenemos por qué reparar los errores procedentes de legislaciones extrañas.

Por otra parte a tomarse en consideración el argumento anterior, él abogaría en favor de la extradición desde que los códigos de procedimientos argentinos son fiel trasunto del sistema inquisitivo, el menos a propósito para el esclarecimiento de la verdad.

El doctor Jofré, autor del único código procesal digno de aplauso, en su notable manual, no perdona ocasión para exteriorizar las deficiencias de la legislación procesal argentina, "que forma una excepción a la regla, manteniendo una justicia ineficaz, morosa y en desacuerdo con las ideas modernas" (2).

En cuanto a los temores que abriga por la malquerencia de la justicia popular contra la patria del delincuente, no son sino

(1) Herrera. Op. cit., pág. 17.

(2) Jofré. Manual de procedimiento criminal. Buenos Aires 1914. página 33. Ver además págs. 39, 43, 49, 83, 93, 146, 235, etc.



vanas aprensiones; lo que excita la indignación, es el crimen y no la patria.

f) El mismo tratadista, y refutamos su opinión, porque las razones expuestas en su obra magistral, movieron a los autores del Proyecto de 1917 a rechazar la solución propuesta por el Proyecto de 1906; dice: cómo se castiga al delincuente refugiado en nuestro territorio, cuando su extradición sea solicitada por cualquier Nación, con excepción de la Gran Bretaña, Es:ados Unidos y las que suscribieron el tratado de Montevideo? "Deberá vivir impune gozando del fruto de su delito, insultando y conmoviendo a la sociedad, nada más que por que se nos ha ocurrido ir contra principios universalmente admitidos?" Aludía a la ley de 1885 que prohibía la extradición de los argentinos, disposición que no se aplica a las naciones antes mencionadas, en virtud de convenciones especiales.

Sin embargo, el remedio es sencillo, basta con derogar esa excepción a los principios que rigen la extradición y permitir la entrega del nacional.

g) Crivellari, aunque en teoría protesta adhesión a la no extradición del criminal, defiende en la práctica la tesis opuesta, fundado en las variaciones de las legislaciones positivas, y en las diferentes condiciones políticas de las naciones (1).

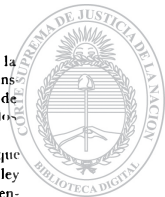
Pero, para ser lógico con el principio no habría que distinguir entre el nacional y el extranjero.

h) Todas las naciones aceptan la no extradición del criminal. La República Argentina importaría rara excepción en el concierto de la legislación comparada. Ya nos haremos cargo de este argumento.

Nada se opone al imperio de la ley territorial, ni la dignidad de la Nación, ni los dictados de la justicia, ni los intereses de la sociedad. Antes bien, razones poderosas conducen a admitirla.

a) El que se ha enriquecido al arrebatar el patrimonio o ha saciado su venganza al derramar la sangre de un habitante de Italia no ha lastimado nuestro honor, ni quebrantado nuestras leyes, ni conmovido nuestra sociedad. ¿Con qué derecho, pues nos vamos arrogar la facultad de aplicar la ley argentina?

(1) Crivellari. Il codice penale per el regno d'Italia, T. 1, N.º 364.



b) Las pruebas de suyo difíciles, se complican con la distancia. ¿Cómo verificar los rastros del crimen, las circunstancias del hecho, los móviles del autor, el testimonio de la víctima, el informe de los peritos, las deposiciones de los testigos, el aporte de las presunciones?

Las mil incidencias a que da margen todo juicio, las que reclaman imperiosa concomitancia entre la jurisdicción y la ley del lugar del hecho, expone a que no salga ni airosa la inocencia ni reprimido el crimen.

c) A nuestro país importa concurrir a la represión de los malhechores cobijados en su seno, tanto porque la perspectiva de la impunidad es un ejemplo poco edificante para los habitantes del país cuanto por la conveniencia de desembarazarnos de elementos que pueden constituir un peligro para los individuos y sembrar la alarma en la colectividad.

d) La extradición presupone la confianza mútua, la solidaridad internacional, la concordia entre los pueblos. Por consiguiente, o se rehusa la entrega de todo criminal sin parar mientes en la patria de origen, o bien se entrega sin necesidad de indagar sino el lugar donde aconteciera el hecho delictuoso. La solución del Proyecto, conspira contra los principios que sirven de fundamento a la extradición.

e) ¿Por qué aplicar la ley argentina, cuando el delincuente argentino nativo fuese aprehendido por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención, y en cambio aplicar la ley extranjera cuando el delincuente obra en poder de la Nación extranjera, o se le concede la extradición si la solicita antes de los tres meses?

Al parecer el Proyecto se ha propuesto, ya otorgar una prima a la evasión, ya castigar la negligencia del país extranjero.

f) Además, según el inc. 1 del art. 3 de la ley 1885 y el art. 669 del Código de Procedimientos, no puede acordarse la extradición, cuando el reclamado-ciudadano argentino o naturalizado prefiere ser juzgado por los tribunales argentinos.

¿Es posible supeditar la aplicación de la ley a las preferencias del delincuente?



Y no se arguya que hay confusión entre la jurisdicción y la ley a aplicar, porque el juez argentino no aplicaría la ley extranjera, ni el juez extranjero la ley argentina.

g) Para ser lógico, el Proyecto debería extender el imperio de la ley nacional a los argentinos naturalizados y aún a los extranjeros que al amparo de las leyes del país se han identificado a nuestra sociedad, levantado su hogar y labrado su bienestar.

En síntesis, los postulados de la justicia y de la defensa social, exigen que coincidan la jurisdicción y la ley aplicable con el lugar donde se realizara el hecho delictuoso, sin distinguir, como lo hace el Proyecto de 1917, entre el nacional y el extranjero.

Esta tesis ha granjeado la adhesión de ilustres expositores.

Fiore, el eminente tratadista italiano, prohija la territorialidad a fin de obtener una represión seria, cierta, protectora y eficaz. (1).

Garraud, autoridad irrecusable, arriba a esta solución concluyente: "allí donde se produjera la agitación social, es donde se necesita la represión. Allí están todos los elementos de instrucción y los medios de llegar al descubrimiento de la verdad". (2).

Saenz Peña, en un fragmento del discurso citado, pronunciaba estas elocuentes palabras "este raro privilegio de nacionalidad sustituyendo al culpable del *locus delicti* perturba todo el orden de las jurisdicciones y ataca el principio de la ley territorial con menoscabo de la soberanía, y, si bien es cierto que se aduce el interés del regnicola para fundar esta excepción perturbadora, el no puede llevarnos hasta incurrir en estas consecuencias lamentables, máxime si se recuerda que no se defiende propiamente el interés del nacional, sino la ventaja del culpable que no debe tener nacionalidad a los ojos de la ley penal", (3)

Vaca Guzmán, en una obra muy difundida conceptúa que "las leyes penales serían odiosas si no ejerciesen igual imperio sobre todos los delincuentes y dejarían de ser la expresión de

(1) Fiore. *Droit penal international*, T. 2, N.º 354 y sigs.

(2) Garraud. *Precis de droit criminel*, N.º 60, pág. 132.

(3) Actas del Congreso de Montevideo, pág. 239.



la justicia, si por la razón del territorio o de la persona hubiese de suspenderse o modificar su estricta aplicación" (1).

Y no constituyen las aspiraciones generosas de expositores prestigiosos, sino que están consagradas por naciones tan celosas de la libertad individual y de la defensa de sus privilegios como Inglaterra y Estados Unidos. Ambos países, conceden con largueza la extradición del criminal nacional.

El Código de Chile, en el art. 6, establece "que los crímenes o delitos perpetrados fuera de la República, por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile, sino en los casos determinados por la lei".

Por el art. 6, Inc. 6 del Código penal de Guatemala se aplica el código usabo lo establecido en los tratados internacionales, a los guatemaltecos que hubieren cometido en país extranjero un delito de incendio, asesinato, robo o cualquier otro que esté sujeto a la extradición, siempre que haya acusación de parte o requerimiento del gobierno del país en que se hubiere cometido el delito.

El art. 6 del Código penal de Honduras establece que los crímenes o delitos perpetrados fuera del territorio de la República por hondureños o extranjeros, no serán castigados en Honduras sino en los casos determinados por la lei.

Lo mismo dispone el art. 6 del Código penal de Costa Rica.

Según el art. 20 del Tratado de Montevideo "la extradición ejerce todos sus efectos, sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo".

Y el mismo principio ha sido aceptado por la República Argentina en los tratados celebrados con la Gran Bretaña y los Estados Unidos (2).

En conclusión, debe suprimirse el inciso 4 del art. 1º y restaurar las soluciones consagradas implícitamente por los Proyectos de 1891 y 1906.

11º No acertamos a explicar la razón por la cual, el Proyecto de 1917 se ha apartado de los mismos Proyectos citados en lo que respecta a la extensión de la ley penal a las faltas. No es posible subordinar las normas internacionales, al criterio ondulante y movedido de las provincias, sin correr el riesgo de llegar a soluciones encontradas.

(1) Vaca Guzmán: Reglas de derecho internacional penal, pág. 113; además puede verse las autoridades citadas por Piere y por Calvo en Droit penal international, T. 2, pág. 570 y sigs.

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







**APLICACION DE LA LEY PENAL CON RELACION AL TIEMPO**

1.º LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN EL PROYECTO DE 1917. — 2.º OBSTACULOS PARA DETERMINAR LA LEY MAS BENIGNA. ¿CONVIENE DICTAR UNA LEY TRANSITORIA O ENTREGAR A LA CORDURA JUDICIAL LA SOLUCION DE LAS DIFICULTADES? — 3.º EXTENSION DE LA RETROACTIVIDAD A LA COSA JUZGADA; ANTECEDENTES NACIONALES Y EXTRANJEROS. — 4.º ANTECEDENTES DE LA LEGISLACION ITALIANA. — 5.º OPINIONES DE LOS AUTORES. — 6.º ESTUDIO COMPARATIVO DEL PROYECTO DE 1917, CON LOS ANTECEDENTES NACIONALES. — COMO DEBIERA REDACTARSE EL ARTICULO SEGUNDO. — 8.º COMPUTO DE LA PRISION PREVENTIVA

1º El Proyecto de 1917 al igual de los de 1891 y 1906 y el Código en vigencia, contempla dos casos: el efecto de la nueva ley respecto del delito consumado y no juzgado; y el efecto de la nueva ley acerca del delincuente ya condenado. En ambos supuestos, acepta el principio de la retroactividad cuando la ley nueva es más favorable o benigna.

La ley nueva puede cambiar la ley en vigencia de cuatro maneras distintas: 1º, imprimiendo carácter delictuoso a hechos antes lícitos; 2º, agravando la pena, sea por la cantidad, sea por la calidad; 3º, borrando de los hechos reprimibles ciertas infracciones; 4º, suavizando las penas, bien por la cantidad bien por la calidad.

La estricta aplicación de las reglas de irretroactividad se comprende sin esfuerzo, en el primer caso, ya que por imperativo precepto constitucional nadie puede ser penado sino en virtud de la ley promulgada con anterioridad al hecho del proceso. Es una valla a la omnipotencia del legislador, y un escudo para los derechos individuales.



En cuanto a la irretroactividad del segundo caso no suscita mayores controversias y está implícitamente consagrada por las legislaciones todas.

No obstante, Ferri y Florián, sustentan la opinión opuesta, fundados en la presunción de que la nueva ley es más adecuada a la defensa social (1).

Con todo, la irretroactividad logra el voto de los más de los tratadistas, tanto porque el delincuente hubiera podido abstenerse de perpetrar el delito a conocer la ley futura, cuanto por poner los derechos del individuo a cubierto de la intemperancia y veleidad legislativa.

La retroactividad benigna de la ley posterior cuando ésta suprime un hecho del número de los delitos o dulcifica las penas, es admitida de consuno por los expositores y las legislaciones.

La nueva ley reconoce, ya la severidad, ya la injusticia, ya la inutilidad de la anterior. Por tanto, corresponde suplantarse el imperio de ésta, por el imperio de aquélla.

Cuando el Proyecto disminuye la cantidad de la pena en el homicidio provocado, en el infanticidio cometido para ocultar la deshonra, en la instigación al suicidio, en el rapto, en el matrimonio ilegal, en la violación de secretos, en el hurto, en la extorsión, en la quiebra, en la usurpación, en el desacato, etc. (2); reconoce implícitamente la severidad innecesaria de la ley anterior.

2<sup>o</sup> Si la ley nueva se limitara a modificar la anterior en cuanto a la naturaleza de la pena o en cuanto a la cantidad como en los casos precedentes, la cuestión de la retroactividad sería de fácil solución.

Pero, ocurre que puede alterar el máximo y el mínimo, aumentado el máximo y rebajando el mínimo, o vice versa.

(1) La Scuola positiva (Rivista penale). T. IV. 491, 507, año 1894, citado por Dorado, Problemas de derecho penal, Cap. IV, págs. 246. Es más lógica y condice con los fundamentos que informan la retroactividad. La ley de Transvaal sobre reincidentes protesta adhesión a esta teoría.

(2) Ver respectivamente: Art. 17, inc. 4, sub-inc. A de la ley 4159, y art. 81, inc. 1 del Proyecto; Art. 17, inc. 4 sub-inc. b de la misma ley y art. 81, inc. 2 del Proyecto; Art. 17, inc. 6 de la misma ley y art. 83 del Proyecto; Art. 19 inc. 1, sub-inc. 1, y art. 130; art. 15, inc. j y art. 134, 175 del Código penal y 158 del Proyecto, etc.

aumentando el minimum y disminuyendo el maximum o bien dejando inalterable uno de los dos términos y modificar el otro. Estas dificultades se agravan en el Proyecto por la mayor latitud de interpretación otorgada al juez. Así el Proyecto reprime el homicidio simple con pena de reclusión a prisión que abraza desde ocho años hasta veinticinco, en tanto el Código penal establece desde diez a veinte y cinco. Las lesiones con seis meses a un año, cuando el daño no está previsto de otro modo, según el Código en vigencia; mientras en el Proyecto, con prisión de un mes a un año.

Agréguese a ésto, el rechazo del sistema fijo de circunstancias agravantes y atenuantes para comprender que la determinación de la ley más benigna resulta a las veces un verdadero logogrifo como dice Dorado (1).

¿Quién es el encargado de fijar la benignidad? El Proyecto, no lo dice, por consiguiente, entrega la solución a la cordura judicial, lo cual es lo más razonable.

Chaveau y Helie, preconizan la conveniencia de abandonar al reo la facultad de elegir entre las dos leyes, alegando que nadie podrá conocer mejor que él las disposiciones más beneficiosas.

El decreto español del 17 de Septiembre de 1870, acoge aunque con ligeras reservas la opinión de tan ilustrados expositores, respecto del condenado cuando sufre alteración la naturaleza de la pena (art. 3).

Es una tesis inadmisibile, porque los delinquentes no conocen las leyes, ni saben interpretarlas.

Otros expositores sostienen, que el legislador debe fijar el criterio a seguir mediante una disposición especial, de carácter transitorio.

Pero la ley no puede prever los distintos matices, la variedad de circunstancias que se han de presentar.

El Proyecto, pues, arriba iniplicitamente a la solución más conveniente.

¿Pero con arreglo a qué criterio el juez establecerá la benignidad?





Hay quienes creen que la pena más suave es la que rebaja el *minimum*, quienes la que rebaja el *máximum*; cuales proponen la combinación de ambas leyes tomando de una el *máximum* y de otra el *minimum*, lo que implica convertir al juez en legislador, cuales proponen que se aplique la ley anterior o posterior, según que los tribunales condenen al *máximum* o *minimum*: si condenan a lo primero, se aplica la ley del menor *máximum*; si condenan a lo segundo, la del menor *minimum*.

Lo más prudente como sostiene Carrara, es dejar amplia facultad a los jueces, pero sujetándose a las prescripciones de una sola ley. (1).

El Proyecto que analizamos no se opone a la opinión del eminente maestro.

3º La extensión de la retroactividad de la ley más benigna a la cosa juzgada, suscita largas discusiones.

Es una cuestión delicada, grave y espinosa. Delicada, por cuanto la bondad del principio contrasta con la dificultad de su aplicación. Grave, por los derechos que pone en juego y los múltiples intereses que afecta. Espinosa, como lo revela las hondas divergencias de los antecedentes nacionales, de los precedentes extranjeros y de las soluciones doctrinarias.

El Proyecto de Tejedor (art. 7.º Tit. 1.º Libro II) aplica la ley más benigna "al tiempo del fallo", es decir, rechaza la retroactividad cuando es firme la sentencia.

El Proyecto Villegas, García, Ugarriza, consagra la retroactividad en cuanto favorezca "a los que *deban* sufrir la pena". Aunque imprecisa, la redacción, basta para excluir la cosa juzgada.

El Proyecto de 1891, inspirándose en el Código italiano admite la retroactividad en la cosa juzgada cuando la nueva ley borra un hecho del catálogo de los delitos.

El Proyecto de 1906 extiende la esfera de su aplicación, a todos los delitos "si el penado lo solicitare y las circunstancias invocadas constaren de autos".

El Código en vigencia, fuente del Proyecto de 1917, no establece restricción alguna al principio de la retroactividad benigna de la cosa juzgada (art. 48, apartado final).

---

(1) Carrara, Programa, T. 2, párrafs. 767 a 769, págs. 274 y sig.



Las mismas discrepancias descúbrese en la legislación comparada.

El Código español, rinde pleito homenaje a la aplicación de la ley más benigna "aunque al publicarse, hubiere recaído sentencia firme, y el condenado estuviere cumpliendo la condena".

El Código italiano, sólo cuando desaparece un hecho del número de las acciones delictuosas (art. 2).

El Cantón de Tesino, cuando se haya cambiado en sentido favorable al condenado "la especie de pena" (1).

El Código alemán aplica la más favorable "si la ley varía después de cometida la infracción, y antes de dictar sentencia", en otros términos, desecha en absoluto la retroactividad en caso de cosa juzgada.

Los Proyectos modernos acusan las mismas soluciones encontradas. Mientras el peruano acoge sin reservas la retroactividad benigna aún habiendo condena (art. 8); el sueco la rechaza en absoluto, ya que aplica la ley más favorable cuando ha sido sancionada antes de notificarse la sentencia (Cap. 1. parág. 2). El suizo, merced a la perseverancia de Gabuzzi (2), admite por excepción la retroactividad, cuando la nueva ley no reprime un hecho castigado por la ley anterior. Según el alemán (parág. 2) deja de ser punible la acción, si la ley fuese derogada.

Los más de los códigos omiten toda referencia acerca de tan importante cuestión, lo que equivale a rechazar el imperio de la nueva ley cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

#### **Retroactividad de la ley más benigna a la cosa juzgada en los códigos americanos**

Admitenla sin reserva alguna: el de **Honduras**, pues reza, «aunque al publicarse aquella hubiere recaído sentencia firme, i el condenado estuviere cumpliendo la condena» (art. 20); el de **Guatemala**, «aun cuando al publicarse haya recaído sentencia firme y se halla aquél cumpliendo su condena» (art. 4); el de **Costa Rica** «aunque al publicarse aquellas hubiera recaído sentencia ejecutoriada y el con-

(1) Van Swinderen. *Esquisse du droit pénal actuel, dans le Pays Bas et à l'étranger*, T. I. pág. 54.

(2) Ver Jiménez de Asúa. *La unificación del derecho penal en Suiza*. pág. 118.



denado «*estuviese cumpliendo su condena*» (art. 19); el de Colombia «*si la ley posterior suprime la pena, no puede aplicarse la que se fallaba la anterior, y se entiende rebajada la que les falte a los que la están cumpliendo*» (art. 12); el de Venezuela, «*aunque al publicarse aquella hubiera ya sentencia ejecutoriada y el condenado estuviese cumpliendo la condena*» (art. 41).

Acepta la retroactividad pero con reservas: el *brasileiro* «*en ambos casos (refiérese al hecho anterior a la nueva ley considerado ahora impune y al hecho anterior reprimido con penas menos rigurosas) aunque hubiera habido condenación se aplicará la nueva ley a requerimiento de parte o del ministerio público por simple despacho del juez o tribunal que profirió la última sentencia*» (art. 3).

Rechazan la retroactividad de la ley más benigna a la cosa juzgada: el del Ecuador, pues según su contexto «*si la pena establecida al tiempo del proceso difiere de la que regla al tiempo de la infracción se aplicará la menos rigurosa*» (art. 3); el de San Salvador, pues el beneficio sólo procede cuando «*se publicase aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta*» (art. 21); el de Chile, «*si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de términos*» (art. 18); el de Bolivia, según el cual «*a ningún delito ni culpa se impondrá otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración*» (art. 3); el de Perú, «*cualdo la ley varíe la pena antes de pronunciarse la sentencia que cause ejecutoria la variación aprovechará al reo si le fuere favorable, pero no le dañará en caso de serle adversa*» (art. 26); el de Santo Domingo, pues concede el beneficio «*siempre que la ley modere la pena señalada a un delito o falta y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta*» (art. 36); el del Paraguay «*para quien la retroactividad benigna se aplica en el caso de ser distinta la pena establecida por la ley al tiempo del fallo, y la que regla cuando se cometió el crimen, y lo mismo sucederá si entre el delito y el fallo, se diere una ley penal más suave que la que existía en cualquiera de esas dos épocas*» (art. 82).

El de Nicaragua es vago, pues según el tenor del art. 7 «*si la nueva ley sólo decretare otra pena al delito distinta de la que le imponía la anterior, sólo ésta deberá entenderse aplicada al acto que constituye delito y derogada la primera, si no es que se exprese lo contrario*». Nos inclinamos a creer que rechaza la retroactividad a la cosa juzgada.

4° Tanto porque encarece las dificultades de la materia, como porque arroja luz en su esclarecimiento, conviene hacer ligera reseña de las singulares vicisitudes que sufrió el punto durante la larga gestación del Código italiano. En los reinos italianos imperaba el caos jurídico. Mientras el Código de Toscana de 1853 excluía la retroactividad de la cosa juzgada, el Código Sardo de 1859 lo admitía cuando suprimiera algún hecho delictuoso. Numerosos fueron los proyectos presentados



para llevar a buen término la homogeneidad del derecho penal. (1).

Así surgió el Proyecto del Ministro De Falco de 1866, el cual en el apartado final del artículo segundo aceptaba sin límite alguno la retroactividad de la ley más benigna computando el tiempo de la pena ya expiada. En el seno de la comisión encargada de su estudio, Carrara defendió el proyecto alegando la flagrante injusticia de la tesis contraria, aparte de que importaría infligir un sufrimiento inútil al condenado. Aunque confesaba las graves dificultades que encerraría su ejecución ellas no podían ser obstáculo para declinar de un principio compatible con las exigencias de la justicia.

Por el contrario, Ambrosoli, con ahínco ponía de relieve los embarazos que se presentarían y la necesidad de reparar con la gracia del soberano las injusticias nacidas de la irretroactividad.

La comisión acogió con entusiasmo el Proyecto De Falco, fundado en que las dificultades prácticas debían ceder ante los dictados de la justicia.

La segunda comisión de 1870, recogiendo las observaciones sugeridas por la procuración general de la Corte de Apelación de Nápoles arriba a soluciones contrarias. Las incesantes mutaciones que experimentan las leyes no nacen de las injusticias de las leyes anteriores sino que traducen las exigencias impuestas por las cambiantes condiciones del tiempo. Alegaba asimismo, el ejemplo de Prusia, que tras admitir el principio de la retroactividad, se vió precisada a derogarla en 1851 al advertir sus inconvenientes prácticos (2).

El nuevo Proyecto De Falco, presentado en 1873, insiste en su anterior proposición.

El Proyecto del ministro Vigliani de 1874, a fin de armonizar las dos opiniones, admitía la retroactividad cuando la pena perpetua fuera sustituida por una pena temporal, debiendo operarse sus efectos de pleno derecho, y libraba a la clemencia

(1) Ver Tolomei. *Sui capoversi*, I, 3, 4 y 5 del art. 2 del Progetto de nuovo codice penale italiano, en *Rivista penale* 1889, T. XXIX, págs. 218 y sigs., y Crivellari. *Il codice penale per il Regno d'Italia*, T. I, N.º 161 y sigs.

(2) Ver en Crivellari, N.º 102, págs. 133. Transcribe íntegra la



del soberano la reducción de las penas temporales. "Con este temperamento, decía, aplicamos un principio humano, y justo en los límites prácticamente posible".

La discusión en la Cámara de Senadores fué viva y animada. En tanto que De Falco tachaba la solución por sancionar "una injusticia incontrastable" y por ser "más decoroso para el código italiano, extenderla a todos los casos"; Eula y Poggi encarecían los insalvables inconvenientes de llevar a la práctica la tesis opuesta (1).

En 1875, el Senado aprobó la propuesta Vigliani.

A su vez, la Cámara de Diputados se abocaba al estudio del Proyecto presentado por Mancini, el cual admitía la ley más benigna "sea en especie, sea en duración, respecto del delito definido en la sentencia" (art. 4).

La Corte de Casación de Nápoles, argüía "que la magistratura se vería constreñida a revisar todas las condenas por crímenes y delitos, labor colosal incompatible con la que ya debe sostener máxime en algunos grandes centros" (2).

Por su parte Catanzaro, observaba que la frase "delito definido en la sentencia" podía conducir a la injusticia, incurriendo en el mismo defecto que se quiere evitar con la retroactividad de la ley más benigna. La nueva ley, agregaba, puede hacer dos cosas: o establecer una pena más benigna, dejando intacta las condiciones del delito, o disminuir la pena modificando los elementos del mismo. El único beneficiado sería el primero (3).

No obstante, el Proyecto Mancini no sólo mereció el voto favorable de la Cámara de Diputados sino que fué reproducido en esta parte en los Proyectos posteriores: en el de Zanardelli de 1883, en el de Savelli de 1883, en el de Pessina de 1885, en la relación que Tajani presentara como miembro de la Cámara de Diputados en 1885 y como Ministro en 1886, y en el de Zanardelli de 1887 (4).





Este último, agrega al de Mancini, el siguiente apartado: "Cuando se sustituya la pena más benigna en especie, la misma no puede ser aplicada por una duración mayor que la fijada en la sentencia".

En embargo, en la discusión suscitada en la Cámara de Diputados el 5 de Junio de 1888 Zanardelli, volvió sobre sus pasos. Aunque "abstractamente constituía un principio justo y exacto", no disimulaba los inconvenientes prácticos, "las grandísimas dificultades inherentes a la metamórfosis de la condena". A la piedad del soberano entregaba la traducción de los principios expresados en los párrafos de su proyecto.

La única excepción concernía a los delitos que desaparecían por la nueva ley. En un discurso posterior aducía la casi imposibilidad de comparar la configuración jurídica de los hechos delictuosos tal cual surgen de los elementos de juicio proporcionados por la nueva ley con la configuración jurídica de los mismos examinados a la luz de los principios que gobernaban la ley anterior.

Por su parte Chimirri, acometía despiadadamente contra la retroactividad, alegando que los criminales manumitidos se precipitarían sobre las ciudades como "torrente amenazador".

Como corolario de tan penosa elaboración, surgió el artículo 2 del código italiano donde triunfan las ideas expuestas por Zanardelli, no en sus proyectos sino en la Cámara de Diputados.

Por real decreto del 1º de Diciembre de 1889, se establecen reglas para la conmutación de unas penas con otras. Propende a subsanar los inconvenientes derivados de la sanción consagrada por el art. 2 del código italiano.

5º La doctrina no es más uniforme en sus juicios que las legislaciones en sus preceptos.

Vico, niega rotundamente la retroactividad de la ley más benigna en caso de condena aun cuando se cancelara del número de los delitos un hecho antes castigado. Funda su afirmación, en que el delincuente ha desobedecido la ley, en que no ha conformado su conducta a las disciplinas de la ley anterior (1).

---

(1) Vico. *La cosa giudicata e il progetto del nuovo codice penale*. en *Rivista penale* 1889, págs. 336, 337, especialmente.



Pessina aboga por la irretroactividad como un homenaje a la majestad de la cosa juzgada (1).

Manzini, aunque protesta adhesión a la intangibilidad de la cosa juzgada reconoce la necesidad de consagrar excepciones como en los casos de abolición de la pena anterior y de la sustitución de una pena por otra menos grave (2).

Garraud, estima justo que la retroactividad aproveche a las personas irrevocablemente condenadas bajo el imperio de la ley anterior; "una pena que el poder judicial juzga inútil o exagerada, no debe recibir aplicación". Por consiguiente, es deber del legislador, aplicar el beneficio de sus prescripciones mediante una disposición transitoria, principio auspiciado también por Haus en Bélgica (3).

6º Con estos elementos de juicio, podemos entrar al estudio del Proyecto de 1917, comparándolo con los anteriores. La retroactividad consagrada implícitamente por los Proyectos Tejedor y Villegas, García, Ugarriza no resiste a la crítica. Las razones dadas en pro de la solución son:

- a) la majestad de la cosa juzgada, la cual crea un vínculo inmovible entre el condenado y el legislador;
- b) el peligro que comporta para la sociedad el entregar a la libertad a considerables números de delincuentes;
- c) las dificultades prácticas que suscitaria la revisión de miles de procesos;
- d) que las leyes penales responden a las necesidades de determinado momento social; la pena era justa en el momento de ser violada la ley.

La cosa juzgada, no es intangible. El código procesal austriaco (art. 358 y sigs.), y el alemán (369 y sigs.), han consagrado el principio de la revisión contra los procesados (4).

No llegaremos hasta aplaudir los postulados de la escuela positiva italiana, la cual considera la revisión periódica de la sentencia como uno de los fundamentos de la justicia penal

(1) Pessina. Elementi di diritto penale. Vol. 1, pág. 100.

(2) Manzini. Trattato di diritto penale italiano. T. 1. N.º 162, pág. 243.

(3) Garraud. T. 1, N.º 126, p. 189; Haus. Princ. gener. de droit penal belge. T. 1, N.º 191, pág. 133.

(4) Ver también el art. 551, Inc. 1 a 4 del Código de Procedimiento criminal para la Capital y Territorios Nacionales.



(1), pero si estimamos inspirada en los principios de la justicia y en los dictados de la lógica, la opinión sustentada por insignes criminalistas en cuya virtud los vínculos creados por la cosa juzgada, pueden quebrantarse por excepción.

Cuando los más de los tratadistas que invocan la autoridad de la cosa juzgada admiten la retroactividad de la ley penal al despojar al hecho del carácter delictuoso que antes tenía, incurren en flagrante contradicción.

Además, como sostenía Nocito, al discutirse el Código italiano, la cosa juzgada es a la vez una presunción de hecho y una presunción de derecho. La primera queda intacta; puesto que el hecho no se modifica por la nueva ley; la segunda tiene que desaparecer, porque el legislador reconoce la injusticia o severidad de la ley anterior.

Por último, los elementos de juicio recogidos en el proceso, servirán de base a la nueva condenación.

En cuanto al peligro inherente a la libertad de los criminales, es un argumento comparable a la fortaleza de los escenarios vigorosos en apariencia, frágil en realidad. ¿Cuáles son los criminales que obtendrán la manumisión? Muy reducido es el número; aquéllos que han cumplido la pena correspondiente a la nueva ley, aquéllos que se presumen corregidos.

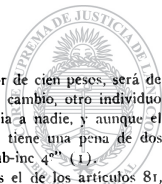
Por lo demás, aun cuando se aplicara la vieja ley ¿no obtendrían algún día la libertad?

Recogeremos el tercer argumento al comentar el Proyecto de 1917.

Y llegamos al último argumento que ataca a las bases mismas en que reposa la retroactividad; la justicia de la ley anterior y los cambios del tiempo que reclaman nuevas leyes.

Basta recordar algunos artículos del Código penal en vigencia, para comprender cuán infundado es el razonamiento. El doctor Moreno, en sus comentarios a la ley de reformas del Código penal recuerda que en ciertos casos es más conveniente robar que hurtar, pues la pena es menor, "si un individuo es asaltado en la calle, por otro, que le arranca violentamente el dinero que lleva, el reloj u otra prenda cualquiera, la pena del

(1) Ver Ferri. Sociología criminal, T. 2. págs. 198, nota 1 y págs. 266 y siguientes.



ladrón, si el valor de lo robado es menor de cien pesos, será de arresto (art. 22, inc. a y art. 24); en cambio, otro individuo que hurta un cordero sin hacer violencia a nadie, y aunque el animal hurtado valga dos o tres pesos, tiene una pena de dos años de penitenciaría (art. 22, inc. b sub-inc 4<sup>ta</sup>) (1).

Otro caso de evidente injusticia, es el de los artículos 81, inc. 13 y el del sub-inc. c, inc. 4 del art. 17 de la Ley de Reformas. Según el primero, exime de pena a "El padre o el hermanano, que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de quince años". Según el segundo "correspondería la pena de penitenciaría, por tres a diez años, al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana, en el acto de sorprenderla en ilegítimo concubito.

Como dice Moreno "la casualidad decide de la absolución o de la pena". "Teniendo la mujer menos de quince años, la muerte del amante no se castiga; teniendo más, es penada como simple homicidio. Si la mujer tiene menos de quince años y es ella la muerta se castiga al autor, con penitenciaría de tres a diez años; si tiene más de esa edad, también cabe la misma pena: porque el sub-inc. b, del inciso cuarto, no distingue edades" (1).

El Proyecto de 1917, repara estas injusticias, facultando al juez para imponer reclusión o prisión, por tres a seis años y aun la exención de pena, atendiendo a las circunstancias del caso y sin parar mientes en la edad de la mujer (art. 81, inc 3).

Por el Proyecto de 1891 (art. 7<sup>o</sup>), la ley tendría efecto retroactivo "en cuanto dejara sin represión un hecho reprimido por una ley anterior".

Según la exposición de motivos tomada en esta parte de la relación, de la Cámara de Diputados, italiana, tendía a evitar "sino un juicio formal, un juicio que pusiera de nuevo en examen las resultantes de un hecho sobre las cuales se pronunció la sentencia; commover con la esperanza de la libertad, o de más leve destino a millares de desgraciados, que están expandiendo su pena".

La primera parte se refiere a la cosa juzgada ya objeto de réplica, y la segunda carece de fundamento.

(1) Moreno. La ley penal argentina, 1.<sup>a</sup> edición, pág. 195.

(2) Moreno. La ley penal argentina, 1.<sup>a</sup> edición, pág. 140.



El Proyecto de 1906 subordina la retroactividad al requerimiento del acusado y a la constancia en autos de las circunstancias invocadas. El propósito de los recaudos mencionados, se alcanza sin esfuerzo. Tiende a poner límites a las dificultades de materiales que nacen de la reapertura de los procesos ya extinguidos.

El primer requisito es injusto y arbitrario. O la retroactividad reposa en la injusticia de la ley anterior, y por consiguiente es un derecho que asiste al condenado, o por el contrario, carece de fundamento, y la consecuencia es el rechazo sin limitación alguna.

El Proyecto de 1906, acepta el primer criterio, la lógica, pues aconseja llevarlo hasta sus últimas aplicaciones.

Es además arbitrario, por cuanto distingue dos clases de condenados; los ignorantes del beneficio y los conocedores del mismo. Los primeros no disfrutarían de la retroactividad, los segundos gozarían de la benignidad.

En consecuencia el Proyecto de 1917, procede con cordura al establecer en el tercer apartado del art. 2 "que en todos los casos del presente artículo, los efectos de la ley se operarán de pleno derecho". Es la opinión prestigiada con acopio de razones por Herrera (1).

El segundo recaudo del Proyecto de 1906, rechazado también por el de 1917, merece un estudio especial en razón de su importancia y gravedad.

Brusa, en un nutrido artículo, recuerda que el legislador prusiano de 1791 permitía la revisión de la condena, y que la legislación francesa de 1792, concedía expresamente al condenado, el derecho de reclamar la abolición o conmutación de la pena, ordenando la entera revisión de la causa y sujetando la nueva decisión a las normas del nuevo derecho cuando fuera más benigna (2).

Por nuestra parte, recordaremos que el decreto del 17 de Septiembre de 1870, reglamentando el art. 23 del código es-

(1) Herrera. La reforma penal, pág. 36 y sigs.

(2) Brusa. Rivista giurídica II Filangieri, anno XIV, part. II, pág. 80 y sigs.



pañol (1), análogo al apartado segundo del art. 2 del Proyecto de 1917, fija los casos en que hay atenuación de la ley sin autorizar en ninguna de sus disposiciones la revisión de las pruebas de hecho, como lo quiere Herrera al prestigiar la opinión consagrada por el Proyecto que examinamos.

Trátase de un punto muy delicado, en que la rigidez de los principios de justicia pugna con las dificultades, las más veces insalvable, que suscitaria su aplicación. De aquí nuestra adhesión, en esta parte, al Proyecto de 1906.

El Proyecto de 1917, está modelado bajo el imperio de principios distintos al del código en vigencia, sustituyendo la enumeración inflexible y fija de las circunstancias atenuantes y agravantes, por un sistema más compatible con los cánones de la defensa social, ya que acuerda al juez cierta amplitud en su interpretación.

Por consiguiente, no es posible retrotraer los tiempos en que fuera cometido el hecho delictuoso y examinar prolijamente todas las circunstancias que pudieran favorecer al condenado.

El Proyecto introduce dos clases de modificaciones a la legislación penal actual: unas se refieren a las circunstancias esenciales del delito, las otras a las circunstancias accesorias. Las primeras dan fisonomía propia al delito, puesto que se refieren a sus elementos constitutivos, las otras son modificaciones de hecho tendientes a disminuir o aumentar las condiciones de imputabilidad. Las primeras son permanentes e inalterables, las segundas tornadizas y variables. Aquéllas constan en el proceso y son de fácil verificación, éstas a buen seguro no figurarán siempre en el expediente.

¿Habrá que reabrir el proceso, iniciar nuevas investigaciones, citar testigos, escuchar el testimonio del condenado, en una palabra, proceder a la reapertura del proceso? ¿No implica sobrellevar una tarea abrumadora, erizada de dificultades por el transcurso del tiempo y capaz de agobiar al juez más paciente por la considerable revisión de expedientes?

Cuando las circunstancias constan en autos, la labor conser ser intensa y árdua, no cobra caracteres insuperables: basta la

(1) Groizard. El código penal de 1870. T. 2, pág. 97. Transcribe íntegramente el decreto.



lectura del proceso y el estudio de la nueva ley para zanjar las dificultades.

Los elementos constitutivos del delito no sufren sensibles alteraciones. El homicidio se caracteriza por la muerte de una persona, la estafa por el engaño de la víctima, el robo por la fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, la violación de domicilio por entrar en morada ajena a despecho de la voluntad del morador; el rapto por sustraer o retener a una mujer mediante la fuerza, intimidación o fraude, movido por designios pecaminosos.

La estructura jurídica de los hechos delictuosos no ha cambiado, y las ligeras innovaciones que pudiera encontrarse en el Proyecto hallarán fácil solución en las constancias del proceso.

Pero en las circunstancias que alteran la imputabilidad por ende la medida de la pena, el cambio es profundo. El Proyecto, tiende a espiritualizar la legislación penal argentina. Acuerda suma importancia a los móviles del delito, a las costumbres, a la conducta, a todos los elementos susceptibles de descubrir la perversidad del autor (art. 41, párrafo final).

Cuando un condenado alegara circunstancias capaces de atenuar la pena sin constar en el proceso, habría que proceder a nuevas indagaciones para dar cumplimiento a la disposición que estudiamos, empresa, huelga advertirlo, harto difícil.

7º Con arreglo a las ideas expuestas, la retroactividad de la ley a la cosa juzgada debiera establecerse en los siguientes términos: "Si durante la condena se dictara una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley, siempre que las circunstancias favorables constaren en el proceso".

Es más amplia que la del Proyecto de 1906, y más circunscripta que la del Proyecto de 1917.

La misión del legislador, no cifra en sancionar principios que seductores en el terreno de la especulación teórica resultan inconciliables con las múltiples y complejas necesidades de la vida real y palpitante. De otra suerte corren el riesgo de quedar como letra muerta en las páginas de los códigos con detrimento de la autoridad que debe rodear a las leyes.





8° Según el apartado final del art. 2, reproducción fiel de los Proyectos de 1891 y 1906, "en el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable".

Al interpretar el código en vigencia la cámara de apelaciones reaccionando contra la tesis consagrada en primera instancia, sentó categóricamente la siguiente conclusión: "La aplicabilidad o inaplicabilidad de una ley, con relación a su benignidad, debe declararse según el conjunto de sus disposiciones sin que puedan aplicarse disposiciones de una y otra ley que importaría la aplicación de ambas, inadmisibles en derecho" (1).

Sin embargo, la aplicación rigurosa de este principio, conduce a soluciones que no están a cubierto de la censura, en lo que atañe al cómputo de la prisión preventiva.

Según el art. 49 del código en vigencia, tres días de prisión preventiva equivalen a uno de presidio; dos días de prisión preventiva a uno de penitenciaría; uno de prisión preventiva a uno de prisión.

Las normas transcritas, son a la par injustas y chocantes. ¿Por qué la prisión preventiva no ha de computarse como parte del cumplimiento de la pena? Entrambas no existe diferencia alguna. El Proyecto de 1917, con ser objetable, mitiga las injusticias derivadas de la manera de computar la prisión preventiva.

Por ello, el apartado final del art. 2°, es justo y acertado. Es la única excepción al precepto de que no es posible tomar disposiciones aisladas de dos leyes, lo cual implica confeccionar una ley mixta.

LEGISLACION SOBRE FALTAS

ARTICULO 4 DEL PROYECTO

1.º ART. 4. — 2.º ANTECEDENTES NACIONALES. PROYECTOS DE TEJEDOR-VILLEGAS-GARCIA-UGARRIZA, 1891. 1906. — 3.º FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1917. — 4.º CRITICA AL MISMO. ANTECEDENTES EXTRANJEROS — 5.º COMO DEBERIA LEGISLARSE LA MATERIA

1º — Según el art. 4 "la represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años y multa hasta cuatro mil pesos".

Creemos que tal disposición importa abdicar de facultades concedidas expresamente al Poder Federal y negadas implícitamente a las provincias. El art. 67 inciso 11 de la Constitución Nacional, establece en forma clara y perentoria, que "corresponde al Congreso: dictar los códigos, civil, comercial, penal y de minería".

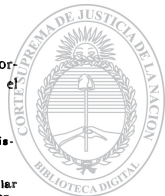
Tanto los delitos como las contravenciones constituyen partes integrantes del derecho penal. Ambas importan transgresiones jurídicas y excitan la defensa social. Los adalides de la escuela positiva, llegan hasta no admitir diferencia capital entre delitos y faltas (1). Por consiguiente, la represión de las mismas compete en principio al Congreso.

No obstante, como la materia guarda conexión con la cultura, el progreso, el estado social, los hábitos, en suma, con la idiosincrasia de las provincias, conviene entregar a éstas la re-

---

(1) Ver Ferri, Sociología criminal. T. 2. p. 155, nota 1, y Fiorián, Dei reati e delle pena in generale. Vol. I, parte I, N.º 187 a 174, especialmente el N.º 173. págs. 262.





presión de las faltas que presentan carácter ondulante y tornadizo, pero no las de carácter permanente e invariable en el espacio.

**El delito y las faltas o contravenciones, según la doctrina y la legislación comparada**

1.º **Faltas o contravenciones.** Su importancia: Cobran singular importancia con el progreso y su imperio se extiende progresivamente, ya para salvaguardar los intereses privados, ya para tutelar los intereses públicos; sea para escudar las buenas costumbres, sea para proteger los intereses económicos.

2.º **Distinción entre delitos y faltas:** Problema tan difícil como controvertido es el de hallar la pauta para trazar la línea de separación entre delito y falta. Reasumiremos ligeramente las principales teorías auspiciadas por Zanardelli, Crivellari, Chaveau et Helle, Töhlmeier, Negri, Mecacci, Longhi, Lucchini, la dominante entre los traductistas franceses y la patrocinada por la escuela positiva italiana.

3.º **Teoría de la lesión jurídica:** Para Zanardelli «delitos son aquellos hechos que producen una lesión jurídica y contravenciones, aquellos hechos que al pueden ser inocentes en sí mismo, presentan sin embargo, un peligro para la seguridad pública y para el derecho ajeno». (Zanardelli, Proyecto del código penal. N.º XIV, p. 56).

El criterio propuesto en la exposición de motivos del proyecto de 1887, es inadmisibles tanto porque las contravenciones representan también una lesión jurídica cuanto porque el delito envuelve asimismo un peligro para la seguridad pública y el derecho ajeno.

La distinción entre peligro y lesión efectiva, peca por inexacta como ocurre en los actos preparatorios, en la fabricación de moneda falsa y en la constitución de las bandas, reprimidas por el solo hecho de existir.

4.º **Teoría del dolo:** En opinión de Crivellari «es concepto fundamental del delito que la acción o la omisión proceda de perversa voluntad del agente o del omitente, en otros términos, del dolo, en tanto es concepto fundamental de la contravención que los hechos constitutivos de las hipótesis varias, presentan la posibilidad de un daño que el legislador prudente debe prevenir en el interés de la prosperidad del consorcio civil, aunque procedan sin intención perversa y sin ocasionar daños». (Crivellari, Il codice penale per il Regno d'Italia. T. 1. N.º 23, págs. 34 y 35).

La tesis sustentada por el eminente comentarista es deleznable por cuanto borra del catálogo de los delitos las infracciones cometidas sin intención depravada como acontece en los delitos cometidos por culpa, por ignorancia de la ley, por ebriedad, por enajenación mental. ¿Los hechos mencionados entrarían en el cuadro de las contravenciones?

5.º **Teoría de la intención.** En concepto de Chaveau et Helle «entre las acciones criminales no existe sino una sola división verdadera tomada de su naturaleza. En efecto, unas toman su criminalidad en la moralidad del hecho, en la intención del agente y se llaman crímenes o delitos. Las otras no son sino infracciones materiales a prohibiciones o prescripciones de la ley: existen por el sólo hecho de la perpetración o de la omisión independientemente de la intención del agente: son las contravenciones». (Chaveau et Helle, Théorie du Code Penal. T. 1. N.º 16, pág. 44).



Como la teoría del dolo, la de la intención repara sólo en la materialidad de la acción para caracterizar a las contravenciones. Discrepa en cuanto la primera requiere intención perversa, en tanto que la segunda no establece reserva alguna.

No obstante, existen contravenciones en las cuales concurre la intención así como existen delitos extraños en absoluto a toda intención delictuosa. (Ver Ferri. La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni en *Difesa penale e studi di giurisprudenza* pág. 402 y sig.).

6.° Teoría de la prevención: Según Tolomei los delitos «son verdaderas violaciones del derecho, verdaderas lesiones jurídicas», las contravenciones «acciones u omisiones que violan providencias adoptadas para impedir la lesión del derecho, los desórdenes y los daños; lesiones dolosas y culpables de carácter precaucional y de buen gobierno». (Tolomei. *Rivista penale*, 1886. T. XXIII, p. 471).

Todas las objeciones formuladas a la teoría de la lesión jurídica alcanzan a la teoría de la prevención como que ésta es una modalidad de aquélla.

7.° Teoría de la prueba: Negri patrocina la siguiente distinción: «las contravenciones son aquellas acciones u omisiones voluntarias en las cuales se presume el dolo o la culpa, salvo demostración contraria y que se reprimen independientemente de la lesión concreta del derecho o de la existencia del daño, los cuales no concurren regularmente». (Negri. *Le contravvenzioni nel codice penale italiano en Enciclopedia de Pesina*, T. 10, pág. 563).

Fuera de las objeciones dirigidas a las teorías del dolo, la tesis prohibida por Negri, las cuales inspiranse en las ideas profesadas por Stoppato, excita varios reparos. ¿Cómo conciliar las impugnaciones que merece la voluntariedad en parangón con la culpa, la cual presume un hecho desvinculado a la voluntad?

Además la doctrina desmoronase por sus fundamentos ya que los más de los códigos penales presumen la voluntad criminal en los delitos.

Por último, la prueba es un elemento extraño a la infracción. No puede tener la virtud de producir la metamorfosis de los hechos producidos.

8.° Teoría de Mecacci: A dar crédito a Mecacci «el delito es la acción humana contraria a la seguridad, que lesiona un derecho concreto imputable y punible por el concurso del elemento moral o conciencia de libertad, en vez el delito de policía es la acción humana contraria a la prosperidad, la cual puede poner en peligro el derecho individual o lesiona un derecho abstracto». (Mecacci. *Trattato di diritto penale*, T. 1, pág. 263)

El criterio del peligro, tan generalizado en los expositores no está a cubierto de la crítica puesto que existen delitos singularizados por la posibilidad del peligro, como a menudo ocurre en la tentativa y siempre en la constitución de las bandas; asimismo existen contravenciones que pueden ocasionar daños graves, tales como la inobservancia de las reglas de higiene en tiempos de epidemia.

9.° Opinión de Longhi: Entre el delito y la contravención hay diferencia así de calidad como de cantidad, pues Longhi atiende al criterio de la moralidad del hecho tanto desde el punto de vista objetivo como desde el punto de vista subjetivo sin descuidar la importancia jurídica del hecho con relación con la sociedad. (Longhi. *Enciclopedia jurídica italiana*, T. III, parte III, sección segunda, pág. 167.)

Sin embargo hay delitos que no causan daño como el ultraje a la bandera, como hay contravenciones que comportan serios perjuicios.



10. **Opinión de Lucchini:** El delito infringe «un deber específico y lesiona efectiva y potencialmente un derecho determinado y orgánico», en tanto que la contravención «viola un deber genérico y expone al peligro el derecho indeterminadamente». Para el conspícuo criminalista italiano hay contravención en los hechos «en los cuales la objetividad jurídica está constituida por una lesión potencial indeterminada», cuando la objetividad del hecho inculminado por la ley no es ya un derecho específico de pertenencia privada como el homicidio, hurto, o de pertenencia pública como la traición, falsificación de moneda, sino una condición o una norma de conducta de la cual depende la tutela del derecho o de una esfera genérica del derecho como la vigilancia de animal peligroso, la continuidad de los alcohólicos, la custodia de las sustancias venenosas, el ejercicio de cierta profesión, comercio e industria, la portación de armas.

Para Lucchini, el delito es inseparable del dolo y del daño, la contravención no. (Ver Lucchini, *Giustizia e polizia*, in *Rivista penale*, 1884, T. XX, págs. 98, y Ancora e sempre contro la tripartizione del reato nel progetto del codice penale, in *Rivista penale*, 1885, T. XXII, págs. 437 y 448 especialmente).

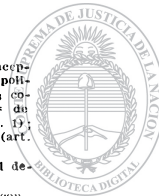
11. **Teoría de la pena:** Es un sistema empírico y extrínseco: contravenciones son las infracciones que acarrear pena de policía; delitos y crímenes las que traen aparejadas penas correccionales y criminales respectivamente. No hay, pues, diferencia ontológica ni deontológica. La diferencia la determina la mayor o menor gravedad de la pena. Tiene arraigo en Francia, porque en sus líneas generales corresponde a los tres órdenes de jurisdicción que divide a la justicia francesa. No hace sino reemplazar un interrogante por otro, ¿cuáles son las infracciones que deben merecer pena de policía? y ¿cuáles las infracciones que deben merecer pena correccional? y ¿cuáles las infracciones que deben merecer penal criminal?

12. **Teoría de la escuela positiva italiana:** Para Ferri, entre delito y contravención no hay diferencia profunda. Ambas «son acciones antisociales, prohibidas por la ley y por consecuencia antijurídicas (en el sentido del derecho vigente) diversas por su modalidad y por su grado pero no por su esencia». «Tanto los delitos que pueden o no producir un daño, constituyen violaciones efectivas o posibles de las condiciones de existencia social, y como tales prohibidas por las leyes. Y existen delitos de índole contravencional (en contraposición al delito natural como lo define Garófalo), así como existen contravenciones delictuosas o dolosas, o como diría Stoppato, con una distinción análoga pero incompleta, contravención in re ipso, subjetiva y personal en la obra del agente». (Ferri, *La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzione*, op. cit., págs. 406).

Para Florián, «no es posible una diferencia sustancial entre delito y contravención». La diferencia no es cualitativa sino cuantitativa. (Florián, *Dei reati e delle pene in generale*, T. 1, parte 1, N.º 173, págs. 262).

Rivarola, protesta adhesión a este criterio.

«Más cuerdo, discurre el eminente tratadista, será advertir que la naturaleza del delito es idéntica a la de la falta, y que la única distinción que debe buscarse es la de grado». «Puede comprenderse, en general, que la falta es una infracción a reglas de conducta, mucho menos importantes para la conservación del orden social que las reglas de conducta cuya infracción constituye el delito». Y, con ática elegancia, agrega, «el límite preciso es inapreciable, porque en esta materia la gradación más se asemeja a un plano inclinado que a una escala». (Rivarola, *Derecho penal argentino*, págs. 159 y 160).



13. **Legislación comparada:** a) Existen legislaciones que conceptualizan contravenciones las infracciones reprimidas con pena de policía y delitos y crímenes las infracciones reprimidas con penas correccionales o criminales. Tal ocurre con los Códigos penales de Francia (art. 1); Bélgica (art. 1). Grecia (art. 2); Rumania (art. 1); Haití (art. 1); Chile (art. 3); Ecuador (art. 1.<sup>o</sup>); Nicaragua (art. 1); Santo Domingo (art. 1.<sup>o</sup>).

b) Existen legislaciones que dan la pauta para diferenciar el delito de la contravención.

Así según el art. 3 del Código penal de Portugal, considera contravención «los hechos voluntarios punibles que consisten únicamente en la violación o falta de observancia de disposiciones preventivas de las leyes y reglamentos independientemente de toda intención maliciosa».

Por el Código penal Brasileiro, «crimen es la violación imputable y culposa de la ley penal» (art. 7); «contravención es hecho voluntario punible que consiste únicamente en la violación o falta de observancia de las disposiciones preventivas de las leyes o reglamentos» (art. 8).

El Código penal del Paraguay establece que «las infracciones de la ley penal son de dos clases: unas más graves que se llaman crímenes, otras menos graves que se dividen en delitos y contravenciones» (art. 1).

El art. 17 del Código penal del distrito federal de México reza «las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas sin atender más que al hecho material y no si hubo intención o culpa».

c) Legislaciones que aluden al delito y a la contravención sin dar elemento de juicio para distinguirlas.

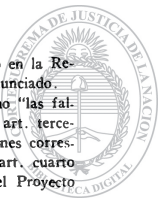
El Código penal del Perú establece «las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley constituyen los delitos y las faltas» (art. 1).

d) Legislaciones que contemplan las infracciones en leyes especiales como en algunos cantones de suiza, entre otros el de Waadt, Zurich y Zug.

14. **Conclusiones.** — De la ligera revista doctrinaria infiérese la dificultad, o por mejor decir la imposibilidad de encontrar la línea de separación entre el delito y la falta. Acaso no exista entremedios diferencia cualitativa ni aún cuantitativa en algunos casos, como sustenta la escuela positiva italiana. ¿Por qué, pues, abdica el proyecto de la facultad de trazar reglas generales sobre las faltas y normas especiales acerca de las faltas que revisten carácter general cuando la naturaleza de las cosas conduce a considerar las faltas como parte integrante del código penal?

2<sup>o</sup> — Los antecedentes nacionales discrepan abiertamente. El Proyecto de Tejedor dividía las infracciones penales en dos categorías: unas más graves que se llaman crímenes; otras menos graves que se dividen en delitos y contravenciones.

En un fragmento de la nota colocada al pie del artículo, recuerda que la división tripartita determina en el derecho francés la competencia de los tribunales y el valor intrínseco de los



hechos ilícitos. Como el Jurado no está implantado en la República la división serviría para el último objeto enunciado.

El art. segundo definía las contravenciones como "las faltas a que la ley señala penas de policía". Según el art. tercero "el conocimiento y represión de las contravenciones correspondía a los magistrados de policía". A su vez el art. cuarto inciso primero establece: "que las disposiciones del Proyecto no corresponde a las contravenciones de policía".

La extensa nota recordada, la cual reproduce las consideraciones aducidas por el Código penal de Baviera explica el fundamento de la exclusión. "Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden exterior del estado, que encierran un ataque a los derechos del estado o de los particulares, o que según su carácter extrínseco y la intención del agente, tienden a la realización de ataques de esta naturaleza o a la violación de derechos análogos. Pero hay también actos que sin encerrar directamente la violación de un derecho, no son sin embargo indiferentes al legislador a causa de sus consecuencias desagradables para el orden público o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y el bienestar del Estado; por lo que deben ser sancionados o prohibidos con una pena. Los actos de la primera especie son ilícitos por motivo de justicia absoluta: lo son en todo tiempo y en todos los lugares; su prohibición está escrita en caracteres indelebiles en el corazón de todo hombre racional. Los actos de la segunda son muchas veces considerados en sí mismo indiferentes para el derecho, que sólo los prohíbe por motivos de utilidad relativa, y dependen de los tiempos, de las circunstancias, del carácter y costumbres de las naciones, como de las instituciones particulares y otras circunstancias accidentales. Los actos ilícitos de la primera clase, por lo mismo que ofenden directamente un derecho, forman el objeto del Poder Judicial, mientras que las acciones u omisiones de la segunda, pertenecen al dominio de la policía.

Esa diferencia sacada de la sustancia misma de los actos en cuestión, debe manifestarse en la naturaleza de las penas en sus consecuencias legales, en el procedimiento, etc., por semejanzas tan considerables, que toda legislación que no quiera mezclar cosas distintas entre sí, y que tema confundir



el sentido moral del pueblo, debe separar también las dos clases por códigos especiales y distintos”.

Por tanto, el método es el único propósito que inspira la división en código referente a crímenes y delitos y código concerniente a contravenciones.

Como observa Rivarola, el Proyecto de Tejedor omitió transcribir otro párrafo de la misma introducción que fija con claridad el alcance del distinguo. “Por esto se ha juzgado necesario aislar completamente las contravenciones de policía y formar de ellas un código particular que seguirá al presente código y formará la tercera y la última parte de la legislación criminal”. (1).

Véase, pues, que las contravenciones están involucradas en el derecho penal. Además, sustraer la materia del dominio del poder judicial, para conferirla al dominio de la policía, implica desconocer el fundamento de las contravenciones que a veces denotan mayor temibilidad que los delitos. Hay delitos sin intención culpable y hasta sin causar daños, así como hay contravenciones nacidas de intenciones malvadas y generadoras de graves perjuicios.

El Proyecto Villegas, García, Ugarriza, sigue las huellas del de Tejedor estableciendo en el inc. 1 del art. 2 que “las disposiciones de éste código no comprenden: 1° las contravenciones de policía, municipales o de los Gobiernos locales...” La exposición de motivos aduce, que la facultad de prescribir el cumplimiento o abstención de determinados actos, importa el derecho de imponer la represión, que asegura el cumplimiento del mandato.

Al tenor del Código penal sancionado en 1886. “Es delito o falta, toda acción u omisión penada por la ley”. (art. 1). Pero los autores, olvidáronse de esta definición, ya que en ninguna parte del Código legisla sobre faltas.

Al Proyecto de 1861, corresponde el honor de trazar con precisión los límites entre las atribuciones federales y provinciales. La exposición de motivos, alegaba las siguientes razones: “Si se aceptaba, como hasta hoy, que las faltas o contra-

---

(1) Rivarola. Derecho penal argentino, pág. 158.



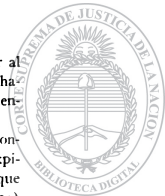
venciones no fueran incluidas en el código penal, ¿a qué autoridad correspondería dictar el código de faltas? Si el código de faltas fuera una cosa distinta del código penal, podría dudarse de que estuviera en las facultades del Congreso dictarlo, puesto que el art. 67 inc. 11 de la Constitución habla sólo del código penal y no del código de las faltas. Pero sería esta una duda sin otro fundamento que el del error cometido en la preparación del Proyecto Tejedor, del de la Comisión revisora del mismo presentado en 1881 y del código penal. Para fijar el sentido de la frase: *Dictar el Código Penal*, empleada en el art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional, bastará recordar que en la época en que fué empleada, como antes y después, los códigos en general colocaban las contravenciones o faltas como un libro especial del código penal; que si las leyes bávaras lo hacían separadamente, las colocaban sin embargo como formando parte de un sistema de legislación criminal, sistema que sería imposible realizar confiándose a distintas soberanías la amplia legislación sobre cada una de sus partes; que la disposición se refiere también, y a la vez, a los códigos civil, de comercio y de minería, lo que demuestra que ha reservado al Congreso, toda la legislación de fondo, y un código de faltas sería también una ley de fondo; que aparte de algunas circunstancias especiales que pueden fundar respecto de las faltas excepciones a las reglas generales de responsabilidad, la naturaleza jurídica del delito y de la falta es la misma acción u omisión penada por la ley y pueden ser comprendidos en la misma definición, como lo ha hecho el art. 1 del código penal". (1).

Concluye reivindicando para el código penal la facultad de legislar sobre faltas sin desconocer a las provincias el derecho de usar como sanción de sus disposiciones, leyes o reglamentos, la penalidad indispensable para su cumplimiento.

Las faltas de carácter permanente que exceden el interés particular de las provincias, para afectar el interés general, serían de incumbencia nacional, las faltas de carácter local, sujetas a las mutaciones del tiempo y a las fluctuaciones del espacio quedarían reservadas a las provincias.

No obstante, el Proyecto de 1891 restringía considerable-





mente la esfera de acción de las autoridades locales. A estar al art. 6, sólo podían reprimir con multa hasta mil pesos e inhabilitación para el ejercicio de cargos locales o profesionales dentro de la jurisdicción.

El Proyecto de 1906, bajo el ascendiente del de 1891, contiene un libro sobre faltas. La exposición de motivos se expide así: "La comisión, tiene, no obstante, la convicción de que tales escrúpulos (se refiere a los escrúpulos constitucionales) no se han de manifestar: porque, piensa, que si el Congreso tiene, por la Constitución, la facultad de dictar el código penal de la Nación, en dicha facultad está forzosamente comprendida la autoridad necesaria, para incluir en el código todos los actos u omisiones que en cualquiera parte del territorio de la Nación se consideren ilícitos y merecedores de pena. Las provincias conservarán siempre el poder de crear y reprimir *faltas de carácter local*, y como es este poder el único que constitucionalmente le corresponde en esta materia, es evidente que sus autonomías no sufrirán cercenamiento alguno porque el Congreso legisle sobre faltas de *carácter general*" (1).

El error del Proyecto de 1906 consiste en no delimitar las atribuciones de los gobiernos provinciales.

3° El Proyecto de 1917 alega en apoyo de su solución las siguientes razones: "nadie desconoce que las provincias necesitan como condición del cumplimiento de las leyes que dictan en ejercicio de derechos, imponer sanciones, es decir erigir la infracción en falta. Si tal infracción consistente en hacer lo que se prohíbe o en no hacer lo que se ordena, careciera de una sanción, no fuera una falta, las leyes provinciales tendrían el alcance de consejos que los habitantes de dichos estados aceptarían o no". Acto continuo refiere cuán difícil es distinguir las faltas de carácter general, de las faltas de carácter local. "La legislación local, depende de los intereses y necesidades locales, de los caracteres especiales del comercio y de la producción en cada núcleo, del grado de cultura de la población y de la distribución de la misma, de factores, en fin, que son particularísimos a cada región del país. Las faltas son las infracciones a esa legislación, que es variable y que no hay ob-



jeto ni ventaja en unificar. Además, desde el momento que no se discute el derecho de las provincias, para legislar sobre la materia, nos expondríamos a tener dos clases de faltas: las nacionales y las provinciales, y las dos podrían ser contradictorias, lo que es por cierto inconveniente" (1).

4º A nuestro juicio el expediente más recomendable para conciliar la conveniencia de mantener la uniformidad en la represión de las faltas en la esfera de lo posible, con la necesidad de acordar a las provincias sanciones eficaces para hacer cumplir las disposiciones tendientes a dar vida a sus instituciones, consiste en legislar en el código penal, sobre las faltas que revisten importancia general y reservar a las provincias la represión de las faltas de carácter local.

El régimen consagrado por el Proyecto de 1917, merece crítica por estas razones:

a) Porque hay faltas de naturaleza eminentemente nacional, las cuales presentan los mismos caracteres y producen idénticos efectos en Buenos Aires que en Jujuy; en el Chaco que en Tierra del Fuego, sin entrar en juego las modalidades de la región en que se cometen.

Las faltas que afectan a las buenas costumbres asumen igual importancia y cobran rasgos análogos en cualquier fragmento del territorio argentino.

El respeto a la autoridad, merece idéntica protección en todas las provincias y gobernaciones.

¿Qué diferencia sustancial existe en la manera de mantener el orden público? ¿Puede invocarse razón fundada para establecer catorce regímenes distintos?

El juego, ¿no produce los mismos estragos en todas las provincias?

A mayor abundamiento, ¿es posible entregar al criterio variable de los estados el gobierno de las relaciones jurídicas penales internacionales? Las faltas cometidas en territorio extranjero para producir sus efectos en el territorio nacional ¿estarán sometidas al capricho o a las variaciones derivadas del estado afectado?

¿Y la condena condicional podrá sufrir la misma suerte?

(1) Exposición de motivos, pág. 28.



¿Es concebible que unas provincias acuerden este importante instrumento de política criminal, mientras otras lo rechacen?

La conversión de la multa en prisión y el máximo de ésta ¿por qué han de estar sujetas a prescripciones distintas?

Cuando existe un interés nacional, debe regir una ley nacional.

b) Es de valor aparente, el temor abrigado por la exposición de motivos, según la cual, la existencia de dos legislaciones sobre faltas: una nacional y otra provincial, pudiera dar nacimiento a disposiciones contradictorias. A producirse cualquier conflicto, predominarían las reglas del código penal.

Además, las normas involucradas en el Proyecto de 1891 son de interés general, sobre las cuales las provincias carecen de atribuciones.

Y el mismo Proyecto que examinamos, ¿no reconoce en principio, que la legislación sobre las faltas corresponde al Poder Federal cuando fija el límite de represión de las provincias? Si el Congreso tiene atribuciones para delimitar la penalidad que pueden imponer las provincias, fijando en un año el máximo de la prisión; en tres el de la inhabilitación; en cuatro mil pesos la multa, ¿cómo no ha de tener facultades para legislar sobre las faltas?

Quien puede imponer límites a la pena, puede dictar disposiciones sobre faltas. La pena es una consecuencia de la transgresión jurídica.

En suma, en caso de contradicción, los artículos del Código penal prevalecerían sobre las disposiciones locales.

c) Todos los Códigos penales traen reglas sobre las contravenciones. Todas las naciones con forma federal de gobierno, legislan sobre faltas: Brasil, Colombia, Méjico, Alemania entre otras.

El Proyecto de Código penal mejicano, llega hasta abrazar disposiciones prolijas, legislando sobre las faltas más insignificantes y variables.

En Suiza, la Constitución de 1874, reservaba la legislación penal a los Cantones. Pero el 13 de Febrero de 1898, el plebiscito popular, estableció en el art. 64, que a la Confederación



compjetia el derecho de legislar en material penal (1). Con motivo de la unificación del derecho penal, en Suiza discutióse acerca de la centralización de las contravenciones. Cornaz, defendia la autonomía de los Cantones porque su represión no afecta a la defensa social, ni se propone la enmienda del condenado. Por el contrario, Stooss en la exposición de motivos de 1893 cuando aun no habiase reformado la constitución suiza escribía estas palabras: "La legislación de las contravenciones debe también entrar en la competencia federal, *en tanto que se trate de disposiciones generales, aplicables en Suiza entera. El derecho penal de los Cantones será restringido a los preceptos de interés cantonal o local*; aquí habrá lugar a determinar las penas de que el Derecho cantonal podrá hacer uso" (2).

Todos los anteproyectos suizos, tanto el de 1893 como el de 1896, lo mismo el de 1903 y 1908, al igual que los de 1915 y 1916, consagran un estudio especial a la reglamentación de las contravenciones.

El capítulo 1º del Libro 3º del anteproyecto suizo de 1915 contiene las siguientes normas que transcribimos íntegramente, en razón de su capital importancia:

"Art. 357 (Nota marginal: 2. Leyes cantonales. Lo que se reserva a la legislación cantonal). Los cantones conservan el poder de legislar, en derecho penal, sobre materia de policía, en tanto que este derecho no sea objeto de la legislación federal. Tienen el poder de señalar penas para el caso de contravención a las prescripciones cantonales de administración y de procedimiento".

(Art. 358. Nota marginal. Aplicación de la parte general del código penal de las leyes penales de los cantones). "La parte general del presente código, libro de las contravenciones es aplicable a las contravenciones reservadas a la legislación cantonal, en tanto que éstas no contengan disposiciones sobre la materia".

Pero no sólo la parte general de las contravenciones gobierna subsidiariamente a la legislación cantonal, también la

(1) Ver Gautier. La lutte contre le crime dans le projet de code penal suisse, en Revue pénale suisse 1900, pág. 289.

(2) Ver Jiménez de Asúa. La unificación del derecho penal en Suiza, pág. 92.

parte general concerniente a los delitos, se aplica subsidiariamente a las contravenciones.

Libro II, art. 288 (nota marginal. Aplicación de la parte general del libro primero). "Las disposiciones de la parte general del libro primero, son aplicables a las contravenciones a reserva de las modificaciones contenidas en los artículos siguientes".

El Libro II del anteproyecto, se ocupa de la parte general de las contravenciones, en los arts. 288 a 297, y de la parte especial en los arts. 298 a 354.

5° La reforma debería consagrar las siguientes normas:

1° Dedicar expreso un libro a la reglamentación de las faltas, de carácter nacional, a la manera de los Proyectos de 1891 y 1906, pero con una parte general y otra especial.

2° Fijar los límites de la represión para las demás faltas reservadas a las provincias para lo cual pudiera servir de modelo el art. 4 del Proyecto de 1917.

3° Aplicar subsidiariamente la parte general del Proyecto a las faltas a semejanza del art. 288 del Proyecto suizo.

4° Aplicar la parte general del libro de las faltas a aquellas reservadas a las provincias, al igual del art. 358 del mismo Proyecto, pero sin la reserva final.



SECRET



## CAPITULO QUINTO

### TITULO SEGUNDO

#### DE LAS PENAS

1.º ANTECEDENTES NACIONALES. — 2.º PROYECTO DE 1917.—  
3.º SUPRESION DE LA PENA DE MUERTE. CAUSAS JUSTIFI-  
CATIVAS. — 4.º SUPRESION DEL DESTIERRO. — 5.º REDUC-  
CION DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. — 6.º RE-  
CLUSION Y PRISION PERPETUA. — 7.º DESTINO DEL PRO-  
DUCTO DEL TRABAJO. — 8.º INHABILITACION ABSOLUTA  
CONSIGUIENTES A LA RECLUSION Y PRISION.— 9.º PRIVA-  
CION DE LOS DERECHOS CIVILES. ERRORES DEL PROYEC-  
TO. — 10.º DEROGACION DE LOS ARTS. 64 Y 66 DEL CODIGO  
PENAL. RAZONES. — 11.º PERSONAS EXCEPTUADAS DE LA  
RECLUSION. — 12.º DETENCION DOMICILIARIA. RECAUDOS.  
— 13.º INHABILITACION. — 14.º SUPRESION DEL ART. 78 DEL  
CODIGO EN VIGENCIA. — 15.º RELEGACION. CRITICA. — 16.º  
PENA DE MULTA. VENTAJAS. — 17.º MEDIDA DE LA MULTA.  
— 18. CONVERSION DE LA MULTA EN PRISION. — 19 EXTIN-  
CION DE LA PRISION. LOS PAGOS DE LA MULTA. — 20.º LA  
MULTA ES PENA PERSONAL. — 21.º — PENAS PARALELAS. —  
22.º SENTENCIA INDETERMINADA

1º Los antecedentes penales argentinos, se singularizan por la riqueza del régimen represivo. El Proyecto, compartiendo la tendencia que campea así en la doctrina como en las legis-  
ciones, pugna por llegar a la simplicidad.

Las leyes de Partidas, en vigor hasta antes de la sanción del Código de Tejedor, consagraba las siguientes penas: muerte, perdimiento de algún miembro, trabajos forzados, cárcel, destierro, confiscación de bienes, pena pecuniaria o multa, infamia, azotes, picota y la exposición al sol con el cuerpo des-







nudo untado de miel "porque lo coman" las moscas alguna hora del día (1).

El Proyecto de Tejedor distinguía tres clases de penas: penas corporales, penas privativas de honor y humillantes y penas pecuniarias.

Las primeras, comprendían: la de muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto. Las segundas: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y reprensión. Las terceras: multa, caución, comiso, costos y gastos (2).

El Proyecto Villegas, García, Ugariza, en el art. 54 establecía a un tiempo mismo, las penas y escalas siguientes: 1° muerte, 2° presidio mayor de 16 años y un día a veinte años; 3° presidio menor de doce a diez y seis años; 4° penitenciaría de quince años y un día a veinte años; 5° penitenciaría media de diez años y un día a quince años; 6° penitenciaría menor de cinco a diez años; 7° prisión mayor de cuatro años y un día a seis años; 8° prisión media de dos años y un día a cuatro años; 9° prisión menor de uno a dos años; 10° arresto mayor de un año y un día a dos años; 11° arresto medio de seis meses y un día a doce meses; 12° arresto de uno a seis meses; 13° multa mayor de mil y uno a dos mil pesos fuertes; 14° multa media de quinientos a mil pesos fuertes; 15° multa menor de cuatro a quinientos pesos fuertes.

A éstas llamaba penas generales de escala. Bajo el rubro de penas especiales para ciertos delitos, creaba: el destierro mayor de un año y un día a tres años; destierro menor de seis meses a un año; inhabilitación general de cuatro a seis años; inhabilitación especial de cuatro años y un día a seis años; inhabilitación especial menor de dos a cuatro años, destitución suspensión mayor de tres años y un día a cinco años; suspensión menor de uno a tres años; vigilancia de la autoridad.

El Código penal de 1886, establecía: 1.° la pena de muerte; 2.° presidio por tiempo indeterminado; 3.° presidio desde 3

(1) Ley 4. Tit. XXXI. Partida VII. Algunas de estas penas no se aplicaban bien por leyes especiales como la de azotes, bien por usanza de la jurisprudencia como la exposición al sol y perdimiento de miembro.

(2) Libro segundo, Título 2, parág. 1, artículo único.



a quince años; 4° penitenciaría por tiempo indeterminado; 5° penitenciaría desde tres a quince años; 6° prisión de uno a tres años; 7° arresto de un mes a un año; 8° destierro de uno a seis años; 9° inhabilitación absoluta, perpétua y temporal; 10° inhabilitación especial, perpétua y temporal; 11° multa (artículo 54).

El art. 7 de la ley 4189, al modificar el código estableció estas penas: la de muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, deportación, destierro, inhabilitación y multa.

El Proyecto de 1891: 1° muerte, 2° presidio, 3° deportación, 4° penitenciaría, 5° multa, 6° inhabilitación, 7° destierro. (Artículo 9).

El Proyecto de 1906: muerte, presidio, prisión, detención, deportación, inhabilitación y multa (art. 4).

2° El Proyecto de 1917: reclusión, prisión, relegación, detención domiciliaria, inhabilitación y multa. Aunque el art. 5 no menciona ni la detención domiciliaria ni la relegación, constituyen penas distintas a las otras, tanto por la naturaleza que revisten como por las personas a que se aplican y por los lugares en que se cumplen.

De cualquier manera, simplifica el régimen represivo al suprimir la pena de muerte, el destierro y reducir las penas de privación de libertad.

Con todo, es sensible que los autores del Proyecto no acometieran con la reforma del código la modificación del régimen carcelario, caótico, ineficaz, vetusto, más a propósito para corromper que para corregir. Hasta la exposición de motivos afirma "que los fines perseguidos para imponer penas para los delitos, pierden eficacia si el régimen carcelario no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvieron en vista al fijar las represiones" (1). Ningún instante tan propicio para emprender con éxito la reforma como el de la sanción del Proyecto. Tres años han transcurrido desde su aprobación por la Cámara de Diputados, y aun está por estudiarse el sistema penitenciario más compatible con las exigencias de la defensa social y de la idiosincrasia de nuestro ambiente. Es preferible un código penal defectuoso con un buen régimen carcelario a

(1) Exposición de motivos, párr. 33.



un código penal impecable con un régimen carcelario abominable. Tanto como el código penal, urge reformar nuestras cárceles. Ambas reformas deben ser coetáneas.

#### Sistemas carcelarios

1.º **Importancia:** El sistema carcelario es el complemento indispensable del código penal. Estériles son las providencias del legislador, vanos los artículos de un código cuando la organización carcelaria es deplorable. La pena no se propone purificar como en las leyes de Manú ni expiar el delito cometido como en las leyes medievales, sino operar la readaptación social del delincuente para convertirlo en un instrumento útil y fecundo.

Por ende, las cárceles no deben ser refugios tenebrosos, sombríos, desaliñados, inmundos, que alberguen en funesta promiscuidad gran muchedumbre de delinquentes entregados al ocio y a la abyección, sino instituciones luminosas, limpias, inspiradas en principios humanitarios y movidas por el propósito así de refrenar los malos instintos como de granjear la readaptación de los corregibles.

2.º **Historia.** — A fines del siglo XVIII, Beccaria y Howard, promotores, el primero la reforma del derecho penal, el segundo de la ciencia penitenciaria, guiados ambos por los impulsos del sentimiento antes que por los cálculos del pensamiento, Beccaria clama contra la severidad de las penas, Howard contra la crueldad en las prisiones. El primero preconiza la suavidad de las penas así como el segundo el mejoramiento de las prisiones. Pero tanto el innovador italiano como el reformador inglés, desconfían al delincuente. Ni Beccaria busca contener el desborde del crimen ni Howard pugna por promover la readaptación social del delincuente. Asimismo carecen de aptitudes para la especulación teórica. El autor de «Los delitos y las penas», jamás concibió doctrina alguna que salvara los límites del espacio y desafiara la acción del tiempo. El autor de «One account of the principal Lazarettos» tampoco concibió un sistema perdurable, ni ha enriquecido la ciencia penitenciaria con el vuelo de la doctrina. Sensible a la desgracia, compasivo con los desventurados, dotado de inteligencia despierta y voluntad tenaz, conocedor profundo de la vida íntima de las prisiones, así porque apresado el navío que lo condujera de la tierra de Lisboña fuera arrojado a la prisión de Brest como por su nombramiento de Sheriff del Condado de Bedford, a propósito para estar en contacto inmediato con los presidiarios; viajero infatigable, recorre las principales cárceles europeas ávido de aprender. Howard tras prolijos estudios y pacientes investigaciones describe la corrupción de las cárceles, el estado de los presos, que sufren a más de crueles torturas físicas, indecibles padecimientos morales. Cristiano irreducible, auspicia la educación religiosa como el expediente más idóneo de enmienda, la práctica del trabajo como instrumento fecundo de moralización, la implantación del aislamiento para precaver la corrupción nacida de la promiscuidad.

«Religión, trabajo y aislamiento», constituye la quintaesencia de su reforma.

De allí a poco, la reforma cobra impulso, dando margen al alumbramiento de la ciencia penitenciaria.

3.º **Sistemas carcelarios:** Tres son los sistemas prohibidos por la doctrina y consagrados por las legislaciones: el filadélfico, el auburniano y el progresivo.



El primero está caracterizado por la segregación celular permanente, así de día como de noche; el segundo por la comunidad de trabajo diurna y la segregación celular nocturna, con obligación de guardar estricto silencio; el tercero iniciase con un período de aislamiento absoluto como el primero, continúa con otro período de trabajo común durante el día y de aislamiento durante la noche como el segundo, para inaugurarse el tercer período en un establecimiento agrícola y concluir en un cuarto período con la liberación condicional.

4.º **Sistema filadélfico:** En 1787, Franklin, inspirándose en las ideas humanitarias de Howard, funda la sociedad de Filadelfia. En 1790, merced a esfuerzos perseverantes, logra la construcción de la prisión celular, a guisa de ensayo. El penado vivía como en una campana de cristal, extraño a toda comunicación exterior. Sin embargo, poseía abundancia de luz y de ventilación, contraviniendo las disposiciones de la ley. En 1817, fundáronse dos prisiones celulares, cundiendo posteriormente por casi todas las comarcas de Estados Unidos y aún por Europa.

**Ventajas.** — En favor del sistema se aduce las venturosas consecuencias de la separación individual, puesta de relieve ya por sus efectos negativos, ya por sus efectos positivos.

Desde el primer punto de vista impide la corrupción derivada de la comunidad y previene los conciertos para perpetuar crímenes tras la liberación.

Desde el segundo punto de vista mantiene la disciplina, favorece el arrepentimiento y mueve a la enmienda.

Para los partidarios del aislamiento, la comunidad es perniciosa no sólo porque enerva la impresión de la pena sino asimismo porque permite conllevar la aflicción inherente al encierro.

Además, los delinquentes susceptibles de enmienda contraen hábitos funestos, arrebatando toda esperanza de reforma, al ver que los delinquentes canallas adquieren mayor destreza y habilidad.

Por último, la pena tiende a llevar algún sufrimiento al penado en tanto que la comunidad convierte a las prisiones en lugares de recreo de los delinquentes.

Pero, donde cifran risueñas esperanzas, es en las bondades intrínsecas del recogimiento, el cual domaña las pasiones, excita la reflexión, estimula el arrepentimiento, facilita la instrucción, favorece la educación, fortalece la voluntad, estimula la docilidad es propicio a las buenas influencias de los directores, maestros, filántropos y visitantes.

Invócase asimismo, la generalidad y la prontitud de la enmienda. Según Röder, ardiente partidario del régimen celular, los efectos correccional y ejemplar de la pena, logranse con el aislamiento «habitualmente en virtud de su naturaleza, y con frecuencia en tan corto tiempo, que a más tardar se reduce a unos cuatro años» en tanto que con la prisión en común, «no alcanza sino a lo sumo por excepción y a pesar de ella, y nunca de ordinario». (Röder. Sobre la necesaria reforma del sistema penal español mediante el establecimiento del régimen celular, pág. 358).

Finalmente, el ilustre fundador de la escuela correccional, estima el aislamiento como el régimen más adecuado para los vagabundos por ser muy sensible y atemorizador, ya que de medio a medio contradice todas las malas inclinaciones y costumbres que manchaban su vida, merced a lo cual les parece el mayor mal que puede acontecerles, y como a tal lo temen, constituyendo sin embargo, en realidad, solo su mayor bien y provechos. (Op. cit. pág. 357)



El régimen celular ha granjeado la adhesión de Obarrio y Herrera entre nosotros.

El primero se expide así: «El aislamiento entrega al condenado a la meditación, lo reconcentra sobre sí mismo, pone delante de sus ojos constantemente el pecado, haciéndole aparecer a cada instante el recuerdo del crimen cometido, y el arrepentimiento surge en las tinieblas de su conciencia como una luz brillante que le señala el derrotero de una nueva ruta en la marcha futura de su existencia». (Obarrio. Curso de derecho penal, pág. 222).

Para el segundo de los criminalistas mencionados, «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 ellas en las largas», duración estas últimas que oscilarían entre uno a tres años, según lo establezcan los Tribunales en atención a la gravedad del delito y a la naturaleza del delincuente». (Herrera. La reforma penal, págs. 188 y 203).

**Defectos.** — Malgrado las ventajas atribuidas al sistema celular expositores de autoridad indiscutible prodigánle acerbas y merecidas críticas. Para Ferri «es una de las aberraciones del siglo XIX»; en concepto de Beltrani-Scalia, «si la pena debe castigar y enmendar al mismo tiempo — herir y sanar como la lanza de Aquiles — el sistema celular que sirve muy bien al primer objeto no puede servir al segundo», según Piras, es preciso guardarse «de ver en él una panacea universal capaz de influir en todas las voluntades criminales», «de creer que el hombre pueda, en general, soportar impunemente un aislamiento celular prolongado»; en opinión de Concepción Arenal «el aislamiento debilita, embrutece, deprava». (Ferri. Sociología criminal. T. 2. pág. 317; Beltrani Scallia. La riforma penitenziaria in Italia. Roma 1879, pág. 128. Piras. Criminalidad y represión, pág. 65; Concepción Arenal. Estudios penitenciarios, Madrid 1895, T. 2, páginas 40 y 41).

Sin vacilar, unimos nuestra modesta voz al coro de críticas, toda vez que el régimen celular como sistema único o como sistema prolongado conspira contra la naturaleza social del hombre, embaraza la readaptación social del delincuente, importa un sufrimiento cruel, expone al abatimiento, requiere un personal con singulares atributos morales y raras aptitudes administrativas, obsta tanto al cultivo de la instrucción como a la práctica del trabajo, da margen a gastos cuantiosos, representa un cambio brusco, no se aviene con la variedad de delinquentes, desconoce la naturaleza humana, fuera de la marcada tendencia a restringir su duración.

a) **Es incompatible con la naturaleza social del hombre:** La comunicación con los semejantes es tan indispensable a los seres humanos como el aire para respirar. El contacto con los empleados de la prisión, con los ministros de la religión, con los miembros de las sociedades, con las personas caritativas, no basta para satisfacer tan ineludible necesidad. A la imposibilidad de las comunicaciones frecuentes, agrégase, la monotonía de las conversaciones insinistradas en el mismo tema.

b) **Traba la readaptación social del delincuente:** El aislamiento antes debilita que fortalece la voluntad, antes excita el aniquilamiento que el arrepentimiento. El delincuente es un hombre con pasiones, con flaquezas, con instintos especiales y no es la soledad más o menos prolongada una varita mágica capaz de modificar su personalidad. El sistema celular erige su edificio sobre los frágilescimientos de la ficción, de la abstracción. El monje en la celda podrá purificarse porque la religión lo consuela, la esperanza lo anima,



la fé lo sostiene, la vocación lo estimula. Pero el delincuente encerrado a despecho de su voluntad, anhelando la libertad como el bien más preciado, ¿qué beneficio puede lograr en la soledad? El régimen celular considera al delincuente como un espíritu selecto, perfecto, angel, caído pronto a regenerarse.

c) **Importa un sufrimiento cruel:** La función específica de la pena no cifra en mantener la soberanía de la venganza sino en modificar el estado peligroso del delincuente a fin de que sus actos se adapten a las exigencias sociales. ¿No comporta un verdadero suplicio la reclusión celular? Por una parte las leyes inquebrantables de la naturaleza empujándolo a la comunidad, por otra parte el rigor inexorable de la ley condenándolo a cerrar el espíritu a todas las sollicitaciones exteriores.

d) **Expone al abatimiento:** El que ha delinquido no encuentra estímulo alguno en el aislamiento. El filósofo podrá entregarse a disquisiciones doctrinarias, el poeta a las inspiraciones de su estro, el orador a los vuelos de su fantasía, el pintor a los caprichos del pincel, pero, el delincuente común tras una vida contemplativa no logrará sino la pérdida de toda energía, la destrucción de toda iniciativa, reinando soberana la indiferencia y el dolor. Reintegrado a la libertad, «tiene que empezar de nuevo la busca del pan cotidiano en medio de los prejuicios, de las desconfianzas y de los temores de sus semejantes; debe, en una palabra, vencer dificultades muy superiores a las que encontraba antes de entrar en prisión y que no pudo dominar». (Prins. op. cit., págs. 66 y 67).

e) **Requiere un personal con aptitudes varias y complejas:** El personal juega suma importancia. Debe poseer condiciones múltiples. La constancia, la solicitud, no es menos necesaria que la abnegación y el sacrificio. Su tarea es árdua y complicada. Exige frecuente comunicación con el preso. Es menester además que tenga ascendiente, esmerada educación, habilidad, sin faltarle el don de persuasión. En principio todo régimen penitenciario requiere idoneidad en el personal, pero en ninguno se descubren con tanta claridad y ofrece más serias consecuencias la incompetencia como en el régimen celular.

f) **Dificulta así la instrucción como el trabajo:** Ningún expositor cuestiona acerca de la importancia del trabajo en la educación. Precisa las graves consecuencias del ocio, propicia la inercia, la disciplina, infunde energías, contribuye a reparar la indemnización civil, compensa los gastos ocasionados en el establecimiento, facilita la readaptación social del delincuente. ¿Qué trabajo serio puede realizar en la celda? Ninguno. Reclama un personal tan numeroso como abnegado. ¿Cómo enseñar un oficio en la soledad de la celda a los delincuentes poco aptos para el trabajo? El trabajo logra aprenderse observando a los compañeros más hábiles, más diestros. Por el contrario la comunidad es un estímulo sobre requerir menor personal.

Lo mismo ocurre con la instrucción. Discútese apasionadamente sobre la vinculación entre la instrucción y la criminalidad. Expositores de prestigios cimentados ensalzan su utilidad concepiéndola el mejor antídoto del crimen. Tratadistas de renombre repítanla como un estímulo a la delincuencia. Entre el dictamen asaz benévolo de los unos y el dictamen harto sañudo de los otros cabe un juicio intermedio. Puede convertirse en instrumento fecundo, especialmente en las prisiones ya abriendo nuevos horizontes al espíritu, rompiendo la monotonía de la vida carcelaria, ora inculcando sentimientos morales, ora cultivando las aptitudes intelectuales. La instrucción en la celda no puede ser eficaz, porque debe concurrir un perso-



nal a la par numeroso y paciente, porque falta el estímulo de la emulación, porque sólo la comunidad despierta la atención y desarrolla el interés del penado.

g) **Origina gastos costosos:** La celda es a un mismo tiempo la casa, la escuela y el taller del delincuente. Allí duerme y come, allí se instruye, allí trabaja. No es sólo el aumento del personal lo que infla los gastos. Contribuye sobre todo las exigencias de los oficios varios y de la instrucción. Ferri atribuye al costo el motivo que impulsó a Italia a renunciar a aplicar el sistema celular en toda su extensión, por Ley de 2 de Marzo de 1904. (Ferri, op. cit., T. 2, p. 319).

h) **Del cambio brusco de ambiente nacen serios peligros:** Cede-mos la palabra a Prins, el ilustrado profesor belga, conocedor profundo de la vida en las prisiones: «Una de dos: o el detenido continúa, siendo un delincuente peligroso, y en ese caso es insensato ponerle en libertad aún después de muchos años de cárcel, o está lleno de buenas intenciones, y entonces se yerra al aislarle tanto tiempo y al devolverle a la sociedad en condiciones tan desastrosas para él». El régimen celular prolongado presenta una flagrante contradicción. Si toda comunicación entre los detenidos es capaz de comprometer la obra de mejoramiento ¿cómo explicar que se pueda libertar impunemente a los condenados y hacerlos pasar de un golpe del aislamiento absoluto a la libertad completa?» (Prins op. cit., pág. 69).

i) **No se aviene con la distinta idiosincrasia de los delincuentes:** Las personas honradas, los delincuentes que a despecho del delito conservan incólume su patrimonio moral, no necesitan de la célula para recoger los frutos de la reflexión. El que ha cometido el hecho por ignorancia de la ley o por culpa, ¿con qué objeto debe reconcentrarse sobre sí mismo?

j) **Desconoce la naturaleza humana:** Concepción Arenal, la infatigable escritora española, afirma que la soledad no regenera, y que los sostenedores del aislamiento no reflexionan bien en las cuatro circunstancias siguientes: 1.º el dolor del recluso, 2.º su debilidad, 3.º su naturaleza, 4.º la imposibilidad de ejercitar su voluntad. El dolor es un tirano que pone cortapisas a la regeneración, su debilidad se opone a la reacción perseguida con el aislamiento, por naturaleza es sociable, el aislamiento deprava como la comunidad perfecciona, su voluntad es torcida, para enderezarla no hay que suprimirla en la soledad sino vigorizarla con el contacto social. (Arenal, op. cit., T. 2, págs. 31 a 49).

k) **Las legislaciones tienden paulatinamente a limitar su duración:** Ninguna legislación moderna suscribiría la ley belga del 4 de Marzo de 1870, según la cual la reclusión celular puede prolongarse hasta diez años.

El Proyecto suizo consagra la reclusión en una celda en las penas de arresto, las cuales no exceden nunca de tres meses (art. 40), omitiendo referirse a las otras penas.

El Proyecto sueco prescribe el aislamiento celular durante toda la duración de las penas privativas de libertad cuando ésta no exceda de tres años y durante los tres primeros, cuando sea más larga. (Cap. II, parág. 11).

El Proyecto alemán dispone en el parágrafo 22: «Los condenados a las penas de reclusión y de prisión serán sometidos al encarcelamiento individual en el comienzo de la pena; los condenados a reclusión estarán sometidos al mismo durante seis meses, por lo menos; si el tiempo de duración de la pena fuere menor, durante toda su duración. A los condenados a la pena de arresto se les aplicará también el encarcelamiento individual cuando sea preciso para pro-



teger a sus compañeros de pena contra su pernicioso influjo, o cuando por otros motivos sea conveniente su separación.

El encarcelamiento individual podrá continuar durante tanto tiempo como crean preciso las autoridades del establecimiento. También podrá continuar cuando haya que preservar a los encarcelados contra el dañoso influjo de algún codetenido; sin embargo, sin el consentimiento del preso su duración no podrá exceder de tres años. El encarcelamiento no se aplicará cuando pueda originar algún peligro para el estado físico o psíquico del preso.

Cuando el encarcelamiento celular haya cesado, el preso será ocupado en común con los demás, pero durante la noche será separado lo posible de los otros encarcelados.

5.º **Sistema de Auburn:** Tres son las características del régimen auburniano: primero, la reclusión solitaria durante la noche; segundo, el trabajo en común durante el día; tercero, la rigidez de la disciplina, especialmente el silencio riguroso y la severidad de los castigos.

**Vántajas:** a) Desde el punto de vista de la enmienda es más eficaz que el sistema filadélfico; permite eficaz organización del trabajo, fácil difusión de la instrucción y acción asidua y constante del personal administrativo.

b) Desde el punto de vista financiero, el régimen auburniano presenta incontestable superioridad por requerir menor personal y celdas menos amplias. La instrucción y el trabajo se realizan en locales comunes. Según Cuche el gasto de la célula es de cuatro a ocho mil francos en el régimen filadélfico, en tanto que no excede de mil francos en el régimen de Auburn.

c) Condice con la naturaleza sociable del hombre. Así como el aislamiento redundaba en desmedro de los instintos sociales, la comunidad redundaba en beneficio de los mismos. Si el delincuente es un ser eminentemente social, la cárcel debe tender a adaptar al hombre al medio social.

d) El silencio basta para preaver los inconvenientes que engendra la libre plática de los penados. Las señas, los gestos, los movimientos, los arbitrios que discurre el ingenio de los delincuentes para traducir sus pensamientos no expone al peligro del contacto íntimo. Las conversaciones furtivas así como los concertos mímicos difieren de la conversación asidua y el comercio social constante. Sobre ser la excepción y no la regla, evita las inteligencias criminales y las lecciones de depravación.

**Inconvenientes:** a) La obligación del silencio importa un suplicio, tanto más cuanto la comunidad del trabajo incita al comercio verbal. ¿No es renovar el suplicio de Tántalo? Por una parte el trabajo común estimulándolo a ejercer el don de la palabra, atributo excelso del hombre; por otra parte, leyes draconianas poniendo freno a una necesidad natural.

b) La severidad de los castigos pugna con los propósitos perseguidos con la represión. La pena no es ya la retribución del mal por el mal, sino que tiende a adaptar la conducta del delincuente a las normas esenciales para la convivencia social.

La doctrina prodiga al régimen auburniano otras objeciones que carecen de vigor.

c) La comunidad suele ser el origen de futuras empresas criminales. No sólo proyectan crímenes en la prisión sino también tras la liberación por la amistad contraída.

d) el delincuente ha recogido los beneficios del encierro, en cuyo supuesto nada bastará a apartarlo de la senda de la virtud, o el de-





Incidente permanece en idénticas condiciones que cuando entrara, en cuyo supuesto no es difícil encontrar todo linaje de estímulos después de la liberación.

d) La convivencia de los delinquentes menoscaba el poder intimidativo de la pena. Mientras el aislamiento resta todo atractivo al encierro, la comunidad facilita la estancia en los establecimientos carcelarios.

La pérdida de la libertad da origen a la intimidación y no el régimen de una cárcel.

g.\* **Sistema progresivo, irlandés o de Crofton:** Denomínase progresivo por constar de distintos períodos; irlandés, por ser la patria de adopción aunque no de origen; Crofton, por haber perfeccionado el sistema el coronel del mismo apellido.

Los gérmenes del sistema progresivo encuéntrase en la obra desarrollada por el capitán Maconochie en la isla de Norfolk, isla que encerraba a los criminales más temibles, los *doublely convicted*, es decir aquellos que después de cumplir la pena de deportación en Australia incurrieran en nueva acción delictuosa. Ni los castigos más inexorables, ni las penas más severas, sin excluir la de muerte, fueron parte a refrenar el espíritu levantisco y el estado de turbulencia de los penados. Maconochie concibió la idea de reemplazar la severidad por la benignidad y los castigos por los premios. Puso en práctica el sistema de medir la duración de la pena por la gravedad del delito, el espíritu de trabajo y la buena conducta observada por el condenado, otorgando marcas o vales para acreditar la cantidad del trabajo y la calidad de la conducta. El número de marcas para obtener la libertad debería guardar proporción con el delito. Merced a este sistema transformóse los hábitos de los delinquentes, la docilidad y el trabajo prevalecía sobre la indisciplinación y el ocio.

Posteriormente fué perfeccionado por el coronel Crofton en Irlanda.

**Caracteres del sistema:** Como afirma Irureta Goyena, el insigne criminalista uruguayo, el sistema progresivo puede representarse por una pirámide cuya base está constituida por la reclusión celular, la cúspide por la libertad condicional y los planos intermedios entre la base y la cúspide por formas neutras de prisión que participan más o menos de ambos extremos según la mayor proximidad a una u otra. El paso de la prisión a la libertad es un plano inclinado y no un abismo como en el régimen celular continuo.

En efecto, consta de cuatro períodos: El primer período es el de la reclusión celular diurna y nocturna de nueve meses de duración, cumplidos ya en prisiones centrales, ya en prisiones locales.

El segundo período consagra el régimen auburniano, es decir, reclusión celular nocturna y comunidad de trabajo diurna con obligación del silencio. Los *convicted* divídense en cuatro clases: clases de prueba, clase tercera, clase segunda y clase primera, subdividida la última en dos clases. El tránsito de una clase a otra regístrate por las marcas, requiriéndose 720 marcas para pasar de la clase de prueba a la clase tercera y 2920 marcas para ingresar de la clase tercera a la segunda y de esta a la primera la misma cantidad. No puede obtener más de 8 marcas por día. Cada clase comporta concesiones y restricciones especiales en cuanto al monto de la remuneración, al régimen de la alimentación, a la calidad del trabajo, al número de visitas, a las condiciones de la cama, a la cantidad de cartas a escribir.



El tercer período, agregado por Crofton, cúmplase en establecimientos agrícolas; los condenados en número de cincuenta trabajan al aire libre.

El cuarto período, está singularizado por la libertad condicional. **Ventajas:** a) **Es un régimen natural.** Prepara paulatinamente a la libertad. El tránsito de un período a otro verificase sin violencia. El régimen celular representa un cambio brusco, el auburniano aunque atienda sus inconvenientes con la comunidad del trabajo no puede parangonarse con el sistema progresivo que lleva del aislamiento absoluto a la libertad condicional por fases graduales y sucesivas.

b) **Estimula la buena conducta.** Como la duración de las distintas etapas guarda vinculación con la conducta observada y con la aplicación al trabajo, y como la mala conducta acarrea el retroceso a las clases inferiores y aun a la celda, el delincuente procura encuadrar sus actos en los límites de la más estricta moralidad.

c) **Favorece la readaptación social.** Todo régimen penitenciario debe propender a que el condenado ajuste su conducta a las exigencias sociales. Puesto que el delincuente ha de recuperar la libertad, es menester enseñarle a usar de la libertad. La reclusión celular austera al condenado del peligro, en tanto que en el régimen progresivo el delincuente afronta el peligro y aprende a evitarlo.

d) **Fomenta el trabajo:** El delincuente tiene más incentivos para trabajar no sólo porque recibe el estímulo de la comunidad y la acción del personal es más constante y eficaz sino también por la variedad de los trabajos. Bajo el régimen progresivo, los condenados ingleses han realizado obras públicas importantes como cárceles, construcción de caminos, apertura de canales, roturación de montes, cultivo de campos. Cítase entre otras la construcción de la prisión de Wormwood-Scrubs, del dique de Portland y del fondeadero de Portsmouth.

e) **Es económico.** -- Refiere Prins que la celda costaba 1860 francos en 1842; 1770 en 1865 y en 1870, 835 francos. Los condenados extrañan la piedra, colocaban los ladrillos, elevaban el andamiaje, forjaban los hierros y construían así las celdas. (Prins, op. cit., pág. 82). Las obras públicas y los trabajos privados realizados por los presos compensa con creces los gastos que ocasiona en el establecimiento. He aquí una ventaja apreciable; el trabajo es útil para los presos que obtienen remuneración, para el estado porque se beneficia con obras de utilidad pública, para el pueblo que no contribuye con su peculio a sufrir las consecuencias de los crímenes ajenos.

f) **Previene ciertas enfermedades.** Las estadísticas carcelarias ponen de relieve que el sistema progresivo no suministra sino exiguo contingente a las enfermedades físicas y mentales y aún a las físicas como la tuberculosis, así como evita el suicidio, tanto porque el delincuente gusta del aire, la luz, el movimiento, cuanto por estar exento de las preocupaciones que embargan el ánimo del recluso en la celda.

g) **Es una piedra de toque del carácter del delincuente.** Como la vigilancia es más activa y asidua, como el condenado está en contacto con elementos diversos, como el delincuente mejora de condición por merecimientos personales, el régimen progresivo es el menos propicio a la hipocresía. En el sistema celular la buena conducta reduce a la sumisión, a la docilidad, mientras en el sistema progresivo no sólo está en comunicación con los carceleros como el anterior sino también con los otros condenados. Así es más difícil ocultar el carácter, difrazar las pasiones, simular aptitudes sociales.



(Para estudiar a fondo el régimen progresivo puede consultarse Beltrami Scallia, op. cit., especialmente págs. 116 a 200).

**Objeciones:** Los opositores del régimen progresivo invocan en apoyo de sus impugnaciones: la facilidad de la simulación para lograr la libertad condicional, que alimenta la codicia del estado para explotar el trabajo de los penados, que la comunicación fomenta proyectos y empresas criminales, que menoscaba así el poder de intimidación, como el poder de ejemplaridad de la pena, objeciones todas infundadas según hemos demostrado. Róder, *llega hasta calificarlo tan falso de principios como sobrado de contradicciones*. (op. cit., pág. 350).

#### Régimen carcelario argentino

1.° **Caracteres generales.** En rigor de verdad la República Argentina carece de régimen carcelario. El caos prevalece sobre la uniformidad, la ociosidad sobre el trabajo, el desalino sobre la limpieza, el desorden sobre la regularidad. Merced a la anarquía reinante la justicia penal unitaria consagrada por la Constitución Nacional ha sido reemplazada por la justicia penal local implantada en las distintas cárceles. Urge dictar una ley nacional así por razones de justicia como por razones de defensa social. La cárcel debe ser el sepulcro y no el internadero del delito.

2.° **La Penitenciaría Nacional:** Entre los establecimientos nacionales merece especial mención la penitenciaría nacional, objeto de entusiastas elogios por propios y extraños. El edificio es vasto, la forma radial. Reina la compostura, el aseo, la organización, el método, las celdas son hasta cómodas, pues miden cuatro metros de largo por dos metros y veinte centímetros de ancho, dotado de talleres, escuelas, enfermerías, biblioteca.

El régimen adoptado es el Auburn, aunque suprime la severidad de los castigos.

La organización descansa sobre tres bases: la disciplina, el trabajo y la instrucción.

Funciona un tribunal de conductas compuesto por empleados superiores, los cuales clasifican semestralmente a los penados atendiendo a los informes recogidos por los guardianes, celadores, maestros de talleres, profesores, en suma de todo el personal que está en contacto inmediato con el penado.

La conducta clasifícase en seis grados abrazando desde la conducta pésima hasta la conducta ejemplar. Según la conducta son las recompensas y las restricciones. Las recompensas consisten en el uso de distintivos, en la lectura de los libros de la biblioteca, en el aumento de visitas, luz, provisiones, recreo en la quinta, poder ejercer el cargo de trabajador del pabellón y aún la disminución anual de varios meses en el término de la condena, acordada como gracia por el P. E. el 28 de Enero de 1905.

Las restricciones consisten en la supresión de la ración de tabaco y la limitación de la visita a una cada dos meses, en la mala conducta y en la conducta pésima las privaciones anteriores y además: reclusión permanente en la celda con obligación de trabajar en ella; supresión de visita, supresión de luz durante la noche.

La instrucción de los penados a la escuela es obligatoria, salvo aquellos que la dirección del establecimiento exiuya por motivos que estime convenientes.

El trabajo es obligatorio, consagrándose el penado al oficio que



3.º Cárcel de encausados. — Como se desprende de su denominación comprende a los encausados y además a los menores delincuentes y adultos condenados a pena de arresto. A Duffy debe el adelanto de la cárcel. Entre sus iniciativas plausibles es digna de resaltar la oficina de estudios médico-legales, donde se estudia prolijamente al delincuente.

4.º Colonia nacional de Menores de Marcos Paz. — La superficie del establecimiento es de 1.200 hectáreas: contiene pocos pabellones. Allí contiene menores abandonados, reclusos temporalmente por orden judicial, expositos y menores rebeldes por tiempo que no exceda de un mes. Los menores dedicanse a trabajos de agricultura, floricultura, ganadería, carpintería, herrería, etc., alternando el trabajo con la instrucción.

5.º Establecimientos carcelarios de la provincia de Buenos Aires. — Adolfo Carranza sintetiza así sus observaciones: «La base del régimen carcelario de la Provincia es la ociosidad absoluta de los condenados a penas de arresto, prisión, penitenciaría y presidio, salvo los penados que se encuentran en el presidio provincial de Sierra Chica, quienes tienen un régimen de trabajos». (Carranza. Régimen carcelario argentino. 1909, págs. 123).

Asimismo en Sierra Chica el trabajo es saaz rudimentario, circunscribiéndose a picar piedras en las canteras vecinas. Allí no reisa ningún sistema. (Ver cuestiones carcelarias y penales. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. La Plata 1910, págs. 17 y 78, y E. Gómez, Estudios penitenciarios, Buenos Aires 1906, páginas 58 y siga.)

#### Bases para la reforma

1.º Creación de establecimientos fabriles y colonias agrícolas o trabajos al aire libre. — Creemos con Ferri que el aire, la luz, el movimiento, el trabajo de los campos, pueden solos, dado el carácter meridional de nuestros pueblos latinos y la proporción considerable de los campesinos entre nuestros condenados, regenerar a los criminales menos degenerados, impedir en todo caso la consunción y el embrutecimiento de aquellos que son incorregibles, imponiéndoles un trabajo más remunerador». (Ferri, op. cit., T. 2, págs. 319).

El delincuente debe ser el «plone» de la civilización. En lugar de envilecerse en el aislamiento de la celda, debe tonificarse su voluntad, roturando los campos, disecando las pantanos, descuajando los bosques, horadando las canteras.

El vice gobernador de Córdoba, doctor Jerónimo del Barco, presentó a la Cámara de Diputados en el año 1908 un meditado proyecto para erigir establecimientos fabriles en los cuales los penados serían destinados a trabajos de obreros de fábrica u oficios manuales, y establecimientos rurales, forestales, de canteras u otros trabajos al aire libre en las regiones que el Poder Ejecutivo entienda más convenientes, subordinando el destino del condenado a sus antecedentes, aptitudes y condiciones de salud.

2.º Creación de Reformatorios. — Merece recordarse el origen y espíritu de los reformatorios. Se fundó el primero en la isla Roddall en el Estado de Nueva York en 1825. El estado cooperó a su creación aunque el régimen fué establecido por los fundadores. De allí cundió a Hoston en 1826 y a Filadelfia en 1827. El alma de los reformatorios fué Wines, cuya acción en favor de la reforma de los sistemas penitenciarios es comparable a la desarrollada por Howard en Inglaterra. Roller en Alemania, Arenal en España, Beltrami en Suiza.



y Ferri en Italia, Prins en Bélgica. Estuvo en contacto con los penitenciaristas más reputados, Carpentier, Crofton, Bonneville de Marsanay, Carlos Lucas, Holsendorff, Arenal, Laatre, Beltrani Scalia.

Los reformatorios no se proponen la expiación del delito cometido como en la práctica ocurre en el régimen carcelario argentino, sino en evitar que el delincuente siga cometiendo delitos al recuperar la libertad.

Así como el médico aplica el tratamiento según las modalidades personales del enfermo, los reformatorios aplican el régimen repartido en la idiosincrasia del delincuente.

La sentencia a priori, la sentencia determinada con anticipación es reemplazada por la sentencia a posteriori, por la sentencia indeterminada.

**Reformatorio de Elmira.** — De fama mundial, el Reformatorio de Elmira constituye el establecimiento penal del porvenir. A los reclusos no se les llama presidiarios ni penados sino internos o pupilos mientras están en el Reformatorio y graduados cuando han obtenido la libertad en parole.

Tres recaudos deben concurrir para entrar en el reformatorio: 1.º no poseer ni menos de diez y seis años ni más de treinta; 2.º haber sido condenado por los tribunales de Nueva York o por los tribunales federales; 3.º Cometer un delito cuya pena fuere la de cárcel o en alguna prisión del estado.

Los reclusos divídense en tres grados denominados: primero superior o de prueba; primero inferior o neutral y grado segundo, infimo o de condena.

Según el grado disfrutan de prerrogativas o padecen restricciones en cuanto al traje, el salario, la alimentación, las visitas, la correspondencia, el uso de los libros de la biblioteca. Además, a fin de conocer prolijamente a los internos, están clasificados también desde el punto de vista intelectual, de las artes y oficios, de la educación militar, de la religión, de su estado físico y del régimen dietético.

Para lograr la readaptación social de los internos ponen en juego diversos medios: la sentencia indeterminada, los vales pecuniarios, la clasificación en grados, la educación intelectual, los ejercicios militares, la educación técnica e industrial, la educación física, la educación manual, el cuidado de la salud, sin descuidar ni la influencia moral ni la influencia religiosa.

La educación intelectual comprende la enseñanza de la lectura, escritura y nociones rudimentarias de aritmética, a los que carecen de conocimientos y ética, deberes cívicos, historia, literatura, economía y ciencias naturales a los que asisten a la clase superior.

Los pupilos se dividen en tres grados que se subdividen en veintiocho clases, según el desarrollo intelectual y los progresos en los estudios.

La enseñanza suminístrase durante la noche.

La educación técnica, la enseñanza profesional tiende a colocar al interno en condiciones de subvenir a sus necesidades después de la liberación en parole.

La enseñanza de los oficios está encomendada a maestros hábiles. Los internos se dividen en clases según su capacidad y facilidad para aprender y dedicarse a los trabajos. El trabajo es obligatorio y su elección queda librada al arbitrio del pupilo siempre que se adapte al diagnóstico formulado por la dirección.

Existen los más diversos trabajos: tipografía, oficios decorativos domésticos, de construcción, metal, madera, etc.



La educación física es muy cuidada, tiende a reponer el organismo con el objeto de ponerlo en condiciones de desempeñar normalmente sus funciones, aumentar la suma de energía nerviosa y fortalecer así el carácter.

Existe una educación física especial para los anémicos, semi-inválidos, débiles de la mente, pervertidos sexuales, imbeciles, etc. La primera se realiza mediante los ejercicios militares, la segunda mediante el gimnasio.

El régimen dietético completa el sistema general. Tiende a modificar el carácter mediante el empleo de una alimentación especial.

La sentencia indeterminada y la liberación on parole, son las bases angulares de los reformatorios. Así como el médico no puede determinar la época de curación del enfermo, el reformatorio estima imposible fijar con anticipación la época de la readaptación social del pupilo. Admiten la sentencia relativamente indeterminada puesto que la liberación debe producirse indefectiblemente cuando transcurra el máximo de duración señalada por la ley para el delito cometido.

La liberación on parole, es la liberación concedida bajo la palabra de honor empeñada por el pupilo de ajustar su conducta a las reglas fijadas por el Board of Managers del reformatorio.

Las reglas son: 1.ª la liberación se concede por seis meses; es un periodo de prueba durante el cual queda sujeto a las autoridades del Reformatorio; 2.ª un agente del reformatorio vigila su conducta e informa mensualmente sobre su comportamiento; 3.ª deberá trabajar en el empleo o trabajo buscado por el Reformatorio, no pudiendo variar de trabajo ni mudar la residencia sin la anuencia del Board of Managers; 4.ª inmediatamente de obtener la liberación on parole deberá presentarse al agente del Reformatorio del lugar de destino y a más informar al Reformatorio el primer día de cada mes sobre su vida y comportamiento.

La buena conducta acarrea la liberación definitiva, la transgresión de las condiciones impuestas, la revocación de la liberación on parole.

Para obtener la liberación on parole requiere: 1.º que el pupilo haya aprendido un oficio; 2.º que haya reunido, con el producto de sus salarios, una suma de dinero bastante a cubrir sus necesidades mientras encuentre colocación o que encuentre empleo desde el Reformatorio; 3.º que por su conducta pueda presumirse que no cometerá delitos en el futuro.

(Para profundizar el tema puede consultarse El Reformatorio de Elmira, por P. Dorado, Madrid).

3.ª **Creación de establecimientos para alienados delincuentes:** El delincuente alienado difiere del delincuente común y del alienado común aunque por el delito vincúlase al derecho penal y por la locura al derecho administrativo. No pueden recluirse en las cárceles porque la pena no llenaría ningún objeto, ni deben convivir con los demás alienados porque constituyen un peligro. Deben ser enclaustrados en establecimientos sui generis, a falta de éstos en cuartos especiales de los manicomios, separados de los demás alienados como lo recomendara el congreso penitenciario celebrado en Buenos Aires en 1914.

El Proyecto ha omitido establecer este principio aceptado por los proyectos de Tejedor y de 1891.

4.ª **Creación de establecimientos para semialienados delincuentes:** Comprende los asilos de bebedores para los alcoholistas y asilos especiales para imbeciles, epilépticos, degenerados, en suma la hueste



de anormales delinquentes. Hay que sustraerlos a la prisión porque la pena no es capaz de modificar su personalidad ni concluir con sus anomalías fisiológicas. Deben ser reclusos en establecimientos sui generis de carácter represivo-preventivo que atiendan por igual al delincuente y al enfermo.

5.ª Creación de establecimientos para menores delinquentes: Según los artículos 36 y 37 del Proyecto, los menores de catorce años y los menores de diez y ocho años y mayores de catorce serán colocados en un establecimiento destinado a corrección de menores. El régimen ideal para los menores es el reformatorio.

3º *Pena de muerte.* — El Proyecto suprime la pena de muerte aunque como asevera la exposición de motivos “tiene más carácter doctrinario que teórico”.

La aplicación de la más rigurosa de las penas excita críticas implacables y vehementes apologías así en el terreno de las lucubraciones filosóficas y especulaciones jurídicas, como en los dictados de la moral y sugerencias de la poesía. En tanto que los panegiristas entonan calurosas loas tanto por suprimir a un malvado cuanto por intimidar a los demás, los adversarios no vacilan en prodigarle severas críticas notándola de innecesaria, desdorosa, desconceptuada, arbitraria, inhumana e irreparable.

Abona la abolición múltiples y serias razones, entre otras las siguientes:

a) Las cifras de las estadísticas y la experiencia de los pueblos, muestran bien a las claras que el incremento de la criminalidad obedece a motivos extraños a su aplicación o supresión. En vano la inclemencia de los Emperadores de Roma entregaba a los inocentes cristianos al furor de las fieras (1). En vano las legislaciones medioevales discurrían arbitrios donde la originalidad compete con la tortura. Las Leyes de Partidas, trasunto de avanzada civilización asombran con el espectáculo de tanta crueldad. (2).

(1) Oceloso es recordar que los cristianos eran reputados como peligrosos.

(2) «Otros decimos que la pena de la muerte de que hablamos en la ley tercera ante desta puede ser dada al que la mereciere cortando la cabeza con espada o con cuchillo el non con segur ni con foz de segar otros pudiendo enforcar o quemar o echarlo a las bestias bravas que lo maten». Ley VI, Tit. XXXI, Partida VII.

El homicidio perpetrado en los parientes especificados en la ley, era objeto de refinado suplicio «sea azotado ante todos públicamente, et desí que lo metan en un saco de cuero, et que entierran con el



Las legislaciones modernas no recurren a expedientes horrendos, pero no por ello, granjean resultados apetecibles. La delincuencia acrece incesantemente. Más no los grandes sino los pequeños delitos. Los delitos contra la propiedad cobran singular incremento: no así los graves delitos contra las personas, para los cuales se reserva la pena de muerte.

b) O se aplica con prodigalidad o se aplica con parsimonia. En este supuesto redundan en mengua de la intimidación, semejando a los maniquies de las salas de armas ceñidos con armaduras de acero y embrazando un arcabuz enmohecido, según la agraciada expresión de Tarde, o produciendo el efecto de los espantajos esparcidos por los campos para ahuyentar a los pájaros, según la certera comparación de Ferri.

En el primer supuesto, pugnaría con el grado de civilización que hemos alcanzado. Si la ejecución aislada de Lauro y Salvato diera margen a ruidosas muestras de desaprobación, fácil es imaginarse las demostraciones de protesta que suscitaría la aplicación frecuente.

c) La pena perpétua aceptada por el Proyecto basta a conciliar la necesidad de preservarse de los grandes malvados con las vanas aprensiones que pudiera suscitar la abolición. La pérdida perpétua de la libertad, tiene tanto imperio sobre el ánimo del que concibe un delito como la pérdida de la vida.

Bien es verdad que la liberación condicional auspiciada por el Proyecto, y la gracia consagrada por la Constitución Nacional, podría reintegrar a la sociedad a un criminal asaz temible. Pero no es menos cierto que para la primera requiérese haber cumplido veinte años de condena, y en cuanto a la segunda ningún gobierno sería osado a otorgarla sino tras larga permanencia en la cárcel.

d) El Código en vigencia pone serias cortapisas a la ejecución. Por razón del sexo excluye a la mujer; por la edad a los

---

un can, et un gallo, et una coluebra, et un ximio, et después que el fuere en el saco con estas quatro bestias, coan o aten la boca del saco, et echenlo en la mar o en el río más cerca de aquel lugar do esto acaesiere». Ley XII. Tit. XXXI. Partida VII.

El homicidio cometido en la persona «de los que andan cutianamente con el rey, «si fuere de los mayores que lo diesen muerte segunt alvedrío del rey; et si el matador fuere de los menores que lo metleser vivo so el muerto». Ley III. Tit. XVI. Partida II.



menores, y a los mayores de sesenta años; por la prueba cuando no sea clara, precisa y concordante; por la duración del proceso cuando se prolongara durante dos años. A estas limitaciones, añádase las de los códigos de procedimientos (1) para comprender cuán infundados son los temores abrigados por los mantenedores del régimen actual.

El ministerio de la represión no sufre menoscabo; antes bien, cobra vigor al suprimir con la pena de muerte las precauciones que la rodean.

e) No la auspicia la opinión pública. En cuanto el magistrado dicta el fallo inexorable, la sociedad se agita en un movimiento de piedad que no queda a la zaga de la indignación que despertara el crimen. Los clamores de la prensa, las requisitorias de los publicistas, las solicitudes de la opinión no cesan de invocar la clemencia del primer magistrado.

¿Por qué razón las penas conminadas a los duelistas son ramas caducas en el árbol de la legislación argentina?

Es que está en oposición con las costumbres, es incompatible con las ideas dominantes.

f) La historia de la pena de muerte en la República Argentina, es la historia de la abolición gradual de la misma. Aplicada sin recato para los delitos comunes durante la época colonial, y durante la época de la tiranía para los delitos políticos; en unos y otros ha dejado de aplicarse, en éstos de derecho por la Constitución Nacional, en aquéllos de hecho, por el sentimiento público. A través de la evolución del derecho penal argentino descúbrese la tendencia de borrar la pena de muerte del catálogo del régimen represivo, ya mediante restricciones legales, ya por la prudencia judicial, ya por la magnanimidad del poder ejecutivo (2).

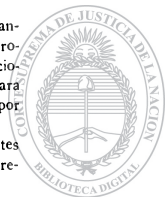
g) La mayor parte de los países han abolido la pena de muerte, y aquellos que la conservan, bien no la aplican, como Bélgica, bien la aplican con mesura como Francia.

De los Proyectos modernos el suizo y el sueco son adversos y partidarios el austriaco y el alemán.

Thyren la suprime por "bárbara e innecesaria". La pena

(1) Ver Rivarola. Derecho penal Argentino, págs. 327 y 328.

(2) Ver Rivarola. Crítica de la pena de muerte en el Código penal argentino.





perpétua y la custodia en establecimientos especiales, puede sustituirse (1).

En suiza, la cuestión ha dado margen a calurosos debates. Stooss, se mostraba contrario, tanto porque no es posible prescindir del sentimiento, cuanto porque la autoridad de la ley exige que las penas se ejecuten (2).

4º La supresión de la pena de destierro, consagrada por el Código actual, no puede levantar objeción alguna:

a) Por la naturaleza de los delitos a que se aplica: adulterio (art. 122), violación de la cuarentena (art. 299), y a los delitos políticos, como la rebelión y sedición (arts. 226 y 227).

¿Qué pena es la del destierro para el autor de graves crímenes políticos? No condice con la gravedad de los hechos cometidos. En el país extranjero antes son agasajados que repudiados. En los delitos comunes mencionados el perjuicio recae especialmente sobre la familia.

b) No se aviene con las relaciones cordiales y pacíficas mantenidas por el gobierno argentino, así con los países limítrofes como con los países lejanos. La expulsión de los delincuentes, por delitos comunes, importa un presente griego para el país destinatario.

c) Por los obstáculos que presenta la vigilancia del desterrado. Es fácil quebrantar la pena por la extensión del territorio. Para obviar este inconveniente el Código se ve precisado a reagravarla con la mitad más del tiempo de la primera condenación, cuando entrese de nuevo en el territorio de la República, y a establecer la prisión por el tiempo que le faltare para completarla en el caso de nuevo quebrantamiento del destierro.

d) Porque es desigual. Es grave para el pobre, como leve para el rico. En el primer caso pone serias cortapisas a la enmienda del delincuente, pudiendo arrastrarlo a una vida de depravación; en el segundo, le brinda propicia oportunidad para entregarse al esparcimiento.



5º *Penas privativas de libertad.* — Las penas de presidio y penitenciaria, así como las de prisión y arresto, establecidas en la legislación penal en vigencia son idénticas en el fondo por obra y gracia de la ley de Reformas.

En el código de 1886 existían entre las primeras dos diferencias capitales: el carácter infamante y la falta de remuneración de la pena de presidio.

Después de la Ley 4189, hay tan sólo diferencias de detalles: concernientes al cómputo de la prisión preventiva, en la agravación en los aniversarios del crimen y a la inhabilitación y vigilancia de la autoridad.

En efecto, según los términos del art. 40, tres días de prisión preventiva equivalen a uno de presidio; dos días de prisión preventiva a uno de penitenciaria.

Por el art. 64, aquélla puede ser agravada con reclusión solitaria que no exceda de treinta días en los aniversarios del crimen: por el art. 66, hasta veinte días la de penitenciaria.

La pena de presidio acarrea la inhabilitación absoluta para cargos públicos y para los ejercicios de los derechos políticos activos y pasivos por el tiempo de la condena y la mitad más (art. 63, inc. 1) y sujeción a la autoridad por uno a cinco años, después de cumplida la condena (art. 63 inc. 3). La pena de penitenciaria, lleva consigo los mismos efectos, pero con deducción de un tercio.

A su vez las penas de arresto y prisión no presentan diferencias esenciales.

En consecuencia el Proyecto es más lógico al reducir las penas privativas de libertad a la reclusión y a la prisión, dejando subsistentes la detención domiciliaria y la deportación, que denomina con más propiedad relegación, pero no por ello dista de estar a cubierto de la crítica.

Entre la reclusión y la prisión no hay diferencias esenciales: ambas se cumplen con trabajo obligatorio (art. 6 y 9), importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y durante uno a tres años más (art. 12); disfrutan de remuneración las cuales tienen idéntico destino (art. 11 y 31, inciso 1), pueden obtener la liberación condicional, cuando la condena exceda de tres años (art. 13) y la condena condicio-



nal cuando no exceda de dos años (art. 26); la prescripción de la acción penal se gobiernan por idénticas disposiciones sin distinguir entre la pena temporal y perpétua (art. 62, inc. 1 y 2), lo mismo la prescripción de la pena cuando son temporales (art. 65, inc. 3).

Las diferencias son: a) Respecto del trabajo: los condenados a reclusión, podrán ser empleados en *obras públicas* (artículo 6), los condenados a prisión podrán ser empleados en el establecimiento (art. 9).

b) En cuanto al cómputo de la prisión preventiva: dos días de prisión preventiva se computan por uno de reclusión; un día de prisión preventiva, por uno de prisión (art. 24).

c) Acerca de la pena en el autor de la tentativa y en la participación criminal: Si la pena fuera de reclusión perpétua, la de tentativa y participación criminal, será reclusión de quince a veinte años; si la pena fuera de prisión perpétua, la de la tentativa o participación será prisión de diez a quince años.

d) En lo relativo a la prescripción de la pena: la reclusión perpétua se prescribe a los veinte años (art. 65 inc. 1), la prisión perpétua a los quince años (art. 65 inc. 2).

Como puede observarse, las diferencias apuntadas son arbitrarias.

¿Por qué la prescripción de la pena de reclusión o prisión están sujetas al mismo tiempo cuando son temporales, y en distinto tiempo cuando son perpétuas?

¿Por qué la prisión preventiva debe computarse en forma distinta? ¿Acaso no se cumplen regularmente en los mismos establecimientos?

¿Por qué los condenados a prisión están excluidos del trabajo en obras públicas?

Ninguna razón puede alegarse para consagrar estas diferencias en el régimen jurídico o en lugar del trabajo.

En el Proyecto, pues, no aparece diferencia radical digna de consideración. La disciplina carcelaria será la única base para distinguirlas cuando se dicte una ley especial.

6° Tanto la pena de prisión como la de reclusión pueden ser perpétuas. El Proyecto generaliza la pena establecida ex-

cepcionalmente por el Código en vigencia respecto de los cómplices cuando la pena que le correspondería como autor fuera la de muerte. (Art. 4 inc. a de la Ley de Reformas.)

En la legislación comparada se encuentra en el código holandés (art. 10), alemán (art. 14), belga (art. 7), francés (art. 7), español (art. 26), italiano (art. 12), húngaro (art. 22) y en todos los Proyectos modernos.

La pena perpétua ha sido objeto de críticas severas por cuanto priva al condenado del mayor de los alicientes: la esperanza. Asimismo téngase que se convierta en un elemento de discordia y desorganización, aparte de que el legislador no debe cerrar las puertas a la enmienda.

Sin embargo, se trata de grandes criminales para quienes las legislaciones reservan la pena de muerte, a la cual está destinado a reemplazar en el derecho penal del porvenir.

Por lo demás se aplica a muy reducidos casos: 1° al homicidio cometido en personas vinculadas por estrecho parentesco como los ascendientes, descendientes y cónyuges (art. 80 inciso 1); 2° al homicidio realizado por medios o en forma o con fines reveladores de suma peligrosidad, como con alevosía, ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos (art. 80 inc. 2); 3° al que matare a otro, para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados, o la impunidad para sí o para sus cooperadores, o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible (art. 80, inc. 3); 4° al argentino o a toda persona que deba obediencia a la Nación que tomare las armas contra ésta, se uniere a sus enemigos o les prestare cualquier ayuda o socorro (art. 214); 5° al que ejecutare un hecho dirigido a someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad o si indujere o decidiere a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República (art. 215, inc. 1 y 2).

Además el Proyecto, gracias al régimen de las penas paralelas, permite sustituir la pena perpétua, por la relegación





por tiempo indeterminado, en los casos enumerados en el art. 80, y por la reclusión o prisión de diez a veinticinco años en los casos del art. 214.

7º Así el condenado a reclusión como a prisión, disfruta de remuneración, la cual se aplicará según el art. 11 a los objetos siguientes: 1º a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, que no satisficiera con otros recursos; 2º a la prestación de alimentos según el código civil; 3º a costear los gastos que causare en el establecimiento; 4º a formarle un fondo propio que se le entregará a la salida.

La ambigua redacción del Proyecto, debe ser modificada. No expresa con claridad, si el producto del trabajo se aplicará simultáneamente a los fines especificados, o si por el contrario, establece un orden de prelación.

En favor de aquella hipótesis militan tres razones fundamentales. En primer lugar tal es el alcance atribuido por Rivarola, colaborador del Proyecto. Según el eminente tratadista argentino, el Proyecto de 1906 — fuente inmediata del de 1917 — divide el producto del trabajo del condenado en cuatro partes (1).

En segundo término porque es el criterio dominante en la legislación comparada; a no ser por excepción, se establece un orden de prioridad.

En tercer lugar porque el resarcimiento de los daños y perjuicios insumiría todo el producto, y cuando excepcionalmente hubiera excedente, apenas bastaría para la prestación de alimentos a su familia. Nunca lograría formársele un fondo propio cuya utilidad exaltan a porfía todos los expositores, puesto que propende a sustraerlo de los sobresaltos y asechanzas inherentes a la liberación. El inc. 4 del art. 11 implicaría rendir culto a la ironía.

Pero en contra de la hipótesis analizada, y en apoyo de que el art. 11 importa consagrar un orden de prelación de suerte que la indemnización disfruta de preferencia sobre la prestación de alimentos y ésta sobre los gastos que causare en el establecimiento y éste sobre los fondos propios, puede alegarse la disposición concordante del art. 65 del código penal — de-

---

(1) Rivarola. Derecho penal argentino, págs. 117.



rogado por la ley de Reformas — el cual artículo establece en el segundo párrafo, que el producto íntegro del trabajo se destinará a la responsabilidad civil en que hubiese incurrido y al sostén de la familia si la tuviere. Llenados estos dos objetos, el remanente se aplicará a satisfacer los gastos y a formarle un peculio.

Además, según el espíritu que anima al Proyecto la obligación de indemnizar emergente del delito goza de preferencia sobre todas las obligaciones nacidas con posterioridad al mismo, y aún simultáneamente, como en la multa (art. 29). También es preferente sobre los gastos del juicio. Luego, atendiendo al espíritu que campea en el Proyecto, no sería aventurado afirmar que el peculio debe ser destinado primero al cumplimiento de la obligación civil.

A mayor abundamiento ¿con qué objeto especifica y enumera el destino del peculio?

La exposición de motivos, disipa en algo las dudas: a estar a sus palabras “en primer lugar, debe dedicarse el dinero del reo al cumplimiento de sus obligaciones, tanto las que resultan de la causa, como las que se refieren a su familia; y en segundo, a formarle un fondo que deberá serle entregado a la salida (1). De suerte que los autores han abrigado el propósito de destinar el producto a varios objetos al mismo tiempo. Así se induce al colocar en idéntico plano la obligación resultante de la causa, y la que concierne a la familia.

Además, tanto el Proyecto de 1917 como el de 1906 suprimen la parte final del art. 38 del Proyecto de 1891, fuente inmediata de la disposición en examen, el cual establecía la enumeración como orden de preferencia.

Como un homenaje a la claridad y para precaver vacilaciones, es menester agregar la expresión “simultáneamente” después del vocablo “se aplicará”.

En éste supuesto la reforma más digna de mencionarse, introducida en esta materia por el Proyecto, estriba en hacer efectiva la indemnización y reservar al penado un peculio.

El código en vigencia incurriendo en gran error, descuida lo último. El peculio incita a la enmienda, fomenta la disci-

plina, estimula al trabajo, conforta la voluntad, morigera los apetitos, coopera a la moralización, prepara la rehabilitación, conjura las funestas consecuencias consiguientes a la liberación.

8º Según el art. 12 "la reclusión y la prisión por más de tres años, importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres años más, según el caso y a juicio del tribunal".

Por el Código penal, el término se prolonga por el tiempo de la condena y la mitad más en la pena de presidio, y en la penitenciaría lo mismo con deducción de un tercio (art 63, inciso 1 y art. 67).

La exposición de motivos del Proyecto funda el artículo en estos términos: "El que ha sido condenado a una pena de encierro grave, carece de capacidad para desempeñar funciones públicas, pues no se le puede considerar digno de las mismas", "... no cabe suponer, agrega, que el penado recién cumplida (se refiere a la extinción de la pena), tenga actitud para ejercitar funciones que encierran honores y confianza" (1).

Ninguno de los Proyectos modernos establece una prescripción tan perentoria y absoluta como la del Proyecto argentino.

El alemán lo establece con carácter facultativo; en el párrafo 47 dice así: "cuando a causa del delito cometido sea de temer el abuso de estos derechos" (se refiere a los que enumera en el parág. 46).

Según el Proyecto suizo el condenado a reclusión será privado de tomar parte en las votaciones a elecciones públicas, no es elegible, no puede ser funcionario, miembro de ninguna autoridad, tutor, ni testigo instrumental, ni servir en el ejército amén de la pérdida de los derechos civiles, todo de dos a diez años.

El condenado a prisión *podrá* ser privado de sus derechos civiles y de los demás derechos ya mencionados durante un tiempo de uno a cinco años "si el delito denota en su autor la bajeza de carácter" (art. 52).

El Proyecto sueco reserva las penas accesorias a los casos especialmente establecidos por la ley (cap. II, parág. 34).







La solución del Proyecto argentino, conduce a la injusticia. ¿Por qué se ha de privar de los derechos electorales o declarararlo incapacitado para obtener cargos, empleos y comisiones públicas, al que mantiene incólume su honor y su probidad? ¿Por ventura todos los delitos que acarrearán penas de más de tres años de prisión o reclusión, lastiman la dignidad o redundan en desmedro de la reputación? ¿No hay una flagrante injusticia en dispensar de la inhabilitación a los autores de hurto en los casos que caen bajo el imperio del art. 162, en los delitos contra el honor y por el contrario fulminar con una pena humillante al que hiere cediendo a la vindicación de su honra o mata obedeciendo a un movimiento irreflexivo como en los delitos culposos?

El que hurta puede ser indigno de ocupar un empleo público, no así ciertos delincuentes pasionales y todos los delincentes culposos.

A nuestro juicio la inhabilitación debiera ser facultativa, como lo establece el parág. 54 del código húngaro, agregando como elemento de juicio para discernirla que es preciso reparar en la naturaleza del delito, en los antecedentes del autor y especialmente en los móviles de la acción.

En cuanto al plazo en que empieza a surtir efecto la inhabilitación absoluta, se cuenta "por el tiempo de la condena y de uno a tres años más".

Es más justo establecerlo desde el tiempo de la extinción de la pena principal. Supongamos que un delincuente condenado a veinte años de reclusión obtuviera indulto a los quince años de cumplida la pena. ¿Por qué la inhabilitación ha de prolongarse hasta uno o tres años después de lo establecido en la condena?

¿No sería una inhabilitación de 6 u 8 años, término que excede el que tuvieron en vista los autores? A buen seguro, no ha sido esta la idea acariciada por los redactores.

9° La reclusión y la prisión por más de tres años, no sólo importa la inhabilitación absoluta sino también la privación de los derechos civiles.

Tres excepciones reconoce el principio: concernientes a la facultad de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio "in extremis".

El art. 63, inc. 2 y el art. 67 del Código penal en vigencia, establecen también la interdicción civil mientras cumple la pena.

Pero mientras en el Código el principio general es la capacidad civil y la excepción la interdicción, en el Proyecto el principio parece ser la incapacidad general y la excepción la capacidad.

¿Qué entiende el Proyecto, por privación de derechos civiles? La interpretación literal del texto, lleva al absurdo.

Derecho civil indiscutible, es el ser propietario. ¿Se ha abrigado el propósito de privar de la propiedad?

Derecho civil es el poder aceptar una donación. ¿Se ha propuesto el Proyecto excluir a los penados, de los beneficios de la ajena liberalidad?

Derecho civil cuya utilidad encarecen a una los tratadistas es la posesión. ¿La pena privaría de este derecho?

Derecho civil es la prescripción. ¿El transcurso del tiempo ejercería sólo su acción sobre las personas libres?

Derecho civil es la obligación. ¿Los deudores del penado podrían alegar la condonación de la deuda?

Huelga añadir que el contexto de la disposición no traduce ni con mucho el designio que la inspira. El pensamiento que la informa no es otro que el de privar del ejercicio de los derechos civiles. Así se infiere de la exposición de motivos. "La privación de los derechos civiles, dice, como antes se ha establecido, dura mientras se cumple la pena; esto es, *mientras el sujeto no puede ejercitarlos*" (1).

Y obedeciendo a esta idea, establece en el párrafo 3° del art. 12, "el penado quedará sujeto a la curatela, establecida por el código civil para los incapaces". En rigor de verdad no importa una pena accesoria. Tiende a salvaguardar a un incapaz y no reprimir a un culpable. De aquí que el Proyecto debiera privar al condenado del ejercicio de los derechos civiles, como parece prestigiarlo la exposición de motivos y no hasta el goce de los mismos, como se desprende del texto.

Además, ¿por qué privar al condenado de contraer matrimonio en cualquier circunstancia? Supongamos que hubiera





cometido un desliz, y pronto a reparar las consecuencias de su acción decide casarse. No hay razón alguna para poner obstáculos, antes bien, la ley debería favorecer la unión. Pero sin recurrir al extremo mencionado, ¿existe un interés social, para impedir el matrimonio fuera de la circunstancia mencionada? Absolutamente.

Por tanto, es preferible el mantenimiento del art. 63 inciso 2 y del art. 67, del Código penal.

Un segundo error del Proyecto, es limitar la interdicción civil a las penas privativas de libertad que excedan de tres años. La disposición debiera tener alcance general, sin limite alguno.

El encierro en la cárcel es incompatible con la administración de los bienes y con el ejercicio de la patria potestad, lo mismo cuando la pena excede de tres años como cuando es menor.

Un tercer error del Proyecto, también extraño al código en vigencia consiste en no establecer con claridad el tiempo de duración de los efectos civiles que analizamos.

En la exposición de motivos, dice “dura mientras se cumpla la pena” (1), pero en el texto, omite toda referencia. Hay que subsanar este olvido, tanto más cuanto algunas legislaciones establecen la privación del ejercicio de los derechos civiles, con el carácter de pena accesoria.

Así por el inc. 3 del art. 52 del Proyecto suizo, produce sus efectos “a partir del día de la liberación definitiva”.

Además, el párrafo pertinente está colocado entre el párrafo referente a la inhabilitación absoluta y el que atañe a la privación de la patria potestad. El primero abraza “el tiempo de la condena y uno a tres años más”; el segundo, para siempre, según se desprende de los fundamentos de la disposición consagrados en la exposición de motivos.

¿Si la duración de los efectos es pues diferente, ¿por qué no consagrarlo expresamente en el texto legal?

En síntesis, es más conveniente dejar intactas las disposiciones en vigor en el Código penal, como sustenta Herrera, con sólo el siguiente agregado del Proyecto: “el penado quedará sujeto a la curatela establecida por el código civil para los in-

---

(1) Exposición de motivos, páe 41.



capaces. La modificación a introducir al art. 63 inc., 2 debe ser de forma, donde dice “mientras sufra la pena”, debe decir: “mientras dure la pena”. También conviene modificar el término de duración de la inhabilitación.

10. El de 1917 como los Proyectos de 1891 y 1906, suprimen los art. 64 y 66 del código actual, según los cuales las penas de prisión y penitenciaria podían ser agravadas, hasta treinta y veinte días respectivamente, en los aniversarios del crimen. La supresión es loable por dos motivos: por la naturaleza expiatoria que reviste y porque obsta al establecimiento de un buen régimen penitenciario.

En efecto, la reclusión solitaria, en las condiciones enunciadas propende a evocar en el espíritu del penado, las circunstancias que rodearon al crimen. Como decía el Diputado Olivera, durante la discusión de la Ley de Reformas: “mantener, entonces este recurso propio del Santo Oficio, en sus épocas más crueles, me parecería que equivaldría a mantener un órgano destinado a la función de la crueldad, después que ha desaparecido el sentimiento que lo crea, porque evidentemente, vamos abandonando el criterio de la venganza, no sólo personal sino políticamente” (1).

En segundo término, los más reputados expositores hacen lenguas del régimen penitenciario conocido con el nombre de progresivo o de Crofton, el cual en su primera etapa consagra el régimen celular durante nueve meses. No es ya la reclusión solitaria asumiendo los contornos de una medida cronométrica y expiatoria sino la reclusión solitaria como parte integrante de un régimen inspirado en discreta política penitenciaria. Habría, pues, incompatibilidad entre establecer en el código penal el aislamiento en los aniversarios del crimen y consagrar el aislamiento sin solución de continuidad en una ley especial, si nos decidiéramos a consagrar el régimen progresivo siguiendo las enseñanzas mejor recibida por la doctrina; enseñanza aquilatada por la experiencia de naciones extranjeras (2).

11. El Proyecto exceptúa de la reclusión a los hombres

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de 1900. Tomo I.º, pág. 1039.

(2) Ver Beltrani Scala. Reforma penitenciaria in Italia. Roma 1879.



débiles o enfermos y los mayores de sesenta años, los cuales "sufrirán la condena en prisión" (art. 7).

A su vez los menores de edad y las mujeres cumplirán la condena que les correspondan, en establecimientos especiales (art. 8).

El art. 7 no tiene explicación, desde que el trabajo es obligatorio en los condenados a prisión. Lo que corresponde, no es modificar la naturaleza de la pena, sino eximirlos de trabajos cuando estuvieran imposibilitados.

12 En el art. 10 autoriza la detención en las propias casas. Como el art. 70 del código penal, dos limitaciones existen: 1º que la prisión no exceda de seis meses; 2º que se trate de menores honestas o personas mayores de sesenta años o valetudinarias.

¿Por qué incluir a las mujeres honestas y no a los hombres? La galantería es plausible en las relaciones privadas, jamás cuando está vinculada al orden público.

O la disposición se extiende a todas las personas, sin paramientos en el sexo, o por el contrario y es lo más conveniente, débese excluir aun a las mujeres.

El Proyecto establece la condena condicional, que convierte en inútil el art. 10. Si se trata de un reincidente, la ley no debe acordarle este privilegio, de la detención domiciliaria.

13. *Inhabilitación*: La inhabilitación puede ser absoluta y especial. La primera, prevista en el art. 19, importa: 1º La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular. 2º la privación del derecho electoral. 3º la incapacidad para obtener cargos, empleos, comisiones públicas. 4º la pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase. En este último caso, el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío, corresponderá a la esposa, hijos menores de cualquier clase, o padrecano y desvalido, cuando los tuviere.

El inc. 4, debe ser suprimido. La jubilación es el patrimonio adquirido por un funcionario público, después de largos años de servicios. No existe diferencia alguna entre el funcionario que posee una jubilación, y el particular que posee un in-



mueble. Ambos constituyen el patrimonio logrado por el trabajo, y en este último caso, por otros medios.

¿Se ha propuesto restaurar la confiscación de bienes abolida por precepto constitucional? ¿El jubilado no ha contribuido a la formación del fondo de la caja de jubilaciones y pensiones, con el descuento de sus emolumentos? ¿El importe de la jubilación no es el fruto de su laboriosidad?

“La inhabilitación especial producirá, según el art. 20, la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena”. Agrega a la enumeración del art. 76 del código penal, la inhabilitación profesional, y la del derecho sobre que recayere, que contempla éste en los arts. 198, 199 y 248.

La parte final del mismo artículo, reza: “La inhabilitación especial para derechos políticos, producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

No acertamos a explicar el mantenimiento de ésta disposición del código penal, perfectamente superflua, ya que en ningún delito se establece la inhabilitación especial para alguno de los derechos políticos.

Además, la expresión *derechos políticos*, es vaga y peligrosa como lo observan todos los tratadistas españoles. Todas las libertades constitucionales, son derechos políticos, el transitar, navegar, peticionar, comerciar, trabajar, etc.

14. El Proyecto suprime la sujeción a la vigilancia de la autoridad consagrado por el art. 78 del código en vigencia. Tal pena accesoria, comporta las siguientes obligaciones: 1° no mudar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia; 2° observar las reglas de inspección que aquella le prefije; 3° adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios propios o conocidos de subsistencia.

El art. 78 es letra muerta en el código. No establece sanción alguna contra el que cambia de domicilio, quebranta las normas impuestas o rehusa adoptar oficio, arte o profesión.

Por otra parte, ¿qué sanción puede consignarse? A diferencia de la liberación condicional, aquí hay extinción de la pena. En aquélla se puede restaurar la pena infligida, en ésta no. Por tanto, la supresión del art. 78 está plenamente justificada.

15. *Pena de relegación*: Con este nombre, conoce el Proyecto la pena de deportación establecida por el Código penal y la Ley de Reformas. Aunque la exposición de motivos afirma que no difiere de la pena de reclusión, presenta fisonomía propia, puesto que debe ser cumplida en un paraje de los territorios del Sud y es aplicada a los grandes criminales y a la delincuencia habitual. Si ofrecen la misma naturaleza ; por qué la relegación y la reclusión, son penas paralelas?

El propósito que inspira a la relegación, es plausible. Tiene a poner a los incorregibles en estado de inocuidad. Pero es reprochable porque atiende más al número de delitos, que a la personalidad del delincuente, como lo veremos en el capítulo de la reincidencia. La única ventaja inmediata de la relegación es desembarazar temporalmente los delincuentes profesionales de las grandes ciudades cuando han incurrido en el número de delitos prefijados por el Proyecto, para reanudar sus fechorías una vez obtenida la libertad, ya que no es pena perpétua. ¿Qué reforma puede esperarse de criminales reacios de suyo al trabajo, inclinación que no se trata de corregir, puesto que son enviados a la Tierra del Fuego, región inclemente e inculta?

Es esta una pena injusta y peligrosa. Injusta, por cuanto no se debe segregar por tiempo indeterminado del seno de la sociedad sino a aquellos delincuentes que han dado testimonios perentorios de inadaptabilidad social. ¿Qué reforma puede operarse, con nuestros regímenes penitenciarios, que parecen inspirados en el propósito de corromper a los honrados sin corregir a los malvados?

Peligrosa, porque no ejerce influencia alguna sobre la enmienda de los delincuentes; antes bien, los precipita a la corrupción. ¿Qué trabajo serio realizarán en tierras donde impera la desolación? ¿No es estimularlos a la depravación, a la disolución, a arraigar sus costumbres estragadas?

Así explicase que ningún tratadista moderno de Francia donde la relegación de los reincidentes, está establecida por ley de 27 de Mayo de 1885 abrigue mayores ilusiones sobre su eficacia. Los méritos que le atribuían especialmente en Inglaterra durante los comienzos del siglo XIX, han sido desvanecidos por





una larga experiencia. Bien es verdad que los primeros relegados ingleses, lograron transformar en tierra florida y hospitalaria, a la isla de Australia antes estéril e inhospitalaria. Pero como lo recuerda Prins, contribuyeron al éxito de la pena varias causas: el clima propicio de la isla, el carácter personal de los deportados, más víctimas de leyes draconianas que de inclinación malhechora las paternales solicitudes de los primeros gobernadores que unían la inteligencia a la abnegación, las recompensas ofrecidas a los buenos (1). Recuerda el eminente criminalista belga que Macasarie, célebre gobernador de la isla, invistió con la dignidad de juez a un forzado libertado. "El criminal de la vieja Europa era el magistrado del mundo nuevo". Pero con la grandeza de Australia, comienza la decadencia de la deportación. Los emigrantes libres radicados en el país, desdennan a los condenados a tal punto que en 1867 la deportación fué suprimida. Acaso invocaran la famosa frase dirigida a Inglaterra por Franklin: "¿Qué diríais vosotros si deportáramos a Inglaterra nuestras serpientes de cascabel?" La deportación ha contribuido sin duda alguna al desenvolvimiento de Australia. Es la única victoria conquistada en tantos años de aplicación. Pero ni Inglaterra después del segundo tercio del siglo pasado, ni Francia en las Guayanas, ni Rusia en la isla de Sakhalin, han obtenido resultado alguno, siendo unánimemente reprobado por los autores, principalmente Beltrani Scalia, Prins, Cuche, Roux, Garraud, Joly, Pessina y Witte, y entre nosotros la censura con acopio de argumentos, Herrera.

16. *Pena de multa*. — Aunque la pena de multa excita severas críticas, tiene arraigo en la legislación comparada, estando consagrada por todos los proyectos modernos. Como afirma Cuche, será la pena por excelencia, cuando el legislador abrigue el propósito de intimidar y no de enmendar al delincuente (2).

El prestigio de que disfruta, débese a que es intimidante, flexible, reparable, beneficiosa para el individuo, la familia y la sociedad.

(1) Ver Prins. Criminalidad y represión. Cap. VI.

(2) Cuche. Traité de science et de législation pénitentiaires. Página 274.





Es *intimidante* por cuanto la disminución del patrimonio afecta sensiblemente a los individuos todos, ávidos de lucro.

Es *flexible*: La divisibilidad del dinero permite proporcionalizar la pena tanto a la gravedad del delito como a la fortuna del delincuente.

Es *reparable*: el hombre injustamente condenado puede recobrar el dinero, en tanto que la pérdida de la libertad no puede subsanarse.

Conviene al individuo, a la familia y a la sociedad. No expone al primero al deshonor, ni entrega a la segunda al desamparo, ni mengua los recursos del erario.

Por último constituye el mejor antídoto de las penas cortas más apropiadas para corromper a los honrados, que para corregir a los perversos.

No obstante estas ventajas, suscita comentarios ásperos; tachásele de gravitar sobre toda la familia, de ser tan onerosa para el pobre como irrisoria para el rico, de presentar dificultad en la percepción y facilidad para convertirse en prisión.

La primera objeción carece de consistencia, pues la multa es la pena que menos redundan en desmedro de la familia. ¿Acaso las penas privativas de libertad, no ocasionan más perjuicios? Al dejarle libre el ejercicio de la actividad, le permite el legislador reparar las consecuencias de sus actos.

En cuanto a la segunda objeción no alcanza al Proyecto que tiene en cuenta la situación pecuniaria del delincuente (artículo 21).

En cuanto a la tercera objeción, es un mal inevitable y que no ha de ser frecuente, por las personas a que se aplicará.

No obstante, tres reparos pueden formularse: primero, el no elevar el máximo de la pena; segundo, el no extender el campo de acción de la multa; tercero, no establecerla como pena accesoria en los delitos inspirados en el lucro.

En efecto, el máximo es en general reducido. Así en las lesiones, alcanza sólo a mil pesos (art. 94), lo mismo en la injuria (art. 110), a pesos 500 en la injuria equívoca o encubierta (art. 112). No son suficientes para arredrar, sobre todo cuando en estos últimos casos conviene más inferir la injuria que abonar la multa.



También se aplica con sobrada prudencia: a ciertos delitos cometidos por los funcionarios públicos (1); en los delitos cometidos por imprudencia o negligencia o por impericia: en el arte o profesión en las lesiones (art. 94), en los delitos contra la salud pública (art. 203) y en la violación de documentos (art. 255); en la evasión, en el duelo en los casos del art. 99, inc. 1 y art. 100; en el abandono de personas (art. 108); en la injuria (art. 110); en la difamación (art. 113); en la violación de secretos (arts. 155 a 157); en la concurrencia desleal (art. 150), en los delitos contra la salud pública (arts. 204 y 207); en el prevaricato (arts. 260 al 272); en los delitos contra la fe pública (art. 284 al 286); en la usurpación de títulos y honores (art. 247).

Aunque el Proyecto extiende la multa a delitos, objeto de penas privativas de libertad por el código en vigencia, pudo acordarle un desenvolvimiento mayor. Especialmente en otros casos de culpa e imprudencia, como en los incendios y estragos (primera parte del art. 180), en los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación (primera parte del art. 106), y en los más de aquellos delitos que algunas legislaciones modernas abandonan a la acción privada, como la violación de domicilio, lesiones leves, etc. Asimismo en algunos delitos que no traducen temibilidad como en el encubrimiento en los casos del art. 279, en la falsificación de documentos, en los casos del art. 295 en las exacciones ilegales, especificadas en el art. 268; en la destrucción de bienes, retención de cosas perdidas, etc.

Ya que el Proyecto ha aceptado el régimen de las penas paralelas, podría acordar al juez la facultad de sustituir la prisión por la multa en delitos de leve importancia. Todo lo que tienda a sustituir las penas cortas debe merecer el auspicio del legislador.

También creemos inspirada en las exigencias de una sabia política criminal, las disposiciones consagradas por los Proyectos suizo y alemán, que acuerdan al juez la facultad de imponer la multa como acceso- de la pena privativa de libertad

(1): Art. 136, 242, 249, 262, 268, 280, 282, 284.



cuando el delincuente ha obrado por lucro (art. 49 y parág. 36 respectivamente).

El Proyecto argentino impone la multa con carácter obligatorio y como accesoria de la prisión, en el falso testimonio del testigo, perito o intérprete cuando la declaración fuera prestada mediante cohecho (art. 276).

¿Por qué limitar el precepto a un caso particular? ¿Acaso no hay otros delitos cuyo único fundamento es el espíritu de lucro? Todos los delitos cometidos contra la salud pública como el que vende a sabiendas, medicamentos deteriorados, o expende sustancias nocivas a la salud ¿qué se propone sino lucrar? Los fraudes al comercio y a la industria legislados en los arts. 300 y 301, ¿en qué están inspirados sino en el deseo de obtener ganancias ilícitas?

Fuerza es disminuir las ventajas posibles de la delincuencia, atacando el mal en sus raíces. Cuando el que concibe un delito, piense que no sólo no podrá obtener beneficio de acuerdo con los principios que gobiernan la responsabilidad civil sino que también sufrirá un menoscabo en sus bienes, encontrará en este principio un freno más a sus designios criminales.

17. Acerca de la medida de la multa, establece sabiamente, que deberá repararse así en todas las circunstancias que modifican la imputabilidad como en la situación económica del penado (art. 21, primera parte).

De suerte que el Proyecto contempla a un tiempo mismo la temibilidad del delincuente y la cantidad de su peculio, conciliando los dictados de la justicia con las exigencias de la defensa social.

18. Al tenor del segundo párrafo del art. 21, "si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio". Pero el tribunal antes de convertir la multa en prisión "procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes del condenado".

Pero la gran dificultad en ésta materia consiste en arbitrar un expediente que impida la conversión de la multa en pena privativa de libertad.

El Proyecto suizo faculta al juez para autorizar al condenado a extinguir la multa por medio de una prestación de tra-



bajo, especialmente por cuenta del Estado o de un Municipio (art. 47 inc. 3, párrafo 4°).

La ley prusiana de 15 de Abril de 1878 concerniente a los delitos forestales establece en el párrafo 14 que el condenado sin ser aprisionado puede ser constreñido a trabajos forestales o comunales, según su capacidad.

Cuche, critica la conversión compulsoria, sosteniendo que no hay diferencia alguna entre el trabajo compulsorio y la prisión, "el prestatario es un presidiario que trabajará guijarros sobre los caminos, en tanto que el presidiario es un prestatario que hace cepillos y caizados en un taller" (1).

Aunque el régimen del trabajo para rescatar la multa, aun en la forma facultativa del Proyecto suizo, seduce en doctrina, presenta en la práctica dificultades insalvables.

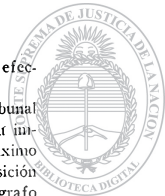
En primer lugar ¿cómo organizar y asegurar el trabajo?

En segundo término, el trabajo debería prolongarse considerablemente cuando la multa fuera de significación.

A nuestro juicio el medio más oportuno para impedir en parte la conversión — ya que evitarlo en absoluto fuera ilusión — estriba en facultar al juez para que el condenado sin recursos pague la multa en diferentes plazos, fijando la fecha y el importe de los pagos según la situación del condenado, como lo establece también el Proyecto suizo (art. 47 N° 3, párrafo tercero).

Incurre en grave error el Proyecto argentino al establecer en la parte final del art. 21 que "en todos los casos cuando la multa no se hubiere satisfecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión del condenado".

Es claro que cuando el condenado posee bienes o fuertes ingresos, la disposición es inatacable. Pero para el asalariado, el pequeño comerciante, para todas las personas que tienen ingresos de escasa consideración, ¿por qué no admitir que puedan abonar la multa mediante una cuota mensual aunque el pago total pueda exceder de seis meses? ¿Por qué establecer la conversión cuando el delincuente abriga el propósito de abonar la multa? ¿No implica reservar la prisión para los condenados pobres? ¿No logra su objeto el Estado cuando la multa se abo-



na en diferentes plazos? ¿El condenado, no siente igual el efecto de la pena?

El párrafo 31 del Proyecto alemán acuerda al tribunal la facultad de permitir al condenado la satisfacción de su importe mediante pagos parciales efectuados en el plazo máximo de un año, pudiendo hasta prolongar el plazo por disposición posterior del tribunal, según se desprende del último párrafo del mismo artículo.

19. Según el art. 22 "en cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad"; "del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido".

20. Algunos antecedentes extranjeros establecen que la multa se extingue por la muerte del condenado, de suerte que no se transmite a los herederos (Proyectos: suizo, art. 47; alemán, parág. 35).

El Proyecto sueco, cap. XIII, parág. II, como el Código Húngaro y Alemán, hacen efectiva la multa cuando ocurre la muerte siempre que la condena hubiera adquirido fuerza de ley mientras viviera el culpable.

El Proyecto argentino, nada dice explícitamente sobre el particular y con razón.

En primer lugar, la pena es personal.

En segundo término, el art. 70, resuelve implícitamente la cuestión: sólo las *indemnizaciones pecuniarias* podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado; lo que excluye la multa.

21. Dos innovaciones dignas de aplauso, introduce el Proyecto, en lo que atañe al régimen represivo: las penas paralelas y la sentencia indeterminada.

Por la primera, el juez tiene la facultad de escoger entre dos penas de diferentes naturalezas, a fin de aplicar la más apropiada a la idiosincrasia del delincuente, atendiendo especialmente a los móviles del delito.

Por la segunda, no ya la naturaleza de la pena sino la cantidad de la misma se determina a posteriori, reparando en la cesación del peligro.



Estudiaremos ambas por separado. Las penas paralelas guardan íntima conexión con los móviles del delito. Según el parág. 24 del Código Noruego, la prisión calificada puede ser reemplazada por la prisión simple si las circunstancias permiten suponer que el acto no es el resultado de una intención maligna.

El Proyecto Sueco permite en los casos especiales que indica, la sustitución de la reclusión o prisión por el arresto (Cap. II, parág. 7), pero no se puede condenar a arresto "al que manifestase con el delito un carácter perverso o impropio", ni tampoco al que hubiese sido indultado totalmente de estas penas (Cap. II, parág. 9).

Los delitos difieren radicalmente, por los móviles que los impulsan. El mismo hecho puede revelar suma perversidad y abyección moral, o demostrar motivos no deshonrosos. El que mata por vindicar el honor, el que incita al suicidio movido por la misericordia, el que expone a una criatura cediendo a la miseria, el que hiere en un duelo, el que injuria arrebatado por la ira, el que hurta apremiado por la necesidad, el que estafa para socorrer a la familia, el que se excede en la defensa sobrecogido por el terror, el que incurre en culpa o imprudencia no traduce perversidad alguna. Su probidad y su honor permanecen incólumes. No importa la intensidad de la lesión producida: el hecho grave extrínsecamente no demuestra inmoralidad considerado intrínsecamente. El delito político suministra ejemplo concluyente. La dignidad no sufre desmedro ni el honor mancilla. La pena no debe proponerse reformar, sino intimidar, según el principio que campea en el brillante discurso pronunciado por Garçon en la Sociedad de Prisiones de París (1).

Sin embargo, en la encuesta organizada por la prestigiosa sociedad francesa, tan merecidamente reputada en el mundo científico, la flamante institución dió margen a estas críticas (2).

a) Para Garraud, importa restaurar la distinción entre penas infamantes y no infamantes, abolidas por las legislaciones

(1) Ver Garçon. *Revue pénitentiaire* 1896, págs. 820 a 847.

(2) *Revue pénitentiaire* 1896, págs. 1098 a 1113, 1407 a 1419 y año 1897, págs. 144 a 187.

y desacreditada por los expositores. A la conciencia pública y no a la ley, compete discernir o menoscabar el honor.

No es este el propósito que informa a las penas paralelas. Tiende a evitar la promiscuidad de los delincuentes impulsados por móviles distintos. Repugna al sentimiento someter al mismo régimen al que mata al seductor de una hermana, con el que mata por codicia o venganza inoble.

b) Proal, no admite penas privativas de libertad no deshonrosas, porque no admite crímenes no deshonrosos.

Todos los ejemplos citados más arriba, acreditan la injusticia de lo objeción del sabio criminalista. ¿Es deshonroso el delito político, el duelo, el delito por culpa?

c) Hay contradicción entre reprimir el delito con una pena y proclamarlo hombre honorable.

El delito se reprime, porque vulnera normas esenciales para la convivencia social, pero no porque afecte a la moral. El derecho penal no se propone mantener el imperio de la moral. Hechos inmorales y deshonrosos escapan a la represión, así como hechos que no pueden reputarse inmorales son objeto de pena. La seducción de mujer mayor de edad, lastima los dictados de la moral y traduce perversidad. No obstante no se reprime. Por el contrario, los delincuentes pasionales, o los autores de delitos culposos, no son inmorales, pero son temibles.

d) La pena no deshonrosa implica tácita aprobación del hecho punible e indirecto estímulo a cometerlo nuevamente.

Pero la doctrina que sustenta las penas paralelas, no conduce a la impunidad, sino a la conveniencia de instituir un régimen especial. Desde que no hay exención de pena no existe ni aprobación del hecho ni estímulo a renovarlo.

e) Enerva la represión al par que favorece el incremento de los delitos pasionales.

La impugnación carece de fundamento, porque las penas paralelas miran al régimen y no a la cantidad de la pena.

En suma, la innovación del Proyecto, se inspira en principios de prudente política criminal. Pero desgraciadamente distribuye las penas paralelas al azar, sin parar mientes en los móviles de la acción.



Además, los Códigos y los Proyectos que la consagran crean una pena no deshonrosa, como la custodia honesta en Italia, el arresto en el Proyecto sueco y en el Código Noruego.

¿Cuáles son las penas paralelas y a qué delitos se aplican?

La reclusión perpétua y la relegación en el homicidio calificado (art. 80, inc. 1, 2 y 3), la reclusión o prisión en el homicidio simple (art. 79), en el homicidio provocado (art. 81, inc. 1), en el infanticidio (art. 81, inc. 2), en el homicidio cometido por el cónyuge, ascendiente o hermano sobre el cónyuge, descendiente o hermano o al cómplice, o a ambos (art. 81, inc. 3), en el homicidio involuntario (art. 81, inc. 4), en el homicidio perpetrado sobre el ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son con tal de que concurren algunas de las circunstancias apuntadas en el artículo 81, incisos 1 y 4 (art. 82); en el aborto (arts. 85 y 86), en las lesiones contempladas en los arts. 90 y 91, en el homicidio o lesiones en riña (art. 95); en el abandono, cuando acarreará un grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz (art. 106 y 107); en la violación (art. 119); en el estupro (art. 120) en el que abusando del error de una mujer tuviera acceso carnal fingiéndose su marido (art. 121), en la corrupción de menores (art. 125 y 126); en el ultraje al pudor, siempre que fuera cometido por el descendiente, ascendiente, aún en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla, o con el concurso de dos o más personas (art. 122 y 127); en los delitos contra la libertad individual, cuando se redujera a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella (art. 140); y el que sustrajera una menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de ella, y el que la retuviera u ocultare (art. 146); y el que hallándose encargado de la persona de un menor de diez años no lo presentará a los padres o guardadores que lo solicitaren, o no diese razón satisfactoria de su desaparición (art. 147), en el homicidio si fuere ocasión o motivo del robo (art. 165), y en los casos enumerados en los arts. 166 y 167 en el incendio, explosión o inundación (art. 186) y en el que causara estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación de una mina o cual-







quier otro medio semejante (art. 187); en los delitos contra la seguridad de los medios de transportes y de comunicación cuando resultare lesionada o muerta alguna persona (art. 199 in fine, 191, inc. 3 y 4; 192, 194, párr. 2 y 3), en los delitos de piratería (art. 198 y 199), en los delitos contra la salud pública (art. 200 y 202), en la asociación ilícita (art. 210), en la traición (arts. 214 a 216 y 218), en los delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación (art. 219 parte final 222 y 225), en los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, como la rebelión (art. 227), en la malversación de caudales públicos (art. 261 y 263), en los delitos contra la fe pública (art. 282, 283, 287, 288, 292 y 293).

Por la enumeración precedente, vése fácilmente, que los móviles de la acción que sirve de fundamento a las penas paralelas, ha caído en saco roto. La pena de prisión deshonrosa por naturaleza se aplica por igual al autor de un delito por imprudencia, que al autor de un robo, o de un homicidio, o de una rebelión. Creemos que el Proyecto debiera establecer una disposición de carácter general, como el Proyecto sueco o el Código Noruego, por el cual el juez pudiera reemplazar la reclusión por la prisión, o ésta por el arresto o custodia honesta cuando los móviles del delito no fueran deshonrosos.

22. La sentencia indeterminada (1) implantada por el Proyecto, no tiene precedentes en la legislación penal argentina. Por tanto, comporta una novedad feliz. Sólo puede deplorarse su mesurada aplicación.

Tanto la pena como la medida de seguridad son medios de defensa social, cuya intensidad debe proporcionarse al peligro personificado por el delincuente. En concepto de sus partidarios la medida de la defensa proporcionada a la gravedad del delito es una operación mecánica, artificial y sólo el estudio del delincuente durante el encierro puede descubrir su personalidad. El principio merece aceptación sin reserva alguna en las medidas de seguridad, aunque no en las penas. Aquéllas se aplican a delinquentes cuyo estado peligroso sólo puede conocerse después de observaciones asiduas y estudios prolijos.

(1) Ver Jiménez de Asúa. La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas a posteriori, completo y erudito estudio.



Estas, a personas que se presumen sensibles a la acción de la pena. No obstante, la sentencia indeterminada suscita críticas implacables (1):

a) Importa un estímulo a la hipocresía; los criminales más peligrosos son aquellos que observan mejor conducta.

Sin embargo, la ficción tiene campo estrecho por las personas a aplicar.

b) Enerva la coacción psíquica de la ley penal.

El argumento es frágil, por cuanto la sentencia indeterminada concierne sólo a los criminales poco sensibles a la acción de la pena.

c) Conspira contra las garantías individuales.

El interés social prima sobre el interés individual. Además, con la cesación del peligro termina la medida de seguridad.

d) No es un antídoto del crimen. El delincuente al recuperar la libertad puede reincidir.

Pero como observa Gautier, los partidarios de la indeterminación no han pretendido descubrir una vacuna o suero contra el crimen.

e) La dificultad de verificar la enmienda.

¿Acaso con la determinación a priori de las penas, puede constatare la reforma?

f) La igualdad de las penas es un postulado inmovible de justicia.

Pero habría entonces que aplicar igual pena a los menores que a los mayores, a los reincidentes que al primario, a los normales y a los anormales. La temibilidad es el fundamento y la medida de la defensa social.

Explicase así que la sentencia indeterminada haya granjeado la adhesión de reputados expositores, aunque los más justo es confesarlo, reducen su esfera de acción.

Entre otros partidarios citaremos a Jiménez de Asúa, Gautier, Prins, Ferri, Garófalo, Stooss, Saleilles, Garraud, Van

---

(1) Ver Gautier, *Pour et contre les peines indéterminées*, *Revue pénale suisse* 1893, pág. 15. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, T. 3, pág. 37. *Revue pénitentiaire* 1899, pág. 670 y sigs. Prins, *Science pénale et droit positif* N.º 755 y sigs.; La defensa social y las transformaciones del derecho penal, pág. 129 y sigs.

Hamel, Liszt, Gezst, Modernman, Giner, Longhi, Grispigni, Florian.

El Proyecto aplica la sentencia indeterminada a los delinquentes anormales que en el momento del hecho, "sea por insuficiencia de sus facultades, sea por alteraciones morbosas de las mismas, sea por el estado de inconsciencia no pueden comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacen o dirigir sus acciones". La libertad cesa con la desaparición del peligro "de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás" en caso de enajenación mental, y en los demás casos, con "la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso (artículo 34, inc. 1). Esta disposición es una de las más sabias y atinadas del Proyecto.

También acepta la sentencia indeterminada para el menor de 14 años cuando su conducta en el establecimiento "diera lugar a suponer de que se trata de un sujeto pervertido o peligroso". El tribunal está facultado para prolongar su permanencia hasta cumplir 21 años. También puede anticipar la liberación que debe tener lugar a los 18 años cuando fuera buena la conducta del menor y de sus padres o guardadores. El mismo principio acepta respecto de los menores de 18 años y mayores de 14, cuando el delito tuviera pena que no diera lugar a la condena condicional (art. 37, a).

Con todo, es sensible que el Proyecto no haya consagrado la sentencia indeterminada, respecto de los delinquentes habituales, como en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Noruega, Holanda, Transvaal, Inglaterra, y todos los Proyectos modernos.

El Proyecto suizo somete a sentencia indeterminada, todas las medidas de seguridad. A los delinquentes alcoholistas, si el delito está en relación con la bebida, y si el condenado parece curable, el juez podrá ordenar la internación del bebedor en un asilo para bebedores con un límite máximo de dos años (art. 44).

Los enfermos de la mente, idiotas, o atacados de grave alteración de conciencia, así como los de responsabilidad restringida (semialienados de Grasset) son internados por tiempo absolutamente indeterminado, cesando el tratamiento con



la desaparición de la causa, después de consultar a los peritos (art. 18, inc. final).

En cuanto a los menores adolescentes, moralmente abandonados o pervertidos, permanecerán en la casa de educación "por el tiempo necesario para su educación" aunque sin exceder la edad de veinte años (art. 91).

Cuando la perversión del menor llega hasta no poder ser admitido en casa de educación, el juez ordenará su traslado a casa de corrección "donde permanecerá hasta enmendarse" aunque con minimum de tres años y maximum de doce (art. 92).

El menor psicopático, es internado hasta un tiempo absolutamente indeterminado (art. 94).

Los delincuentes habituales son internados en casas especiales donde permanecerán durante cinco años, como minimum por primera internación y de diez años como minimum si es internado por segunda vez, sin fijar maximum (art. 42, núm. 3).

Los condenados a prisión por delito relacionado con su mala conducta o por vivir en la holganza, son internados en casas de trabajo donde permanecerán un año por lo menos y tres como maximum.

Transcurrido un año, la autoridad competente podrá liberarlo condicionalmente después de haber requerido la opinión de los funcionarios del establecimiento (art. 43).





## CAPITULO SEXTO

### LIBERTAD CONDICIONAL

1.º ANTECEDENTES EXTRANJEROS Y NACIONALES. — 2.º FUNDAMENTOS DE LA INSTITUCION. — 3.º CAUSAS QUE HAN DE OBSTAR AL EXITO DE LA INNOVACION. — 4.º ERROR DEL PROYECTO AL CONCEDERLO IMPERATIVAMENTE. — 5.º REQUISITOS. — 6.º AUTORIDAD QUE OTORGA LA LIBERTAD CONDICIONAL. — 7.º CONDICIONES IMPUESTAS. — 8.º DURACION DE LAS MISMAS. — 9.º REVOCACION. EFECTOS



1.º La libertad condicional consagrada por el Proyecto de 1917, ha granjeado la adhesión de casi todas las legislaciones.

Está incorporada entre otras al Código alemán (art. 23), al italiano (art. 16), al holandés (art. 15), al húngaro (art. 38), al noruego (parág. 17), al japonés (art. 28), al búlgaro (art. 20), al uruguayo (art. 93), al Derecho Servio por la ley de 1869, al dinamarqués por reglamento de 1873, en Croacia por ley de 1875, en Francia por ley de 1885, en Bélgica por ley de 1888, en Bosnia por ley de 1887, en Portugal por ley de 1893; en Suiza está establecido en casi todos los cantones bien por los Códigos, bien por leyes especiales.

En Inglaterra y Estados Unidos, la institución tiene honda raigambre.

Asimismo la prohijan los Proyectos: alemán, (parág. 26); austriaco (parág. 23), suizo (art. 39), sueco (cap. XII, párrafo 1) y los Proyectos argentinos de 1891 y 1906.

La innovación, por tanto, está colocada bajo los halagüeños auspicios de los antecedentes extranjeros y nacionales.

2.º La liberación condicional, tiene su fundamento psicológico, antropológico, utilitario, práctico, sin faltar motivos de índole nacional.



....Desde el primer punto de vista, obra según Prins, a modo de estimulante y freno a la vez (1).

En efecto, el incentivo de la reducción condicional de la pena, infunde energías para perseverar durante el encierro en irreproachable conducta y el temor de la revocación, en tanto transcurre el término de prueba, es un freno apto para reprimir inclinaciones malignas.

Desde el segundo punto de vista, como observa Fioretti el estudio del delincuente mientras cumple la pena, viene a ser el complemento del examen jurídico realizado por el juez en el proceso (2).

La asidua observación realizada por la autoridad administrativa, puede coadyuvar con más propiedad que la fugaz observación de la autoridad judicial a escudriñar el carácter criminal del reo.

En tercer término, constituye un fecundo instrumento de política criminal y un corolario de la naturaleza reformadora de la pena (3).

Importa la inauguración de una nueva táctica, para cimentar la readaptación del condenado.

Además representa un vínculo de transición entre la disciplina del régimen carcelario y la libertad del comercio social. Fuerza es preparar su rehabilitación y encauzar su destino. Librado a sus propios esfuerzos, pueden malograrse la eficacia de la pena y exponerlo a caer por el plano inclinado de la reincidencia.

Por último, abona la innovación un argumento de índole local; la necesidad de poner coto a los abusos del derecho de gracia sustentado por el Código penal en vigencia.

Entre el derecho de gracia auspiciado por el Código penal y la liberación condicional preconizada por el Proyecto, existen marcadas similitudes y hondas divergencias.

Ambas presuponen la enmienda de los condenados, im-

(1) Prins. La liberación conditionnelle en Belgique; en *Revue pénitentiaire* 1889, pág. 186.

(2) Ver Fioretti, en *Trattato completo de Criminologia*, T. I, parte II, pág. 424 v *sigue*.

(3) Ver Cuche. *Traité de Science et de législation penitentiaires*, N.º 118 pág. 354.

portan la concesión de un derecho, y requieren el cumplimiento de los dos tercios de la condena.

No obstante, discrepan en cuanto la primera es un medio de extinción de la pena, la segunda un procedimiento sui-generis de ejecución.

Por consiguiente, aquella es esencialmente irrevocable, esta eminentemente revocable.

La gracia se otorga exenta de compromisos, la libertad condicional supeditada a normas de conducta.

Acercas de la personalidad del condenado el Código penal no exige más recaudo que la reforma positivo del mismo. El Proyecto exige entre otros, el de no ser reincidente.

La liberación condicional compete al Poder judicial, la gracia al Poder Ejecutivo, por lo menos en la práctica.

3° El éxito del instituto, está vinculado a la organización carcelaria, aunque no al sistema penitenciario.

En la Cámara de Diputados de Italia discutióse largamente sobre la relación entre el régimen penitenciario y la liberación condicional (1). A no dudarlo, es propicia tanto al sistema progresivo como al auburniano.

No ocurre lo mismo con la organización interna de las mismas. Como observa Cuche, es preciso verificar los progresos del condenado (2).

Si no antes, es perjudicial que beneficiosa. Se convierte la liberación en una simple disminución de la pena, más a propósito para enervar la represión y mover a la hipocresía que para enmendar al condenado e incitarlo a la honradez.

He aquí el mayor obstáculo que presentará. El régimen argentino adolece de defectos gravísimos. No incurre en exageración Herrera, al prorrumpir "¿qué enmienda puede esperarse de un sistema que parece calculado para corromper y que no puede dar otro fruto que la reincidencia?" (3).

Otro de los factores que ha de obstar a los beneficios prometidos, es la falta de protección dispensada al liberado.

En las naciones extranjeras, existe la tutela del estado o el amparo de las instituciones privadas.

(1) Ver los discursos en Crivellari, op. cit., T. 2, N.º 25, páginas 468, 469.

(2) Cuche, op. cit., N.º 118, págs. 354.

(3) Herrera, La Reforma penal, N.º 112, págs. 208.







El Patronato de los liberados, es el complemento ineludible de la institución. No hay dos opiniones sobre el particular. Anhelan la rehabilitación del condenado al par que escudriñan la sinceridad del arrepentimiento. Cuidan con solicitud al liberado, siendo a un mismo tiempo guardián de su conducta, freno para sus pasiones y apoyo para sus flaquezas.

En rigor de verdad todos los delinquentes debieran ser protegidos al abandonar la prisión. Benthán, precursor de algunas doctrinas hoy en boga, escribía estas elocuentes palabras: "El culpable tras la expiración de pena, no debe ser restituido a la sociedad, sin precauciones y sin pruebas. Pasar repentinamente de un estado de vigilancia y de cautividad, a una libertad ilimitada, equivale a abandonarlo a las tentaciones de la miseria, es un acto de descuido y de inhumanidad que debiera preocupar al legislador" (1).

La ley francesa propende al desenvolvimiento del patronato acordando a las sociedades reconocidas por la administración, una subvención anual, proporcionada al número de liberados. Todas las legislaciones extranjeras fomentan la difusión del patronato.

4º El articulado de la nueva institución no es del todo intachable. "Los condenados obtendrán la libertad condicional" reza el art. 13; es obligatoria pues, y no facultativa.

El Proyecto incurre en grave error al apartarse de las enseñanzas de la doctrina y de los precedentes legislativos extranjeros.

La buena conducta, la observancia de los reglamentos carcelarios, no es testimonio irrefragable de enmienda. No hay que prescindir de la personalidad del condenado. Todos los códigos y antecedentes extraños, dan a la liberación condicional un carácter facultativo.

5º Para otorgar la libertad condicional, se necesitan los siguientes recaudos (2).

---

(1) Benthán. *Traité de législation civile et pénale*. T. 2. El art. 34 del Código penal ruso, recoge la observación del ilustre filósofo, aunque con avaria deficiencia, sus providencias se limitan al domicilio.

(2) Arts 13. 14. 17.



- a) Que el delito cometido esté reprimido con más de tres años de prisión o reclusión.
- b) Que haya cumplido veinte años de condena a haber sido condenado a reclusión o prisión perpétua o los dos tercios de la condena si es a prisión o reclusión temporal.
- c) Observar con regularidad los reglamentos carcelarios
- d) No ser reincidente.
- e) No haber obtenido revocación de la libertad condicional.

A) La exclusión de los condenados a penas cortas, se alcanza sin esfuerzo. Las penas leves, corresponden, por lo común, a delitos que revelan poca temibilidad, sin necesitar el condenado, ni enmienda ni prueba.

El profesional que por impericia o imprudencia ocasiona la muerte (art. 84); el que con violencia causara un aborto sin designio delictuoso (art. 87); el que incurre en adulterio (art. 113); el que quebranta la inviolabilidad del domicilio (art. 150); el obrero que construye a otro a la huelga (artículo 158); el que profiere denuestos contra un orador (artículo 160); el que altera o suprime el estado civil con la mira de perjudicar (art. 138); no denota tanta perversión como para buscar la enmienda del mismo, uno de los fundamentos del instituto.

Además, necesítase el transcurso de un tiempo más o menos prolongado para indagar la corregibilidad del condenado<sup>1</sup>

Finalmente, si se otorgara a los condenados a penas cortas pudiera embarazarse la eficacia de la ley, y podría contribuir a menoscabar el poder de intimidación de la pena.

Sin embargo, estimamos prudente concederla a todos los condenados a más de dos años de privación de libertad.

Las legislaciones extranjeras oscilan desde los seis meses para el delincuente primario, y nueve para el reincidente, establecido por la ley francesa, hasta cuatro años, consagrado por el Código Uruguayo, y más aún el Búlgaro que reclama más de cinco años.

El límite de la primera es reducido, el de la última elevado.

B) Merced al art. 13, la pena perpétua será nominal ya que los condenados a ella cuidarán de observar intachable con



ducta para granjear la liberación condicional. Los grandes malhechores son los más dóciles, y los que observan mejor conducta, siendo muy poco probable que perseveren en su buen comportamiento después de su liberación. Constituyen los delincuentes natos de la escuela italiana, para los cuales casi todas las legislaciones han establecido el suplicio capital. Cometen los delitos más atroces, aquellos que excitan viva indignación en los individuos e intensa alarma en la sociedad.

Tanto más censurable, cuanto que el Proyecto convierte la liberación en un derecho y no en una facultad.

En algunos cantones de Suiza, el de Neuchâtel entre otros así como el Proyecto suizo de 1915 arriban a la misma solución del Proyecto argentino. Pero allí los inconvenientes se cohesionan con el carácter facultativo de la institución.

Hubiéramos preferido el Proyecto de 1891, el cual en el art. 19 se refiere exclusivamente a los condenados a presidio temporal.

A la misma solución llegan los Códigos alemán, italiano y japonés.

En cuanto a las penas temporarias, requiere haber cumplido los dos tercios de la condena, al igual de los Proyectos austriacos, alemán y suizo, y de la legislación portuguesa.

Exigen las tres cuartas partes de la condena el código holandés, el alemán, el húngaro, el uruguayo.

La Ley francesa de 1885, tres meses, cuando las penas son inferiores a seis meses, y la mitad cuando la pena es mayor de seis meses en el caso del delincuente primario. Para los reincidentes seis meses, cuando la pena es inferior a nueve meses, y en los demás casos los dos tercios de la condena.

El límite de la legislación francesa como observa Blache es muy reducido; conviene dejar sentir el efecto de la pena (1).

El de la legislación holandesa no importa sensible disminución.

Por tanto, el Proyecto concilia la eficacia de la pena con el estímulo de la reducción.

---

(1) Blache. La liberación conditionelle. *Revue Penitentiaire* 1899, pág. 326.



C) El tercer requisito consiste en observar con regularidad los reglamentos carcelarios.

Dos graves inconvenientes presenta; no es una garantía seria amén de que requiere como lo expresa el art. 1º de la ley francesa de 14 de Agosto de 1885 "un régimen disciplinario basado sobre la constatación diaria de la conducta".

Aparte de la observancia de los reglamentos, debiera consultarse los índices reveladores de la peligrosidad del delincuente así como su situación personal, el medio en que ha de vivir sus aptitudes, si carece de apoyo moral o material.

Los antecedentes extranjeros dan más amplitud para la interpretación.

El Código italiano dice "conducta que haga presumir su arrepentimiento".

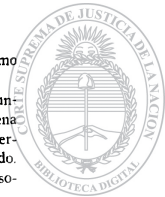
El Proyecto austriaco, parág. 23, "cuando haya motivo para creer que se conducirá bien a juzgar por su género de vida, por su conducta durante la ejecución de la pena, y por la perspectiva de que podrá atender a su subsistencia de una manera conveniente".

El Proyecto alemán, parág. 26, "cuando el preso se haya conducido bien durante la ejecución de la pena y cuando su pasado y relaciones personales justifiquen la esperanza de su buena conducta ulterior o cuando se le asegure una ocasión de trabajar suficientemente duradera para atender a su subsistencia, o cuando se demuestre que se proveerá a su albergue y mantenimiento de otra manera".

El Proyecto suizo, art. 30, "si se comporta bien en el establecimiento y si es de prever que continuará conduciéndose bien y si en lo posible ha reparado el daño, fijado por el juez".

La solución del Proyecto austriaco consulta mejor las conveniencias sociales, que la del Proyecto argentino.

No obstante, justo es reconocerlo, la observancia de los reglamentos carcelarios, es un elemento precioso. Ferri, en su discurso parlamentario decía "que un falsario no puede tener mala conducta, pues carece de instrumento para falsificar, un quebrado no puede cometer una quiebra en la cárcel" (1).



Y añadía que era un estímulo a la hipocresía; lo mismo opina Herrera entre nosotros.

Sin embargo, hay que convenir con Pincherle, que aun que no puede desconocerse el peligro de la hipocresía, la buena conducta aun en el supuesto de no ser espontánea, puede ejercitar una acción regeneradora sobre el ánimo del condenado. Las acciones humanas derivan a menudo del interés personal (1).

El requisito del Proyecto presupone lo que Cuche denomina con propiedad un régimen de contabilidad moral. En Irlanda el tránsito de un período a otro en el régimen progresivo, se verifica por marcas. Esta se adjudican al condenado atendiendo a la gravedad del delito, a la perseverancia en el trabajo y a la calidad de la conducta. Así, el delincuente es estudiado día a día.

Bélgica sigue un sistema de anotación diaria de la conducta.

Entre nosotros sólo merece especial mención la penitenciaría nacional. Por decreto de 23 de Febrero de 1905, se llevan libretas especiales de conducta de los penados. Trimestralmente una comisión compuesta por el Capellán, el director de la escuela, el alcalde y bajo la subdirección califican dicha conducta.

Pero la penitenciaría nacional dista de ser un trasunto del régimen carcelario argentino.

Las notorias deficiencias de éste, dan motivo justificado para abrigar dudas acerca del éxito de la innovación.

D) Ya Herrera censuraba al Proyecto de 1906 por excluir de la liberación condicional a los reincidentes (2).

El Proyecto de 1891, no aludía para nada a la reincidencia. Lo mismo establecen las más de las legislaciones.

El Código Húngaro excluye a los reincidentes contemplados en los parágrafos 334, 344, 350, 370, 422 y 424.

El Código italiano no lo acuerda a los reincidentes en el homicidio y en el hurto calificado y al reincidente por segunda vez en cualquier delito, cuando la pena excediera de cinco años.

(1) Ver Pincherle, La liberazione condizionale dei condannati, en Rivista penale 1890, pág. 14.

(2) Herrera, op. cit., pág. 211.



El búlgaro, excluye a los que han sido condenados dos veces por robo, hurto, extorsión, defraudación, incendio.

El Proyecto suizo excluye al reincidente reiterado.

No conocemos más excepciones. Empero ninguno consagra la solución radical del Proyecto argentino.

Hay incongruencia al rehusar la liberación condicional al reincidente autor de un delito contra la propiedad, y acordarla al desalmado que atendiendo a los cálculos de la codicia ha dado muerte a un semejante.

Para hacer resaltar con más propiedad la antinomia, basta comparar al infortunado que ha incurrido por segunda vez en un delito culposo, con el condenado a prisión perpetua.

La tesis del Proyecto conduce a sostener la incorregibilidad de los reincidentes. Hay reincidentes que muestran acabadamente la índole perversa de su temperamento y la poca inclinación al arrepentimiento. Para ellos es justificada la exclusión.

El Proyecto debiera reemplazar la reincidencia por un concepto más elástico, como el de la legislación portuguesa, el cual otorga la liberación "cuando se presume corregido".

6º El Proyecto discierne al Poder Judicial la facultad de otorgar la liberación condicional.

El Código del Uruguay lo confía a la Alta Corte o en su defecto al Superior Tribunal de justicia, decretándolo por unanimidad de votos, después de oídos los informes del director del establecimiento penal respectivo y el dictamen del ministro (art. 93).

Es la única nota discordante en el concierto de la legislación comparada.

Compete al ministerio de justicia en Bélgica, Holanda, Alemania, Hungría, Serbia; al ministerio del interior, en Francia; y a la administración, sin especificar cuál ministerio, en el Japón.

Los precedentes extranjeros tienen fácil explicación. Debe corresponder a la autoridad administrativa, porque la liberación condicional es un medio sui generis de cumplir la pena y porque para otorgarla no es menester la revisión del proceso.



Además, el Poder Judicial estará a merced de la administración, desde que los informes suministrados por ésta constituirá la base de la libertad. ¿Quién sino el director de la prisión ha de informar sobre la observancia regular de los reglamentos carcelarios?

7.º El liberado obtiene la libertad según el art. 13, bajo las condiciones siguientes:

1º Residir en el lugar que determine el auto de sultura.

2º Observar las reglas de inspección fijadas por el mismo auto.

3º Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.

4º No cometer nuevos delitos.

Las dos primeras tienen por objeto facilitar la vigilancia, las últimas consolidar la enmienda del condenado.

Como observaba Herrera al Proyecto de 1906, el inc. 4 del art. 13, es una repetición del art. 15.

El inc. 2 del art. 39 del Proyecto suizo, faculta a la autoridad competente para imponer ciertas normas de conducta, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas residir en un lugar o en un establecimiento o quedar al servicio de determinada persona encargada de procurar empleos.

Hay que agregar, pues, un quinto recaudo, tendiente a facultar al juez para imponer determinadas reglas de conducta al liberado.

8º Las condiciones rigen hasta el vencimiento del término de la condena.

¿Y los condenados a pena perpétua? Según el último apartado del art. 13, estarán sujetos a los requisitos por toda la vida. Conspira contra los fundamentos de la liberación condicional. Puesto que supone la enmienda del condenado, es lógico que cesen algún día las restricciones impuestas (1).

9º La liberación condicional es un premio a la enmienda; la prueba un medio para descubrir la sinceridad de la misma; la revocación, su garantía.

Una persona puede demostrar buena conducta en el círculo estrecho de la cárcel y entregarse a su natural depravado al ser restituido a la plena libertad.

La sanción consiste entonces, en el cumplimiento total de la pena, cuando la revocación obedece a la comisión de un nuevo delito o al quebrantamiento de la residencia.

En los casos de los incisos 2 y 3 del art. 13, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiera durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera lo dispuesto en dichos incisos (artículo 15).

Transcurrido el término de la condena, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida (artículo 16).









## CONTINUACION DEL TITULO II

3.º PRISION PREVENTIVA. — 2.º COMPUTO DE LA LOCURA EN EL TIEMPO DE LA PENA. — 3.º ADMISION DE LOS CONDENADOS POR TRIBUNALES PROVINCIALES EN LOS ESTABLECIMIENTOS NACIONALES. — 4.º EFECTOS PROVENIENTES DEL DELITO

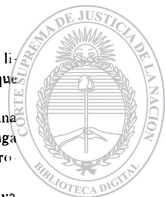
1º Según el art. 24 "La prisión preventiva que hubiere sufrido el condenado se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre cuatro y diez pesos".

Por el art. 49 del Código penal en vigencia; tres días de prisión preventiva equivalen a uno de presidio; dos días de prisión preventiva a uno de penitenciaría; un día de prisión preventiva a otro de prisión; un día de prisión preventiva a dos de arresto y cuatro pesos de multa a un día de prisión preventiva.

Aunque menos injusta y arbitraria que el Código actual la solución del Proyecto merece reproche porque, como observa Herrera, la deducción integral y obligatoria de la prisión preventiva, es el único sistema, justo y racional.

"La prisión preventiva, — escribe el eminente tratadista (1) — debe descontarse por entero de toda pena privativa de libertad, y no en la forma que prescribe el art. 30 del Proyecto — se refiere al de 1906, análogo al art. 24 del de 1917 — haciendo una comparación caprichosa, arbitraria, ilógica, pretendiendo establecer una equivalencia imposible. ¿Por qué un día de presidio ha de equivaler a dos días de prisión y no a tres o cuatro?"

(1) Herrera. La reforma penal. N.º 144, pág. 246



Además, el sufrimiento que entraña la privación de la libertad en la prisión preventiva, no difiere radicalmente del que presupone la pena definitiva (1).

En rigor de verdad, la prisión preventiva no importa una pena. Es una simple medida de precaución para evitar la fuga del delincuente si fuese condenado, y de instruir mejor los procesos. Afecta por igual a inocentes y a delincuentes.

Pero en la realidad importa un verdadero sufrimiento, ya que viven en lugares insalubres, entregados al ocio y hallándose en condiciones desfavorables con respecto a los condenados, que sobre trabajar viven en celdas más o menos confortables.

Otro inconveniente de la solución del art. 24 deriva del régimen de las penas paralelas establecidas por el Proyecto.

El juez queda facultado en los casos expresamente previstos para optar entre la reclusión y la prisión. De suerte que el cómputo de la prisión preventiva, la mayor o menor duración de la pena queda librada al criterio del juez. No es éste el arbitrio judicial prestigiado por los expositores modernos sino el arbitrio de la arbitrariedad.

Las penas paralelas, según el común sentir de los autores, tiende a proporcionar el régimen penitenciario al carácter del delincuente, escudriñando especialmente los móviles del delito y no tiene influencia alguna en la cantidad de la pena, la cual sólo se modifica con arreglo a las circunstancias agravantes y atenuantes.

El Proyecto suizo, faculta al juez para tener en cuenta la duración de la prisión preventiva para la duración de la pena (art. 69).

Este régimen, sobre ser injusto, por cuanto los mismos delitos pueden ser reprimidos con diferentes penas por razones ajenas a la temibilidad del delincuente, presentaría entre nosotros graves consecuencias, ya que la prisión preventiva suele prolongarse por varios años.

Por consiguiente, la solución más justa, es la del art. 30 del Código penal belga, que consagra la tesis prestigiada por Herrera.

---

(1) Ver Demogue. De la *Souffrance* et de son imputation sur la peine. *Revue pénitentiaire* 1888 págs. 182 a 194.



2º A estar al art. 25, si durante la condena el penado se volviera loco, el tiempo de la locura, se computará para el cumplimiento de la pena. Es análogo al art. 50 del Código penal y no merece objeción.

3º El art. 18, establece que "los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales; las provincias deberán mandarlos siempre que no tuviesen establecimientos adecuados".

Antecedente de esta resolución, es el art. 11 de la Ley de Reformas, que establece la pena de deportación para todos los profesionales del delito.

La disposición importa un sensible progreso, puesto que conduce a la uniformidad del régimen penitenciario en la República.

4º Por el art. 23: "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, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados, no podrán venderse, debiendo destruirse, pudiendo aprovechar sus materiales los gobiernos de provincias o el Arsenal de Guerra de la Nación."

Creemos conveniente un agregado por el cual los efectos del delito, se destinan a la reparación civil, cuando el delincuente no puede reparar el daño.

Así lo consagra el Código Noruego y lo auspicia el Pro-



## CAPITULO OCTAVO

### CONDENA CONDICIONAL

1.º PROPOSITO DE LA CONDENA CONDICIONAL. JUICIO ACERCA DE LA MISMA. — 2.º VENTAJAS. — 3.º OBJECIONES. — 4.º INCONVENIENTES EN LA REPUBLICA ARGENTINA. — 5.º DIVERSAS DENOMINACIONES DE LA NUEVA INSTITUCION. — 6.º DISTINTOS SISTEMAS. — 7.º CONDICIONES PARA OTORGARLA. — 8.º CONCURSO DE DELITOS. — 9.º DURACION DE LA PRUEBA. — 10.º EFECTOS



Como los Proyectos de 1891 y 1906, el de 1917 consagra la condena condicional, institución acogida con demostraciones de beneplácito aun por aquellos tratadistas entregados al culto de doctrinas decrépitas.

A dar crédito a reputados expositores, los lisonjeros resultados de su aplicación en el extranjero, bastan a justificar la innovación.

Picot, magistrado del Cantón de Ginebra, dice: "Salvo pocas excepciones, la ley no levanta críticas. Los abusos temidos no se han realizado. Es una ley humana que permite atenuar la dureza de la ley en algunos casos." (1).

Prins, el ilustre cofundador de la Unión Internacional de Derecho Penal, refutando a los que atribuyen a la condena condicional el incremento de la reincidencia opina "que las estadísticas suministradas por el gobierno es testimonio de lo contrario" (2).

Garraud, expositor de prestigios cimentados, se expide así: "Hasta ahora la experiencia ha sido favorable a la institución arraigada en las costumbres francesas y la disminución de la reincidencia constatada por las estadísticas de los últi-

(1) Picot. *Revue penal suisse* 1896, pág. 15.

(2) Prins. *Science penale et droit positif*. N.º 801. pág. 473.



mos años coincide con la aplicación cada vez más desarrollada de la ley de Sursis a l'execution de la peine': (1).

Surge como un expediente para conciliar las exigencias de la defensa social con el principio de la readaptación del condenado sin aplicar rigurosamente la pena.

Tiende por cima de todo a evitar la reincidencia, rasgo distintivo de la criminalidad contemporánea.

De donde se colige la necesidad de reservarla para aquellos hombres que a despecho del delito, mantienen incólume su patrimonio moral.

Cedamos la palabra a Berenger, el ardiente sostenedor de la Ley de Sursis.

"Si es necesario agravar la pena para el criminal que no tiene cuenta de la primera advertencia de la justicia y renueva su crimen, estimamos tan justo como conveniente para la defensa social el no emplear con respecto al primer delito sino el minimum de penalidad compatible con la necesidad de producir sobre el inculcado una impresión suficiente."

Su proposición tiende a suprimir la pena material por la pena moral. Para el hombre de honor la amenaza de la pena puede producir efectos tan eficaces como la misma pena.

"Este sistema tiene la doble ventaja de ofrecer por la perspectiva de la pena una impresión más seria sobre el inculcado, y de hacer pesar sobre él la amenaza de la pena agravada con la reincidencia, en caso de recaída.

"Así, agrega, se habrá obtenido este doble carácter de toda buena represión: el minimum de penalidad con el maximum de intimidación" (2).

2° Aplicada con parsimonia y rodeada de precauciones puede rendir resultados proficuos. Presenta entre otros los siguientes méritos:

a) Es un sucedáneo de las penas cortas cuya influencia deletérea encarecen a una así los cultores de la criminología como los directores de las penitenciarías. Las penas de efímera

(1) Garraud. *Précis de droit criminel*, pág. 473. En el mismo sentido Cuche. *Science et législation penitentiaires*, pág. 201.

(2) En Duvergier. *Collection complete de Lois, Décret, etc.*, T. 91, pág. 55 y ss.



duración no corrigen al delincuente profesional, en tanto que corrompen al delincuente ocasional.

b) Crea una nueva categoría de criminales. Para el código en vigencia todos los autores de delitos, están tallados en el mismo patrón. Los beneficiarios de la condena condicional, son más desventurados que depravados.

Comporta pues, la inauguración de una nueva táctica en la secular lucha contra el delito, más atenta a la idiosincrasia del autor que a la naturaleza del hecho.

c) El incentivo de la libertad y el temor a la amenaza, constituyen una valla a las tentaciones y un guía en la incertidumbre. La indulgencia de la ley, cesa con la comisión de un nuevo delito. Por consiguiente, excita constantemente a la buena conducta.

d) Contribuye poderosamente a descongestionar las cárceles, cualidad ésta que no huelga exaltar aquí, donde el hacinamiento de la población carcelaria ha dado margen a todo linaje de censuras.

e) Facilita la indemnización a las víctimas del delito. Reintegrado a la libertad, puede resarcir los daños, consiguientes a la acción delictuosa con más facilidad que encerrado en la prisión.

f) Las notorias deficiencias del régimen penitenciario argentino más a propósito para pervertir que para corregir, proporciona un argumento digno de poner de relieve.

Para el individuo dotado de probidad y de honor, la cárcel puede ser una academia del delito, así como la libertad una tabla de salvación.

g) Realza la magistratura en cuanto parte del éxito queda librado a la medida y discreción judicial. No es la función mecánica del juez actual, que proporciona la pena a la gravedad del delito. Antes bien, debe examinar las características del delincuente.

h) No expone al beneficiario a la vergüenza, ni entrega a la familia al desamparo, ni menoscaba el tesoro del Estado.

3° Malgrado las ventajas señaladas, la condena condicional excita críticas implacables.





En el Congreso Internacional, reunido en San Petersburgo en 1890, algunos oradores, especialmente Kirchenheim y Neklindoff, acometieron rudamente contra la institución (1).

Haremos ligera reseña de las principales impugnaciones:

a) Destruye la base angular del derecho penal. La pena debe seguir indefectiblemente al delito.

Es bastante difícil, escribe Gautier, discutir la legitimidad de una consecuencia, discrepando en las premisas; la objeción encierra una querella de principios, una lucha de escuelas (2).

Por tanto, es ociosa la discusión en este terreno.

b) Enerva la represión.

Sin embargo, tratadistas conceptuados, hacen lenguas de los resultados prácticos sin confirmar ni los sombríos vaticinios ni las infundadas aprensiones de los augures del pesimismo.

Además, su aplicación sufre restricciones, sea por la naturaleza del delito, sea por la personalidad del delincuente.

c) Quebranta los dictados de la moral al sacrificar la justicia a la utilidad.

Empero, tanto los expositores como las legislaciones, admiten sin dificultad la prescripción, la gracia, la liberación condicional, la amnistía, miran con benignidad el duelo, y con indulgencia el adulterio, aplican a los menores medidas preventivas.

Como sustenta Jellinek "el derecho es un minimum de ética". Y la tesis del sabio maestro cuadra especialmente al derecho penal.

d) A estar a Neklindoff, la justicia como la mujer de César debe ser insospechable. La latitud de la facultad judicial es propicia al favor, a la arbitrariedad, a influencias detestables.

No obstante, Cuche ensalza la circunspección de la magistratura francesa. "La mejor respuesta a esta crítica la suministran los felices resultados de la ley de 1891, después de diez años de aplicación".

(1) Actes du Congrès pénitentiaire International de Saint Petersburgo 1890, T. 1, pág. 172 y sigs.

(2) Gautier, A propos de la condamnation conditionnelle, en Revue pénale Suisse 1890, pág. 219.

Luego, es preferible que un indigno aproveche excepcionalmente de la condena condicional a rehusarlo a todos los honrados por excluir a aquél.

e) Convierte en habitual al delincuente ocasional (1).

Los testimonios de esclarecidos criminalistas, acreditan la gratitud de la censura. Las estadísticas de países extranjeros, tampoco abonan en favor de la objeción.

f) No es sino una gracia mal disimulada.

Entre ambas instituciones jurídicas hay divergencias profundas.

En cuanto a los propósitos: la gracia tiende a morigerar las asperezas de la ley, en tanto que la condena condicional persigue la enmienda de la persona.

Acerca del carácter: la primera implica la condonación de la pena, la segunda la remisión condicional de la misma.

Respecto a los efectos: aquélla es irrevocable, ésta es revocable. A incurrir en nuevo delito el condenado condicionalmente sufre acumulación en la pena, el beneficiado por la gracia, está dispensado de esta consecuencia.

A propósito de la extensión: el Poder Ejecutivo otorga la gracia sin límite alguno, al Poder Judicial concede la condena condicional sufriendo restricciones, ora por el delito, ora por el delincuente.

g) La amenaza encarna una tortura para los hombres sensibles, mientras es irrisoria para los delincuentes depravados.

Será lo primero para los que viven en las fronteras del delito, pero no para aquel dispuesto a perseverar en el camino del bien. En cuanto a los segundos, el Proyecto aplica la represión.

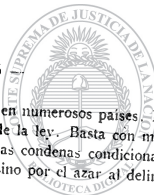
4º Con todo, median entre nosotros razones serias para acoger con reservas la institución y poner a raya el entusiasmo.

La falta de casillero judicial y la aplicación de la prisión preventiva a los delitos leves, representan dos escollos insalvables.

Las naciones extranjeras adoptan providencias prolijas a fin de conocer la situación jurídico-penal de los individuos. El

(1) Saldaña. La antropología criminal y la justicia penal. pág. 70





casillero judicial está implantado en numerosos países. De otra guisa, vanas son las previsiones de la ley. Basta con mudar el teatro de acción, para lograr varias condenas condicionales. El juez de Jujuy no puede conocer sino por el azar al delincuente condenado en Buenos Aires.

Los Congresos penitenciarios celebrados en Estokolmo en 1878, y en San Petersburgo en 1890, recomendaron calurosamente el registro de reincidentes.

El segundo obstáculo nace de las leyes de Procedimientos, modeladas bajo el imperio de doctrinas arcaicas. En lugar de favorecer, embarazan la libertad provisional. Prodigan la prisión preventiva en vez de aplicarla con parquedad.

En el derecho francés cuando la pena no excede de dos años de prisión, la libertad provisional se decreta en favor de las personas domiciliadas, a los diez días de la detención (artículo 313, inc. 3).

El Código de procedimientos Italiano de 1914 (art. 323), estatuye en principio, que para la orden de captura el delito debe estar reprimido con tres años de privación de libertad.

El Código de la Provincia de Buenos Aires, bien logrado fruto de los estudios del Profesor Jofré, importa una nota excepcional en el concierto de la legislación procesal argentina.

Además, la excarcelación bajo fianza aquí es hechura del sistema inquisitivo. Abriga desdeñ por las garantías individuales. "Son leyes más propias de un país monárquico del siglo XVIII, que de un pueblo regido por instituciones republicanas" (1).

Por consiguiente, ¿qué importa otorgar la condena condicional, si el delincuente ha experimentado antes el contacto íntimo con hombres perversos?

5° La denominación condena condicional, es incorrecta. En rigor de verdad no se suspende la condena como en el derecho anglo-americano, sino la ejecución de la pena como en el derecho continental europeo. Esta es la expresión usada por el proyecto suizo.

Sin embargo, también adolece de inconveniente, puesto

(1) Jofré, Procedimiento criminal N.º 180, pág. 234.



que la pena no se aplica al que deja de incurrir en otra acción delictuosa.

El Proyecto Austriaco reza: remisión condicional de la pena. De todas las denominaciones propuestas, es la menos reprochable.

Con todo, la más difundida es la del Proyecto argentino (1).

6º Tres son los sistemas proñijados por la doctrina e incorporados a las legislaciones: a) el anglo-americano; b) el continental europeo; c) el noruego.

El rasgo distintivo del primero consiste en la suspensión de la condena; el del segundo, en la suspensión de la ejecución de la pena; el del tercero, en la suspensión del procedimiento.

A Massachusset corresponde la gloria de implantar el primer régimen en 1869. A partir de 1880, este estado otorga la suspensión de la condena condicional, sin parar mientes en la gravedad de la infracción. El tribunal se limita a fijar la duración de la prueba, la cual abraza un período de dos a doce meses. Si el sujeto rinde airoso la prueba, el juicio queda extinguido y el delincuente en libertad definitiva. Si incurre en acción indigna se aplica la pena.

Además, existe un funcionario especial, el "probation officer", investido de amplios poderes, a quien incumbe la tarea de velar por el éxito de la misma. Infórmase acerca de los arrestos, visita a los preventivamente detenidos, inquiere datos sobre la posición, recursos, antecedentes del culpable. En suma, reúne todos los elementos del juicio, indispensables para conocer la personalidad del delincuente. Otorgada la condena condicional ejerce sobre el agraciado inteligente patronato, cuida su vida, impone normas de conducta, procura trabajo. A poco de transgredir las reglas impuestas, el funcionario puede arrestarlo y conducirlo al tribunal para ser condenado.

En Inglaterra por la ley de 1887, se adoptó el mismo sistema aunque reemplazando "la probation officer" por la caución o fianza de buena conducta.

---

(1) Por esta razón seguiremos adoptando la frase condena condicional.



La nueva ley de 1907, modifica la anterior, según veremos.

El sistema anglo-americano, presenta graves defectos.

En primer lugar, dificulta considerablemente la reconstrucción del proceso; los rastros del crimen pueden desaparecer y las pruebas desvanecerse.

En segundo término, como corolario de lo anterior, obliga a abreviar el período de suspensión de la condena con riesgo de comprometer los resultados de la institución.

En tercer término, desampara los intereses de la parte lesionada, en tanto que el Proyecto consagra la indemnización a las víctimas del delito. Fuerza es probar éste y acreditar las consecuencias para fijar el monto.

Además, como bien dice la exposición de motivos del Proyecto, "es preciso, antes de suspender, definir la situación del reo, el que puede ser inocente y absuelto. ¿Por qué esperar, manteniendo a todos, culpables y no culpables, en una situación idéntica?" (1).

A mayor abundamiento, según observa Perrin, es significativa la conversión al sistema de suspensión de la ejecución de la pena por el Cantón de Neuchâtel, después de 1904, y que los tribunales de Massachusset gozan de la misma facultad, así como también los jueces ingleses (2).

En efecto, la ley inglesa de 1907, autoriza a "imponer un castigo nominal" o postergar la sentencia condenatoria (3).

b) Como derivación del régimen estudiado, surge el que implantara Noruega, donde los tribunales tienen el derecho "de suspender la acción penal" hasta el término de dos años, no pudiendo exceder el término de la prescripción.

No sólo evita la condena, más aún, simplifica el procedimiento, el cual reviste un carácter meramente informativo. Suprime así las audiencias como los debates públicos.

Berenger intentó introducirla en Francia hacia 1901, aunque sin éxito. Las proponía para infracciones leves.

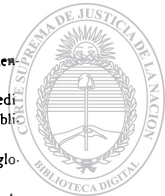
Si la amenaza de la pena basta a prevenir un gran número

---

(1) Exposición de motivos del Proyecto de 1917, pág. 50.

(2) Perrin. Quelques considerations sur le remise conditionnelle des peines. Revue penal suisse 1906, pág. 158.

(3) Ver Revista de legislación y jurisprudencia de Madrid, T. 112, pág. 232 y subsiguientes.



ro de delitos, ¿la amenaza de aplicar el procedimiento no tendría efectos más saludables aun? Tal es el fundamento.

Luego, alegaba Berenger, evita la humillación del procedimiento, la comparencia ante la justicia y la admonición pública del Presidente de la Corte (1).

El sistema noruego acentúa los inconvenientes del anglo-americano.

c) El continental europeo, al cual adhiere el Proyecto de 1917, no aplica la pena aunque pronuncia la condena; sólo suspende la ejecución.

Concilia los intereses de la Sociedad, del condenado y de la parte lesionada.

La reconstrucción del juicio es innecesaria, la pena del anterior se acumula al nuevo delito, la víctima puede reclamar la indemnización.

Es aceptado en los siguientes países: Bélgica (1888); Francia (1891); Luxemburgo (1892); Hungría (1892); Portugal (1893); Noruega (1899); Italia (1904); Bulgaria (1904); Dinamarca (1905); Suecia (1906); España (1908). Por el Proyecto Alemán de 1909; Proyecto Suizo de 1916 y Proyecto Sueco de 1916. Lo mismo en casi todos los Cantones suizos (2).

7º Para conceder la condena condicional, se requiere:

- a) ser delincuente primario.
- b) haber cometido delito al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años o de multa (3).
- c) tener digna personalidad moral.

La concesión es facultativa, no obligatoria.

---

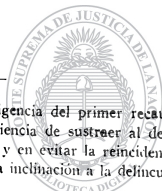
(1) El art. 3 de la ley de Sursis, impone a dicho funcionario la obligación de advertir al condenado las consecuencias de una nueva acción delictuosa.

(2) Jiménez de Asúa. La unificación del derecho penal en Suiza. págs. 337-339.

(3) En la sesión del 22 de Agosto de 1917, el diputado Moreno, explicaba que en el art. 26 había que poner "tres" en lugar de "dos" años, error éste hijo de la copia y de la impresión.

Como la aseveración del doctor Moreno es equivocada y como el Proyecto había sido sancionado en la sesión anterior, creemos que debe prevalecer los dos años.

Es equivocada en primer lugar, porque la exposición de motivos, al referirse al proyecto de 1906 que consagra dos años, dice: "el



a) Fácilmente concíbese la exigencia del primer recaudo. La institución reposa en la conveniencia de sustraer al delincuente, del contacto de las cárceles y en evitar la reincidencia. El autor de un segundo delito revela inclinación a la delincuencia.

Sin embargo, debiera introducirse una excepción con los autores de delitos culposos. Es la opinión preconizada por Gautier y consagrada por el Cantón de Vaud (art. 4) y por la ley de 1892 del Cantón de Ginebra (art. 4). En efecto, ambos requieren una "infracción intencional".

En la imprudencia, en la culpa, tiene más parte el azar que la voluntad. El sujeto no denota ser insensible al temor de la amenaza ni al incentivo de la libertad.

b) Ferri, reprocha la manera en que las legislaciones disciplinan la condena condicional "al mirar a un delincuente medio y abstracto no viviente y palpitante, como el que se observa en las diversas categorías antropológicas" (1).

En efecto, el Proyecto lo limita a los delitos reprimidos hasta dos años de reclusión o prisión o con multa, acaso porque aceptar otro criterio implicaría entregar al poder judicial facultades desmesuradas.

Los antecedentes extranjeros, en cuanto a la duración de la pena, oscilan desde los tres meses para la prisión calificada y seis meses para la prisión simple, establecida por el Código Noruego (pará. 52), hasta los cinco años permitidos por la ley francesa de 1891. La ley Belga hasta seis meses. La italiana seis meses, la ley española un año; la ley Inglesa dos años; el Proyecto alemán, seis meses; el suco y el suizo, un año.

El término del Código Noruego es muy reducido, parece

punto medio en que el proyecto se coloca, es acertado y la comisión lo acepta (pág. 51).

En segundo lugar, al sostener la necesidad de prever la condena condicional en el concurso de delitos, dice: "poco debe importar, entonces, que la pena se aplique por una sola o por más infracciones, pues lo que debe apreciar el magistrado es la personalidad del sujeto, objeto de la pena inferior a dos años" (pág. 52).

En tercer lugar, al referirse a los menores repite el mismo término "cuando se trata de adultos la comisión de un delito castigado con menos de dos años de prisión o con multa, permite, según el proyecto, la suspensión de la ejecución de la pena, la que se pronuncia condicionalmente" (pág. 79).

(Esta nota no figuraba en la tesis manuscrita.)

(1) Ferri, Sociología criminal. T. 2, pág. 326.

abrigar dudas acerca del éxito de la institución, limita demasía do la aplicación. El de la ley francesa peca por exagerado, pu diendo aplicarse a delinquentes peligrosos.

El término de dos años establecido por el Proyecto de 1906, es más prudente, fuera de armonizar con las leyes de Procedi mientos, las cuales en su mayor parte otorgan la libertad baj fianza, en delitos no penados con más de dos años de prisión.

Repetimos en esta oportunidad el error que Herrera nota ba al Proyecto de 1906: la exclusión de los que incurrieran er faltas. "Es de todo punto ilógica otorgarla a los autores d violaciones más graves y negarlas a los autores de simples con travenciones". "Al delincuente se le libra de la cárcel, par: que no cometa nuevos delitos; al que no lo es, se lo lleva a ell: para que los cometa" (1).

Las razones del eminente criminalista, son decisivas. Y no se replique que a las provincias compete la legislación de punto, pues según el Proyecto de 1917, sólo pueden aplicr pe nas de prisión hasta un año (art. 4), fuera de tratarse d un eficaz instrumento de política criminal, de un medio fecunde de individualización de la pena y por consiguiente de incum bencia nacional.

La redacción más propia es la siguiente: "En los casos de primera condena por hecho punible *intencional* al que corres ponda pena privativa de libertad, etc."

A diferencia del Proyecto de 1906, el de 1917 extiende la condena condicional a los delitos reprimidos con multa. Alégase en pro de la exclusión que dicha pena sustrae al delinquen te de la promiscuidad de la cárcel, amén de que la remisión de la multa no cobra la eficacia estimulante de la remisión de una pena privativa de libertad.

Con ser meritorios estos razonamientos, estimamos más lógica, justa y conveniente la tesis opuesta.

La condena condicional es un incentivo a la buena conduc ta, aparte de que el condenado a prisión o reclusión disfruta ría de mejor condición jurídica que el condenado a multa.

Luego, el Proyecto de 1906, así como el de 1917, admiten

---

(1) Herrera. **La Reforma Penal** n.º 94. págs. 162.







la conversión de la multa en prisión. ¿Por qué rehusarla cuando es condenado a la segunda por ser insolvente?

Y no se sostenga la imposibilidad de otorgar la remisión condicional en esta circunstancia, porque resaltaría más el absurdo. Equivaldría a negar la condena condicional a quien es reprimido con tres meses o seis meses de prisión por falta de pago, y otorgarla al que directamente ha incurrido en delito reprimido con dos años de prisión o reclusión.

La solución del Proyecto de 1917 es, pues, más plausible.

c) El Proyecto pretende descubrir la personalidad del condenado, reparando especialmente "en la naturaleza del delito y en las circunstancias que lo han rodeado".

Lo transcripto entre comillas, debe ser suprimido, por redundante y trunco al mismo tiempo. La primera parte está contemplada en el segundo recaudo "pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa".

Además, prescinde de factores tan importantes como los móviles determinantes y la conducta posterior al hecho.

El Proyecto de 1906, decía: "en la comprobación de los buenos antecedentes del reo, mediante información de la policía, y demás pruebas que el juez considere necesario".

No es suficiente; limita notablemente la acción del juez

La ley inglesa de 1907, considera el carácter, antecedentes, edad, salud y condición mental de la persona acusada.

El Código noruego (parág. 52), en la edad, conducta del culpable, su confesión sincera y si ha procurado indemnizar u ofrecido reparar en la medida de lo posible el daño causado.

La ley francesa; indicando los motivos.

La ley española, según los tribunales lo estimen procedente, atendiendo para ello, a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieron en su ejecución.

El Proyecto alemán (parág. 39); a las circunstancias del hecho, los motivos del mismo, la vida anterior, la conducta después del hecho, muy particularmente sus esfuerzos para reparar el daño causado, y cuando se justifique la esperanza de que aun, sin la ejecución de la pena, tendría buena conducta en el porvenir.



El Proyecto suizo (art. 41); si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevos delitos.

El Proyecto sueco (Cap. XI, parág. 1); cuando del examen escrupuloso de las condiciones del acusado pueda estimarse como probable que el individuo se corregirá sin sufrir la pena.

Sin embargo, anima al Proyecto argentino el mismo espíritu que palpita en los Proyectos modernos; amplia libertad al juez para otorgar el beneficio.

8º Según el párrafo final del art. 26 “en los casos de concursos de delitos procederá la condenación condicional, si la pena aplicable al reo no excediese de dos años de prisión o multa”.

El comentador del Proyecto de 1906, preconizaba la necesidad de encarar la condena condicional en el concurso de los delitos a fin de precaver soluciones opuestas en la jurisprudencia.

El Proyecto de 1917, recoge el consejo de Herrera, incorporando al mismo el precepto transcrito.

Sin embargo, la disposición, es si no inútil, superflua. La recta solución que se desprende de los arts. 55 y 56 en nada difiere de la establecida por el apartado que estudiamos.

En ninguno de los antecedentes extranjeros citados en el curso del capítulo, hemos encontrado análoga disposición.

9º En cuanto a la duración de la prueba, dos sistemas disputan la preferencia de las legislaciones; el de la ley francesa, el cual fija una norma invariable; y el de la ley inglesa y Código japonés las que permiten al juez obrar hasta el máximo fijado por la misma.

El Proyecto (art. 27), adopta el tiempo de la prescripción de la pena; es decir, un tiempo igual al de la condena nominal cuando se trata de delito reprimido con reclusión o prisión temporal (art. 65, inc. 3); en los delitos reprimidos con multa, tres años, si excede de dos mil pesos (art. 65, inc. 4), y un año si la suma es menor (art. 65, inc. 5).

Se ha deslizado una pequeña incongruencia, mientras el periodo de prueba para los condenados a prisión, no puede ex-



ceder de dos años, el de los condenados a multa puede alcanzar hasta tres años.

La incongruencia es mayor aún, al comparar el art. 65, inc. 4, con el segundo apartado del art. 21, el cual consagra la conversión de la pena de multa en pena de prisión.

Si pudiera obtener la condena condicional después de la conversión, la pena no puede exceder de un año y medio, puesto que éste es el límite de la prisión por conversión de la multa.

Para salvar la incongruencia, es menester fijar en un año y medio el *máximum* de la prueba en la pena pecuniaria.

10. De los efectos de la prueba, unos son eventuales, otros fatales; aquéllos consisten en la extinción de la pena como premio o en la ejecución como medio de defensa, según omitiera o incurriera en delito (art. 27); éstos en la reparación de los daños causados por el delito, el pago de los gastos del juicio y en dejar subsistentes las incapacidades anexas a la condena (art. 28, inc. 1 y 2).

El tenor del art. 27 es el siguiente: "La condenación se tendrá como no pronunciada, si dentro del término para la prescripción de la pena, a contarse desde la sentencia, el condenado no cometiere un nuevo delito".

Es preciso exigir algo más. La ley inglesa de 1907, requiere observancia de buena conducta con o sin fianza.

En Masachusset según se ha explicado, existe el "provocation officer", encargado de observar al delincuente, e imponerle normas de conducta, cuyo quebrantamiento comporta la aplicación de la pena.

Por el Proyecto suizo (art. 41, inc. 2), el condenado queda sometido al patronato. El juez puede imponerle ciertas reglas como la obligación de aprender un oficio, de residir en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas, o de reparar el daño. Y si durante la prueba comete "un delito intencional" o se sustrae al patronato, o infringe las normas de conducta, el juez ordenará la ejecución de la pena.

El Proyecto sueco (cap. XI, parág. 2), coloca al condenado bajo vigilancia, durante el término de prueba, sin más excepción que cuando se considera esto inoportuno o inútil por motivos especiales.



El Proyecto argentino de 1906 (art. 33, letra C), disponía "si dentro del plazo indicado se descubriesen malos antecedentes al condenado, sufrirá la pena que le hubiese sido impuesta".

Tanto Rivarola como Herrera (1) se refieren a los malos antecedentes anteriores a la condena. Sin embargo, no hay razón alguna para limitar el alcance del precepto y no extenderlo a los malos antecedentes contraídos después de la condena.

El Proyecto de 1917 inspirándose en los dictados del buen sentido y en los precedentes extranjeros invocados, debe revocar sin vacilación la condena cuando el beneficiario se encuentra al margen del delito. Si la digna personalidad moral basta para discernir la condena condicional, ¿por qué la indigna personalidad moral no ha de bastar para revocarla?

El que se entrega a la ebriedad, a la vagancia, el que frecuenta las relaciones de delinquentes, ¿no habita en las fronteras del delito?

La solución del Proyecto parece ser una prima a la habilidad más que al arrepentimiento.

b) La condena condicional no importa la exención de los daños ocasionados por el delito, ni los gastos del juicio.

Así armoniza los intereses de la defensa social con los intereses de la parte lesionada.

Garófalo y Ferri (2), quieren subordinar la concesión del beneficio, a la previa reparación de los daños.

Gautier, preconiza la revocación, cuando el delincuente no pugna por llevar a cabo la indemnización (3).

La primera tesis, con ligeras reservas, es la del Proyecto suizo, la segunda la del Código noruego.

Estas soluciones implican desconocer los beneficios de la condena condicional y atender a la situación económica del individuo más que a su conducta moral.

Por ello es digno de hacer resaltar la cordura del Proyecto de 1917.

c) No podemos decir lo mismo al dejar subsistentes las

(1) Rivarola. Derecho penal argentino, pág. 356. Herrera. op. cit. pág. 168.

(2) Ferri. op. cit. pág. 332.

(3) Gautier. La Réunion de la société suisse en Revue pénale suisse 1901, pág. 413.



incapacidades impuestas accesoriamente a la condena. Bien es verdad que la ley Berenger consagra idéntica solución. Con ser objetable, allí hay alguna excusa. Extiende los beneficios de la condena condicional a individuos condenados hasta cinco años. Durante el estudio de dicha ley, se propuso con la suspensión de la pena, la suspensión de las penas accesorias e incapacidades anexas (1).

Démole, se opuso argumentando que conspiraba contra el fundamento de dichas penas accesorias. A un condenado a prisión, por robo o ultraje al pudor, no se le podía permitir intervenir en las asambleas cívicas, ser elector y elegible, ser consejero municipal, juez del tribunal del comercio, miembro del juzgado criminal.

Humber defendía la proposición porque la tesis de Démole podía obstar al arrepentimiento del condenado.

Sin vacilar, creemos que el inc. 2 del art. 28, es ilógico y perjudicial. Hay flagrante contradicción en suspender la ejecución de la pena principal y aplicar rigurosamente las incapacidades accesorias. Se concibe la aplicación de la primera con exclusión de la segunda, pero es inadmisibles aplicar ésta y dispensar aquélla.

No se aviene con la lógica, el suspender la pena de seis meses a dos años, al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o los deberes de su cargo causare a otra la muerte y en cambio no excluirlo de la inhabilitación especial (art. 84).

¿Por qué discernir la condena condicional al que causare un aborto si obrase con consentimiento de la mujer, en los casos en que la pena no excediera de dos años (art. 85) y al mismo tiempo inhabilitarlos temporalmente en el ejercicio de la profesión a tratarse de médicos, parteras o farmacéuticos?

En realidad es un beneficio a medias, más a propósito para embarazar que para coadyuvar al éxito de la institución.

El mismo Proyecto, teme haber ido demasiado lejos, razón por la cual dispone "que las incapacidades cesarán el mismo día en que, por haber transcurrido el término a que se refiere el artículo anterior, se tuviere la condenación como no pronun-

---

(1) Duvorgier. op. cit. T. 91, págs. 56 y sigs.

ciada, o en el plazo que la sentencia le hubiese fijado si fuese menor que aquél" (art. 28, párrafo final).

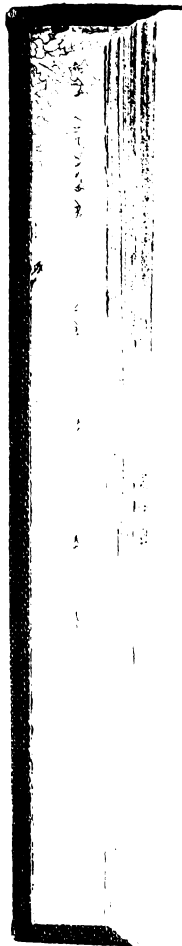
Así en el caso del art. 84, la inhabilitación especial no puede exceder de dos años, a pesar de que el Proyecto la extiende de cinco a diez años, a no mediar la condena condicional.

En la legislación comparada, el beneficio alcanza a la pena impuesta, sin mencionar la subsistencia de las incapacidades accesorias. La ley francesa es la única excepción.

En vez, otras, como el art. 2 de la ley del Cantón de Ginebra establecen terminantemente "que las penas accesorias y las incapacidades resultantes de la condena condicional, seguirán la suerte de las penas principales, salvo, acerca de la patria potestad" (art. 2).

En ninguno de los Proyectos modernos, ni en el austriaco ni en el alemán, ni en el suizo, ni en el sueco, encontramos la disposición del Proyecto argentino.





TITULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL EMERGENTE DE LOS DELITOS (1)

1.º LA RESPONSABILIDAD EN EL CODIGO PENAL EN VIGENCIA. — 2.º LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PROYECTO. REFORMAS INTRODUCIDAS. CONSAGRACION DE UN CAPITULO ESPECIAL A LA MATERIA. 3.º UNIDAD DEL JUICIO CIVIL Y PENAL. — 4.º EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. — 5.º CONSTITUCIONALIDAD DE LA UNIDAD DEL JUICIO. — 6.º LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROCEDE DE OFICIO. INCONVENIENTES PRACTICOS. — 7.º CONVENIENCIA DE EXTENDER LA REPARACION PECUNIARIA A LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS. — 8.º PREFERENCIA DE LA OBLIGACION DE INDEMNIZACION. — 9.º SOLIDARIDAD EN CASO DE PARTICIPACION INJUSTICIA DE LA PARTE FINAL DEL ART. 31. — 10. MEDIOS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD CIVIL. SISTEMAS PROPUESTOS EN CASO DE INSOLVENCIA. — SOLUCION DEL PROYECTO

1º El delito en la legislación, en vigencia engendra dos acciones: la acción civil y la acción penal.

Ambas difieren por los propósitos que persiguen, por las causas que la motivan, por los efectos que producen y por lo que concierne a la jurisdicción.

La acción penal se propone descubrir el delincuente e imponer la pena. La acción civil tiende a la reparación de un daño o indemnización de un perjuicio.

(1) El epígrafe del Título IV, está concebido en los siguientes términos: Reparación de perjuicios. Debe ser reemplazado por el de Responsabilidad civil, más apropiado y más amplio. Por el art. 30 del Proyecto, cuando los bienes no bastaran para resarcir "todas las responsabilidades pecuniarias" se satisfarán así: 1º. Indemnización de daños y perjuicios. 2º. Resarcimiento de los gastos del juicio.

¿No corrobora el Proyecto, lo que afirmamos?







La primera expira con la muerte del imputado, la segunda transmítese a los herederos.

Aquella es eminentemente social; esta esencialmente privada.

El ejercicio de la acción penal compete en principio al ministerio público, por excepción a las personas agraviadas. El ejercicio de la acción civil sólo incumbe al lesionado, representantes legales o sucesores.

Según el art. 47 del Código penal "la pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño causado".

Por el art. 176, en el título de la revelación de secretos "*estas penas y las demás* que impone este Código son sin perjuicio de las acciones del damnificado para pedir correspondiente indemnización".

A estar al art. 225, las penas señaladas para los delitos contra la propiedad, no perjudican a la restitución de la cosa sustraída o defraudada.

El art. 223 establece que la exención de responsabilidad penal inherente a los delitos de hurto, defraudaciones o daños ocasionados entre cónyuges así como entre los parientes que enumera, no excluye la responsabilidad civil.

Los reos de violación, estupro o rapto, "serán además condenados a dotar a la ofendida si fuese soltera o viuda" (artículo 139).

Y por último el artículo 65 del código penal y el art. 9 de la ley de Reformas, destinan íntegro el producto del trabajo de los condenados a penitenciaría y presidio al pago de la responsabilidad civil cuando carecieran de medios propios.

Por lo demás, la acción civil es independiente de la acción penal; por consiguiente, entranan dos juicios (art. 1096 del Código Civil).

El Proyecto siguiendo las enseñanzas mejor recibidas por la doctrina y los principios más arraigados en los antecedentes extranjeros modernos, introduce cuatro innovaciones capitales.

Veamos: a) consagra al punto un capítulo especial como en el Proyecto de Tejedor;



- b) establece la unidad del juicio civil y penal;
- c) extiende la responsabilidad civil, especialmente el daño moral, a todos los delitos susceptibles de producirse;
- d) impone al juez la obligación de fijar la responsabilidad civil en la sentencia penal.

La primer reforma es digna de ponerse de relieve. No sólo implica acordar a la materia la extensión compatible con su importancia sino asimismo rendir pleito homenaje al concepto de que la responsabilidad civil coadyuva indirectamente a la defensa social.

La legislación en vigor encara el tópico con asaz displicencia e ilógica inconexión. El art. 223 no contempla el robo; el 176 sobre adolecer de superfluo ya que repite la idea dominante en el art. 47, tiene en su primera parte inadecuada ubicación. Además, de todos los delitos puede nacer la responsabilidad civil.

Por tanto, todo concurre a prestigiar normas de carácter general y nada explica las reglas particulares.

3º La separación de las acciones emergentes de los delitos conduce a la dispensa de daños y perjuicios, quebranta la unidad de legislación que presupone la unidad del hecho delictuoso, redundando en menoscabo del individuo reacio a afrontar un juicio de éxito aleatorio a menudo, y siempre origen de serias molestias, fundados temores, pérdida de tiempo y gastos dispendiosos, no pone raya a los incentivos que mueven al delito, lastima la majestad de la justicia por la anarquía de las legislaciones y las contradicciones de los fallos, finalmente resta a la sociedad un instrumento eficaz de política criminal.

Ferri, Fioretti y Garófalo, con singular constancia y fino talento auspician la reparación, como un fecundo medio de defensa social.

En el Congreso celebrado en Bruselas en 1900, Garófalo sostenía que la compulsión a la indemnización tiene más imperio intimidativo que la amenaza de cortas penas (1).

En su concepto es menester aumentar los riesgos consiguientes al delito, así como disminuir las ventajas del éxito.

---

(1) Garófalo. Ver: Actes du congrès pénitentiaire international de Bruxelles 1900. T. 2, págs. 82 y agte.



"El oficio de los defraudadores, de los ladrones, de los encubridores y de los quebrados fraudulentos, discurre, lo fomenta la convicción que tienen de que con un poco de habilidad, pueden llegar a conservar el producto de su delito y disfrutar de él después de haber expiado la pena. A nadie se le oculta cuán poderoso freno pudiera ser la convicción de lo contrario" (1).

Lo mismo ocurre en casi todos los delitos. El temor de resarcir los perjuicios derivados de un homicidio o una grave lesión, puede contener el impulso criminal. A la sociedad interesa poner a contribución todos los medios que estime necesario, ya para prevenir, ya para reprimir los delitos. Y la reparación logra esta finalidad con arreglo al pensamiento de Ihering, para quien la justicia no debe ser sólo una balanza sino también una espada, porque no debe únicamente pesar, sino también herir.

Por lo demás, el derecho civil y el derecho penal presentan puntos de contacto. En Roma no hay diferencia sustancial entre ambas. El *furtum* (hurto): la *bona si rapta* (robo), la injuria y el daño prevista por la ley *Aquilia*, la corrupción de los esclavos, el cortar furtivamente los árboles ajenos, originaba una acción de reparación pecuniaria.

La composición de los germanos ostenta un doble carácter; penal, por cuanto el menoscabo pecuniario excede del daño ocasionado por el delito y porque una tercera parte del fraude ingresa a los fondos de la autoridad; civil, pues repara las consecuencias del hecho delictuoso.

Hoy mismo no hay mucha diferencia entre el dolo civil llamado por Tarde, una especie de criminalidad civil (2), con ciertos actos delictuosos como el retener una cosa perdida. Aquél puede traducir y, en rigor de verdad, traduce mayor perversidad.

¿Qué diferencia sustancial existe entre el que mediante mentidas protestas de matrimonio seduce a una joven soltera y el que merced a artificios no menos detestables atrae el ilegítimo amor de mujer casada?

(1) Garófalo. Indemnización a las víctimas del delito, págs. 83.  
Traducción de Dorado Montero.

(2) Tarde. *Philosophie pénale*, págs. 92, nota segunda.



El que vende una cosa ya enajenada, denota más inmaterialidad que el autor de un robo animado del deseo de socorrer a su familia.

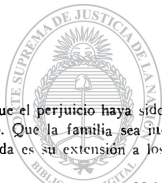
Y existen una multitud de hechos que fluctúan entre el derecho civil y el derecho penal como la luz del crepúsculo vacila entre la claridad del día y las tinieblas de la noche. Como ejemplo típico citaremos el curanderismo y la usura.

Véase, pues, como no hay diferencia radical e incontrastable entre el derecho civil y penal, y como los principios directrices de aquel pueden salvaguardar los propósitos que guían a éste.

Además, abonan la solución del Proyecto razones de carácter práctico: dar simplicidad al procedimiento, evitar formalidades innecesarias, precaver conflictos de jurisdicciones, concluir con el debatido problema de las cuestiones prejudiciales, rodear de prestigio a la justicia previniendo fallos encontrados y favoreciendo el acierto en los juicios, salvaguardar los intereses de la parte lesionada, traducir en realidad un derecho hoy ilusorio.

4º La responsabilidad civil abraza: la indemnización del daño material y moral; 2º la restitución al dueño de la cosa obtenida por el delito; 3º el pago de costas.

La reparación del daño moral es tan necesaria como la del daño material. El Código penal contempla casos aislados. El Proyecto generaliza. Todos los delitos merecen amparo. El homicidio entrega al infortunio a la familia; las lesiones suelen obstar al trabajo; los delitos contra la salud pública menoscaban con la integridad física el patrimonio; los delitos contra el honor mancillan la reputación y afectan al crédito; la extorsión provoca amén de angustias morales perjuicios económicos; la supresión del estado civil da margen a consecuencias susceptibles de traducirse en dinero; las maquinaciones fraudulentas en la concurrencia desleal, pueden colocar al borde del abismo a un establecimiento comercial; así la quiebra como la usurpación no difieren en esencia del robo y del hurto: todos constituyen delitos contra la propiedad. En suma: debe ser reparado todo delito capaz de ocasionar perjuicios ya materiales, ya mor-



La indemnización tiene lugar aunque el perjuicio haya sido ocasionado a la familia o a un tercero. Que la familia sea indemnizada, es obvio, lo que suscita duda es su extensión a los extraños.

Pero, Groizard, recogiendo las observaciones de Laget-Val-español, se expide de esta guisa: Supongamos que el asesinado "hace una obra para un tercero la cual tenía cobrada y cuyo importe no podría devolver; el asesino o el reo de su muerte deberá reintegrar lo que por su delito ha hecho pierda aquella persona. Quien es causa de un perjuicio y causa de ese género necesario es según las reglas de justicia, que lo indemnice".

Pero, Groizard, recogiendo las observaciones de Laget-Val-deson, sostiene la necesidad de consignar limitaciones porque las consecuencias lógicas del principio podrían conducir a demandar los perjuicios sufridos por la desaparición de una persona. Todos los acreedores del asesinado, arguye, que contaban con el trabajo de éste, durante un número más o menos crecido de años, se encontrarían igualmente perjudicados con su muerte y de estos perjuicios respondería el asesino (1).

Por nuestra parte, agregamos: el socio del asesinado ¿podría demandar los perjuicios derivados de la disolución de la sociedad? ¿La concubina podría reclamar el perjuicio nacido de la muerte de su amante?

Bien es verdad, que los cuerpos legales no pueden descender al detalle, a la minucia y que el párrafo final del inc. 1 del art. 29 abandona la reglamentación de la acción a las leyes de procedimientos. Pero no es menos cierto que debe proporcionar principios generales destinados a servir de norte a los códigos procesales. Sino córrese el riesgo de llegar a soluciones opuestas.

En cuanto a la restitución de la cosa, tiene por objeto restaurar el derecho quebrantado, volver al estado anterior a la comisión del delito. Comprende la reintegración a la masa de los valores sustraídos a la quiebra; la entrega de la cosa en el robo, hurto o defraudación; la restitución de la posesión o de los derechos reales en la usurpación.

(1) Groizard, El Cód. Español de 1870, concordado y comentado, t. 2, págs. 637.



Respecto del pago de las costas procesales, no ofrece dificultad. Los gastos originados por el juicio deben gravitar sobre el causante de ellos.

Las leyes de procedimientos reglamentarán esta acción, reza el Proyecto, al referirse a la indemnización del daño material y moral.

No acertamos a explicar esta limitación. ¿Acaso no conviene reglamentar lo que concierne a la restitución de la cosa y al pago de las costas? El Proyecto se limita a establecer, que si no fuere posible la restitución, deberá pagar el reo el precio corriente de la cosa más el de estimación si lo tuviese. La cosa puede haber sufrido averías, disminución de valor. Las costas deben tener un límite.

De aquí, que la disposición mencionada debe ubicarse al final del inc. 3 del art. 29 y atribuirle carácter general.

5° Por razón de analogía, corresponde estudiar a renglón seguido un punto debatido: el que atañe a la constitucionalidad de la materia. Ilustrados juriconsultos sostienen que el Congreso carece de facultad para sentar reglas acerca de las acciones civiles y penales.

Segovia, al comentar el artículo 1096 del código civil, opina que "si el presente artículo debe entenderse como que excluye al juez del crimen del conocimiento de las acciones civiles provenientes de un delito del derecho penal, legisla sobre materia que es de particular incumbencia de las legislaciones provinciales, y, por lo tanto no es obligatorio sino para los jueces y tribunales nacionales" (1).

Jofré, comparte la opinión anterior; "el código civil, aduce, ha dictado reglas de procedimientos y como con arreglo a la Constitución Nacional, los procedimientos los dictan las provincias, se ha considerado que ese artículo no obliga a ninguna provincia" (2).

Para Machado, el art. 1096 del Código civil sólo regirá en la capital federal y territorios nacionales (3).

Y así lo han entendido las provincias.

(1) Segovia. Notas al código civil. T. I, pág. 298.

(2) Jofré. Manual de Procedimientos criminal, N.º 51, pág. 68.

(3) Machado. Exposición y comentario del Código civil argentino. T. 3, párraf. 320, págs. 350 y 351.

**La acción civil y la acción penal en los códigos de procedimientos criminales argentinos**



**Primer grupo.**— El art. 79 del código de procedimiento criminal de Buenos Aires así como el art. 91 de San Luis, establecen que la acción de indemnización por daños causados por delito "se ejercerá ante la jurisdicción civil de acuerdo con las prescripciones de los artículos 1096, 1098, 1099, 1100, 1101, 1102, 1103 y 1106 del código civil".

**Segundo grupo.**— El art. 21 del Código de procedimiento criminal de Córdoba dispone: "la acción civil y penal pueden entablarse conjuntamente debiendo manifestarlo expresamente la parte".

Por el art. 31 del código de procedimiento criminal de Entre-Ríos "la acción civil que nace de los delitos y faltas se entenderá utilizada por el ejercicio de la penal, a no ser que transe o renuncie los derechos del ofendido o se reserve expresamente ejercitarla por separado".

Pero "cuando el ofendido por un delito se haya reservado expresamente la acción civil al iniciarse el juicio criminal de oficio, no podrá ejercitarse hasta que hubiere terminado por sentencia firme" (art. 34)

Y, "cuando el juicio criminal termine por sentencia absolutoria o por sobreseimiento absoluto, no podrá ejercitarse la acción civil después, por razón del mismo delito imputado al reo absuelto". (art. 35)

"En ningún caso el representante del ministerio público podrá transar ni desistír a nombre del Estado por los daños ni por los perjuicios que a éste se ocasione por un delito, ni podrá dejar de entablar y seguir la acción penal en los delitos que no se enumeran en el art. 28" (art. 36)

Por el código de La Rioja y el de Santa Fé, "la acción penal y civil que nacen de un delito podrán ejercitarse conjunta o separadamente. Más, ejercitada solo la acción penal, no podrá dictarse sentencia en el juicio civil hasta que sea resuelta definitivamente aquella. Cuando la acción civil y criminal se entablan conjuntamente, será competente para entender de ambas el juez de lo criminal. (art. 29)

Según el art. 30 "pendiente la acción civil, podrá ejercitarse la penal pero en tal caso, se suspenderá aquella hasta resolverse por sentencia ejecutoriada la segunda."

Por el art. 31, "la acción civil, sin embargo, podrá continuarse y resolverse separadamente, pendiente el juicio criminal cuando por muerte, ausencia o demencia del acusado deba sobreseer o suspenderse este último juicio."

A estar al art. 32: "En ningún caso el ministerio público podrá transar ni renunciar a nombre del Estado la acción por los daños y perjuicios que a éste se le ocasionen por un delito."

Según El de Corrientes: "La acción civil puede ser ejercida ante el mismo juez y al mismo tiempo que la acción penal. Puede también ejercerse separadamente ante el juez civil, debiendo quedar en este caso suspendida la prosecución del juicio hasta la resolución definitiva sobre la acción penal intentada antes que la acción civil o durante su ejercicio."

"La acción civil, sin embargo, podría iniciarse o continuarse aun cuando el juicio criminal estuviese pendiente, cuando por ausen-



cia o demencia del acusado deba suspenderse este último juicio" (artículo 23).

A estar al art. 24: "Elegida una jurisdicción para el ejercicio de la acción civil, no podrá después cambiarse por el damnificado. Se exceptúan de esta disposición los casos previstos en el párrafo final del art. 23, y en el art. 26. (Refiérese este último al delincuente cuando falleciere antes de ser juzgado).

El art. 22 del código de procedimientos de Jujuy reza: "La acción civil puede ejercerse al mismo tiempo que la penal o posteriormente ante el juez civil; debiendo quedar suspendida la prosecución del juicio hasta la resolución definitiva de la acción penal aunque esta última se hubiese intentado durante el ejercicio de la primera."

"La acción civil, sin embargo, podrá iniciarse o continuarse aun cuando el juicio criminal estuviera pendiente en los casos que deba suspenderse este último por muerte, ausencia o demencia del procesado."

**Tercer grupo:** Según el art. 496, del código de procedimientos en lo criminal de la **Capital y Territorios Nacionales**: "La sentencia resolverá igualmente: 1.º Todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil, que hubiese sido objeto del juicio. 2.º El pago de las costas procesales.

Como **Tucumán y Catamarca**, han adoptado el código de la Capital y Territorios Nacionales deben incluirse en el tercer grupo.

El art. 452 del código de procedimientos criminal de **Salta** es igual al del art. 496 del de la Capital y Territorios Nacionales.

Obarrio en su Proyecto de 1882, seguía esta corriente en el art. 27: "la acción civil puede ser ejercida ante el mismo juez y al mismo tiempo que la acción penal. Puede también ejercitarse separadamente ante el juez en lo civil, debiendo quedar en este caso suspendida la prosecución del juicio, hasta la resolución definitiva sobre la acción penal intentada, antes que la acción civil o durante su ejercicio. La acción civil, sin embargo, podrá iniciarse o continuarse, aun cuando el juicio criminal estuviere pendiente, cuando por ausencia o demencia del acusado, deba suspenderse este último juicio".

Malgrado el merecido prestigio de que disfrutaban todos los autores citados, a'herimos sin vacilar a la tesis consagrada por el Proyecto de 1917, el cual inspirase en el de 1891 y 1906.

No es concebible la facultad de dictar un Código penal sin estar munidos de los instrumentos o medios indispensables para infundir vida a las disposiciones que consagra. Los constituyentes no pudieron haber abrigado el designio de conferir al Congreso la atribución de dictar el Código penal o Código civil, y al mismo tiempo, privarle de los medios que tienden a la consecución de los fines que persigue. Si a las provincias





competir dictar leyes sobre el ejercicio de las acciones, podría llegar a tener catorce legislaciones penales. De aquí que el inc. 28 del art. 67 de la Constitución Nacional, acuerda al Congreso la facultad de "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes, para poner en ejercicio los poderes antecedentes".

Con todo, el Proyecto, abandona a las provincias la reglamentación de la acción, después de haber sentado el buen principio. Creemos que debería prever los efectos de la renuncia, las personas que pueden ejercer la acción, los términos de la prescripción, el día en que empieza a correr la acción civil exactamente como ha hecho con la acción penal.

Herrera dice muy bien "desde el momento que se reinvindica para la ley penal el derecho de legislar esta materia debió reglamentársela en una forma análoga a la del Código civil o establecerse que las disposiciones de éste deberán regir en todo lo que se refiere a la indemnización civil" (1).

De lo contrario puede reinar el caos. En el Proyecto de reformas al Código penal mejicano, se ha seguido el criterio recomendado por Herrera aunque con exageración, llegando al pormenor (2).

6º Según el art. 29, el juez en la sentencia condenatoria ordenará todo lo que atañe a la responsabilidad civil.

A diferencia del Proyecto alemán, para el cual la reparación sólo procede a petición del perjudicado (parág. 57); el Proyecto argentino lo establece de oficio.

Aunque en principio no existe argumento para escatimar aplauso a esta solución, preferimos la del Proyecto alemán fundado en razones de carácter práctico.

Según los cálculos más prudentes y las conjeturas más verosímiles, un cincuenta por ciento de los procesados por lo menos, son absueltos.

Además, un contingente considerable de criminales se reclutan entre personas de menguada situación económica. Constituye un problema aun irresuelto el medio de hacer efectiva la reparación cuando el condenado es insolvente. Por consiguiente,

(1) Herrera, La Reforma penal, pág. 256.

(2) Ver Trabajos de revisión del Código penal, T. IV, pág. 76 y siguientes.



te, ¿con qué objeto promover la responsabilidad civil, si ha de ser simplemente nominal? ¿No es complicar estérilmente los trámites del procedimiento, de suyo intrincado?

Por último, es indispensable la intervención de la parte lesionada, para establecer la característica del perjuicio y aportar elementos de juicio para fijar prudentemente el monto de la indemnización.

Con arreglo al criterio que se deja expuesto, la responsabilidad civil procedería a petición de parte. Sólo por excepción el lesionado recabaría la reparación, sin abrigar motivos fundados de obtener éxito.

Las objeciones que pudieran nacer de esta solución, son vanas. Las sugerencias de la delicadeza, el temor de que la acción se atribuya a los cálculos del interés particular más que al interés social de la represión, deben ceder ante los inconvenientes apuntados.

7° El Proyecto limita la responsabilidad civil a las sentencias condenatorias.

¿Ha abrigado el designio de deferir a la jurisdicción civil, la responsabilidad emergente de los delitos cometidos por los locos y menores, por ejemplo, o por el contrario se ha propuesto dispensarlos de toda reparación?

En cualquiera de los dos supuestos la solución da pábulos a críticas. En el primero, porque sería una derogación injustificada al principio sentado por el Proyecto, de que la reparación civil es de incumbencia del juez penal, y porque en éste, como observa Herrera, se hallan los elementos de juicio.

Además, el Código civil arriba a soluciones desechadas por los civilistas modernos, como veremos. Según el art. 1076 "para que el acto se repunte delito es necesario que sea el resultado de una libre determinación de la voluntad. El demente y el menor de diez años, no son responsables de los perjuicios que causaren"; y el art. 900 "cuando los hechos fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna".

Sin embargo, establece la responsabilidad de los padres, tutores y curadores "si probaren que les ha sido imposible impedirlos", arts. 1116 y 1117 (caso realmente excepcional).



Además, el Código civil se refiere a los menores de diez años (arts. 273, 433, 1076). Y el Proyecto declara no punibles a los menores de 14 años (art. 36).

Luego, los delitos cometidos por los menores de 10 a 14 años quedan excluidos de responsabilidad civil.

Finalmente, el código civil no contempla situaciones dignas de prever, como el estado de necesidad y la embriaguez.

En el segundo supuesto la solución es harto injusta. Creemos que el Proyecto debe resolver expresamente el punto de la responsabilidad civil de las personas exentas de imputabilidad penal y decidir por la indemnización del perjuicio en contra del que ha sido causa del delito.

Civilistas de prestigios bien cimentados como Josserand, Planiol, Salcilles, Rolin, Picard, sustituyen la responsabilidad fundada en la culpa por la responsabilidad basada en la causa. Y algunos legisladores han aceptado la tesis, aunque con reservas.

El Código federal suizo de las obligaciones, expresa en el art. 58: "si la equidad lo exige, el juez, por excepción puede condenar a una persona irresponsable a la reparación total o parcial del perjuicio causado". Y el 59 agrega, que el juez no está ligado por las disposiciones del derecho criminal tocantes a la imputabilidad.

Por el art. 829 del Código alemán, el que en estado de inconciencia o perturbación mental que impida la libre determinación de su voluntad y el que no haya llegado a siete años cumplidos "deberá en cuanto no pueda exigirse la reparación del daño causado de un tercero obligado a vigilarlo, reparar el perjuicio en los límites en que según las circunstancias y en particular según la situación del interesado reclame la equidad una indemnización".

Aunque ambos Códigos admiten la doctrina con reservas importan un reto a los principios imperantes en los viejos Códigos civiles.

Planiol, invoca la equidad en apoyo de la moderna tendencia, opina, "¿por qué no admitir la responsabilidad pecuniaria de las personas irresponsables? Una persona presa de súbita alienación causa un grave perjuicio: la hiere o la mata. ¿No



es chocante ver que no hay recurso alguno para la víctima pudiendo ser éste pobre, mientras el autor del daño estar en la opulencia?" (1).

Saleilles, autoridad indiscutible así en derecho civil como en derecho penal, se apoya en los preceptos de justicia "limitar la responsabilidad a los dominios de la falta individual razona, implica infligir una pérdida al que es puramente sujeto pasivo, mientras que la justicia exige que cada cual sufra las consecuencias de sus actos" (2).

El Código civil argentino, está modelado en esta parte bajo el imperio del libre albedrío. Pero la responsabilidad es objetiva y no subjetiva. Como en el derecho penal la sociedad adopta medidas de seguridad contra los locos, ebrios y menores, sin curarse del libre albedrío, así el derecho civil, tiende a reparar los perjuicios ocasionados por el hecho, sin parar mientes en la imputabilidad moral.

Basta que la acción delictuosa ocasione un perjuicio para amparar al lesionado. Es menester escoger entre el autor del delito y la víctima del daño. ¿No es más lógico que la responsabilidad grave sobre el primero, causante del daño, y no sobre el segundo, extraño al mismo?

La ley 9688 de accidentes de trabajo, reemplaza la arcaica culpa aquiliana por la moderna noción del riesgo profesional. No es preciso acreditar la culpa del patrón, basta con probar el accidente.

Véase, pues, que la imputabilidad fundada en la causa, no es ajena al derecho argentino.

Claro es que no puede extenderse la responsabilidad civil a los que han sido extraños a la causa del delito. El que obra en ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, el que obra en legítima defensa, no puede ser responsable.

El Código penal español, declara categóricamente que la exención de responsabilidad criminal, no comprende la de responsabilidad civil, por los delitos cometidos por los dementes menores de edad, en el estado de necesidad y en la fuerza irresistible moral. Pero respecto de los dementes responden sus

---

(1) Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, T. 2, pág. 269.

(2) Saleilles. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, pág. 376.



guardadores a no constar que no hubo culpa por su parte; los menores responden con sus bienes propios; en el estado de necesidad las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, a proporción del beneficio que hubieren recibido; en la violencia moral, la que hubiere causado el miedo y subsidiariamente los que ejecutaron el hecho.

El art. 327 del Proyecto de Reformas al Código Mejicano, también es más acertado que el Proyecto argentino; reza así: "siempre que se verifique algunas de las condiciones del artículo anterior, incurrirá el demandado en responsabilidad civil, sea que se le absuelva de toda responsabilidad criminal o que se le condene". Y los artículos subsiguientes consagran las excepciones y las personas responsables, y el mismo principio consagran los Códigos de Bolivia (art. 27); Perú (art. 19); Venezuela (art. 24); Paraguay (art. 72).

En suma, creemos que el que ha sufrido el perjuicio debe ser indemnizado en los casos del art. 34, incs. 1, 2 y 3 y en el del art. 36, pero abandonando la teoría de la culpa y aceptando francamente las doctrinas de Saleilles.

8° La primera parte del art. 30 dispone, que "la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa".

Dos razones apoyan el texto: en primer lugar, el interés social en exigir la reparación, y en segundo término, la naturaleza de la acción delictuosa. Nadie podría afirmar, sin incurrir en temeridad, de que no ha de ser víctima de un delito. Por el contrario, en la inexecución de las obligaciones contractuales la persona sufre las consecuencias de sus propios actos.

La segunda parte del artículo mencionado, establece el siguiente orden de prioridad, cuando los bienes fueren insuficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias: 1° la indemnización de daños y perjuicios, 2° el resarcimiento de los gastos del juicio.

Ha unido referirse a la restitución de la cosa o al pago de su precio.

9º La doctrina auspicia y las legislaciones consagran (1) la solidaridad de la obligación ex delicto cuando la acción fue cometida por varias personas. El art. 31 protesta adhesión al consensus general. Es justo hacer recaer la indemnización sobre cualquiera de los participantes. Hay concurso de voluntad para cometer el delito. Todos han cooperado material o moralmente. Todos han abrigado el mismo designio y perseguido idéntica finalidad. El principio opuesto podría convertir la repartición en un derecho platónico cuando uno solo de los participantes fuera solvente.

La parte final del artículo no puede merecer aprobación "El que pague todo el daño, no podrá demandar a los otros cuota alguna".

Nos parece más justa y conveniente la solución del art 350 del Proyecto de reformas al código mejicano, según el cual, "cuando varias personas sean condenadas como autores o cómplices por el mismo delito o falta, todas y cada una de ellas estarán obligadas por el total monto de la responsabilidad civil", pero los que pagaren podrán "repetir de los otros la parte que éstos deban satisfacer con arreglo al artículo siguiente" (2).

En apoyo del Proyecto argentino, la doctrina aduce la inmoralidad que implicaría el poner la autoridad pública al servicio de una causa abominable.

Pero la misión del derecho penal, no cifra en mantener el imperio de la moral.

Por el contrario, razones poderosas llevan a prestigiar la opinión opuesta. Todos los participantes han colaborado en el hecho criminal. En consecuencia, deben compartir la responsabilidad civil como comparten la responsabilidad penal.

A más, la disposición es incompatible con los fundamentos de la solidaridad basada en beneficio del damnificado y no en perjuicio de uno de los partícipes.





Por último, ¿no implica notoria injusticia echar el peso de la reparación sobre un partícipe que pudo ser inducido asumiendo un papel que no traduce la misma temibilidad que el autor principal, mientras éste, que pudo ser la causa determinante del delito, quede exonerado de responsabilidad civil?

Si el autor principal hubiera realizado solo el delito, no habría podido eludir las consecuencias civiles. ¿No es preferible buscar partícipes a cometer aisladamente el delito? ¿El azar no puede concurrir a sustraerlo a la reparación pecuniaria?

La solución que prestigiamos estaba consagrada por el Proyecto de Tejedor.

10. Por el art. 32 "el que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado".

Como lo advierten, Groizard en España y Herrera entre no-otros, el artículo no se refiere al encubrimiento sino a los que ignorando la existencia del delito, vengán a utilizarse o participar de los efectos del mismo como si por un acto de liberalidad han conseguido el objeto.

Por lo demás, son casos tan poco frecuentes que los repertorios de jurisprudencia española no traen ejemplo alguno.

11. El nudo gordiano de la responsabilidad civil, lo constituye el medio de hacerla efectiva, cuando el condenado es insolvente. El tópico suscita largas discusiones. De él se han ocupado los Congresos celebrados en Estocolmo en 1878, en Roma en 1885, en San Petersburgo en 1890, en Florencia en 1891, en París en 1895, y especialmente en Bruselas en 1900.

Este último adoptó la solución del Congreso de París, es decir: facilitar la constitución de la parte civil por reformas de procedimientos.

Todos los sistemas prohibidos por los expositores pueden sintetizarse en cinco, que ostentan relieves típicos: indemnización por el estado, creación de una caja de multa, supeditar la concesión de ciertas instituciones jurídicas como la condena condicional, el indulto, a la previa reparación, prolongar la permanencia de la privación de libertad hasta indemnizar a la víctima, afectar parte del peculio conseguido durante el cumplimiento de la condena a la responsabilidad civil.



Examinaremos sucintamente los medios propuestos.

a) Fundado en la culpa del estado, Ferri, pretende convertir la indemnización del delito en una función pública.

¿Pero incurre en negligencia el estado, cuando una persona mata cediendo a los transportes de una pasión o a un movimiento irreflexivo como en los delitos culposos? Absolutamente. El estado no puede colocar un gendarme al lado de cada individuo.

Además, implicaría responsabilizar a todos los habitantes para satisfacer el interés privado, aparte de las cuantiosas erogaciones que presupone la tesis.

¿No son tan dignos de protección si no más los inválidos, los enfermos, los ancianos?

Sin embargo, la tutela del estado deja bastante que desear. La protección del estado debería alcanzar, con todo, a las personas reducidas a la miseria contemplando a ésta y no al delito.

b) Las cajas de multas ya eran conocidas en el siglo XVIII merced al Código Leopoldino y en el siglo XIX por el Código de las Dos Sicilias. Este procedimiento puede recomendarse en Códigos que prodigan la pena de multa. El Proyecto lo desecha. Sin embargo, en ciertos casos debiera admitirlo.

c) Prins prestigiaba en el Congreso de Bruselas acordar al juez la facultad de subordinar la condena y liberación condicional a la previa indemnización, tesis consagrada por el Proyecto suizo (arts. 39 y 41).

Sin embargo, conspira contra los fundamentos en que reposan estos institutos, verdaderos instrumentos de política criminal, basados exclusivamente en el interés público.

Además, córrase el riesgo de aplicar la pena a la situación económica más que a la temibilidad del delincuente.

d) La duración de la privación de libertad hasta reparar el perjuicio causado, es frágil e insostenible. Importa restaurar la prisión por deudas, abolida por todas las legislaciones, aparte de que sólo la pena perpétua podría bastar a resarcir un daño considerable.

e) El último sistema puede prestigiarse con carácter accesorio ya que el producto del trabajo tiene que llenar también otros cometidos.





El Proyecto establece las siguientes reglas en caso de insolvencia total o parcial: Respecto de los condenados a reclusión o prisión la reparación se hará con el producto del trabajo del condenado; los condenados a otras penas, con una parte de las entradas o emolumentos que deberán depositar periódicamente hasta el pago total.

Sería conveniente facultar al juez, como en el Proyecto suizo, para disponer en favor del lesionado, de todo o parte del importe de la multa pagada, del producto de la realización de los objetos confiscados adquiridos por el Estado, en especie o en valor, así como el importe de la caución preventiva (art. 59).

Stooss decía: "ningún juez ignora que exasperación se apodera del lesionado cuando llega a convencerse de que no percibirá un céntimo de la suma asignada por el tribunal, su descontento en estos casos se dirige no solamente contra el autor del daño, sino también contra el tribunal que no le ha prestado más que una asistencia ilusoria y le ha arrullado con bellas palabras " (1).

---

## CAPITULO DECIMO

### TITULO V

#### IMPUTABILIDAD

##### COMENTARIO DEL ARTICULO 34, INCISO 1



1.º IMPUTABILIDAD. LIBRE ALBEDRIO. — 2.º LA VOLUNTAD. —  
3.º ARTICULO 34, INC. 1.º — 4.º LA CAUSA DE IMPUTABILIDAD  
DEBE EXISTIR EN EL MOMENTO DE COMETER LA ACCION. DI-  
FICULTADES EN EL CASO DE INTERVALO LUCIDO. — 5.º EFEC-  
TOS DE LOS ESTADOS ENUMERADOS EN EL ART. 34, INC. 1.º —  
CONVENIENCIA DE SUPRIMIRLO. — 6.º CAUSA DE LA IMPU-  
TABILIDAD. — 7.º LOCURA MORAL

1º El Proyecto de 1917 ha salvado airoosamente el rubicón del derecho penal. En efecto, desecha toda discusión de filosofía, psicología y metafísica. La misión del legislador cifra en enumerar taxativamente las causas que excluyen la imputabilidad y en entregar al criterio judicial las causas que la atenúan o agravan.

Todos los delincuentes están sometidos al imperio del derecho criminal sin curarse del libre albedrío, ni de la voluntariedad, problemas espinosos, objeto de controversias seculares

El Proyecto Ugarriza, Villegas, García, definía la voluntad criminal como la "libre decisión de cometer un hecho ilícito". Pareciera aceptar el libre albedrío como base angular de la imputabilidad.

Aun dando de barato que el libre albedrío gobernara las decisiones humanas como la ley de la atracción la armonía de los astros, debe desecharse como fundamento de la materia que estudiamos, en mérito a las siguientes razones:

a) Por la multiplicidad y complejidad de las causas que impelen al delito a punto tal que la ponderación de las mismas escapa a la sagacidad judicial.



b) Por cuanto conduce a la inimputabilidad de los delin-  
cuentes más peligrosos como los enumerados en el art. 81, in-  
ciso 1 del Código en vigencia, locos, imbeciles, ehrios.

c) Porque comporta la semi responsabilidad de los delin-  
cuentes que oscilan entre la locura y la razón, colocando al juez  
según la gráfica expresión de Prins "en la embarazosa situa-  
ción en que Porcia coloca a Shylock cuando le mide exactamen-  
te el pedazo de carne que tiene derecho de quitar a Auto-  
nio" (1).

d) El que se rinde a los extravíos de un arrebatado, presa el  
espíritu de un violento torbellino psicológico, carece de recur-  
sos cohibitivos para sustraerse a las solicitudes externas y  
a las tentaciones internas. ¿Dónde queda el libre albedrío? No  
obstante, nadie sustenta la impunidad.

e) Además, lleva a una política criminal genuinamente re-  
presiva y expiatoria. El derecho penal en formación, reserva la  
represión para los normales adultos, la prevención para los  
menores, y la represión prevención para los anormales.

2° Los más de los antecedentes extranjeros, toman como  
base la voluntad. Lo mismo el art. 6 del Código penal: "en la  
ejecución de hechos clasificados de delitos, se presume la vo-  
luntad criminal, a no ser que resulte una presunción contraria  
de las circunstancias particulares de la causa".

La expresión voluntad, a estar a la economía del Código  
es sinónima de intención (2), resolución (3), mira (4), a sa-  
biendas (5).

Autorizados expositores del derecho español, sostienen que  
la voluntad implica la existencia de libertad, inteligencia e in-  
tención (6).

---

(1) Prins. *La defensa social y la transformación del derecho pe-  
nal*, pág. 94.

(2) Arts. 21 inc. 2 y 3; el art. 5 derogado por la ley de Reformas.

(3) Art. 8, art. 25; el art. 4 derogado por la ley de Reformas.

(4) Art. 19, inc. 1 de la ley de Reformas.

(5) Art. 19 inc. 1 de la ley de Reformas; 283, 295, 296, 297.

(6) Pacheco. Código penal T. 1, págs. 73 y 74. Grouzard. El có-  
digo penal, 1870, T. 1.º, pág. 33 y agts, aunque éste hace algunos  
cambios.

Autores italianos que disfrutaron de tanta reputación como Alimena y Manzini, opinan, que es extraña a toda idea de libertad moral.

## LA RESPONSABILIDAD SEGUN LA DOCTRINA

1.º **Concepto:** Por responsabilidad entiéndese en doctrina el fundamento de la aplicación de la pena.

¿Por qué razón el autor de un delito es objeto de una pena en tanto que el autor de un hecho no delictuoso escapa a la represión?

2.º **Distintas doctrinas:** Dos teorías opuestas e irreconciliables disputan la preferencia de los expositores: la teoría del libre albedrío y la teoría de la defensa social. Como transacciones surgen: la teoría de la libertad relativa de Prins, la teoría de la libertad práctica de Saleilles; la teoría de las ideas-fuerzas de Fouillée; la teoría de la normalidad de Lietz; la teoría de la identidad personal y similitud social de Tarde; la teoría de la coacción psicológica profesada por Alimena e Impallomeni en Italia y Dubuissón y Guéhenne en Francia; la teoría de la voluntad y la teoría del estado peligroso.

3.º **Teoría del libre albedrío:** El delincuente es responsable del delito cometido, porque dotado de la facultad de escoger entre la acción punible y la acción impunible ha optado por la primera.

El libre albedrío es un atributo de la personalidad humana en cuya virtud, el hombre puede elegir entre dos acciones opuestas, la que le plazca, a despecho de las influencias internas y externas.

En identidad de circunstancias el hombre puede obrar de diversidad de manera, en tanto que por el determinismo podría predecirse la conducta humana con la misma certidumbre de un fenómeno físico a poder conocerse todas las influencias que se ejercen sobre la persona.

Nuestra personalidad no es como el leño que, arrojado al seno de las aguas sigue el curso fluctuante de las olas; antes bien posee el don de determinarse a sí misma.

Bajo el imperio del libre albedrío levantaron los expositores clásicos suntuosas construcciones silogísticas y los códigos penales auxiliares disposiciones jurídicas.

**Argumentos en su favor:** a) El testimonio de nuestra conciencia:

El que mata, el que roba, el que juega, el que prevarica abriga la convicción absoluta de que puede abstenerse de matar, de robar, de jugar, de prevaricar.

Antes de obrar existía en su espíritu una indecisión, pero él era el señor y el árbitro de su porvenir. Los motivos que lo impulsaban al delito: las sugestiones de la venganza o el incentivo del lucro no eran fuerzas bastantes a quebrantar ni el poderío de su libertad ni el vigor de su voluntad.

La persona no interviene como un espectador en la lucha que entablan los motivos: puede anularlos, contrarrestarlos, reforzarlos; en suma, determinarse a su albedrío.

b) Sin el libre albedrío no se explica ni la religión, ni la moral, ni la ley, ni la recompensa, ni los castigos.

Despujado al hombre del más exceso de sus atributos, alejan sus defensores y será ilusoria la religión, vanos los códigos, estéril la moral, infecunda la pena, inútiles los premios.





La ausencia del libre albedrío implica la apoteosis del vicio y el sepulcro de las virtudes. Ni el mérito excitaría el aplauso ni el demérito la reprobación.

Llevando la objeción al derecho penal, arguyen, ¿por qué castigar al que comete una violación cediendo a sus instintos voluptuosos o al que mata por no poder reprimir sus ímpetus sangüinarios?

c) Sin libre albedrío reinaría el caos, la incertidumbre; no habría ciencia posible.

El error, según la tesis de la necesidad, es tan indispensable como la verdad. Un error necesario no es un error. Si los antiguos, discurre Delboeuf, juzgaban innóvil la tierra nada nos autoriza a creer que no lo fuera en aquellos tiempos. Las leyes de la naturaleza podrían ser tan cambiantes como las del pensamiento.

d) Sin libre albedrío no se explicarían ni las promesas, ni los contratos, ni las exhortaciones, ni los consejos.

¿Cómo podría el hombre empeñar su palabra, contraer una obligación, si no lo estimulara la certidumbre de poder realizar la primera o ejecutar la segunda?

¿Con qué objeto moverlo a las buenas acciones o incitarlo hacia el bien si carece de la facultad de elección, si fuerzas inevitables empujan sus actos como la brújula hacia el norte?

**Réplica:** a) El testimonio de la conciencia es frágil. Para los deterministas, nace el error de la ignorancia de los motivos que nos inducen a obrar. No es accesible, a la indagación humana, la complejidad y multiplicidad de causas que justifican los actos.

Además, la conciencia discierne lo que es y no lo que puede ser. Concierne a los hechos pasados, más no a los venideros. Como el hombre no puede determinarse simultáneamente de distintas maneras, la conciencia nos indica cómo se determinó el hombre pero no cómo pudo haberse determinado.

b) El incentivo de la recompensa como el temor al castigo actúan como motivos. La primera puede encaminar al hombre hacia el bien así como el segundo puede contener el estímulo criminal.

Además, los premios no son un galardón al mérito ni el castigo una retribución del mal sino que constituyen consecuencias ineludibles de los actos realizados.

c) El determinismo explica con más certeza la existencia de la ciencia. Si todo es arbitrario la verdad no existe.

La libertad humana no puede cambiar el curso de los hechos ni la naturaleza de los fenómenos. La existencia de un astro, el mantenimiento de un imperio, la naturaleza de un cuerpo, la calidad del sonido, las cualidades de la luz son hechos independientes de la libertad humana. Si el libre albedrío tuviera la facultad de descubrir un astro, desmoronar una nación, modificar los cuerpos, variar el sonido, cambiar la luz, la ciencia estaría entregada al azar, a la ventura.

d) Las promesas, los contratos al igual de los consejos y las exhortaciones constituyen otras tantas fuerzas aptas para servir de estímulo a la voluntad.

**Argumentos de los deterministas:** La ley de la causalidad, la ley de los grandes números y la ley de la conservación de la materia no sólo constituyen argumentos para poner de relieve la fragilidad del libre albedrío sino también para demostrar científicamente la existencia del determinismo.

a) Según la primera ley, todos los fenómenos están encadenados, enlazados, vinculados entre sí por relaciones ineludibles.



No hay efecto sin causa como no existe sonido sin eco. Todo fenómeno está determinado por los fenómenos antecedentes. Nada acontece sin causa. Por tanto, todo está determinado, todo es necesario, nada es libre.

El libre albedrío implica una solución de continuidad en el enlace de los fenómenos. Estos cambiarían incesantemente: las leyes de la naturaleza no serían uniformes ni regulares sino caóticas e irregulares. La libertad, por consiguiente, es un poder creador, una causa primera, un principio absoluto, un atributo divino que perturba la marcha rítmica de los fenómenos, que conduce a la contingencia de las leyes de la naturaleza.

b) *Aun las acciones humanas más libres en apariencia están sujetas a las leyes.*

Puede predecirse el número de matrimonios y la cantidad de crímenes, si no con la exactitud matemática con que el astrónomo anuncia el eclipse de un astro, al menos con la aproximación suficiente para demostrar que hasta los actos humanos al parecer más libres están determinados.

Tras la aparente movilidad de los actos individuales, descúbrense la ley constante de los grandes números.

c) *En la naturaleza nada se crea, todo se transforma.*

El libre albedrío presupone creación de fuerzas: implica algo más que la modificación de fuerzas preexistentes. El ser humano podría crear y destruir las mismas.

**Objeciones al libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal.**

a) *No es posible asentar todo el edificio del derecho penal sobre cimientos tan deleznales.*

El libre albedrío es una cuestión abstracta que excede los límites del derecho penal, para constituir el problema filosófico por excelencia. Los filósofos griegos, los padres de la iglesia, los pensadores del Renacimiento, los precursores de la Revolución Francesa, los criminalistas del siglo XIX, todos los cultores de la filosofía, de la metafísica, de la moral, de la psicología, de la criminología, discuten apasionadamente al extremo de constituir un problema tan irresoluble como el de la cuadratura del círculo.

b) *Imposibilidad práctica de medir el grado de libertad del delinuyente.*

El libre albedrío supone una fuerza que se produce fuera del dominio de la experiencia. No es susceptible de ponderación, escapa a la perspicacia humana. Requerir, pues, la prueba de la libertad para fundar la responsabilidad penal, equivaldría a exigir la prueba diabólica para comprobar la responsabilidad civil.

¿Cómo medir las causas múltiples y complejas que concurren a la producción del crimen?

c) *Existen delincuentes que cometen la acción criminal sin intervención de la libertad, bien por pasión, bien por irreflexión.*

Por definición, el libre albedrío implica el poder de ejecutar una cosa o de abstenerse de ejecutarla. Ahora bien, no pocos criminales van constreñidos al delito a despecho de su voluntad. La idea de poder obrar de manera distinta a la ejecutada no atraviesa por su espíritu. El que mata cediendo a los transportes de la cólera, como acontece en los delitos pasionales o rindiéndose a un movimiento involuntario, como en los delitos subreptivos, sobre el delito el libre al-



d) Aún en los delitos reflexivos, suele descartarse claramente la posibilidad de poder obrar de otro modo.

Ocorre de continuo que los actos premeditados, los crímenes realizados tras largos cálculos, son el fruto de móviles que sujetan la libertad con lazos inquebrantables. "Nada más paciente, premeditado y reflexivo que la obsesión de ciertos homicidios, discurre Saleilles, pero tampoco nada menos libre, si por libertad entendemos el hecho de haber podido sustraerse a la idea fija, el hecho de haber tenido conciencia de que podríamos, y, sobre todo, de que debíamos obrar de otro modo" (La individualización de la pena, pág.109)

e) Conduce a la construcción de un derecho penal eminentemente objetivo.

A igual libertad corresponde igual responsabilidad. La base de la represión se determina menos por la peligrosidad del delincuente que por la gravedad del delito. Todos los criminales pueden optar entre la acción criminal y la acción lícita. Luego, todos deben responder del delito sin parar mientes en la idiosincrasia personal. Considera el delito como una abstracción. Bien dice Saleilles "hacer de la responsabilidad únicamente un hecho de apreciación de la libertad, es separar el acto humano de cuanto es inherente a su producción; considerarlo de un modo abstracto como un hecho de pura voluntad, es querer prescindir de todos los motivos e impulsos iniciales de todo lo que ha preparado y explica el hecho" (op. cit. pág. 137)

f) Lleva a la exención y atenuación de la pena, cuando la libertad desaparece o sufre menoscabo.

La locura, la imbecilidad, la sugestión, la embriaguez, la edad, el sueño, la sordomudez, acarrean límites y modificaciones en la responsabilidad.

¿Pero, por qué prescindir del grado de instrucción, del estado civil, de la situación económica, del temperamento personal, del sexo, de la profesión, en suma, de todos los factores que influyen sobre la libertad? Como arguye Ferri, ¿con qué derecho el criminalista clásico rehúsa calcular todas las circunstancias que pueden influir sobre la responsabilidad moral? Y si quiere tener presente todas las circunstancias, ¿qué juez no se perderá en este laberinto? (Ver Ferri, Sociología Criminal, T. 2, pág.23)

g) No justifica la impunidad de los delitos cometidos en estado de necesidad o en legítima defensa.

El que derriba una pared para impedir la propagación de un incendio o el que infiere una lesión en salvaguardia de sus derechos, ¿no obra con la misma libertad que el que mata por venganza o derriba una pared por malignidad?

h) Es incompatible con la admisión de importantísimos instrumentos de política criminal.

La doctrina prohíja y las legislaciones consagran la condena condicional, la libertad condicional, el perdón judicial.

¿Por qué remitir la pena, si el delito ha sido cometido con libertad?

¿Por qué otorgar la libertad condicional a los delincuentes que observan buena conducta y rehusarla a los delincuentes reacios a la disciplina?

¿Por qué facultar al juez para perdonar la pena, bien por insignificancia de la infracción, bien por las circunstancias del hecho si la libertad moral, y por ende la responsabilidad moral, no se ha



(Bibliografía. — Fonsagrive: Ensayo sobre el libre albedrío. Trad. de González Carreño, Madrid; Stuart Mill: Sistema de lógica inductiva y deductiva. Trad. de Ovejero y Maury, Madrid 1917, págs. 837 y 848; Hamon: Determinismo y Responsabilidad. Trad. de Helenio Galach; Proal: Le crime et la peine, págs. 346 a 386; Alimena: I limiti e i modificatori della imputabilità T. 1 págs. 365 a 372; Fouillée: La liberté et le déterminisme. Paris 1895; Lucchini: Le delitto penale e le nouvelles théories, cap. III, págs. 92 a 106; Schopenhauer: Essai sur le libre arbitre annoté par Reinach. Paris 1900)

4. Teoría de la defensa social. El delincuente es responsable del delito cometido porque vive en sociedad.

Primera premisa: el derecho penal tiene por misión preservar la sociedad.

Como la célula, el tejido, el órgano no tiene existencia biológica sino como parte integrante de un agregado; así el hombre, la familia, no tienen existencia biológica sino como parte constitutiva de una sociedad más vasta.

Sin sociedad no hay derecho como sin el derecho no es posible la convivencia social. Ni el individuo tiene existencia autónoma, ni la sociedad puede hacer abstracción del individuo.

El individuo y la sociedad son los dos polos entre los cuales se despliega la ciencia social.

Como el libre albedrío es el Delhenda Cartago de la escuela positivista, el ministerio de la represión, y, por ende, el de la imputabilidad, no da margen sino a dos soluciones: bien negar esta función a la sociedad, bien justificarla por el principio de la responsabilidad social.

La sociedad, al igual de todo organismo, lucha por su existencia, reaccionando contra todo acto que ataque su manera peculiar de ser. Necesita que todos los elementos componentes se adapten a su idiosincrasia y el individuo que por el delito cometido traduce incompatibilidad con el organismo social, sufre las consecuencias de sus actos antisociales.

Segunda premisa: El ministerio de la represión está desvinculado en absoluto a toda idea de responsabilidad o de culpabilidad moral.

La vida es, por doquiera, una sucesión ininterrumpida de acciones y de reacciones. Así la reacción penal es una consecuencia de la acción delictual. La sociedad reacciona sin preguntar si el acto criminal fué cometido bajo el imperio ineludible de las leyes inexorables de la naturaleza o si fué cometido en virtud de libre y espontánea exteriorización de su albedrío.

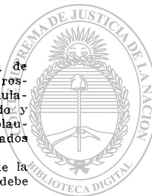
Así también la sanción física, la sanción biológica y la sanción social se producen sin parar mientes en la voluntad humana.

El que se inclina demasiado hacia fuera de una ventana, discurre Ferri, aun cuando sea con la intención más bienhechora, cae y muere. Sanción física.

El que come con exceso, padece de indigestión, se pone malo y sufre; el que abusa de su organismo, ya en sus funciones fisiológicas o psicológicas, compromete su vida fisiológica o intelectual. Sanción biológica.

El comerciante que, no por mala fe, sino por ser confiado en demasía, sufre reverses de fortuna y llega a la quiebra: el causante de un daño, está obligado a resarcirlo aun cuando careciera de intención dañina. Sanción social.





Lo mismo ocurre con la sanción remuneradora: El poeta de fácil inspiración, el orador de palabra espontánea, la mujer de rostro agraciado, reciben los plácemes de la crítica y las congratulaciones de los amigos, en tanto que el idiota excita el escarnio y el loco es enclaustrado sin que ni los unos ni los otros recojan aplausos o sufran desconsideraciones por méritos o deméritos enlazados a su voluntad.

Así como la reacción física, biológica y social no se cura de la libre voluntad humana, de la misma suerte la reacción penal debe relegar al olvido toda idea de culpabilidad moral.

Como corolario de las dos premisas anteriores, la escuela positiva italiana sostiene la responsabilidad del delincuente por el solo hecho de vivir en sociedad y dañar a la sociedad.

Arguye Ferri, si el delincuente alegara "¿por qué razón me castigas por una acción de la cual era imposible abstenerme?", el estado responderá: "por la única razón de que tampoco yo puedo abstenerme de castigarte para defender el derecho y la sociedad". Si el delincuente dijera con Reid "que él hace el mal porque no puede hacer otra cosa: que la necesidad no tiene ley", el estado puede también responderle: "yo también castigo porque no puedo hacer otra cosa; yo también digo que la necesidad no tiene ley".

(Ferri: Sociología criminal, T. 2, págs. 29 a 94. Florian: Dei reati e delle pene in generale. T. 1, págs. 295 a 303. Silió y Cortés: La crisis del derecho penal, págs. 19 a 66)

**Objeciones:** Lucchini dirige a la teoría rudos ataques, a saber:

a) **La sociedad no necesita de la defensa penal para progresar.**

Ni la iniquidad de los príncipes, ni los desastres mas horribles, ni la corrupción de las costumbres, ni la frecuencia de las guerras, ni la esclavitud, ni las masacres han sido parte a conmover las bases fundamentales de la sociedad. La civilización ha seguido su marcha progresiva y triunfal, pues la sociedad posee la fuerza necesaria para asegurar su desarrollo y mantener su conservación.

b) **Existen crímenes que son beneficiosos antes que perjudiciales.**

El rapto de las sabinas, la violación de Lucrecia, el asesinato de César, la crucifixión de Cristo, el martirio de los cristianos, la ferocidad de los bárbaros, las masacres del 89, han producido ventajas a la sociedad. Luego, desde el punto de vista sociológico, debería considerarse como providencial el fraude y la violencia, estas dos manifestaciones patológicas de la actividad humana.

c) **La defensa social es una fórmula abusiva y tiránica.**

Bajo el rubro de Salud Pública o Razones de Estado, de Santa Alianza o de Santa Inquisición, la defensa social ha servido de pretexto para sembrar el terror entre los pueblos, para inmolrar víctimas en holocausto de la crueldad, de la ambición, de la ignorancia, de la avaricia de los hombres, y aun hoy día el despotismo político cuando no encuentra otras razones para la consecución de sus fines, invoca la defensa de la sociedad.

d) **Implica confundir la noción del estado con la noción de sociedad.**

El derecho de punir pertenece al estado y no a la sociedad. El error estriba en considerar el magisterio penal, el derecho en general, como una manifestación de la sociología.

e) **El ministerio represivo carece de todo criterio práctico para determinar sus reglas.**

¿Cómo y cuándo serán promulgadas y de qué naturaleza serán las disposiciones represivas para garantizar la defensa social?



Si se toma como base la religión, la organización civil, una forma de gobierno, sería menester perseguir con encarnizamiento a quien manifestara hostilidad contra esta creencia religiosa, este sistema civil, este régimen público.

**f) Confunde la causa y el efecto, es decir la imputabilidad y la responsabilidad.**

No se trata de indagar, dice Lucchini, por qué un delincuente es **responsable objetivamente** de sus acciones, sino por qué **le es imputable subjetivamente**. La diferencia es fundamental. En el primer caso se establece que el hombre **debe rendir cuenta del acto**; en el segundo debe averiguarse en qué proporción **puede ser computado a su cuenta**. En su concepto los positivistas padecen de lo que denomina **inversión ideológica**. No se trata de saber por qué el delincuente es responsable de su delito, punto sobre el cual reina armonía, sino por qué **le es imputable**.

**g) La ley penal no puede prescindir del elemento voluntario.**

Un cobero puede ser la causa de un homicidio en tres casos: por desboarse los caballos a raíz del ruido de un petardo, por conducirlo a rienda suelta en un lugar frecuentado o por abrigar el propósito de matar.

En el primer caso es irresponsable, en el segundo responsable a título de culpa, en el tercero responsable a título de dolo. Véase también como el magisterio penal está vinculado íntimamente a la idea de culpabilidad moral.

**h) La defensa social debería extenderse a todos los actos nocivos.**

Si la acción perjudicial bastara a provocar la reacción social, la sociedad debería intervenir oficialmente en todas las desgracias. Sería menester reaccionar contra las enfermedades, el rayo, los desplomamientos, los aludes, las epidemias.

(Lucchini: Le droit pénal et les nouvelles théories, págs. 49 a 71 y 107 a 125.)

Otros expositores también impugnan la teoría de la defensa social.

En opinión de Impallomeni, **la defensa social no es un concepto exclusivo del derecho penal**.

El delito no se distinguiría de los otros actos perjudiciales como los realizados por un loco, un inconsciente, un criminal, ni podría trazarse la línea de separación entre los actos civiles y los penales. (El principio específico della penalità. Rivista penale 1891, págs. 229 y sgts.)

Proal no es menos áspero en la crítica que Lucchini.

**j) La defensa social carecería de utilidad sin la culpabilidad moral.**

Cuando el código penal dice: "no mateis, no os apodereis del bien ajeno, no incurráis en adulterio" pues seréis castigados, si cometéis una muerte, un robo, un adulterio, se dirige a personas libres que tienen el poder de no matar, de no robar, de no cometer adulterio. Si los homicidas están predestinados al homicidio, los ladrones al robo, los impúdicos al adulterio, sería inútil defenderse de actos necesarios.

**k) La pena no es justa si no se dirige a un culpable, a un ente libre.**

Harta injusticia fuera la de la ley que aplica la pena a un alienado, a un hombre desposeído por su enfermedad de su libertad moral. Implica suprimir toda distinción entre el orden moral y el orden físico, suplantar las leyes morales por las leyes biológicas, tratar al hombre como al animal. Yo siempre he creído, agrega Proal, que el



progreso consistía en hacer penetrar cada vez más la justicia y la humanidad en los códigos penales.

l) **Suprime las circunstancias atenuantes, o más bien, las convierte en agravantes.**

En la teoría del Código penal fundado sobre el libre albedrío, la responsabilidad sufre atenuaciones por la miseria, la mala educación, los malos ejemplos recibidos, la debilidad de la inteligencia y de la voluntad: su culpabilidad es menor que la del hombre poseedor de fortuna, de irreprochable educación, que ha recibido edificantes ejemplos, que tiene brillantes facultades: en suma, el magistrado repara en cuantas circunstancias atenúan la culpabilidad.

En el sistema determinista, las circunstancias atenuantes truécanse en agravantes: cuanto más pobre, cuanto más deficiente la educación, cuanto más imperfecto es el organismo, debe ser más severamente castigado, pues es más peligroso para la sociedad.

El hombre que desde el punto de vista moral debe ser castigado más severamente, es castigado más severamente desde el punto de vista social.

ll) **Modifica las ideas reinantes acerca de la tentativa.**

La tentativa sólo es reprimida cuando el delito se interrumpe por causas desvinculadas a la voluntad del autor. Por el código francés, escapa a la represión el que comenzara la ejecución de un crimen y lo abandonara cediendo a su voluntad.

Esta disposición desaparecería por las doctrinas deterministas pues supone el poder de dirigir libremente los actos.

m) **Conspira contra la implantación de la condena condicional.**

Si el legislador protestara adhesión al determinismo, no podría incorporar a las leyes la condena condicional, por la cual el juez tiene la facultad de remitir la pena cuando el delincuente no incurrir en nuevo delito durante el período de prueba.

La ley supone que el delincuente puede enmendarse, en tanto que por la ley determinista el hombre no es dueño de su destino.

n) **Suprime la vergüenza y quita incentivo al arrepentimiento...**

Despojad al hombre honesto del mérito consiguiente a las buenas acciones y sustraed al criminal del demérito inherente a las malas acciones, concluye Proal, y suprimireis la vergüenza que acompañaba al crimen.

(Proal. Le crime et la peine, pag. 346 y cap. XVII págs. 387 a 435.)

**Análisis de las objeciones precedentes:** Las más de las objeciones apuntadas, singularmente las de Proal, descansan sobre la necesidad de fundar la responsabilidad sobre la libertad moral o libre albedrío.

Pero cualquiera que fuera la idea metafísica del legislador, ya partidario de la libertad moral, ya del determinismo, ya indiferente, la represión está justificada, pues aun en el determinismo la pena no deja de ser útil, puesto que obra como motivo sobre la persona.

Queda destruida así la objeción tan repetida de que sin libre albedrío la pena sería inútil.

El libre albedrío y el determinismo son problemas extraños al derecho penal. Aun admitiendo el libre albedrío puede construirse el edificio del derecho penal sobre otros cimientos. (Ver: Fonsegrive, op. cit. pág. 369; Prins, Science penale et droit positif, pág. 156 y 167; Alimena, op. cit., pág. 369; Sillio y Cortés, op. cit., pág. 66; Herrera, La reforma penal, pág. 299 y sgs.)

5.ª **Teoría de la libertad relativa:** El delincuente es responsable porque posee relativa independencia en la elección de sus actos.



Para Prins, "la hipótesis de la libertad es tan indispensable para la explicación del mundo moral como la hipótesis del éter distribuido en la vida para la explicación del mundo físico".

Sin libertad, la humanidad no tiene significación moral: se confundiría el bien con el mal, el vicio con la virtud, la pena y la recompensa; reinaría el pesimismo y la inercia.

Todo ser humano tiene un elemento de libertad y un elemento de necesidad. La primera, por cuanto tiene la posibilidad de escoger entre dos motivos y de querer. La segunda, por cuanto no puede sustraerse a la influencia de la familia, de la raza, del medio, de la época.

En otros términos, nosotros estamos dotados de una libertad interna condicionada por las leyes generales del universo, y en los límites de estas leyes generales conservamos una fuerza de reacción más o menos grande.

La concepción de la libertad relativa, admite a un mismo tiempo una voluntad determinada por las condiciones orgánicas de la vida individual y social y una voluntad consciente capaz de elevarse gradualmente hacia una libertad más amplia.

La libertad existe, pero relativamente, acrece o disminuye según las condiciones más o menos normales del organismo individual y del medio social.

En su concepto, el error de la escuela clásica estriba en trazar en forma radical la línea de separación entre la responsabilidad y la irresponsabilidad.

Por una parte, el delincuente normal dotado de libertad absoluta, por otra, el delincuente anormal destituido de libertad.

Pero esta libertad absoluta no existe, es sólo relativa.

"Cuando llego a los Ardenes, a la cima de las montañas, dice Prins, y miro en la llanura un camino plantado de árboles, todos me parecen idénticos, y puedo, por medio de algunas líneas, reproducir el trazado del camino visto a la distancia. Pero si desciendo y me coloco en el camino, notaré la infinita variedad de las diferencias: ningún árbol es igual al de al lado."

Así, agrega: "A distancia y vistas desde arriba, las grandes aglomeraciones tienen también sus rasgos generales: lo característico se pierde y se traza sin trabajo el esquema de la criminalidad; pero si se acerca uno, los individuos aparecen en la multiplicidad de las combinaciones y de la variedad posibles: esta variedad es la libertad relativa."

(Prins. — Science penale et droit positif, págs. 156 a 164; Criminalidad y represión, págs. 18 a 22; La defensa social y las transformaciones del derecho penal, págs. 31 a 49.)

**Objeciones:** a) Imposibilidad práctica de ponderar la libertad relativa.

¿Cómo verificar las múltiples y complejas circunstancias que entran en juego para cometer el delito? ¿El juez más experto no zozobraría ante empresa tan arriesgada e imposible?

b) Traería consecuencias deplorables en sus aplicaciones jurídicas.

Conduciría a la represión más severa de los delincuentes menos peligrosos, y a la represión menos severa de los delincuentes más peligrosos.

En efecto, los delincuentes psicopáticos, singularmente los semi-alienados, sufren la influencia, las más veces irresistible de sus



anomalías orgánicas; luego, forzoso es reconocer la atenuación de la pena.

Por el contrario, los autores de delitos leves, que disfrutan de la plenitud de su capacidad, serían objeto de penalidad más rigurosa por cuanto se alejaría de la investigación procesal el esclarecimiento de las influencias psicopatológicas.

**c) Conspira contra los consejos de la lógica y los dictados de la psicología.**

Como observa Ferri, no se concibe por qué si las condiciones individuales y exteriores pueden suprimir uno o dos tercios del libre albedrío, no ha de poder llegar jamás — excepto en los casos de locura — a suprimirlo por entero. (Ferri, op. cit., T. 2.º, pág. 99.)

En estas condiciones, la libertad relativa no explicaría la represión de los delitos cometidos con absoluta falta de libertad como los culposos, y aun ciertos delitos pasionales.

**d) Finalmente, hasta Prins olvida la libertad relativa.**

Según el reputado criminalista belga: "En cuanto al derecho de defensa de la sociedad queda intacto, es proporcional al peligro ocasionado y no depende del grado de responsabilidad reconocida en el culpable." (Criminalidad y represión, pág. 22.)

¿No es evidente que debe guardar relación el fundamento de la responsabilidad y la medida de la represión?

**6.º Teoría de la libertad práctica: La idea de libertad y de responsabilidad es para el pueblo el fundamento de la idea de la sanción.**

En opinión de Saleilles, la escuela clásica reduce todo a la idea de libertad, la escuela italiana todo a la idea de determinismo.

La primera acierta en el principio pero peca por sus consecuencias; la segunda seduce por sus consecuencias pero asombra por sus principios.

En la escuela clásica es plausible la doctrina de la responsabilidad, sólo es censurable la exigencia de una prueba concreta de la libertad moral y sobre todo la idea de reducir el derecho penal a la medida del grado de libertad.

Lo inaceptable en la escuela italiana no es la idea de defensa sino la destrucción de la idea de responsabilidad.

"¿No sería posible, pregunta, intentar una conciliación entre el principio del uno y las consecuencias del otro?"

Y construye su sistema aunque con más ingenio que acierto.

Que todo hombre, de un modo general y abstracto, siéntese libre es un hecho de conciencia innegable, pero desconoce que la libertad sea en particular y en concreto una fuerza que ponga en comunicación la voluntad y el mundo exterior.

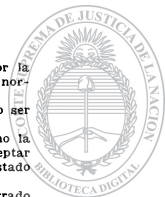
Para la conciencia popular, la idea de libertad justifica la naturaleza de la pena: sin ella la pena no sería sino una medida de seguridad brutal análoga a las adoptadas contra las bestias y los locos.

El pueblo, sólo reconoce un modo de representación de la responsabilidad, la idea de causalidad y cuando analiza esa idea no encuentra otra justificación que la idea de libertad.

El crimen daña e indigna al mismo tiempo; el criminal encarna no sólo un peligro sino también "una fealdad moral".

El hombre es el artífice de su propia criminalidad. La causa inicial del hecho estaba en él, se identifica según el pueblo a la idea de libertad. Así también lo exigen los postulados de la justicia.

"Para la conciencia individual, como para la conciencia colectiva, hay identificación entre la libertad moral y la responsabilidad."



Pero el pueblo no aprecia el estado de responsabilidad por la comprobación experimental del estado de libertad, sino por su normalidad fisiológica.

"El hombre que piensa y razona normalmente es el presunto ser libre de las concepciones populares."

Pero el pueblo no trata nunca de comprobar la libertad, no la analiza cuando juzga un hecho, no busca sus rastros. Para aceptar la idea de libertad y de responsabilidad le basta comprobar el estado de normalidad del delincuente.

"Lo que constituye la medida de la indignación no es el grado de libertad que el acto implica sino el grado de repulsión que el agente le inspira."

En suma: La pena sólo es una medida de sanción y de reprobación social cuando emana de un ser libre, es decir, en estado normal. Pero como la libertad se sustrae a toda verificación experimental, la medida de la pena se determina por la naturaleza del delincuente.

En otros términos, la libertad es el fundamento de la responsabilidad, la naturaleza del agente determina la medida de la reprobación. (Saleilles. — La individualización de la pena, cap. VI, pág. 184 a 268.)

**Objeciones:** a) **La libertad es en la práctica una concepción inútil.**

En efecto, funda la responsabilidad en la idea popular de la libertad y la medida de la penalidad en el carácter del delincuente. Si la pena debe proporcionarse menos a la gravedad material del delito que a la idiosincrasia del autor, ¿por qué esta distinción entre la premisa que sienta y la conclusión a que arriba?

¿Acaso entre el fundamento de la responsabilidad y la medida de la represión no existe una relación de antecedente y consecuencia como entre luz y calor?

b) **La responsabilidad exige criterios seguros y firmes.**

Las ideas populares varían así en el tiempo como en el espacio. La locura excita compasión antes que indignación. Sin embargo, todos los códigos penales — salvo raras excepciones — adoptan providencias tendientes a salvaguardar la sociedad.

¿El sentimiento popular suscribiría siempre esta medida?

c) **El empirismo debe ceder su influencia al estudio científico.**

Para Ferri, la función penal basada no en la verdad científica desprendida del estudio de la génesis y remedios del delito sino en el prejuicio empírico equivaldría a sostener que la medicina moderna aumentaría su eficacia posponiendo los descubrimientos fundados sobre datos científicos al prejuicio popular con respecto a las enfermedades epidémicas. (Op. cit., T. 2.º, pág. 105.)

7.º **Teoría de las ideas-fuerzas. — La libertad ideal es el fundamento de la responsabilidad.**

Para Fouillée, toda idea tiende a realizarse. La libertad, por tanto, posee también su fuerza de realización. Pensar la libertad es el primer grado de la libertad; desearla, quererla, es aproximarse a ella; amarla es conseguirla.

La fuerza o poder condicionante de la idea, puede contemplarse desde tres puntos de vista: psicológico, fisiológico y filosófico.

Desde el primer punto de vista, toda idea envuelve e implica un elemento impulsivo: ninguna idea se encuentra en un estado simplemente representativo.



Desde el segundo punto de vista, todo estado de conciencia más o menos distinto y representativo, está ligado, de hecho y fisiológicamente, a un movimiento, conforme al cual expresa la idea al exterior.

Desde el tercer punto de vista, la idea es la realidad misma tomando en nosotros conciencia de su acción y de su causalidad. ....

En su opinión, toda idea concebida por nosotros ejerce acción sobre nosotros, y tiende a realizarse por haber sido concebida.

Entre todas las ideas, ninguna superior a la libertad; idea directriz, idea fuerza, motor intelectual.

La libertad humana, discurre, consiste práctica y científicamente en el poder de modificarnos por el solo prestigio de la idea. Si en el momento en que la pasión me domina, concibo el poder de modificar esta pasión, la idea de mi poder es el principio de un poder verdadero, es una fuerza opuesta a las otras fuerzas. Puede hasta neutralizar los otros motivos en beneficio del ideal concebido.

La persuasión de no tener independencia personal implica convertirse en esclavo de las influencias que nos acechan, así como la persuasión de que la idea es capaz de realizarse, es poseer una energía fecunda y bienhechora. Suponed, dice, que la estatua consciente de Condillac al adquirir la idea y el deseo de una modificación o de un perfeccionamiento posible de sus rasgos y sus formas, adquiere por esto mismo el poder de modificarle; realizará progresivamente su propio ideal pensándolo y amándolo. (Fouillée. La liberté et le déterminisme. París 1895, págs. 221 a 225 principalmente; Novísimo concepto del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia. Madrid. Trad. de Gómez de Baquero, págs. 192 a 213; Los elementos sociológicos de la moral; versión de Gonzalez Carreño, Madrid 1908, págs. 41 a 65).

**Objeciones:** La tesis de Fouillée puede considerarse como fuegos fatuos del pensamiento: deslumbran al pronto pero se desvanecen con igual rapidez al ligero contacto de la observación y el análisis.

Libertad y determinismo son dos términos tan contradictorios como luz y oscuridad, movimiento y reposo, frío y calor.

O el poder de la idea obra como motivo, y caemos en la concepción determinista, o el poder de la idea es una consecuencia de la libertad, y caemos en el libre albedrío.

Ferri prodiga a la concepción del celebrado filósofo francés justa y discreta crítica.

a) ¿Cómo decidir, arguye, si un hombre al cometer un delito, posee o carece de la idea de su propia libertad?

El delincuente cede a la venganza, codicia o lujuria, no pudiendo las más veces resistir al impulso que lo mueve.

b) Pero, aun en el supuesto de existir la libertad ideal, ¿cómo se mide su intensidad e importancia?

En efecto, si la valuación de la libertad humana es inaccesible a la observación, ¿cuánta mayor dificultad ha de presentar la verificación de la libertad ideal, fenómeno abstracto, rebelde a toda ponderación? (Ferri, op. cit., T. 2, págs. 99 a 101.)

c) Saleilles partidario de la idea de la libertad, reconoce que hay hechos instintivos, espontáneos, que se traducen al exterior, no sólo sin tener conciencia de nuestra libertad para obrar de otro modo, sino también sin que nos haya ocurrido la idea. Presenta como ejemplo los crímenes pasionales. (Saleilles, op. cit. pág. 108).

§ 4. Teoría de la normalidad: «Es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental sano y normal».



He aquí cómo expone Liszt esta doctrina, cuya paternidad corresponde a Poletti.

«La imputabilidad es la capacidad de conducirse socialmente, es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres». Sólo en cuanto esta capacidad existe o se supone, puede ser imputada como culpable la conducta antisocial. Allí donde falta «la facultad de adaptación social» completa y permanentemente no tiene ningún sentido querer encontrar móviles de conducta social en las motivaciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena. La imputabilidad supone, pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valorización social; que la evocación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad normal, que la base afectiva de las representaciones, y por consiguiente, la fuerza generadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., correspondan a la medida media, y que la dirección y vigor de los impulsos de la voluntad no ofrezcan nada esencialmente anormal. Pues como nosotros sólo podemos conocer la conciencia de otros hombres deduciéndola de la nuestra, como sólo podemos presumir por nuestra facultad de reacción la de los demás, la semejanza de otros con nosotros, su concordancia con el tipo abstracto por nuestra experiencia, es condición de la imputabilidad. En este sentido, la imputabilidad puede definirse como la facultad de determinación normal. (Liszt. Tratado de derecho penal, T. 2, págs. 384 y siguientes)

**Objeciones.** Prins impugna la teoría con plena eficacia.

a) El hombre normal es una concepción abstracta que olvida la realidad de la vida.

«El hombre normal o medio no es más que una fórmula matemática que reduce las particularidades a lo general, eliminando lo que es individualidad, originalidad y diferencia, y que refiere todo al esquema abstracto de un ser que no vive, que no ha vivido nunca, porque no puede vivir y porque un término medio no responde a ninguna realidad viviente».

b) Más que el hombre normal encuéntrase el hombre anormal.

«Desde el que nunca está conforme, desde el irregular, el excéntrico, el indisciplinado, el bohemio, el vagabundo buscador de aventuras, hasta el insuficiente mental y moral, hasta el maniaco, hasta el alienado o el idiota profundo, hay grados infinitos de estados incompletos o defectuosos, cuyo término medio no da, en modo alguno, un hombre normal».

c) Descuida los grados intermediarios entre el hombre normal y el anormal.

«Del mismo modo que del calor al frío, una serie de estados sensibles de la atmósfera que registra el termómetro nos lleva de las más altas a las más bajas temperaturas; del mismo modo, de la plenitud del equilibrio intelectual o físico a la demencia y a la enfermedad incurable, hay una escala de imperceptibles gradaciones».

(Prins. La defensa social y las transformaciones del derecho penal, págs. 18 a 24)

Ferri no queda a la zaga de Prins en la impugnación de esta tesis.

d) Lleva a la irresponsabilidad de los delincuentes más peligrosos. En efecto, los delincuentes locos y los que delinquen por tendencia congénita distan notablemente del tipo normal.

e) El ser humano no es más responsable de sus virtudes que de sus vicios.





Citando a Clémence Roger, afirma que «no depende de él ser San Vicente de Paul mejor que Lacenaire; Régulo mejor que Catilina».

f) El hombre normal no comete delitos; el delincuente es un anormal.

Para Ferri no es criminal el que lo desea como no es loco el que quiere.

El criminal loco así como el criminal nato o el habitual, comete el delito porque le falta el sentido social; el criminal por pasión no está desprovisto de sentido social, pero lo tiene paralizado por la pasión.

g) Dificultad de trazar la línea de separación entre el delincuente normal y el delincuente anormal. (Ferri, op. cit. T. 2 págs. 131 y sgts).

10.ª Teoría de la identidad personal y similitud social:

«La responsabilidad entraña el concurso de dos elementos: la identidad del delincuente antes y después del delito y la semejanza con sus asociados: es decir, la identidad personal y la similitud social. Tarde, expositor de esta tesis, ha puesto al servicio de la misma la habilidad de su dialéctica y la fascinación de su estilo.

La identidad es la permanencia de la persona; es la personalidad contemplada desde el punto de vista de su duración. A despecho de las incesantes mudanzas de sus elementos, de sus funciones y de sus fines, la personalidad manteniéndose bajo formas mas o menos semejantes.

Como dice Tarde, en su teoría substituye la libertad, fuerza latente, por la identidad, fuerza potencial. No es empresa fácil determinar hasta qué punto el delincuente ha sido libre al ejecutar el acto, pero no es una empresa inaccesible a la perspicacia humana determinar hasta qué punto el delincuente permanece igual a una fecha anterior.

Las modificaciones sufridas por el yo a través de los años no bastan a modificar la identidad de la persona. Esta es semejante a las teoracías antiguas regidas despóticamente por un Rey-Dios. El yo es el Rey-Dios del cerebro, centro y núcleo de un conglomerado de conciencia vasallas. El yo es el cerebro lo que el estado a la nación: un órgano que enseña y ordena.

Todo individuo posee su yo, sus rasgos peculiares que le acompañan desde la cuna al sepulcro.

La identidad personal juega importancia no sólo en la responsabilidad penal, sino también en la civil.

El que firma un pagaré cediendo a una pasión, bien por la mujer, bien por el juego, está obligado a pagarlo porque su carácter es el de ser galante o jugador.

Pero, sería otra cosa si al firmar ese valor hubiera cedido a un móvil de naturaleza distinta a su carácter, como si abrigando aversión por el juego, contrajera una obligación para jugar al «blucarat».

La similitud social, no consiste ni en la semejanza de los rasgos o aptitudes físicas, ni en la comunidad de los apetitos, sino en la identidad de sentimiento y pensamiento.

Todas nuestras acciones, discurre, son las conclusiones prácticas de un silogismo teológico, cuya mayor es un deseo, un fin que se propone alcanzar y cuya menor es una creencia, un juicio acerca del medio más conducente para lograr ese fin. Aunque las mayores y las menores del silogismo son formuladas por el individuo, sus fines y sus ideas son productos de la sociedad. De aquí que los individuos de una sociedad participen del mismo concepto acerca



del bien y del mal, que los mismos actos exciten los mismos juicios de aprobación o de censura. El culto del deber, el amor a la justicia, el odio a la injusticia, las protestas de admiración, los movimientos de indignación son patrimonio común de nuestros semejantes.

Como en el Derecho Internacional público, los tratados de extradición facilitan la asimilación internacional, de suerte que los crímenes perpetrados en un estado repercuten en el estado vecino, así también en el derecho público interno la muerte de un europeo por un salvaje, no excita la indignación moral y el justo odio que inspira la muerte de un europeo por un europeo, pues en este último caso hay similitud social.

(Tarde. *La philosophie pénale*, cap. IV, págs. 83 a 148 y *Actes du deuxième congrès International d'anthropologie criminelle, biologie et sociologie de Paris de 1889: Les anciens et les nouveaux fondements de responsabilité morale* págs. 92 a 105; *Criminalidad comparada*, págs. 127 a 147.)

**Objeciones:** a) **La identidad personal es una ilusión del espíritu.**

La personalidad humana varía incesantemente. Una enfermedad basta para convertir en adusto a un hombre expansivo; un revés de fortuna puede conducir a extravíos. La persona refleja en sus actos la influencia de las causas internas y externas que lo solicitan, aparte de que cambia continuamente aun cuando conserve cierta permanencia "como un río que lleva siempre el mismo nombre, aun cuando en cada momento cambien las aguas que lo forman y las dimensiones de su cauce" (Ferri. *Op. cit.*, T. 2, pág. 142).

b) **La similitud social es un concepto tan frágil como la identidad personal.**

En el estado actual de la civilización, todos los países ofrecen puntos de contacto. Solo una nación encerrada en sus fronteras como la ostra en su concha, podría conservar incólume su similitud social. Hasta la China, caracterizada por secular aislamiento, no ha podido permanecer sustraída a las palpitaciones más íntimas del alma universal. Todas las naciones mantienen relaciones profundas, continuas.

Por lo demás, existen países como Suiza con diferencias de origen, de lengua, de religión, de códigos, de costumbres, de ideas. ¿No difiere sensiblemente la similitud social de los cantones? ¿Tendría que variar las condiciones de la responsabilidad según el cantón?

c) **Conduce a la irresponsabilidad de todos los criminales,**

Como observa Proal, el hombre que delinque no tiene ni identidad consigo mismo ni similitud social con sus semejantes. (Proal. *Le crime et la peine*, pág. 428).

En efecto, el que mata, el que hurta, el que falsifica, difiere radicalmente del hombre honrado. Difiere también consigo mismo ya que el delito es un accidente en su vida.

d) **No consulta las exigencias de la defensa social.**

Si mañana, dice Ferri, llegara un zulo y cometiera un delito, ¿quién osará sostener su irresponsabilidad?... No obstante, difiere sensiblemente de nosotros. (Op. cit. pág. 143).

e) **No justifica la represión de los delitos rebeldes a la imitación.**

Para Turde, la similitud social engendra la imitación. De suerte que los delitos involuntarios así como los cometidos en estado de ebriedad y locura, que no sirven para incitar al delito dejarían desarmada a la sociedad. Aunque se abhorra y descuartizara a un jefe de estación por un accidente involuntario, no se podría prevenir en el

porvenir la reproducción de hechos análogos. (Criminalidad comparada, págs. 141 y 142).

**11.-Teoría de la coacción psicológica; el delincuente es responsable porque es intimidado, porque la pena puede actuar sobre él como coacción psicológica.**

Según Allmèna, las leyes penales constituyen un medio de defensa social que actúa como coacción psicológica a la que corresponde además una reacción moral en la conciencia colectiva.

La consecuencia más fecunda desprendida de la premisa anterior es la siguiente en opinión del tratadista mencionado. En tanto que el objeto de la penalidad, en el momento judicial, debe ser el delincuente más que el delito, el objeto de la penalidad en el instante legislativo debe ser el delito y no el delincuente.

En su concepto, la verdadera defensa social finca en prevenir antes que reprimir el delito.

Para Impallomeni el principio específico de la penalidad es la intimidación. Todas las personas inclinadas al delito pueden sentir la eficacia de la coacción de la pena. El delincuente que en el momento de cometer el delito está en condiciones de conocer la contradicción entre el hecho y la ley, ha demostrado con el delito que el motivo impelente al delito ha tenido más imperio que el motivo repelente de la pena. Y basta esta capacidad para ser responsable.

Concluye sosteniendo que si la intimidabilidad sirve de base para justificar la aplicación de la pena, no basta para determinar la cantidad o calidad de la misma. (Allmèna, I límite e i modificatori della imputabilità. T. I, págs. 18 y sgts. 374 y sgts. Impallomeni, II principio specifico della penality, en Rivista penale 1891, págs. 221 a 227).

**Objeciones:** Ferri se destaca entre los impugnadores por lo recio de la argumentación. He aquí sus objeciones.

a) **Lleva a sostener la irresponsabilidad del delincuente.**

En efecto, desde que la comisión del delito demuestra que el hombre es insensible a la coacción psicológica, la consecuencia lógica de esta doctrina sería la impunidad.

b) **Es incompatible con la imprevisión de los delincuentes.**

La coacción psicológica contempla un tipo abstracto de delincuente, sin cuidarse de que en la realidad la esperanza de sustraerse a la pena por falta de pruebas o por la imposibilidad de descubrir a los autores así como por la imprevisión peculiar a muchos delincuentes, constituyen poderosos estímulos para cometer delitos.

c) **No justifica la represión de los delitos involuntarios.**

Si el delincuente no es responsable sino cuando la amenaza de la pena obra como motivo para refrenar el impulso criminal, no es admisible la represión de los delitos cometidos por culpa por cuanto no ha tenido lugar la coacción psicológica.

d) **Tampoco justifica la responsabilidad en los delitos cometidos por ignorancia de la ley.**

Puesto que el delincuente ignora que la acción cometida es imputable y por ende de pena.

e) **Conduce al aumento continuo de los rigores penales.**

Si las penas infligidas no han sido parte a intimidar al delincuente, fuerza es comunicar a las mismas mayor rigor y duración para sofrenar el impulso del criminal. (Ferri, Op. cit. T. 2, págs. 119 y sgts. Allmèna las contrarefuta sin éxito en las págs. 381 y sgts.)

Además, pueden agregarse a éstas las siguientes críticas:



f) Confunde la función de la pena con el fundamento de la responsabilidad.

En primer lugar, la función específica de la pena no estriba en la coacción psicológica, según explicó en su oportunidad, aunque es indiscutible que la pena tiene aptitudes para contener el estímulo criminal. Pero, aun admitiendo la coacción psicológica como función de la pena, no explica el por qué de la responsabilidad.

g) No legitima la represión de los delinquentes profesionales.

El delincuente profesional pone de relieve con la comisión reiterada de los delitos que es insensible a la intimidación.

h) No constituye un guía seguro para graduar la pena.

El cartabón de la pena debería determinarse no tanto por el estado peligroso del delincuente cuanto por el imperio que pudiera ejercer sobre los honrados, pues la medida de la represión debe guardar armonía con el fundamento de la responsabilidad.

12.-Teoría de la voluntad: El delincuente es responsable porque ha querido cometer un delito sin necesidad de pesquisar la causa íntima de su voluntad: es decir si es libre o determinada.

La ley no tiene por qué resolver el inextricable problema del libre albedrío; le basta con que el agente haya abrigado el propósito de cometer el delito. (Ver Masucci, Fundamento científico dell'imputabilità morale in suplemento de la Rivista penale. VIII, págs. 328 y sgts.)

Objeciones: Para Ferri, la teoría de la voluntad da margen a las siguientes críticas:

a) Es un error psicológico puesto que prescinde de la intención y del fin.

La responsabilidad entraña el concurso de tres elementos: 1.º que el delito haya sido querido, 2.º que haya concurrido la intención de perjudicar, 3.º que el fin haya sido antisocial.

La teoría de la voluntad contempla el primer elemento sin parar mientes en los demás.

Así en la explosión de un fusil: el acto puede haber sido querido o accidental: lo primero abraza la voluntad.

Pero para qué ha disparado: ¿para matar, herir, amedrentar? He aquí la intención.

¿Por qué ha querido matar o herir? ¿Para robar, por venganza, para defenderse? He aquí el fin.

b) Asimismo importa un error jurídico.

En efecto, los delitos cometidos por culpa se operan a despecho de la voluntad. ¿Con qué título, pregunta Ferri, castigaréis aquellos delitos de omisión en los cuales no se puede sostener que la negligencia y el olvido tengan alguna parte de voluntarios? (Ferri, op. cit. T. 2 págs. 174 y sgts. Puede consultarse también Dorado, La psicología criminal en nuestro derecho legislativo. Cap. V al IX donde estudia profundamente el espinoso problema de la voluntad)

13.-Teoría del estado peligroso: el delincuente es responsable porque el delito revela a un ser peligroso.

Esta teoría que explica con mayor fundamento que ninguna la responsabilidad del delincuente, tiene todas las ventajas atribuidas por la escuela positivista italiana a la teoría de la defensa social, sin presentar el inconveniente de desterrar al individuo de la idea de responsabilidad. Justifica así la medida que el régimen de la pena. El criminal delincuente es tan peligroso como el criminal normal; el delincuente profesional más peligroso que el delincuente primario;



el menor delincuente difiere por su peligrosidad del delincuente adulto.

Tiene sobre las teorías fundadas en la responsabilidad moral la ventaja de contemplar al delincuente más que el delito y sobre la teoría de la defensa social, la de colocar la responsabilidad en el individuo mismo y no sobre la sociedad.

¿Por qué razón los Códigos y Proyectos modernos adoptan el enclausamiento de los alienados en asilos especiales, de los ebrios en asilos de bebedores, de los holgazanes en casas de trabajos, de los delincuentes profesionales en internados especiales, de los menores en establecimientos educacionales?

¿Por qué el juez está autorizado para conceder la condena condicional o el perdón judicial? Por la sencilla razón de la diversidad del estado peligroso del delincuente.

En suma: el estado peligroso es el fundamento y la medida de la responsabilidad.

#### La responsabilidad en el Proyecto

La exposición de motivos, dice con justicia, que el Proyecto "resuelve la cuestión responsabilidad, con criterio humano y moderno; prescinde de resabios expiatorios y aparta problemas trascendentales de psicología.

Se limita a indicar los delitos, y a fijar sus penas, teniendo en cuenta que sólo los previstos en el Código, pueden ser los castigados de acuerdo con un artículo de la Constitución, y a establecer en qué casos la pena no concurre a pesar de haberse realizado un hecho al cual la ley califica de delito" (1).

Por tanto, la supresión del art. 6 del Código está plenamente justificada.

Tanto más digno de encomio, cuanto que los Códigos y Proyectos modernos sustentan normas más a propósito para ser discutidas en tratados de psicología y metafísica, que para consagrarlas en cuerpos legales.

No obstante, el Proyecto de 1917, no lleva el principio hasta sus últimas consecuencias. La frase: "comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones" es una reminiscencia de las doctrinas psicológicas.

3° El art. 34, inc. 1, contempla la situación jurídica de los anormales.

No es pumbe, según el tenor del Proyecto "el que no ha podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de

(1) Exposición de motivos del Proyecto de 1917, pág. 63.



sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por su estado de inconsciencia; comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones”.

El apartado segundo, ordena al tribunal, la reclusión del alienado en un manicomio, y el apartado tercero la reclusión de los demás, en establecimientos adecuados. La reintegración a la libertad, comienza con la desaparición del peligro.

El texto del Proyecto presenta indiscutibles ventajas sobre el texto en vigencia.

En primer lugar, pone coto a la simulación de la locura (1).

En segundo término, adopta precauciones especiales para enclaustrar a los no punibles.

Luego, cesa la reclusión con la extinción del peligro.

Además, evita toda nomenclatura rígida y estirada, acordando al juez facultades amplias y flexibles, para apreciar el estado psíquico del delincuente.

Por último, consagra la obligación del examen pericial antes de entregar al alienado a la libertad.

Con todo, la disposición ofrece ancho margen a la crítica.

Tres reglas sienta el Proyecto: concernientes al tiempo a la causa y al efecto del estado psíquico.

En cuanto a la primera, exige que la causa exista en el momento de cometer el delito.

Acerca de la segunda, requiere “insuficiencia en las facultades mentales, alteraciones morbosas de las mismas o estado de inconsciencia”.

A propósito del efecto, exige “incapacidad para comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones”.

4º Los más de los antecedentes extranjeros, consagran la primera regla.

Así el Código Holandés art. 37; el Italiano art. 46; el Noruego art. 44; el Ruso art. 39; el Alemán art. 57; el Griego art. 86; el Francés art. 64; el de Siám art. 46; el de Sudán

---

(1) Ingenieros, en Criminología, cap. II, pág. 74 y en Apéndice cap. V pág. 394, pone de relieve tal error del art. 81 del código actual.



art. 63; los Proyectos: Austriaco art. 37; Alemán art. 63 y Suizo art. 62.

Algunas enfermedades mentales, principalmente las denominadas "locura de doble forma" (circular o intermitente), ofrecen etapas de remisión. Los individuos asombran, tanto por la rectitud del juicio y perspicacia del ingenio cuanto por el desembarazo de sus acciones y cordura de sus actos. Constituyen los intervalos lúcidos.

El Código civil concede expresamente la facultad de testar, cuando el tiempo de lucidez es cierto y prolongado (artículo 3615).

¿La concomitancia de la acción delictuosa, con el intervalo lúcido acarrea la aplicación de la pena? A coordinar la regla primera con la tercera, no sería muy aventurado sostener la afirmativa.

Por definición, el intervalo lúcido implica la facultad de comprender la naturaleza del acto. ¿Pueden dirigir sus acciones? He aquí planteado un problema cuya solución en vano pugnan por esclarecer los más reputados psiquiatras.

Añádase a esto las divergencias de la doctrina y de los antecedentes nacionales, para comprender sin esfuerzo las dificultades que el contexto de la expresión suscitará entre los intérpretes y la jurisprudencia.

Chaveau et Helie, profesan la responsabilidad moral del sujeto porque presumen que el acto se ha realizado con conocimiento de causa (1).

Crivellari, auspicia la inimputabilidad, porque el intervalo lúcido no es incompatible con la influencia que la alienación pueda ejercer sobre el acto y por la dificultad de verificar el intervalo en la enfermedad mental (2).

Carrara, considera como un acto de justicia la disminución de la imputabilidad tanto por consideraciones de humanidad cuanto porque la enfermedad ha podido influir sobre la acción del criminal (3).

Para Impallomeni, la discusión es pueril por cuanto la lu-

(1) Chaveau et Helie. *Théorie de code penal*. T. 1. N.º 256, pág. 582.

(2) Crivellari. *Il codice penale per il Regno d'Italia*. T. 3, pág. 856.

(3) Carrara. *Programma*. T. 1, parágrafo 250, pág. 241.



cidez está destinada a desaparecer y por tanto, no hay utilidad en enviar a la prisión a un individuo que de allí a poco debe ser tratado en un manicomio (1).

Krafft-Ebling, reputa imposible establecer la vinculación existente entre el acto cumplido en intervalo lúcido y la enfermedad mental (2).

En cuanto a los antecedentes extranjeros, la mayor parte abandonan a la jurisprudencia, la dilucidación del problema.

No obstante, algunos como el español (art. 8) y el portugués (art. 42, inc. 2) reprimen el delito cometido por el loco en intervalo lúcido, solución consagrada por el Proyecto de Tejedor.

Para allanar las dificultades conviene suprimir la norma tercera del art. 34, aparte de militar en apoyo de la supresión otras razones que a continuación expresaremos.

Tres sistemas rigen las legislaciones. Aquellas que supeditan la impunidad a la ausencia del libre albedrío, como el Código Húngaro, art. 76; el de Zug, parág. 26. Otras que hablan de exclusión de la libre determinación de la voluntad, como el alemán art. 51; de quitar la conciencia y libertad del propio acto, como el italiano art. 46; imposibilidad de apreciar la consecuencia y moralidad de la acción como el Código de Waadt, y finalmente, las que omiten toda referencia al efecto del estado psíquico, como el Código francés art. 64, el japonés art. 39, y el de Finlandia cap. 3º parág. 3.

El Proyecto protesta adhesión al segundo sistema.

Sin embargo, es reprochable porque hay alienados capaces de comprender la naturaleza de sus acciones.

Cervantes (3) refiere donosamente, el caso de un loco, el cual a fin de recobrar la libertad dirigía al arzobispo numerosas cartas concebidas en términos corteses y alegando razones concertadas.

Sensible a tantas demostraciones de juicio, envió el encumbrado ministro de Dios a un humilde capellán, para verificar la transformación del estado mental del ardiente suplicante. El

---

(1) Impallomeni. Istituzione di diritto penale, pág. 284.

(2) Krafft Ebling. Psicología forense, pág. 419, citado por Herrera.

(3) Cervantes. Don Quijote de la Mancha, segunda parte, cap. I.





capellán quedó absorto por la vivacidad de las respuestas y la discreción del razonamiento. El alienado achacaba el encierro a la arbitrariedad del rector y a la codicia de los parientes. Tras larga conversación, que mostraba bien a las claras la posesión de la inteligencia, decidió llevarlo consigo, sin curarse de las advertencias del rector. Antes de recobrar la libertad, quiso el loco despedirse de sus compañeros de infortunio. Uno de los reclusos, montado en cólera, prorrumpió en vehementes imprecaciones. "En castigo por entregarlo a la libertad, como representante de Júpiter que era, vengaría al pueblo, con no llover durante tres años". A lo que el beneficiario respondió dirigiéndose al capellán: "No tenga vuesa merced pena, señor mío, ni haga caso, que yo soy Neptuno, el padre y el Dios de las aguas y lloveré todas las veces que se me antojare y fuere menester". Excusado es advertir que el capellán para aplacar la ira del señor Júpiter, resolvió dejar en su aposento al señor Neptuno.

Era cuerdo en todas sus acciones menos en aquellas que concernían a sus extravíos.

Hay alienados que pasan por la discreción de las contestaciones, la agudeza del ingenio y la elegancia de la expresión. (1).

La disimulación de la locura, así como la sobre-simulación, constituyen testimonios elocuentes para justificar el error del Proyecto.

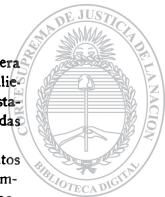
Ingenieros sostiene "que si la locura fuera una pérdida de la posibilidad de razonar, como generalmente suele creerse, parecería absurdo suponer en el alienado la capacidad de apelar a la simulación para obtener ventajas de cualquier índole en la lucha por la vida. Y parecería aun más absurdo, que en ciertos casos el alienado ostentara simular síntomas de alienación mental distintos de los verdaderos" (2).

En la disimulación de la locura, ponen en juego refinada astucia para aparecer como cuerdos. El ilustre psiquiatra argentino cita un caso harto significativo. El de un escribano

---

(1) Nerio Rojas, en la literatura de los alienados (tesis premadrada) trae datos muy interesantes al respecto.

(2) Ingenieros, Simulación de la locura ante la sociología criminal y la clínica psiquiátrica, cap. VIII págs. 178.



que durante los cuatro años anteriores a su muerte, sufriera sensible mudanza en el carácter, sin denotar síntomas de alienación. Después de su fallecimiento se encontraron un testamento y profusos papeles, bastantes para no abrigar dudas acerca de su bancarrota mental (1).

En la sobresimulación se intenta simular síntomas distintos de los que en realidad tiene; prueba evidente de que son compatibles la pérdida de las facultades y la comprensión de las acciones.

Ferri, asevera que la invasión lenta y la cristalización de la idea homicida, no excluye, antes bien, excita en el alienado la conciencia de estar loco, o al menos de conocer la idea, como injusta e inhumana (2). Algunos hasta rodean de precauciones sus actos, para no ceder a la tentación homicida.

Maudsley, el reputado alienista inglés, sustenta que la imputabilidad debe plantearse averiguando si el acto ha sido engendrado por la enfermedad mental, sin parar mientes en la facultad de discernir el bien del mal (3).

Tuozzi, al comentar el Código italiano, censura la misma frase "por la complejidad de los estudios frenopáticos y por la dificultad de trazar la línea de demarcación entre la razón y la locura" (4).

Y los más de los tratadistas, asignan a la expresión "conciencia", empleada por el código italiano, el significado de comprender los actos, usada por el Proyecto argentino.

Alimena, también censura al Código italiano, sosteniendo que la enumeración de los efectos de la alienación mental, puede ser en ciertos casos trunca, en otros abundante (5).

Por nuestra parte creemos que la mención de la causa es innecesaria en el proceso, puesto que si un alienado ha cometido un robo o perpetrado un homicidio, el juez no ha de indagar si ha concurrido la facultad de comprender la naturaleza

---

(1) Ingenieros. Simulación de la locura ante la sociología criminal y la clínica psiquiátrica, cap. VIII, pág. 195, observación XII.

(2) Ferri. L'omicidio nell'antropologia criminale, parte II sección 2ª, pág. 652 y sgts.

(3) Maudsley. El crimen y la locura. Cap. IV, pág. 112.

(4) Tuozzi. Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia, pág. 259, nota 2.

(5) Alimena. I limite e i modificatori dell'imputabilità. T. 2



del acto o de dirigir sus acciones, principalmente por la dificultad práctica de verificar ambos recaudos.

Además, todo alienado debe ser sometido a un tratamiento especial; la pena no es capaz de modificar su personalidad. La reclusión en el establecimiento especial, está indicada siempre sin necesidad de pesquisar el grado de su inteligencia o el poderío de su voluntad.

Por último, a estar a la expresión literal del Proyecto, se corre el riesgo de incriminar a los imbeciles.

Los fastos de la criminalidad argentina registran un caso aun no sobrepujado: *El de Godino*. A la edad de ocho años se inicia con una tentativa de homicidio y concluye a los diez y seis con un homicidio consumado. En el intervalo realiza tres homicidios, seis tentativas de homicidios y siete incendios intencionales. Seducia a la victima con halagos, elegia lugar propicio, y para desvanecer sospechas, asumia el papel de denunciante o salvador de la victima. El informe del doctor Cabred, acerca de este monstruo humano, arriba entre otras cosas a estas conclusiones: "Que Godino tiene noción de la responsabilidad de sus actos, lo cual se observa en muchos alienados". "Que es impulsivo consciente y extremadamente peligroso para los que le rodean". "Que debe permanecer indefinidamente asilado en el manicomio en que se encuentra, en la sección de alienados delincuentes". (1).

Sin embargo, no sería temerario sostener la punibilidad de Godino, según los términos estrictos del art. 34.

6° ¿Cuáles son los estados contemplados por el Proyecto? La insuficiencia de las facultades mentales, la cual comprende: la demencia en su sentido estricto, el idiotismo en sus distintas formas, la sordo-mudez en ciertas condiciones. La alteración morbose de la misma abraza: las varias formas de enagenación mental, la epilepsia, la histeria. La inconciencia se refiere: al desmayo, al sueño, el sonambulismo, la sugestión, el hipnotismo y principalmente la embriaguez.

7° La locura moral queda excluida. En estos individuos contrasta a veces el vigor de la inteligencia y la rectitud del jui-

---

(1) Ver Raúl Alvarez. El idiotismo del punto de vista médico legal. Tesis laureada, Buenos Aires 1915, pág. 94.

cio con la depravación de las costumbres y la perversidad de las inclinaciones. En el ruidoso proceso del famoso Castruccio, el doctor Jerónimo Cortés, cuyos prestigios de docto civilista eclipsara injustamente su reputación de criminalista, se expresaba así, en una notable vista fiscal: "Se hace consistir esa locura (a la moral se refiere) en la falta de arrepentimiento, y la reflexión demuestra que todas esas calidades pueden provenir simplemente de perversidad y que en efecto se encuentran casi siempre en todos los malvados, sin necesidad de suponerlos alienados" (1).

Son individuos fáciles al odio, predispuestos a la envidia, implacables en sus venganzas. En suma, viven en plena quiebra ética. Cuando a la locura moral se aduna perturbación en las facultades mentales o insuficiencia de desarrollo, huelga advertir que le alcanza el art. 34.





EMBRIAGUEZ

1.ª IMPORTANCIA. — 2.ª ANTECEDENTES NACIONALES. —  
3.ª PROYECTO DE 1917. — 4.ª CRITICA DEL MISMO. — 5.ª TENDENCIAS MODERNAS. — LEGISLACION COMPARADA



1.ª La embriaguez así como su consecuencia el alcoholismo redunda en mengua del individuo, del hogar y de la sociedad.

Al primero, eclipsa la inteligencia, enerva la voluntad, pre-dispone al ocio, menoscaba la salud, y acelera la muerte.

En cuanto al segundo, quebranta los lazos de la familia y entrega a sus miembros al desamparo.

A la sociedad, puesto que suministra copiosos contingentes a la vagancia, al suicidio, a la locura y a la delincuencia (1).

Por tanto, huelga encarecer la trascendencia e importancia del problema.

2.ª El Proyecto Tejedor en el inc. 3, art. tercero, tit. tercero, eximía de pena al que realizara y consumara el acto en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia no imputable al agente y durante el cual no hubiera tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad.

Del contexto del artículo, así como de la nota que lo ilustra, se colige que la irresponsabilidad entraña la concurrencia de dos elementos de íntima conexión: debe ser completa y no imputable al agente.

A no mediar ambos recaudos, según la misma nota y el inciso 5, art. tercero, Tit. cuarto, la embriaguez era considerada como atenuante.

(1) Lombroso, *L'uomo delinquente*, T. 3, pág. 191 y ss.; Ferri, *Sociologia criminal*, T. 1, pág. 300. Corre. Crime et suicide, pág. 182 y ss.; Marro, *I caratteri del delinquente*, pág. 281.



El Proyecto Villegas, Ugarriza, García, en el inc. 18 del art. 97, enumera entre los agravantes, el embriagarse para cometer el hecho ilícito.

El Proyecto Rivarola, Matienzo, Piñero de 1891, en el art. 59, inc. 2, exime de responsabilidad al que ha resuelto y ejecutado el hecho en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa suya.

La exposición de motivos explica el propósito de la disposición alegando que la embriaguez no sólo ha de ser completa e involuntaria sino que debe constituir un accidente en su vida. El borracho habitual lo hace involuntariamente y su delito, sin embargo, debe ser inculpa (1).

El Proyecto se limita a precisar el alcance del Código en vigencia. La expresión, involuntaria, del inc. 1 del art. 81 tiende a excluir a los beodos consuetudinarios, a los que han contraído el hábito de embriagarse, refiriéndose a los ebrios por incidencia (2).

Y la jurisprudencia ha resuelto con firmeza, que la embriaguez debe reputarse voluntaria cuando es la resultante de costumbre viciosa (3).

El Proyecto de 1906 comprendía la embriaguez entre las formas de enajenación mental (inc. 1, art. 41).

Herrera (4) y Ramos (5), han puesto de relieve el error y el peligro de tal concepción, sin precedentes ni en la literatura jurídica ni en la legislación extranjera, a no ser la francesa.

3º El Proyecto de 1917 encara la embriaguez en la fórmula general del art. 34, inc. 1.

La disposición fuera de no consultar las exigencias de la defensa social, ha de dar pábulo a hondas divergencias en la jurisprudencia. Es sensible la parquedad con que la exposición de motivos encara cuestión tan grave y de tanto interés práctico. No dice sino, que el juez, debe estudiar en cada caso la perturbación, y averiguar si el sujeto pudo o no comprender la

(1) Proyecto de Código penal, pág. 55.

(2) O. Piñero. Apuntes de derecho penal, pág. 223.

(3) Fallo S. C. D. A. Serie VI, T. 10, pág. 197.

(4) Herrera. La Reforma Penal, pág. 372.

(5) Ramos. Informe contenido en el Proyecto de Código penal. 1917, págs. 229 y 230.



naturaleza del acto y su sentido, como asimismo dirigir sus acciones (1). En otros términos, al igual del art. 51 del Código alemán, exige que el individuo pueda determinar libremente la voluntad.

No es sino la doctrina clásica, profesada por Ortolán, Garraud, Chaveau y Helie, Le Sellyer, Lainé en Francia; Setti Alimena, Manzini, Carrara, Tuozzi, Puglia en Italia; Alonso Martínez, Groizard, Pacheco y Selva en España; Merkel en Alemania; Haus y Nypells en Bélgica, los que construyen el sistema jurídico de la embriaguez atendiendo preferentemente a la influencia que ella ejerce sobre la lucidez de la inteligencia y el poder de la voluntad.

Para la mejor comprensión del Proyecto de 1917, estudiaremos la opinión de Merkel y Herrera, el primero comentador autorizado del Código alemán, y el segundo inspirador de la redacción del Proyecto en esta parte. Ambos contribuirán a subsanar deficiencias de la exposición de motivos:

Merkel discurre así al precisar la significación jurídica del vocablo, determinar libremente su voluntad. Es preciso distinguir tres grados: la simple ebriedad, la embriaguez incompleta y la embriaguez completa.

La primera, no produce sino un aumento de la actividad espiritual, sin obscurecer la conciencia ni perjudicar la voluntad.

La segunda, se caracteriza por la incoherencia de las representaciones, la limitada lucidez de la conciencia y por la disminución notable en la capacidad de obrar.

La tercera, priva de la conciencia de su estado y de la relación con el mundo exterior, y hace perder la capacidad para dirigir sus acciones.

La embriaguez completa es causa de inimputabilidad, la incompleta de atenuación, la simple ebriedad no influye sobre la inimputabilidad.

Además, según Merkel, es menester considerar otras circunstancias. Si se ha colocado culposamente en estado de embriaguez completa en circunstancia que podría determinar su voluntad, pero ignorando que incurriría en acto delictuoso, la

(1) Proyecto de Código Penal, pág. 69.





imputabilidad subsiste a guisa de culpa. Si se ha colocado dolosamente en estado de embriaguez para cometer un delito, la imputabilidad subsiste sin atenuación ni agravación (1).

Para Herrera, la ebriedad completa exime del dolo, hay sólo un delito exculpa, análogo al que en lugar concurrido, dispuso su arma de fuego sin intención de herir (2). No hay dolo porque no ha habido intención criminal, porque sería necesario que él en ese momento se hubiera propuesto quebrantar la ley penal (3). Pero hay culpa, pues existe un nexo entre el acto de embriaguez y el delito cometido.

Pero para determinar el grado de responsabilidad ex culpa hay que atender al carácter de la ebriedad: fortuita o accidental, culposa, voluntaria y premeditada (4).

La ebriedad fortuita o accidental exime de responsabilidad; la culposa proveniente de intemperancia se reprime como delito culpose; la voluntaria cuando hay designio de embriagarse, aunque sin intención de cometer un delito, también es culposo pero con pena mayor que en el caso anterior; la premeditada, se reprime como delito doloso (5).

En cuanto a la embriaguez parcial debe ser atenuante cuando es involuntaria. Herrera tiene en cuenta el hábito para agravar la pena.

No poseemos más elementos de juicio para interpretar el art. 34, inc. 1. Conviene advertir que el apartado final del inciso, ordena la reclusión de los absueltos, en un establecimiento especial, hasta la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso.

4º Atendiendo a los antecedentes del artículo coligese que la internación en el establecimiento especial, corresponderá exclusivamente a los autores del delito cometido en estado de embriaguez completa y accidental, es decir, a los únicos que no son peligrosos.

En efecto en el inciso recordado, limita la reclusión a los absueltos, únicamente.

(1) Mörkel. Derecho penal, T. I. parág. 25, págs. 93 y sgts. y parág. 35 pág. 132 y sgts.

(2) Op. cit. parág. 223, págs. 380 y sgts.

(3) Op. cit., parág. 222, pág. 379.

(4) Op. cit. parág. 223, pág. 381.

(5) Op. cit. parág. 224, págs. 381 y sgts.



Los demás, los que han cometido el delito, bien por culpa bien por voluntad, es decir, los que no son absueltos, cumplirán las penas con los delincuentes comunes.

A buen seguro, la jurisprudencia interpretando sabiamente el texto, atendiendo especialmente a los propósitos que inspira la disposición, prescindiendo de las fuentes del mismo, ha de ordenar la reclusión de los que incurrir en acciones delictuosas en virtud de embriaguez completa y habitual. Para éstos precisamente se han establecido en numerosos países europeos los asilos para bebedores.

La encuesta realizada por Vidal en los países europeos, pone de relieve la tendencia a sustituir las penas por la internación durante un tiempo bastante prolongado, no para reprimir a un delincuente sino para curar a un enfermo (1). El ideal de esta materia dice Vidal, es el de sustituir la prisión por el asilo. La experiencia, agrega, enseña que la prisión aplicada al delincuente, lejos de corregir su vicio, le dará otro más peligroso todavía, lo convertirá de un vicioso en un malhechor.

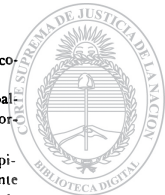
Prins, con su alta autoridad, afirma que la penalidad aplicada al bebedor habitual es ilusoria, que debe ser puesto a disposición del gobierno para colocarlo en un asilo especial, para someterlo a un tratamiento curativo, y añade: castigar al bebedor habitual es castigar su familia, ya cruelmente experimentada, implica sustraerlo a toda acción curativa y reconocer mal el carácter anormal del culpable (2).

¿Cuál es la solución del Proyecto en lo que atañe a la embriaguez afectada, preordenada o premeditada? ¿Puede ser motivo de impunidad? No, puesto que la comisión del delito pone de relieve que el ebrio conocía la naturaleza del hecho realizado y podía dirigir sus acciones. La implícita solución del Proyecto, está abonada por la doctrina, por los antecedentes nacionales y por las legislaciones extranjeras.

Y no puede ser de otro modo, no por lo que sustenta Geyer de que el estado no imputable deriva de un estado imputable, o como sostiene Carrara, no es necesario la concomitancia del dolo con la acción sino porque al persistir en su designio

(1) Vidal. *Revue Penitentiaire*, de 1886, pág. 469 y segs.

(2) Prins. *Science penale et droit positive*, N.º 411, pág. 249.



criminal, quiere decir que la ebriedad no ha influido en la comisión del delito.

En suma: La defensa social exige considerar principalmente el estado peligroso del ebrio, prescindiendo de las normas tan corrientes en los autores.

5° *Antecedentes extranjeros.* — Reinan dos tendencias típicas: la que campea en las legislaciones actuales, francamente represiva; y la que resplandece en los Proyectos modernos de orientación preventiva.

El Código francés en el art. 64, declara que no hay crimen ni delito, cuando el acto ha sido cometido bajo la acción de la demencia.

Los tratadistas reconocen las diferencias que existen entre la demencia y la embriaguez y sólo metafóricamente alguien habla de locura artificial (1).

No obstante, como la embriaguez priva de la conciencia del bien y del mal al igual de la demencia, todos los expositores eximen de responsabilidad cuando es completa y accidental (2).

Las dificultades surgen en las otras hipótesis. Garraud y Ortolán conceden la irresponsabilidad cuando la embriaguez es completa y fruto de la imprudencia o intemperancia. Si es incompleta, hay que tener en cuenta, según el último, la alteración de la inteligencia y el arraigo del vicio. Sin embargo, no todos los expositores comparten el juicio anterior.

En cuanto a la embriaguez premeditada, para Ortolán es motivo de la agravación de la pena, para Garraud es preciso distinguir el estado de la embriaguez y la naturaleza del delito.

El Código de Holanda no tiene en cuenta la embriaguez para modificar la responsabilidad. El Proyecto de 1875, en el art. 47 eximía de pena a quien cometiera un acto delictuoso en estado de no poder determinar su voluntad a consecuencia de su inconciencia. En el seno de la comisión se planteó la cuestión sobre si el artículo comprendía a la embriaguez completa voluntaria, pero se decidió la negativa.

(1) Dubuisson y Vigoroux, cap. VIII, pág. 327.

(2) Chauveau et Helie, T. 1, N.º 261. Le Sellyer. De la criminalité, N.º 74. Laine N.º 187. Ortolán N.º 328 y Garraud T. 1, N.º 318, entre



El Proyecto de 1859 en el art. 30 eximia la embriaguez cuando el autor había sido privado completamente de sus facultades intelectuales por acción de un tercero o por acción accidental.

El art. 37 del Código, no comprende la embriaguez según afirma Van Hamel en el tratado de legislación comparada de Lizst (1).

El Código de Siám de 1908, en el art. 46, dice: que no es punible el que en el momento de cometer la acción era incapaz de apreciar la naturaleza o ilegalidad de los actos o de dirigirse a sí mismo a consecuencia de enfermedad mental o enfermedad del espíritu, y el art. 47 atenúa la pena cuando la enfermedad mental o del espíritu no priva sino parcialmente la capacidad de dirigir o apreciar la naturaleza o ilegalidad de sus actos.

Sin embargo, el art. 48, establece que la embriaguez no constituye una causa de excusa o atenuación en el sentido de los arts. 46 y 47. "a no ser que la hubiera cometido por ignorancia o a su pesar".

El Código de Finlandia en el art. IV cap. 3°, declara que la embriaguez no es excusa cuando ha sido causada por el autor del delito.

El Código austriaco en el parág. 236, no reprime el delito cometido en estado de embriaguez contraído sin intención criminal sino como contravención, es decir, con pena de arresto de uno a tres meses; y el parág. 524 extiende el arresto hasta seis meses, cuando el agente sabe por experiencia que en el estado de embriaguez está sujeto a violentos transportes de cólera o si el crimen es grave.

El Código español enumera entre los atenuantes, la de ejecutar el hecho en estado de embriaguez cuando ésta no fuera habitual o posterior al proyecto de cometer el delito.

A los tribunales corresponde decidir con vista de las circunstancias, de las personas y de los hechos, cuando haya de considerarse habitual la embriaguez.

No obstante, Pacheco cree que la embriaguez involuntaria

---

(1) Van Swinderen, en *Esquisse de droit penal dans le pays Bas et a l'étranger*, pág. 135, refiere minuciosamente la historia del artículo.



no debe tener pena (1) aunque Groizard sustenta la opinión opuesta (2).

El Código griego en el art. 90 reprime como culpa el delito cometido por embriaguez voluntaria contraída por el agente, y el art. 89, prevé la responsabilidad de quien había resuelto cometer el delito en estado de imputabilidad y para llevarlo a cabo recurre a la bebida.

El Código italiano contempla distintas situaciones, susceptibles de resumirse así:

1º La embriaguez accidental completa, es causa de irresponsabilidad (arts. 46 y 48).

2º La embriaguez accidental incompleta, atenúa (arts. 47 y 48).

3º La embriaguez voluntaria completa, atenúa (art. 48).

4º La embriaguez voluntaria incompleta, atenúa en grado menor (art. 48).

Además, tiene en cuenta para graduar la atenuación, si la embriaguez es habitual o no.

No hay atenuación cuando la embriaguez se ha procurado para facilitar la ejecución del delito o para preparar su excusa.

Los Proyectos modernos no contemplan la embriaguez para eximir de responsabilidad como el Código austriaco ni para atenuarla como el Código español, ni para consagrar distinciones prolijas como el Código italiano.

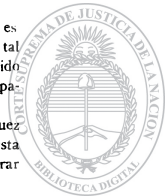
El Proyecto alemán de 1909 se ocupa de la embriaguez en los parágrafos 43, 63, 64 y 65.

El parág. 63 dice: "No es punible aquel que en el momento de la acción estaba loco o imbecil o se encontraba en un estado de *inconsciencia* de tal manera que por estas causas quede excluida la libre determinación de su voluntad".

Comparado el texto del Proyecto alemán con el del Proyecto argentino, explicado por la exposición de motivos, se echa de ver que no hay sino diferencias de palabras. Sin embargo, aquél desenvuelve el principio en el mismo Código con soluciones diversas a la de éste, explicado según sus antecedentes.

(1) Pacheco, T. 1, págs. 216.

(2) Groizard, T. 1, págs. 302 y 341.



El parág. 64, reza: cuando la causa de la inconsciencia es la embriaguez imputable al autor y éste haya ejecutado en tal estado una acción y que también se castigue cuando haya sido concebida con negligencia, se le impondrá la pena señalada para dicha acción ejecutada con negligencia".

Y el parág. 43 "cuando deba atribuirse a la embriaguez un hecho punible, el Tribunal *podrá* añadir a la pena impuesta al condenado la prohibición, por el espacio de un año, de entrar en establecimientos de bebidas.

Cuando se haya probado la embriaguez habitual, el Tribunal además de imponer una pena mínima de dos meses de prisión o de arresto, ordenará la colocación del condenado en un asilo para bebedores, hasta su curación, sin que esta colocación pueda tener una duración superior a dos años, *y siempre que dicha medida aparezca adecuada para habilitar de nuevo al condenado a una vida ordenada y acomodada a la ley*. Las autoridades administrativas podrán liberar al condenado antes del transcurso del tiempo fijado, en el caso de curación".

Y el parág. 65 aplica también la internación en asilos de bebedores, cuando el que cometiera un delito en estado de embriaguez imputable a sí mismo fuera absuelto o se abandonare el procedimiento seguido contra él.

El Proyecto alemán no sólo ordena la internación de los absueltos en asilos de bebedores como el Proyecto argentino, sino también a los declarados responsables.

Sin embargo, éste es más lógico que aquél, en cuanto no establece límite fijo a la internación; en lugar de dos años como máximo, dice, cuando haya desaparecido el peligro.

El Proyecto suizo de 1908 en el art. 33, establecía que cuando el condenado a prisión fuera un bebedor habitual que cometiera el delito como consecuencia del vicio, el juez *podría optar* entre la pena de prisión y la internación en un asilo, según *fuera o no curable* el condenado.

Transcurrido un lapso de tiempo, con dos años como máximo, el juez *debía* decidir si el bebedor *cumpliría y en qué medida*, la pena impuesta.

Además, el juez podía ordenar la internación de cualquier bebedor habitual que hubiera sido absuelto. En suma: el juez



podía aplicar indistintamente la pena o la medida de seguridad. Además, podía aplicar la pena después de la medida de seguridad.

El Proyecto de 1915, modifica la disposición anterior tan elogiada por Crispigni en Italia (1) y Ramos entre nosotros (2).

En efecto, según el art. 44. N° 1, el juez *podrá* ordenar la internación del condenado en un asilo de bebedores, *después de cumplida la pena*, cuando concurren los mismos recaudos exigidos por el Proyecto de 1908.

Las innovaciones introducidas por el Proyecto de 1915 estriben en la facultad acordada al juez para poder ordenar al liberado la abstención de bebidas alcohólicas durante cierto tiempo, la de poder reintegrarlo al asilo si contraviniera esta disposición y especialmente en que la medida de seguridad se cumple después de ejecutada la sentencia.

He aquí una disposición fundamental en pugna con las ideas que sustentan los Códigos modernos. Es que en el Proyecto suizo campea y resplandece la prevención especial como jamás lo vislumbraran ni los más avanzados jurisconsultos.

El Proyecto sueco de 1916, según Jiménez de Asúa (3), distingue cuatro categorías de alcoholistas:

1° Alcoholismo crónico vinculado a una completa anormalidad. 2° vinculado a una anormalidad incompleta. 3° unido a la criminalidad crónica. 4° alcoholismo de los menores.

A los primeros, aplica la internación en un establecimiento curativo; a los segundos, puede imponer una pena atenuada o internación en asilos; a los terceros, internación en asilos de bebedores, hasta dos años, pero si el delito es grave, antes puede ordenarse la aplicación de la pena. Si el condenado incurre en reincidencia, la internación en el asilo es por tiempo indeterminado. A los últimos aplica las disposiciones acerca de los menores.

Parecería que el Proyecto sueco recogiera la expresión pro-

(1) Crispigni. Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania et Austria, pág. 16.

(2) Ramos. Op. cit., pág. 235.

(3) Jiménez de Asúa. El anteproyecto de Código penal sueco, de 1916, pág. 17.

nunciada por Heinze en el Congreso de San Petersburgo: “Así como las leyes inglesas reputaban el suicidio como felonía al Rey, el que se embriaga voluntariamente comete una felonía contra el estado y la sociedad” (1).









## SEMI-ALIENADOS

1.º SEMI-ALIENADOS. CONCEPTO. ERROR DEL PROYECTO AL DESCUIDAR SU ESTUDIO. — 2.º OBJECIONES A LA DOCTRINA CONTRAREPLICIA. — 3.º MEDIDAS DE DEFENSA PROPUESTAS. 4.º CONGRESOS DE DERECHO PENAL. — 5.º ANTECEDENTES EXTRANJEROS. — 6.º CONCLUSION.

1.º A no ser por la aversión a las innovaciones no acertamos a explicar el desdén abrigado por los autores del Proyecto, acerca de lo que impropiamente se denomina responsabilidad atenuada. Existen una muchedumbre de individuos que atraen por igual la atención del psiquiatra, del jurisconsulto y del criminalista. Forman el estado de transición entre los alienados y los cuerdos. Habitan el campo neutral. No son tan insensatos como para incluirlos entre los primeros, ni tan juiciosos como para catalogarlos entre los segundos. Constituyen la zona intermedia de Maudsley (1), las fronteras de la locura de Cullerre (2), los "demi fous" de Grasset (3), los "mattoide" de Lombroso (4). Más que en la plenitud de la inteligencia están afectados en el poderío de la voluntad. Filósofos celebrados, poetas dotados de inspiración, oradores elocuentes, políticos encumbrados, han proporcionado rico filón para el estudio de los semi-alienados. Quedan excluidos de su imperio la propensión a las reyertas, la ofuscación política, la avaricia sórdida, el culto a la mentira, la inclinación a la excentricidad. Considerar semi-alienados a cuantos presentan rasgos singulares, como

(1) Maudsley, El crimen y la locura, cap. II.

(2) Cullerre, Les frontières de la folie, Paris 1888.

(3) Grasset, Demi fous et demi responsables.

(4) Lombroso, L'uomo delinquente, T. 2, cap. VII, parte VII.  
pág. 465.



pretenden algunos expositores, implicaría extender el reinado de los mismos a todos los seres humanos.

En el décimo Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal, celebrado en Hamburgo en 1905; Liszt distinguía cinco grupos: a) los débiles de espíritu, los moralmente irresponsables; b) los neurasténicos, los atacados de epilepsia, histeria, cleptomania; c) los intoxicados por el alcohol, éter, morfina, opio; d) los degenerados seniles; e) los perversos sexuales (1).

La responsabilidad de los semi-alienados ha dado pábulo a estudios prolivos y discusiones ardorosas (2). Con razón afirma Alimena que constituye el estado crepuscular de la responsabilidad.

Los detractores no vacilan en prodigarle sañudas críticas tachándola de deleznable en sus fundamentos y funesta en sus conclusiones. Los panegiristas, en tanto, apuran los más acendrados elogios, estimándola como una de la más fecunda aplicación de la individualización de la pena. A decir verdad, las más de las discusiones que brotan en torno de la materia surge de la falta de inteligencia de los contendientes. La responsabilidad de los semi-alienados no entraña indefectiblemente la disminución de la pena. La expresión responsabilidad atenuada, fuente de discusiones estériles, debe ser proscripta del vocabulario científico. Grasset es acaso el más ardiente partidario de la responsabilidad de los semi-alienados. Ha puesto al servicio de ella, el brillo de su talento, el caudal de su erudición y el tesón de su voluntad. Y él aboga firmemente por la aplicación de un régimen especial, sin parar mientes en la disminución o aumento de la pena (3). Michelon, su implacable adversario, al dar cima a un concienzudo trabajo, arriba a

(1) Liszt. *Revue Penitentiaire*, 1905; págs. 1069.

(2) Así el *Congrès Internationale de médecine légale de Bruxelles 1897*; *Congrès de droit penal de Dresde de 1903*; de *Stuttgart 1904*; *Congrès de L'Union internationale de droit penal, Hamburgo 1905*; *Congrès penitentiaire international de Budapest, 1905*; *Congrès de alienistes et neurologistes de Genève-Lausanne en 1907*, y muy especialmente las discusiones de la *Société Générale de Prisons de 1907* (*Revue Penitentiaire* de 1905) y la *seance du 30 Janvier 1908* en la *Société française de philosophie* (*Bulletin de la Soc. Franc. de Philos. de 1908*).

(3) Grasset. *Op. cit.* especialmente págs. 257.



la misma conclusión. Y es la opinión dominante entre los juriconsultos y médicos.

Luego, ¿por qué el Proyecto tan pródigo en razones para refutar la doctrina del libre albedrío, desechada por la crítica docta, no encara en la exposición de motivos, ni siquiera con parquedad, materia de tanta transcendencia práctica? ¿No procura administrar un régimen especial para las distintas variedades de delincuentes? Los menores son corregidos, los ocasionales aprisionados, los reincidentes habituales relegados, los locos enclaustrados, los ebrios reclusos en establecimientos especiales. ¿Y para los semi-alienados? Nada más que las penas comunes. La solución implícita del Proyecto conspira contra la individualización de la pena, la más brillante conquista del derecho penal contemporáneo.

¿Acaso los ilustrados autores del Proyecto se han dejado cautivar por las impugnaciones dirigidas a la responsabilidad de los semi-alienados? Analicemosla.

2º a) Legrain, opina “que la responsabilidad atenuada es la máscara de la ignorancia”, ha surgido para conciliar las exigencias de la defensa de ciertos anormales con las exigencias del Código; no hay sino responsabilidad o irresponsabilidad (1), y Garçon, afirma que la doctrina no nació sino para evitar las acusaciones capitales y sustraer a los semi-alienados del verdugo (2).

b) Redunda en detrimento de la defensa social puesto que conduce a la indulgencia en la aplicación de las penas. Las penas cortas, agregan, es insuficiente para corregir, pero suficientes para corromper. Gilbert Ballet decía: “le habéis colocado el estigma de criminal y en cambio desamparáis a la sociedad, al acortar las penas. Habéis hecho a la vez mala justicia y mala protección social” (3).

c) Favorece la simulación de la locura; los delincuentes así como los honrados, recurren a variadas formas de simulación en la lucha por la vida. En los delincuentes obedece al propósito de eludir o atenuar la acción de la represión penal. Inge-

---

(1) Legrain. *Revue Penitentiaire*, 1905, pág. 194 y sgts.

(2) Garçon. *Revue Penitentiaire*, 1894, pág. 199.

(3) Gilbert-Ballet. *Revue Penitentiaire*, 1905, pág. 203.



nierós ha dilucidado el punto con amplitud de miras y perspicuidad de inteligencia (1).

d) Alimena rechaza la concepción de la semi-alienación y su consecuencia la semi-responsabilidad porque presupone un hombre parcialmente coercible e intimidable (2).

e) Aun está por descubrirse el frenómetro que escudrine los grados de responsabilidad, como existe el barómetro para medir la temperatura ambiente. Constituye el argumento más invocado por los impugnadores de la semi-alienación. Es absurdo, aducen, hablar de un tercio o un cuarto de responsabilidad.

Las objeciones precedentes, carecen de consistencia colocando el problema en el terreno de la defensa social. Fuera justificadas si el libre albedrío sirviera de fundamento a la responsabilidad. La imputabilidad del semi-alienado descansa en razones ajenas a toda especulación filosófica o abstracción metafísica. La comisión del delito, denota la existencia de un ser peligroso. La sociedad necesita poner a buen recaudo los bienes jurídicos de sus miembros. Para precaverse de ataques al par que conseguir la readaptación social del delincuente, declara su segregación. A menudo, los delincuentes semi-alienados cometen los crímenes más atroces. Luego, la misión del juez no cifra en verificar el grado de libertad sino el estado peligroso del delincuente, como sostiene Prins (3). Pero aun en este terreno, surge la controversia.

f) Si el peligro es el cartabón de la imputabilidad, habría que reprimir con más dureza a los delincuentes anormales que a los delincuentes normales. Tal conclusión es monstruosa, exclama Berthelemy (4).

En verdad no acertamos a explicar en qué consiste tal monstruosidad, si se acepta la defensa social como fundamento del derecho penal y el estado peligroso como fundamento de la responsabilidad.

---

(1) Ingenieros. La simulación de la locura ante la sociología criminal y la psiquiatría.

(2) Alimena. I limiti e i modificatori dell'imputabilità. T. I. pág. 384.

(3) Prins. Revue pénitentiaire, 1905, pág. 479.

(4) Berthelemy. Revue pénitentiaire, 1905, pág. 221.



g) El asilo, según Maxwell, es de una severidad terrible, se aplicará a individuos de discutible curación: "en estas condiciones, añade, ¿se podrá afirmar que el degenerado es regenerado, o el desequilibrado requilibrado? ¿Podemos afirmar que el semi-alienado está curado o es peligroso?" (1).

La objeción alcanza a cualquier medio de defensa. ¿Quién puede afirmar que la permanencia de un delincuente normal en la cárcel ha de tener la virtud de corregirlo?

h) El médico será el árbitro de la penalidad con menoscabo del prestigio judicial.

¿Acaso no intervienen los médicos en los juicios actuales? El médico ilustra pero no decide. Su opinión es uno de los tantos elementos de juicio de que ha de disponer el juez.

i) Garçon abriga inquietud por los abusos a que se prestaría y muy especialmente por la posibilidad de extender la semi-alienación a los delincuentes políticos. Cualquier político adversario del gobierno correría el riesgo de ser motejado de semi-alienado. "No es menester más para restaurar la Bastilla" (2).

La impugnación del reputado penalista es pueril y sólo podría concebirse en países de gobiernos despóticos y de justicia corrompida.

j) Dificultad de trazar la línea de demarcación entre la semi-alienación y la razón; ¿Cuántos estados de transición existen entre ambas?

Por lo demás, todos presentamos alguna anomalía, algunas taras. Maxwell pregunta, ¿qué queda de la noción del crimen? Nada, responde. "En vano busco en la clasificación de los delincuentes, aquel que no sufra algún vicio en su voluntad. El criminal desaparece para dejar sitio al enfermo" (3).

Se apoya en una frase de Grasset para quien son semi-alienados todos los que carecen de rectitud de espíritu y sobre todo de lógica, de unidad de dirección en las producciones intelectuales y en los actos de la vida.

Pero, ¿no existe la misma dificultad para deslindar la lo-

---

(1) Maxwell. Le concept social du crime, pág. 411 y sgs.

(2) Garçon. Bulletin français de Philosophie, 1908, pág. 85.

(3) Maxwell. Op. cit., pág. 404.



cura de la razón? ¿Y quién osaría desconocer la existencia de aquella?

La doctrina de la responsabilidad de los semi-aliénados ha granjeado la adhesión de los más eminentes juristas consultos con temporáneos, entre otros, Prins, Van Hamel, Liszt, Stooss.

Todos se colocan desde el punto de vista de la defensa social. Hasta los mismos adversarios reconocen la necesidad de instituir un tratamiento especial (1). ¿No es un formal reconocimiento de la semi-aliénación? Y, Legrain, en la discusión de la Sociedad de Prisión de París, pudo decir que en realidad no hay sino discusión de principios.

3° ¿Cuáles son las medidas de defensa propuestas contra los semi-aliénados?

1° Medidas represivas, especialmente atenuación de la pena.

2° Internación en asilos especiales, aplicando la pena antes o después de la internación.

3° Reclusión en establecimientos especiales, con un régimen a la vez de pena y tratamiento.

4° Internación en establecimientos especiales ajenos a toda idea expiatoria.

5° Un régimen oportunista.

El primer régimen no condice con la moderna concepción del derecho penal. Su base angular es la responsabilidad moral. Si la plenitud del libre albedrío conduce a la responsabilidad y la falta de libre albedrío a la irresponsabilidad, la posesión de un semi-libre albedrío debe traer aparejada una semi-responsabilidad. Tal concepción es a la par deleznable y perniciosa. El que tiene una tara fisiológica, el que tiene menos frenos para reprimir sus inclinaciones delictuosas encarna mayor temibilidad. Y la medida de defensa debe guardar relación no tanto con el crimen cometido, cuanto con el peligro que revela. Todos los códigos modernos adoptan providencias para enclaustrar a los aliénados delincuentes. Y aun sin incurrir en delito son encerrados. ¿Dónde queda el libre albedrío?

A mayor abundamiento, la moderación de la pena es una medida estéril. Entrega al semi-aliénado a sus propios recursos.

(1) Revue pénitentiaire, 1905. Ver: Legrain, pág. 194 y sigs., Gilbert-Ballel, pág. 203.



sin infundirles antes la educación indispensable para refrenar sus impulsos. Como asevera Prins, una vez librado a la libertad será tan peligroso como cuando entrara a la prisión (1).

El segundo sistema, aplica alternativamente la pena y la medida de seguridad. Se bifurca en dos: bien el semi-aliado es sometido primero a la represión y luego enviado a un establecimiento especial, bien la represión subsigue a la internación en el establecimiento.

Garçon ha dirigido al sistema acerbas críticas. En el primer caso, si es enfermo ¿por qué no tratarlo en seguida, sin la prueba de la prisión? En el segundo caso, opina que la pena excede el colmo de lo absurdo. ¿Por qué colocarlo en la prisión, una vez curado? No es sino pagar tributo a la vetusta doctrina de la expiación. Si está curado, agrega, la sociedad no tiene derecho a infligirle una pena inútil. (2).

Stooss, también censura el sistema mixto y sólo por razones acomodaticias para contemporizar con las críticas de sus adversarios consagra en el Proyecto suizo el régimen de la pena después de la internación. Estos afirmaban la posibilidad frecuente de encontrar ciertas alteraciones morbosas en los delincuentes más peligrosos. Y no pueden estar exento de pena si los expertos admiten como útil la internación en un establecimiento para su curación; al cabo de dos meses obtiene la libertad en tanto que el delito tenía, por ejemplo, de 1 a 5 años de reclusión (3).

Stooss, para aplacar la oposición, consintió en aplicar la pena después del tratamiento, computando el tiempo de permanencia de ésta como parte de la pena.

El tercer sistema prestigiado por Le Poittevin en la Sociedad Francesa de Filosofía aboga por la aplicación de un régimen represivo y medical simultáneo (4). La detención de los semi-aliados no sería ni la prisión de los responsables ni el hospicio de los irresponsables.

Grasset, sintetiza así sus conclusiones: "se dice que el semi-aliado es o un culpable digno de castigo o un enfermo

(1) Prins. Op. cit., pág. 478.

(2) Garçon. Bulletin de la Société française de Philosophie, p. 87.

(3) Stooss. Revue Penitentiaire, 1905, pág. 469.

(4) Le Poittevin. Bulletin ya citado 1908, pág. 80.





digno de curación. El loco, no es sino un enfermo, el cuerdo un culpable. El semi-alienado es lo uno y lo otro" (1).

Para los partidarios del sistema mixto, la sociedad tiene que obrar preventiva y represivamente: curar e intimidar a un mismo tiempo.

El cuarto sistema prohija la internación del semi-alienado en asilos especiales con un régimen eminentemente preventivo. Laccasagne, se expedía así, en la controversia suscitada en la Sociedad de Prisión de París en 1905, "el fin debe ser la educación, el desarrollo de las facultades morales. Para ello, es menester aceptar la sentencia indeterminada y la transformación de la penitenciaría en una suerte de escuela de ortopedia moral en el cual se educaría a los individuos, como se educan en los establecimientos médicos pedagógicos, los idiotas y los imbeciles" (2). Los anormales serán retenidos no detenidos en un establecimiento especial, de carácter educativo no represivo.

Garçon y Maxwell, temen por la libertad individual. El primero reputa inadmisibile que la seguridad social sirva de escudo para infligir una medida severa por un hecho sin gravedad. "Yo no quiero, decía, en la Sociedad de Filosofía, que pueda ser encerrado por toda la vida, el que ha cometido un robo".

Además, añade, a poco de aplicarse el régimen especial habría más detenidos peligrosos en los establecimientos de semi-alienados que en las cárceles.

Si el semi-alienado es un individuo peligroso, la libertad individual debe sacrificarse en holocausto de los intereses colectivos.

En cuanto al segundo razonamiento, aparte de su inexactitud no abona en contra del régimen especial.

Por último, llegamos al sistema oportunista, el cual a su vez, presenta distintas modalidades.

Así Landry, sostiene la necesidad de elegir entre la responsabilidad y la irresponsabilidad. Lo primero cuando la pe-

---

(1) Grasset, Op. cit. pág. 263 y la Responsabilité des criminels, pág. 113.

(2) Laccasagne, Revue pénitentiaire, 1905, pág. 190.



na pudiera intimidar, lo segundo cuando la pena fuera inútil (1).

Stooss preconiza la pena o la medida de seguridad. Cuando es menester la primera excluye el tratamiento medical y vice-versa (2).

Liszt, pena atenuada con medida de seguridad (3).

En suma: los estudiosos prohijan la necesidad de contemplar especialmente el problema, lo que ha omitido el Proyecto. Entre la alienación y la razón, existe la semi-alienación, como el crepúsculo entre el día y la noche. No hay que perder de vista la afirmación de Grasset "El semi-alienado criminal, es un enfermo perjudicial para la sociedad; es menester asistirlo" (4).

La atenuación de la pena prestigiada por ilustrados expositores y consagrada por varias legislaciones, es un vestigio del libre albedrío. Fuerza es reparar en la peligrosidad del autor, brújula que orienta en los puntos capitales del derecho penal.

4º El Congreso de Derecho Penal de Dresde de 1903, se declaró partidario de la penalidad disminuida, pero la ejecución de la pena debía cumplirse en establecimientos especiales (5).

El décimo Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Hamburgo en 1905 votó la siguiente resolución: "Hay lugar a instituir una pena especial o un tratamiento especial a los delincuentes de responsabilidad atenuada, sean o no peligrosos" (6).

5º En cuanto a los antecedentes extranjeros reina divergencia. El Código de Siam de 1908, atenúa la pena cuando a consecuencia de enfermedad del espíritu o enfermedad mental, la persona no está sino parcialmente capacitada para dirigir o apreciar la naturaleza o ilegalidad de sus actos (art. 47).

El dinamarqués, reprime con una pena disminuida cuando el delincuente no ha tenido "conciencia completa de los actos que realizaba" (art. 39).

(1) Landry, La responsabilité penale, cap. IV, págs. 172-189.

(2) Stooss, Revue pénitentiaire, 1905, pág. 489.

(3) Liszt, Revue pénitentiaire, 1905, pág. 488.

(4) Grasset, La responsabilité des criminels, pág. 115.

(5) Ver Revue pénitentiaire, 1903, pág. 1244.

(6) Ver Revue pénitentiaire, 1905, pág. 1010.



El de Finlandia, en el cap. III, parág. 3, establece que si el delincuente al tiempo de cometer la infracción "no gozaba del uso íntegro de la razón y no pudiera ser reputado irresponsable, la pena será aplicada como en el parág. 2", el cual consagra sensible disminución de la pena.

El Código penal Sueco, parág. 6, "si no goza del uso íntegro de la razón a consecuencia de enfermedad corporal o mental o decrepitud u otro acontecimiento sobrevenido sin su propia culpa, pero que no obstante no puede ser considerado como exento de punición en virtud de los parágs. 4 y 5, la pena de muerte debe ser sustituida por lo establecido en el parág. 3 (trabajos forzados de 6 a 10 años). Las demás penas pueden igualmente ser disminuidas según las circunstancias".

El Griego también aminora la pena "cuando el uso de la razón no está excluido de una manera completa, pero sí esencialmente alterada y disminuida en tal grado que faltan las condiciones exigidas para la aplicación de la pena pronunciada por la ley" (1).

Todas las disposiciones precedentes están vaciadas en el molde de la responsabilidad moral. Es la solución consagrada implícitamente por el art. 83, inc. 1 del Código penal argentino y explícitamente por las decisiones judiciales.

El Proyecto alemán en el parág. 63, aplica las reglas de la tentativa cuando la libre determinación de la voluntad no quedara completamente excluida pero sí disminuida en alto grado a consecuencia de locura, imbecilidad o por encontrarse en estado de inconsciencia. Las penas "se ejecutarán teniendo en cuenta el estado de las facultades mentales de los condenados y mientras éste lo exija se ejecutarán en determinados establecimientos o secciones especiales que les estarán exclusivamente reservados".

Por el parág. 65, el tribunal ordenará su custodia en un establecimiento público de curación o de asistencia "cuando así lo exija la seguridad pública". custodia que tendrá lugar después de cumplir la pena.

Tanto el Código noruego de 1902 como el Proyecto austriaco de 1909, acogen sin reservas la concepción del estado peligroso del delincuente.



El primero autoriza a recluir al semi-alienado en un asilo o en una casa especial de cura o de preservación o en una casa de trabajo cuando fuera "peligroso para la seguridad pública" (Parág. 39).

Por el segundo, el autor de un delito o crimen reprimido con más de seis meses de privación de libertad, cuya facultad de comprender o de querer su acción está esencialmente disminuida en el momento de la ejecución por un estado enfermizo permanente, puede ser custodiado por tiempo indeterminado tras la expiración de la pena, cuando fuera peligroso por razón de su conducta y por la naturaleza de la acción (parág. 37). Deben ser colocados en un establecimiento particular del estado o en una sección especial de los establecimientos para alienados delincuentes.

Por el Proyecto suizo, el juez atenuará libremente la pena "si por consecuencia de una perturbación en su salud mental o en su conciencia o por consecuencia de un desarrollo mental incompleto, el delincuente *en el momento de obrar no poseyese plenamente la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación*" (artículo 14).

Pero, el juez *suspenderá* la ejecución de la pena y ordenará el internamiento del condenado en un hospital o en un hospicio, bien cuando *el delincuente de responsabilidad restringida compromete la seguridad o el orden público*, bien cuando *por otros motivos*, el estado del delincuente exige el tratamiento u hospitalización del condenado (art. 15).

No obstante, si la causa que había hecho suspender la ejecución de la pena llega a desaparecer "el juez decidirá si la pena debe ser aun ejecutada y en qué medida", previa consulta a los peritos (art. 16).

Con la desaparición de la causa cesa la internación (artículo 18); computándosele el tiempo de la permanencia en el hospital u hospicio para la extinción de la pena (art. 38).

En suma, el Proyecto sólo sienta las siguientes reglas:

- a) El juez verifica la existencia de la responsabilidad limitada.

- b) Aplica la pena libremente atenuada o la internación en hospital u hospicio, cuando lo exija el estado del enfermo o la seguridad pública;



c) Terminado el tratamiento comienza la aplicación de la pena si el juez lo decide tras de consultar a los peritos:

d) La duración de la estancia en el hospital u hospicio debe ser computada para la extinción de la pena.

Según el Proyecto sueco, cuando se comete un acto reprochado por la ley con pena de reclusión "por el que, sin estar loco se debe considerar, sin embargo, en razón de su defecto mental permanente, como un individuo para el cual la pena sólo sería susceptible de producir un efecto insignificante, el Tribunal podrá ordenar que en lugar de imponérsele la pena, sea colocado en un establecimiento público mientras dure su estado de temibilidad general, pero por tres años como mínimo". (Cap. III, parág. 2).

La misma disposición se aplica, al que "comete un acto que se halla castigado por la ley con una pena que no es la de reclusión y demuestre con su acto, unido a su estado mental, que es peligroso para la seguridad pública". (Cap. III, parágrafo 3).

El art. 47 del Código italiano, disminuye notablemente la pena cuando el estado mental "era tal da scemare grandemente", la imputabilidad, acordando al juez la facultad de ordenar la internación del semi-alienado en una casa de custodia cuando la pena fuera privativa de libertad.

El art. 57 del Código alemán disminuye la pena "pero si el delincuente parece peligroso para la seguridad pública a consecuencia de su debilidad cerebral persistente, el tribunal debe ordenar la guardia provisional del condenado". La legislación alemana refiere al tribunal civil el pronunciar a la vez la interdicción y el internamiento definitivo, o esta medida únicamente. Si el delincuente es punible, la internación comienza después de la expiración de la pena.

6° El Proyecto de 1917, siguiendo el ejemplo de los precedentes extranjeros, debe contemplar especialmente el problema de la semi-alienación.

El fundamento de su imputabilidad, es el estado peligroso; el régimen la internación en establecimientos adecuados.

OBEDIENCIA JERARQUICA

1.º PROYECTO DE 1917. — 2.º CRITICA. — 3.º LA ORDEN. REQUISITOS. — 4.º EXCESO. — 5.º CONCLUSION



1º El inciso 4 del art. 34. declara no punible al que obra en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, y el inc. 5, al que obra en virtud de obediencia debida.

"El uno es inútil, dice Herrera, el otro está pésimamente **redactado**, expresando mucho más que lo que los autores del Proyecto han pretendido" (1).

El soldado que fusila, agrega, Groizard, no es reo de homicidio, como tampoco lo es de lesiones, el que en el ejercicio legítimo de un derecho y para prenderlo o recobrar su propiedad o ambas cosas, hiere al ladrón que lo acomete o huye con el fruto de su rapiña. Esta exención, continúa el tratadista español, brota tan espontánea del fondo mismo de la naturaleza de las cosas, que la mayor parte de las legislaciones antiguas y modernas, no han creído necesario consignarla expresamente (2).

En efecto, la ley no podría, sin rendir culto a la ironía, fulminar con una sanción al que obra en el ejercicio de su derecho.

El poseedor que rechaza violentamente al intruso que pretende turbar su posesión, la autoridad pública que detiene al que ha cometido un homicidio o consumado una estafa, huelga advertirlo, realizan actos autorizados por la ley, los cuales, por tanto, no pueden ser inculminados.

---

(1) Herrera. La Reforma Penal, pág. 457.

(2) Groizard. El Código penal, T. 1, pág. 278.



Algunas dificultades suscita lo que concierne al que obra en cumplimiento de un deber.

Advertimos como Herrera, que el inciso 5 desenvuelve el mismo pensamiento involucrado en la primera parte del inciso 4.

2º Fuera de duda el contexto de la ley ha excedido los propósitos abrigados por los autores. No toda obediencia entraña exención de punibilidad.

La ley V. Tit. XV, Part. VII, exime de pena la obediencia del hijo al padre, del siervo al señor, del menor de veinticinco años al guardador, del religioso al mayoral cuando hacen daños en cosas de otros mandados por aquéllos. "Pero, si alguno de éstos, agrega la mencionada ley, deshonorase o firiere o matase a otro por mandato de aquel en cuyo poder estudiase, non se podrie excusar de la pena porque *non es tenuto de obedescer su mandado en taley cosas como estas*; et si lo obedesciere et matare o ficiere alguno de los otros yerroz sobredichos, debe por ende *haber pena también como el otro que lo mandó fazer*".

Los soldados tienen la obligación de cumplir las órdenes impartidas por los jefes, pero jamás podría excusarse la obediencia, para matar a un transeunte o estafar a un incauto.

Las órdenes del superior, jamás deben ejecutarse si son delictuosas: el jefe de una oficina no puede obligar a consignar partidas falsas.

3º Desde luego, se alcanza sin esfuerzo los fundamentos de la obediencia jerárquica. Más que por la presunción de la mayor capacidad en favor de la autoridad competente finca la justificación de la obediencia en la necesidad de mantener el orden y la armonía en la administración. No es admisible sin derrumbar el actual orden administrativo, en opinión de Manzini y Alimena (1), acordar la facultad de discutir o refutar la orden a quien tiene el deber de obedecer.

¿Puede el inferior examinar la orden?

La jurisprudencia italiana, recuerda el primero de los tratadistas citados, ha resuelto la negativa (2).

(1) Manzini, Trattato di diritto penale, T. II, pág. 298, Alimena, I limiti e i modificatori dell'impunitività, T. 3, pág. 6.

(2) Ver asimismo: Riv. Penale, T. XLIX, pág. 627, Cass. 26 abril de 1898.



En general los tratadistas, sólo conceden al inferior la facultad de examinar las formalidades extrínsecas de la orden, prescindiendo de las condiciones intrínsecas.

En este orden de ideas, el subordinado debe cumplir la orden con tal de concurrir tres recaudos: a) regularidad de la orden, b) incumbencia con el servicio, c) competencia de la autoridad que la emite.

El director de una prisión, en concepto de Prins, incurre en detención arbitraria si recibiera o guardara una persona sin orden regular. Pero si el director recibe un detenido en virtud de un mandato expedido por el juez competente, no debe inquietarse por la ilegalidad del arresto.

Asimismo, el inferior debe rehusar el cumplimiento de la orden cuando ésta exceda las atribuciones del superior o si la orden se refiere al interés personal del superior, o impone como dice Manzini, medios incompatibles con el servicio.

Finalmente la orden debe emanar de autoridad competente.

La ley, pues, debe determinar con precisión los límites de la obediencia jerárquica; la fórmula del Proyecto peca por vago. El que quebranta la inviolabilidad del secreto epistolar por orden del juez de comercio, en caso de quiebra, obra en los límites de la obediencia, así como excedería ésta, si quebrantara la inviolabilidad de la misma por orden emanada de una autoridad incompetente. Las legislaciones que se ocupan especialmente de la obediencia, marcan con precisión sus límites.

El art. 49 N° 1 del Código italiano, reza: no es punible "el que ha cometido el hecho por disposición de la ley o por orden de la autoridad competente, cuando está obligado a seguirla".

El portugués, art. 14 inc. 5, cuando, autorizado por la ley fuere ejecutada por persona competente y con las formalidades debidas, si la ley lo decretare.

El Código penal ruso en el art. 44, establece "no es punible el hecho cometido en ejecución de la ley, o de una orden de servicio emanada de una autoridad competente en los límites de su poder, siempre que tal orden no imponga una infracción evidente".





El Código ruso, exige con claridad los tres requisitos: 1º ejecución de la ley u orden emanada de autoridad competente; 2º necesario en los límites de su poder; 3º que no aparezca evidente la ilegalidad.

4º *Exceso*. Los tratadistas italianos convienen en reprimir el exceso como dolo cuando el agente conociendo la ilegalidad de la orden accede voluntariamente a su cumplimiento.

El art. 50 del Código italiano, reprime el exceso con detención por un tiempo inferior a 6 años, cuando la pena establecida para el reo sea la ergástola, y en los demás casos la pena establecida para el delito reducido al sexto como minimum y a la mitad como maximum.

El Proyecto reprime el exceso de la obediencia jerárquica, como el exceso en la legítima defensa y estado de necesidad. Las observaciones que nos sugiere el exceso en la legítima defensa, son perfectamente aplicables al exceso en la obediencia jerárquica. Es preciso distinguir la variedad de casos y no establecer reglas uniformes.

5º Creemos con Herrera, que el inciso podría re-lactarse así: "El inferior que obra en virtud de orden emanada de autoridad competente, revestida de las formalidades necesarias y cuya ilegalidad no aparezca evidente".



## ESTADO DE NECESIDAD

1.º FUERZA IRRESISTIBLE. — 2.º ESTADO DE NECESIDAD.  
 3.º CONCEPTO DEL MAL. — 4.º INTERVENCION DE TERCEROS.  
 5.º EL MAL EVITADO Y EL MAL OCASIONADO. — 6.º EVITABILIDAD DEL MAL. — 7.º ¿EL NECESITADO DEBE SER EXTRAÑO AL PELIGRO? — 8.º EXCESO. — 9.º CONCLUSIÓN.

1.º El Proyecto de 1917, encara el estado de necesidad con asaz deficiencia: es redundante, fragmentario y ocasionado a funestas consecuencias.

Bien omite dilucidar algunos de los problemas que excitan largas discusiones en la especulación teórica y soluciones opuestas en la legislación comparada, bien discurre arbitrios desechados, a la par, por la literatura jurídica y por los antecedentes extranjeros.

Insiste en declarar impune la fuerza irresistible, relegada al olvido por todos los códigos modernos.

En cuanto a la fuerza irresistible física, ni siquiera hay delito, el cual presupone un acto, es decir, una manifestación del designio criminal. Distan tanto del delito, la esposa víctima de la lujuria de un desatorado como el funcionario secuestrado para impedir el cumplimiento de su misión.

De aquí, que el art. 64 del Código francés y el art. 71 del Código belga, rezan, no importa "delito" la acción cometida por fuerza irresistible, en vez de decir "no es punible", como el Proyecto. ¿Cómo puede reprimirse un hecho no delictuoso?

De cualquier manera la disposición es superflua ya en la forma correcta del Código francés, ya en la forma impropia del Proyecto argentino.

En cuanto al que obrara violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente cae en el estado de necesidad



contemplado por el Proyecto en el inc. 4 del art. 34. Así lo reconocen, Liszt al comentar el Código alemán y Herrera en sus observaciones al Proyecto de 1906.

2º El estado de necesidad, según Liszt "es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos" (1).

Según el Proyecto es menester la concurrencia de cuatro requisitos para dar por admitido el estado de necesidad: a) existencia de un mal, b) que el mal sea inminente, c) que el mal evitado sea mayor que el mal cometido, d) que el necesitado no haya sido el causante del mal evitado.

3º A no dudarlo, el Proyecto denomina *mal* a lo que todos los códigos expresan con más propiedad con el vocablo *peligro*.

Múltiples son los peligros que pueden presentarse. Es frecuente contemplar en los naufragios el espectáculo de un moribundo que arrebató la tabla de salvación a expensas de la muerte de otro desgraciado. En los incendios, cuando acontecen en lugares concurridos, la muchedumbre se precipita tumultuosa, sin parar mientes ni en los ayes ni en los quejidos exhalados por las personas que derriban al suelo o arrojan a las llamas. Aguijoneado por el hambre, un indigente decide obtener por el robo lo que ha negado la caridad. Un toro enardecido a pique de acometer recibe certero golpe que lo deja exánime. Para evitar la propagación del incendio que crece voraz alguien tala los arbustos ajenos. Un viajero cercado por todos los ámbitos, decide abrirse camino por entre el campo descuajando postes y quebrantando alambrados. Por cubrir el pudor después de acudir a un baño público, una persona resuelve resguardarse con prendas ajenas, ya que fuera despojada de las propias.

¿A cuál de estos "males" se refiere el Proyecto? ¿Cuáles peligros son dignos de protección? Omite toda referencia sobre tan importante cuestión.

El Proyecto de Tejedor, a semejanza del Código español, se refería en el Cap. 5. art. 6, N° 2, al mal ocasionado en la propiedad.



La exposición de motivos del Proyecto de 1917 remite para el estudio de estas disposiciones a los comentarios de Rivarola, el cual no ilustra sobre el particular.

En la doctrina y en la legislación comparada, reina el desconcerto y la anarquía.

*Antecedentes extranjeros* — El parág. 54 del Código alemán exige un peligro al cuerpo o a la vida; el noruego en el parág. 47 se refiere a la persona o a los bienes; el ruso en el art. 46 a la salud, libertad, pudor y bienes personales; el japonés en el art. 37 a la vida, salud, libertad o fortuna; el siamés en el art. 49 se limita a definir el estado de necesidad; el de sudán en el art. 71 a la propiedad; el italiano en el art. 49 N° 3 se refiere a la persona.

Manzini al interpretar el Código italiano cree que el peligro a la persona, comprende no sólo la vida, salud, integridad de los miembros, sino hasta el pudor y el honor (1).

Para Conti comprende exclusivamente la vida e integridad de los miembros (2).

En cuanto a los Proyectos modernos, acusan las mismas vacilaciones. El austriaco se refiere a la lesión, al cuerpo, la libertad o fortuna (parág. 11); el alemán, a la persona o propiedad (parág. 67); el suizo, a todo bien (3) y especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor y el patrimonio (art. 35); el sueco, al peligro contra la vida (cap. IV, parág. 7), pero en el parág. 11 lo extiende al derecho de un individuo o al derecho general.

En la doctrina, Berner, Janka, Stamler, Buri, Liszt, Teichman, Garçon, Roux, son partidarios de conceder con latitud, la protección de todos los bienes jurídicos y con razón. Si el estado de necesidad presupone un conflicto entre intereses jurídicamente protegidos, cada uno de los cuales sólo puede ser conservado a costa de los otros, ¿por qué discernir entre el peligro a la vida y el peligro a la propiedad o entre el peligro al honor y el peligro a la libertad?

El Código no debe poner trabas a la protección de los derechos sino limitarse a trazar los límites de los mismos, a enu-

(1) Manzini, Trattato di diritto penale italiano, T. I, pág. 295.

(2) Conti, en el Trattato completo di diritto penale de Cogliolo, T. I, parte II-1, pág. 125.

(3) La palabra, bien, tiene aquí un sentido lato.

merar los recaudos que condicionan el estado de necesidad. Por consiguiente, la solución del Proyecto suizo es la más acertada.

4º Asimismo, el Proyecto omite legislar acerca de la intervención de los extraños, objeto de providencias especiales, por todos los Códigos modernos. Fuera de duda el Proyecto excluye la intervención. En la legítima defensa contempla especialmente la situación de éstos. El Proyecto arriba implícitamente a una solución injusta y peligrosa. A la postre, ¿a quien perjudica la exclusión de los extraños sino al necesitado? ¿Qué conciencia escrupulosa, dice Garçon, resistirá a sacrificar el bien ajeno para salvar una existencia en peligro, una persona pronto a ahogarse, una mujer amenazada por las llamas de un incendio, para impedir que los niños mueran de hambre? (1).

La sociedad no dicta leyes para que su aplicación conduzca a resultados tan deplorables. Todos los expositores admiten el derecho de intervención bien que discrepando en cuanto a la amplitud.

Stamler, preconiza la intervención sin reserva alguna invocando los dictados de la moral. Pero como observa Alimena, podrá alegrarse la moral para salvar a un semejante, pero no para matarlo. (2).

Moriaud, aboga por la intervención ilimitada, cuando se sacrifica el bien menor en aras del bien mayor, y admite la intervención en el conflicto de bienes iguales, cuando entre el interventor y el necesitado median lazos de parentesco y amistad estrecha, lo que llama unidad personal (3).

La distinción del elogiado tratadista no siempre es fácil. En efecto, ¿cuándo hay conflicto entre dos bienes desiguales?

Thyrén, en su Proyecto, concede la intervención cuando se trata de salvar la vida del cónyuge, hermanos, o parientes en línea recta, ascendientes o descendientes.

Pero, ¿los vínculos de la afección no constituyen a menudo, incentivo más poderoso que los vínculos de la sangre?

Alimena, proliga la opinión de Moriaud, aunque amplían-

(1) Garçon. *Revue Penitentiaire*, 1900, pág. 1432.

(2) Alimena. *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, T. 3, p. 167.

(3) *Le delitti necessitati*, págs. 200-201.





dola ya que concede la intervención siempre que importe un sacrificio para el tercero o cuando exista un deber de protección, como el médico que sacrifica el hijo a la vida de la madre (1).

Más, rehusa acordar la impunidad aun en el conflicto de bienes iguales, cuando encontrándose dos en peligro sobre una tabla, mata a uno para salvar al otro. ¿A esta cruel escena, dice, en la cual se une la obra consciente del hombre, a la obra ciega del acaso, no fuera preferible que ambos siguieran el mismo destino? (2).

Por lo demás, la condición exigida por el eminente expositor italiano, es incompatible con los principios que fundamentan el estado de necesidad.

Zanardelli, rinde pleito homenaje a la amplia intervención de los extraños, sin curarse ni del sacrificio ni de la desigualdad de bienes ni de los vínculos de afección. A sus esfuerzos perseverantes, se debe la sanción del art. 49 del Código italiano (3).

La intervención del tercero, no debe sufrir más restricciones que la de la proporción entre el peligro evitado y el mal causado.

Como apuntaba Le Poittevin, en la luminosa discusión suscitada en la Sociedad de Prisión en Francia, la intervención importa a veces no sólo el ejercicio de un derecho sino hasta el cumplimiento de un deber (4).

Por otra parte, la sociedad no tiene interés en reprimir, porque el tercero no se inspira en motivos antisociales, porque no constituye un ser peligroso: en la vida se conducirá siempre como un hombre honrado.

¿Su misma intervención, no es un testimonio elocuente de que en su espíritu tienen más imperio los dictados de la misericordia que los atractivos del egoísmo?

Interesa a la sociedad fortalecer antes que quebrantar estos vínculos de solidaridad, que dan mayor cohesión al agregado social.

(1) Alimena. Op. cit., T. 3, pág. 167.

(2) Alimena. Op. cit., T. 3, pág. 168.

(3) Zanardelli. *Relazione ministeriale*, XLVII, pág. 170.

(4) Le Poittevin. *Revue pénitentiaire*, 1901, pág. 71.



A mayor abundamiento, reconociendo legítima la acción cometida bajo el imperio de la necesidad, ¿por qué distinguir entre el necesitado y el tercero?

Las circunstancias y no la persona justifican el delito necesario.

*Antecedentes extranjeros* — Conceden la intervención a los parientes, el Código alemán, parág. 54; el húngaro, art. 80; el búlgaro, art. 46; el Proyecto sueco, parág. 7; otorgan amplia intervención a los terceros, el Código ruso, art. 46; el japonés, art. 37; el italiano, art. 49; el Proyecto austriaco, parágrafo 11; el alemán, parág. 67; el suizo, art. 35.

De los Códigos modernos que legislan ampliamente el estado de necesidad, sólo el noruego omite legislar el derecho de intervención. No nos referimos al holandés, por cuanto protesta adhesión al régimen francés de la contrainte, producida por fuerza irresistible, régimen insuficiente para legislar el estado de necesidad, como observan Roux, Garçon, Crappi, Tarde, Arche (1), y Thiry, Vidal, Robert, Bregeaut, Le Poitevin, Mourral, Cauviere, Roux (2).

5° En cuanto a las condiciones del mal, el Proyecto exige tres: a) inminencia del mal; b) que sea mayor el daño evitado que el mal ocasionado; c) que el necesitado haya sido extraño al mal.

Respecto del primer requisito, diremos, que es la única parte sensata del inciso. Tanto los expositores como las legislaciones, convienen en admitir la inminencia del peligro. Es un concepto relativo, desvinculado a la absoluta actualidad o a la absoluta certeza. Basta que el peligro haya podido razonablemente influir en el ánimo del necesitado. Al juez corresponde inquirir el carácter de la inminencia, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona.

5° El mal realizado, debe ser menor que el mal evitado.

¿Cómo determinar la precisa diferencia de valor entre dos bienes jurídicos desiguales?

Una dama, movida por el designio de mantener incólume sus prestigios ante el esposo y su reputación ante la sociedad, hiere de muerte al perverso que por el incentivo del lucro la

(1) *Revue penitentiaire*, 1900, págs. 1412, 1444 y 1447.

(2) *Revue penitentiaire*, 1901, págs. 50, 61, 60, 67, 70, 74 y 76.



amenazara con pruebas bastantes a poner en zozobra su virtud. ¿Cuál mal es mayor? ¿La muerte del malvado o el concepto de la dama?

Y si pareciera excesiva la muerte, cambiemos la hipótesis: supongamos que lo hiciera; no es fácil la tarea.

Contemplemos los bienes jurídicos de fácil ponderación por ser de idéntica naturaleza. ¿Qué hombre en un naufragio no vacilará en arrojar a su semejante a las inclemencias de las olas, aun a costa de cualquier precio, para apoderarse del frágil leño, que le asegurará la vida? Conminar con una pena al infortunado que naufraga, implica colocarlo en la situación incompatible con los instintos humanos de buscar su muerte antes que la de un semejante. Habría que preguntar con Roux, ¿hay que tratarlo como criminal, porque no es un héroe? (1). La moral podrá anhelar la muerte propia a la ajena, pero el derecho no debe exigirlo.

¿Quién pretenderá encarcelar a la madre que para salvar a su hijo sacrifica la vida de un niño extraño?, pregunta Stooss con sobria elocuencia (2).

¿Cuál es el criterio capaz de arribar a soluciones más justas? Los tratadistas discuten largo y tendido sobre si es lícito el delito en caso de bienes iguales. Creemos que son controversias bizantinas.

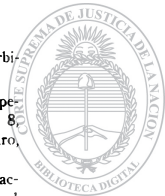
Lo mismo que en la legítima defensa, es menester abar donar al juez la apreciación de los hechos, sin distinguir sobre la cantidad de los bienes. Basta con que no haya evidente desproporción entre el bien salvado y el mal ocasionado y que el acto haya podido influir sobre el necesitado.

No es posible generalizar disposiciones como la del art 938 del Código de comercio, que en caso de echazón obliga al capitán a arrojar: primero las cosas menos necesarias, las más pesadas y las de menor precio y en seguida las mercaderías del primer puente, pues aquí todas las mercaderías están expuestas a un peligro común, en tanto que en el estado de necesidad redunda, generalmente, en menoscabo de otro que no está amenazado por el peligro. Fijar a priori la relación entre el bien

(1) *Revue pénitentiaire*, 1900, pág. 1414.

(2) Stooss. *Exposé de motifs*, pág. 31, citado por Jiménez de Asúa.





perjudicado y el bien a salvar, implica arribar a soluciones arbitrarias.

*Antecedentes extranjeros* — Exigen superioridad del peligro evitado sobre el daño causado, el Código español, art. 8.º inc. 7; el noruego, parág. 47; el ruso, art. 46; el búlgaro, art. 46.

El Proyecto alemán, parág. 67, considera necesario el acto, aun cuando el peligro sea poco importante y aun cuando el daño exceda al peligro, tratándose de defender la propiedad.

El Proyecto austriaco, parág. 11, resuelve con cordura la cuestión planteada, pues exige que el daño causado no sea desproporcionado con el daño amenazado. Por tanto, es una cuestión de hecho.

El Proyecto suizo, art. 35, atendiendo a las circunstancias admite el estado de necesidad, cuando no podría exigirse razonablemente al autor del acto el sacrificio del bien amenazado. Es la solución más acertada.

El Proyecto sueco, cap. IV, parág. 11, exige que la amenaza se estime razonablemente más importante que el daño causado.

6º La última condición requerida para la admisión del estado de necesidad, estriba en que el necesitado sea extraño al peligro que lo amaga.

Al que en una sala de espectáculo da origen a un incendio, más por descuido que por intención, ¿no le es lícito invocar el estado de necesidad a fin de salvar a un tercero, siquiera para reparar con un gesto de abnegación su rasgo de imprevisión? Y sobre todo, ¿no podrá salvarse a sí mismo a costa de otro delito?

No, responde Manzini al comentar el Código italiano, por cuanto es inadmisibles que una persona procure obviar la consumación del propio delito mediante un nuevo delito (1).

Pero, ¿por qué reprimir a quien procura salvar de las llamas a un semejante mediante otro delito?

Tal solución no puede aceptarse, tanto más cuanto que el eminente tratadista italiano acuerda a un tercero que no ha concurrido a producir el peligro el derecho de salvar al necesi-

(1) Manzini. Op. cit., pág. 293.



tado. Peregrina solución ésta, de acordar a los extraños el derecho que se niega al propio. necesitado.

Tres situaciones pueden presentarse. o el necesitado obra con dolo, por culpa, o sin dolo ni culpa.

En el primer supuesto, como el que a designio prende fuego para robar a favor del desconcierto consiguiente responde ampliamente del delito que cometiére sin excluir los de la muerte de sus moradores.

En el segundo supuesto, como cuando arroja un objeto combustible que origina un incendio sin haber abrigado tal designio, le es imputable el delito de culpa cuando concurren los elementos que caracterizan a ésta.

Y cuando no mediara ni dolo ni culpa, cuando es producido por acontecimientos que escapan a los recaudos exigidos para la culpa, no debe ser inculminado a pesar de no ser extraño al peligro.

El Código italiano admite el estado de necesidad, cuando el peligro no ha sido causado voluntariamente y los intérpretes más autorizados dan al adverbio mencionado el significado amplio contenido en el Proyecto argentino (1). Quien da causa al peligro, dice Conti, aún por imprudencia o error, no ejercita un derecho, no puede prevaleerse del estado de necesidad el que presupone que el agente sea extraño al peligro.

El Código húngaro, parág. 80, exige que el peligro no sea imputable al agente; el de Berna, parág. 55, que el caso de urgencia sobrevenga sin su culpa; el alemán, parág. 54, que el estado de necesidad no se origine culpablemente; el siamés, art. 49, que no haya causado él mismo el peligro; el Proyecto alemán, parág. 67, que no sea imputable a la propia culpa.

Omiten el requisito: el código noruego, parág. 47; el ruso, art. 46; el japonés, art. 37; el Proyecto austriaco, párrafo 11 y el suizo, art. 35.

El Proyecto Tejedor tampoco exigía el recaudo que criticamos.

7° Los tratadistas y las legislaciones, exigen también que el peligro no pueda ser evitado de otra manera. El Proyecto argentino, omite el requisito. Los Códigos noruego, ruso, ale

(1) Manzini. Op. cit., pág. 291 y seg. Conti. Op. cit., pág. 143.



mán, siamés art. 49, italiano, búlgaro, y los Proyectos austriaco, suizo, alemán, requieren perentoriamente la imposibilidad de evitarlo de otra manera.

El Proyecto sueco, más cauto, reza cuando difícilmente pudiera esperarse, atendiendo a las circunstancias, que le sería imposible evitarlo de otro modo.

Posiblemente todos los Códigos al referirse a la inevitabilidad del acto, han querido decir lo que el Código español expresa con más claridad en el inc. 7 art. 8, "que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo".

Los tratadistas en general, apoyan la exigencia. Sin embargo, algunos reconocen que es un concepto relativo apreciable, según las modalidades del estado necesario (1).

Herrera, traduce con claridad la opinión dominante. "El acto necesario, dice, 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" (2).

No obstante el respeto que profesamos por el docto tratadista y por más que acuerda al juez la facultad de examinar la buena fe del necesitado, creemos con Groizard y Pacheco, que la condición de inevitabilidad tal cual surge del tenor de los Códigos, es exagerada.

"La ley no se contenta, dice el primero, con que el auxilio se preste, con que la caridad se ejerza, con que el mal mayor se evite, quiere las cosas a la perfección". "A la justicia, agrega, debe bastar que el medio empleado sea natural, oportuno, prudente, no necesita que sea el mejor de todos" (3).

En efecto, ¿cómo el necesitado podría calcular el medio más conveniente con la medida y ponderación de un hombre libre de solicitudes apremiantes?

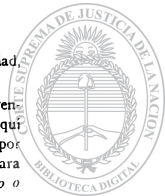
8º En cuanto al exceso, el Proyecto lo reprime como delito culposos.

A este sistema pueden aplicarse las observaciones que nos sugiere el exceso en la defensa.

El Código japonés legisla el punto con encomiable acie-

to; el juez puede atenuar la pena y aun llegar a la impunidad según las circunstancias del caso.

9º A nuestro juicio el Proyecto suizo consulta las exigencias científicas, introduciendo ligeras modificaciones. He aquí cómo debiera redactarse el texto: "No es punible, el que por *medios adecuados a las circunstancias* cometiere un delito para evitar un peligro *inminente a cualquier bien jurídico propio o ajeno*, siempre que el sacrificio del bien amenazado no *pudiera exigirse razonablemente al autor del acto*; en caso de exceso, el juez podrá atenuar libremente la pena (1) y aun perdonarla según las circunstancias del hecho y los móviles del agente".







## LEGITIMA DEFENSA

1.º FUNDAMENTO. — 2.º PROYECTO DE 1917. INCONVENIENTES.  
3.º RECAUDOS. — 4.º CUALES DERECHOS SON SUSCEPTIBLES  
DE LEGITIMA DEFENSA. — 5.º DEFENSA DE LOS BIENES. —  
6.º DEFENSA DE PARIENTES Y EXTRAÑOS. — 7.º DEFENSA DE  
LA HONRA. — 8.º EXCESO EN LA DEFENSA. — 9.º PRESUNCION  
DEL ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL.

1.º La impunidad de la legítima defensa tiene hondo arraigo y ostenta rancio abolengo. Ningún pueblo, ni antiguo ni moderno ha omitido desconocer su legalidad. Los expositores sin distinción de credos filosóficos ni de matices jurídicos, exaltan a la par, su justicia y necesidad. Con todo, cuestionábase largamente acerca de su fundamento, recaudos y extensión.

*Fundamentos.* — Para Garraud, la defensa individual es legítima, porque concurre al mismo título que la defensa social a la protección del derecho (1).

Además, como afirma Benthán, el temor a la resistencia individual contiene más a los malvados que el temor a la ley (2). La vigilancia de los magistrados, agrega, no podría suplir jamás a la vigilancia de cada individuo por sí mismo.

Conferir a los individuos la facultad de defender el derecho, implica pues, cooperar al mantenimiento de la defensa social.

De estas premisas, despréndense consecuencias tan fecundas como la de acordar con latitud la defensa de los derechos y la de no distinguir entre la defensa del derecho propio y la defensa del derecho ajeno.

(1) Garraud. *Precis de droit criminel*, N.º 110, pág. 224.

(2) Benthán. *Legislation civile et penale*, T. 2, cap. XIV, pág. 66.



2.º Proyecto de 1917. — Con superar al Código actual el Proyecto no está al abrigo de la censura. Descúbranse cuatro errores capitales, a saber:

a) Entre los requisitos enumera el de la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende;

b) Distingue sin fundamento alguno entre la defensa propia y ajena;

c) Presupone la concurrencia de los recaudos que justifican la legítima defensa respecto de aquel que quebranta la inviolabilidad del domicilio cuando concurren determinadas condiciones, en forma tan ambigua, que puede dar margen a interpretaciones encontradas;

d) Como en algunas legislaciones, conviene establecer distingos al encarar el exceso en la defensa.

3º A semejanza del Código actual y de los Proyectos de 1891 y 1906, los cuales a su vez inspiranse en el Código español, el Proyecto exige el concurso de tres circunstancias: 1º Agresión ilegítima; 2º Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3º Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

1º *Agresión ilegítima.* — La agresión, según Liszt “es todo hecho que pone en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida” (1).

a) *La agresión debe ser contraria al derecho.* — El art. 278 del Código civil acuerda a los padres la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos.

El art. 247º autoriza al poseedor a repulsar la fuerza con la fuerza, cuando los auxilios de la justicia llegaran tarde y aun a recobrar la posesión “*motu proprio*” cuando fuese desposeído.

Por tanto, ni el hijo ni el desposeedor pueden prevalerse de la legítima defensa para contener al padre o al poseedor.

b) Además, de lastimar nuestro derecho o el ajeno, la agresión, según veremos, debe ser actual, como reza el Código francés (art. 68, y el Proyecto alemán (parág. 66), al igual francés (art. 328), y el Proyecto alemán (parág. 66), al igual que el Código alemán (art. 53).

(1) Liszt. Tratado de derecho penal, t. I, p. 222.



abonar la legítima defensa. Es menester el acometimiento, las vías de hecho, cuando menos la inminencia del ataque.

La expresión *actual* no sólo no autoriza a repeler la agresión no comenzada, salvo cuando es inminente, sino asimismo impide adoptar medidas contra la agresión acabada (1).

Conviene advertir, que aunque el Proyecto al igual del Código en vigencia, omite consignar la actualidad de la agresión la jurisprudencia argentina no ha vacilado en exigirla. Así el ademán de sacar armas no importa una agresión (2).

"La defensa, léese en otro fallo, sólo puede tener lugar mientras dure el ataque peligroso para la vida, más nunca después de haber cesado aquél y habiendo cambiado la situación desde que el procesado logró desarmar al adversario" (3).

Rivarola y Piñero auspician la actualidad, bien que reduciéndola de los términos del subínciso siguiente "impedirla o repelerla" (4).

Para mayor claridad, convendría añadir al vocablo *actual* a la expresión *ilegítima*.

2º *Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla*. — El Proyecto Tejedor, no autorizaba la defensa por medio de la violencia sino hasta lo que fuera "necesario para desviar el peligro", y reprimía "el empleo de medios de defensa que pueden ser mortales", "siempre que hubiere bastado una simple coerción para contener o dominar al agresor" como asimismo "si pudiendo garantizarse del ataque por una defensa negativa se dirigen medios ofensivos contra la vida o el cuerpo de su adversario o si pudiendo inferir a su agresor una herida no peligrosa se le hiere mortalmente o se le mata". (Libro II, tit. tercero, art. décimo.)

El Código español, fuente mediata del Proyecto exige "necesidad racional"; es decir, la naturaleza del ataque determina las características de la defensa.

La necesidad en el principio y la templanza en la acción.

(1) Lizst. Op. cit., T. 2, pág. 335.

(2) C. C. Serie 3, T. 1, pág. 437.

(3) C. C. Serie 2, T. 2, pág. 363.

(4) Rivarola. Derecho penal argentino, pág. 429 y O. Piñero. Apuntes de derecho penal, pág. 227.





son en concepto de Pacheco los dos fundamentos y las dos justificaciones de este derecho (1).

Liszt comentando el Código alemán, sostiene que si la agresión no puede ser repelida de otro modo, el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por la muerte del agresor. La posibilidad de sustituir por otro el acto de la defensa no es exigible, según el insigne criminalista (2).

Sin embargo, no pueden sentarse reglas categóricas e inflexibles. El Proyecto procede con cordura, al insistir sobre la expresión *necesidad racional*, tan arraigada en el derecho argentino. Por lo común, el agredido carece de ponderación de juicio y serenidad de espíritu, para calcular la extensión del peligro o la medida de la defensa. Al arbitrio judicial incumbe escudriñar la necesidad racional, según la circunstancia de tiempo, lugar y persona.

Una agresión a la tarde, en la calle Florida, dice el profesor Piñero, no es lo mismo que una agresión en los barrios suburbanos de la ciudad; una agresión a las dos de la tarde, no es lo mismo que una agresión a media noche (3).

En suma, es una cuestión de hecho, ondulante, movediza, que la discreción judicial decide, atendiendo a las modalidades del caso.

3° *Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.* — La exigencia de este requisito ha dividido tanto a los jurisconsultos cuanto a las legislaciones.

Almena lo aplaude porque la legítima defensa requiere la reacción y mal puede invocarla, quien, con su injusticia ha sido la causa de la agresión (4).

Rivarola, sustenta análoga doctrina; en su opinión, la defensa fué hija de la provocación del agredido, su propia obra, su propia culpa (5).

La jurisprudencia argentina, celosa en la aplicación del requisito, rechazó la eximente de legítima defensa invocada por el heridor que era amante de la esposa de la víctima, ale-

(1) Pacheco. El código penal comentado y concordado, T. I, p. 152.

(2) Liszt. Op. cit., pág. 336.

(3) O. Piñero. Op. cit., pág. 229.

(4) Almena. I limiti e i modificatori dell'imputabilità, T. 3, pá-



gando la Cámara, que el adulterio implicaba una ofensa al marido (1).

El Proyecto alenián, exige para no reprimir la legítima defensa, que quien la invoca no sea culpable (parág. 67).

No obstante, como observa Herrera, los más de los Códigos omiten la exigencia del requisito y los autores en general reconocen el derecho de legítima defensa en el provocado (2). En efecto, ¿cómo rehusar el derecho de defenderse a quien en los transportes de un arrebato o en el ardor de una discusión, profiere una expresión destemplada o asume una actitud descompuesta?

Bien es verdad que el vocablo *suficiente*, requiere proporción, relación eficaz, como escribe Groizard (3) entre la provocación y la agresión, pero la ley entonces, reconoce implícitamente al provocado la facultad de defenderse con sólo mediar provocación, lo cual mal se aviene con el primer requisito que exige terminantemente una agresión. En otros términos, según el inciso a), es menester el concurso de la agresión para justificar la defensa, en tanto que a estar a lo que se desprende del inc. c), basta la provocación suficiente. Y ocioso es advertir cuánta diferencia hay entre agresión y provocación.

A mayor abundamiento, la defensa de la vida, obedece a un movimiento irreprimible de todo organismo, sin parar mientes en las causas del ataque: si él fué obra del defensor o del ofendido.

Apurando el razonamiento, repetiremos con Herrera, "el que ha proferido la ofensa y mata defendiéndose, no se revela por eso un ser 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 a quien no ha manifestado ninguna inmorality" (4).

4ª *Extensión*. — Las viejas legislaciones fijaban prolijamente así los recaudos como la existencia de la legítima defensa. El Proyecto de Tejedor comparte esta orientación.

El Código penal en vigencia enumera minuciosamente los

(1) C. C. Serie 4, T. 4, pág. 82.

(2) Herrera. La reforma penal, pág. 477.

(3) Groizard. El código penal español. T. I, pág. 23.

(4) Herrera. Op. cit., pág. 477.

derechos susceptibles de defensa. Conviene prescindir de normas rígidas e inflexibles: la prudencia aconseja dar soluciones dúctiles y flexibles. Por evitar la arbitrariedad judicial, contingente y remediable, incúrrase en la arbitrariedad legal, fatal e irreparable. De aquí la propensión a involucrar en una fórmula general el concepto de la legítima defensa abandonando al acierto del juez el desenvolvimiento del mismo.

Todos los Proyectos modernos, suizo, alemán, austriaco, rinden pleito homenaje a esta tendencia. El Proyecto de 1917, también protesta adhesión, aunque sin llegar hasta las últimas consecuencias. La distinción entre la defensa propia y ajena, contempladas en incisos separados y la parte que subsigue al inc. c) del art. 34, no puede merecer sino reproches.

El Proyecto reza: "el que obra en defensa propia o de sus derechos". ¿A cuáles derechos se refiere?

A vista de una fórmula tan lata, es admisible la interpretación que da Liszt al Código Alemán, según el cual es injusto limitar la legítima defensa a los ataques contra la persona y la propiedad, debiéndose admitirse también para la protección de todos los demás bienes jurídicos, aunque no contra la simple violación de un contrato (1).

5.º Estudiemos por separado: *Defensa de los bienes*. —

Ninguna de las cuestiones que brotan en torno de la legítima defensa da pábulo a tan hondas divergencias, ninguna ha sufrido vicisitudes más singulares. La legislación romana, es oscura al respecto. No obstante, los intérpretes comprendían los bienes como susceptibles de ser defendidos. Según Chaveau et Helie imponía la necesidad de gritar, y el emperador Valentiniano, acordaba este derecho a los que vivían en el campo.

Las Leyes de Partidas, contemplan tres casos: el del ladrón nocturno si se amparase con armas, el del incendiario, y el que quisiera tomar por fuerza la cosas.

El Proyecto Tejedor autorizaba la protección personal de los bienes "cuando es imposible solicitar el auxilio de la autoridad o cuando la intervención de la autoridad es impotente para reprimirlos", pero "no se considera legítima, cuando la persona atacada haya tenido tiempo de recurrir a otros me-





dios conocidos para resguardar su propiedad" Además, autoriza la defensa "contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto, resista con arma, o huya con el robo en actitud *amenazante*, sin obedecer a las intimaciones del robado y sin podersele aprehender de otro modo".

El Código actual en el inc. 11 del ~~art. 82~~ <sup>no</sup> contempla el caso del que hiere o mata al que pretende entrar en su domicilio por escalamiento o fuerza o al que encontrarse dentro de su hogar, siempre que opusiera resistencia.

El Proyecto de 1917, repite la disposición, pero en lugar de establecerlo en forma imperativa, dice *se entenderá que concurren estas circunstancias* (a la agresión ilegítima se refiere, etc.); lo cual ha de dar margen a las mismas dificultades que se presentan en el derecho francés al estudiar el art. 329.

Tres interpretaciones se han dado en Francia: 1.º No es sino un desenvolvimiento del principio general expuesto en el art. 328, que responde al mismo objeto que el inc. 6, art. 34 del Proyecto argentino. Pero entonces, pregunta Garraud, ¿cuál es la utilidad del artículo? (1).

2.º El precepto establece una presunción legal absoluta movido por el propósito de rendir inútil la prueba de las condiciones exigidas para dar por admitida la legítima defensa. Fincaría el fundamento de la disposición en la dificultad del socorro, en el miedo al peligro, y en la imposibilidad de inquirir la intención de los autores de la agresión.

3.º Importa una presunción simple, susceptible de ser destruida por una presunción contraria.

El doctor Herrera, cree que esta es la interpretación auténtica del Proyecto (2).

Los tribunales franceses reflejan en su fallo la hesitación de la doctrina (3).

No obstante, creemos que el Proyecto consagra una presunción absoluta, tanto por advertirse en la exposición de motivos que los casos enunciados "se encuentran comprendidos

(1) Garraud. *Precis de droit criminel*, pág. 234.

(2) Herrera. *La reforma penal*, N.º 272, pág. 467.

(3) Garraud. *Op. cit.*, pág. 234, nota 2.



en el Código vigente, aunque en incisos separados" (1), sin agregar que el designio de los autores haya sido el de convertir la presunción absoluta en una presunción simple cuanto por remitirse en la explicación de las disposiciones sobre legítima defensa a los comentarios de Rivarola en su Derecho penal argentino, quien en ninguna parte alude a la presunción simple.

De cualquier manera, el Proyecto, autoriza la defensa de los bienes sólo cuando mediare escalamiento o fractura o se encontrare a un extraño dentro de su hogar siempre que haya resistencia; es decir, cuando la agresión implica un peligro contra el titular del derecho patrimonial.

Tal es la opinión de Manzini, al interpretar el art. 366 inc. 2 del Código italiano, análogo al del Proyecto (2).

En suma, sigue las huellas trazadas por nuestros antecedentes nacionales, aunque los autores han abrigado el designio de defender ampliamente los bienes como lo advierte Herrera (3).

*Antecedentes extranjeros.* — En general admiten con latitud, la defensa de los bienes tanto los Códigos como los Proyectos modernos; así, el Noruego (parág. 48), el ruso (artículo 45), el siamés (art. 30), el japonés (art. 36), Proyectos: Mejicano (art. 30, inc. VIII), el suizo en el art. 34 no menciona especialmente los bienes aunque se colige de la latitud de los términos que emplea lo mismo que el austriaco (parágrafo 12), y en el Proyecto sueco (Capi. IV, parág. 10).

En cuanto a la doctrina, existe marcada inclinación a conceder la defensa de los bienes aunque proporcionando la defensa al ataque; tal ocurre con: Liszt, Garraud, Gautier, Ihering.

Yo no tengo derecho, declara Stooss, para defender mi propiedad disparando sobre el niño que me ha robado algunas frutas, aun cuando me faltara otros medios de defensa (3).

(1) Proyecto de código penal, pág. 70.

(2) Manzini. Trattato di diritto penale italiano. T. 2, N.º 404, página 238.

(3) Herrera. Op. cit., pág. 464.

(4) Stooss. Exposé des motifs, pág. 96, artículo 111.



Garraud, admite la defensa de los bienes, cuando son de considerable valor u ocasionan perjuicio irreparable, pero nunca agrega, será lícito matar o herir para proteger un vegetal (1).

La defensa de los bienes debe ser admitida por el Proyecto, siempre que se realice en forma adecuada a las circunstancias en gracia a las razones siguientes:

a) La propiedad es un derecho tan sagrado como la vida; en la sociedad actual, la fortuna desempeña un papel preponderante.

b) Porque nadie puede permanecer impassible ante el espectáculo de un ladrón que arrebató nuestro dinero.

c) Además, el temor a la defensa individual tiene más imperio para intimidar a los malvados que el temor a la ley.

Los que niegan el derecho a defender los bienes siguen a Puffendorf, según el cual nunca es necesaria, por cuanto el propietario, puede ceder a la fuerza y ocurrir a la justicia para la reparación.

Aparte de la pérdida de tiempo y los gastos dispendiosos que suscita toda acción judicial se añade los inconvenientes de la prueba y las dificultades de recuperar los bienes.

5º *Defensa de los parientes y extraños.* -- El Proyecto, permite la defensa de la persona o derecho de otro siempre que concurra la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y de que, si hubiera precedido provocación suficiente por parte del agredido no haya participado en ella el tercero defensor.

Todos los Códigos modernos admiten la intervención del extraño. No establecen diferencia con la defensa propia legislando en un solo artículo. Y se explica, no es maravilla que exponga su vida quien está vinculado por la amistad íntima o el parentesco estrecho; lo noble, lo abnegado, es quien incitado por la indignación o movido por la misericordia, brinda su auxilio generoso para librar a un desconocido del ataque de un malvado, sin curarse ni de riesgos ni de peligros.

El Proyecto al igual del Código actual, ha dejado a un lado la fuente de sus inspiraciones, el Código español, el cual en el art. 8 inc 6, permite la defensa del extraño con tal de

(1) Garraud. Op. cit., párr. 227.



no ser impulsado por venganza, resentimientos o motivos ilegítimos. Exigencia desgraciada que redunde en mengua del atacado y de la sociedad, ya que los extraños se cuidarán de ofrecer su auxilio cuando mediare resentimiento con el agresor.

Pero el Proyecto, ha debido suprimir el requisito de la falta de provocación del tercero defensor, por cuanto dice Benthan "la ley debe guardarse de debilitar esta alianza entre el coraje y la humanidad", porque la actitud del tercero denota que en su espíritu ejercen más ascendiente los dictados de la solidaridad que las solicitudes del egoísmo. Su conducta haya o no mediado provocación no revela un inadecuado social.

El inc. 9 del art. 81 del Código actual, autoriza la defensa de la persona o derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos, de los afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil.

El Proyecto, lo suprime no sólo por estar comprendido en el inc. 7 del art. 31 (defensa de otro), sino asimismo por entrañar una irritante injusticia.

La afección a los parientes, escapa a la sagacidad del legislador; la limitación al cuarto grado es arbitraria, aparte de que la defensa de los parientes debe autorizarse sin límite alguno, atendiendo a los fundamentos de la legítima defensa.

*7.º Defensa de la honra.* — El art. 81, inc. 14, del Código en vigor exime de pena, a la mujer que hiere o mata al que intenta violarla o robarla. Ha sido suprimido en la persuasión, de que está comprendido en la fórmula general del inc. 6, art. 34 del Proyecto.

En síntesis debe admitirse la legítima defensa de todos los derechos, siempre que ocasionen un daño irreparable, para emplear la expresión en boga entre los autores contemporáneos.

*8.º Exceso de defensa.* — El hombre víctima de una agresión no tiene a menudo, tanta serenidad como para proporcionar la defensa al ataque. ¿Cuál será la sanción contra quien se excede en la defensa? Reina divergencias entre los intérpretes y las legislaciones.



Farinacio, dice que la pena no debe ser la del delito sino la de la falta; no corporal sino pecuniaria, pro-excesu (1).

Garraud cree que el juez debe apreciar las circunstancias, si ha quitado toda libertad al agente lo considera como fuerza irresistible, si estima que el exceso menoscaba la imputabilidad, aplicará la de la provocación (2).

Carrara admite el exceso cuando procede por extraordinario temor (3).

*Antecedentes nacionales.* — El Proyecto Tejedor, disponía la exención de pena, cuando resultara de las circunstancias de lugar, del tiempo, de las personas, de la clase del ataque que el individuo atacado no se excedió sino bajo la impresión súbita de la turbación causada por un espanto irresistible (art. duodécimo, Tit. III).

El actual Código, considera el exceso como atenuante (inc. 1, art. 83).

El Proyecto de 1917 reprime el exceso con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35).

Hay marcada tendencia a no reprimir el exceso, cuando es fruto de un estado de ánimo especial. El Proyecto Tejedor, es en esta parte más adelantado que el Proyecto de 1917.

El Código Noruego, no reprime el exceso, cuando procede "de la agitación de espíritu o del terror que la agresión le ha causado" (parág. 48); el Código ruso, sólo reprime el exceso o inoportunidad de la defensa en los casos especialmente previstos por la Ley (art. 45); el Código alemán excusa el exceso, si ha habido "perturbación, miedo o terror". (parág. 53, inc. 3).

El Proyecto alemán aplica las disposiciones de la tentativa, pero no impone pena, si el exceso proviene de agitación o consternación excusable (parág. 66).

El Proyecto suizo, acuerda al juez la facultad de atenuar libremente la pena, es decir; no está ligado por el minimum previsto por la Ley. Pero admite la impunidad, si el exceso

(1) Farinacio. Question 125. N.º 387.

(2) Garraud. Op. cit., pág. 232.

(3) Carrara. Programma, parte speciale, parág. 1321 y sigs. y parte generale. T. I. parág. 310.





deriva de un estado de excusable excitación o de sobrecogimiento (saisinement) causado por el ataque (art. 34).

A nuestro entender, el Proyecto suizo, resuelve el exceso en forma compatible con las infinitas modalidades que suelen presentarse en la vida práctica. La igualdad en la sanción consagrada por el Proyecto de 1917, conspira contra la desigualdad de matices que ofrece la realidad. No puede merecer la misma sanción el que se excede arrebatado por la ira o movido por la venganza con el que se excede enajenado por la excitación o sobrecogido por el terror.

Por lo demás, el Proyecto argentino incurre en grave error al imponer al exceso la pena fijada para la culpa. Entre el exceso de la defensa y la culpa, median diferencias insalvables. Aquella presupone una agresión, en tanto ésta es extraña a toda idea de ataque; la culpa se opera a despecho de la intención; el exceso, por lo común, es un acto realizado a designio.

8º Presunción del art. 82 del Código Penal. — El art. 82 del Código en vigencia, presume el exceso de defensa cuando el autor no cumple con la obligación de dar aviso del suceso a la autoridad más inmediata o trata de ocultar el hecho. Si de las constancias del proceso resultara legítima la defensa, el Código impone el arresto de uno a tres meses por haber ocultado el hecho, o por haber omitido declararlo a la autoridad.

El Proyecto suprime tan peregrina presunción sin precedentes ni en la legislación comparada contemporánea, ni en la literatura jurídica. Es una presunción arbitraria, injusta y peligrosa.



## LA POLITICA CRIMINAL DE LOS MENORES

1.º SU IMPORTANCIA. — 2.º CAUSAS DE LA DELINCUENCIA PRECOZ. — 3.º ANTECEDENTES NACIONALES. — 4.º PROYECTO DE 1917. CRITICA. — 5.º ANTECEDENTES EXTRANJEROS, LEGISLACION INGLESA. — 6.º LEGISLACION FRANCESA. — 7.º ANTECEDENTE ITALIANO. — 8.º PROYECTO SUIZO. — 9.º CONCLUSIONES

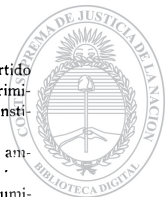
1º Ningún problema solicita con tanto imperio la atención del criminalista como el de la delincuencia precoz, a no dudarlo grave e importante. Ya Ferri, en sus magníficos estudios sobre la criminalidad francesa, notaba la precocidad como rasgo distintivo de la delincuencia actual. De allí en adelante, los cultores de la estadística no han cesado de corroborar la afirmación del infatigable sabio italiano. La República Argentina no importa, ni con mucho, excepción a la regla, según perentorias demostraciones de Bullrich, Gache, Sierra y Levillier, los dos primeros en tesis pródigas en observaciones, los segundos en monografías rebosantes de interés (1).

2º ¿Cuáles son los factores de la delincuencia precoz?

Lombroso conceptúa criminal nato al menor delincuente por ser fácil a la mentira, pronto a la cólera, accesible a la envidia, propenso a la venganza, inclinado a la obscenidad, ávido de crueldad. A mayor abundamiento, abriga aversión por el trabajo y pasión por el juego, carece de previsión como asimismo de sentimientos afectivos, gusta del argot y de los halagos de la lisonja (2).

(1) Bullrich. *Asistencia social de menores*, 1919, pág. 97, tesis laureada; Gache. *La delincuencia infantil*, Cap. II, Tesis laureada; Sierra y Fernández Duque, *Anales de la Facultad de Derecho*, 1916, T. I, pág. 401 y sgs. Levillier. *Criminalidad en Buenos Aires*, Censo de 1910.

(2) Lombroso. *L'uomo delinquente*, T. 3, cap. III, pág. 98 y sg.



El dictamen del gran innovador dista de ser compartido por los autores reputados; antes bien, excita severas reacciones. Ni son exactos todos los rasgos apuntados ni constituyen patrimonio exclusivo de los menores delincuentes.

Las causas han de buscarse más en deficiencias del ambiente social que en anomalías del carácter individual.

a) El abandono ya material, ya moral de la infancia, suministra copiosos contingentes a la criminalidad juvenil. Huelga encarecer la influencia funesta del abandono, encrucijada que conduce a cuatro caminos extraviados: vagancia, mendicidad, ejercicio de profesiones perniciosas (1) y prostitución, verdaderos pródromos del delito.

De aquí, que las más de las legislaciones europeas, adopten solícitas providencias para conjurar o mitigar las consecuencias del abandono.

b) El descuido de la educación familiar coadyuva asimismo al incremento de la criminalidad precoz. Entre los ricos, dejando librada a manos mercenarias la educación del menor: el padre está preocupado por sus asuntos o placeres, la madre por sus compromisos sociales (2). Entre los pobres, como consecuencia del industrialismo y del pauperismo, los padres no prodigan cuidados a los hijos y a menudo entregan su educación al azar, a la ventura.

c) La lectura de obras policíacas como también algunas representaciones cinematográficas henchidas ambas de proezas inverosímiles, importan otros tantos estímulos, aptos para exaltar la fogosa imaginación juvenil y encender el deseo de imitarlas, movidos las más veces por el designio de granjear fama y notoriedad.

d) Los establecimientos represivos, son el caldo de cultivo de la reincidencia (3). Sobrecoje el contemplar cuadros como los del departamento de policía o depósito de contraventores,

(1) Ingenieros. Archivos de psiquiatría, T. VII, pág. 329; sostiene que el empleo de la niñez, como medio de difusión del periódico, es una de las fuentes principales de la delincuencia precoz. Ver: Los niños vendedores de diarios y la delincuencia precoz.

(2) Duprat. La criminalité dans l'adolescence. París 1909, página 101.

(3) En la tesis de Gache, pág. 128 y ss. pueden leerse casos interesantes de reincidencia.



donde en una atmósfera nauseabunda y en piezas tétricas, alternan jóvenes entregados a la malvivencia con viejos delinquentes encenagados en la abyección.

Reprimir los delitos de los menores, equivale a fomentar la criminalidad; prevenirlos, implica morigerarla.

e) El incentivo del fausto, el culto al lujo, el prurito de la emulación, constituyen a un tiempo, el escollo de la virtud y la fuente de la delincuencia femenina.

f) Aunque se discurre largo y tendido a propósito de la herencia como factor de la criminalidad de los menores no se puede negar que los hijos de los alcoholistas, intoxicados profesionales y aun sífilíticos, ocupan un lugar importante en las estadísticas.

Cegar, pues, las fuentes de la criminalidad precoz: vagancia, mendicidad, profesiones perniciosas, descuido de la educación; reglamentar el trabajo de los menores; sustraerlo de la promiscuidad con delinquentes avezados: crear reformatorios especiales, procurar infundirles hábitos de trabajo, orden y disciplina; extender la tutela del Estado, modificando los conceptos de patria potestad, curatela y tutela, imperantes en el Código civil, los cuales mal se avienen con las corrientes modernas; en resolución: prevenir, educar, reformar, encauzar al menor en la lucha por la vida: tal constituye la misión de lo que se llama con toda propiedad, el derecho penal de los menores. No se desprende otra consecuencia del estudio de la génesis de la delincuencia precoz.

3º *Antecedentes nacionales.* — El Proyecto de Tejedor, consagra la irresponsabilidad de los menores de diez años, a los cuales entrega a la corrección de sus superiores y vigilancia de la autoridad (1).

Entre los diez y catorce años distingue a los reconocidos como capaces de imputabilidad, de los reconocidos como incapaces de imputabilidad.

A los primeros reprime con dos meses a un año de prisión, con agravación, según la circunstancia de trabajo forzoso (2).

---

(1) Libro segundo, Tít. tercero, art. segundo, inc. 1.ª y Tít. cuarto, artículo segundo.

(2) Libro segundo, tít. cuarto, art. tercero.



Los comprendidos entre los catorce y diez y ocho años obtienen sensible disminución de la pena (1).

Además, establece la separación entre los condenados mayores y menores, debiendo estar sometidos los últimos a un trabajo moderado y a una educación religiosa y moral (2).

El Código penal en vigencia consigna como el Proyecto de Tejedor, la irresponsabilidad de los menores de diez años, y aun de los menores de quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento. Si ha obrado con discernimiento, la edad, es sólo un atenuante si tiene menos de diez y ocho años.

Basta comparar los textos para advertir la superioridad del Proyecto de Tejedor.

Conviene analizar sucintamente el escabroso problema del discernimiento, no sólo por regir en la legislación argentina sino por su arraigo en legislaciones extranjeras tan adelantadas como la Children act. de Inglaterra, y en tentativas de reformas modernas como el Proyecto mejicano.

a) Es un concepto impreciso como se echa de ver examinando la muchedumbre de definiciones transcritas en Alimena (3) y la vaguedad de los tratadistas trasciende a las decisiones de la jurisprudencia (4).

Algunas legislaciones procuran cohonestar la imprecisión del vocablo añadiendo conceptos explicativos. Así el Código alemán, menciona: discernimiento necesario para comprender la punibilidad del acto; el Proyecto mejicano: de discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción (5).

b) A las dificultades prácticas, las más veces inaccesibles, fuerza es agregar lo ilógico del mismo. Existen niños menores de diez años, capaces de discriminar entre lo lícito y lo ilícito, y sin embargo, la ley consagra la irresponsabilidad.

c) Además, es peligroso. Ya Joly en el Congreso internacional de San Petersburgo, donde la doctrina del discernimiento, recibiera sañudas críticas de Drill y Correvon, reconocía la necesidad de legislar sobre los menores suprimiendo la

(1) Libro segundo, tít. cuarto, art. cuarto.

(2) Libro segundo, tít. cuarto, art. sexto.

(3) Alimena I limiti e i modificatori dell'imputabilità, p. 285 y s.

(4) Ver: Rivarola. Derecho penal argentino, pág. 409.

(5) Trabajos de revisión del código penal, T. IV, pág. 10.



cuestión del discernimiento (1). El menor debe ser amparado, reeducado, protegido, sin parar mientes en el discernimiento.

4º Proyecto de 1917. — Distingue entre el menor de catorce años y el mayor de catorce y menor de diez y ocho años.

Como en los proyectos de 1891 y 1906 considera no punibles a los primeros.

Tanto el menor de catorce años, autor de cualquier delito, cuanto el mayor de catorce y menor de diez y ocho que cometiere delito susceptible de condena condicional, pueden ser objeto de dos tratamientos. Bien quedar en poder de los padres, tutores o guardadores u otras personas, bien ser colocados en un establecimiento dedicado a corrección de menores.

Lo primero, cuando el menor no fuese peligroso; lo segundo, cuando de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente, o de sus padres o guardadores, resultare peligroso dejarlos a cargo de éstos.

La permanencia del menor de catorce años, durará hasta cumplir diez y ocho años de edad, la cual puede abreviarse, cuando observara buen comportamiento, y prolongarse hasta cumplir veintiún años de edad cuando la conducta revelase a un sujeto pervertido o peligroso.

La estadía del mayor de catorce años y menor de diez y ocho, no podrá exceder de los veintiún años de edad.

Si el delito cometido por el mayor de catorce y menor de diez y ocho tuviera pena mayor a la establecida para acogerse a la condena condicional, el tribunal aplicará las reglas de la tentativa.

*Crítica.* — Asombra como los autores del Proyecto, no obstante hacer gala de profesar las doctrinas de la individualización de la pena, hayan desdenado consagrar soluciones acogidas con demostraciones de beneplácito, aun por aquellos tradistas reacios a las nuevas orientaciones del derecho penal.

En efecto: a) Los recursos que el proyecto de 1917 confiere al tribunal, son detestables, exigüos y uniformes.

1º Conspira contra los principios preventivos que campean en las leyes modernas y en los proyectos más adelantados.

(1) Actes du Congrès pénitentiaire international de Saint Peterbourg. 1890, T. I, pag. 142.



El menor, tan sólo por excepción, puede ser objeto de medidas represivas: así la *Children act*, prescribe la prisión cuando el menor de catorce a diez y seis años es tan reacio a la disciplina o tan propenso a la depravación, que la aplicación de los demás recursos resultarán estériles.

El Proyecto suizo administra los remedios extremos con cautela y parsimonia. Equipara al adolescente a los de la edad de transición, cuando el delito es *muy grave* o el autor *muy peligroso*.

Además, prescribe la detención de tres días a dos meses para los adolescentes normales, disposición desconcertada en parangón con el sistema general imbuido en ideas eminentemente preventivas.

El Proyecto argentino no sólo aplica la pena para todos los adolescentes de catorce a diez y ocho años cuando el delito excediera los límites de la condena condicional sino que envía al menor de catorce a casa de corrección. El menor necesita educación no corrección.

2° Los recursos del Proyecto de 1917 son además, reducidos y uniformes: no distingue sino dos categorías de menores: no peligrosos y peligrosos en los menores de catorce años; en los mayores de catorce años y menores de diez y ocho prescinde de la idiosincrasia del autor, sólo para mientes en la naturaleza del delito.

El proyecto suizo, clasifica, consigna distinciones, adecuando las medidas a la naturaleza del menor. ¿Cómo instituir el mismo tratamiento al menor moralmente abandonado y al menor afectado de enajenación mental, al menor propenso a la perversión y al menor atacado de epilepsia?

El celebrado proyecto consagra recursos flexibles los que oscilan entre el arresto escolar y la internación en establecimientos educativos para el menor de catorce años; y entre la reprimenda y la prisión, excepcionalmente, para el mayor de catorce y menor de diez y ocho años.

La *Children act*, dota al juez de medidas dúctiles; desde la absolución pura y simple o con obligación de adoptar oficio, hasta la reclusión en un reformatorio.

3° El Proyecto de 1917 denota incongruencia al remitir en el establecimiento de corrección hasta los veintiún años de



edad así a los menores de catorce años como a los de catorce a diez y ocho años, con tal de que ambos sean peligrosos.

Un menor de trece años, puede estar hasta ocho años, en tanto que el de diez y siete hasta cuatro años solamente.

b) No establece edad de transición. El Proyecto no distingue sino dos edades. Las legislaciones extranjeras consagran una edad de transición para someterlos según las características del delito y las modalidades del delincuente, bien a régimen educativo, bien al régimen semi-represivo.

En Inglaterra, los mayores de diez y seis años y menores de veintiún años, son reclusos en la institución Borstal, tipo intermedio entre casa de corrección y penitenciaría.

El Proyecto suizo, también establece disposiciones especiales.

c) La tutela dispensada al menor por el Estado, a estar al Proyecto, resulta incompatible con los principios amplios sustentados por los tratadistas y consagrados por las legislaciones.

Según el art. 39, reduce a privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela, cuando el menor cometiese un delito.

Inspirados en el concepto de que la patria potestad y tutela tienen por misión proteger al menor, las leyes europeas reemplazan la acción familiar por la acción del Estado cuando aquélla fuera deficiente, sin esperar, como en el Proyecto argentino, la comisión de un acto delictuoso.

Además, adoptan providencias tendientes a compeler a los padres al cumplimiento de sus obligaciones.

El Proyecto alemán, reprime con multa hasta de trescientos marcos o arresto o prisión hasta tres meses a quien se sustrae a la obligación legal de asistir a su familia (parág. 306).

El Código penal noruego, reprime con dos años de reclusión, a quien exponga a la miseria a un miembro de su familia, sustrayéndose de mala fe a los deberes de manutención que le incumbe (parág. 219).

El Proyecto de Código de menores italiano, prohíbe emigrar a los padres, si antes no han obtenido autorización del juez, encargado del cumplimiento de las disposiciones referentes a los menores.





No auspiciamos la idea de copiar servilmente los preceptos anteriores: sólo nos proponemos demostrar la necesidad de extender la tutela del estado.

La ley Agote de 1919, importa en este sentido sensible adelanto así sobre las disposiciones del Proyecto de 1917 como respecto de los conceptos vetustos del Código civil.

d) No crea jurisdicción especial. La idea de los tribunales especiales para juzgar a los menores excita el aplauso de los expositores y granjea la adhesión de las legislaciones (1).

e) Como corolario de los tribunales especiales, surge la necesidad de cambiar el procedimiento, respecto de los menores. El Proyecto de 1917 prescinde de tan importante cuestión, objeto de prolijas disposiciones en las legislaciones extranjeras, sin que pueda alegarse la inconstitucionalidad como pretexto, ya que el Proyecto suizo trae normas procesales.

f) Incorre además, en el grave error de no consagrar la separación entre los condenados menores de catorce años y los menores de diez y ocho y mayores de catorce.

*La Ley Agote de 1919:* Con ser deficiente la ley Agote, contempla el problema de los menores con más cordura que el Proyecto de 1917.

Modifica las prescripciones del Código civil acerca de la patria potestad y tutela. Introduce reformas más compatibles con las orientaciones modernas, sobre estas instituciones seculares. Somete a los menores bajo el patronato del Estado nacional o provincial en los casos de pérdida de la patria potestad o de su ejercicio. Los menores de diez y ocho años acusados de delito, si se encuentran moral o materialmente abandonados pueden ser entregados provisionalmente a una persona honesta, a un establecimiento de beneficencia o a un reformatorio de menores. Confiere al juez la facultad de aplicar las precisadas medidas, cuando el menor fuera absuelto o sobreseído.

La Excm. Cámara de Apelaciones en lo criminal y correccional, dictó una acordada para no malograr los propósitos de la ley (2).

5º *Antecedentes extranjeros* — Casi todas las naciones europeas han afrontado la cuestión de los menores con amplitud y

(1) Ver: Griffe. *Les tribunaux pour enfants*, Paris 1914.

(2) Ver: *Gaceta del Foro*, noviembre 1 de 1919.



previsión. En la imposibilidad de estudiar todos los antecedentes extranjeros, nos limitamos a estudiar las legislaciones inglesas y francesas y los Proyectos italiano y suizo.

*Legislación inglesa* (1) — Acaso sea Inglaterra la nación que ha encarado con más profundidad, sabiduría, prolijidad y sentido práctico, el problema de los menores. Tres leyes fundamentales ha dictado: la Probation of offenders act, en 1907, la Children act y la Prevention of crime de 1908. Las bases angulares del sistema puede compendiarse así:

1º Prevención de la delincuencia mediante la reglamentación minuciosa de los pródomos del delito, y prevención de la reincidencia mediante la solícita reeducación del menor, al cual encauza en la lucha por la vida.

2º Creación de tribunales especiales, de carácter paternal, de procedimiento sumario, considerando al menor antes como un mal influenciado digno de reeducación, que como un delincuente acreedor a la represión.

3º Confiere al juez facultades amplias y flexibles para aplicarlas, atendiendo no tanto a las modalidades del delito cuanto a la idiosincrasia del autor.

4º Crea establecimientos especiales, movidos por el designio de buscar la reeducación del menor:

1º La ley prodiga singulares cuidados, contempla su situación desde su alojamiento en el claustro materno hasta la mayor edad, cuando dotado de experiencia puede encarrilarse sin la tutela del estado. La Children act, llamada con razón, la Carta magna del niño, comienza reglamentando el ejercicio del oficio de nodriza, la casa de pensión, la mendicidad, prostitución infantil, las condiciones de higiene, los malos tratamientos, las irregularidades escolares. Modifica el concepto restringido de nuestro código civil acerca de la patria potestad, partiendo de que es una institución tendiente a la protección del menor.

El problema de la delincuencia precoz, es en concepto de la legislación inglesa, un problema social.

2º La segunda innovación de la Children act., finca en la creación de tribunales especiales. El menor debe ser some-

(1) Ver: Levy-Fleur, La politique criminelle des anglois concernant l'enfance et l'adolescence, Paris, 1911; Griffe, Les tribunaux pour les enfants, cap. II, págs. 29 a 41 y Colección de Van Swinderen.



tido sin dilación a las órdenes del juez, bajo caución de los padres o guardadores. Quedan excluidos del mencionado beneficio los inculcados de delitos graves, y aquellos a quienes la libertad pudiera ser perjudicial. Acto continuo, determina la ley los recaudos que deben llenar los tribunales para menores. El juicio es secreto, salvo para las partes, abogados, personas interesadas y representantes de la prensa.

3º En cuanto a la responsabilidad, distingue cuatro períodos:

a) Menores de siete años; b) mayores de siete años y menores de catorce; c) mayores de catorce años y menores de diez y seis; d) mayores de diez y seis y menores de veintiún años.

Consagra la irresponsabilidad de los primeros y aun de los segundos a haber obrado sin discernimiento.

El menor de catorce años, jamás puede ser condenado a prisión ni a trabajos forzados.

De catorce a diez y seis años, no puede ser condenado a trabajos forzados pero sí a prisión cuando es tan rebelde a la disciplina o tan inclinado a la depravación que no podría ser detenido en lugar de detención.

El juez posee múltiples recursos con respecto a los menores de diez y seis años. Puede:

- a) Absolverlo, pura y simplemente.
- b) Absolverlo con obligación de adoptar oficio (libertad vigilada).
- c) Absolverlo poniéndolo bajo la vigilancia de un "probation officer".
- d) Restituirlo al cuidado de los padres o de persona digna.
- e) Entregarlo a un colegio industrial.
- f) Entregarlo a un reformatorio.
- g) Imponerle el castigo del látigo (consiste en la aplicación de seis a veintiún golpes, según la edad, los cuales se realizan previa consulta a un médico).
- h) Condenar al menor o a los padres o guardadores, a multa, a pago de daños y perjuicios o a los gastos.
- i) Obligar a los padres o guardadores a garantizar la buena conducta del menor.



k) Condenar a prisión.

l) Solucionar el asunto por cualquier recurso legal.

Los padres o guardadores pueden ser compelidos a prisión, cuando rehusaren el cumplimiento de la multa; los menores jamás.

Cuando el delito reviste gravedad, el tribunal podrá ordenar la detención del menor, si estimare insuficiente los otros recursos.

El recurso más aplicado, a dar crédito a Levy Fleur, es el de la libertad vigilada, el cual se otorga con las restricciones siguientes, según las circunstancias:

- a) Prohibición de abocarse con malas compañías.
- b) Prohibición de concurrir a lugares mal reputados.
- c) Ocuparse en trabajo decoroso.
- d) Abstención de bebidas alcohólicas, cuando la embriaguez guardase vinculación con el delito.

El tribunal cuando lo juzgare oportuno, puede convertir la libertad vigilada en detención.

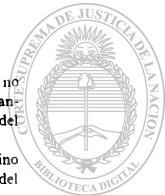
Los menores de veintitún años y mayores de diez y seis pueden ser detenidos en una institución penitenciaria del tipo Borstal, donde permanecerán de uno a tres años.

4° Para asegurar el éxito la Children act, organiza los establecimientos de detención, las escuelas industriales y las escuelas de reforma: ésta para los jóvenes de catorce a diez y seis años, aquélla para los menores de 14 años.

Las escuelas de reforma están destinadas a los autores de delitos que en los adultos merecerían condena de trabajos forzados o prisión.

Las escuelas industriales alojan:

- a) Los menores de catorce años dedicados a la vagancia, mendicidad, sin residencia ni hogar conocido, sin medios para subvenir a sus necesidades o abandonados.
- b) Al menor de doce años, acusado de un delito pasible de trabajos forzados o prisión, si hubiera sido cometido por un adulto.
- c) A los comprendidos entre doce y trece años acusados de estos delitos, cuando no tuviese condena anterior, y el juez juzgare inconveniente recluirlo en un reformatorio.
- d) Todo niño incapaz de ser educado por sus padres.



e) Los indisciplinados escolares.

El periodo de internación en las escuelas de reformas, no podrá ser menor de tres años ni exceder de cinco, aun cuando jamás puede traspasar la edad de diez y nueve años del menor.

En la escuela industrial no se fija límite de duración sino de edad: no puede exceder los diez y seis años de edad del menor.

Los menores liberados, así de las escuelas industriales como de los reformatorios, quedan bajo la vigilancia de las escuelas, hasta la edad de diez y nueve años.

6ª *Legislación francesa de 1912.* — Distingue al menor de trece años del mayor de trece y menor de diez y ocho años de edad.

*Menores de trece años.* — Los menores de trece años no pueden ser objeto de persecución penal alguna; los actos que realizaran, dan margen a medidas de tutela, vigilancia, educación y reformas ordenadas todas por el tribunal civil.

Cuando el menor es inculcado de un crimen, procede la detención provisional; cuando se trata de un delito, el juez a su arbitrio, puede entregarlo provisionalmente a una persona digna de confianza, a una institución de beneficencia reconocida como de utilidad pública o a las instituciones de Asistencia Pública, debiendo dar aviso a los padres o guardadores.

El juez debe ordenar una investigación previa, acerca de la situación material y moral de la familia del menor, el carácter y antecedentes de éste, su educación, así como el examen médico, para lo cual crea funcionarios especiales.

El juicio debe ventilarse en locales separados que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Las audiencias son privadas; tan sólo pueden concurrir los miembros de los patronatos, comités de caridad infantil y delegados especiales.

En el procedimiento, toman ingerencia los padres y guardadores, tanto porque a ellos compete el derecho de apelar cuanto por la responsabilidad que les incumbe a propósito de los gastos suscitados por el menor.

Comprobada la culpabilidad del menor, el tribunal puede escoger, según su prudente arbitrio, entre los siguientes correctivos:



a) Entrega del niño a su familia con o sin libertad vigilada.

b) Colocación, que puede alcanzar hasta los veintiún años de edad del menor, bien en casa de persona de confianza, bien en asilo, bien en internado especial, ya en establecimientos anormales, ya en instituciones de beneficencia reconocidas como de utilidad pública.

c) Entrega a la Asistencia Pública.

En estos últimos casos la familia puede pedir la reintegración del menor al hogar, con tal de concurrir tres recaudos: transcurso de un año; corrección del menor y poseer aptitud para educarlo.

Las infracciones cometidas por los menores de trece años, dan origen a una admonición dirigida al menor o a los padres susceptible de transformarse en algunos de los correctivos anteriores cuando incurriese en reincidencia.

*Menores de trece a diez y ocho años.* — La legislación francesa al igual de la inglesa plantea la árdua cuestión del discernimiento. Si está dotado de discernimiento, establece distinción entre los menores de trece y diez y seis años y los menores de diez y seis a diez y ocho años. En este caso, reprime el delito con la misma pena estatuida para los adultos, en aquél establece reducciones.

La legislación francesa no advierte que son dignos de protección todos los menores obren o no con discernimiento.

Si el menor de trece a diez y ocho años carece de discernimiento, el juez podrá, según las modalidades del proceso, entregarlo a la familia, o a una persona digna de confianza, o a una institución de beneficencia o enviarlo a una colonia penitenciaria por un término que jamás podrá exceder los veintiún años del sujeto.

En cuanto al procedimiento, en nada difiere del estatuido para los menores de trece años.

Merece especial mención, la institución de la libertad vigilada, de honda raigambre en el derecho francés. Puede acordarse:

a) Como medida provisional, en tanto se mueve el proceso.



- b) Antes de la sentencia, cuando el tribunal deja transcurrir un período de prueba.
  - c) Cuando el tribunal dicta sentencia definitiva.
- 1.a concesión de la libertad vigilada, puede revocarse:
- a) Cuando no bastare para la reforma del menor.
  - b) Cuando reincidiese en mala conducta.
  - c) Cuando lo amenazaren peligros morales.
  - d) Cuando opusiere trabas a la acción de los delegados encargados de su vigilancia.

7º A Italia, artífice de las concepciones culminantes del derecho penal incumbía la responsabilidad de dictar sabia legislación sobre menores, si anhelaba honrar su tradición y mantener incólume sus prestigios.

A iniciativa del ministro Orlando, instituyóse una comisión para estudiar el aumento progresivo de la criminalidad de los menores a la par que proponer las reformas capaces de conjurarlas. De ahí surgió el Proyecto de Código de Menores, fruto de investigaciones pacientes y estudios prolijos, como lo acreditan cuatro nutridos volúmenes destinados a justificar el articulado del mismo. Proyecto profundo y completo, está inspirado en el concepto que M. Nuarta, resume así: Vale más prevenir que reprimir: rehabilitar que castigar (1).

Colaboraron jurisconsultos de tan esclarecida alcurnia intelectual, como Ferri, Stoppato, Sighele, Lucchini, Doria, por no citar sino las cumbres.

El Proyecto crea un tribunal unipersonal, encargado del estudio del menor y un tribunal pluripersonal, destinado a velar por el cumplimiento de las leyes referentes a la infancia.

El primero ha de obrar como un médico que formula el diagnóstico y dirige el tratamiento, y no como un juez para reprimir al culpable.

El juez, posee amplias facultades para el mejor desempeño de su cometido: debe velar por el cumplimiento de la ley sobre instrucción obligatoria, vigilar el trabajo de los menores en las fábricas y la concurrencia de los mismos al cinematógrafo, visitar las familias que descuidan la educación de los hijos.



Considerando a la patria potestad, tutela y curatela como instituciones de orden público, el Proyecto confiere al juez las atribuciones que el Código civil italiano acuerda al consejo de familia y tribunal civil.

Reprime con multa de diez a doscientas liras los descuidos de los tutores, y con reclusión de seis meses a un año el abandono o privación de alimentos.

El Estado toma a su cargo la educación de los abandonados moral y materialmente, si son varones hasta los doce años, si mujeres hasta los diez y seis.

En cuanto a los actos en que incurrén, distingue entre los mayores de diez años y menores de diez y seis y los mayores de diez y seis y menores de diez y ocho años. Los primeros son objeto bien de una reprimenda, bien son colocados en establecimientos de educación, bien confiados a un patronato, bien retenidos en casa de sus padres o cuidadores.

Los segundos, cumplen sus infracciones, ya en casas especiales de corrección, ya en colonias agrícolas.

El tratamiento de aquéllos se prolonga hasta cumplir diez y ocho años de edad; los segundos hasta cumplir veintitún años.

Los procesos se ventilan a puerta cerrada, sin intervención del ministerio público, ni de defensor particular; con sólo la presencia de algún miembro de la sociedad de patronatos o de los padres, a lograr la aquiescencia del juez.

8º Proyecto suizo de 1915. — Distingue tres edades: infancia, adolescencia y edad de transición.

La primera abraza hasta los catorce años; la segunda entre los catorce y diez y ocho años; la tercera entre los diez y ocho y veinte años de edad.

La infancia y adolescencia ofrecen divisiones comunes:

- a) Moralmente abandonados.
- b) Moralmente pervertidos.
- c) En peligro de caer en una u otra situación.
- d) Aquellos que exigen un tratamiento especial (atacados de enfermedad mental, sordomudos, ciegos, etc.)
- e) Normales o aparentemente tales.

Además, contempla dos casos especiales para la adolescencia:

- f) Profundamente pervertidos.





g) Adolescentes al parecer peligrosos o autores de delitos graves.

Para los niños de las categorías a), b) y c), instituye cualquiera de estos tres tratamientos: colocación en un establecimiento de educación, entrega a una familia digna de confianza con educación vigilada; vigilancia de su educación en el seno de su familia.

Para los niños de la categoría d) el Proyecto administra un tratamiento adecuado a su estado; y para los de la categoría e) reprimenda o arrestos escolares.

Además, la autoridad competente, puede dirigir a los padres una admonición o una advertencia.

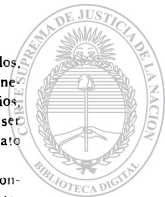
Por último, podrá renunciarse a toda medida cuando transcurriese seis meses desde la comisión del acto.

La autoridad competente verificará los hechos del niño, cuando tiene seis años cumplidos; informándose acerca del estado psíquico mental del niño, como asimismo sobre su educación y en los casos dudosos deberá requerir un informe médico.

*Tratamiento de los adolescentes.* — Para los de las categorías a), b), c), el juez podrá: bien entregar el adolescente a una familia digna de confianza donde su educación estará vigilada, bien internarlo en una casa de educación disciplinaria, en la cual permanecerá un año como minimum o hasta cumplir veinte años de edad como maximum.

Aquí, deberán educarlo moralmente, labrar su carácter, enseñarle una profesión, y dotarlo de aptitudes para ganarse la vida después de su liberación.

Para los adolescentes de la categoría d), instituye un tratamiento apropiado a su estado, y para los de la categoría e) bien una reprimenda, bien detención con aislamiento de tres días a dos meses, bien fijar un término de prueba de seis meses a un año, "si el carácter del condenado y su conducta anterior hacen prever que esta medida le apartará de la comisión de un nuevo delito y que se enmendará", pudiendo someterlo a aprender un oficio, abstenerse de bebidas alcohólicas, permanecer en lugar determinado, ordenándose su detención si persiste en quebrantarlas, y su libertad definitiva si saliera airoso de la prueba.



Respecto de los adolescentes profundamente pervertidos, dispone su internación en casa de corrección, donde permanecerán hasta su enmienda, aunque sin descender de tres años, ni exceder de doce. Transcurrido el tiempo mínimo puede ser libertado condicionalmente: sometido a vigilancia, al patronato y a reglas de conducta.

Si da muestras de adhesión a éstas, la libertad se convierte en definitiva, en caso contrario es reintegrado al establecimiento.

Acerca de los adolescentes pertenecientes a la categoría g), el juez podrá imponer la pena ordinaria, con las atenuaciones previstas para la edad de transición.

El Proyecto dispone, el examen del estado físico y mental, tanto del niño cuanto del adolescente, así como su educación y hasta la revisión médica en los casos dudosos.

*Edad de transición.* — Para los autores de delitos comprendidos entre los diez y ocho y veinte años, el Proyecto reemplaza la reclusión perpetua por la reclusión por cinco años como minimum y cuando concurrieran circunstancias atenuantes, el juez *podrá* convertir la reclusión en prisión de seis meses a cinco años y la prisión por arresto; además reduce a la mitad los términos de prescripción.

*Tribunales.* — El Proyecto abandona al arbitrio de los Cantones la designación de las autoridades encargadas del procedimiento, respecto de los niños y adolescentes. Para la colocación del niño y vigilancia de su educación, permite a la autoridad competente requerir el concurso de asociaciones privadas, sociedad de protección infantil, etc. Faculta a los Cantones para encargar a las autoridades especiales (tribunales para adolescentes, funcionarios para la protección de la infancia y autoridades de tutela) de los procesos dirigidos contra los adolescentes.

*Procedimiento.* — Incumbe a los Cantones la fijación del procedimiento, aunque subordinadas a tres reglas: debe ser distinto del de los adultos; la audiencia ha de celebrarse en otro lugar o en hora diferente; queda excluida toda publicidad.

9.º *Conclusiones.*—El Proyecto de 1917 importa sensible adelanto sobre la legislación actual, al suprimir el escabroso pro-

blema del discernimiento. Con todo, resulta asaz imperfecto contemplado a la luz de los principios de los expositores, de las disposiciones de la legislación comparada, de las soluciones de los congresos internacionales, de las tendencias que campean en los Proyectos modernos, y muy singularmente del suizo, el cual según la agraciada expresión de Gautier “ha encontrado una solución teóricamente justa y prácticamente aplicable” (1).





## LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

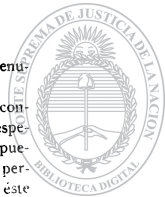
1.º EL CODIGO EN VIGENCIA. — 2.º AMPLITUD JUDICIAL. — 3.º PROYECTO DE 1917. — 4.º EDAD. — 5.º EDUCACION. — 6.º COSTUMBRES. — 7.º MOTIVOS DETERMINANTES. — 8.º PARTICIPACION DEL HECHO Y REINCIDENCIA. — 9.º DEMAS CONDICIONES PERSONALES QUE DEMUESTRAN MAYOR O MENOR RESPONSABILIDAD

1º La innovación más digna de encomio introducida por el Proyecto de 1917, estriba en entregar a la cordura judicial la medida de la pena, con arreglo a normas dúctiles y flexibles, abandonando la enumeración taxativa y minuciosa consagrada por el Código penal, sistema pernicioso que ha granjeado la adhesión de un Proyecto tan sabio y circunspecto como el suizo.

No obstante aceptar el buen principio, incluye entre las circunstancias modificadoras de la imputabilidad, algunas que no están a cubierto de reparos según veremos.

El Código penal en vigencia ha sido unánimemente condenado, por cuanto toda individualización legal es una individualización ficticia, que atiende más a la gravedad extrínseca del delito que a las modalidades intrínsecas del delincuente. Ni el cuerpo legal más prolijo podría encerrar en los límites de sus disposiciones, los matices infinitos, las circunstancias encontradas derivadas de la complejidad de la delincuencia.

En vano la legislación actual procura coonestar los inconvenientes nacidos de la enumeración inflexible que adopta, cuando en el inciso 7º del art. 83, considera como atenuante cualquiera otra circunstancia análoga a las que menciona, por que como lo advierte la exposición de motivos del Proyecto d-



1891. quedarán excluidas las atenuantes diferentes a las enumeradas y las agravantes no previstas (1).

Pero el más grave de los defectos del Código penal, consiste en echar al olvido la criminalidad subjetiva y muy especialmente los móviles determinantes de la acción. El robo puede estar inspirado por motivos ajenos a todo sentimiento perverso o sollicitación depravada como la falta de trabajo y éste factor tan decisivo para escudriñar la personalidad del delincuente, no influye en la valuación de la pena, si se subordina la dilucidación del punto al tenor de la ley.

Ni los principios inmanentes de la justicia ni los postulados de la defensa social, pueden aconsejar semejante solución.

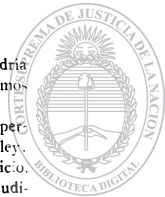
Fuerza es espiritualizar el Código. Stooss, tan penetrante en sus concepciones, comprendió la importancia que juega el motivo para descubrir el estado peligroso del delincuente, trazando en su primitivo Proyecto reglas que aunque pecan de casuísticas coadyuvan eficazmente a la individualización de la pena.

Para concluir con la crítica del Código penal, bastaría recordar que un mismo factor puede ser lo mismo agravante que atenuante, según las circunstancias, como ocurre con la premeditación. Desposeída de la joya que una vez perdida desvanece las esperanzas de recobrarla, una joven apura todos los expedientes sugeridos por la prudencia, para obtener del pérfido galán decorosa reparación de la mancilla inferida. Ruega, insta, porfía, pero en vano. La pertinacia de sus súplicas se estrellan contra el agravante tan insensible como pérfido. Profiere constantes amenazas de muerte. La idea del homicidio sujeta su voluntad con inquebrantables vínculos de hierro. Los esfuerzos para sustraerse a la obsesión, no son más fructuosos que los requerimientos para lograr el desagravio. Ríndese a la idea homicida no sin antes calcular todos los pormenores tendientes a no malograr la consecución de sus propósitos. Por fin mata. La premeditación agrava el hecho, según el Código. La injusticia es notoria para insistir sobre ella.

Todas estas consecuencias emanan de un pensamiento directriz equivocado. El legislador piensa acaso como Beccaria.

---

(1) Exposición de motivos, pág. 71.



el cual temia al arbitrio judicial, porque en la decisión podria influir la mala o buena digestión y porque se verian los mismos delitos castigados diversamente (1).

El juez, como encerrado en una campana de cristal, permanece insensible a todas las influencias menos a la de la ley.

El Código no debe sino suministrar elementos de juicio, destinados a servir de fundamento a la individualización judicial, renunciando a la vana y estéril empresa de contemplarlas a priori.

2º Reaccionando contra la tiranía legal, algunas legislaciones han caído en el exceso opuesto, consagrandolo la tiranía judicial. Así, según el art. 89 del Código húngaro "se tendrá en cuenta, en la determinación de la pena, las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan tener una influencia en el grado de criminalidad".

Este sistema, siembra el desconcierto en los jueces y la contradicción en los fallos. La anarquía, el caos reemplaza al orden y a la armonía jurídica.

3º El Proyecto de 1917, concilia estos dos sistemas al parecer irreductibles, librando a la discreción judicial las circunstancias atenuantes y agravantes, de acuerdo con los artículos 40 y 41.

El primero, dispone: "que en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condena- ción de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente".

En cambio el art. 6 de la Ley de Reformas, establece que, "en las penas divisibles por razón del tiempo o de la cantidad, la pena ordinaria del delito será el término medio entre el máximo y el minimum, pero los tribunales podrán abreviarla o prolongarla dentro de estos límites, con arreglo al carácter de las circunstancias agravantes o atenuantes".

Tanto el Proyecto de 1891 como el de 1906, incurrieron en el mismo error de la ley de reformas; el cual por otra parte, es idéntico al del Código de 1886, con ligeras correcciones de forma.

---

(1) Beccaria. Tratado de los delitos y de las penas, introducción, párag. IV, párg. 11.



Como advierte Herrera, "no existen dos delitos idénticos aunque sean de la misma naturaleza; dos homicidios o dos robos difieren entre ellos por mil circunstancias referentes a su materialidad o moralidad, aparte de toda circunstancia atenuante o agravante propiamente dicha" (1).

En efecto, en el homicidio pueden concurrir circunstancias agravantes como el instinto sanguinario, la crueldad, el fin del lucro, la alevosía, el ensañamiento, la premeditación o circunstancias atenuantes como el arrepentimiento sincero, el agravio recibido, la amenaza de la víctima, un estado de irritación excusable, el procurar solícitamente la reparación del mal ocasionado.

El infanticidio puede obedecer a ocultar la deshonra como a saciar inclinaciones abominables.

Luego, es justificada la sustitución del art. 6 de la ley de Reformas por el art. 40 del Proyecto.

Una segunda innovación consiste en imponer al juez la obligación de "tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso".

Propende a evitar la delegación de funciones, mal que aqueja a la organización judicial argentina.

Por el art. 41, el juez tendrá en consideración para graduar la penalidad:

"1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales que determinen su mayor o menor perversidad".

¿Pero cuál doctrina acepta? ¿La objetiva o la subjetiva?

Las verdaderas circunstancias atenuantes o agravantes son aquellas inherentes a la situación personal del agente. En el inc. 1 del artículo transcripto, tiene en cuenta el delito; en el



El Proyecto de 1917, hechura del de 1891, debe ser explicado en esta parte por la exposición de motivos de éste, la cual establece perentoriamente, que el juez debe apreciar todas las circunstancias, que durante y después del hecho coadyuven a descubrir su perversidad. Transcribiremos sus palabras: "Es innegable que la criminalidad disminuye, cuando por debilidad de la inteligencia el culpable no ha comprendido toda la gravedad del peligro, cuando el agente se ha determinado a cometer el delito por persuasión, promesas artificiosas, orden o amenaza, en los casos en que estas circunstancias no eximen de responsabilidad, cuando ha sido impelido por miseria apremiante, cuando se ha arrebatado por una pasión o perturbación intelectual, sobrevenida casualmente y sin que haya culpa de su parte" (1).

La enumeración precedente es el fiel trasunto de las disposiciones consagradas por el Proyecto de Tejedor.

¿Pero estos elementos, así como las normas del art. 41, basta a acreditar lo que Benthan denomina el *carácter criminal* (2). Garófaló la *temibilidad* (3), y Prins el *estado peligroso*? (4).

La enumeración del art. 41, y principalmente la división en dos incisos de los cuales uno atiende a las modalidades extrínsecas del delito y el otro a la idiosincrasia del delincuente, puede sembrar la indecisión en los intérpretes.

Herrera, conceptúa que el Proyecto no abraza la criminalidad subjetiva (5).

A despecho de tan autorizada opinión, creemos que sí. ¿Acaso la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño, no constituyen elementos importantes para escudriñar el estado peligroso del delincuente? ¿Y los motivos determinantes y las condiciones personales que demuestren su mayor o menor perversidad?

(1) Exposición de motivos del Proyecto de 1891, pág. 77.

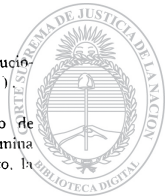
(2) Benthan. *Legislation civile et penale*, T. 2, cap. XII.

(3) Garófaló. *Di un criterio positivo della penaltá y Criminologia*, pág. 329.

(4) Prins. *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, pág. 75.

(5) Herrera. *La reforma penal*, N.º 286 y 287.





Con todo, hubiéramos preferido normas menos minuciosas y más genéricas, como ya lo recomendará Herrera (1).

Examinemos algunas de las disposiciones.

4° A estar a la exposición de motivos del Proyecto de 1891, la propensión al crimen crece desde la infancia, culmina en la madurez y declina con la edad avanzada (2). Luego, la responsabilidad debe guardar armonía con los años.

Ya la Ley 8, Tit. XXXI de la Partida VII, establecía "ca más crudamente deuen escarmentar al mancebo que al viejo" (3).

Pero, ¿hasta cuál límite es atenuante la edad? No hay solución a tal pregunta en el Proyecto. Tanto más censurable cuanto que ya Herrera había advertido el vacío. A los delitos cometidos por los menores de diez y ocho años, aplica las normas de la tentativa, cuando no dieran lugar a la condena condicional. ¿Y hay atenuación para los mayores de diez y ocho años? La interrogación no es inoportuna, puesto que en el derecho penal argentino la mayoría de diez y ocho años importa la plena capacidad penal (art. 83, inc. 2). Idéntica disposición traía el Proyecto Ugarriza, García, Villegas.

Los más de los antecedentes extranjeros, fijan la misma edad o menor aun, a los quince años Bélgica, a los diez y ocho España, Alemania, Dinamarca, los Cantones de Vaud y Lucerna.

Como únicas excepciones merecen citarse el código de Zurich, diez y nueve años; veinte el de Tessino y Neufchâtel; veintiuno el de Italia.

Y lo mismo ocurre con los tratadistas. Son muy raros los que extienden el dominio de la capacidad plena más allá de los diez y ocho años.

De cualquier manera, el Proyecto incurre en grave error al librar a la apreciación judicial el límite de la mayoría penal.

¿Y en cuanto a la vejez? No es más claro. Fuera del artículo 7 que aplica la pena de prisión a los mayores de sesenta años cuando merecieran reclusión, no hay elementos de juicio para determinar cuando comienza la atenuación.

(1) Herrera. Op. cit., N.º 289, pág. 494.

(2) Exposición de motivos, pág. 74 y 75.

(3) Seguimos en la cita la edición de Gregorio López, por estimar equivocada la de la Real Academia de la Historia.



En la doctrina, reputados tratadistas rehusan acordar disminución en la pena (1). La experiencia se aquilata, las pasiones no cobran tanto impulso, hay más ponderación de criterio.

Además, según Carrara, el daño mediano ocasionado por el delito del anciano, es mayor que el del joven, por el mal ejemplo que representa.

Sin embargo, no es la opinión dominante. La edad avanzada trae una verdadera *capitis diminutio*: la inteligencia decrece y la voluntad vacila, aparte, los delitos son de naturaleza especial, no despiertan tanta alarma, ni encarnan tanto peligro.

El Proyecto Tejedor, en el Tit. IV, art. octavo adhiriendo a las ideas profesadas por Chaveau et Helie, no atendía a la edad avanzada para modificar la imputabilidad. Sólo cuando excediera de setenta años, lo dispensaba de los trabajos forzados, consiguiente a la pena de presidio; además, sustituía la pena de muerte por penitenciaria por el tiempo de vida que le faltara.

El inc. 4. art. segundo, tit. IV, concedía atenuación "a las personas que hubieran perdido el uso de la inteligencia por efecto de la senectud". En rigor de verdad consideraba, no la edad sino la enfermedad.

Para el Proyecto Villegas, García, Ugarriza, era atenuante la mayoría de setenta años (art. 96, inc. 1); lo mismo establece el Código penal en vigencia (art. 83, inc. 2).

Los antecedentes extranjeros, arriban a soluciones opuestas. Para algunos Códigos, como el portugués, la edad avanzada es atenuante (art. 39, inc. 3).

Para otras, como el filandés es atenuante cuando hay debilidad senil (art. 3, parág. 2).

Finalmente, legislaciones como el Código japonés, ni hacen mención alguna.

La divergencia de los antecedentes nacionales y extranjeros, así como las discrepancias doctrinarias mal abonan la imprecisión del Proyecto.

(1) Carrara, *Programma*, T. I, parág. 231. Chaveau et Helie, *Théorie du code penal*, T. 2, N.º 247, pág. 520. Longhi, *Prevenzione e repressione*, N.º 115.



5° La exposición de motivos del Proyecto de 1891, cree que la educación del delincuente "es un dato interesante, que debe ser pesado, al investigar la perversidad de éste" (1).

Los criminalistas, discuten largo y tendido acerca de su influencia en la perpetración de los delitos (2).

Lombroso atribuye a la mala educación, influencia más deplorable que el abandono (3).

Para Ferri, la inutilidad de la educación, es una verdad indiscutible (4).

Según Garófalo, sólo puede ejercer algún poder en los primeros años de la vida, y asimismo no abriga confianza (5).

Pero, ningún autor comparte la peregrina opinión que ha movido a los redactores del Proyecto a incorporar la educación entre las causas modificadoras de la imputabilidad. ¿Qué correspondencia guarda la educación con la peligrosidad? ¿Los fastos de la delincuencia no encierran en sus páginas crímenes horrendos, realizados por personas de esmeradikima educación?

Movidos por el mismo propósito, dos personas cometen idéntico delito. Uno de ellos es de educación irreprochable, el otro de educación descuidada. ¿Por qué agravar la pena del primero? Esa es la solución del Proyecto, puesto que cuanto más educada es la persona hay más perversidad según la exposición de motivos.

6° En cuanto a las costumbres, sólo debiera ser contemplada, cuando guardara relación con el delito, según observa Herrera.

"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" ¿por

(1) Exposición de motivos, pág. 75.

(2) Benthon, Op. cit., T. 2, cap. XX, pág. 374 y segs.

(3) Lombroso, Le crimes, causes et remèdes, cap. XI, pág. 174.

(4) Ferri, Educación, ambiente y criminalidad, en nuevos estudios de antropología criminal, especialmente pág. 18 y, O. Piñero, Apuntes de derecho penal, pág. 349 y segs.

(5) Garófalo, Criminología, parte II, cap. II, págs. 137 a 158.



qué la conducta, más o menos desordenada, más o 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?" (5).

7º Saleilles define el motivo "como el sentimiento suscitado por el fin último que el agente consideraba y que ha sido la causa inmediata y psicológica del acto criminal" (2).

La doctrina de los motivos determinantes desputa con Benthan y cobra importancia con Ferri. Hay diferencia substancial entre el que difama cediendo a los dictados de la malevolencia y el que obra guiado por estímulos generosos. Como también lo hay, entre el que coadyuva a un suicidio movido por la piedad con el que obra aguijoneado por la venganza. Asimismo entre el encubridor ávido de lucro y el encubridor ajeno a toda especulación, como el que abandona un niño apremiado por la miseria, con el que lo expone impulsado por la perversidad.

La innovación del Proyecto, es digna de aplauso. Sin embargo, fuera injusto afirmar que la noción de los motivos determinantes haya sido extraña al derecho argentino.

El Código en vigencia, al legislar sobre la muerte de una persona, para mientes en la causa: desde el homicidio perpetrado bajo el incentivo de la codicia o el aliciente de la venganza, hasta el homicidio realizado bajo el acicate del honor ultrajado o de la pasión arrebatada.

Así, si da muerte para *resguardar sus derechos* — legítima defensa — exime de pena (art. 81, inc. 8); si no ha *mediana intención criminal* — homicidio por culpa o imprudencia — si es culpa grave prisión de uno a tres años si al delito correspondiera más de seis años de presidio o penitenciaría a haber concurrido el dolo y arresto de un mes a un año en los delitos reprimidos con menos de seis años; si la culpa es leve: arresto de tres a nueve meses en el primer caso y arresto hasta dos meses en el segundo; si ha sido en *duelo*, uno a tres años de prisión (art. 108); si la víctima provocó el acto homicida con *ofensas o injurias ilícitas y graves* — homicidio provocado — tres a diez años de penitenciaría (art. 17, inc. 4, sub inc. a)

(1) Herrera. Op. cit., N.º 238, pág. 492.

(2) Saleilles. Individualización de la pena, cap. VII, pág. 293.



de la Ley de Reformas); si concurriera *precio o promesa remuneratoria o alevosía o ensañamiento o impulso de perversidad brutal* — homicidio calificado — pena de muerte (art. 17, inc. 3, sub inc. a) de la Ley de Reformas); si es cometido por la madre respecto del hijo durante el nacimiento o hasta tres días después, a fin de *ocultar su deshonra* — infanticidio — tres a diez años de penitenciaría (art. 17, inc. 4, sub inc. a) de la Ley de Reformas).

Pero, refiérense a limitados delitos y aun en cada delito para ciertos casos.

El Proyecto reemplaza la acción de la ley por la del juez al par que generaliza estas disposiciones aisladas.

No obstante, es lástima no haya llevado más lejos el concepto de los motivos a fin de quitar todo carácter criminal a ciertos hechos.

El art. 83, reprime con prisión de uno a cuatro años "al que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo si el suicidio tuviere lugar".

Se refiere al homicidio suicidio. Ferri ha realizado un estudio prolijo sobre tan interesante cuestión. Con lógica de hierro prohija la impunidad aun en el caso de matar a otro con su aquiescencia, cuando los motivos son jurídicos y sociales. (11). Recuerda el caso del Conde de Faella, acusado de asesinato, que obtuvo de su mujer el veneno para suicidarse. El del coronel Combes, referido por Dalloz, que matara a un colega gravemente herido, el cual le suplicó la muerte como testimonio de íntima amistad.

La doctrina auspiciada por el eminente criminalista italiano, ha merecido la justa consagración del adelantado Proyecto suizo.

Lo mismo ocurre en los delitos contra el honor. El art. 111 del Proyecto, en el inc. 1, excusa la injuria cuando tuviera por objeto defender o garantizar un interés público actual. ¿Y no estaría igualmente justificada la exención cuando el autor de la injuria procediera por un legítimo interés privado, como lo establece el parág. 328 del Proyecto austriaco?



9º El Proyecto enumera entre las condiciones que modifican la imputabilidad "la participación que el delincuente haya tomado en el hecho y las reincidencias en que hubiera incurrido". Son normas supérfluas, ya que están involucradas en la parte final del artículo que estudiamos.

10. Finalmente, el tribunal tendrá en cuenta "todas las condiciones personales que demuestren la mayor o menor perversidad del agente". Demostración clara de que las normas del art. 41 no son taxativas sino enunciativas.

Así, constituirá atenuante el arrepentimiento, impidiendo las consecuencias dañosas o reparando espontáneamente el daño causado. (Art. 83, inc. 5 del Código penal en vigencia).

Sin embargo, conviene distinguir entre el arrepentimiento sincero y el cálculo utilitario (art. 63 del Proyecto suizo).

En la expresión citada, cabe también lo que el Código francés denomina las excusas legales (arts. 321 a 326), como la provocación. El Código francés las admite sólo en el homicidio cometido sin intención de dar muerte; golpes y heridas cometidos voluntariamente y en la castración; el artículo 83, inc. 4 del Código penal argentino lo concede en general.

Lo mismo que la provocación, la justa ira, es circunstancia digna de tenerse en cuenta. No siempre es posible la ponderación, la medida.

La ofensa infundada, la amenaza gratuita, el ultraje al honor, bastan a despertar la ira, a encender las pasiones. Aunque la ley no puede dispensar de pena a quien carece de frenos para reprimir la cólera o moderar el arrebato, debe acordar la atenuación, ya que todo hombre es sensible a la afrenta.

¿La ignorancia de la ley, puede ser atenuante según el Proyecto? Creemos que sí. Los actos calificados de delito, quebrantan normas fundamentales para la convivencia social. La ley se presume conocida. El fundamento utilitario de la disposición se alcanza sin esfuerzo. Si la ignorancia del derecho fuera excusa legítima al orden o a la armonía social, sucedería el caos, la incertidumbre (1). Además, los individuos pueden discernir la acción punible de la acción impune. Pero si no es posible la exención de responsabilidad, salvo en casos excepcio-

(1) Dorado. Problemas de derecho penal: combate acerbamente el principio.

nales, es justificada la atenuación; aquél que realiza un acto en la persuasión de poder realizarlo, no denota gran peligrosidad.

El art. 21 del Proyecto suizo, autoriza al juez a atenuar libremente la pena.

¿La premeditación es siempre índice de mayor perversidad? No; hay delitos como la conspiración o la bigamia que no pueden cometerse sin premeditación; esta forma parte integrante del delito.

En los otros casos, como observa Tarde, es preciso reparar en los motivos (1). Cuando en el homicidio concurren motivos de orden económico, por ejemplo, la premeditación revela una perversidad profunda, pero no cuando el motivo es vindicativo del honor.

En conclusión; atendiendo a la enumeración no muy feliz de las circunstancias que modifican la imputabilidad, convendría más el empleo de una fórmula lata, como la del parág. 43 del Proyecto austriaco, el cual atiende especialmente a la peligrosidad del autor, o la prestigiada por Herrera que responde al mismo propósito.

Dentro de los límites de la pena el juez fijaría la que estimara conveniente "teniendo en cuenta el hecho en su materialidad y moralidad, los móviles y los antecedentes y situación personal del agente, en cuanto estos últimos pueden servir para apreciar su mayor o menor peligrosidad" (2).



TÍTULO VI

TENTATIVA

1.º PROYECTO DE 1917. — 2.º ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA TENTATIVA. CRÍTICA DE LA PREMEDITACIÓN. — 3.º DELITO IMPOSIBLE. — 4.º DISTINTAS TEORÍAS. — 5.º CRÍTICA A LAS MISMAS. — 6.º ANTECEDENTES NACIONALES. — 7.º PRECEDENTES EXTRANJEROS. — 8.º DESISTIMIENTO VOLUNTARIO. — 9.º PENALIDADES



1.º El Proyecto de 1917 como los de 1891 y 1906, condena al ostracismo toda distinción de tentativa tan arraigada en el derecho penal argentino.

El Proyecto de Tejedor, distinguía entre tentativa remota, tentativa próxima y tentativa calificada.

El Proyecto Villegas, García, Ugarriza, entre tentativa y delito frustrado, distinción aceptada por el Código de 1886 y suprimida por la Ley de Reformas de 1903.

¿Cuál es la línea de demarcación entre ambas? Los más reputados tratadistas pugnan por hallar la solución aunque con más gala de ingenio que muestras de acierto. Y hasta Carrara que en vano había apurado la sutileza de su talento para distinguirlas, concluyó ponderando al Código penal alemán, reacio a toda división de tentativa (1).

Por lo demás, conduce a resultados inconciliables con los propósitos que se persiguen. Tiene por objeto reprimir con más severidad el delito frustrado, que la tentativa. Y puede ocurrir como observa Geyer, que en ésta no sólo haya una voluntad más pertinaz y depravada sino también más peligrosa (2).

(1) Ver: Ferri, *Sociología criminal*, T. 2.º, pág. 176.

(2) Geyer, *Rivista penale*, 1881, T. 2.º, pág. 15.





2º Tres elementos concurren a singularizar la tentativa según el Proyecto, a saber: a) el comienzo de ejecución; b) la premeditación; c) la falta de consumación por causas extrañas a la voluntad del agente.

Este último recaudo no da pábulos a dificultades.

Al igual de los más de los Códigos, entre otros el francés (art. 2); el alemán (art. 43); el español (art. 3); el ruso (art. 49); el japonés (art. 43); el siamés (art. 60); así como los Proyectos suizo, alemán, y austriaco, el Proyecto argentino de 1917 exige un comienzo de ejecución del delito.

Es más preciso que el art. 8 del Código penal y que el art. 44 del Proyecto de 1906.

Desde luego, el Proyecto que analizamos excluye la amenaza, vana jactancia y los actos preparatorios a no ser que constituyan delito, como la falsificación de moneda.

Asimismo, escapan a la represión los actos vagos o indeterminados, como asir el arma o apoyarse sobre el muro. Conato remoto, los denomina Carminagni; tentativa de tentativa Nicolini; comienzo de ejecución vulgar Lacointa; atentado los más de los expositores.

b) Con todo, la redacción del Proyecto dista de estar a cubierto del reproche. Como requisito ineludible de la tentativa, exige la premeditación. Ningún Código moderno a no ser el ruso, art. 49, admite tan peregrino recaudo.

¿Han abrigado el designio de sustraer al imperio de la tentativa los actos cometidos en el frenesí de un arrebato o en los transportes de una pasión? El que obra enajenado por la ira o amedrentado por el temor, carece de tiempo para reflexionar, de ponderación para calcular. Discutiendo dos personas, pasan sucesivamente del lenguaje mesurado a la palabra soez, al gesto descompuesto, a la actitud agresiva. En el ardor de la contienda, uno dispara un tiro sobre el contrincante con el propósito confesado de matarlo. Lo hiere de gravedad. ¿Hay tentativa de homicidio? No, según el tenor del Proyecto. Aquí no hay ni cálculo sosegado ni reflexión madura, atributos inherentes a toda acción premeditada. El autor cede a un movimiento maquinal, súbito, espontáneo, las más veces irreprimible. Los tribunales no podrían imponer la sanción apetecida, sin hacer tabla rasa de la premeditación.



A buen seguro, el contexto de la expresión traduce sin fidelidad el propósito de los autores. Anhelan la prevalencia del elemento intencional sobre el resultado material (1). Pudieron excogitar otro arbitrio más compatible con sus miras y menos expuesto a reparos.

La exposición de motivos, afirma rotundamente que ningún código ni ningún Proyecto dilucida el punto (2). Sin embargo, fuera del ruso cuya solución es la misma, del Proyecto, lo solucionan implícitamente el Código francés (art. 2), el belga (art. 51), el alemán (art. 43) y explícitamente el art. 45 del Código penal holandés.

"La tentativa es punible, dice, cuando la intención del autor ha sido manifestada por un comienzo de ejecución y si la consumación se ha malogrado por causas desvinculadas a la voluntad del agente".

Luego, si la intención es la de matar, al delincuente le es imputable la tentativa de homicidio.

Y hasta el art. 8 del actual Código penal argentino, cuando habla de la *resolución* de cometer un delito, usa una forma más laudable que la del Proyecto de 1917.

El concepto de la premeditación es más circunscripto que el concepto de la intención. Y en cuanto a la prueba, ambas presentan las mismas dificultades. Así en los casos de dolo indeterminado, importa árdua empresa el escudriñar tanto la intención como la premeditación. A menudo, el guía único será el suceso tal cual ha ocurrido. Sin embargo, el art. 41 del Proyecto, aporta valiosos elementos de juicio. Los motivos de la acción, el instrumento empleado, la naturaleza de la herida, los antecedentes del sujeto, etc., puede allanar las dificultades.

En suma, el recaudo de la *premeditación* debe ser suplantado por el de la *intención*.

3º El Proyecto omite dilucidar todo lo que concierne a la tentativa vana, tentativa irrealizable, o delito imposible. El tema suscita hondas discrepancias y apasionadas controversias. ¿Hay tentativa de envenenamiento cuando la dosis administrada es poco apta para lograr la resolución criminal? ¿Y cuando la sustancia es inofensiva? ¿Hay tentativa de aborto cuando in

(1) Exposición de motivos del Proyecto de 1917, pág. 86.

(2) Exposición de motivos, págs. 84 y 85.



mujer ingiere dolosamente una poción inofensiva? ¿Y cuando la poción es apta y no se halla en estado interesante? ¿Hay tentativa de homicidio cuando con propósito de matar se dispara con arma que alcanza a mil metros y el sujeto se halla a 1.500 metros? ¿Y cuando se dispara sobre la pieza, abandonada momentos antes por el que hubo de ser atacado?

El Proyecto no proporciona más luz que la frase *comienzo de ejecución*.

Según Rossi, cuya opinión comparten los más de los criminalistas franceses, la idea de comienzo presupone la posibilidad de alcanzar el fin propuesto. En su concepto la ley exige un comienzo de ejecución y no un simulacro de ejecución (1).

Saleilles ha mostrado con talento perspicuo, con lujo de erudición, con lógica vigorosa, el alcance lato de la frase, invocando sobre todo ricos precedentes históricos (2). Pero la solución del insigne criminalista, admisible en el Derecho francés propicio a la doctrina subjetiva, no tiene asidero en el Proyecto argentino. Aquél reprime, con preferencia la manifestación de una intención.

Para evitar disparidad en la jurisprudencia el Proyecto debe contemplar especialmente la tentativa irrealizable o delito imposible.

4º Explican la tentativa, dos teorías con fisonomía propia: la objetiva y la subjetiva. Feuerbach es el más ardiente sostenedor de la primera. En su opinión, el fundamento del derecho penal finca en la defensa del orden jurídico, el fin de la pena en la expiación, la medida de la responsabilidad en la gravedad objetiva del delito. La teoría objetiva, no reprime la intención perversa del agente, sino la realización dañina de un hecho.

Este debe acarrear un acto perjudicial para la víctima o importar un peligro para la comunidad. Tal ocurre en la tentativa. De suerte que el carácter criminal de un acto surge de los elementos materiales. De donde se desprende la impunidad de los hechos que en sí mismo no importan peligro alguno. Toda represión presupone una violación del derecho; daño causa-

(1) Rossi. — *Traité de droit penal*, T. 2, cap. XXX, pág. 153.

(2) Saleilles. — *Revue pénitentiaire*, 1897. *Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irrealizable*: págs 53 a 88: 221



do o peligro de causarlo. Por consiguiente, los actos imposibles quedan excluidos de la tentativa.

Como reacción contra la teoría material, surge la teoría espiritual de la tentativa. El fundamento del derecho penal cifra en la defensa social, el cartabón de la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente.

Los adalides de la teoría no consultan tanto la gravedad extrínseca del acto, cuanto la intención maligna que denota. El acto exterior, sea o no posible, revela a un ser temible; a la sociedad importa resguardarse (1).

Farinacio, preconiza con ardor la teoría subjetiva. Así el ladrón debe ser castigado aun cuando no lograra su objeto por encontrar vacía la bolsa (2).

Jousse, afirma que el simple atentado aunque no subsiga el efecto debe ser reprimido "pues la maldad del crimen consiste menos en el efecto que en la intención" (3).

Saleilles, en la notable monografía ya mencionada aboga por la represión de toda tentativa que afectase los caracteres de un acto de ejecución, sea o no posible el acto. Elogia al Código francés, cuya solución conceptúa como la mas conciliable con los principios de justicia y la que mejor consulta las exigencias de la defensa social.

En Alemania, son partidarios de esta teoría: Köstlin, Bar. Hallschneider, Buri, Hertz, Seeger, Grinen, Scherer, Leonhardt. Schwarze (4).

No faltan las inevitables tesis conciliadoras.

La doctrina más arraigada es la que distingue dos linajes de imposibilidad: la imposibilidad absoluta y la imposibilidad relativa.

Ambas son apreciadas en cuanto al objeto y en cuanto a los medios.

(1) Garófalo. — *Criminología*. Parte III, cap. II, págs. 340 y sgts.: *Prins. Science pénale et droit positif*, N.º 233 y 234, págs. 141 y sgts.: Filangieri, *La scienza della legislazione* T. 2, libro III, parte 2, cap. XXVII; Saleilles, op. cit. Kzymusky, *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1887, considérations sur la tentative irréalisable, T. 26, págs. 320 a 333; Florián, *Del reati e delle pene in generale*, T. 1, parte 1, N.º 300.

(2) Farinacio. — *Question* 124, N.º 64.

(3) Jousse. — *Traité de la justice criminelle*, T. II, págs 637, citado por Saleilles.

(4) *Revista penal* 1881, pág. 204.



La imposibilidad absoluta en cuanto al objeto, se produce cuando el objeto no existe o no tiene la calidad esencial para la existencia del delito, como disparar sobre el cadáver o beber un abortivo sin encontrarse en cinta.

En la imposibilidad relativa en cuanto al objeto, éste existe, pero no donde el agente cree encontrarlo: el caso del ladrón que se equivoca de bolsillo.

La imposibilidad absoluta en relación a los medios consiste en la ineficacia de éstos, como el que suministra sal en vez de arsénico o dispara con un arma descargada.

En la imposibilidad relativa el medio es eficaz en sí mismo pero insuficiente para el caso concreto, como el que dispara con un arma que no alcanza hasta donde se encuentra el sujeto.

Para los sostenedores de la división sólo son punibles las imposibilidades relativas.

En Alemania preconizan la distinción, Chop, Zachariae, Berner, Meyer, Schutze, Marezzoli, Oppenhoff, Binding, Kirchman, Puchelt, Kurchman, Habich.

Carrara, distingue entre sujeto pasivo de la tentativa y sujeto pasivo de la consumación (1). Aboga por la impunidad de la tentativa, cuando falta el sujeto pasivo de la consumación, es decir, el objeto. Sin embargo, abriga dudas sobre la infabilidad de la regla, y cree reprimible el acto, aun en ausencia del sujeto pasivo de la consumación, cuando un acontecimiento fortuito impide la consumación del delito. Dice: "Mi enemigo ha preparado una mina bajo mi lecho para incendiarlo cuando duerma y causarme la muerte y creyéndome acostado pongo fuego a la mina, pero afortunadamente, aquella noche me acosté en otra habitación o en aquel instante me levanté del lecho" (2).

La aplicación de la regla anterior conduce a la impunidad. No obstante, Carrara cree en la existencia de una tentativa y por ende en la justificación de la pena.

Concluye distinguiendo entre el caso en que el sujeto pasivo no había existido en el lugar a donde se dirige la acción, del caso en que debía verosimilmente existir a la hora de la consumación del delito pero que se ha malogrado por un accidente

(1) Carrara.—De la tentativa y complicidad, págs. 80 y sgta. págs. 10 y sgta.

(2) Carrara.—Op. citada. párrafo 88, págs. 68.



imprevisto. Carrara cae insensiblemente en la distinción entre la imposibilidad absoluta y relativa.

Liszt, conceptúa que la existencia de un peligro concreto es el guía más seguro y fiel. Rechaza toda generalización. Hay que atender, principalmente a las circunstancias: las personas, el lugar, el medio, etc. Así la tentativa de aborto de una mujer puede ser punible si la existencia del embarazo no podría ser excluida (1).

Geyer, sostiene rotundamente la impunidad de toda tentativa irrealizable sin necesidad de pesquisar la naturaleza del objeto o la calidad de los medios (2).

5° La distinción entre dos imposibilidades es frágil en sus fundamentos, inconsecuente en sus conclusiones y peligrosa en sus consecuencias.

No hay diferencia sustancial, entre el que dolosamente propina un veneno en dosis insuficiente del que propina en dosis bastante a conseguir el fin propuesto. Como tampoco la hay entre el que suministra una sustancia inofensiva y el que suministra una dosis insuficiente. En el primero no existe sino diferencia de cantidad, en el segundo de calidad. En ambos supuestos el delito está subjetivamente consumado y objetivamente exteriorizado. En ambos el advenimiento de una circunstancia fortuita malogra los esfuerzos realizados por los autores para dar cima al delito.

Los que prohijan la distinción entre dos linajes de imposibilidades, admiten implícitamente la existencia de dos categorías de criminales: los criminales desgraciados sometidos a la represión y los criminales afortunados entregados a la libertad. La malicia de un boticario impide el envenenamiento, el ardor de un amigo la perpetración de un homicidio, la caja vacía la comisión de un robo. ¿Qué factor decide la aplicación de la pena? ¿El azar, la ventura, la casualidad? ¿Puede concebirse algo más incompatible con los dictados de la justicia?

¿Y qué decir del individuo que hubo de ser víctima?

Movido por la venganza, Tizio pone en juego los recursos de la astucia y el tesón de su voluntad para matar a Cacio.

(1) Liszt.—Droit criminel, T. I, parágrafo 47, pág. 310.

(2) Geyer.—Del tentativo. Rivista penale 1881. T. I, págs. 369 y segs.



Calcula, acecha, espía la ocasión propicia. No se da punto de reposo. Su nequicia no queda a la zaga de su constancia. Descubre por la asiduidad de sus observaciones, que invariablemente y a la misma hora Cacio descansa sobre el lecho. Al fin lleva a cabo sus propósitos. Dispara el tiro y los resultados mal se avienen con sus deseos. Momentos antes, Cacio, habíase retirado a la pieza vecina.

¿Qué garantías tiene este desgraciado afortunado? ¿Cómo ponerse al abrigo de la constante persecución de su adversario? ¿El revés sufrido por éste antes que obstáculo para arrearlo, no constituirá un incentivo para animarlo?

Saleilles no incurre en exageración al sustentar que habría menos peligro en la impunidad del asesino que por venganza ha muerto a la víctima, pero no amenaza a ningún otro, a la impunidad del autor de una tentativa frustrada dispuesto a saciar su venganza (1).

Por lo demás, la sociedad no puede permanecer insensible ante el espectáculo de un hombre que revela temibilidad para emplear una expresión en boga. La acción malograda ¿no es elocuente demostración de que la intimidación de la pena no tiene ascendiente sobre su espíritu? Aleccionado por la experiencia, estimulado por la impunidad ese delincuente afortunado constituirá un peligro permanente para la colectividad. ¿No es fomentar indirectamente la criminalidad?

A mayor abundamiento, en los delitos cometidos por imprudencia el elemento material basta a justificar la represión, sin parar mientes en el elemento intelectual. Con mayor razón en el delito imposible, la intención criminal revelada por actos de ejecución debe excitar la defensa social sin curarse del resultado material. El autor de un delito imposible denota mayor peligrosidad que el autor de un delito culposo. La conducta del imprudente no atrae severas recriminaciones ni excita intensa alarma. La conducta del autor de un delito imposible expone a la censura y agita a la sociedad a un tiempo mismo. La opinión pública no cubre al primero con el estigma reservado a los perversos. A desprecio de la impunidad, el segundo no dejará de ser un mallechor.

(1) Saleilles, op. cit. pág. 324.—Conviene advertir, que para Saleilles los más de los delitos frustrados constituyen delitos imposibles.



Fuerza es reconocer que tal doctrina ha dado margen a críticas ásperas, Rossi dice: "estos actos (se refiere a los imposibles) son "muets". No denuncia propósito criminal el herir a un muerto, ni propósito de envenenamiento el administrar sal. ¿Dónde está el peligro para la sociedad? ¿Dónde el mal? Esto es castigar la perversidad. Entonces es mejor castigar a los hombres notoriamente viciosos y entregados a funestos hábitos. Son más temibles que esta especie de loco que ensaya hacer una vez un acto imposible" (1). Sin embargo, reconoce legítima la represión del delito frustrado cuando la imposibilidad es relativa.

Pero ¿qué diferencia existe entre la imposibilidad relativa y la imposibilidad absoluta. Ninguna. Oprimo el gatillo y no dispara el tiro. ¿No es el azar que frustra mis designios?

Por lo demás, el que acribilla a puñaladas a un muerto, persuadido de que la vida no se ha extinguido, ¿es una especie de loco o un verdadero criminal?

Los hombres de costumbres estragadas no interesan al derecho sino a la moral. Aquel importa un minimum de ética según la agraciada expresión de Jellineck.

6° *Antecedentes nacionales.* — El Proyecto Tejedor, contempla el delito imposible en el art. séptimo, Tit. II, reza así: "las mismas reglas de la tentativa próxima son aplicables, aunque el resultado requerido para constituir la consumación del crimen haya dejado de verificarse por circunstancias accidentales, cuando se trata de crímenes cuya definición supone como condición integrante la realización de un resultado dado y él acaba el acto principal de una manera perfecta".

Y en la nota, agrega, "La circunstancia de ser cadáver el objeto contra el que se ensaña el agente o de ser ineficaz para el envenenamiento las sustancias empleadas, no destruye la criminalidad del agente" (2).

Ninguno de los otros Proyecto, ni el de Villegas, García. Ugarriza, ni el de 1891, ni el de 1906, ni el Código penal en vigencia, mencionan el delito imposible.

Sin embargo, en el Código penal, campea la misma noción subjetiva de los Códigos francés y alemán (3).

(1) Rossi, op. cit. pág. 153.

(2) Proyecto de Código penal, pág. 27.

(3) Ver un caso interesante, en Jorge E. Coll. La acción pública. El Derecho penal. "El disparo de arma y su tentativa", pág. 309 a 313.





7º Los antecedentes extranjeros ponen de relieve una tendencia marcada a extender el dominio de la represión a la tentativa irrealizable o delito imposible.

*Jurisprudencia francesa.* — Durante los primeros tiempos la jurisprudencia en Francia tuvo oportunidad de decidirse en casos de envenenamientos. No había tentativa cuando las sustancias empleadas fueran inofensivas o cuando siendo eficaces no fueran aptas para dar la muerte (1). Arribaban a tal solución, aplicando el art. 301 que define el envenenamiento "como un atentado a la vida por efectos de sustancias que pudieran acarrear la muerte".

Por 1850 se presentaron casos de diferentes modalidades. La corte de Montpellier, decidió que no había tentativa en el caso de un individuo que había disparado un tiro sobre el cuarto vacío, abrigando la convicción de que estaba la persona.

Por el contrario, la corte D'Argent condenó a un individuo que había disparado con un arma descargada.

Son dos casos de imposibilidad absoluta: el primero en cuanto al objeto, el segundo en cuanto al medio.

En 1859 la jurisprudencia declaró que el hecho de administrar sustancias abortivas a una mujer sin encontrarse en cinta, no constituía una tentativa punible (2).

En 1861 la Corte de Dijón condenó a una mujer que abrigando el propósito de incendiar una casa, practicó una abertura en la chimenea de un horno, donde arrojó con tal maña un haz de paja que hubiérase propagado el fuego cuando la dueña de casa calentara el horno (3).

La Corte de Casación tuvo oportunidad de expedirse en dos casos famosos largamente comentados en libros y revistas (4). El primero ocurrido en 1876, concernía a un ladrón, el cual con el propósito de robar, entró en una iglesia rompiendo una alcancía que no contenía dinero. La Corte lo condenó alegando que tal circunstancia era extraña a la voluntad del

(1) *Blanche*.—Code pénal T. IV pág. 728.

(2) *Lefort*.—De la tentative de crimes impossibles en *Revue générale de droit de la législation et de la jurisprudence*, año 1878, pág. 162.

(3) *Lacointa*. — *Revue critique et législation*, año 1863, pág. 465.

(4) *Ver Lefort*, op. cit., pág. 159.



agente y no había imposibilidad absoluta de conseguir el resultado apetecido.

El segundo, acaecido en 1877 referíase a un inculpado que había disparado un tiro sobre el lecho donde habitualmente y a esa hora dormía la persona y que por accidente se había trasladado a la pieza vecina. La Corte de Casación lo condenó por no tratarse de una imposibilidad absoluta, porque el crimen pudo ser consumado.

En 1895 la Corte de Orléans declaró punible la tentativa de robo llevada sobre un bolsillo vacío. Una circunstancia puramente desvinculada a la voluntad del agente, ha frustrado sus miras delictuosas (1).

*Jurisprudencia alemana* — El 24 de Mayo de 1880 el tribunal del imperio germánico, reunido en asamblea plenaria, declaró punible la tentativa, aun cuando fueran ineficaces los medios empleados. Se trataba de una mujer en cinta la cual había bebido una poción inofensiva con propósito criminal. Fué condenada por tentativa de aborto provocado (2).

También se condenó en Alemania, el infanticidio cometido sobre un niño nacido muerto, en la convicción de que había nacido con vida.

Aqué es un delito imposible por razón de los medios, éste por razón del objeto.

El Código *brasileño* en la parte final del art. 14 dispone: "no es punible la tentativa en el caso de *ineficacia absoluta* del medio empleado o de *imposibilidad absoluta* del fin propuesto por el delincuente".

El Código *ruso*, art. 49, excluye del dominio de la represión la tentativa cometida por medios *manifiestamente impropios* escogidos por el autor *a causa de su extrema ignorancia o superstición*. Como el que recurre a los sortilegios. La intención es inmoral dice Köstlin, pero no delictuosa. Y Bar exclama, el agente cultiva un desiderio pero no revela una voluntad delictuosa.

Y el art. 47 establece: "No se considera infracción el hecho cometido sobre un *objeto inexistente* o que manifiestamente no se puede prestar a la acción premeditada".

En Suiza los Códigos D'unterwald Olwald (art. 18) y de St-Gal (art. 29 y 30), reprimen todo delito imposible. Los de-

(1) Saleilles, op. cit., págs. 53 y sgta., elogia el fallo.

(2) La revista penal de 1881, pág. 204 transcribe el fallo.



más Cantones bien se ocupan de la eficacia de los medios solamente, bien omiten toda referencia (1).

El Proyecto suizo ha contemplado amplia y sabiamente la cuestión. El art. 23 reza: "El juez podrá atenuar libremente la pena respecto de aquel que hubiera intentado cometer un delito *por un medio o contra un objeto de naturaleza tal* que la realización de este delito fuese *absolutamente imposible*. Podrá eximir de toda pena a aquel que hubiera obrado por defecto de inteligencia".

Sólo la parte final merece algún reparo.

8º El art. 43 del Proyecto exime de pena al autor de la tentativa cuando desistiere voluntariamente del delito.

El Proyecto de 1906, art. 45, eximía de pena no al autor, sino a la tentativa misma. Como observaba Herrera con arreglo a la letra de la ley quedaba exento de pena el cómplice o instigador (2).

¿Quedan incluidos en el desistimiento los arrepentidos tardíamente?

El Proyecto suizo en el art. 24 lo contempla especialmente. Reza así: "El juez atenuará libremente la pena respecto de aquel que *motu proprio* hubiera obrado para impedir la producción del resultado".

El Proyecto alemán en el parág. 77 por el contrario exime de pena al que evita la realización del resultado de la consumación.

A, después de suministrar un veneno a B, le administra un antídoto. ¿Está excluido de la pena según el Proyecto? No es fácil resolver el punto. Pueden presentarse distintas modalidades. El antídoto puede ser eficaz o ineficaz. Puede evitar la muerte pero dejar lesiones orgánicas. Lo más conveniente es preverlo en la ley, para precaver una jurisprudencia oscilante. Para hallar la solución más adecuada conviene recurrir a los expositores.

¿Cuál es el fundamento de la impunidad del desistimiento voluntario?

Ortolán, dice "que la impunidad es una prima que la ley

(1) Ver Picot La tentative dans les codes pénaux suisses, en Revue pénale Suisse de 1888, págs. 119 y sgts.

(2) Herrera. La Reforma penal, N.º 301, pág. 514.



en el interés de la sociedad ofrece al agente para obligar a detenerle" (1).

Rossi, afirma que el desistimiento "no sólo no produce el mal que el autor ha tenido en vista sino que no inspira tanta alarma"; además, cree que la interrupción espontánea "es a menudo el hecho de un hombre sensible al honor y a la piedad" (2).

Pero la razón fundamental es de origen utilitario, la pena en estos casos antes que amedrentar al criminal, servirá de aguijón para impulsarlo al delito.

Estas razones no obran en el arrepentimiento tardío y la punibilidad de ésta debe establecerse en gracia de las razones siguientes:

Porque, como afirma Carmignani, si bien el arrepentimiento impide el daño inmediato, todavía no se conoce el daño mediano (3).

En segundo lugar, como dice Carrara, supondría contradicción en la voluntad criminal, "supondría que uno comenzase a hacer para no hacer, que otro se propusiere cometer un delito con la esperanza de desistir y no cometerlo, lo cual es absurdo" (4).

Bien es verdad que esto ocurre en todo desistimiento voluntario, pero, en el caso de no haber arrepentimiento tardío, demuestra que el sujeto posee frenos poderosos, que su voluntad es menos tenaz, su perversidad más limitada.

En tercer término porque hay motivos fundados para abrigar dudas sobre la sinceridad del arrepentimiento. Cuando se administra un veneno con propósito criminal hay la revelación inequívoca de un hombre insensible a las solicitudes generosas. Demuestra que el temor a la ley tiene menos poderío que la inclinación a la perversidad. En el desistimiento que Carrara llama oportuno por oposición al tardío, no es empresa fácil conocer los motivos del arrepentimiento. Pero cuando la intención se ha traducido en actos notoriamente criminales, el arre-

(1) Ortolán.—*Eléments de droit pénal*, T. I. N.º 424.

(2) Rossi, *op. cit.* Cap. XXXII pág. 177.

(3) Carmignani.—*Diritto criminale*, parágrafo 245.

(4) Carrara.—*Teoría de la tentativa y complicidad*, parágrafo 122, pág. 90.



pentimiento se opera por lo común por causas extrañas a la espontaneidad del agente.

Conspira contra los preceptos de la justicia el reprimir el hurto consumado cuando el agente resarce espontáneamente el daño ocasionado, en tanto que el arrepentimiento tardío en la tentativa puede ser objeto de impunidad. ¿No hay paridad entre la tentativa y el delito consumado?

¿Por qué entences el arrepentimiento tardío tiene soluciones distintas?

Además, la persona no puede retractar por sí mismo hechos delictuosos irrevocablemente realizados. Hay diferencia fundamental entre el que acerca el veneno a los labios y desiste espontáneamente, y el que después de propinarle la dosis, le administra un contraveneno. Ambos denotan un carácter perverso, pero aquel posee más frenos y menos pertinacia.

El Código penal del Cantón D'Appenzell Rhodes, exige de pena siempre que el desistimiento espontáneo no haya ocasionado un perjuicio (1).

La jurisprudencia argentina al interpretar el artículo del Proyecto posiblemente arribará a esta solución. Atendiendo a que la duda favorece al reo, en el ejemplo del envenenamiento impondrá una sanción solo en el caso de que el contraveneno resultara ineficaz, sistema inadmisibles porque la casualidad decide la aplicación de la pena.

En el Proyecto de 1917, se ha suprimido el art. 46 del Proyecto de 1906 el cual presume voluntario el desistimiento a no tratarse de un reincidente en el cual regiría la presunción contraria.

La primera parte era supérflua, la segunda injusta. Por tanto, la supresión es fundada.

9° En cuanto a la penalidad el art. 44 aplica la pena "que correspondería al agente si hubiere consumado el delito disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión, de diez a quince años".

El Proyecto consultando los antecedentes nacionales, los precedentes extranjeros y las soluciones mejor recibidas de la

---

(1) Van Swinderen, T. 5 de la colección.



doctrina, reprime con menor pena la tentativa que el delito consumado.

Los glosadores aplicaban a la tentativa la misma pena que al crimen consumado. La escuela lombarda preconizaba la disparidad de pena como ocurre en edit de Rotharis, parág. 140. Los postglosadores reservan la solución de los glosadores para los crímenes atroces y para las infracciones ligeras, el principio lombardo de la atenuación.

El Código francés, reprime la tentativa de crimen como el crimen mismo. En cuanto a los delitos, no establece regla general, pero en la parte especial se echa de ver la aplicación del mismo principio, como ocurre en el robo (art. 388 a 401).

El Código de Haití reza "la tentativa de crimen es considerada como el crimen mismo" (art. 2) y "la tentativa de delito como el delito mismo en los casos determinados por la ley" (art. 3).

En el derecho inglés, la tentativa se reprime como el crimen mismo, a no ser disposición expresa en contrario (1).

El Código japonés, establece que el juez *puede* atenuar la pena (art. 43). En la parte especial fija la atenuación.

El Proyecto suizo, considera obligatoria la atenuación de la pena en la tentativa y facultativa en el delito frustrado (art. 22).

El Proyecto austriaco, aplica la misma pena que al delito consumado, a no tratarse de la pena de muerte o reclusión perpetua (parág. 14).

Son los únicos antecedentes que abogan por la paridad de la pena. La razón estriba según sus propugnadores en que el crimen está subjetivamente consumado y en que el azar no puede beneficiar.

Grispigni, en su difundida obra, al comentar los Proyectos suizo, alemán y austriaco, dice: sólo la temibilidad es la base de la represión (3).

Fuera de los precedentes extranjeros apuntados, los restantes consagran la desigualdad de las penas. Para Rossi "la pena debe estar en razón directa del peligro e inversa de las probabi-

(1) Stephen.—The digest of the criminal law art. 56.

(2) Grispigni.—Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria, pág. 99.

lidades del desistimiento voluntario" (1). La lesión del derecho debe tenerse en cuenta al graduar la responsabilidad. En la tentativa hay un riesgo corrido, dicen los clásicos, en tanto que en el crimen consumado hay un daño efectivo.

Tan robustas son las razones de los partidarios de la paridad de la pena, como la de los sostenedores de la desigualdad; pero ambas pecan por unilaterales. Lo más prudente, es dar amplitud al juez para regular la pena según el camino recorrido por la voluntad. Si ésta se ha manifestado en toda su amplitud, la pena de la tentativa no debe diferir de la del delito consumado; en caso contrario la pena podría disminuirse hasta un tercio, según el albedrío judicial.



TITULO VII

PARTICIPACION CRIMINAL



1.º ASOCIACIONES CRIMINALES. — 2.º AUTORES MATERIALES Y MORALES EN EL CODIGO PENAL EN VIGENCIA Y EN EL PROYECTO DE 1917. — 3.º RELACIONES ENTRE INSTIGADOR E INSTIGADO. ¿LAS SUPRESIONES DE LOS ARTICULOS RESPECTIVOS DEL CODIGO PENAL EN VIGENCIA, SON JUSTIFICADAS?. — 4.º COMLOTS Y BANDAS. — 5.º COMPLICIDAD. — 6.º PENALIDAD DE LOS COMPLICES. — 7.º RESPONSABILIDAD DEL COMPLICE CUANDO EL AUTOR PRINCIPAL COMETE UN HECHO MAS GRAVE. — 8.º PARTICIPACION INFRUCTUOSA. — 9.º INFLUENCIA DE LAS RELACIONES, CIRCUNSTANCIAS Y CALIDADES PERSONALES. — 10.º DELITOS DE IMPRENTA. — 11.º ENCUBRIMIENTO

1º La asociación criminal constituye un fenómeno específico de la delincuencia contemporánea. Los criminales mancomunados sus esfuerzos y dividen sus tareas así para asegurar el resultado como para granjear la impunidad. Llegan hasta constituir verdaderas corporaciones con sus ritos, leyes, lenguaje, como ocurre con *La Teppa de Milán*, *La Camorra de Nápoles* y *la Mafia de Sicilia*, por no citar sino las más célebres. Aunque entre nosotros no cobran la organización prolija de las mencionadas asumiendo formas rudimentarias con carácter temporal, bastan para preocupar al sociólogo criminalista. Justifícase así la disposición del art. 210 del Proyecto, según el cual se reprimen las bandas criminales "por el solo hecho de ser miembros de la asociación".

2º Pero la participación de los asociados puede diferir radicalmente, bien por el papel desempeñado, bien por la eficacia de la misma. De donde los autores inferen la necesidad de trazar





con precisión la imputabilidad de cada uno y especialmente si la pena debe guardar relación con la ayuda prestada.

Los antecedentes nacionales así como el Código actual, son de todo punto de vista censurables. Pecan por minuciosas y caustísticas, estableciendo normas tan fáciles en teoría como difíciles en la práctica. El Proyecto de Tejedor, el de Villegas, García, Ugarriza, lo mismo que el Código actual, fijan taxativamente los casos de participación principal y complicidad.

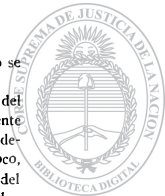
Así el art. 21 de la legislación en vigencia reputa autores principales; 1º al que ejecuta el delito directamente por su propia acción; al que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación del delito, un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no había podido tener lugar; 3º el que con voluntad criminal determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física o moral; o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmandolo en el que se hallaba.

Los dos primeros incisos se refieren a los autores materiales, el tercero al autor moral. Todos los casos enunciados por este último, no son sino modalidades de un mismo concepto: la instigación. En cuanto a la violencia: si física, el que la ejerce es el verdadero autor material, y si moral, también es autor principal por cuanto a no mediar esa circunstancia, el delito no hubiera tenido lugar.

El Proyecto, pues, procede con cordura al refundir estas disposiciones aisladas. Según el art. 45 "los que toman parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

Sin embargo, para la mejor claridad del artículo, convenría agregar el vocablo *intencionalmente* antes de la expresión *toman parte* y el vocablo *punible* después de la palabra *hecho*.

La primera responde al propósito de excluir la participación en los delitos culposos como pretenden algunos expositores y lo consagra el Proyecto sueco. Lo segundo, porque la participación en hechos lícitos como la legítima defensa y estado de



necesidad no caen bajo la acción de las leyes penales cuando se llenan los recaudos requeridos.

En cuanto a la penalidad del instigador, no difiere de la del autor material. Y se explica. El que instiga, es un delincuente tan peligroso como el que ejecuta el delito si no más. Como decía Zanardelli en su relación ministerial, el que utiliza al loco, al ebrio, al menor, al imbecil, "es el verdadero y solo autor del hecho, porque el incapacitado, el ignorante o el ebrio, no pueden considerarse sino como instrumentos de que el delincuente se sirve para la ejecución del delito" (1).

3º El Código penal en vigencia consagra reglas prolijas acerca de las relaciones entre el instigador y el instigado, las cuales son suprimidas por el Proyecto. En efecto, el art. 22. preceptúa que el autor principal, por orden, comisión, etc., no responderá sólo del hecho especial que hubiese tenido en vista sino también: 1º De todo delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se viese forzado a cometer para ejecutar el delito. 2º De todo delito que resultase como consecuencia del hecho instigado y que se imputaría al instigador, si él mismo hubiese ejecutado el delito.

La disposición es supérflua en sus dos fases: ésta por cuanto es un derivado lógico de la acción cometida, aquella porque es un medio para lograr el fin propuesto.

Al tenor del art. 23 "si el autor material hubiese ejecutado otro delito, que ninguna relación tuviese como medio ni como resultado con el delito sugerido, ordenado, etc., el mandante o cualquier otro autor mediato será castigado según las disposiciones de la ley contra la tentativa del delito ordenado, aconsejado, ... etc. y no ejecutado".

La supresión del art. 23, ha de dar pábulo a vacilaciones en la doctrina y a escisiones en la jurisprudencia.

No hay nexo alguno entre el delito perpetrado y el delito instigado. Persuado a un tercero para cometer un robo a una joven, y en su lugar comete una violación. ¿Es responsable de instigación de robo? Por nuestra parte creemos que la solución implícita del Proyecto conduce a la negativa, y el instigador no es punible. En efecto, el Proyecto ha suprimido la represión

(1) Zanardelli.—Relazione Ministeriale, pág. 195.



de la tentativa de complicidad consagrada por sus modelos los Proyectos de 1891 y 1906. No podría, pues, aceptarse la represión de la instigación a cometer un delito en las condiciones enunciadas por el art. 23 del Código penal sin incurrir en flagrante contradicción.

Sin embargo, la supresión de todos los artículos tendientes a gobernar la imputabilidad del instigador acerca de los hechos realizados por el instigado obedece al propósito de abandonar su solución a los dictados de la doctrina (1). Y como ésta es vacilante, acerca del tópico en examen, la derogación del art. 23 no traerá sino confusiones.

Por nuestra parte, abogamos por la derogación siempre que el Proyecto agregara un artículo tendiente a reprimir la participación infructuosa, de la cual la situación contemplada por este artículo es una variedad. En caso contrario, creemos que la disposición en vigor debe ser mantenida para precaver fallos contradictorios y como un homenaje a la defensa social.

Por el art. 24 "si el autor principal mediato, prescribe al autor material el modo de ejecución del delito y éste excediéndose de los límites prescritos lo consuma con circunstancias agravantes, el autor mediato no será responsable más que del delito cometido".

Como observa el profesor Piñero, hay un error tipográfico de redacción, se ha querido poner del delito "ordenado y no cometido" (2).

La doctrina ofrece soluciones diversas. Carnignani, distingue entre el exceso de los medios y el exceso del fin. Lo primero ocurre cuando el resultado más grave, deriva del empleo de medios diversos a los concertados.

Lo segundo, cuando el resultado más grave nace de los medios convenidos. En aquel supuesto, el autor mediato no responde de las circunstancias agravantes, aunque sí en el segundo (3).

Pessina, agrega, que la responsabilidad de los hechos cometidos, alcanza al autor mediato si los hechos podían pre-

(1) Véase Rivarola. Derecho penal argentino, pág. 543.

(2) Piñero.—Derecho penal. Apuntes, pág. 187.

(3) Carnignani.—Elementi di diritto criminale, págs. 99 y 100.



versee (1). Sobre vaga, implica confundir un elemento culposo con uno doloso.

No es empresa fácil fijar reglas a priori como acontece con el Código penal. Las prescripciones impuestas, pueden modificarse por causas extrañas a la facultad del mandatario, y el mismo Código penal así decide en el artículo 22, inc. 2.

De cualquier manera, el Código no debe descender al detalle usurpando tareas que competen al juez. La cordura judicial resolverá mejor el punto según las circunstancias del caso. Por tanto, la derogación del art. 24 está plenamente justificada.

4º El Proyecto suprime todas las disposiciones del Código penal en vigencia, referentes a los complots y bandas, las cuales están legisladas en los arts. 25 al 31. Son disposiciones superfluas por cuanto estas asociaciones criminales están involucradas en el concepto general de la participación, contempladas por el Código en los artículos referentes a los autores principales y complicidad.

Como dice Piñero "esta legislación del complot, ha quedado como una rama seca del gran árbol de nuestra legislación penal positiva" (2).

El Proyecto, pues, las suprime con acierto; los artículos 45 y 46 bastan para resolver las dificultades.

5º El art. 46 del Proyecto se ocupa de la complicidad, es decir: de "los que cooperen de cualquier modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo".

De esta suerte corona la evolución que se venía operando en la legislación argentina. El Proyecto de Tejedor, distinguía tres grados de complicidad, primer grado, segundo grado y tercer grado (Libro primero, Título quinto, arts. segundo, cuarto y sexto); el Proyecto Villegas, García, Ugarriza: cómplices en primer lugar, en segundo lugar y en tercer grado (arts. 20, 21 y 22); el Código penal en el art. 32 considera cómplices a aquellos que no hallándose comprendidos entre los autores principales cooperan a la ejecución de un delito por actos anteriores

(1) Pessina.—Elementi di diritto penale, T. 1. parágrafo 119, pág. 290.

(2) O. Piñero.—Apuntes de derecho penal, pág. 213.



y simultáneos, y en los arts. 33 al 41 enumeraba prolijamente a los cómplices, a los cuales dividía en dos grados.

La ley de Reformas, los derogó dejando solamente el artículo 32, no sólo porque no abrazaba todas las modalidades de la complicidad sino también por los embarazos que suscita al trazar la línea de separación entre las reglas enunciadas.

La norma genérica del Proyecto condice mejor con la complicidad de la materia, desembaraza la situación del magistrado y permite adecuar la pena a la idiosincrasia del delincuente.

La pauta para discernir la complicidad de la participación principal, finca en la importancia de la cooperación. Si la cooperación ha sido decisiva o por mejor decir si sin la cooperación el hecho punible no hubiera podido realizarse, el cooperador es autor principal; si se hubiese podido realizar sin su cooperación, hay complicidad (art. 45). La jurisprudencia española interpretando análoga disposición, ha considerado autor principal, al que vigila la puerta, para que no sean sorprendidos los que entran en la casa con intención de robar; al que fabrica una bomba para ocasionar estragos, conociendo su destino; al que proporciona la ganzúa que permite el acceso a la casa (1).

¿Cuál es el criterio que preside estos fallos? O en otros términos, ¿cómo debe apreciarse la cooperación? ¿En concreto, como preconiza Haus, o en abstracto, como sostiene Carrara?

Para el criminalista belga, es menester reparar en las circunstancias que rodean al hecho (2).

En concepto del criminalista italiano los hechos realizados pueden ser necesarios en la especie cometida pero no atendiendo a la forma genérica del delito.

El Proyecto abandona la solución a la jurisprudencia y con razón. El mismo Carrara, reconoce que esta regla "justa e incontestable considerada en abstracto, se convierte en espinosa e indefinible al aplicarla concretamente" (3).

El Proyecto reputa cómplice a los que cooperan "de cualquier modo a la ejecución del hecho". De suerte que compren-

(1) Ver Bernaldo de Quirós y Navarro Palencia. Teoría del código penal, págs. 270 nota 2.

(2) Haus.—Principes généraux du droit pénal belge, N.º 472 págs. 564.

(3) Carrara.—Teoría de la tentativa y de la complicidad, párrafo 295, págs. 217.



de a los que obran, bien por actos de mera omisión, hecho negativo; bien por actos de acción, hecho positivo. El criado que deja abierta la puerta para que sus amigos puedan robar; el doméstico sordo a las voces de socorro del amo cuando hay compromiso anterior de precaver el descubrimiento, prestan concurso al delito y por ende son cómplices. Pero para ello es menester: intención de cooperar al crimen, concurso de voluntades.

6º En cuanto a la pena, el Proyecto aplica la correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Dos sistemas radicalmente opuestos y absolutamente irreconciliables disputan la preferencia de expositores y legisladores: el de la paridad y el de la desigualdad de la pena. El primero atiende al elemento subjetivo, el segundo al objetivo. Los investigadores que han hurgado la génesis de la primera, retrotraen su origen a las épocas más remotas del derecho romano (1). Mommsen, el sabio y profundo romanista, demuestra acabadamente que la ciudad dominadora del mundo no reparaba en la importancia de la cooperación. Imponía a los copartícipes igual pena tanto en calidad cuanto en cantidad, como si cada delincuente hubiera cometido el delito por sí solo.

Las Leyes de Partidas inspirause en la misma orientación (2), así como los Códigos franceses de 1791 y 1810.

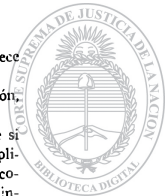
Los antecedentes nacionales no son uniformes. El Proyecto de Tejedor, graduaba la penalidad según el grado de complicidad (Libro primero, título quinto, arts. tercero, quinto y séptimo), temperamento aceptado por el Código penal de 1886 (arts. 34, 37).

Sin embargo, según el art. 142, "los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualquiera persona que con abuso de autoridad o cargo cooperasen como cómplices a la perpetración de los mismos delitos (refiérese a los de violación, estupro o rapto), serán castigados con la pena de los autores".

El art. 4 inc. a) de la Ley de Reformas, consagra la asimilación del cómplice con el autor principal con sólo ligeras excepciones, no puede aplicársele el máximo, reemplaza la pe-

(1) Ver Mommsen, El derecho penal romano, págs. 108 y sgts.

(2) Partida VII, Tit. XIII, Ley III; Part. VII, Tit. XIV Ley XVIII. La primera aplica la misma pena a los "robadores et los que lo ayudan".



na de muerte por la de presidio perpétuo y ésta que no aparece en adelante con presidio temporal.

El Proyecto de 1906, en el art. 50, adhiere a la parificación, exceptuando también al cómplice del *máximum*.

Pero en el art. 51, se aparta de la regla al agregar que si la pena correspondiente al autor fuera la de muerte, el cómplice sufrirá 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, prisión no menor de diez años.

En cuanto a la legislación comparada establecen la obligatoriedad de la pena menor aunque difiriendo en la disminución, el Código alemán (parág. 42), el siamés (art. 65), el húngaro (parág. 72), el búlgaro (art. 52), el holandés (art. 48), el japonés (art. 63), el noruego (parág. 58).

Consagran la equiparación, el francés (art. 59), el de Haití (art. 42), en ambos "salvo en los casos en los cuales la ley dispone lo contrario"; la legislación inglesa, el austriaco (art. 5-11), y el belga en casos excepcionales (1); el ruso menos cuando la asistencia es poco importante (parág. 51); el de Bolivia respecto de "los cómplices que *voluntariamente* y a *sabiendas* ayuden o *cooperen* a la *ejecución* de la culpa o delito" (artículo 15).

El de Nicaragua reza "el castigo o pena de los cómplices es la *misma* que se señala en este Código a los principales, si no es en los casos en que deba *aumentarse* por ciertas circunstancias particulares que estén expresamente determinadas" (art. 38).

En cuanto a los Proyectos modernos, el austriaco protesta adhesión a la paridad (parág. 13); el suizo es facultativo del juez el atenuar (art. 26); el alemán pena más suavemente al cómplice (parág. 79-76); el sueco según la cooperación, pero siempre menos que al autor (Cap. VIII, parág. 6).

¿Cuáles son los argumentos aducidos por la doctrina en apoyo de la disparidad? Haremos breve análisis, para criticar la solución del art. 46:

a) El cómplice facilita el resultado, pero no es la causa del crimen; a despecho de su concurso el delito se hubiera perpetrado. Su esfera de acción es reducida: alcanza a los actos prepa-

(1) Ver Arts. 149, 293, 298, 299.



ratorios, a los accidentes del delito (1). Para los sostenedores de la paridad, no hay punto de comparación entre el sicario que movido por el incentivo del estipendio comete el asesinato y el cómplice que facilita el cuchillo o previene el descubrimiento.

Pacheco, discurre así: "sin el que pagó el asesinato este crimen no se habría cometido, mientras que si la persona que dió el puñal no le hubiera suministrado, no habría dejado por eso de encontrarse otro que sirviera para el mismo fin" (2).

El elegante escritor español ¿abriga la certidumbre de que el autor moral no hubiera hallado otra persona dispuesta a ejecutar el crimen? Por otra parte, el que facilitó el instrumento ¿no conocía el destino del mismo?

b) La equiparación no se concilia ni con los dictados de 'a conciencia ni con los cálculos del interés. ¿Cómo colocar en identidad de circunstancias al autor principal con el participante secundario? No ocasionan el mismo mal, ni desempeñan el mismo papel, ni esparcen la misma alarma, ni traducen la misma temibilidad.

Sin embargo, todos cooperan a la comisión del delito; la conmoción producida en la sociedad emana del resultado final y no de los accidentes del mismo. Hasta Carrara, ardiente partidario de las ideas que presiden la solución del Proyecto, reconoce la igualdad de imputación de todos los coautores principales, sin parar mientes "en lo ejecutado por cada cual" porque "esto constituye un accidente que no destruye la individualidad del acto criminal, en cuya realización todos pusieron manos conjuntamente" (3).

Lo mismo acontece en la complicidad. ¿Por qué en ésta se preocupan de la importancia de la participación y no en aquella?

c) El individuo que acepta un papel secundario, retrocedería ante la ejecución del hecho principal. ¿En qué se apoya esta peregrina conjetura?

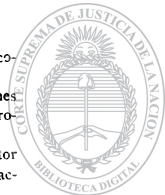
El que facilita las llaves para cometer el robo o entrega el instrumento para perpetrar el homicidio ¿no persigue el mismo

(1) Silveira.—El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España, T. 2. págs. 234. Ortolán, *Éléments de droit pénal*, T. 1, N.º 1257.

(2) Pacheco.—Estudios de derecho penal, pág. 173.

(3) Carrara.—Teoría de la tentativa y de la complicidad, párrafo 294, pág. 216.





fin que el autor principal? ¿Acaso ignora las results de su colaboración?

d) Es un ardid del legislador para provocar disensiones entre los coparticipantes y poner trabas al logro de sus propósitos

Beccaria, alega que será tanto más difícil encontrar autor principal, cuanto mayores sean los riesgos consiguientes a la acción criminal (1).

Pero podría redargüirse y con más fundamento que la equiparación de la pena es un serio obstáculo para encontrar cómplices. O los delinquentes obran aguijoneados por el aliciente de la impunidad, y en este supuesto la cantidad de la pena no juega importancia alguna, o entra en sus cálculos este factor, y en este supuesto si la desigualdad de la pena es una traba para encontrar autor principal, la igualdad de la misma es un medio para arredrar a los cómplices.

Como asevera Porto, esta doctrina de la disparidad convierte a los Códigos en un libro en el cual cada uno de los individuos que concurren a la formación de la tela, se les consagra en la hoja del debe los metros de tela confeccionados y en la del haber los años de reclusión, proporcionados a la longitud de aquella (2).

a) El peligro que comporta la participación no reside en la circunstancia accidental de los actos realizados sino en la circunstancia invariable de la temibilidad que denota el acuerdo de voluntades (3).

Ambos, autores y cómplices, concurren con dos factores: el objetivo y el subjetivo. El primero puesto de relieve por la co-participación material, el segundo por la comunidad del designio criminal. El delito es una unidad y no un producto aritmético, susceptible de descomponerse en varios términos.

b) Por lo común, la participación es obra del azar, de circunstancias ajenas a la índole criminal de los autores. Tres o cuatro delinquentes conciertan un homicidio. Como no todos

(1) Beccaria.—Tratado de los delitos y de las penas. Introducción, párrafo XXXVII, pág. 11.

(2) Porto.—Apunti al nuovo codice penale, pág. 172, citado por Sighele.

(3) Ver Prins. Science pénale et droit positif. N.º 395 pág. 369.



pueden desempeñar el mismo cometido y además conviene aplicar la fecunda ley de la división del trabajo, dividen las tareas: uno engañará a la víctima, otro procurará el instrumento, quien servirá de vigilante, quien asestará el golpe implacable.

c) La naturaleza de la participación no es un índice del carácter criminal. La temibilidad del cómplice puede ser mayor aun que la del autor. "No puede ser más malvado — escribe Sighele — aquel que alarga friamente el puñal a un amigo para matar a un tercero contra el cual desea desfogar un antiguo odio, que este amigo que en un arrebato de ira pide un arma para hacerse justicia" (1).

El cómplice pudo haber fortalecido en su voluntad a los decididos e infundido energías a los indecisos. Con razón afirma Saleilles, que deben juzgarse no por su misión exterior y accesoria, sino por su misión anterior y psicológica (2).

d) La asociación criminal es peculiar a la delincuencia más peligrosa. El delincuente ocasional opera aisladamente, el delincuente habitual colectivamente, con singularidad en los delitos contra la propiedad. Hay en toda coparticipación una coordinación de fuerzas criminales, fuerzas diversas y heterogéneas, según advierte Florián.

El estado peligroso, la temibilidad debe ser el cartabón de la imputabilidad, sin curarse de la importancia de la participación sino como criterio accesorio. Sobre esto reina acuerdo entre muy eminentes juristas (3).

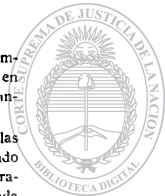
No obstante aceptar esta premisa incontestable, Sighele cree que la distinción entre las varias especies de participación principal y de participación secundaria responde en sus líneas generales a la mayor o menor presunción de temibilidad, pero las combate porque las clasificaciones apriorísticas "si pueden aplicarse a buen número de casos, no podrían aplicarse a otros muchos" (4).

(1) Sighele.—Teoría positiva de la complicidad, pág. 74.

(2) Saleilles.—La individualización de la pena, pág. 274.

(3) Entre otros están de acuerdo con esto: Saleilles, La individualización de la pena, págs. 273 y 274; Prins, op. cit. N.º 595; Garófalo, Criminología, pág. 363; Sighele, págs. 73, 78, 95, 97; Florián, Dei reati e delle pene in generale, T. 1, parte 1, N.º 325; Ferri, Sociologia criminal, T. 2, pág. 177.

(4) Sighele op. cit. págs. 96 y 97.



7º Se halla relacionada con esta espinosa materia de la complicidad, dos puntos interesantes: participación del cómplice en el hecho más grave cometido por el autor, y participación inefructuosa.

Examinemos la primera prevista en el art. 47: "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 que prometió ejecutar".

Según advierte Herrera "este artículo muy poco claro en su redacción, da lugar a dos hipótesis, 1º el cómplice quiso cooperar a un delito distinto del realmente cometido; por ej.: quiso cooperar a un robo, y el delito cometido fué un homicidio; 2º quiso cooperar a un delito menos grave que el realmente cometido, pero del mismo género, por ej.: quiso cooperar al delito de lesiones y se verificó un homicidio; quiso cooperar a un hurto, y se verificó un robo". "Sólo a esta segunda hipótesis, añade, parece aplicarse el artículo, por la forma en que está redactado y siendo así, nada tenemos que objetar a no ser la poca claridad de su redacción" (1).

La expresión "si el hecho no se consumase", parece referirse al delito que el cómplice prometiera ejecutar, es decir, a un delito de distinta naturaleza. No es así, sin embargo: el artículo 47 del Proyecto análogo al del art. 4, b) de la Ley de Reformas, no es sino el art. 38 y primera parte del art. 39 del Código penal de 1886.

El primero decía: "si el acusado de complicidad prueba no haber querido cooperar sino a un crimen menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del crimen a que tenía intención de prestar ayuda".

Y el segundo, agregaba: "si el crimen al cual se ha cooperado no se consuma, la pena del cómplice se determina conforme a las prescripciones sobre la complicidad y en proporción de la pena de la tentativa en que hubiere incurrido el autor principal".



No hay duda, pues, que el alcance del Proyecto no es otro que el enunciado por Herrera. El fundamento del mismo se alcanza sin esfuerzo. El dolo es incommunicable. Cada cual debe responder del hecho querido y no del querido por el tercero.

8º El Proyecto de 1917 consagra implícitamente la imputación de lo que la doctrina denomina impropriamente tentativa de complicidad; impropriamente, decimos, porque no comprende la instigación infructuosa.

La solución no consulta ni los principios de justicia, ni los dictados de la defensa social ni los antecedentes nacionales. Fuerza es reconocer que los más de los expositores no vacilan en adherir a la doctrina que inspira al Proyecto. Carrara llega hasta afirmar que la tentativa de complicidad es una tesis absurda y un monstruo jurídico. No obstante, aceptamos la opinión contraria sustentada por el eminente criminalista Majno (1), aunque por razones diversas.

El punto en debate no es sino una modalidad de un problema secular, de una querella de filosofía penal entre las tendencias ontológicas y deontológicas. Envuelve una discusión de sistema entre los que reprimen el delito y los que reprimen el delinciente, entre los que se curan del resultado material y los que paran mientes en la temibilidad que denotan la acción.

Veámos como razona Carrara y transcribamos literalmente sus palabras para no tergiversar sus pensamientos: "Es esencial a la complicidad, que el hecho constitutivo de la misma haya tenido eficacia sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender al autor de aquella. Es esencial a la tentativa que el hecho al cual se aplique la noción de ella no haya tenido eficiencia bastante a producir el fin deseado. Ambas proposiciones apodícticas combinadas muestran la *repugnancia ontológica de una tentativa de complicidad*" (2).

Y en uno de los tres ejemplos que invoca para apoyar su tesis, dice: alguien, "para ayudar a un amigo en el robo, le provee de instrumentos idóneos para forzar la caja donde el dinero se contiene; el ladrón, en efecto, se introduce en el lugar de-

(1) Majno — Comentario al codice penale italiano, Vol. I. N.º 348. pág. 217.

(2) Carrara.—Teoría de la tentativa y de la complicidad, parágrafo 329, págs. 242 y 243.



signado y roba, pero encuentra accidentalmente abierta la caja y consuma el delito sin el auxilio de aquellos instrumentos ¿Qué complicidad es imputable a quien los suministró? pregunta.

Majno, refutando la opinión de Carrara, aduce, que la provisión de instrumentos ha sido la causa determinante de la ejecución del delito, puesto que el ladrón no hubiera osado introducirse en el domicilio sin los medios para abrir la caja; hay eficiencia moral y por ende complicidad moral.

Protestamos adhesión a sus conclusiones, pero por las razones que exponemos a continuación:

a) La participación del ladrón en el ejemplo propuesto por Carrara así como en todos los matices de la participación infructuosa debe ser sometido sin reserva alguna al imperio de las leyes represivas. El delito está subjetivamente consumado y objetivamente manifestado. La entrega de los instrumentos constituye clara prueba de la intención delictuosa y de su traducción exterior. Un hecho adventicio, un suceso accidental, un acontecimiento fortuito ha frustrado su cooperación. Una circunstancia desvinculada a su voluntad decide la aplicación de la pena. ¿No implica introducir el juego de lotería en la justicia penal y en la defensa de la sociedad? Escribo una carta con todos los pormenores sobre la forma del asesinato y al mismo tiempo suministro el veneno para llevarlo a cabo. Pero el autor había empleado el puñal. Mis instrucciones llegaron tarde. Siempre interviene el azar, la casualidad entorpeciendo la mira criminal.

El Proyecto, tiende una línea de separación entre los criminales: a un lado coloca los delincuentes afortunados, al otro los delincuentes desventurados; aquéllos quedan libres, éstos son reprimidos.

Pero para hacer resaltar mejor la injusticia, supongamos que una persona suministra idénticos instrumentos para cometer dos robos distintos. Uno de los ladrones no necesita los instrumentos por hallar abierta la caja, el otro los utiliza por encontrarla cerrada. La situación del proveedor, del cómplice, no ha variado. En ambos ha concurrido la intención criminal y la cooperación material. No obstante, por un hecho es inculminado, por el otro no.



A la sagacidad de los expositores no escapa la fuerza del razonamiento y anticipándose a la objeción discurren de esta guisa.

Escribe Carrara: "Hubo perversa intención, se ejecutaron actos exteriores, había en ellos la suficiente potencialidad para alcanzar el fin criminal. Es verdad, mas ante la realidad de lo ocurrido, la intención depravada queda reducida a un mero deseo, el acto exterior, resulta sin vínculo alguno con el robo efectuado, su potencialidad no ha pasado al estado de eficiencia actual. Hubo tentativa de convertirse en cómplice, pero no hecho punible, pues de modo alguno fué causa de la lesión del derecho" (1).

Pero el mismo autor reconoce, que la instigación a delinquir es punible cuando se dirige a la perpetración de crímenes atroces (2).

¿Por qué tiene en cuenta la intención en la instigación de crímenes graves, y la desdén en todos los casos de tentativa de complicidad?

Ortolán, sostenedor de la doctrina tradicional, advierte también, que el cómplice "ha terminado su papel y que desde el punto de vista de la justicia absoluta su culpabilidad intencional no ha cambiado" (3).

¿Qué más se necesita para someterlo al régimen represivo? En la participación infructuosa hay la exteriorización indubitable de un estado peligroso digno de excitar la defensa social. El autor ha concluido su participación; ha puesto de relieve un verdadero carácter criminal.

b) No hay diferencia alguna entre la participación infructuosa y la complicidad de tentativa. Tizio anhela matar a Cacio. Procura la colaboración de Primus y Secundus. Aquél está encargado de elegir el lugar propicio, éste de llevar el arma homicida. A la hora concertada, falta Secundus. Como no quieren malograr ocasión tan favorable pugnan por llevar a cabo el siniestro propósito que los anima. Tizio derriba a la víctima y se dispone a estrangularlo cuando llega Secundus pronto a dar el arma que ultimaré al infeliz. En el mismo instante son

(1) Carrara, op. cit. parágrafo 329, pág. 244.

(2) Carrara, op. cit. nota de la pág. 50.

(3) Ortolán.—*Eléments de droit pénal*, T. I, N.º 1290.



sorprendidos. ¿Secundus no es tan temible como Primus? Aquel autor de participación infructuosa no excita la defensa social; el segundo es autor de complicidad de tentativa; el azar sólo favorece al primero.

c) Alégase asimismo, que la tentativa se reprime por cuanto hay un peligro corrido y si éste no se realiza debe achacarse a un acontecimiento extraño.

Exactamente lo mismo acontece en la participación infructuosa. Concurren todos los elementos que singularizan la tentativa: posibilidad del daño o peligro corrido, intención criminal y advenimiento de un factor extraño a la voluntad. Sólo falta el *comienzo fructuoso* de ejecución. De aquí que a veces la materia ofrezca paridad de situación con la tentativa vana o delito imposible. Ya Garófalo en su *Criminología*, sostenía que el desistimiento del mandatario debe ser considerado como el medio inidóneo característico de la tentativa irrealizable (1). En efecto, la exteriorización del pensamiento criminal resulta ineficaz por obra y gracia de un accidente.

Y no se redarguya que se extrema el subjetivismo, porque el Proyecto ha ido más lejos aun en los arts. 99 y 210. El primero reprime al que instigase a otro a provocar o aceptar un duelo aun cuando éste no se realizara. El segundo, a los que forman parte de una asociación criminal por el solo hecho de ser miembro.

Es que la doctrina ontológica como Saturno devora a sus propias concepciones. Aun a sus más acérrimos partidarios se impone esta verdad inconcusa, postulado de Euclides del derecho penal contemporáneo: la temibilidad es la base angular de la represión.

d) Un hombre ha prometido vigilar a hora determinada para facilitar el robo. Arriba instantes anteriores a la consumación. El autor convencido del auxilio se apresta a la consumación de sus designios. Pero el cómplice, cediendo a un movimiento de temor, desiste de la cooperación empuñada antes de prestar participación: el autor principal persuadido de su vigilancia emprende su tarea. En rigor de verdad aquí no existe auxilio alguno. Sin embargo, el desistimiento no alcanza a im-

(1) Garófalo, op. cit. pág. 362.



pedir el delito, no puede cancelar el impulso ya comunicado al mismo, dice Carrara (1).

Por el contrario, Lacointa, opina que se trata de una cuestión muy delicada, y contesta evasivamente, sosteniendo que si los hechos parecen presentar rigurosamente los caracteres de la complicidad, habría lugar a la pena (2).

Aquí hay una tentativa típica de complicidad, y Carrara sostiene su represión porque ha tenido eficiencia sobre el delito, creyendo que existe complicidad consumada.

e) Otra de las razones traídas a colación por Carrara y Herrera para sostener que la tentativa de complicidad es absurda consiste en lo siguiente: En el ejemplo mencionado más arriba, el proveedor de los instrumentos quería cooperar al robo con fractura pero ésta no tuvo lugar, y de tal circunstancia, por lo tanto, no puede formarse un cargo contra el autor principal. "Luego, el pretendido cómplice debería serlo de un robo con fractura cuando el autor principal sólo era responsable de un robo simple, lo cual sometería al primero a un título y a una pena más grave que la aplicada al autor principal cuyo absurdo no requiere encarecimiento alguno" (3).

"Un amigo me escribe participando su pena por la infidelidad descubierta de su esposa, y le contesto instigándolo al envenenamiento dándole instrucciones sobre el modo de verificarlo y acompañando el veneno. Yo soy reo, dice Herrera, de tentativa de envenenamiento y pasible de pena de quince a veinte años de presidio, y el autor principal tendrá la pena de tres a seis años de presidio" (4).

Véase, concluyen ambos, como la solución negativa demostrada a priori tiene también su prueba argumentando a posteriori.

El argumento se dirige al monto de la penalidad y no afecta a la incriminación del hecho.

Además, la objeción carece de fundamento planteando la cuestión en su verdadero terreno.

La participación infructuosa constituye un delito sui generis

(1) Carrara, op. cit. parágrafo 345, pág. 258.

(2) Lacointa.—Revue critique de législation et jurisprudence. T. 23, pág. 478.

(3) Carrara, op. cit. parágrafo 329, pág. 244.

(4) Herrera. La reforma penal, pág. 536.





con fisonomía peculiar. Por tanto, debe estar regida por reglas propias. Así la instigación infructuosa es a la participación criminal lo que el delito imposible es a la tentativa.

A mayor abundamiento, así como la pena del cómplice se gradúa por el hecho que prometiera ejecutar cuando los coparticipes cometieran un hecho más grave de la misma manera la tentativa del cómplice puede obtener mayor pena cuando ha puesto de relieve mayor temibilidad.

¿Por qué atender al elemento subjetivo en la primera y al objetivo en la segunda?

La tesis que sustentamos tiene arraigo en nuestros antecedentes nacionales, bien que no llevaron el principio hasta sus últimas consecuencias.

Tejedor, en el art. undécimo del título quinto de su Proyecto, establecía la siguiente regla: "cuando un cómplice no preste a un crimen la cooperación que había convenido dar o desista de la que hubiese comenzado antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones de la ley contra la tentativa. La pena, sin embargo, no se aplicará en proporción de la pena principal del crimen consumado o por consumir sino de las penas fijadas para la complicidad".

El art. 76 del Proyecto de 1891, hechura del de Tejedor, estaba justificado en la exposición de motivos, en estos términos: "no existe razón alguna para eximir de pena al que por actos externos directos e inequívocamente relacionados con el delito, ha tentado cooperar en su realización, si según los principios legales relativos a la tentativa merece ser reprimido" (1).

El Código penal, antes de la reforma, establecía en el art. 40: "el que antes del cumplimiento de un delito haya prometido a los culpables su cooperación para el tiempo solamente que siga a la consumación del delito, no quedará disculpado por la inejecución de su promesa después de cometida la acción, si antes que esta acción se consumase no hubiera declarado clara y expresamente a los culpables que retiraba su palabra".

Y el art. 23 transcripto más arriba reprime al instigador

---

(1) Exposición de motivos, pág. 90.



como autor de tentativa del delito ordenado, aconsejado, etc., cuando el autor material comete otro delito.

La Ley de Reformas de 1903, suprimió el art. 40 por estar involucrado en el inc. c) del art. 4 de la misma, de alcance más amplio, el cual es idéntico al de los Proyectos Tejedor y Rivarola, Matienzo, Piñero.

El Proyecto de 1906 está concebido así: "la tentativa de complicidad será reprimida conforme a las reglas de la tentativa" (art. 53).

Rivarola, invoca en pro del texto el argumento de que la complicidad prometida puede ser motivo de la ejecución del delito, "la ayuda esperada puede ser la causa de su ejecución o comienzo de ejecución. La sola abstención del cómplice no comunicada en tiempo útil, no valdrá como desistimiento voluntario porque en este caso el desistimiento de la cooperación debería ser expreso como fué expresa la promesa de cooperación" (1).

En cuanto a los antecedentes extranjeros, merece especial mención el apartado final del art. 25 del Proyecto suizo, según el cual, "la instigación referente a un delito castigado con reclusión es punible aunque haya fracasado o haya quedado sin resultado; en este caso el juez atenuará libremente la pena".

Aunque Lachenal, criticaba esta parte del Proyecto, alegando que no sería más que el castigo de la tentativa de una tentativa extremando el subjetivismo y exponiendo al juez a errores (2), la disposición permanece intacta aun.

Ya los penalistas antiguos sostenían que la instigación infructuosa debía ser reprimida con pena extraordinaria (3). Y los códigos italianos vigentes en el siglo pasado sostenían y aceptaban el mismo principio. El sardo reprimía el mandato no ejecutado lo mismo que si hubiese cometido una tentativa de delito (art. 92). Y el parmense (art. 81), y el estense (art. 60), reprimían el mandato por conato criminal aun cuando el mandatorio hubiera desistido de la ejecución comenzada. El código italiano de 1859 iba más lejos todavía reprimiendo al mandan-

(1) Rivarola.—Derecho penal argentino, pág. 553.

(2) Ver Jiménez de Asúa.—La unificación del derecho penal en Suiza, pág. 220.

(3) Ver Farinaccio. Question 124.



te hasta cuando el mandatario no hubiera dado principio de ejecución. Es claro que en esta forma extremada, alegan los partidarios del criterio arraigado, se une el riesgo de confundir la moral con el derecho penando el simple pensamiento criminal, cerrando las puertas al arrepentimiento, factor que no debe ser descuidado por el legislador. No obstante, creemos que cuando una persona haya exteriorizado su pensamiento criminal por actos de ejecución, el hecho debe ser incriminado aun cuando no haya tenido éxito. El cómplice que facilita los instrumentos para el robo, pero que no se emplean por encontrar abierto el escritorio que contenía el dinero, el que envía el veneno que no se emplea por llegar tarde o por haberse utilizado un puñal, el instigador que mueve infructuosamente a cometer un delito a otro; todos deben excitar la defensa social.

El texto legal, podría redactarse así: "La intención de participar en un delito revelada por actos exteriores e inequívocos aun cuando fueran infructuosos será reprimida con las penas establecidas para la tentativa del delito cuando se hubiera malogrado por circunstancias ajenas al autor. En los casos de instigación infructuosa y en los de complicidad cuando no sigue la participación a la promesa, el juez podrá atenuar libremente la pena".

Es más amplio que el del Proyecto de 1906: comprende no sólo la complicidad sino también la participación del instigador, y en segundo término abraza la instigación infructuosa (1).

9º El Proyecto, distingue entre las relaciones, circunstancias y calidades que eximen o atenúan la imputabilidad de las relaciones, circunstancias y calidades personales que la agravan.

Las primeras, son personales; las segundas, comunicables cuando fueren conocidas por el partícipe.

Aunque no exenta de crítica la disposición colma un sensible vacío de la legislación penal en vigencia. El art. 41 del Código penal traía la siguiente disposición derogada por la Ley de Reformas: "No hay cómplices sin un hecho principal punible; pero la exención de la pena, la dispensa o la atenuación que por razón personal existe para el autor principal, no alcanza a

(1) Abrazamos en el art. lo mismo la tentativa de complicidad que la instigación infructuosa porque en ambas se reprime por cima de toda la intención criminal.



aminorar la pena que corresponde a los cómplices, no existiendo tal circunstancia para ellos”.

Como se descubre al cotejar ambos textos la solución no difiere sino en el agregado referente a la comunicabilidad de los accidentes personales conocidos por los coparticipes y en que la disposición es de carácter general: comprende a todos los participantes.

Es obvio que si el hecho fuere cometido por un menor irresponsable o por una persona atacada de enajenación mental, el coparticipante es plenamente responsable. El menor y el loco, pueden considerarse como el instrumento de que se sirve el delincuente para llevar a cabo su delito.

En cuanto a las causas que atenúan la imputabilidad no puede alcanzar a los coparticipantes; los cuales mal pueden prevalerse de una causa exclusivamente individual para modificar su dolo.

Basado en estas consideraciones Zanardelli omitió toda referencia sobre los puntos mencionados en el Código penal italiano (1).

En cuanto a la segunda parte, fuerza es examinar las varias teorías para la mejor dilucidación de las múltiples cuestiones que brotan en torno de tan árdua e importante materia.

Tres sistemas gobiernan en la especulación teórica: el de la personalidad, el de la comunicabilidad, y el ecléctico adoptado por el Proyecto, personal cuando las circunstancias son ignoradas, comunicable cuando las circunstancias son conocidas.

Los propugnadores de la primera aducen que la complicidad es real y no personal, es decir, que el participante es un accesorio del hecho y no de las personas que lo ejecutan o concurren a ejecutarlos.

Los partidarios de la segunda, arguyen, que las circunstancias agravantes mudan la criminalidad del hecho: la fuerza en las cosas o la intimidación en las personas convierte el hurto en robo; el envenenamiento, el homicidio en asesinato.

Aquellos sostienen que no hay conexión entre el autor y cómplice, éstos que el hecho es uno e indivisible.

El primero, está consagrado por los Códigos húngaro (artículo 74), holandés (art. 50), alemán (parág. 50), ruso (pa-

(1) Ver Zanardelli, Relazione Ministeriale, N.º LVIII, pág. 199



rágrafo 51); Proyectos: austriaco (parágrafo 13); alemán (parágrafo 80), sueco (Cap. VII, parág. 8) y suizo (art. 27).

En cambio, el Código de Siam, establece que las circunstancias relativas a la naturaleza del delito que tienden a excluir, agravar o disminuir la imputabilidad, se aplicarán a todos los autores principales o cómplices (art. 68). Sin embargo, establece la personalidad en las circunstancias estrictamente personales, que no modifican el hecho.

El Código español, también acepta un temperamento de conciliación.

Aquellas circunstancias que consistieran en la disposición moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, sólo afectan a los coparticipantes en quienes concurrieran. Por el contrario, las que consistieran en la ejecución material del hecho, o a los medios empleados para realizarlos, servirán para agravar o atenuar únicamente la responsabilidad de los que tuvieron conocimiento de ellos en el momento de la acción o cooperación (art. 80).

La solución del Proyecto argentino, no es satisfactoria.

Hay circunstancias personales que afectan intimamente a la persona, que no modifican la naturaleza del hecho y que fuera injusto extenderla a los coparticipantes, como acontece con la reincidencia.

A buen seguro, los redactores del Proyecto no han de compartir la opinión de Ortolán, para quien la reincidencia afecta a todos los que la conocieran. No obstante, de los términos literales del Proyecto no se llega a otra conclusión. El que no ha sufrido una condena anterior no encarna la misma temibilidad que el delincuente primario.

Hay otros factores de agravación que emanan de una cualidad personal y que imprimen a los hechos una calidad especial como la intervención de un hijo en el homicidio, de un criado en el robo, de un funcionario público en el peculado, de un escribano en la falsificación de escrituras.

Según el Proyecto, la agravante se comunicará si el coparticipante conocía estas cualidades. Sin embargo, el coparticipante que ha facilitado los instrumentos para colaborar en un homicidio, no ha quebrantado ningún sentimiento, ni hollado ningún vínculo, ni traducido mayor peligrosidad. Los lazos de la



sangre son un freno para las personas a quienes concierne pero no para los extraños. Por el contrario, la calidad de criado confiere a los hechos una gravedad especial porque facilita la consumación del delito. Se comunica no porque la ley encuentre en el abuso de confianza una razón subjetiva de mayor perversidad y por consiguiente de mayor pena; esta circunstancia afecta sólo al criado sino porque favorece el hecho delictuoso.

Estos dos ejemplos nos dan la pauta para el esclarecimiento de tan debatido problema. Las circunstancias agravantes son comunicables *cuando siendo conocidas por los coparticipantes sirven de instrumento al delito*.

El notario que abusando de sus funciones incurre en falsedad de documento público facilita considerablemente la comisión del delito, esta circunstancia es pues comunicable.

Como dice Carrara: "Si la cualidad personal de uno de los partícipes sirve de medio al delito como acontece en el peculado o en el hurto doméstico, la agravante nacida de esta cualidad personal se compenetra en cierto modo con el hecho, lo mismo que el escalamiento o la fractura". "Por lo tanto, en semejantes especiales condiciones asumiendo la *cualidad personal* el carácter de *realidad*, debe influir sobre la suerte de todos los partícipes que a sabiendas aprovecharon el beneficio de la misma" (1).

Podría redactarse así el texto: "Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que siendo conocidas por el partícipe, sirven de medio al delito", como lo establecía el Proyecto de 1891.

10. Al tenor del art. 40 "no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito o grabado, la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta".

El artículo es un trasunto del art. 4, inc. 4) de la Ley de Reformas y del art. 77 del Proyecto de 1891, con leves variantes de formas y con el agregado de la frase "difusión o venta".

La exposición de motivos del Proyecto de 1891, fundaba esta derogación a los principios generales que gobiernan la com-

---

(1) Carrara, op. cit. parágrafo 368, pág. 275.



plicidad en los términos que reproducimos a continuación: "El editor, los cajistas, etc., cooperan es verdad a realizar el hecho; pero lo hacen ordinariamente sin propósito criminal, sin el menor deseo de agraviar derecho alguno, sin conocimiento de la transcendencia del escrito o grabado y del fin a que se encamina; lo hacen sólo para ejercer su industria o su modo de vivir. Sin embargo, aunque las personas nombradas presten sus servicios con intención criminal y para que el hecho punible se cumpla el artículo debe mantenerse porque de la manera amplia como está redactado consagra una garantía de la libertad de imprenta. La Constitución Nacional ha desechado la censura previa y sería restablecerla y restablecer la peor de las censuras — la de la ignorancia — responsabilizar a los editores, grabadores, cajistas, etc., por los actos punibles cometidos mediante la prensa. En efecto, antes de imprimir cualquier trabajo examinarían si es o no ofensivo, y si a su juicio fuera susceptible de comprometer su responsabilidad se rehusarían a imprimirlo. El art. 77 se apoya en la doctrina y en la legislación comparada" (1).

Con más cordura el Proyecto de 1906, en el art. 54 establecía una limitación muy importante, "la de que el autor del escrito o grabado fuere conocido y se encontrase en el país". En estas circunstancias el editor, impresor y demás personas no eran conceptuadas partícipes.

La solución de los Proyectos de 1891 y 1917 es censurable. Los argumentos alegados son más frágiles y especiosos que persuasivos e inatacables. Que el vendedor, el cajista esté excluido de toda responsabilidad se alcanza sin esfuerzo. No así el editor que no es una persona vulgar. Antes bien, posee a menudo cultura extensa, criterio sagaz, discernimiento claro, estando adobado en las disciplinas del pensamiento. El editor acepta y rechaza los artículos, orienta la opinión pública, acomoda el diario a la idiosincrasia de sus lectores, lisonjea sus gustos, vela por el prestigio del periódico; en suma es el "dens máquina que anima el diario", según dice Piñero (2). De suerte que el contralor suyo no implica la censura de la ignorancia.

El punto que debatimos se enlaza íntimamente con los de-

(1) Exposición de motivos, págs 80 y 91.

(2) O. Piñero, op. cit. pág. 202.



litos de imprenta. Desde luego es ocioso exaltar la importancia de la prensa. Lleva la palabra humana a los más remotos climas y la difusión de los conocimientos a las inteligencias más rudimentarias. Pone en contacto espiritual así a los hombres como a las naciones. Sirve de freno a las pasiones del pueblo y a las conscopicencias de los gobiernos. Los pensamientos que difunde excluyen la censura previa como reza la Constitución Nacional, acentuada por la reforma de 1860, la cual agrega "El Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta". Pero esta no es sinónimo de libertad de traducir impunemente las ideas cuando excede ciertos límites: no es libertad de injuriar, no es un bono para cometer impunemente hechos reprimidos por las leyes. El diario que cubre con dictérios a una persona, que descubre con malevolencia defectos capaces de lastimar el honor y mancillar la reputación, que reproduce estampas incompatibles con el decoro, que pregona doctrinas incendiarias y turbulentas, que incita a la comisión de crímenes horrendos, sale de la esfera del derecho constitucional para caer en los dominios del derecho penal.

Todos los derechos tienen un límite; la propiedad, el domicilio, la locomoción, el comercio, la industria, la asociación, el culto. ¿Por qué la prensa ha de ser la única excepción?

La convivencia social impone restricciones al libre ejercicio de la actividad humana. La libertad de cultos, implica la tolerancia hacia todas las ideas religiosas pero no es la facultad de rendir homenaje a las prácticas de los impúdicos moriones. La libertad de comerciar no es una franquicia para ejercer el contrabando, incurrir en defraudaciones, falsificar los productos, adulterar los alimentos, transgredir las leyes fiscales. La libertad de transitar no implica la facultad de atropellar los vehículos o derribar las personas. La inviolabilidad del domicilio no alcanza hasta cobijar a los entregados a la delincuencia. Una banda de criminales no podría escurar los crímenes cometidos con la libertad de asociación. El derecho de propiedad es sagrado, más no llega hasta poder incendiarla y exponer a sus moradores a la muerte.

Así la libertad de imprenta es la facultad de publicar las ideas sin censura previa, pero no la prerrogativa de convertirse impunemente en vehículo de los delinquentes comunes.





La declaración de los derechos del hombre establecía en el art. 11, estas sensatas palabras: "que la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones, es uno de los derechos más preciosos del hombre: todo ciudadano, pues, puede hablar, escribir, imprimir libremente, salvo el responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley".

El proemio del decreto dictado por el Triunvirato el 25 de Octubre de 1811, decía: "Tan natural como el pensamiento le es al hombre la facultad de comunicar sus ideas. Es esta una de aquellas verdades, que más bien se siente que se demuestra" (1).

Por el art. 1º "todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin censura previa. Las disposiciones contrarias a esta libertad, quedan sin efecto". Mas, según el art. 2º "el abuso de esta libertad es un crimen".

Es que la misión del periodismo es constructiva no destructiva. La palabra escrita como todo medio de acción humana cuando desciende de la región inaccesible del fuero interno a la región accesible de los hechos externos es apta para llevar la inquietud al seno del estado y la conexión a la paz de los hogares. "¡Ah, si la prensa, exclama con elocuencia Piñero, es tan sólo un instrumento para el crimen, la opinión pública que reconoce en aquella su fiel intérprete, es una infeliza meretriz, cuyas caricias están a disposición de quien las paga!" (2).

Y conviene recordar aunque lastime el orgullo nacional que la prensa argentina, especialmente los periódicos de campaña, no se singularizan siempre por la circunspección, por la mesura. Los grandes rotativos de la Metrópoli importan una excepción en la cultura general. Las querellas de aldea exaltan los ánimos, encrespan las pasiones; el lenguaje temperado cede su lugar al lenguaje procaz, la difamación reemplaza a la prudencia. El anónimo peculiar a nuestro periodismo permite escurrir a los malvados y disfrazar las pasiones. De aquí que la jurisprudencia argentina para concluir con los funestos inconvenientes del anónimo se haya visto precisada a reputar autor



al director del periódico mientras no demuestre lo contrario(1). Se refiere a los delitos de calumnia.

Tampoco es cierto lo afirmado por la exposición de motivos de que el precepto se apoya en la doctrina. Los autores discuten largo y tendido y las legislaciones desechan la solución amplia del Proyecto, porque importa un incentivo a la licencia. Existen tres sistemas: el de la responsabilidad solidaria, el de la responsabilidad sucesiva y el de la responsabilidad por negligencia.

El primero, es el que consagró el gobierno del coronel Dorrego en 1828, la responsabilidad alcanzaba no sólo al editor sino también al impresor.

El segundo es el consagrado por el Código español, el cual dispone en el art. 14 la responsabilidad de los autores, pero si éstos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o estuviesen exentos de responsabilidad criminal según el art. 8, se reputarán autores a los directores de la publicación que tampoco se hallen en ninguno de los tres casos mencionados, en defecto de éstos a los editores y por último a los impresores.

La legislación alemana concilia el sistema de la responsabilidad sucesiva con el de la responsabilidad por negligencia. La ley imperial de imprenta en el párrafo 20, admite en primer lugar la responsabilidad "del redactor responsable" de un impreso periódico, es decir, de la persona encargada de decidir acerca de la admisión de un artículo y cuyo nombre consta en el número respectivo del periódico. Si las personas que tomaron parte en la confección y publicación de un impreso que contiene un hecho punible no han examinado con la debida atención el contenido o no pueden proporcionar la prueba de su ausencia de culpabilidad, son responsables por negligencia.

Según el párrafo 21 "si el contenido de un impreso constituye un acto punible definido por la ley serán penados en razón de su negligencia con multa hasta de 1000 marcos o con arresto, encarcelamiento en fortaleza o prisión hasta un año, cuando según el párrafo 20 no pueden ser castigados como autores o participantes, 1º el redactor responsable, 2º el editor.

(1) Fallos de la Exma. Cámara, T. XVII, pág. 415; XIX pág. 149; XXX pág. 363 y 420; XXXIX pág. 321; XL pág. 273.



3 el impresor, 4º el que explota industrialmente el impreso si no demuestra haber empleado el cuidado debido".

No obstante, cada una de las personas nombradas queda exenta de pena cuando antes del pronunciamiento de la primera sentencia indica como autor o corresponsal con cuyo consentimiento tuvo lugar la publicación, o si se trata de un impreso no periódico como autor editor del mismo o como uno de los responsables nombrados antes que él en la enumeración ante dicha, una persona que se halle al alcance de la jurisdicción de uno de los estados de la confederación alemana (1).

El Proyecto suizo consagra la responsabilidad del autor del escrito, con estas excepciones:

1º Cuando tratándose de un impreso no periódico no puede ser descubierto el autor del escrito, o bien, la publicación se ha realizado sin su conocimiento a despecho de su voluntad, el autor de la infracción se reputa al editor o en su defecto al impresor (art. 28 N° 2);

2º Es responsable el redactor (director diríamos nosotros) si el autor del artículo dado a luz de un diario no puede ser descubierto o si no puede ser penado en suiza o si el artículo ha sido publicado sin su conocimiento o contra su voluntad (art. 28 N° 3).

El número 4 del mismo artículo, establece la responsabilidad solidaria del autor con el editor cuando la impresión ha aparecido en una hoja de anuncio o en la parte de un diario o de un periódico reservada a los anuncios con tal que la infracción estuviera reprimida con multa. En caso contrario, la responsabilidad del editor o el impresor es solidaria.

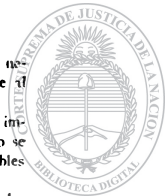
Véase pues, que ninguno de los antecedentes extranjeros lleva el privilegio de la prensa hasta la forma excepcional del Proyecto argentino.

Por nuestra parte, pensamos que las bases de la redacción debieran ser:

1º La impunidad sin limitación alguna para las personas que prestan una cooperación exclusivamente material, lo que excluye el editor o impresor. El vendedor, por ejemplo, ni po

---

(1) Ver LIAZI, Tratado de derecho penal, T. 2, parágrafo 43, págs. 425 y 426.



see cultura ni abriga otra intención que la de subvenir a sus necesidades. No así el editor, que contribuye concientemente al delito.

2º Los impresos que no revisten los caracteres de una impresión periódica como las publicaciones clandestinas que no se proponen más objeto que el de violar leyes, harán responsables invariablemente al editor o al impresor.

3º Responsabilidad solidaria del editor cuando no ha depuesto el celo necesario para impedir la publicación de hechos punibles.

El Proyecto de 1906 muy superior en esta parte al de 1917 no es del todo encomiable porque parece saciar una venganza. La penalidad del editor está supeditada a la ausencia del autor, lo que es injusto.

11. El Proyecto de 1917 siguiendo con acierto la opinión dominante entre los tratadistas argentinos Piñero, Moyano Gacitúa, Rivarola, legisla el encubrimiento en la parte especial. En el Código penal actual es un injerto injustificable en el capítulo de la codeinlucencia.

No hay conexión alguna entre ambas, aquélla excluye el concierto de voluntades, ésta presupone el acuerdo de los criminales. El derecho violado por el encubridor no es el derecho a la vida, al honor, a la propiedad, a la integridad de las funciones, al pudor, a las buenas costumbres, como ocurre en la co-participación. Quebranta normas de otra índole como es el respeto a la justicia pública. El encubridor en efecto, es tan sólo un delincuente que favorece indirectamente la comisión de los delitos y entorpece directamente la acción de la justicia. Pero su intervención es posterior al delito cometido por los codeinlucuentes, no ha prestado concurso material ni moral en el delito originario.

La solución del Proyecto tiene rancio abolengo y prestigiosos antecedentes en la legislación comparada. La conocía ya el derecho romano (1) y está incorporada a la legislación inglesa, belga, italiana, noruega, austriaca, y a los Proyectos suizo, alemán, austriaco y sueco.

---

(1) Ver Mommsen, Derecho penal de los romanos, pág. 101



TITULO VIII

REINCIDENCIA

1.º CONSIDERACIONES GENERALES. — 2.º CONCEPTO DE LA REINCIDENCIA EN EL PROYECTO. — 3.º CONDENA ANTERIOR. — 4.º LA SENTENCIA DEBE EMANAR DE UN TRIBUNAL DEL PAIS. — 5.º COMISION DE UN NUEVO DELITO O REINCIDENCIA GENERICA. — 6.º PURGACION DE LA REINCIDENCIA. — 7.º EXCLUSION DE LOS MENORES DE DIEZ Y OCHO AÑOS. — 8.º NINGUNA INFLUENCIA DEL INDULTO Y DE LA CONMUTACION. — 9.º DELITOS MILITARES. — 10.º DELITOS POLITICOS. — 11.º DELITOS CULPOSOS. — 12.º PENALIDAD. ANTECEDENTES NACIONALES. — 13.º SOLUCION DEL PROYECTO DE 1917. — 14.º DIFERENCIA ENTRE LA REINCIDENCIA Y EL CONCURSO DE DELITOS. — 15.º LA PENA DE RELEGACION, DURACION, OBJETO, CRITICA. — 16.º ANTECEDENTES EXTRANJEROS. — 17.º COMO DEBIERA ENCARARSE EL PROBLEMA DE LA REINCIDENCIA. — 18.º COMPROBACION DE LA MISMA.

1º Aunque por las deficiencias de nuestras estadísticas y por la falta de medios eficaces para comprobar la reincidencia no podemos corroborar la tesis auspiciada por Lombroso, según el cual ésta constituye no la excepción sino la regla de la vida criminal (1), ellas bastan para ponderar la importancia y la gravedad que reviste el problema. El incremento incesante de la reincidencia y la marcada propensión de los reincidentes al profesionalismo en la Capital Federal, lo que no sería extraño fuera un trasunto de lo que ocurre en las ciudades del interior, constituyen factores poderosos para mover al legislador a arbitrar nuevos medios de defensa social. La delincuencia habitual es un testimonio irrefragable de la ineficacia de los regi-

(1) Lombroso. L'uomo delinquente. T. I. cap. VII págs. 471 y sgts.





menes represivos. La relegación instituida por el Proyecto, no sólo es reprochable porque la base de su determinación la proporciona el número de delitos y no el estado peligroso del delincuente sino también por ser una pena desacreditada, objeto de severas recriminaciones por todos los expositores, tanto por su innecesaria severidad cuanto por sus resultados estériles.

2º Según el Proyecto, la reincidencia entraña el concurso de cinco elementos:

- a) Haber sido condenado anteriormente por sentencia firme;
- b) Que la sentencia fuera dictada por cualquier tribunal del país;
- c) incurrir en nuevo delito;
- d) Que no se haya operado la prescripción;
- e) Ser mayor de diez y ocho años de edad (1).

3º El primer recaudo diferencia la reincidencia del concurso de delitos.

Tanto la doctrina como las legislaciones discrepan en la solución del punto que examinamos: mientras los menos exigen el cumplimiento total o parcial de la pena anterior, los más de los antecedentes extranjeros requieren sólo la condenación por sentencia, aunque el delincuente lograra sustraerse a la acción de la justicia.

El Proyecto de Tejedor y el Código penal de 1886 protestan adhesión a la doctrina menos arraigada. Aquél exigía "sufrir" la pena (Libro segundo, Título quinto, artículo quinto), y éste exige haber sido "castigado" anteriormente (art. 81, inciso 19).

Así los Proyectos de 1891 y 1906 como la Ley de Reformas de 1903 comparten la tesis opuesta.

El artículo 11 de ésta impone la deportación como accesorio de la última "condena", y el art. 15 alude igualmente a la anterior "condenación".

De suerte que la legislación penal argentina consagra dos regímenes: el del Código penal de 1886 partidario de la expiación de la pena y el de la Ley de Reformas partidario de la simple condena.

En cuanto a los Proyectos modernos, sólo el suizo exige

---

(1) Art. 38, 50, 52 y 65.



"que haya sufrido en todo o en parte la pena" (art. 66). Sin embargo, el primitivo redactado por Stooss, aceptaba el principio contrario.

La solución del Proyecto argentino guarda más armonía con los preceptos de justicia y consulta mejor los postulados de la defensa social. De dos condenados, el que consigue eludir la pena, por astucia o por habilidad, es conceptuado delincuente primario según el más adelantado de los Proyectos que se han publicado, en tanto que el que ha sufrido total o parcialmente la pena, cae bajo el imperio de la reincidencia. ¿No implica premiar la astucia o estimular la picardía? ¿No es patente la injusticia?

Los reducidos sostenedores de tan peregrina doctrina, alegan con Carrara, "para ser reincidente, no basta haber sido condenado en otra ocasión, es necesario haber *expiado enteramente* la pena, porque no puede decirse que es de naturaleza insensible a un sufrimiento el que no ha experimentado tal sufrimiento"; y más adelante, agrega: "limitar el odio contra los reincidentes solamente a la reincidencia verdadera es una necesidad lógica y por tanto jurídica del sistema adoptado por nosotros" (1).

Y Tejedor, glosando a Chaveau, decía: "sólo cuando la justicia ha agotado los medios de corrección, la advertencia y la disciplina de sus penas tiene razón para declarar al condenado relapso incorregible y desplegar contra él una severidad mayor" (2).

Pero el fundamento de la reincidencia no estriba en la insuficiencia de la pena sino en el estado peligroso del delincuente revelado por la comisión de otro delito.

Por lo demás, la solución del Proyecto está colocada bajo la auspiciosa advocación de los más conceptuados jurisconsultos: Stooss, Prins, Thyren, Alimena, Manzini, Matteoti, Garófalo, Carelli, Garraud, Impallomeni, Florián, Vidal, Fiore, etc., entre nosotros: Piñero, Rivarola, Herrera.

4º Nada explica la exposición de motivos acerca de las ra-

---

(1) Carrara. Programma, parág. 742, nota 1, pág. 260.

(2) Tejedor. Proyecto de Código pena: para la República Argentina. pág. 197.





zones que han movido a exigir que la condena sea dictada por cualquier tribunal del país.

Dos alcances puede tener el recaudo: el uno surge de sus términos literales, el otro de su fuente originaria. Este tiende a acordar valor a la primera sentencia pronunciada por cualquiera de los tribunales del país, sean del fuero federal, sean del fuero provincial. Aquél propende a excluir la influencia de la sentencia emanada de jurisdicción extranjera. Si el objeto ha sido lo primero la disposición es ingénua y supérflua, si lo segundo ilógica, injusta y ocasionada a deplorables consecuencias.

Según la exposición de motivos del Proyecto de 1906, "la reincidencia hasta hoy ha sido considerada como si la Capital, los Territorios Nacionales y las Provincias, fueran Estados independientes con relación a la ley penal; sólo se tomaban en cuenta los delitos anteriores cometidos en la localidad donde el reo era juzgado. Esta situación completamente irregular, porque es contraria a la ley fundamental del país, debe desaparecer cuanto antes. La Nación es una para el Código penal, y en consecuencia, es reincidente todo el que ha cometido un delito en cualquier punto del territorio nacional y cualquiera que haya sido el tribunal que impusiera la pena. Desde que la ley es una, y desde que el territorio para esa ley, es también uno, no caben diferencias provenientes de las distintas localidades" (1).

Bien es verdad que la ley de reincidencia dictada en 1895, extendía su esfera de acción a la Capital y Territorios Nacionales. Pero no sólo era incompatible con los dictados de la justicia en cuanto admitía dos clases de delincuentes, los provinciales y los nacionales; éstos sometidos al imperio de la ley, aquéllos excluidos, sino que pugnaba con la letra y el espíritu de la Constitución, según la cual incumbe al Congreso la elaboración de las leyes penales para regir hasta el último fragmento del suelo argentino. Ningún tribunal argentino sería osado a desconocer la fuerza de la sentencia pronunciada en otra jurisdicción argentina. Como el ensañamiento y la alevosía agravan la imputabilidad y la reacción contra el ultraje o la amenaza la disminuyen lo mismo en Jujuy que en Buenos Aires sin necesi-

(1) Exposición de motivos, pág. XXIV.



dad de mencionarlo en el Proyecto, así también las normas que gobiernan la reincidencia son tan aplicables en las provincias como en la Capital.

Como lo advierte Herrera, "la más lógica interpretación que se puede dar 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" (1).

Así también lo afirma Garraud en Francia, ante una disposición análoga de la legislación de dicho país.

Las razones que se alegan en pro de esta tesis, no sólo no son convincentes sino que conducen a consecuencias deplorables. El argumento más repetido lo extraen de escrúpulos de soberanía y de prejuicios nacionales.

Cedamos la palabra a un expositor autorizado, a Impallomeni "La condena extranjera no puede tener efecto, por la misma razón por la cual no es admitida su ejecución contra las personas y contra los bienes en el territorio del reino".

Y Garraud, por su parte dice: "Es una de las consecuencias menos contestables del principio de la territorialidad de la ley penal" (2).

El primero, agrega, haciendo resaltar mejor la prevención que informa la tesis. Sin embargo, creemos que debe establecerse una excepción respecto de la condena pronunciada en el extranjero cuando la autoridad italiana la ha reconocido expresamente "porque en este caso la sentencia extranjera ha recibido la ciudadanía italiana" (3).

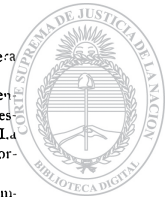
Y como las más de las naciones se muestran reacias a conceder esta especie de exequatur a los juicios pronunciados en el extranjero acontece que lo que pudiéramos llamar la reincidencia internacional, no sufre el régimen condigno. Por sobre los deleznablez escrúpulos de soberanía están los permanentes intereses de la sociedad.

Además, ¿lastima el honor o redundan en detrimento de la soberanía argentina el reconocer el juicio dictado en otro país? Plantear el interrogante es resolverlo.

(1) Herrera. *La Reforma penal*, N.º 326, pág. 551 y 552.

(2) Garraud. *Precis du droit criminel*, N.º 268, pág. 455.

(3) Impallomeni. *La Recidiva secondo il nuovo codice penale italiano*, en *Rivista penale*, 1889. Vol. XXX, pág. 230.



b) Importa una usurpación de la jurisdicción extranjera la cual al reprimir el acto satisfizo la vindicta pública.

Pero al reconocer la sentencia extranjera no se pretende castigar el acto anterior sino reprimir la temibilidad especial revelada por la comisión de un nuevo acto delictuoso. La primera condena puede ser un elemento de juicio muy importante para descubrir la personalidad criminal del reincidente.

c) Alégase asimismo las divergencias de la legislación comparada en lo concerniente a los elementos constitutivos de la reincidencia, en el "quantum" de la penalidad, en el periodo de la prescripción. Así, unas aceptan la reincidencia específica, otros la genérica, cuales la consideran un agravante, cuales instituyen un régimen especial. Además, los actos delictuosos de un país son compatibles con las costumbres de otros países como ocurre con la vagancia.

Pero, de las diferencias de las legislaciones no surge imperiosamente la necesidad de excluir la fuerza de la sentencia extranjera, sino la de establecer limitaciones.

Así el apartado final del art. 66 del Proyecto suizo reconoce expresamente que la "condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda dar lugar a la extradición según la ley suiza".

d) La dificultad de comprobar la reincidencia.

Pero si el juez llegara a verificarla, si el delincuente confesara haber cometido un delito en el extranjero, ¿tendrá que premiar el cinismo de la confesión con la benignidad de la pena?

e) La agravación por reincidencia se funda en la insuficiencia de la pena extranjera, más no en la del país que juzga al reincidente.

¿Pero, si la ley argentina coincidiera en la pena con aquella?

Además, el Proyecto "cuando habla solo de condena y no de expiación de la pena en su definición de la reincidencia, dice Herrera, rechaza por el mismo hecho el fundamento de la insuficiencia y acepta el de la mayor responsabilidad, y siendo así, no tiene razón alguna para no aceptar, en este caso, la sentencia extranjera" (1).

(1) Herrera. Op. cit. N.º 326. págs. 558 y 559.



Por el contrario, militan argumentos de gran fuerza de persuasión en favor de la solución opuesta; resumamos:

a) El que después de perpetrar un homicidio o cometer un robo o fraguar una estafa, o violar una mujer en país extranjero, incurre en una nueva acción delictuosa en el país, es tan peligroso como el que habiendo cometido los mismos hechos en el territorio argentino, incurre aquí en otra condena.

b) Contradice la definición de la reincidencia, según la cual ésta se produce por la comisión de otro hecho punible, sin que el curso de un río o los ladrillos de un mojón puedan tener la virtud de producir la metamorfosis del hecho anterior. "El criminal, como dice Stooss, no conoce fronteras" (1).

c) Vulnera las más elementales prescripciones de la justicia. El que ha sido condenado en el país por matar a otro por culpa o imprudencia es declarado reincidente, en tanto que el delincuente habitual autor de varios delitos en el extranjero es reputado delincuente primario.

d) Deja desarmada a la sociedad contra los criminales profesionales extranjeros radicados en el país. Se repite y no sin razón que no hay viajeros más infatigables que los reincidentes. Muévenlo así el anhelo natural de malograr las pesquisas judiciales como el designio de hallar campo propicio a sus actividades.

e) La solidaridad internacional y el interés recíproco deben mover a oponer al peligro común de la reincidencia la defensa común de las naciones.

En suma, debe suprimirse la expresión "dictada por cualquier tribunal del país" y reconocer expresamente la influencia de la sentencia emanada de los tribunales que no sean del país, aunque con la limitación establecida por el Proyecto suizo. A las leyes de procedimientos correspondería consagrar las precauciones necesarias, para dar validez a dichas sentencias. Claro es que no puede procederse por delaciones infundadas, ni por vanas conjeturas, ni aun por presunciones vehementes. La sentencia extranjera debe estar debidamente acreditada. Así Vaca Guzmán en sus reglas de derecho internacional establece: "la reincidencia en el derecho interna-

(1) Citado por Jiménez de Asúa. La unificación del derecho penal en Suiza, pág. 324.



cional produce los mismos efectos calificativos que en el derecho común. Pero ningún crimen o delito que en el hecho importe reincidencia, podrá ser juzgado como tal por el estado dentro del cual ha sido perpetrado, mientras la autoridad que entiende en el juicio, no tenga conocimiento legal de la sentencia anterior contra el sindicado" (art. 20) (1).

5º El Proyecto acepta sin rebozo la reincidencia, cuando se produce un nuevo delito sin distinción de especie ni de familia, disposición digna de acendrado elogio, porque a despecho de las concertadas razones que la justifican, tiene poco arraigo en los precedentes extranjeros. Dos tendencias típicas reinan así en la especulación teórica como en la legislación comparada: el de la reincidencia específica y el de la reincidencia genérica. La primera requiere la perpetración de los mismos delitos, cuando menos análogos. La segunda, la comisión de un nuevo delito, aunque discrepen en la naturaleza. Aquella campea en los escritores y cuerpos legales del siglo XIX. Esta se insinúa en algunos códigos modernos, aunque "a ninguno impera con la extensión del Proyecto argentino.

Estudemos los antecedentes nacionales. El Proyecto de Tejedor exigía un crimen de la misma especie (art. quinto, título quinto, libro segundo). Y por tal entendía un delito igual al anterior "así, el hurto simple, la retención y el fraude, son crímenes de la misma familia por cuanto todos se dirigen contra la propiedad de otro y son castigados muchas veces con penas idénticas, pero la ley no reconoce en ellos crímenes de la misma especie. Luego, el ladrón que comete un acto de fraude no es pasible de las penas de la reincidencia como tampoco si después de haber sido condenado por hurto, comete un homicidio u otro crimen contra las personas" (2).

Para el Proyecto Villegas, García, Ugarriza, había reincidencia "cuando se cometiera un delito menor o igual que aquel por el cual fué penado" (art. 100) es decir, aceptaba con reservas, la reincidencia genérica.

El Código penal de 1886 legislaba el punto en los incisos 19 y 20 del art. 84. En el primero consagraba la tesis del Pro

(1) Vaca Guzmán. Reglas de derecho internacional penal, página 104.

(2) Tejedor. Proyecto de código penal para la República Argentina. Nota de la pág. 188.



yecto Villegas, García, Ugarriza, en el segundo la tesis del Proyecto Tejedor; en otros términos, se acogía a la reincidencia genérica cuando el nuevo delito tuviera "igual o menor pena que el delito anterior" y a la reincidencia específica sin parámetros en la cantidad de la pena anterior cuando los delitos eran de la misma especie.

El Proyecto de 1891, rinde pleito homenaje a la reincidencia genérica en el art. 84. En la exposición de motivos, alega: "si la reincidencia revela la profesión o la tendencia a adquirir la profesión del delito y la mayor perversidad del sujeto, es claro que el criminal acusa y pone de relieve aptitudes más variadas para el crimen, una habilidad más desarrollada, una audacia y una inmoralidad más considerables, cuando repite sucesivamente, no obstante las condenas de que es objeto, delitos muy diversos por su índole y clase" (1).

La Ley de Reformas de 1903, bajo la influencia de las ideas auspiciadas por el Proyecto anterior, suprimió el inc. 20 del art. 84, y en su reemplazo agregó la expresión "ser reincidente" sin definir los caracteres de ésta.

El Proyecto de 1906, es el antecedente inmediato del de 1917, reza: "el que cometiere nuevo delito" (art. 55).

La legislación comparada discrepa abiertamente, aceptan la reincidencia específica: el ruso, al decir una "infracción idéntica o análoga" (art. 67), el griego, de redacción análoga al anterior (art. 11), el de Portugal, al exigir de "la misma índole" (art. 85).

Aceptan a medias, la genérica: el belga, al admitir la reincidencia: cuando el crimen sigue al crimen (arts. 54 y 55), o el delito al crimen (art. 56, inc. 1), o el delito al delito (art. 56, inc. 2), pero para las contravenciones, acepta la doctrina específica (art. 565); el japonés, el cual reza "el condenado a reclusión, cuando cometa una infracción pasible de reclusión temporaria" (art. 56).

Consagran a un tiempo mismo la reincidencia específica y genérica, los Códigos español e italiano. El primero acepta la reincidencia específica pero extendiendo su alcance. "Hay reincidencia, cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estu-

(1) Exposición de motivos, pág. 49.



viere ejecutoriamente condenado por otro "comprendido en el mismo título de este Código". Además, acepta con restricción la genérica cuando en el inc. 17 del art. 10 establece "haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor".

Es claro que esta última parte confunde la reiteración con la reincidencia.

El Código italiano, contempla la reincidencia genérica aunque con reservas en la primera parte del art. 80 y la reincidencia específica en la segunda parte del mismo artículo. Aquélla refiérese al delito cometido antes de los diez años "in cui la pena fu scontata o la condanna finita", si la pena era superior a cinco años de duración, y antes de los cinco años en los otros casos. Esta refiérese al delito de la misma índole al de la condena precedente.

Los Proyectos modernos también divergen, el austriaco reza: a causa del mismo crimen o de los crímenes mencionados en los caps. 17, 21, 22, etc. (parág. 38); el sueco, delito de la "misma tendencia criminal" (cap. V, parág. 4); el suizo, cuando después de haber sufrido en todo o en parte "una pena privativa de libertad", es condenado "a una pena privativa de libertad" (art. 66).

Los primeros aceptan la reincidencia específica, el último la genérica, aunque excluyendo los delitos reprimidos con multa.

Otros antecedentes extranjeros como el Código de Siam (art. 72) y el Proyecto alemán (parág. 88), emplean la expresión reincidencia sin precisar sus caracteres.

Como se colige de la ligera reseña anterior, ningún Código rinde pleito homenaje a la reincidencia genérica. No obstante, la solución del Proyecto argentino, es la más juiciosa.

La tesis sustentada por los Códigos belga y japonés se basan en la insuficiencia de la pena anterior. Así el primero excluye de la reincidencia el crimen cuando sigue al delito "porque no habiendo sufrido la pena criminal no puede predecirse que esta pena no sea suficiente para corregirlo", decía el legislador belga (1).

(1) Ver: *Prima Science penale et droit positif*, pág. 308.



Es una doctrina desacreditada que ha sido reemplazada por la del estado peligroso puesto de relieve en el nuevo delito.

La reincidencia específica, se basa en el instinto criminal. Tejedor, razonaba de esta manera: "Si la reincidencia es castigada con una pena más severa que la primera falta, es porque se considera como una presunción legal de un hábito criminal en el agente". "Para que la reincidencia sea una presunción de perversidad, es preciso que haya conexidad entre los delitos que la constituyen. Porque, ¿cómo presumir la incorregibilidad del ladrón por el hecho de entregarse después a actos de rebelión o violencia? ¿O del condenado político porque comete en seguida falsificación o hurto? ¿Cómo hacer concurrir los crímenes de naturaleza distinta *para formar un hábito*" (1).

Zanardelli, en los fundamentos de su Proyecto dice "un individuo puede *eventualmente* cometer en mucho tiempo y sólo *ocasionalmente* diversas infracciones, sin que esto pueda atribuirse a la *perversidad de su índole*" (2).

Y Manzini, "el reincidente específico debe ser mayormente castigado porque *el que delinque manifiesta una constante tendencia criminal*, demuestra una mayor y más fuerte voluntad de perseverar en la actividad deshonesta, que *aquel que habiendo cometido diferentes delitos que no guardan ningún nexo de causalidad*, da indicio de haber cedido más bien a *causa ocasional*". (3).

Hemos transcripto in extenso estas frases, haciendo resaltar algunas para demostrar a contrario sensu la conveniencia de rechazar el sistema de la reincidencia específica. Es una doctrina tan deleznable en sus fundamentos como funesta en sus conclusiones.

a) La comisión de los mismos delitos no denota indefectiblemente la misma tendencia criminal. Por el contrario, la heterogeneidad de delitos puede corresponder a una inclinación homogénea. Una persona comete tres homicidios: el uno arrebatado por la cólera, el otro movido por la venganza, el tercero aguijoneado por el interés. Aquí los móviles son distintos, no

(1) Tejedor. Op. cit., pág. 196.

(2) Zanardelli. Relazione ministeriale en el progetto del código penale, LXIII, pág. 216.

(3) Manzini. La Recidiva, pág. 456.





obstante el delito es el mismo. En cambio, otra persona mata por robar, trama una estafa, comete un robo sin recurrir a la violencia. A pesar de la diversidad de los delitos, hay un mismo instinto criminal.

b) Como afirma Gautier, la reincidencia específica implica escudriñar el pensamiento culpable, castigar su persistencia, buscar no sólo lo que el autor ha querido sino por qué ha querido, es tener en cuenta el móvil en la determinación de la reincidencia. Y huelga advertirlo, el móvil no debe ser uno de sus elementos porque la reincidencia no se propone ni reprimir las pasiones ni refrenar un vicio (1).

c) Entre la reincidencia específica y la reincidencia genérica no hay diferencia alguna considerados desde el punto de vista del estado peligroso que denotan. El que roba, después de haber sido condenado por asesinato es tan temible si no más que el que roba después de haber sido condenado por idéntico delito. Y puede llegar a ser más peligroso, no sólo porque pone de relieve mayor idoneidad por la variedad de sus aptitudes sino también porque se le multiplican las ocasiones para delinquir como muy bien sostiene Florián (2).

d) La sociedad quedaría desarmada contra los grandes malhechores, aquellos que no reparan en los medios a trueque de apoderarse del bien ajeno. Los autores de delitos contra la propiedad, suelen recurrir a medios violentos sin excluir la muerte (3).

e) Generalmente el delincuente profesional, como Proteo, cambia de formas sin perder sus hábitos. Como el hombre honrado está sujeto a las leyes inexorables que gobiernan la lucha por la vida. La delincuencia, dice Carelli, afecta la misma variedad de forma que asume la honestidad frente a las diversas posiciones de la vida, a las diversas condiciones sociales, a los diversos intereses puestos en juego (4).

"El vagabundo, discurre Stooss, citado por Jiménez de Asúa,

(1) Ver: Gautier. De la Recidive, en *Revue Penale*, Suisse 1888, pág. 17.

(2) Florián. Dei reati e delle pene. Vol. 1, parte II, pág. 179.

(3) Ver: Matteotti. La Recidiva, pág. 331 y cap. III.

(4) Garófalo y Carelli. Dei recidive e della recidive en *Trattato completo de Cogliolo*. T. 1, parte III, pág. 921.



mendiga, pero roba cuando tiene ocasión, y cuando ha bebido, su violencia estalla, maltrata, saquea y viola".

En suma, el que comete delitos de distinta naturaleza demuestra la misma vocación al delito que el autor de hechos reprimibles iguales o análogos. El estado peligroso no lo constituye la mecánica repetición de los mismos delitos sino el carácter antisocial revelado por la comisión de varios delitos. Que no siempre la reincidencia genérica es una prueba de inenmendabilidad es evidente, pero lo mismo puede decirse de la reincidencia específica. En ambos, tienen más poderío la inclinación a la delincuencia que el temor a la pena.

6º El cuarto requisito exigido por el Proyecto, está consignado en el art. 53 cuyo tenor es el siguiente: "la condena anterior no se tendrá en cuenta, a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el art. 65", es decir, a los veinte años si se trata de reclusión perpetua, a los quince años la prisión perpetua, el tiempo igual al de la condena si la reclusión o prisión es temporal, a los tres años la pena de multa mayor de dos mil pesos y al año la multa que no excediere de dos mil pesos.

Dos observaciones nos sugiere el artículo: una referente a los fundamentos del mismo, otra en la forma en que lo ha condicionado.

Desde el primer punto de vista, adherimos sin vacilar a la opinión prohibida por eminentes penalistas, Haus, Tissot, Carrelli, Carrara, Garófalo, Matteoti, Florián, entre otros, según los cuales, la reincidencia constituye un estado permanente y no transitorio.

Desde el segundo punto de vista, atendiendo al criterio del Proyecto, el plazo es largo para las penas perpetuas y corto para las penas temporales.

Además, debe prever desde cuando empieza a correr el término de la purgación de la reincidencia. La sentencia puede que no sea cumplida o cumplida en parte. ¿Han abrigado el designio de sujetarlo a los mismos principios de la prescripción de la pena, es decir, al periodo establecido en el art. 66? Es menester, entonces, hacerlo constar expresamente, contemplando además los casos en que la pena se ha cumplido totalmente.



Según se desprende de la exposición de motivos, dos son las razones que abonan la redención del estado de reincidencia: "El derecho de acusar se prescribe, las penas también. ¿Por qué no ha de prescribirse el antecedente del delito, cuando una vida posterior honrada ha demostrado la corrección del sujeto?" (1).

Los redactores del Proyecto, seducidos por las objeciones que Herrera dirigiera al de 1906, decidieron repararse de su modelo. El eminente criminalista argentino, además de las razones aducidas por la exposición de motivos, agregaba la siguiente: "Por otra parte, es indudable que cualquiera que sea la doctrina que se siga como fundamento de la reincidencia, la agravación de la imputabilidad o 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". Y acto continuo, agrega, los que siguen la primer teoría "tienen que reconocer si son lógicos, que no demuestra depravación ni peligrosidad el que ha dejado pasar un largo periodo de tiempo sin delinquir, ni revela tampoco gran desprecio de la ley y al magisterio punitivo, los que exigen una excepcional resistencia del criminal a someterse a ellos". Los que comparten el segundo criterio, tienen también que admitir la temporaneidad y citando a Crivellari, añade, que la ineficacia de la pena anteriormente irrogada "queda eliminada o pierde bastante fuerza, cuando se ve que la pena precedente bastó a tenerlo por mucho tiempo en la vía de lo justo y lo honesto. Y si después de un largo periodo de años volvió a delinquir, el nuevo delito debe atribuirse a causas enteramente nuevas más que a la obstinación de su naturaleza y a la indiferencia del sufrimiento experimentado" (2).

Por otra parte, agrega Herrera, el Estado tiene mucha parte en la recaída del delito "¿No es verdad que se necesita un milagro para no reincidir? Y cuando el milagro se realiza, cuando el salido de la prisión no delinque más, durante un largo lapso de tiempo, cuando se ha tenido en el alma fuerza bastante

---

(1) Exposición de motivos, pág. 95.

(2) Herrera Op. cit. N.º 324, pág. 548 v. 549.



para resistir al ambiente envenenado y a la ignorancia, fundado en qué pretendéis agravarle la pena del segundo delito?" (1).

A su vez Garraud, arguye no sólo el debilitamiento de la impresión de la primera condena, sino con que la advertencia de la justicia no ha quedado sin efecto, ya que el delincuente no ha cometido nueva infracción durante un tiempo más o menos largo (2).

Zanardelli en su Progetto, opina que "quien observó buena conducta después de largo tiempo de haber cumplido la condena, no puede ser tratado como el que en breve intervalo recae en el delito". (3).

En suma, los fundamentos estriban: en la prescripción de la pena, en la corrección del sujeto, en la eficacia de la pena anterior, en la disminución de la impresión consiguiente a la condena, en la negligencia del estado.

Entre la prescripción y la reincidencia, hay diferencias notables. La primera se basa según la opinión más difundida, en la ineficacia de la represión tardía y en las dificultades inherentes a la prueba. La segunda, en la mayor temibilidad revelada por la realización de otro delito.

El segundo argumento es deleznable. La comisión de un nuevo hecho delictuoso ¿no es una prueba clara e intergiversable de su falta de corrección? Cuando una persona roba a los cuatro años de cumplir una pena de menor duración ¿no demuestra en forma perentoria e irrefragable, que no se ha operado la corrección invocada por la exposición de motivos, para purgar la reincidencia? ¿No hay un fondo de verdad en la expresión de Garófalo, cuando asevera que el intervalo del tiempo entre dos delitos no tiene importancia ordinariamente, aunque sí en rarísimos casos y que "el impulso criminal está pronto a reaparecer en la ocasión favorable?" (4).

Además, el fundamento de la reincidencia conduce a la tesis opuesta a la del Proyecto. Ya se acepte la doctrina del desprecio de la ley, ya la del estado peligroso, ya la de la insuñi-

(1) Herrera. Op. cit., N.º 324, pág. 560. ~

(2) Garraud. Op. cit. N.º 255, pág. 448 y 449; ver también Van Swinderen. Esquisse de droit penal dans les Pays Bas. T. 1, pág. 319.

(3) Zanardelli. Op. cit., LXIII, pág. 220.

(4) Garófalo y Carelli. Op. cit., pág. 339.



ciencia de la pena: todas conducen a la perpetuidad. La comisión de un nuevo delito, revela a un tiempo mismo la ineficacia de la pena anterior, el menosprecio a las normas legales y un estado peligroso más acentuado que el del delincuente primario.

En cuanto a las deficiencias de los regímenes carcelarios, a la culpa del estado, no puede tomarse en consideración. Las consecuencias que se desprenden de ella no pueden ser sino dos: o la reforma de la misma o la libertad del reo para evitar el contacto funesto de las cárceles.

El que ha cometido un nuevo delito no debe ser identificado al delincuente primario. Matteoti afirma con razón, que hay petición de principios en considerar que "el delincuente no debe reputarse reincidente, porque no recayó sino después de largo tiempo" (1).

El legislador belga decía "¿Un intervalo de tiempo destruye acaso la presunción de perversidad que pesaba sobre el delincuente, la víspera de cometer la segunda infracción? ¿Su culpabilidad se habrá aminorado por el hecho de haber esperado un tiempo dado para encontrar la ocasión favorable de ejercer su primera industria?" (2).

En concepto de Florián, el tiempo transcurrido no debe tenerse en cuenta porque la reincidencia sirve para conocer el carácter del delincuente. "¿Desde cuándo el tiempo destruye el hecho? pregunta. ¿El nuevo delito no destruye radicalmente la presunción de enmienda y de rehabilitación, que podría nacer del largo tiempo transcurrido?" (3).

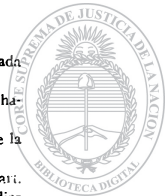
No obstante, en la legislación comparada, prevalece la tesis consagrada por el Proyecto, con las excepciones del Código francés, español, belga, egipcio, austriaco, griego y algunos cantones suizos; modificado el primero por la ley de 1891, y el tercero exceptúa a los delitos aunque no a los crímenes.

Pero aun admitiendo la solución más generalizada, los plazos del Proyecto no están al abrigo de la crítica: los de la pena perpétua son tan desmesurados que frisan en la práctica con la perpetuidad de la reincidencia, y los de las penas temporales

(1) Matteoti. Op. cit., pág. 326.

(2) Nypels. Commentaire et complément du code pénal belge. T. 1, pág. 96.

(3) Florián. Op. cit., pág. 141 y 140.



son tan exiguos que la pequeña criminalidad, la más inclinada a la reincidencia, quedará excluida del reino de ésta.

El Proyecto de Tejedor establece diez años después de haber sufrido la pena.

La Ley de Reformas dice: "Si han pasado diez años de la anterior condenación".

El mismo término establecen: el Código de Portugal (art. 85), la ley francesa de 1891 (art. 4), el Código italiano, diez años cuando la pena precedente excediera de cinco años de duración y cinco años en los casos restantes (art. 80).

Pero ningún Código acepta los términos de la prescripción, a no ser el belga en la excepción al principio que consagra, como también el noruego.

7° Según el tenor del art. 38 del Proyecto "el menor que no ha cumplido diez y ocho años, no puede ser declarado reincidente".

Es un corolario lógico de las ideas que palpitan en el derecho penal de los menores. Estos deben estar sometidos a medidas educacionales o disciplinarias, rara vez a medidas represivas. En consecuencia la minoridad penal importa una excepción a las reglas de la reincidencia.

Sin embargo, el espíritu que informa la disposición del artículo 38, está en pugna con el que respira en el apartado b) del art. 37, el cual aplica la represión a los menores de diez y ocho años, cuando cometieran delitos que no permitan la condena condicional.

8° A estar a la frase final del art. 50, ni el indulto ni la conmutación obstan a la reincidencia. Desde que ésta presupone, según la primera parte del mismo, una condena anterior y un nuevo delito, no vemos la necesidad de establecer expresamente en la ley que los indultados están regidos por las normas de la reincidencia. El indulto no borra el carácter delictuoso del hecho anteriormente cometido.

¿La amnistía está excluida de la reincidencia? Interpretando a contrario sensu la frase del art. 50, no es dudosa la afirmativa. Cuando se opera antes de dictarse la condena, la cuestión no ofrece dificultades porque falta el primer elemento de la reincidencia. ¿Pero cuando la amnistía surge después de la condena? El art. 61 del Proyecto resuelve el problema: la amnistía



extingue tanto la condena como sus efectos. De manera que la única utilidad que pudiera prestar la frase final del art. 50 está expresada en el mismo Proyecto. Por tanto, esa expresión es superflua y debe ser suprimida (1).

9º Con arreglo al art. 50, están gobernados por la reincidencia, los delitos militares, políticos y culposos. Esta interpretación la autoriza la frase, el que "cometiere un nuevo delito".

Por el contrario, el segundo apartado del art. 55 del Proyecto de 1906, establecía la exclusión de los delitos militares o políticos.

Estudiemos los primeros. Algunos autores, Manzini entre otros, prestigian la tesis consagrada por el Proyecto de 1906 (2), pero no conocemos ninguno que apoye la solución amplia del Proyecto de 1917.

Es preciso distinguir según la opinión más generalizada, entre los delitos militares previstos por las leyes penales y los delitos militares excluidos de la legislación penal. La desertión, la violación de consigna, la insubordinación, el abuso de autoridad, son hechos que no traducen un carácter criminal. En cambio el autor de un homicidio, estafa o robo, no difiere en nada del delincuente común.

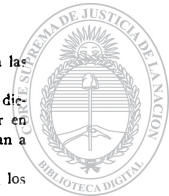
Aquéllos se reprimen para vigorizar la disciplina, son transgresiones eminentemente morales, y el derecho es un mínimo de ética. El art. 57 del Código penal belga, sienta la verdadera doctrina: "Las reglas establecidas para la reincidencia serán aplicables conforme a los artículos precedentes en caso de condenación pronunciada por un tribunal al militar por un hecho calificado de crimen o delito *por las leyes penales ordinarias y a una pena establecida por las mismas leyes*".

El Código penal argentino excluye las condenas "por delitos exclusivamente militares". La disposición debe ser mantenida.

10. El mismo autor antes citado excluye del imperio de la reincidencia los delitos políticos por cuanto los hechos que le dan

---

(1) Masucci, en Gli effetti giuridici del reato, en la Enciclopedia Pessina. Vol. III, parág. 436, hace la misma observación a



margen están sujetos a las variaciones de los gobiernos y a las mudanzas del tiempo (1).

En efecto, la posteridad suele cubrir con expresiones dadas por ardiente admiración al que sacrifica su bienestar en aras de un ideal, al mismo que sus contemporáneos exponían a todo linaje de oprobio.

Por lo demás, la próspera o adversa suerte, influye en los acontecimientos.

Sin dejar de reconocer la importancia de estas razones, estimamos juiciosa la solución del Proyecto, ya que la exclusión de los delitos políticos a las reglas de reincidencia estaría en contradicción con la gravedad de los hechos y con la severidad de las penas infligidas por la ley penal, como decía Zanardelli al prestigiar análoga disposición (2).

11. No distingue el Proyecto entre delitos culposos y dolosos. La culpa es una forma de actividad criminal: la repetición de hechos de esa naturaleza pone de relieve un carácter ligero y por ende temible. La cuestión no suscita discrepancia en doctrina. Pero, cuando se incurre en delito culposo después de condena por delito doloso o vice-versa ¿hay reincidencia? El Proyecto se resuelve implícitamente por la afirmativa aunque equivocadamente a nuestro juicio, ya que no hay nexo alguno entre ambos delitos: el uno supone la intención criminal, el otro excluye el dolo.

12. En cuanto a la penalidad de la reincidencia, ha sufrido singulares cambios en la legislación argentina.

Las leyes de Partidas, imponían a los reincidentes en los casos de robo o hurto, la pena de azotes, y cuando se trataba de ladrón conocido, la de muerte (3).

La Novísima Recopilación, aplicaba las penas de azotes y las perpetuas de galeras por la primera reincidencia del hurto (4), y Alvarez refiere que "por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como a ladrón famoso" (5).

(1) Manzini. Op. cit., pág. 518.

(2) Ver: Zanardelli. Relazione A. S. M. II Re. XLIX, pág. 62.

(3) Partida, VII, Tít. XIV, Ley XVIII.

(4) Novísima recopilación, libro XII, tít. XIV, Ley I.

(5) Alvarez. Instituciones de derecho real de España (adicionada por Dalmacio Vélez Sársfield), pág. 503.





Según el Proyecto Tejedor, la reincidencia aumentaba bien la cantidad, bien la calidad de la pena (Libro segundo, Título quinto, artículos sexto a noveno).

El Proyecto Villegas, García, Ugarriza, imponía el máximo de la pena señalada para el hecho (art. 100).

Para el Código penal, la reincidencia era motivo de agravación de la pena (art. 84, inc. 19).

Para la Ley de Reformas también es un agravante (art. 15).

La Ley 3335 sancionada el 19 de Diciembre de 1895 establecía que los reincidentes por segunda vez, cumplieran las penas en los territorios nacionales del Sud que designara el Poder Ejecutivo.

Empero, consagraba dos limitaciones: concernientes a la naturaleza de las penas y al lugar de la reincidencia. En efecto, se refiere a aquellos delitos reprimidos con penas correccionales o de prisión, por los jueces de la Capital o Territorios nacionales. El decreto promulgado por el P. E. el 3 de Enero de 1896, escogió la Tierra del Fuego, para llevar a cabo los propósitos que informaron la ley.

Además, privaba a los delincuentes de los beneficios resultantes del cómputo de la prisión preventiva.

En primer lugar, establecía una distinción inadmisibles para la justicia y el derecho: la del reincidente nacional y la del reincidente provincial.

En segundo lugar, la pena cumplíase a menudo en el viaje, "de suerte que el modo de cumplir la pena, le proporcionaba según la certera expresión del profesor Piñero, una excursión saludable, a la vez que pintoresca" (1).

El Proyecto de 1891 incorporó la deportación al régimen represivo, imponiéndola como accesoria de la última condena (art. 86).

A su influencia débese la sanción del art. 11 de la Ley de Reformas, el art. 57 del Proyecto de 1906 y el art. 52 del Proyecto que estudiamos.

13. El tenor de este último es el siguiente: "la relegación será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaran: 1° Dos condenas a reclusión

(1) Piñero. Reforma de la Legislación criminal, pág. 26.



o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años; 2º Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos; 3º Cuatro condenas a prisión siendo una de ellas mayor de tres años; 4º Cinco condenas a prisión de tres años o menores”.

De manera que la primer reincidencia es siempre un agravante según las normas del art. 41 inc. 2, y es objeto de la relegación por tiempo indeterminado según la disposición transcrita, consignada en el art. 52 cuando concurren el número de condenas que prefija.

14. A estar al apartado final del mismo, la relegación por tiempo indeterminado “se aplicará también como accesorio de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieran sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión”.

Aunque Carmignani, el gran criminalista que hiciera tanto ruido en los comienzos del siglo XIX, aseveraba que la distinción entre el concurso y la reincidencia contrariaba la teoría espiritualista y materialista así como el sentido común (1), todas las legislaciones y tentativas de legislaciones sin excluir el Proyecto, han aceptado la tesis contraria.

¿Por qué, pues, esta excepción a los principios generales? Reproduciremos, como la crítica más autorizada, estas palabras de Herrera, son decisivas e irrefutables: “La deportación es una medida de carácter represivo, que tiene por objeto sanear el ambiente penitenciario y desembarazar a 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 a la pena. El que ha cometido muchos delitos, podrá ser un gran criminal, pero la deportación no se hace contra los grandes criminales sino, volvemos a repetirlo, contra los incorregibles” (2).

La equiparación resulta más chocante si se recuerda que pueden caer bajo el imperio de la regla anterior autores de delitos leves. El que hubiera cometido tres delitos por culpa o

(1) Carmignani. *Teoria delle leggi*, T. III, pág. 227.

(2) Herrera. *Op. cit.*, N.º 333, págs. 563 y 564.



imprudencia y dos robos de pequeña importancia es segregado irremisiblemente por tiempo indeterminado, pena exorbitante que no consulta ni los dictados de la justicia ni las exigencias de la defensa social. La pena es una reacción contra la temibilidad revelada por el delincuente. ¿Acaso una pena adecuada a ésta, no basta a lograr el propósito perseguido por el Proyecto? Sólo cuando el delincuente hubiera dado pruebas inequívocas de inadaptabilidad social, procedería la segregación.

15. ¿Cuál es la duración de la pena de relegación? ¿El tiempo indeterminado que establece, implica la pena perpetua como sustenta Herrera (1), o importa la consagración de la sentencia indeterminada como cree Irureta Goyena? (2).

En realidad no es ni una ni otra. No es la primera, por cuanto el Proyecto cuando acuerda carácter perpetuo a la pena lo designa explícitamente como ocurre en los arts. 6, 9, 13, 44, 46, 56, 62, inc. 1, 65, inc. 1, 80, 214 y 215.

Además la exposición de motivos afirma "que la deportación es el presidio o la penitenciaría, la reclusión usando nuestro término genérico que se cumple en ushuaia" (3).

Finalmente, el antecedente nacional invocado por Herrera, adjudica límites a la indeterminación de la pena. El Proyecto Tejedor establecía: "La pena de presidio no puede imponerse por toda la vida sino por un número determinado o indeterminado de años. La condenación por tiempo indeterminado deja, sin embargo, al condenado la esperanza de merecer su libertad dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no incurrir en castigo por actos de maldad o desobediencia o da cualesquiera otra señal irrecusable de corrección. En estos casos puede obtener su gracia después de quince años de pena (art. décimo, Título segundo, parág. 2, Libro segundo).

La opinión del distinguido profesor de Montevideo, no tiene más visos de verdad especialmente interpretada a la luz de los antecedentes nacionales. El art. 73 del Código penal, establece que los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo

(1) Herrera. Op. cit., N.º 41, pág. 81.

(2) Irureta Goyena. Nouveau projet de code penal de la République Argentine, en Revue Penitentiaire, 1907, pág. 1230 y sgs.

(3) Exposición de motivos, pág. 39.



indeterminado, tendrán *derecho a pedir gracia* del resto de la pena cuando durante los ocho últimos años hubiesen dado prueba de una reforma positiva, después de sufrir quince años de condena.

De suerte que la enmienda del condenado no basta para obtener la libertad; es una gracia que se le otorga.

La Ley de Reformas en el art. 11, establece, que el deportado que justificare haber observado buena conducta durante quince años, obtendrá la exoneración de la pena.

Por el Proyecto de 1891, se fija el minimum de la deportación por tiempo indeterminado en veinte años (art. 29).

Por el Proyecto de 1906, el que justificare haber observado buena conducta durante quince años *obtendrá por auto judicial la exoneración de la pena* (art. 24).

El Proyecto de 1917, no fija minimum alguno, y la exposición de motivos no aporta elementos de juicio para dilucidar tan importante cuestión.

La expresión literal — tiempo indeterminado — indica que la duración no tiene un período definido y preciso, pero tampoco quiere decir perpetuidad de la pena. No es la sentencia indeterminada porque en ésta la liberación se basa en la presunción de enmienda, en la cesación del peligro, amén de que ninguna legislación la acepta en la forma amplia que pudiera desprenderse de la redacción del Proyecto sino que aceptan la sentencia relativamente indeterminada, es decir, fijando un maximum, y cuando por excepción se excluye ésta como en el Transvaal, existen comisiones especiales encargadas de seguir paso a paso la vida del culpable así como sus demostraciones de enmienda, y recién entonces conceden la libertad, pero con carácter provisional.

Creemos que el Proyecto debe fijar un minimum a la relegación indeterminada y precisar las circunstancias para obtener la liberación, la cual ha de ser condicional.

Una segunda consideración sugiere el art. 52, y es la falta de proporción entre los delitos cometidos y la represión impuesta. La relegación es una pena accesoria de la última condena, y el Proyecto fija taxativamente el número y calidad de los delitos que le dan origen. Estas reglas aritméticas introducidas en las legislaciones, son arbitrarias y peligrosas. El legislador usur



pa funciones que corresponden al juez. Implica retrotraer los tiempos medioevales y modernos, las teorías consagradas por los estatutos italianos y franceses, por el art. 161 de la Carolina por la jurisprudencia de los prácticos, los cuales establecían el suplicio capital para la tercera reincidencia del robo porque “delictorum frequentia delinquentis incorreggibilitatem denota”. La incorreggibilidad sólo puede ser determinada por la autoridad judicial. El estudio del delincuente realizado por el juez, es el más eficaz y el más justo. El número de los delitos constituye un elemento precioso, pero no el único para escudriñar el estado peligroso del reincidente.

Por otra parte, antes de destinar la relegación es menester apurar todos los procedimientos para lograr la enmienda. ¿Cómo es posible operar la reforma con regímenes carcelarios asaz deplorables, más a propósito para corromper que para corregir? ¿Por qué no ensayar su adaptación al ambiente social mediante un régimen apropiado en establecimientos adecuados?

Finalmente, la relegación excogitada por el Proyecto para defenderse de reincidentes llamados incorregibles no está a cubierto de la crítica. El origen de esta pena se encuentra en la ley francesa promulgada en 1885, la cual establecía la deportación perpetua de los delincuentes que llegaran a cierto número de reincidencias. A pocos años de sancionada la ley, críticos autorizados no ocultaban sus opiniones adversas (1). La experiencia posterior ha confirmado las objeciones que levantara la aplicación de la misma.

Cuche, en su aplaudida obra refiere la aversión que abrigan los jueces por aplicar esta pena ilimitada y la marcada tendencia a restringir su uso (2).

Roux, profesor de la Universidad de Estrasburgo, en un libro recientemente publicado se expide así: “atendiendo a sus resultados prácticos, puede afirmarse que la relegación después de más de treinta años de experiencia, no ha hecho bajar el nivel de la criminalidad y que la metrópoli ha guardado los mal-

---

(1) Ver: Berard. Resultats de la loi du 27 May 1885, sur la rélegation de récidivistes, en Archives d'Antropologie criminelle, 1897, y la discusión de la Sociedad de Prisiones, en Revue Penitentiaire, 1897 y 1898.

(2) Cuche. Traité de science et de législation pénitentiaires, 1896, 497.



hechores habituales a consecuencia de la repugnancia de la justicia a la aplicación rigurosa de esta pena eliminadora sin que haya creado en las guayanas obra seria de colonización, porque no se coloniza con la servidumbre penal". El relegado expatriado, agrega, moral y físicamente disminuido a consecuencia de una vida de pereza o de intemperancia, posee menos aptitudes de colono que el forzado condenado a la transportación por un primer crimen (1).

Y los juicios de tan reputados expositores traducen la opinión dominante entre los escritores franceses.

16. ¿Cómo encaran la reincidencia habitual los antecedentes extranjeros? Veámoslo.

A fin de recoger elementos de juicio para la elaboración del Proyecto suizo, Guillaume cediendo a las instancias de Stooss, levantó una encuesta entre los directores de las penitenciarías suizas. En el cuestionario inquiría, si la detención ejercía saludable influencia sobre los penados y cuáles medidas deberían arbitrase contra aquellos delincuentes refractarios a las penas (2). Las conclusiones fueron las siguientes:

1º Hay reincidentes insensibles a la detención pudiendo considerarse como incorregibles. Se reclutan sobre todo entre los condenados por robo, estafa y delitos contra las costumbres;

2º La defensa social exige privarlos de libertad durante un espacio de tiempo prolongado, para habituarlos a una vida regular y someterlos a la disciplina del trabajo;

3º La duración debiera ser, bien ilimitada, bien con diez años como minimum y veinte como maximum.

4º La libertad sólo se concedería a los que hubieran dado pruebas serias de enmienda bajo la vigilancia de un patronato y con liberación condicional.

5º La confederación debía crear establecimientos especiales para los reincidentes peligrosos y una o dos casas de trabajo para los menos peligrosos.

Ocioso es añadir que las observaciones apuntadas no cayeron en saco roto, y los textos del Proyecto suizo procuran traducirlas en realidad.

En rigor de verdad, el delincuente habitual no es un in-

(1) Roux. Cours de droit pénal et de procédure pénale, pág. 353.

(2) Ver. Revue Pénale Suisse, 1893. T. VI, pág. 292.



corregible sino un incorregido, como decía Doña Concepción de Arenal, en el Congreso de San Petersburgo. La delincuencia habitual pone de relieve la ineffectividad de los medios arbitrados hasta ahora, pero no excluye la posibilidad de lograr la enmienda mudando de táctica. Sólo cuando la sociedad haya agotado estérilmente todos los recursos aconsejados por una prudente política criminal, debe recurrir a los recursos heroicos: a la segregación del individuo del seno de la sociedad.

No es ocioso el estudio de la legislación comparada, principalmente del Código noruego donde despunta las modernas doctrinas sobre tan importante materia, de Inglaterra, Transvaal y de los Proyectos modernos, singularmente el suizo, todos los cuales arrojan clara luz en esta transcendental materia.

Por el art. 65 del Código noruego: "cuando alguien se ha hecho culpable de varios crímenes o tentativas criminales, castigados por los artículos . . . . ., el tribunal puede plantear al jurado la cuestión de saber si el autor de esos actos, *en razón de la naturaleza de los crímenes, de los móviles que lo han determinado, de los instintos que revela, debe ser considerado como especialmente peligroso para la sociedad o para la vida, salud y bienes de los particulares*". A ser afirmativa la respuesta, autoriza una detención suplementaria "que no comenzará a correr sino desde el día en que la pena haya terminado", la cual, "durará tanto tiempo como sea necesario, aunque no podrá exceder el triple de la duración de la pena ni el término de quince años".

Y la ley del 12 de Diciembre de 1903 al reglamentar el art. 65 establece que los condenados pueden ser liberados condicionalmente a la terminación de la pena fijada en la sentencia, *cuan-do se presume que esto pueda realizarse sin peligro*. Si transcurridos cinco años el delincuente no hubiese cometido nuevo delito ni hubiera sido arrestado por la policía, la libertad condicional se convierte en definitiva. Si el delincuente se hubiera hecho acreedor a la imposición de la detención suplementaria, será condenado a una casa de trabajo, donde todos los años se examinará la posibilidad de liberarle (1).

Véase, pues, cómo el estado peligroso es la base de la deten-

(1) Ver: Vidal. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, pág. 616, N.º 2.



ción suplementaria y de la liberación condicional, cómo el carácter del criminal determina la latitud de la pena y un régimen especial en casa de trabajo, por cierto mucho más eficaz que la relegación consagrada por el Proyecto argentino.

Bien dice, el profesor Ramos, en éste "el delincuente desapparece como entidad específicamente peligrosa para no ser otra cosa que una ficha en un legajo de antecedentes" (1).

En esta ligera revista de los antecedentes extranjeros merece especial mención la ley dictada en Inglaterra el 21 de Diciembre de 1908.

En su segunda parte encara con solicitud y circunspección el problema de la delincuencia habitual. Conceptúa habituales, aquellos criminales que han sido condenados tres veces por crimen, siempre que en opinión del jurado, sean culpables de llevar una vida "persistentemente inmoral y deshonesta" y tengan más de diez y seis años de edad, y aquellos que han sido condenados anteriormente a la prevention detention (art. 10). Esta es una detención suplementaria de cinco a diez años reservada a los condenados a trabajos forzados que constituyen un peligro para la sociedad. Recluidos en lugares especiales y con un régimen que propende a su corrección deben ser empleados en trabajos adecuados, a fin de que puedan ganarse honradamente su vida después de la liberación (art. 13).

El Secretario del Estado, examina la situación de las personas colocadas en prevention detention una vez cada tres años, entregando a la libertad condicional aquellos que hubieran observado buen comportamiento. En estas circunstancias quedan colocados bajo la vigilancia de la autoridad, de una sociedad o de un simple particular, designado en la orden de la liberación y sometidos a ciertas normas de conducta (art. 14). El quebrantamiento de éstas comporta la revocación de la libertad; la observancia de las mismas, la liberación definitiva (art. 15 y 16). Esta se opera de pleno derecho, a los cinco años (2).

En Austral'a, dictóse una ley en 20 de Septiembre de 1905, regulando la detención y vigilancia de los delincuentes habituales. Son declarados tales, los sentenciados por quinta vez. A la

(1) Ramos. En el Proyecto de Código Penal, pág. 218.

(2) Ver la Ley Annuaire de la législation étrangère. *Leyes de 1908*, pgs. 22 a 24 y *Revue pénitentiaire*, 1908, pgs. 972 a 974.





expiración de la pena impuesta en la sentencia, son detenidos hasta que el director del establecimiento los considere suficientemente corregidos.

La libertad, asimismo, es provisional y sólo después de dos años de conducta irreproachable obtiene la libertad definitiva (1).

El Transvaal, por ley 21 de Julio de 1909, sigue las huellas trazadas por Australia, constituyendo sus disposiciones "el paso más audaz, que se haya dado hasta la fecha, en cualquier país de la tierra, en materia de sentencia de carácter indeterminado" (2). Es considerado delincuente habitual el condenado en la colonia o fuera de ella en dos o más ocasiones, siempre que cometa nuevamente uno de los delitos especificados por la misma.

El criminal habitual será condenado a reclusión con trabajos forzados por tiempo indeterminado, no pudiendo ser libertado sino cuando la comisión de vigilancia presente al gobernador un informe donde ponga de relieve "que se puede suponer razonablemente, que el delincuente habitual no cometerá más delito y que llevará una existencia útil o laboriosa o sino que se encuentra en estado de no cometer más crímenes o que es conveniente la libertad por una u otra razón". El gobernador podrá ordenar la libertad "durante cierto tiempo", con o sin restricciones. Las transgresión de las normas impuestas conduce nuevamente a la reclusión "como si jamás hubiera sido libertado. El que observa airoosamente el período de prueba "no será considerado más como delincuente habitual".

El Proyecto austriaco de 1909, establece "que el que ha sufrido a lo menos dos penas criminales y cometa otro crimen en el término de cinco años desde el último, *puede ser sometido*, después de la nueva condena, a una relegación suplementaria de tres a diez años, si el nuevo hecho delictuoso da a entender que *el reincidente sea peligroso y que no se abstendrá de cometer en el futuro nuevas acciones delictuosas*" (parág. 38). El mismo párrafo exige que se trate *del mismo delito* o de los delitos enumerados en los caps. 17, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 33, y 34; es decir: a la falsificación de monedas, actos contra las buenas

(1) *Annuaire de la législation étrangère, leyes de 1906, págs. 802 y 503.*

(2) Ver Raimos. Op. cit., pág. 218, el cual transcribe el texto.



costumbres, actos contra el cuerpo y la vida, robos y actos análogos, extorsión, rapiña, fraude, quebrados, usura (1). Por cierto esta enumeración es criticable.

El Proyecto alemán de 1909 dispone en el párrafo 89, que al delincuente profesional y habitual, se le impondrá la pena de reclusión *por un tiempo no inferior a cinco años*, cuando comete un crimen, y si es un delito, la reclusión de dos a diez años. Serán internados en establecimientos penales exclusivamente reservados a ellos. Entiende por delincuente profesional y habitual, al que después de haber sido castigado cinco veces por crimen o delito voluntario, y una vez por lo menos a reclusión habiendo sufrido la última pena después de los tres últimos años, comete un nuevo crimen o delito voluntario.

Según el Proyecto servio de 1910 "el súbdito servio que ha sido condenado por lo menos tres veces, a causa de *delitos dolosos* y después de cumplir la última pena, comete de nuevo *un delito doloso*, puede ser retenido en el establecimiento penal por un tiempo indeterminado, después del cumplimiento de la *nueva pena impuesta*, cuando en razón de los actos cometidos y de su conducta, *se puede suponer que no dejará de cometer otra infracción*, y por tanto que es *perigroso para la sociedad*. Cuando el retenido ha cumplido una pena de más de cinco años o cuando siendo ésta más corta ha expiado cinco años enteramente, *podrá ser condicionalmente liberado, si se puede suponer que no cometerá una nueva infracción*. Los reclusos deben ser custodiados en establecimientos especiales o en pabellones especiales de los establecimientos penales y estarán rigurosamente obligados a trabajar" (1).

El Proyecto suizo, supera a todos los Proyectos y Códigos modernos, por la amplitud de miras, la sabiduría de sus normas y la cordura de sus decisiones (art. 42). He aquí sus principios dominantes:

1º Atiende principalmente al estado peligroso del delincuente exteriorizado no por la cantidad de delitos como en el Proyecto argentino sino por la inclinación al delito, a la mala

(1) Ver: Van Swinderen. Esquisse de droit penal dans les Pays Bas et a l'étranger. T. 8. Proyecto austriaco de 1909, parág. 38.

(2) Ver Jimenez de Asúa. La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas, págs. 128 y 129.



conducta o a la holganza cuando incurra en nuevo delito después de haber sufrido varias penas privativas de libertad.

2º Acuerda al juez facultades amplias, los cuales, pueden hacerle sufrir la pena impuesta o decretar su envío a una casa de internado exclusivamente destinada a este fin.

3º Esta medida de seguridad es de carácter indeterminado; la duración no puede descender de cinco años si es internado por primera vez, y de diez años si es la segunda internación.

4º El internado está sometido a un régimen especial de trabajo en común atendiendo a sus aptitudes y respondiendo al propósito de ponerlo en condiciones de subvenir a sus necesidades después de la liberación.

5º La liberación es facultativa, condicional y subordinada a ciertas normas. En efecto, la autoridad competente, después de haber requerido la opinión de los funcionarios de la casa, podrá liberarlo "si puede preverse que no reincidirá". La duración de la libertad condicional, se prolonga por tres años. Si quebranta las reglas de conducta que le fueron impuestas o si se sustrae obstinadamente al patronato o con mayor razón, si reincide, el juez podrá ordenar su reintegración en el establecimiento.

17. Recogiendo las enseñanzas que se desprenden de los antecedentes expuestos, creemos que el Proyecto argentino debe consagrar los siguientes principios:

a) Abandonar al juez la tarea que confiere al legislador: aquél, parando mientes en el delincuente debe estar facultado para aplicar la pena o la medida de seguridad como en el Proyecto suizo.

b) El estado peligroso del delincuente, único guía del régimen a instituir ha de colegirse del número de las condenas impuestas, de los móviles determinantes, de los instintos criminales y de los antecedentes del condenado, como ocurre en el Código noruego, aunque sin especificar los delitos que han de originar la medida de seguridad.

c) La internación en establecimientos especiales con un régimen de trabajo adecuado a las aptitudes del delincuente y con el objeto de convertirlo en un elemento útil, tal debe ser la finalidad de su encierro como ocurre en la ley inglesa, en



la Ley dictada por Transvaal, y en las disposiciones del Proyecto suizo.

d) La duración debe ser determinada en el *minimum* y relativamente indeterminada en el *máximum*, debiendo otorgarse la libertad con carácter facultativo, provisional, y sujeta a determinadas normas.

En estas condiciones podrá cumplirse el programa sustentado por el derecho penal en formación respecto de los delinquentes habituales; enmienda de los corregibles e inocuidad de los incorregibles.

18. Vanas son las providencias del legislador si no adopta las precauciones necesarias para dar vida a las disposiciones que consagra. La reincidencia no sólo sirve para infligir un régimen jurídico más severo, sino también para excluir de los beneficios que comporta la condena condicional. Luego, el celo de los redactores debió aplicarse a hacer efectiva la compradación de la reincidencia.

Al Congreso compete dictar una ley general. La Constitución confiere al mismo, la facultad de dictar el Código penal. Luego, reconoce implícitamente, que éste puede dictar disposiciones tendientes a cumplir sus preceptos. Así en numerosas leyes de fondo, el Congreso introduce normas procesales que son acatadas por las provincias; las leyes del sistema métrico decimal, de extinción de la langosta, de policía sanitaria; hasta el Código civil y el comercial traen reglas procesales.

Basta citar el Código de procedimientos de la Capital, para comprender cuán rezagada marcha la legislación argentina en el concierto de la legislación comparada.

Según el art. 270 del Código de procedimientos criminal "si el presunto reo al recibirle declaración, negare su nombre y apellido, su nacionalidad y domicilio o lo fingiere, se procederá a identificar su persona por medio de testigos de reconocimiento o en su defecto por los medios que parezcan oportunos".

El candor de la ley es evidente. ¿Cómo conoce el juez la ficción? ¿Luego, cuáles son los medios que pondrá en juego? El código no lo dice, y en la práctica recurrese a los deficientes informes de la policía.

Afortunadamente, a la República Argentina corresponde la gloria de haber descubierto un sistema de identificación, que

ha granjeado al pronto la adhesión de los tratadistas. El autor es Juan Vucetich (1), el fundamento: la impresión digital (2). Es un procedimiento claro, práctico, sencillo y económico que urge implantar con carácter nacional.

Como complemento de un buen sistema de identificación, debe crearse el registro de reincidentes. El Proyecto suizo, llega hasta incorporar a sus disposiciones varios artículos referentes al casillero judicial que tarda ya en implantarse entre nosotros. Por tanto, el Congreso debe encarar y resolver el problema de la comprobación de la reincidencia y su corolario, el registro de reincidentes. Ninguna oportunidad más propicia para consagrarla en estos instantes.

A la Cámara de Senadores corresponde reparar la negligencia de la Cámara de Diputados si se decide a sancionar el Proyecto de 1917.



TITULO IX

CONCURSO DE DELITOS



1.º CONCURSO IDEAL Y CONCURSO REAL.—CRITICA AL ARTICULO 54.—2.º CONCURSO REAL PENAS DISTINTOS SISTEMAS.—3.º CONCURSO CUANDO LA PERSONA ESTA CUMPLIENDO LA PENA POR OTRO HECHO DISTINTO.—4.º JURISDICCION.

1º Según el art. 54 del Proyecto: “cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

El Proyecto de 1891, fuente del artículo mencionado, en la exposición de motivos explica así el alcance del mismo: “La razón de la primera parte del artículo, es que una es la resolución del agente, y uno el hecho que ha ejecutado. Si hay unidad de hecho y unidad de resolución, lo que importa decir que hay unidad de delito, debe aplicarse una sola de las leyes o disposiciones violadas. ¿Cuál? La que establece la sanción más severa porque es la destinada a amparar el más importante de los derechos lesionados” (1).

Por lo demás, los arts. 55 y 56 se refieren a “hechos interdependientes”, de suerte que cuando hay nexo de causalidad entre los actos realizados, éstos caen bajo la regla de lo que la doctrina tradicional denomina concurso ideal o formal, y lo que Liszt en Alemania y Tuozzi en Italia, llaman concurso aparente. Una persona injuria o calumnia en un mismo libelo a dos funcionarios públicos, o mata dolosamente de un solo disparo a dos contrincantes; según el Proyecto, hay concurso ideal.

---

(1) Exposición de motivos, págs. 92 y 93



y, por tanto, el delincuente, es considerado como autor de un solo delito.

Largamente se discute acerca de la naturaleza jurídica del concurso ideal. La doctrina dominante en los Códigos se cura sólo de la acción sin parar mientes en el fin querido por el agente. Por el contrario, reputados expositores prescinden de la materialidad de la acción para atender principalmente a las intenciones criminales del autor. Así en los ejemplos propuestos, hay dos delitos, un verdadero concurso real, por cuanto dos son los propósitos del delincuente.

Los jurisprudencias alemanes, fueron los primeros en reaccionar contra la distinción entre concurso real y formal tachándola de deleznable en sus fundamentos y errónea en sus conclusiones.

Köstlin y Habermaas, sostienen que entrambas no hay diferencia alguna, ya consideradas desde el punto de vista subjetivo, ya desde el punto de vista objetivo, puesto que producen el mismo daño y ponen de relieve la misma culpabilidad.

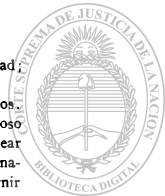
A estar a Von Buri, basta la pluralidad de lesiones jurídicas, para aplicar al delincuente el régimen represivo del concurso real.

La unidad del hecho criminal no puede sustraer al delincuente de las normas consideradas justas para reprimir varios delitos.

¿Pero, cuando hay pluralidad de lesiones jurídicas y, por consiguiente, pluralidad de delitos? Según Buri, es menester una pluralidad de causalidades, las cuales se aprecian por las modificaciones que la acción ha producido en el mundo exterior, en otros términos, por los efectos que produce. Si uno es el efecto, una es la determinación criminal; si varios son los efectos, varias son las determinaciones criminales.

El error de Buri, como lo reconocen Liszt e Impallomeni, estriba en asimilar la acción con el resultado. Así en el estupro violento, acompañado de incesto, ejemplo propuesto por Buri; hay una sola determinación criminal: satisfacer el apetito sexual; no obstante, dos son las lesiones jurídicas: una al vínculo familiar, otra al pudor.

El que penetra en morada ajena con el propósito de robar, incurre en la transgresión de dos normas jurídicas: la inviolabi-



lidad del domicilio y la inviolabilidad del derecho de propiedad sin embargo hay un designio criminal.

Impallomeni, redondea la doctrina y corrige sus defectos. El eminente criminalista italiano, concuerda con el prestigioso criminalista alemán, en que la unidad del hecho puede acarrear la comisión de varios delitos, y en consecuencia, quedar gobernados éstos por las normas del concurso real. Pero para discernir la unidad de la pluralidad de delitos, no repara en los efectos producidos sino en el fin perseguido por el agente. La base angular de su teoría, es eminentemente subjetiva y no objetiva como la de Buri. A dos postulados puede reducirse la doctrina que sustenta con transparencia de estilo y acopio de razones. 1º Malgrado la unidad del hecho, hay pluralidad de delitos y por consiguiente, pluralidad de lesiones jurídicas, cuando varios han sido los fines inmediatos perseguidos por el delincuente. 2º A despecho de la pluralidad de lesiones jurídicas, hay un solo delito cuando el hecho es el producto de una sola intención criminal. Así en los ejemplos citados hay un solo delito, porque uno es el fin perseguido por el delincuente.

La unidad del hecho, pues, no excluye la pluralidad de intenciones criminales, y, por lo tanto, la pluralidad de delitos. Si en el caso de varias acciones criminales (concurso real), hay tantas determinaciones y tantos delitos, cuantos fines criminales se propone el delincuente, ¿por qué esta regla debe ser violada, cuando la multiplicidad de fines delictuosos se ha logrado con una sola acción? Con una sola acción criminal pueden cometerse varios delitos. El hecho es el medio, el instrumento para granjear un resultado. Lo que da rasgos distintivos a los delitos es la transgresión intencional de las normas jurídicas, y no la naturaleza de los medios empleados para violarla.

Como con una pluralidad de acciones puede obtenerse un solo delito, como ocurre en el delito continuado, porque existe unidad en la intención criminal; así también con una sola acción pueden cometerse varios delitos, por la variedad de las intenciones criminales.

Masucci, también dirige vivas críticas al criterio tradicional: adoptando un temperamento un tanto empírico. Es preciso distinguir, caso por caso, teniendo por guía la escindibilidad de la lesión jurídica producida mediante la única acción. Cuando





con una sola acción positiva o negativa se han producido varias lesiones jurídicas de diversa o igual naturaleza, pero materialmente inseparables, la responsabilidad penal del delincuente se determina por la lesión más grave, teniendo en cuenta las otras lesiones para agravar la pena. Cuando la lesión producida no es materialmente inseparable, se aplica las reglas del concurso real, excepto en el caso especial, en que el legislador no crea oportuno considerar una lesión como agravante de la otra (1).

La tesis auspiciada por Impallomeni es la más lógica. No hay diferencia alguna entre el delincuente que mata alternativamente a dos semejantes valiéndose de acciones distintas, y el delincuente que mata simultáneamente a dos personas mediante un hecho único. Si nos curamos del elemento objetivo, vale decir, del daño social, no hay diferencia alguna. Si atendemos al elemento subjetivo, al estado peligroso del delincuente, arribamos a la misma solución. El medio empleado no puede tener la virtud de modificar la naturaleza de los hechos delictuosos. Es tan peligroso el que injuria con un vocablo a dos personas, como el que emplea dos acciones para conseguir el mismo resultado.

El Código italiano en el art. 78, y el Proyecto suizo de 1908, aceptan sin reservas las nuevas enseñanzas. Sin embargo, este último ha sido modificado en las discusiones de 1915 y 1916.

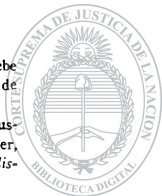
Conviene advertir que los términos literales del Proyecto argentino no discrepan sino ligeramente del texto incorporado al Código italiano. No obstante, llegan a soluciones opuestas, explicadas por sus antecedentes.

La exposición de motivos del Proyecto de 1891, toma como punto de partida la intención, la resolución criminal, pero incurre en equivocación al presuponer una sola intención cuando el hecho viola dos disposiciones legales.

Por el contrario, Zanardelli, en su Relación al Rey, e Impallomeni en sus comentarios, reconocen que el artículo 78, da a la palabra *hecho*, un alcance distinto.

El primero, dice: "donde existe pluralidad de hechos con

(1) Ver Masucci en el Digesto Italiano, Vol. VIII, parte 1, número 47, págs. 410 y 411.



pluralidad de derechos lesionados y de leyes violadas, allí debe existir pluralidad de delitos con las consecuencias penales de que derivan".

"Por el contrario, la teoría de la prevalencia recibe su justa aplicación cuando se verifica la hipótesis del art. 78, a saber, cuando se tenga *un mismo y único hecho que viole diversas disposiciones legales*" (1).

Impallomeni, agrega, "la expresión *hecho* usada por el art. 78 del Código italiano, repudia la doctrina de lo que se llama concurrencia ideal del delito. No es la unidad de la acción lo que determina la aplicación de la pena más grave sino la unidad del hecho. Si con una sola acción se han ocasionado varios hechos criminales, hay un verdadero concurso real. En conclusión, no hay que confundir la unidad del hecho con la unidad de la acción. Si con un golpe de fusil, se propone matar y mata contemporáneamente a dos personas, hay dos homicidios distintos y no un solo homicidio: un homicidio consumado y otro frustrado si hay una sola muerte, y dos homicidios frustrados, si no logra sus propósitos" (2).

2º Según el art. 55, "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 a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del maximum legal de la especie de pena de que se trate".

Por el art. 56, "cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de presidio temporal, en que se aplicara presidio perpetuo".

Cuatro son los sistemas preconizados por la doctrina: el del cúmulo material, el del cúmulo jurídico, el de la absorción y el de la pena única progresiva.

(1) Zanardelli. *Relazione A. S. M. II Re, XLIV y XLV*, pág. 58.

(2) Impallomeni. *Il codice penale italiano illustrato*, T. I. N.º 151.

El primero aplica la suma resultante de las penas correspondientes a los delitos cometidos. El segundo, bien aplica la pena del delito más grave elevada un tanto, bien suma las penas, disminuyendo el resultado, no faltando quienes propugnan complicadas operaciones aritméticas. El tercero aplica la pena del delito más grave. El cuarto conmina una pena única aumentada progresivamente.

El sistema del cúmulo material, expone a convertir la multa en confiscación, y la pena temporal en pena perpetua. Los autores de delitos leves, podrían ser reprimidos como el autor de un delito grave.

El sistema de absorción, consagrado por el art. 365 del Código de Instrucción criminal francés, no satisface ni los principios de justicia, ni las exigencias de la defensa social. No es justo conminar con la misma pena al que comete un solo delito con el que comete el mismo delito a más de otros menores. Luego, la comisión del delito más grave importa un bono de impunidad para cometer delitos leves.

El del cúmulo jurídico, presenta aunque atenuados, los inconvenientes del cúmulo material.

El sistema más racional, es el de la pena única progresiva, consagrado por el Código italiano. La pena es una reacción social contra una acción criminal. Persigue un doble fin; de prevención general y de prevención particular. Una sola pena puede bastar para readaptar al delincuente. La defensa social se ejerce contra el delincuente y no contra el delito. El estado peligroso debe ser el cartabón de la imputabilidad.

El sistema del cúmulo jurídico, implantado por el Proyecto, lleva a soluciones injustas. El autor de un homicidio puede ser reprimido como el autor de varios homicidios.

¿Los redactores se han propuesto estimular la delincuencia? Merced al cúmulo, los autores de delitos leves, pueden sufrir tanta pena como los autores de un delito grave; sin embargo, la temibilidad es bien diferente.

El Proyecto debe consagrar el sistema de la pena única progresiva. Zanardelli, en la Relazione ministeriale, decía: "que era un sistema menos incierto, más justo y más conforme a los fines de la represión. Con él se logran dos objetos: por un lado, evitar los inconvenientes derivados del cúmulo absoluto de



la pena, y por otro, evitar la absorción de la pena inferior por la mayor, de suerte que cualquier delito por mínimo que sea no consiga escapar a la balanza de la justicia" (1).

Y Villa, en la *Relación* de la cámara de diputados, agregaba: "Este principio tiene un fundamento rigurosamente jurídico, los delitos no se acumulan ni se absorben, sino que operan un daño social progresivo" (2).

Herrera, preconiza el sistema único progresivo con argumentos ilevantables. "La ley, cuando fulmina una pena, se propone defender a la sociedad contra un delincuente más o menos peligroso y en proporción al peligro que él ofrece, no castiga el delito sino el delincuente a 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" (3).

3º El art. 58 establece que "las reglas precedentes (refiérese a la de los arts. 55, 56 y 57) se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto".

La disposición tiende a evitar la acumulación material de las penas, cuando el delincuente está cumpliendo la condena. La justicia que informa el artículo es evidente por lo que reputamos ocioso entrar en mayores consideraciones.

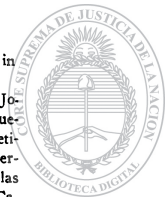
4º Las reglas del concurso, también serán aplicables, "cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes, con violación de dichas reglas". "Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar a pedido de parte su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la

(1) Zanardelli. *Relazione ministeriale presentato alla Camera dei Deputati*, XCIV.

(2) Villa. *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati*, paráfg. XCIV.

(3) Herrera. *La reforma penal*, N.º 366, págs. 590 y 591.





justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso" (art. 58, parte final).

La disposición del Proyecto, sugerida por el profesor Jofré, tiene por objeto impedir que las normas del concurso queden a un lado, cuando los hechos delictuosos han sido cometidos en jurisdicciones diferentes. En la actualidad, si una persona ha cometido dos homicidios en la Capital, se aplican las reglas del concurso, en tanto si ha sido cometido uno en la Capital y otro en la provincia, los jueces aprecian los hechos separadamente.

Como bien dice la exposición de motivos, tiende a evitar "a que teniendo un solo Código para toda la nación, hechos iguales den lugar a consecuencias diferentes" (1), pues "un Código penal no será único en el país como lo quiere la Constitución, si puede dar lugar a resultados divergentes en su aplicación, por razón de tribunales destinados a aplicarlos" (2).

Sin embargo, podrían presentarse algunos escrúpulos constitucionales. El art. 67 de la Constitución acuerda al Congreso la facultad de dictar los Códigos: penal, civil, comercial y de minas, sin que "tales códigos alteren las jurisdicciones locales". No obstante, tomado al pie de la letra conduciría a resultados inadmisibles y en la vida práctica de las instituciones se nota cierta tolerancia. El Código civil establece la competencia de los jueces del domicilio respecto de los juicios personales contra una sucesión (art. 3284) y la ley de quiebras sienta el mismo principio respecto de la convocación de acreedores (art. 6). La jurisprudencia de los tribunales federales, ha alterado también las jurisdicciones locales en casos especiales, como lo recuerda E. Sánchez; así los delitos llevados a cabo por los cónsules y vice-cónsules extranjeros corresponden a la jurisdicción federal, mientras los coparticipantes caen bajo la jurisdicción ordinaria, pero la Suprema Corte ha resuelto la competencia de la justicia federal aun respecto de los cómplices (Fallos de la Corte Suprema de Justicia, T. XIX, pág. 187 y T. XX, página 357) (3).

(1) Exposición de motivos, pág. 85.

(2) Exposición de motivos, pág. 96.

(3) Ver: E. Sánchez, en el Proyecto de Código penal de 1917, pág. 473.

Jofré recuerda que la Suprema Corte de Justicia ha resuelto también que de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 4507 sobre reformas a la carta orgánica del Banco de la Nación Argentina, éste en sus gestiones judiciales para la liquidación del Banco de la Nación Argentina, puede optar, cuando es demandante, por la jurisdicción local (T. 117, pág.72) (1).

En suma: la segunda parte del artículo 58, tiende a evitar que por la dualidad de jurisdicciones se proporcione la pena no a la naturaleza de los delitos ni a la temibilidad del delincuente, sino a circunstancias adventicias como el número y calidad de los juzgadores.

---





## TITULO X

**EXTINCION DE LAS ACCIONES Y DE LAS PENAS**

1.º EXTINCION DE LAS ACCIONES Y DE LAS PENAS EN EL CODIGO PENAL Y EN EL PROYECTO. — 2.º MUERTE DEL IMPUTADO. — 3.º AMNISTIA. — 4.º PRESCRIPCION. — 5.º PLAZOS DE LA PRESCRIPCION. INCONGRUENCIAS. ERRORES. — 6.º ¿DESDE CUANDO CORRE LA PRESCRIPCION CUANDO TRANSCURRE CIERTO TIEMPO ENTRE LA COMISION Y LA CONSUMACION DEL DELITO? — 7.º INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. — 8.º CRITICA AL ART. 67. — 9.º RENUNCIA DE LA PERSONA OFENDIDA. — 10. MATRIMONIO SUBSIGUIENTE EN LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD. — 11. — RETRACTACION DE LAS INJURIAS Y CALUMNIAS. — 12. INDULTO. — 13. PERDON DE LA PARTE OFENDIDA

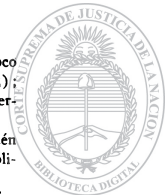
1º Ningún título del Código en vigencia encara tan importante materia. Fuera de la prescripción y de algunas disposiciones esparcidas en distintos capítulos, la dilucidación de los problemas que plantea la extinción de las acciones y de las penas, queda librado al criterio variable de las leyes de procedimientos. El Proyecto colma tan sensible laguna, acordando al punto la trascendencia que merece. A estar al artículo 59, la acción penal se extinguirá 1º por la muerte del imputado; 2º por la amnistía; 3º por la prescripción; 4º por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

Sin embargo, existen otros medios como el matrimonio subsiguiente en los delitos contra la honestidad (art. 132), la retractación pública antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo en los delitos de injuria o calumnia (art. 117), y la cosa juzgada, legislada por los Códigos de procedimientos criminales.

En cuanto a la extinción de las penas, el Proyecto ocupase de la prescripción (art. 65), de la amnistía (art. 61); del indulto (art. 68); del perdón de la parte ofendida en los delitos







de acción privada (art. 69) ; cuando el penado se volviera loco y durante el tiempo de la locura se cumpliera la pena (art. 25) ; cuando transcurriera el término de la condena, sin que la libertad condicional hubiera sido revocada (art. 16) .

Aunque el Proyecto no lo dice por razones obvias, también se extingue la pena por la muerte del condenado y el cumplimiento de la condena.

Nos ocuparemos primero de las causas comunes de extinción de las acciones y de las penas: muerte del imputado, amnistía y prescripción.

2º La muerte del imputado extingue la acción (art. 59, inc. 1) y con mayor razón la pena. Brota tan espontánea del intelecto, que hasta extraña su inclusión en los cuerpos legales. El objeto del proceso no es otro que el de esclarecer el delito y el de determinar el autor para aplicarle la pena condigna. ¿Cómo es posible actuar contra un difunto que no puede sincerarse de la imputación, ni cumplir la condena?

Por precepto constitucional: "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos" (art. 18) . Los despojos mortales no retornarán a la vida para hacerse cargo de la defensa.

Además, es hoy principio inmovible la personalidad de la pena. Las persecuciones y la imputabilidad colectiva pertenecen al pasado. La disposición sólo tiene raíces históricas. En el régimen de la composición el derecho de exigir la reparación pecuniaria no cesaba con la muerte del imputado. Durante la edad media, la acción penal seguía su curso, especialmente en los delitos de lesa majestad divina y humana, suicidio y rebelión. No sólo cremaban el cadáver sino que vejaban su memoria. También respondía al propósito de confiscar los bienes.

Algunas legislaciones como la alemana por ejemplo, establecen que la multa debe exigirse a los herederos, cuando la sentencia hubiera pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 30) . El Proyecto de Tejedor en el artículo décimo séptimo del título tercero del libro segundo establecía la extinción de la pena por la muerte del acusado: "los herederos, sin embargo, están obligados a pagar la multa que se hubiere pronunciado contra él durante su vida y a seguir la apelación y a cumplir los fallos de



los tribunales en lo tocante a los bienes, si el delincuente muere después de deducida apelación del fallo de primera instancia”

Dalloz, conceptúa que la administración pública se ha convertido en acreedor, ha adquirido un derecho y, por consiguiente, quedan afectados los bienes del heredero (1).

Pero se comprende la fragilidad del razonamiento. Las penas pecuniarias no difieren en esencia de las penas privativas de libertad. Como éstas se propone ejercer saludable influencia sobre la persona que ha violado el derecho ajeno. Sus herederos no han quebrantado ley alguna. ¿Con qué objeto, pues, ha de exigirse la multa? ¿Por ventura, constituye ésta una fuente de recursos o una pena de intimidación? Plantear la pregunta, equivale a resolverla.

El art. 70 del Proyecto establece: “*las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto*”.

En otros términos, sólo es transmisible la reparación de los daños y perjuicios, la responsabilidad civil, lo que se explica, puesto que tiene una naturaleza objetiva no subjetiva; concierne a la cosa no a la persona. La imputabilidad penal tiende a la defensa de la sociedad, la responsabilidad civil, al resarcimiento de un perjuicio particular. La primera fúndase exclusivamente en los intereses públicos, la segunda preferentemente en el interés privado. Por tanto, aquélla es intransmisible, ésta transmisible. De suerte que la acción penal contra un muerto carece de objeto.

La jurisprudencia arriba a esta solución invocando las Leyes 7 y 23, Tít. 1 de la Partida VII, según las cuales la muerte “desata y deshace los delitos como a sus autores” y muerto el acusado “ante que den juicio contra él se desata también la acción”, y además, el art. 434 inc. 3 del Código de Procedimientos en lo criminal, por el cual el sobreseimiento será definitivo “cuando aparecieren de un modo indudable, exentos de responsabilidad criminal los procesados” (2).

3º “La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la

(1) Dalloz. — Répertoire de la législation, de doctrine, et de jurisprudence, 1855, T. 35, N.º 772, pág. 718.

(2) Ver: Gaceta del Foro, 5 de septiembre de 1920, pág. 34. Fallo de la Corte Suprema.



condena y *todos* sus efectos con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares" (art. 61).

El derecho de otorgar amnistía deriva de la prescripción constitucional consagrada en el art. 67 inc. 17, entre las atribuciones del Congreso.

Amnistía, es un vocablo de filiación griega: significa olvido del pasado. Sus orígenes se remontan a épocas lejanas de la Grecia clásica. La implacable crueldad de los tiranos impulsó a los atenienses a abandonar la opulenta ciudad arrojando vida precaria y fugitiva. Trasíbulo movido por la piedad, no sólo les infundió coraje para sobrellevar sus penurias, sino que les proporcionó armas para concluir con la tiranía. Sus perseverantes esfuerzos fueron recompensados con holgura, llevando a cabo sus ardientes designios. Pero granjeó menos fama por su longanimidad en el infortunio que por su magnanimidad en el triunfo. Para serenar los ánimos exaltados y calmar la paz turbada, obtuvo del pueblo una ley de olvido, cubriendo con un velo impenetrable los acontecimientos pasados. De allí a poco cundió a Roma, merced a las instancias de Cicerón, el cual con su ascendiente pudo mover al Senado a decretar una providencia análoga después de la muerte de César. El cristianismo inspirado en ideas de clemencia, rodeó la de singular prestigio hasta consagrarle un capítulo especial en el Código Theodosiano (1). Desde entonces la amnistía ha salvado airoosamente las pruebas del tiempo y del espacio. En vano los secuaces de la escuela positiva italiana apuraron críticas ásperas.

Hondamente arraigada en los hábitos, esta prerrogativa del Congreso, está basada — fuerza es reconocerlo, — en los cálculos del interés más que en los dictados de la justicia. Es una táctica que propende a consolidar la paz.

De aquí la solución del Proyecto: la amnistía pone término "a la condena y a todos sus efectos penales", sin excluir, por tanto, la reincidencia. Sólo deja intacta las indemnizaciones civiles de naturaleza radicalmente diversa.

No sólo extingue la acción sino que deja sin efecto la



pena por cumplir. En esto se asemeja con el indulto, aunque discrepa por múltiples motivos:

a) En cuanto a los propósitos que persiguen: la amnistía inspírase en el interés público; el indulto en el interés privado. Aquella afecta a la sociedad, ésta al individuo. La primera mira al porvenir, la segunda al pasado.

b) Por el carácter que ofrecen: la amnistía implica un acto de política social, importa el olvido de la infracción cometida; el indulto, implica un acto de política criminal, importa gracia, perdón. Este propende a morigerar las asperezas de la ley, aquél, llevar la tranquilidad al seno del estado.

c) Por la extensión de los efectos: la amnistía es general, abraza a todos los actores del suceso; el indulto es particular, comprende a determinadas personas.

d) Por la autoridad que lo otorga: la amnistía es una prerrogativa del Poder Legislativo; el indulto, del Poder Ejecutivo.

e) Por la naturaleza de los delitos que le dan nacimiento: la amnistía, versa sobre delitos políticos; el indulto, recae sobre delitos comunes (1).

f) Por la época en que pueden concederse: la amnistía puede otorgarse antes, contemporáneamente o después de pasar el juicio con autoridad de cosa juzgada; el indulto, después de pronunciada la condena.

g) Por las consecuencias que producen: la amnistía, borra todo carácter delictuoso a los hechos producidos; el indulto, no modifica la criminalidad de los hechos. Por tanto, ésta no afecta a la reincidencia, difiriendo en esto de aquélla.

4º El más importante y controvertido de los medios de extinción de las acciones y de las penas, lo constituye la prescripción.

¿Cuál es el fundamento filosófico de esta institución secular? Es una institución jurídica de vieja estirpe y de profundo arraigo. En el derecho civil, constituye un medio de extinción de los derechos de créditos y un medio de adquisición de los derechos reales. En el derecho procesal constituye la base angular de la perención de instancia. En el derecho interna-

(1) Por excepción, la amnistía comprende delitos comunes.



cional juega suma importancia: en el privado para arrebatar los derechos inherentes a la ciudadanía, en el público para es-  
cudar verdaderos despojos territoriales.

¿Por qué en el derecho penal extingue la acción y cancela la pena?

Todas las doctrinas pueden sintetizarse en dos típicas: las que contemplan el interés particular, y las que miran la defensa de la sociedad.

Las primeras se fundan: bien en la presunción de enmienda, bien en la tortura moral, ora en la negligencia del estado, ora en la modificación de la identidad personal.

Las segundas: ya en la ineficacia de la represión tardía, ya en las deficiencias de la prueba, ya en la temibilidad del delincuente.

a) Doctrina desacreditada en absoluto, es la que fundamenta la prescripción en una presunción juris et jure de enmienda. Tiene valor histórico. Nadie sería osado a prestigiarla en nuestros días. La experiencia pone de relieve que no todos los criminales son sensibles a la reforma. La delincuencia habitual, es una prueba acabada y perentoria.

Además, esta teoría no explica la prescripción de las infracciones que no denotan perversidad alguna como los delitos cometidos por imprudencia, por pasión, por vindicar el honor y más aun algunas contravenciones.

b) Dalloz invoca las torturas, los sufrimientos morales (1). Las zozobras de una constante persecución unida a los remordimientos de la conciencia bastan para purgar el delito. Casi todos los autores lo allean como argumento subsidiario.

Los grandes malvados, los autores de crímenes horrendos, son los más insensibles al arrepentimiento. Refieren los hechos con lujo de detalles y hasta con jactancia.

Pero aun dando de barato la existencia de invencibles angustias, jamás podrán parangonarse con las del condenado que cumple la pena.

Además, conspira contra los fundamentos del derecho penal extraño a toda idea de expiación.

c) La negligencia del estado conduce a soluciones inadmi-

(1) Dalloz. Op. cit. Ver: Prescription criminelle, T. 36, N.º 2, pág. 219.



sibles. No explica la diferencia de los plazos de la prescripción entre los delitos leves y los delitos graves. ¿Por qué la prescripción de un envenenamiento es mayor que la prescripción de la injuria?

Además, no es posible supeditar la defensa social a la desidia de los funcionarios judiciales.

d) Tarde, escritor de ingenio agudo y pensamiento sutil, explica la prescripción por las sensibles mudanzas sufridas por la identidad personal.

¿Pero, en qué se modifica la personalidad al sustraerse a la acción de la pena? Y los que sufren la pena en la cárcel, no experimentan más cambios en su idiosincrasia. Habría que entregarlos a la libertad, cuando se presumen idénticos, según la idea madre que resplandece en la doctrina del sociólogo francés, más brillante que profundo.

e) Para Filangieri, la prescripción reposa en las dificultades de la prueba y en la necesidad de garantizar los derechos individuales (1). Si se ha establecido una prescripción de las acciones civiles para asegurar la propiedad, discurre el eminente filósofo, es justo una prescripción de las acciones criminales, para asegurar la vida, el honor y la libertad de los ciudadanos.

Nada más difícil, agrega, que defenderse de una acusación formulada muchos años después del crimen. "El tiempo, al borrar el recuerdo de las circunstancias que acompañan al delito, quita al acusado todos los medios de justificarse y ofrece a un calumniador determinado el velo que debe cubrir sus imposturas".

En efecto, la acción del tiempo desgasta las pruebas. El cuerpo del delito puede desaparecer; los testimonios de la víctima, las deposiciones de los testigos, la prueba pericial, todos los elementos de juicio pierden valor, aumentándose los riesgos del error judicial.

Pero esta doctrina justifica la prescripción de la acción, jamás la prescripción de la pena. Los que la profesan, rehusan la prescripción cuando una sentencia convierte la presunción

(1) Filangieri. — La scienza della legislazione. T. 2. libro terzo. parte prima, cap. II. pág. 11.



de inocencia que recae sobre el procesado en la certeza de culpabilidad que pesa sobre el condenado (1).

f) La doctrina más difundida justifica ambas prescripciones en la desaparición de todo interés social y en la inutilidad de la represión tardía. La conmoción social consiguiente al delito cesa, el recuerdo de su impresión se desvanece, la aplicación de la pena excita el estupor y la indignación.

Los filósofos del siglo XVIII y criminalistas contemporáneos han dirigido rudos ataques a la teoría. Por nuestra parte protestamos adhesión a las críticas. La pena tiende no sólo a resguardar a los honrados sino también a readaptar a los malvados. ¿Por ventura el tiempo tiene la virtud de enmendar los hábitos? A la sociedad interesa la represión de los elementos temibles. La ineficacia de la represión tardía es una presunción que no siempre corresponde a la realidad.

Como observa Florián, "importa un premio acordado a la habilidad, a la astucia, a la riqueza, dotes y condiciones que facilitan la fuga" (2). En su concepto sólo deberían disfrutar de la prescripción los individuos no temibles atendiendo a la personalidad del delincuente, a la categoría a que pertenece, a sus condiciones individuales, a su conducta, al género del delito cometido.

Según Garófalo, para la escuela positiva la prescripción debe contemplarse en cada caso atendiendo a las exigencias de la tutela social. La pena es inútil cuando el delincuente hubiera dado pruebas de enmienda; por el contrario, excluye de la prescripción a aquellos delincuentes, cuya conducta posterior corrobora su incorregibilidad (3).

El origen de esta concepción, acogida con sensibles muestras de entusiasmo por estos expositores, encuéntrase en Bentham, feliz precursor de muchas doctrinas actualmente en boga. Sin embargo, arriba a conclusiones más osadas que los prosélitos de la escuela positiva italiana.

En opinión del celebrado filósofo, la prescripción puede tener lugar sin inconveniente alguno en los delitos de temeri-

(1) Ver: Gautier. — De la prescription, *Revue penale suisse*, año 1888, T. I, págs. 448 y sigs.

(2) Florián. — Del reato e delle pene in generale, T. I, parte II, N.º 686, pág. 342.

(3) Garófalo. — *Criminología*, parte III, cap. III, pág. 461.



dad y de negligencia, en los delitos exentos de mala fe. El perdón, arguye, es un bien para él y no es un mal para nadie. También puede extenderse la prescripción a la tentativa. Pero si se trata de un delito mayor, de una adquisición fraudulenta, una poligamia, una violación, agrega, sería odioso y funesto que el malvado pudiera triunfar de la inocencia. El espectáculo de un malvado gozando en paz del fruto de sus crímenes, continúa, es un apoyo para los malhechores, un objeto de dolor para los honrados y una afrenta a la justicia y a la moral. Para concebir lo absurdo de la impunidad adquirida por el transcurso del tiempo, bastaría suponer la ley concebida en estos términos. "Pero si el ladrón, el homicida, el injusto adquirente del bien ajeno llega a eludir durante veinte años la vigilancia de los tribunales, su habilidad será recompensada, su seguridad restablecida y el fruto de sus crímenes legitimado entre sus manos" (1).

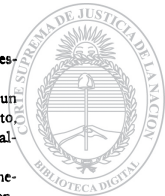
Campea en la exposición de Bentham, una idea que debe ser recogida por el legislador: el simple transcurso del tiempo no redime el acto delictuoso. Hay evidente interés social en reprimir al delincuente que no ha dado muestras de adaptabilidad social.

La doctrina aceptada por el Proyecto es incompatible con la admisión de la pena perpetua consagrada por el mismo. El simple transcurso del tiempo, actúa lo mismo sobre el que cumple la condena y el que se sustrae a la acción de la justicia. Ahora bien, si el tiempo como por arte mágica borra los recuerdos, si el legislador no puede poner barreras a su acción, ¿por qué razón el que cumple la pena perpetua no podrá ser libertado condicionalmente sin haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios, en tanto que el que ha burlado la vigilancia judicial purga su delito por la fuerza mística del tiempo, sin parar mientes en su personalidad?

Hay flagrante contradicción entre admitir la liberación de la pena perpetua sujeta a condiciones, y otorgar la prescripción sin reparo alguno. En las condiciones mencionadas esta institución jurídica no importa sino un galardón a los delinquentes que han malogrado la persecución judicial.

(1) Bentham. — *Traité de législation civile et pénale*, T. 2, págs. 162 y 163.





En nuestro concepto, es preciso distinguir entre la prescripción de la acción y la prescripción de la pena.

La primera recae sobre un procesado, la segunda sobre un condenado. Las pruebas desaparecen con el tiempo, por tanto, la prescripción de la acción no puede estar supeditada a la falta de peligrosidad del imputado.

Por el contrario, en la prescripción de la pena, hay un hecho irrevocable, por tanto, la falta de peligrosidad es una condición ineludible para otorgarla.

Aquella solución constituye una égida de las libertades del individuo, ésta un instrumento de defensa social. Sobre toda persona recae la presunción de inocencia, que sólo puede destruir una sentencia adversa.

¿Cómo debería redactarse el texto legal?

El Proyecto de 1906, establece que tanto la acción como la pena, se prescriben por la buena conducta (arts. 66 y 69).

El Código penal en el art. 92, establece; que si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie o que merezca igual o mayor pena, la prescripción queda sin efecto.

La Ley de Reformas con más lógica extendió la condición sin curarse ni de la calidad del delito anterior, ni de la cantidad de la pena (art. 16). La solución de la Ley de Reformas condice mejor con los postulados de la defensa social, que la solución del Proyecto de 1917.

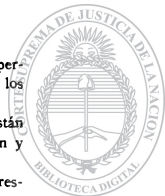
No aceptamos la de 1906, porque la mala conducta no es un índice de temibilidad: concierne más a la moral que al derecho.

Por el contrario, cuando ha transcurrido un lapso de tiempo determinado sin incurrir en otra acción delictuosa, el tiempo ha conseguido lo que se propone la pena.

En consecuencia el art. 65, debe estar concebido en los términos siguientes: "siempre que el condenado *no incurra en otro delito*, las penas se prescriben..."

5° Los art. 62 y 65, fijan respectivamente los términos de la prescripción de la acción y de la pena. Hánse deslizado en los plazos, ligeras incongruencias y graves contradicciones.

Mientras la prescripción de la acción respecto de los delitos cuya pena fuera de reclusión o prisión perpetua se opera ■



los quince años; la prescripción de las penas de reclusión perpetua se opera a los veinte años y las de prisión perpetua a los quince.

¿Por qué las penas de reclusión y prisión perpetua están regidas por el mismo plazo en la prescripción de la acción y por plazos diferentes en la prescripción de la pena?

Lo mismo acontece con la multa. La acción penal se prescribe a los dos años cuando la multa excediera de dos mil pesos; al año cuando oscilara entre quinientos y dos mil pesos; a los seis meses cuando no excediera de quinientos pesos.

La pena se prescribe a los tres años si la multa fuera mayor de dos mil pesos; y al año si no excediera de dicha suma.

¿Por qué en la prescripción de la acción para mientes en las multas de quinientos a dos mil pesos, en tanto que en la prescripción de la pena prescinde del distingo?

Además, cuando la multa excediera de dos mil pesos la prescripción de la acción penal tiene lugar a los dos años y la prescripción de la pena a los tres años; en tanto, cuando la multa fuera mayor de quinientos pesos y menor de dos mil la prescripción así de la acción como de la pena se opera al año.

¿Por qué los términos de la prescripción son distintos en el primer caso e iguales en el segundo?

Finalmente, los plazos consagrados por el Proyecto son exigüos y no obedecen a las reglas de la lógica.

La acción penal de la reclusión y prisión temporal prescriben "después de transcurrido el máximo de la duración de la pena señalada para el delito, no pudiendo en ningún caso el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos meses".

De suerte que la prescripción de la acción de un homicidio que puede ser reprimido con veinticinco años de reclusión o prisión (art. 79), prescribe a los doce años lo mismo que el autor de un robo cometido en despoblado y en banda que sólo puede ser condenado hasta quince años (art. 166, inc. 2). Como en la prescripción de la pena de reclusión y prisión temporal, repara en la cantidad de la pena así también en la prescripción de la acción penal debería adoptar el mismo criterio. El Código penal en vigencia adolece de mayor defecto aun, al



establecer invariablemente el lapso de diez años (art. 89, inciso 2).

De todos los antecedentes extranjeros, el que mejor concilia los dictados de la lógica con las necesidades de la práctica, es el Proyecto sueco, razón por la cual transcribiremos integralmente el texto.

El Cap. XIII, parág. 1, establece: Se extingue la pena del delito que no fué perseguido:

1º Antes de los veinticinco años, si el delito está castigado por la ley con pena perpetua de privación de libertad;

2º Antes de los veinte años, si el máximo de la pena con que se halla castigado el delito por la ley, es de privación temporal de libertad superior a quince años;

3º Antes de los quince años si el máximo de la pena es de privación de libertad superior a ocho años, pero no a quince;

4º Antes de los diez años si el máximo de la pena es de privación de libertad superior a tres años, pero no a ocho;

5º Antes de los cinco años si el máximo de la pena es de privación de libertad superior a un año, pero no a tres;

6º Antes de los dos años, si el máximo de la pena es menor que el establecido en el N° 5.

Claro es que el Proyecto sueco presupone irreprochable armonía de las penas establecidas en la parte especial.

Este es el criterio que debe presidir al Proyecto, reparar principalmente en el máximo de la pena estableciendo diversas escalas y graduar el plazo de la prescripción con arreglo a la cantidad de la pena.

La falta de lógica del art. 65, referente a la prescripción de la pena es realmente notable. La reclusión perpetua prescribe a los veinte años y la prisión perpetua a los quince años, en tanto que la pena de reclusión o prisión temporal prescriben en un tiempo igual al de la condena.

De modo que el homicida fugitivo condenado a veinticinco años, queda exonerado de pena a los veinticinco años, en tanto que el parricida condenado a reclusión perpetua queda dispensado de pena a los veinte años. Un condenado a prisión temporal a veinticinco años prescribe la pena a los veinticinco años, un condenado a prisión perpetua a los quince años.



Véase, pues, como los autores del Proyecto han redactado los arts. 62 y 65 con deplorable precipitación.

El art. 90 de la legislación en vigencia no incurre en estos errores irreflexivos.

Creemos que los términos de la prescripción de la pena, deben graduarse según la cantidad de la condena.

Finalmente, son exiguos los plazos de la prescripción: todos los Proyectos modernos establecen términos suficientemente elevados.

6° Según el art. 63 la prescripción de la acción, “empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o si éste fuera continuo, en que cesó de cometerse”.

Es igual al del art. 16 de la Ley de Reformas.

Ocurre, a menudo, que entre el día de la comisión del delito y el día en que cesa el resultado, transcurre un lapso de tiempo más o menos prolongado. Así en el homicidio, la muerte puede ocurrir con posterioridad al tiempo de perpetrarse el delito. La prescripción debe computarse a partir del día del desenlace del hecho delictuoso. La solución del Proyecto, equivale a autorizar la prescripción de un delito antes de su consumación.

El Código italiano con más lógica, reza: “La prescripción corre para los delitos consumados desde el día de la *consumación*” (art. 92), es decir, que cuando el resultado se produce después de la comisión del delito, aquél es la base del cómputo (1).

Por el parág. 69 del Código noruego: “El término de la prescripción comienza a correr desde el día en que ha terminado la acción punible”, pero agrega “si la culpabilidad depende de una consecuencia que se ha producido o ha sido influenciada por ésta, el término de la prescripción no empieza a correr sino desde el día que se ha producido la consecuencia”.

El Cap. XIII, parág. 5 del Proyecto sueco, sienta el mismo principio “en el caso de que la tipicidad legal del delito esté en relación con algún resultado del acto, se contarán desde el día en que hubiere sido consumado el delito, por la *producción del resultado*”.

---

(1) Ver: Impallomeni. — *Código penal ilustrado*, Vol. 1, pág. 333



El art. 59 del Proyecto suizo de 1908: "si se ha producido el resultado del delito, a partir del día en que este *resultado* se produjo".

Sin embargo, no es menester consagrar especialmente un artículo: la sustitución del vocablo *cometido* usado por el Proyecto argentino por el vocablo *consumido* empleado por el Código italiano, basta para solucionar el punto en examen.

b) Por el art. 66 la prescripción de la pena "empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena si ésta hubiere empezado a cumplirse". No difiere en nada de la legislación en vigencia (art. 6, párrafo final de la Ley de Reformas).

Se ha omitido fijar desde cuando empiezan a correr los términos en el caso de revocación de la condena condicional. El Proyecto no puede dejar de solucionar cuestión tan importante. En nuestra opinión debe correr desde el día de la comisión del nuevo delito, es decir, cuando expira la condición a que estaba sujeta la condena.

7º El Proyecto suprime el art. 93 del Código penal, según el cual, "todo acto directo del procedimiento contra la persona del delincuente dentro del término de la prescripción, la interrumpe", restaurando las doctrinas que inspiraron el Proyecto de Tejedor y el Proyecto de 1906.

¿Es justa la solución? Veamos. La legislación comparada, orientase en tres tendencias bien marcadas: a) el del Código procesal francés de 1810, según el cual la prescripción se interrumpe por actos de instrucción o persecución (arts. 637 y 638); b) el del Código español de 1850, que omite toda referencia de suerte que rechaza la interrupción de los hechos delictuosos; c) el del Código italiano, por el cual la interrupción tiene lugar por sentencia de condena y por actos de jurisdicción (art. 93 del Código penal y art. 745 del Código de Procedimientos); el holandés que lo limita a todo acto de persecución, con tal que sea conocido por la persona perseguida o le sea notificado en la forma establecida por la ley (art. 72), el Proyecto suizo "por toda citación hecha al inculpado para comparecer ante un juez de instrucción o ante un tribunal suizo para responder de un delito (art. 72, inc. 2).



El sistema del Código francés da pábulo a críticas implacables. Pugna con los propósitos que inspiran la prescripción; basta un acto de instrucción o persecución con anterioridad al vencimiento del término para prolongar indefinidamente el plazo establecido. Los mismos delitos estarían sometidos a un régimen jurídico diferente, según la mayor o menor diligencia de los jueces o de las autoridades policiales (1).

A nuestro juicio la legislación italiana, resuelve con cordura el problema, porque no expone a la arbitrariedad del Código de procedimientos francés, ni deja desarmada a la sociedad acerca de los delitos que permanecen ocultos por mucho tiempo, como ocurría con el Código español. Los actos de procedimiento que autoriza son exiguos y presuponen un desarrollo maduro de la prueba. Comprende la orden de captura, citación para indagatoria, sentencia de acusación, debate y juicio de la causa.

El mandato de captura, interrumpe siempre; las demás, en cuanto sean susceptibles de ser notificadas.

En cuanto a los efectos, establece que la sentencia de condena interrumpe la prescripción en modo absoluto, los actos de jurisdicción no podrán prolongar el término más allá de la mitad; de suerte que si el plazo es de 15 años, la prescripción ocurrirá indefectiblemente a los veinte años. Lo primero se explica, porque es un acto único, lo segundo tiende a cohesitar los inconvenientes de una renovación de los procedimientos.

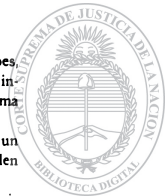
Nada dice el Proyecto respecto de la interrupción de la prescripción de la pena. Creemos que debe interrumpirse por la comisión de un nuevo delito. La exposición de motivos acepta esta idea, pero no aparece consagrada en el articulado del Código (2).

8º Según el art. 67, "la prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes de un delito"

La disposición está tomada del art. 71 del Proyecto de 1906, donde armonizaba con el concepto de la buena conducta que informaba la prescripción.

(1) Ver: Carrara. — Opuscoli. Vol. II, pág. 71 y sgs.

(2) Exposición de motivos del Proyecto de 1917, pág. 99.



Es claro que la diferente conducta de los coparticipes conduce lógicamente a la separación de los términos de la interrupción. Pero habiendo rechazado el principio que informa aquel Proyecto, lógico es apartarse de sus consecuencias.

Además, es injusto puesto que los participantes de un mismo delito, pueden tener sanción diferente: unos pueden ser reprimidos y otros quedar exentos de penas.

A mayor abundamiento, como observa Herrera, la unidad del resultado querido conduce naturalmente a la unidad de la prescripción (1).

De aquí que los términos de la prescripción deben correr desde el mismo día, para los coparticipantes.

Por lo demás, la expresión "interrumpida" no tiene explicación, puesto que el Proyecto en ningún artículo alude a la interrupción de la prescripción.

9º Estudiadas las causas comunes de extinción de las acciones y de las penas, seguiremos con el estudio de las causas de extinción peculiares de las primeras.

Según el art. 60 "la renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos". Las observaciones que nos sugiere el art. 69, referente al perdón de la parte ofendida, son perfectamente aplicables al art. 60.

Consagrada la disposición, creemos que el Proyecto debió dilucidar esta cuestión tan importante: ¿la renuncia extingue ipso facto la acción o el querrellado puede exigir la continuación de la misma?

Estimamos justo que la eficacia del desistimiento debe estar suñeditado a que no sea rechazado por el interesado. La acción expone al deshonor. La continuación de la misma puede interesar al querrellado para que una sentencia del juez deje intacto su honor. La querrela puede estar inspirada en el designio de arrojar sombras sobre la reputación del imputado.

10. Por el art. 132: "en los casos de violación, estupro o rapto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consen-

(1) Herrera. — La Reforma Penal, pág. 602



timiento. después de restituida a casa, de sus padres o a otro lugar seguro".

Reproduce fielmente el art. 140 del Código penal hasta con una omisión injustificable. Como atinadamente observa el profesor Prack: "¿acaso la viuda no puede ser víctima de un delito contra la honestidad y no puede casarse con el autor del mismo?" (1).

11. La extinción de la acción por retractación en los delitos de injuria o calumnia, está supeditada a dos recaudos referentes a la forma y al tiempo en que deben realizarse.

Desde el primer punto de vista, la retractación debe ser pública; desde el segundo punto de vista, debe realizarse "antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo" (art. 117).

El Proyecto de 1891, admite la retractación en cualquier estado del juicio, pues reza: "quedará exento de pena si se retractare públicamente" (art. 145) y la exposición de motivos afirma que reproduce el art. 186, inc. 3 del Código penal (2).

El de 1906, sólo antes de contestar la querella y si se ofreciese el pago de costas y perjuicios (art. 63, inc. 5).

El Proyecto de 1917, procura armonizar los intereses del lesionado y del injuriante. El de aquél, a fin de precaver los perjuicios de la imputación en tiempo oportuno, el de éste porque abre las puertas al arrepentimiento.

Asimismo, pone término a las vacilaciones de la jurisprudencia actual sobre si la retractación abraza sólo las injurias verbales y las escritas leves o todo delito de calumnia e injuria.

12. En cuanto a los medios de extinción de las penas, además de los examinados existen: el indulto y el perdón de la parte ofendida.

Según el art. 68, el indulto del reo extingue *la pena* y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

De suerte que sólo procede después de la condena por sentencia firme e irrevocable.

El art. 86 inc. 6 de la Constitución Nacional, preceptúa que el Presidente de la República puede indultar o conmutar

(1) En el Proyecto de Código penal de 1917, pág. 272.

(2) Exposición de motivos, pág. 132.





las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

La limitación del Proyecto a la existencia de una sentencia ejecutoriada como reza la exposición de motivos, es compatible con la prescripción constitucional (1).

El texto legal, sin embargo, es demasiado lato, el indulto no extingue todos los efectos de la pena, pues no afecta a la reincidencia (art. 50).

13. a) A estar al art. 69 y 73, el perdón de la parte ofendida extingue la pena impuesta por delitos de adulterio, calumnias, injurias, difamación y ultraje, violación de secretos, salvo en los casos del art. 154, extorsión en el caso del art. 170, y concurrencia desleal previsto en el art. 159.

El Proyecto generaliza las disposiciones de los arts. 125 y 186 del Código penal. El primero concierne a la remisión de la pena realizada por el cónyuge ofendido a su consorte, en el delito de adulterio; y el segundo al perdón del ofendido por el calumniador o injuriante.

Esta solución conspira contra los fundamentos del Código penal, retrotrae los tiempos medioevales cuando imperaba el régimen de la venganza privada, menoscaba la majestad de la justicia, alienta la comisión de los delitos susceptible de remisión, favorece abominables especulaciones.

El derecho penal fúndase en el interés general, en la defensa social. Sólo por excepción se admite la acción privada porque la ocultación de los hechos podría ser menos perjudicial que la represión de los delincuentes como acontece en el estupro o porque los hechos no ocasionan perjuicio alguno como ocurre en la violación de domicilio.

Pero una vez puesta en movimiento la acción judicial, no es posible retroceder sin detrimento de la justicia. La pena no puede estar sujeta a la bondad, a la indulgencia, al capricho de un querellante.

La pena tiene por objeto la defensa social y no la venganza privada. ¿No es esto una reminiscencia del régimen de la composición, cuando el pago de una suma de dinero rescataba la pena?

(1) Exposición de motivos, págs. 88



Facilita conciertos que no puede merecer el estímulo del legislador.

A mayor abundamiento, importa un incentivo a la perpetración de los delitos mencionados en el art 73, por cuanto a las probabilidades de impunidad nacidas de la inacción del ofendido para ejecutar la querella o la denuncia se aduna el aliciente de la remisión.

b) Al tenor de la parte final del art. 69 "si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás".

Consagrada la remisión surge como consecuencia lógica el extenderlo a todos los participantes, puesto que habría notoria injusticia en reprimir a un culpable y perdonar a otro: la unidad del hecho acarrea unidad de responsabilidad.

Sin embargo, la aplicación rigurosa del razonamiento conduce a soluciones no exentas de críticas. Así en los delitos contra el honor, uno de los partícipes puede rendir amplia satisfacción al contestar la querella o puede retractarse con posterioridad a la contestación, en tanto que los otros copartícipes pueden permanecer en su actitud calumniosa o difamante. El querellante se encontraría en la embarazosa alternativa de beneficiar a todos en gracia a la solución decorosa ofrecida por uno de los imputados o bien perjudicar al retractado por reprimir a los recalcitrantes.



TITULO XI

DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

1.º DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES EN EL CODIGO PENAL Y EN EL PROYECTO DE 1917. — 2.º CONVENIENCIA DE ESTABLECER REGLAS DE COMPETENCIA COMO EN EL PROYECTO DE 1891. — 3.º ACCIONES DEPENDIENTES DE INSTANCIA PRIVADA. — 4.º ACCIONES PUBLICAS Y PRIVADAS. — 5.º LAS ACCIONES PRIVADAS EN EL PROYECTO. — 6.º LA MISMA MATERIA EN EL CODIGO NORUEGO. — 7.º CODIGO ITALIANO. — 8.º PROYECTO SUIZO. — 9.º ¿QUIENES PUEDEN EJERCER LA ACCION? — 10. CONVENIENCIA EN ESTABLECER UN LIMITE PARA LA PRESENTACION DE LA QUERRELLA. — 11. ACCION POPULAR.

1º El Código en vigencia omite consagrar un título especial al ejercicio de las acciones. Sin embargo, existen algunas disposiciones aisladas concernientes al adulterio; estupro; ultraje al pudor, rapto, calumnia e injuria.

Según el art. 124, al cónyuge ofendido compete únicamente la acusación por delito de adulterio aunque debe acusar a ambos culpables.

Por el art. 141, sólo procede formar causa por los delitos contra la honestidad, por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado al tiempo de cometerse el delito.

No obstante, la acción es popular o pública cuando el delito fuera cometido contra un impuber sin padre ni guardador.

El art. 21 de la Ley de Reformas, defiende al ofendido el ejercicio de la acción por los delitos de injuria y calumnia, y después de su muerte, al cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.





Las disposiciones del Proyecto son reproducción más o menos fiel del de 1906, el cual a su vez se inspira en el de 1891. Dedicó todo un título al desenvolvimiento de la materia, en armonía con su importancia.

2º Pero, al aceptar el buen principio no lo ha llevado hasta sus últimas consecuencias, prescindiendo de consagrar algunas normas referentes a la competencia de la acción penal. De otra suerte el caos y la contradicción prevalecerá sobre el orden y la coherencia.

Tanto el Código civil como el comercial, traen reglas de competencia. ¿Por qué el Código penal ha de ser una excepción?

La solicitud de convocatoria de acreedores deberá presentarse ante el juzgado del domicilio del comerciante, y si se trata de sociedad comercial, ante el juzgado del lugar donde exista el establecimiento principal (Art. 6 de la Ley de Quiebras).

El art. 3284 del Código civil establece: que la jurisdicción sobre la sucesión, corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto, y enumera las demandas y acciones que deben entablarse.

El art. 3285 consagra la jurisdicción del juez del domicilio del heredero cuando el difunto no tuviera sino un solo heredero.

Según el art. 400 el discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento.

El Proyecto de 1891 consignaba las siguientes disposiciones: "La acción penal deberá entablarse ante el juez competente del lugar donde el hecho se haya cometido" (art. 91), porque aquí se hallan los principales elementos de juicio.

Cuando no constare el lugar de la comisión del hecho o cuando se hubiera perpetrado o ejecutado fuera de la República establecía en el art. 92 el siguiente orden de prioridad:

1º Ante el juez del lugar en que se hubieren descubierto las pruebas materiales del hecho;

2º Ante el lugar en que el presunto reo hubiere sido aprehendido;

3º Ante el de la residencia del presunto reo.



Como puede ocurrir que el procesado esté sindicado como autor de distintos hechos cometidos en diversos lugares, el art. 93 establece la competencia del juez que tenga que juzgar "el hecho a que esté señalada pena mayor" y en el caso de que a los hechos esté señalada igual pena, "el que hubiere prevenido en el conocimiento de la causa".

En suma, el Proyecto de 1891 tendía a evitar los conflictos de jurisdicción nacidos de las soluciones encontradas de las leyes de procedimientos "que el vecino de Córdoba, alega la exposición de motivos, necesita saber con exactitud si debe entablar sus acciones en esa provincia, en Jujuy o en Buenos Aires, y no tiene porqué estar esperando para acogerse a un Código nacional, que se resuelva primero un conflicto de leyes provinciales sobre jurisdicción" (1).

Por último, abrigando el propósito de poner término a los inconvenientes derivados del art. 1104 del Código civil, estatua en el art. 94 "la acción criminal no depende en ningún caso de cuestiones prejudiciales. Las cuestiones civiles propuestas con motivo del hecho punible, serán resueltas en el mismo proceso al *solo efecto* de la condenación o absolución del acusado".

Bien dice la exposición de motivos del Proyecto de 1891: "Como nuestro Proyecto devuelve al derecho penal la materia de la reparación del daño causado por el delito, que el Código civil hacia suya, desaparece la necesidad artificial de legislar la influencia de la sentencia civil sobre la criminal y viceversa. Cada rama del derecho conserva su independencia. El juicio civil sólo produciría efectos civiles; el juicio criminal sólo produciría efectos penales. Se simplifica así la administración de la justicia, evitándose la multiplicidad de los procesos y el gasto inútil de tiempo y de dinero que resulta de seguir dos o más juicios, cuando puede seguirse uno solo" (2).

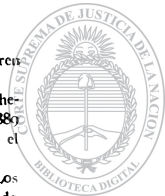
Según el Código civil, no puede haber condena en el juicio criminal, cuando dependiendo la acción criminal de cuestiones prejudiciales, la cuestión civil no hubiera pasado en calidad de cosa juzgada.

Dos son las cuestiones prejudiciales: las que versaren so-

---

(1) Exposición de motivos, pág. 103.

(2) Exposición de motivos, pág. 104.



bre la validez o nulidad de los matrimonios y las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Como lo recuerda Rivarola, ésta "ha desaparecido de hecho, desde que la Reforma del Código de Comercio de 1880 suprimió el juicio de calificación de quiebra, que establecía el Código anterior" (1).

Sin embargo, la primera reviste importancia práctica. Los acusados de bigamia invocan la nulidad del primer o segundo matrimonio para sustraerse a la acción de la justicia. Como el juez de crimen estudia los títulos exhibidos por el acusado de usurpación cuando alega que el sujeto pasivo del delito le pertenece, así también puede examinar la validez del matrimonio para hacer efectivas las responsabilidades consiguientes.

2º Las acciones, según el Proyecto de 1917, comprenden cuatro categorías: las que se inician de oficio, las que dependen de instancia privada, las privadas y las populares.

Las primeras competen al ministerio público; las segundas son públicas aunque subordinadas a una acusación o denuncia privada; las terceras corresponden exclusivamente al ofendido, puede iniciarlas como desistir sin que la acción del ministerio público pueda embarazar sus designios; las acciones populares, como se desprende de su denominación corresponden a cualquier ciudadano.

3º Son acciones dependientes de instancia privada: "las que nacieren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultraje al pudor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91" (art. 72).

El segundo párrafo del art. 72 fija con precisión el concepto de la instancia privada, "en los casos de este artículo no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales".

Los fundamentos de la disposición son inatacables aunque coloca el interés privado por cima del interés público. Los delitos contra la honestidad excitan viva alarma en la sociedad y ponen de relieve la temibilidad del autor. Mas, como la difusión del hecho redunda en mengua del honor y menoscaba la reputación de la persona agraviada, la ley entrega al damnifi-

(1) Rivarola. — Derecho penal argentino, pág. 183.



ficado la iniciación, pero no el monopolio de la acción. Cuando se ha iniciado la acción, interesa a la sociedad la represión del delincuente porque ha desaparecido el escrúpulo de poder de la persona agraviada.

4º La distinción entre la acción pública y privada reposa sobre la naturaleza de los delitos y la intensidad de la lesión social. Cuando el interés privado predomina sobre el interés social en las acciones delictuosas que no traducen sino ligera tenibilidad, la acción compete exclusivamente al damnificado.

Garófalo reprocha la tendencia a extender la esfera de acción de los delitos privados. El progreso jurídico, discurre, retrocede a los tiempos en que la pena era considerada como una simple venganza del ofendido o de su familia (1).

O la acción delictuosa afecta a la sociedad poniendo de relieve la existencia de un temperamento criminal o no produce conmoción en el seno de la misma, ni revela un delincuente peligroso.

En el primer supuesto, sólo a la sociedad compete el ejercicio de la acción; en el segundo, no nula razón alguna para convertir al lesionado en árbitro de la libertad personal y en tutor de la seguridad social, según feliz expresión de Garófalo.

Cuando el delincuente revela ser peligroso por sus antecedentes personales, los móviles determinantes de la acción y las circunstancias del hecho, hay causas poderosas que aconsejan la represión. En el caso inverso o se entrega al autor a la libertad o se establecen las penas de multa y aun el perdón judicial, pero siempre otorgando al ministerio público el ejercicio de la acción.

La querella privada es un campo propicio para las composiciones pecuniarias entre ofensor y ofendido. La amenaza de la acción basta para favorecer concertos que no deberían realizarse bajo los auspicios del legislador.

A mayor abundamiento, quebranta el prestigio de la justicia por cuanto los mismos hechos dan margen a la acción o bien se sustraen a la acción de las leyes según la veleidad o los intereses del damnificado, sin curarse del estado peligroso del delincuente.

(1) Garófalo. — Criminología, parte III, cap. III, págs. 387 y 388. e indemnización a las víctimas del delito, cap. III, parágrafo III, pág. 101.



5º Felizmente el Proyecto acoge con prudencia el prurito de los legisladores modernos, de abandonar al lesionado el ejercicio de la acción en numerosos delitos.

Según el art. 73 comprende: el adulterio, calumnias, injurias, difamación y ultraje, violación de secretos, con la sola excepción del empleado de correos o telégrafos que abusando de su empleo se apodera de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia para imponerse de su contenido, entregarla o comunicarle a otro que no sea el destinatario o bien para suprimir, ocultar o cambiar el texto: en la extorsión cuando detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate; y la concurrencia desleal cuando por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratase de desviar en su provecho la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

El Proyecto de 1906, incluía entre las acciones privadas, además de las enunciadas por el de 1917, las amenazas y violencias enumeradas en los arts. 155 y 157 (art. 77-c) y el de 1891 agregaba aun la violación de domicilio, la usurpación, los daños, las lesiones leves o por imprudencia (arts. 120 y 124), el abuso de armas cuando no causare heridas, la suposición de filiación legítima por parte de la mujer casada en el caso del hijo adulterino (art. 87, incs. 3, 6, 7, 8, y 9 y 10).

6º Las legislaciones contemporáneas ensanchan considerablemente el campo de acción de los delitos privados, culminando con el Código noruego.

El ministerio público no puede iniciar la acción sin la demanda del interesado: en las injurias cometidas contra el jefe de un estado extranjero (parágrafos 96 y 103), las injurias contra el rey o regente (parágrafos 101 y 103); la revelación de secretos, salvo cuando consideraciones de interés general exijan la represión (parág. 144); en la violación de secretos (parág. 145); el que destruye, oculta o retiene una correspondencia (parág. 146); en la acusación o denuncia infundada contra alguna persona, o en la instigación a los mismos hechos (parág. 170); en los crímenes contra las costumbres (parágs. 191, 194, 197, 198, 200, 209, 210, 212, Nº 2 y 213, en este caso salvo que el interés público exija la persecución pública); el que sustrae o coopera a sustraer a una menor de





diez y ocho años de la autoridad de los padres u otra persona investida de autoridad (parág. 216); el que contrae matrimonio cuando el otro cónyuge puede demandar la disolución (parágrafo 221); en los crímenes contra la libertad privada, cuando el autor o cómplice obliga a un particular a soportar la acción o abstenerse de accionar, siempre que consideraciones de orden público no exijan la acción pública (parág. 222); el que de buena fe priva a una persona de su libertad sin motivo legítimo, como cuando habiendo lugar a un arresto provisional procede sin conformarse a las formalidades prescriptas por la ley (parág. 226); el que amenaza o contribuye a amenazar contra la libertad personal en el caso del parág. 127, salvo cuando se dirigen contra un número indeterminado de personas o consideraciones de interés general exijan la acción pública; la sevicia corporal, es decir, cuando se ejerce violencia sobre alguna persona sin motivo legítimo o lo hiere salvo en caso de muerte o siempre que el orden público no exija lo contrario ((parág. 228); cuando se causare o cooperara sin derecho a un perjuicio en el cuerpo o en la salud ajena siempre que no ocasione la muerte o el orden público no exija la represión (parág. 229); en los daños corporales siempre que no ocasione la muerte o no lo exija el interés público (parág. 229); el que por negligencia causa una incapacidad para el trabajo, una enfermedad, un defecto, o un daño de los enumerados en el parág. 229 (parág. 237); el que por inadvertencia causa daño considerable al cuerpo o a la salud (parág. 238); el que sin motivo legítimo priva de lo necesario a una persona o bien colocada bajo su guarda o la abandona siempre que no muera de hambre o no lo exija el interés público (parág. 242); en las injurias (parág. 248 y 251); en la defraudación cuando faltaran algunas de las condiciones enunciadas en los parágs. 255 y 257; en el robo, cuando se tratara de substancias alimenticias o bebidas, siempre que el valor no excediera de cinco coronas (parág. 264); en el robo cometido en perjuicio de los parientes (parág. 265); en la extorsión, a menos que el orden público no lo exija (parág. 266); en la estafa y en el abuso de confianza cuando la víctima es un pariente del culpable (parágrafo 279); en las defraudaciones enumeradas en los parágs. 270 y 274 y en el que con el fin de procurar un beneficio ilícito

o de perjudicar a alguno descuida los asuntos confiados a su dirección o actúa contra el interés de otro (parág. 275) y el que con el mismo fin dispone por acto judicial de un objeto cuya propiedad o usufructo había transmitido (parág. 276); el que hace desaparecer un objeto, que aunque le pertenece está afectado al cumplimiento de una obligación (parág. 280); el que con el propósito de perjudicar a sus acreedores o de procurar a alguno una ganancia ilícita destruye, dona o vende a bajo precio las cosas, así como el que con el mismo fin crea falsas obligaciones (parág. 282); el que con el propósito de favorecer a unos acreedores con detrimento de otro, paga deudas no exigibles o realiza actos análogos (parág. 283); en los perjuicios a los bienes o fortunas ajenas, en los casos enunciados en los parágs. 291, 293 y 294, siempre que el orden público no lo exija (parág. 294); en los crímenes relativos a la navegación marítima como el que sin motivo legítimo rehusa los servicios empeñados en un navio noruego o que tenia compromisos anteriores (parág. 301); en la desertión (parág. 302) y los casos prescriptos en los parágs. 303, 305, 306, 307, 308 y 309; en los delitos contra la confianza pública (parág. 371); en la revelación de secretos personales o domésticos (parágrafo 390); en los delitos contra los bienes enunciados en los parágs. 391, 392, 395, 396, 398, 402, 403 y 404; en los delitos relativos a las relaciones entre el patrón y el criado (parág. 413); en los delitos de imprenta (parág. 430).

7° El Código italiano consagra los siguientes delitos privados: los cometidos por los ciudadanos italianos en territorio exterior cuando la pena privativa de libertad es inferior en el mínimo a tres años (art. 5); los cometidos por los extranjeros en territorio extranjero siempre que sea en daño del estado o de un ciudadano y que la ley italiana reprima con pena restrictiva de libertad no inferior a un año (art. 6); las ofensas contra los representantes de un estado extranjero (art. 130); el que vilipendia públicamente a un culto admitido por el estado (art. 141); las amenazas no especificadas en el art. 156; la violación de domicilio (art. 157); la violación, supresión o publicación abusiva de correspondencia y la revelación del secreto profesional (arts. 151, 160, 161 y 163) cuando no han ocasionado perjuicio público (art. 164); en el ejercicio arbitrario





del propio derecho (art. 235); la revelación de secretos científicos o industriales (art. 298); la violación, corrupción de menores siempre que no ocasione la muerte o sea acompañado de un delito reprimido con pena de privación de libertad no inferior a treinta meses; que no sea cometido en lugar público o expuesto al público; que no sea cometido mediante el abuso de la patria potestad o tutela (art. 336); el rapto (art. 344); el adulterio (art. 356); las lesiones personales voluntarias cuando las consecuencias no duren más de diez días (art. 372); algunos casos de lesiones involuntarias (art. 375); los malos tratamientos entre los cónyuges (art. 391); los delitos contra el honor (art. 400); el que espiga, rastrea en fundo ajeno (art. 405); algunos casos de apropiación indebida (arts. 417-419); en el abuso de la firma en blanco (art. 418); en la apropiación indebida de cosa perdida u obtenida por error o caso fortuito (art. 420); en los daños siempre que no se trate de los enumerados en los incs. 1 a 6 del art. 424; en la violación de domicilio (art. 427); la caza en el fundo ajeno (art. 428); en la muerte o daños a animales (art. 429); la destrucción o deterioro de cosas ajenas (art. 430); en el hurto, defraudación, apropiación indebida, encubrimiento en los delitos contra la propiedad cometidos entre cónyuges legalmente separados o de un hermano o hermana que no viven en familia con el autor, de un tío, sobrino o afín en segundo grado cuando viven en familia con el autor (art. 433) (1).

8° El Proyecto suizo: la ofensa contra una nación amiga (art. 261) y el atentado contra sus emblemas nacionales (art. 262) sólo son punibles a instancias del gobierno lesionado. Algunos delitos cometidos en el extranjero están supeditados al requerimiento del ministerio público federal (art. 5°, párrafos 2 y 3 y art. 6° párrafo 2).

Pertenece la acción al agraviado en las lesiones corporales simples (art. 112 N° 1); lesiones corporales por negligencia (art. 114); robo, abuso de confianza y estafa, cometido en perjuicio de los parientes (arts. 123 N° 2, 126 N° 2 y 133); apropiación de objetos encontrados (art. 127); violación de un

---

(1) Conviene advertir que la primera parte del artículo 432 no reprime los delitos contra los cónyuges, previstos en el cap. IV y V del Tít. X del libro segundo.



derecho real (art. 132); atentado contra el crédito (art. 141); concurrencia desleal (art. 142); violación del secreto comercial (art. 143); calumnia y difamación (art. 154); injurias (art. 156); amenazas (art. 157); rapto (art. 160); violación de domicilio (art. 163); adulterio (art. 183) y violación del secreto profesional (art. 285) En las contravenciones enumeradas: vías de hecho (art. 298); hurto de poca importancia (art. 301); abuso de confianza de poca gravedad (art. 304); atentado malicioso a los intereses pecuniarios de otro (art. 305); obtención fraudulenta de una prestación (art. 306); injuria ligera (art. 316); violación del secreto de cartas (art. 317); importunar a una mujer con fines deshonestos (art. 318) y envío a quien no los ha reclamado, de objetos preservativos de embarazo o de contagio venéreo, o reclamos en que se recomienda su uso (art. 324, N° 2) (1).

El Proyecto de 1917 al apartarse de los ejemplos extranjeros ligeramente reseñados merece caluroso elogio.

8° A estar al art. 74 "la acción por delito de adulterio corresponde al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio no producirá efecto en el juicio criminal".

El Proyecto consagra el régimen jurídico de la legislación penal en vigor (art. 124 del Código penal y art. 18 de la Ley de Reformas).

Cuatro son los caracteres de la acción por delitos de adulterio:

- a) Compete únicamente al cónyuge agraviado;
- b) Está obligado a acusar a ambos culpables;
- c) No podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio;
- d) La sentencia en el juicio civil carece de influencia en el juicio criminal.

El primer requisito tiene por objeto no turbar la tranquilidad de los matrimonios. La acción pública podría dar origen a indagaciones desdorosas y a escándalos de resonancia.

(1) Ver: Jiménez de Asúa — La unificación del derecho penal en Suiza, págs. 201 y 202.



Cuando la sociedad declina el ejercicio de la acción, es porque pospone el interés de la misma al de la reputación del agraviado. Los procesos por adulterio, atraen desconsideraciones y menoscaban el honor.

El segundo recaudo obedece según Zanardelli a los peligros e injusticias nacidos de la solución contraria. Sería injusto, porque daría margen "a feas especulaciones y soluciones criminales" (1).

La tercera exigencia responde a dos propósitos: precaver la abyección moral de cónyuges degradados que prevalidos del adulterio procuraran obtener recursos del delincuente bajo la amenaza de una acción penal y en segundo lugar romper definitivamente el vínculo matrimonial que presupone paz y concordia.

En realidad, la prioridad de la acción civil es inexplicable, tanto porque el Código penal no debe constituirse en cancerbero de la paz doméstica cuanto porque las especulaciones a que daría nacimiento el adulterio contempla únicamente la situación de personas sin escrúpulos.

Sin embargo, merece aprobación el recaudo, porque pone trabas a la represión del adulterio.

La pena no es eficaz, ni intimida, ni enmienda: el apetito sexual tiene más imperio en los hombres sin pudor que el temor a la represión, máxime con la leve represión establecida en el Proyecto.

El cuarto requisito, se explica fácilmente.

9º "La acción por calumnia, injuria, difamación, ultraje, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes" (art. 75) y "en los demás casos del art. 73 se procederá únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales" (art. 76).

10. Conviene establecer un término especial a la presentación de la querrela o denuncia a ejemplo de los antecedentes extranjeros. Como los hechos enunciados en el art. 73 no repercuten intensamente en la sociedad, es menester limitar el tiempo en que puede iniciar la acción.

---

(1) Zanardelli. — Relazione ministeriale, N.º C XXXII, pág. 482.



Al tenor del art. 30 del Proyecto suizo "la querrela deberá ser presentada dentro de los tres meses a partir del día en que el titular del derecho ha tenido conocimiento del delito y de su autor".

Lo mismo establece el parágrafo 71 del Proyecto alemán.

11. "Por los delitos contra la libertad política, además de la acción penal procederá la acción particular de cualquier ciudadano" (art. 77).

Sin embargo, "iniciada la acción por un ciudadano, el representante del Ministerio Fiscal deberá intervenir en el proceso, desde el principio hasta la terminación, y no podrá desistirse de la querrela aunque desistiere el acusador particular (art. 77, inc. fin).

En Inglaterra, todas las acciones son ejercidas por los ciudadanos.

En España también pueden ejercerla los ciudadanos españoles con arreglo a la ley pero el ministerio fiscal deduce la acción.

La tesis del Proyecto tiene el asentimiento de la doctrina y el apoyo de las legislaciones.

El Código en vigencia permite la acción de cualquiera del pueblo, cuando el delito de violación, estupro o rapto se cometiere contra un impúber, que no tenga padre ni guardador, así como cuando el autor fuera un ascendiente, tutor o cualquiera persona encargada de la guarda del menor (art. 141) y el art. 5 de la Ley 9143 permite la acusación o denuncia de cualquiera del pueblo, en los delitos relacionados con la prostitución.

El Proyecto suprime estas disposiciones porque podría acontecer que la acción fuera ejercitada conjuntamente por el ministerio público y el particular con detrimento de la marcha regular de los juicios.

TITULO XII

SIGNIFICACION DE CONCEPTOS

1.º CONVIENE SUPRIMIR EL ARTICULO 78. RAZONES.

1º El art. 78 explica el significado de algunos conceptos "para la inteligencia del texto" del Código, según reza la exposición de motivos del Proyecto de 1891 (1) y el texto del Proyecto de 1917.

Refiérense a la manera de computar los plazos y al alcance de las siguientes expresiones: reglamentos u ordenanzas, funcionario público y empleado público, banda, mercadería, capitán y tripulación.

Creemos que debe ser suprimido, con la sola excepción del modo de contar los términos porque esto último es indispensable.

Y las razones que justifican nuestra opinión, son las siguientes:

Tanto las definiciones como el alcance de los conceptos — definiciones disfrazadas — importan tareas propias para ser dilucidadas por los profesores en la cátedra, por los expositores en los libros y por los jueces en los fallos, y no por los códigos en sus artículos.

Además son peligrosas, porque ponen trabas al libre desenvolvimiento del criterio judicial.

En tercer lugar, son fatalmente incompletas. Bastará para demostrarlo, reseñar ligeramente los conceptos empleados por algunos antecedentes extranjeros.

(1) Exposición de motivos, pág. 108. La exposición de motivos del Proyecto de 1906, dice: "su utilidad nos parece evidente: porque servirá para evitar dudas y controversias en la aplicación de la ley". pág. XLVIII.







El Código penal noruego, desde el parág. 4 al parág. 11, fija el alcance de los vocablos: acto, parientes, bienes muebles, lugares públicos, tiempo de guerra, sevicias graves o atentados a la salud, impreso, publicación, mes y día.

El Código japonés en el art. 7 trae dos definiciones: la de funcionario y la de magistratura.

El Código de Siam en el art. 6, contiene veintiseis definiciones: hecho o acto, ilegalmente, deshonestamente, fraudulentamente, falsificación, delito, delito remisible, complot, corrupción, cosa o bien, vía pública, camino público, lugar público, habitación o lugar habitado, arma, ganado y bestias, escrito, documento, documento oficial, título, "signature", año, día, noche, parágrafo y sección.

El Código de Sudán promulgado en 1899, dedica todo el capítulo segundo, desde el art. 6 al 40, a delimitar el alcance de los términos "Lui", hombre, mujer, persona, público, magistrado, corte de justicia, funcionario público, propiedad transportable, ganancia ilícita, pérdida ilícita, manera deshonestamente, fraudulentamente, documento, testamento, acto, voluntariamente, ilegal, injuria, vida, muerte, criminal, navío, año, mes, buena fe, etc., etc....

El art. 101 del Proyecto suizo: mujer, parientes, familiares, funcionarios, títulos, títulos auténticos, penado con reclusión, tiempo de guerra.

Vése, pues, como el Proyecto omite establecer el significado de inúmeros vocablos que se encuentran en los antecedentes extranjeros, vocablos los más de ellos empleados en el curso de sus disposiciones.

Asimismo, habría que explicar el significado de hombres débiles (art. 7), personas valetudinarias (art. 10), observar con regularidad los establecimientos carcelarios (art. 13), personalidad moral del condenado (art. 26), agresión ilegítima (art. 34, inc. 6), perversidad (art. 41, inc. 2), premeditación (art. 42), deformación permanente del rostro (art. 90), etc.

En suma, habría que explicar casi todas las disposiciones del Código, en otros términos, convertirlo en un tratado de derecho penal.

A mayor abundamiento, es empresa difícil encerrar en los límites ceñidos de la definición los caracteres del concepto a definir, aparte de estar expuesta a errores.

Así el art. 78 designa con los términos “funcionario público y empleado público” “a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

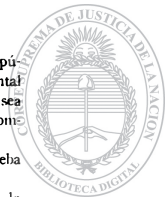
A decir verdad, no conocemos ningún empleado que deba su nombramiento a elección popular.

Otro ejemplo de los inconvenientes de las definiciones lo suministra el mismo Proyecto al suprimir el concepto del escalamiento, contenido equivocadamente por el Proyecto de 1906.

Se entiende que hay escalamiento, decía este último, “cuando se penetra, por vía que no está destinada a servir de entrada” (art. 82).

Como observaba el ilustrado fiscal doctor Jorge Coll, esta interpretación es errónea: “Obliga a castigar con una pena excesiva al infeliz que salta un cerco, una pared de un metro de altura, para hurtar cosas insignificantes” (1).

Estas ligeras reflexiones bastan para justificar la supresión del artículo 78.





## CAPÍTULO FINAL

# MODIFICACIONES QUE DEBE INTRODUCIRSE EN LA ARQUITECTURA JURIDICA DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL



## LIBRO PRIMERO

### DISPOSICIONES GENERALES

#### TÍTULO I

##### APLICACION DE LA LEY PENAL

ARTÍCULO 1º — Este Código se aplicará:

- 1º Por delitos cometidos o 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 o se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprímiese, o en los buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales*”;
- 2º Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo;
- 3º Por delitos de piratería, cuando los responsables cayeren bajo el poder de la Nación;
- 4º Por delitos cometidos en el extranjero por argentinos nativos, cuando fueren aprehendidos por las autoridades nacionales y la extradición fuese denegada o no fuese requerida dentro de los tres meses de la detención.

1.º Debe suprimirse la frase subrayada. Ver: pág. 132 y sgs.

2.º Es menester contemplar especialmente los llamados delitos internacionales. Ver: pág. 137.



- 3.ª La redacción del inciso segundo debe modificarse por ambigua e imprecisa. Ver: pág. 138.
- 4.ª El inciso 3 es supérfluo. Ver: pág. 141.
- 5.ª El inc. 4 debe ser suprimido: a dejarlo subsistente debe extenderse la disposición, por lo menos, a los delitos cometidos por los argentinos naturalizados. Ver: pág. 142 y ags.
- 6.ª Hay que extender el imperio del art. 1.º a las faltas. Ver: página 147.

ARTICULO 2º — Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

- 1.ª La retroactividad de la ley más benigna a propósito de la cosa juzgada sólo debería concederse cuando las circunstancias favorables constaren en el proceso. Ver: pág. 162.
- 2.ª Cómo debería redactarse el párrafo segundo. Ver: pág. 163.

ARTICULO 3º — Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por las leyes especiales.

ARTICULO 4º — La represión de las faltas corresponde a las provincias, las que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación hasta tres años y multa hasta cuatro mil pesos moneda nacional.

- 1.ª Es menester legislar en la parte especial sobre faltas de carácter nacional.
- 2.ª Mantener el artículo cuarto.
- 3.ª Aplicar subsidiariamente la parte general del Proyecto a las faltas.
- 4.ª Aplicar la parte general del libro de faltas a aquellas reservadas a las provincias. Ver: pág. 177.

## TITULO II

### DE LAS PENAS



ARTICULO 5° — Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

La enumeración es incompleta: Faltan la detención domiciliaria (art. 10) y la Relegación (arts. 52 y 80). Ver: pág. 181.

ARTICULO 6° — La pena, de reclusión perpetua o temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

ARTICULO 7° — Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión.

1.° Es más cuerdo eximirlos de trabajo. Ver: pág. 208.

2.° Hay que sustituir el vocablo *sufrirán* por *cumplirán*. Ver: página 78.

ARTICULO 8° — Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas que les correspondan en establecimientos especiales.

Hay que sustituir el vocablo *sufrirán* por *cumplirán*. Ver: pág. 78.

ARTICULO 9° — La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos a los destinados a los reclusos.

ARTICULO 10. — Cuando la prisión no excediera de seis meses, podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias.

Es inútil: a mantenerse hay que extenderlo a todos los delincuentes sin distinción de sexo. Ver: pág. 208.

ARTICULO 11. — El producto del trabajo del condenado a reclusión o 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 a su salida.

Hay que agregar el adverbio **simultáneamente** después de la palabra **aplicará**. Ver pág. 201.

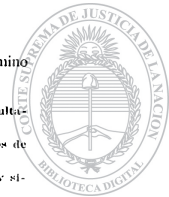
ARTICULO 12. — La reclusión y la prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres años más, según el caso y a juicio del tribunal. Importa también la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio "in extremis". El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

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

- 1.° La inhabilitación debería tener carácter facultativo. Ver: página 203.
- 2.° El plazo en que empieza a surtir efecto la inhabilitación debería contarse desde la extinción de la pena. Ver: pág. 204.
- 3.° La expresión privación de derechos civiles es vaga y equívoca. Ver: pág. 205.
- 4.° No establece con claridad el tiempo de duración de los efectos civiles. Ver: pág. 206.

ARTICULO 13. —El condenado a reclusión o prisión perpetua, que hubiere cumplido veinte años de condena, y el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, obtendrán la libertad por resolución judicial bajo las siguientes condiciones:

- 1° Residir en el lugar que determine el auto de soltura;
- 2° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto;
- 3° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;
- 4° No cometer nuevos delitos.



Estas condiciones regirán hasta el vencimiento del término de la pena.

- 1.° La concesión de la libertad condicional debería ser facultativa. Ver: pág. 228.
- 2.° Es preciso extenderla a los condenados a más de dos años de privación de libertad. Ver: pág. 229.
- 3.° Excluir a los condenados a pena perpetua. Ver: pág. 229 y siguiente.
- 4.° Además de la observancia de los reglamentos carcelarios conviene exigir otros recaudos. Ver: pág. 231.
- 5.° A la autoridad administrativa y no a la judicial debe corresponder otorgar la libertad. Ver: pág. 233.
- 6.° Conviene imponer normas de conducta. Ver: pág. 234.
- 7.° La frase final del artículo es repetición del art. 16. Ver: página 234.

ARTICULO 14. — La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

Hay que concederla a los reincidentes que se presumen corregidos. Ver: pág. 232.

ARTICULO 15. — La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare 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 2° y 3° del art. 13, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliera con lo dispuesto en dichos incisos.

ARTICULO 16. — Transcurrido el término de la condena, sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida.

- 1.° A otorgar la libertad condicional a los condenados a pena perpetua debe modificarse la duración del término de las condiciones. Ver: pág. 234.

ARTICULO 17. — Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.





ARTICULO 18. — Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias deberán mandarlos siempre que no tuvieran establecimientos adecuados.

ARTICULO 19. — La inhabilitación absoluta importa;

- 1º La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;
- 2º La privación del derecho electoral;
- 3º La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;
- 4º La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase. Si el penado tuviese esposa, hijos menores de cualquier clase o padre anciano y desvalido, corresponderá a éstos el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío.

1.º El inc. 4 debe suprimirse porque importa restaurar la confiscación de bienes. Ver: pág. 208 y sg.

2.º La expresión hijos menores de cualquier clase es incorrecta. Ver: pág. 78.

ARTICULO 20. — La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recaere 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 recaere.

La parte final es vacua y supérflua. Ver: pág. 208.

ARTICULO 21. — La multa obligará al reo a 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. 40, 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.



El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos, u otras entradas del condenado. En todos los casos, cuando la multa no se hubiere satisfecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión del condenado.

- 1.º Conviene elevar el máximo de la multa. Ver: pág. 212.
- 2.º Extender el imperio de la multa. Ver: pág. 213.
- 3.º Establecerla como pena accesoria en los delitos inspirados en el lucro. pág. 213 y sg.
- 4.º Para evitar la conversión de la multa en prisión convendría autorizar el pago de la misma en diferentes plazos. Ver: página 215.
- 5.º Conviene reemplazar el vocablo *reo* por *delincuente*. Ver: página 78.
- 6.º Hay que sustituir *sufrirá* por *se le aplicará*. Ver: pág. 78.

ARTICULO 22. — En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

Hay que sustituir la palabra *reo* por *delincuente*. Ver: pág. 78.

ARTICULO 23. — 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 deconisados a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos deconisados no podrán venderse, debiendo destruirse, pudiendo aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia, o el Arsenal de Guerra de la Nación.

Los efectos procedentes del delito deben destinarse a la indemnización civil cuando el delincuente no pudiera reparar el daño. Ver: pág. 239 y 276.

ARTICULO 24. — La prisión preventiva que hubiere sufrido el condenado se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión y dos de inhabilitación; o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre cuatro y diez pesos.

Debe descontarse íntegramente. Ver: pág. 237 y sgs.

ARTICULO 25. — Si durante la condena el penado se vuelve loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena.



### TITULO III

#### CONDENACION CONDICIONAL

Es buena incorrecta la frase remisión condicional de la pena. Ver: pág. 246 y sg. (1).

ARTICULO 26. — En los casos de primera condena por delito al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años o de multa, los tribunales podrán ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad. El tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio.

En los casos de concurso de delitos procederá la condena condicional, si la pena aplicable al reo no excediese de dos años de prisión.

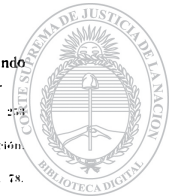
- 1.º Debería redactarse así: "En los casos de primera condena por hecho punible intencional". Ver pág. 250 y sg.
- 2.º Extender el beneficio a los autores de faltas. Ver: pág. 251.
- 3.º La expresión en la naturaleza del delito y en las circunstancias que lo han rodeado, debe suprimirse. Ver pág. 252.
- 4.º La parte final del art. 26 debe suprimirse. Ver: pág. 253.

ARTICULO 27. — La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena a contarse desde la fecha de la sentencia, el condenado no cometiere un nuevo delito.

Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en

---

(1) A mantenerse debe sustituirse el vocablo **condenación** por **condena**.



la primera condenación y la que correspondiere por el segundo delito conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas.

- 1.° Salvar la incongruencia del período de prueba. Ver: pág. 254 y siguiente.
- 2.° La indigna personalidad moral debe conducir a la revocación. Ver: pág. 255.
- 3.° Hay que reemplazar **sufrirá** por **se le aplicará**. Ver: pág. 78.

ARTICULO 28. — La suspensión de la pena no comprenderá:

- 1.° La reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio;
- 2.° Las incapacidades anexas a la condenación inpuestas accesoriamente.

Sin embargo, estas incapacidades cesarán el mismo día en que por haber transcurrido el término a que se refiere el artículo anterior, se tuviere la condenación como no pronunciada, o en el plazo que la sentencia les hubiese fijado si fuere menor que aquél.

El inciso segundo y su corolario la parte final del art. 28 deben suprimirse. Ver: pág. 256.

## TITULO IV

### REPARACION DE PERJUICIOS

El epígrafe debe sustituirse por el de responsabilidad civil. Ver nota de la pág. 259.

ARTICULO 29. — La sentencia condenatoria ordenará:

- 1.° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. Las leyes de procedimientos reglamentarán esta acción.
- 2.° La restitución a su dueño de la cosa obtenida por el delito. Si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de la estimación si la tuviere.
- 3.° El pago de costas.



- 1.º Conveniencia en sentar reglas generales a las leyes procesales. Ver págs 264, 267 y sgts.
- 2.º La expresión: **Las leyes de procedimiento reglamentarán esta acción**, debe ubicarse al final del art. Ver: pág. 265.
- 3.º La reparación civil debe otorgarse a petición de parte. Ver: págs. 268 y sgts.
- 4.º Debe extenderse la responsabilidad civil a las sentencias absolutorias en ciertos casos. Ver: págs. 269 y sgts.
- 5.º En el inc. 2 sustituir el vocablo **reo** por **delincuente**. Ver: página 78.

ARTICULO 30. — La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa.

Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

- 1º La indemnización de los daños y perjuicios;
- 2º El resarcimiento de los gastos del juicio.

En la parte final del art. ha omitido referirse a la restitución de la cosa o al pago de su precio. Ver: pág. 272.

ARTICULO 31. — La obligación de reparar el daño, es solidaria entre todos los responsables del delito.

El que pagare todo el daño no podrá demandar a los otros cuota alguna.

La parte final del art. debe suprimirse y ser reemplazada por otra que autorice la repetición de la parte proporcional que deberá señalar el juez. Ver: págs. 273 y sgts.

ARTICULO 32. — El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

b.

ARTICULO 33. — La reparación se hará efectiva por la vía de apremio. En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

- 1º Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el art. 11.
- 2º Tratándose de condenados a otras personas, el tribunal

señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

Conveniencia en agregar una disposición análoga a la del art. 59 del Proyecto suizo de 1915. Ver: pág. 276.



## TÍTULO V

### IMPUTABILIDAD

ARTICULO 34. — No son punibles:

1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por un estado de inconsciencia, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones.

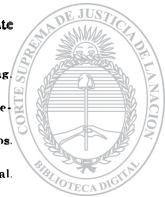
En caso de enajenación el tribunal ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En todos los demás casos en que se absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

- 1.º La expresión **comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones** debe suprimirse. Ver: pág. 299 y sgts.
- 2.º Inconveniencias que ofrece la primera parte del artículo en materia de embriaguez. Ver: págs. 308 y sgts.
- 3.º Conveniencia en seguir al Proyecto suizo de 1908. Ver: pág. 313 y sgts.
- 4.º Conveniencia en considerar especialmente la semialienación. Ver: págs. 318 y sgts.

2º El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

La primera parte es inútil, la segunda supérflua. Ver págs. 333 y sgts.



3º El que causare un mal por evitar otro mayor inminente que ha sido extraño;

- 1.º El vocado **mal** debe substituirse por el de **peligro**. Ver págs. 334.
- 2.º Omite establecer los derechos que caen bajo el estado de necesidad. Ver: págs. 334 y sgts.
- 3.º Omite legislar acerca de la intervención de los extraños. Ver págs. 336 y sgts.
- 4.º Deben ser modificados los recaudos exigidos acerca del mal. Ver: págs. 338 y sgts.
- 5.º Cómo debería redactarse el art. Ver: págs. 343.

4º El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

- 1.º Los términos del texto **exceden** el propósito que lo inspira. Ver: págs. 329 y sgts.
- 2.º Cómo debería redactarse. Ver: págs. 332.

5º El que obrare en virtud de obediencia debida;

Es superfluo puesto que repite la primera parte del inciso anterior. Ver: págs. 330.

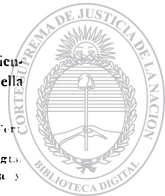
6º El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o 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 o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro su hogar, siempre que haya resistencia.

7º El que obrare en defensa de la persona o derechos de otros, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del in-



ciso anterior y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

- 1.º Agregar la palabra **actual** después de **agresión ilegítima**. Ver: pág. 346.
- 2.º La letra C del inciso 6 debe suprimirse. Ver: pág. 348 y sgta.
- 3.º Distingue sin fundamento alguno entre la defensa propia y ajena. Ver: págs. 350 y 353.
- 4.º Ambigua redacción de la frase que subsigue al subinciso C\* del inciso 6. Ver: pág. 351.
- 5.º Conveniencia de encerrar en una fórmula genérica los derechos que caen bajo el imperio de la **légítima defensa**. Ver: pág. 350.

ARTICULO 35. — El que hubiere excedido los límites inpuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

- 1.º Es preciso distinguir las situaciones que pueden presentarse acordando al juez la facultad de dispensar de pena en casos **excusables**. Ver: págs. 355 y sgta.
- 2.º Hay que reemplazar la palabra **castigado** por **reprimido**. Ver: pág. 78.

ARTICULO 36. — No es punible el menor de catorce años.

Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlos a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a 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 o guardadores.

Si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere diese lugar a suponer de que se trata de un sujeto perverso o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estadía hasta que tuviere veintiún años.

ARTICULO 37. — Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de diez y ocho, se observarán las siguientes reglas:

- a) Si el delito cometido tuviere pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un estableci-





miento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas.

El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad o retardarla hasta el máximo establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultare necesario dadas las condiciones del sujeto;

- h) Si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa.

- 1.° El menor solo por excepción debería ser objeto de medidas represivas. Ver: pág. 362.
- 2.° La clasificación de menores es asaz defectuosa. Ver: pág. 362.
- 3.° Incongruencia que resulta al comparar los arts. 36 y 37. Ver: págs. 362 y 363.
- 4.° Debe establecer una edad de transición. Ver: pág. 363.
- 5.° Debe crear una jurisdicción especial. Ver: pág. 364.
- 6.° Debe crear un procedimiento especial. Ver: pág. 364.
- 7.° Hay que separar los menores de catorce años de los mayores de catorce años. Ver: pág. 364.

ARTICULO 38. — El menor que no ha cumplido diez y ocho años no puede ser declarado reincidente.

El principio que informa el art. está en pugna con la aplicación de medidas represivas consagradas en el apartado b. del art. 37 cuando el delito no diera lugar a la condena condicional. Ver: pág. 449.

ARTICULO 39. — En todos los casos de delito cometido por un menor, el tribunal puede privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela. Podrá también disponer el cambio de guardadores. Para tomar esas medidas se tendrán en cuenta las situaciones respectivas del menor, sus padres, tutores o guardadores y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero.

ARTICULO 40. — En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.



ARTICULO 41. — A los efectos del artículo anterior, se tendrán en cuenta:

- 1.º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados.
- 2.º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a 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 o menor perversidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso.

1.º Conveniencia en establecer una fórmula general evitando el casuismo: errores en la enumeración del art. Ver: págs. 380 a 383.

2.º Cómo debería redactarse el art. Ver: pág. 386.

## TITULO VI

### TENTATIVA

ARTICULO 42. — El que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44.

- 1.º El recaudo de la **premeditación** debe substituirse por el de la **intención**. Ver: págs. 388 y sgt.
- 2.º Hay que substituir la palabra **sufrirá** por **se le aplicará**. Ver: pág. 78.

ARTICULO 43. — El autor de la tentativa no estará sujeto a pena, cuando desistiere voluntariamente del delito.

Conveniencia en prever el arrepentimiento tardío. Ver: págs. 398 y sgt.

ARTICULO 44. — La pena que correspondería al agente si hubiere consumado el delito se disminuirá de un tercio a la



mitad. Si la pena fuera de reclusión perpetua, la pena de tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será de diez a quince años.

- 1.º Conveniencia de prever el delito imposible.
- 2.º Cómo debería redactarse el texto legal. Ver: pág. 398.
- 3.º Crítica a la penalidad. Ver pág. 402.
- 4.º Incongruencia en lo que atañe a las penas perpétuas. Ver: pág. 199.

## TITULO VII

### PARTICIPACION CRIMINAL.

ARTICULO 45. — Los que toman parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

- 1.º Debería redactarse así: "los que **intencionalmente** toman parte en la ejecución de un hecho punible". Ver: pág. 404.
- 2.º La supresión del art. 23 del código penal ha de originar dudas. Ver: pág. 405.
- 3.º Hay que contemplar la tentativa de complicidad e instigación infructuosa. Ver: págs. 415 y sgts.
- 4.º Cómo podría redactarse el texto. Ver: pág. 422.

ARTICULO 46. — Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán castigados con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años.

- 1.º Entre la pena del autor principal y la del cómplice no debe existir más diferencia que la derivada de las modalidades particulares de los coparticipantes y no del papel desempeñado. Ver: págs. 409 y sgts.
- 2.º Hay que sustituir la palabra **castigados** por **reprimidos**. Ver: pág. 78.

ARTICULO 47. — 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 que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

Hay que modificar la redacción del art. 47. Ver págs. 414 y sgts.

ARTICULO 48. — Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor, instigador o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

La comunicabilidad de las relaciones, circunstancias y calidades personales, solo debe proceder **cuando siendo conocidas por los coparticipantes sirven de instrumento al delito.** Ver págs. 424 y sgts.

ARTICULO 49. — No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

- 1.º Debe suprimirse el privilegio porque importa un estímulo a la licencia. Ver: **pág. 425 y sgts.**
- 2.º Bases para la reforma. Ver: págs. 430 y sgts.

## TITULO VIII

### REINCIDENCIA

ARTICULO 50. — Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme *dictada por cualquier tribunal del país* cometiere un nuevo delito *aunque hubiere mediado indulto o conmutación.*

- 1.º Las frases subrayadas deben suprimirse. Ver págs. 436 y sgts. y **449 respectivamente.**
- 2.º Necesidad de eximir de la reincidencia a los delitos militares no previstos por el código penal. Ver: **pág. 450.**



ARTICULO 51. — Los reincidentes por segunda vez, condenados a penas restrictivas de la libertad que excediera de dos años, cumplirán su condena con reclusión en un paraje de los territorios del Sud.

ARTICULO 52. — La relegación será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren:

- 1° Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años;
- 2° Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos;
- 3° Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años;
- 4° Cinco condenas a prisión de tres años o menores;

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 tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión.

- 1.° No determina con precisión el tiempo de la duración de la pena. Ver: pág. 464.
- 2.° Falta de proporción entre los delitos cometidos y la represión impuesta. Ver: pág. 465.
- 3.° La relegación es una pena desacreditada. Ver: págs. 466 y sgts.
- 4.° Los reincidentes profesionales deben estar sometidos a un régimen sui generis: Bases del mismo. Ver: pág. 462.
- 5.° Necesidad de dictar una ley especial sobre identificación de los delincuentes. Ver: pág. 463.
- 6.° Error de la parte final del art. 52, pág. 463.

ARTICULO 53. — La condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el art. 65.

- 1.° Debe suprimirse. Ver: pág. 445 y sgts.
- 2.° A mantenerse el artículo hay que modificar los términos señalados en el art. 65. Ver: pág. 448 y sgts.
- 3.° Sustituir el vocablo reo por delincuente.
- 4.° Además, debe establecerse cuando empieza a correr el término de la purgación de la reincidencia. Ver: pág. 446.

## TITULO IX

### CONCURSO DE DELITOS

ARTÍCULO 54. — Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Hay que proscribir del derecho la distinción entre concurso real y formal, y seguir el alcance que da Impallomeni al código italiano. Ver: págs. 465 y sgts.

ARTÍCULO 55. — Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimum el mínimum de la pena mayor y como máximium la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximium legal de la especie de pena de que se trate.

1.º Debe sustituirse el régimen del cúmulo jurídico por el sistema de la pena única progresiva establecido por el código italiano. Ver: págs. 470 y sgts.

2.º Hay que sustituir el vocablo *reo* por *delincuente*. Ver pág. 78.

ARTÍCULO 56. — 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 prisión perpetua y la de presidio temporal, en que se aplicará presidio perpetuo.

La inhabilitación se aplicará siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1º

La misma observación que al art. anterior.

ARTÍCULO 57. — A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5º

ARTÍCULO 58. — Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por





sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar a pedido de parte su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no puede aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció la infracción penal, según sea el caso.

## TITULO X

### EXTINCION DE ACCIONES Y DE PENAS

ARTICULO 59. — La acción penal se extinguirá:

- 1º Por la muerte del imputado;
- 2º Por la amnistía;
- 3º Por la prescripción;
- 4º Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

1.º El inciso primero debe suprimirse. Ver: pág. 476 y sgts.

2.º El inciso cuarto debe suprimirse. Ver: pág. 490.

3.º A mantenerse debe resolver si la denuncia extingue ipso facto la acción o si el querellado puede exigir la continuación del proceso. Ver: pág. 490.

ARTICULO 60. — La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

Ver la observación tercera del art. 59.

ARTICULO 61. — La amnistía extinguió la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

ARTICULO 62. — La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:



- 1º A los quince años, cuando se tratara de delitos cuya pena fuere de reclusión o prisión perpetua;
- 2º Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso, el término de prescripción, exceder de doce años ni bajar de dos meses;
- 3º A los cinco años, cuando se tratara de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;
- 4º Al año, cuando se tratara de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;
- 5º A los dos años, cuando se tratara de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos;
- 6º Al año, cuando se tratara de hechos reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos;
- 7º A los seis meses, cuando se tratara de hechos reprimidos con multa que no excediere de quinientos pesos.

- 1.º Incongruencia entre el inc. 1 del art. 62 y los inc. 1 y 2 del art. 65. Ver: págs. 484 y sgt.
- 2.º En la prescripción de la acción de los delitos reprimidos con multa tiene en cuenta la multa de quinientos a dos mil pesos, no así en la prescripción de la pena. Ver: pág. 485.
- 3.º Incongruencia entre el inc. 5 del art. 62 y el inc. 4. del art. 65 comparados con el inc. 6 del art. 62 y el inc. 5 del art. 65. Ver: pág. 485.
- 4.º Incongruencia entre los inc. 1 y 2 del art. 62. Ver: pág. 485.
- 5.º Los plazos son exiguos. Ver: pág. 485.
- 6.º Debe prever las causas de interrupción de la prescripción de la acción. Ver: págs. 488 y sgt.

ARTICULO 63. — La prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

Debe empezar a correr desde el día de la consumación del delito. Ver: pág. 487.

ARTICULO 64. — La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito y de las indemnizaciones a que hubiere lugar.





ARTICULO 65. — Las penas se prescriben en los términos siguientes:

- 1° La de reclusión perpetua, a los veinte años;
  - 2° La de prisión perpetua, a los quince años;
  - 3° La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;
  - 4° La de multa mayor de dos mil pesos, a los tres años;
  - 5° La de multa que no excediere de dos mil pesos, al año.
- 1.° Debe redactarse así: "siempre que el condenado no incurra en otro delito, las penas se prescriben. Ver pág. 484.  
2.° 'Incongruencia' entre los inc. 1 y 2 del art. 65 y el art. 13. Ver: pág. 482.  
3.° Falta de lógica entre los inc. 1 y 2 comparados entre sí y comparados con el 3. Ver: pág. 486.  
4.° Los plazos de la prescripción son exiguos. Ver: pág. 487.

ARTICULO 66. — La prescripción de la pena empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere empezado a cumplirse.

- 1.° Ha omitido fijar desde cuando corre los términos en los casos de condena condicional. Ver: pág. 488.
- 2.° La palabra reo debe sustituirse por la de *delincuente*. Ver: pág. 78.

ARTICULO 67. — La prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes de un delito.

- 1.° La expresión *interrumpida* carece de sentido en el proyecto de 1917. Ver pág. 489.
- 2.° Se impone la opinión contraria. Ver: pág. 489 y sgt.
- 3.° Debe consagrar la interrupción de la prescripción. Ver: págs. 488 y sgt.

ARTICULO 68. — El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

Sin embargo, el indulto no extingue la reincidencia según el art. 50. Ver: pág. 492.



ARTICULO 69. — El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el art. 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

1.º Debe suprimirse. Ver: págs. 492 y sgt.

2.º Inconvenientes del apartado final en algunos casos. Ver: pág. 493.

ARTICULO 70. — Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aun después de muerto.

## TITULO XI

### DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES

1.º Conveniencia en establecer reglas sobre competencia. Ver: pág. 496 y sgt.

2.º Conveniencia en suprimir las cuestiones prejudiciales. Ver: pág. 497.

ARTICULO 71. — Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1º Las que dependieren de instancia privada;

2º Las acciones privadas.

ARTICULO 72. — Son acciones dependientes de instancia privada, las que nacieren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultraje al pudor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

ARTICULO 73. — Son acciones privadas, las que nacen de los siguientes delitos:

1º Adulterio;



- 2º Calumnias, injurias, difamación, ultraje;
- 3º Violación de secretos, salvo en los casos del art. 154;
- 4º Extorsión en el caso del art. 170;
- 5º Concurrencia desleal, prevista en el art. 159.

1.º Debe suprimirse con excepción del inc. 1. Ver: pág. 499.

2.º A mantenerse el art. conviene establecer un término especial para la presentación de la querella. Ver: págs. 606 y sigt.

ARTICULO 74. — La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

ARTICULO 75. — La acción por calumnia, injuria, difamación o ultraje, podrá ser ejercitada solo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

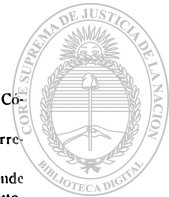
ARTICULO 76. — En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado, o de sus guardadores, o representantes legales.

ARTICULO 77. — Por los delitos contra la libertad política, además de acción penal, procederá la acción particular de cualquier ciudadano.

Iniciada la 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.

## TITULO XII

### SIGNIFICACION DE LOS CONCEPTOS EMPLEADOS EN EL CODIGO



ARTICULO 78. — Para la inteligencia del texto de este Código, se tendrán presentes las siguientes reglas:

Los plazos señalados en este Código se contarán con arreglo a las disposiciones del código civil.

La expresión “reglamentos” u “ordenanzas”, comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Se entiende por “banda”, la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados.

Con la palabra “mercadería”, se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término “capitán”, comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término “Tripulación”, comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

Debe suprimirse el art. 78 menos lo concerniente a la manera de computar los plazos, el cual debe formar un artículo. Ver: pág. 607.

## CONCLUSIONES

1º El Proyecto de 1917 no debe sancionarse porque hace tabla rasa de los adelantos producidos en el derecho penal durante el siglo XX. ,

2º El futuro Código penal debería seguir las huellas trazadas por el Proyecto suizo, el cual rinde pleito homenaje a la individualización de la pena.

Presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 15 de Octubre de 1920







## ERRATAS NOTABLES



En la página	Línea	dice	debe decir
55	18-19	presunción	presunción
85	5	social	criminal
87	22	289	689
94	36-37	Idiosincrasia	Idiosincrasia
19	35	adolescente	adolescente
121	8	Van Hamel	Van Hamel
132	30	el	—
132	8	territorial	territorio
131	22	somo	como
151	16	retroactividad	irretroactividad
165	6 y 7	implícitamente	explícitamente (art. 108)
201	38	7	357
248	12 y 13	menores	mujeres
256	35	556	565
321	9	pudos	pudor
319	12	gracias de	gracia a
444	12	en	que en
545	7	soluciones	colusiones
529	4	—	Ver: págs. 359 y sgs.

Página 61, línea 21 Dice: tiene por fin cometer un atentado contra la propiedad (art. 170).

Debe decir: pueda según la ley argentina, dar lugar a la extradición.

264 5 Dice: Pero Grolzard recogiendo las observaciones de Laget-Val.

Debe decir: Pacheco al comentar una disposición análoga del Código.

.. 346 .. 35 Suprimirla.

.. .. final. Agregar: la amenaza remota, el temor infundado no bastan para.