

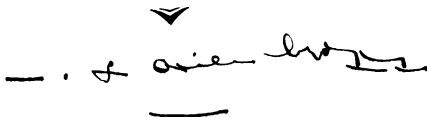


EL CODIGO PENAL Y LA JURISPRUDENCIA

POR EL

DR. JUAN F. GONZALEZ

Defensor General en los Tribunales de la 2a. Circunscripción Judicial
de la Provincia de Santa Fe



Biblioteca	
Nº de Orden	112.329
Ubicación	E2988

LIBRERÍA Y CASA EDITORA DE EMILIO PERROT
BUENOS AIRES - AZCUÉNAGA 1848

— 1935 —

*Queda hecho el depósito
que establece la ley.*

IMPRESA DEL COLEGIO "SAN JOSE" - ROSARIO

400282



61060

VOCES DE ALIENTO

Del profesor de Derecho Penal de la Facultad de Montevideo:

Montevideo, Noviembre 27 de 1934.

Señor Doctor Don Juan F. González.

Ilustre colega:

Acuso complacidísimo recibo de su tan amable carta y le agradezco infinitamente los muy generosos conceptos que en ella dedica Vd. a mi libro "Los delitos Sexuales". No le había respondido antes porque, para hacerlo, deseaba terminar la lectura de su obra "El Código Penal y la Jurisprudencia", que tuvo la gentileza de enviarme el Sr. Emilio Perrot y que llegó a mis manos precisamente cuando ya había empezado a conocerla en un ejemplar dedicado a mi grande maestro y amigo, el Dr. Irureta Goyena.

Ha realizado Vd. una obra de positivo valor, tanto doctrinario como práctico y que es exponente de un agudo espíritu de jurista. Creo por ello que, después de publicado un primer tomo de tal significación, está Vd. más que nunca en el deber de cumplir, ante todos y en beneficio de todos, la deuda de continuar su obra, según la contrae en el prólogo. Por mi parte, me apresuro a expresarle que en el próximo curso a mi cargo en la Facultad de Montevideo, haré conocer más de una vez su obra a mis alumnos, pues acostumbro a hacer directamente las citas en clase y dedico especial atención a los delitos contra la persona. Y para tal fin me será utilísima.

Esperando con el mayor interés conocer sus futuras publicaciones, sólo me resta felicitarle tan efusiva como sinceramente y saludarle con mi más alta estimación y el ofrecimiento de mi amistad.

CARLOS SALVAGNO CAMPOS.

* * *

Del Rector de la Universidad de Córdoba:

Sofanor Novillo Corvalán, Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, saluda con la mayor consideración a su distinguido ex-discípulo y amigo, Doctor Don Juan F. González y le agradece el envío de su libro "El Código Penal y la Jurisprudencia", del cual ha leído ya algunos capítulos, reveladores del dominio y capacidad con que trata el asunto, por cuya obra le presenta sus más efusivas felicitaciones, no dudando que ella va a enriquecer la literatura jurídica sobre la materia; le es grato al propio tiempo expresarle su reconocimiento para el afectuoso recuerdo que en sus páginas tiene para los maestros de Córdoba.

Córdoba, 3 de Diciembre de 1934.

* * *

Del diario jurídico "La Ley":

Bibliografía. — "El Código Penal y la Jurisprudencia". Por el Doctor Juan F. González. Buenos Aires 1934.

El Doctor Juan F. González, defensor general de los Tribunales de la 2ª Circunscripción Judicial de la Provincia de Santa Fe, acaba de publicar un libro por muchos conceptos interesante. Trátase de la Jurisprudencia recaída en juicios tramitados en la mencionada circunscripción judicial, que afectan la aplicación de los títulos del nuevo Código Penal, especialmente en lo que se refiere a delitos contra la vida, lesiones, homicidio y lesiones en riña, el duelo, el delito de abuso de armas y el delito de abandono.

En cada caso apuntado, el Doctor González ha ordenado los principios marginales de los fallos respectivos, haciéndolo con abundante acopio de antecedentes y citas legales, de manera que su trabajo ofrece una guía sumamente importante para los magistrados y los profesionales que desean consultar fallos alusivos.

El trabajo del Doctor González, es singularmente ponderable, por tratarse de causas a un procedimiento similar al de la Capital, que por razones fáciles de aquilatar, pocas veces se consultan. Gracias a su paciente tarea investigadora, nuestros profesionales tendrán un nuevo campo de experimentación, por muchos motivos enjundioso.

La jurisprudencia está en el libro del doctor González, apuntada con gran meticulosidad, y sus citas son oportunas, a la vez que articuladas con notable precisión.

El Rector de la Universidad del Litoral, doctor Augusto Morisot, a la vez profesor de Derecho Penal en la Facultad de

PREFACIO

Santa Fe, le ha puesto al libro un interesante prólogo, que destaca sus notables méritos.

La edición, hecha en Buenos Aires, en los talleres de la librería y editorial de Emílio Perrot, es una muestra más de la capacidad de la misma, gracias a cuyo celo el volumen se presenta primorosamente impreso y ordenado.

Buenos Aires, Marzo 31 de 1934.

* * *

Del diario "La Capital", de Rosario, del 14 de Abril de 1934:

Bibliografía. — "El Código Penal y la Jurisprudencia". - Acaba de aparecer editado en la Capital Federal, el primer tomo de la obra intitulada "El Código Penal y la Jurisprudencia", del Dr. Juan F. González, quien desde hace catorce años desempeña el cargo de defensor general en los Tribunales de nuestra ciudad.

Su autor no se ha limitado a la exposición doctrinaria del derecho, sino que formula atinadas críticas respecto de deficiencias y omisiones que ofrece la ley penal vigente, como ser la inclusión de la discutida "locura puerperal" y la supresión del término establecido por la legislación anterior en el infanticidio, la fijación de una pena menor para este delito que para el aborto, etc.

Pero el libro de referencia además de su aspecto doctrinario ofrece el de una finalidad de orden práctico, cual es el de mostrar cómo interpretan y aplican la ley penal los jueces de la 2ª circunscripción de la provincia, contribuyendo de esa manera a la formación de la jurisprudencia en nuestro país. El estudio, compilación y selección de fallos ha sido realizado en forma escrupulosa, señalándose en cada caso el origen de los mismos.

Como lo pone de relieve el prologuista de la obra, Dr. Augusto Morisot, la finalidad perseguida por el autor de "El Código Penal y la Jurisprudencia" ha sido conseguida ampliamente, suministrando a estudiantes y profesionales una fuente de información y doctrina de positivos valores.

* * *

Del diario "Los Principios", de Córdoba:

Noviembre 2 de 1934. Primer tomo de "El Código Penal y la Jurisprudencia". Se destaca en la obra del Doctor Juan F. González, el estudio que hace de la legislación penal.



Estudio juicioso. - "El Código Penal y la Jurisprudencia", es como el doctor Juan F. González ha titulado su reciente obra de la que ha publicado el primer tomo.

En él comprende un estudio juicioso y atinado desde los "delitos contra la vida" hasta el abandono presentándonos las diversas doctrinas que informan no sólo la razón de la incriminación de los diversos hechos contemplados por el Código Penal sino también justipreciando la gravedad y extensión de la pena asignada a cada delito.

Hace el exámen de los principios conocidos y formula deducciones, las que aparecen confirmadas, a veces, con la copiosa jurisprudencia que nos exhibe, para en otros fundando sus observaciones, criticar la solución acordada por los tribunales.

Se destaca en la obra del doctor González, la predilección con que ha estudiado la legislación penal referente a los arts. 81 inc. 2º, a 88 del Código Penal vigente, notándose severas observaciones que evidencian la falta de lógica en la ley que provee a situaciones idénticas y con móviles también idénticos, con soluciones discordes y nos señala con ecuaníme criterio cual debe ser la sanción con que el legislador debe castigar y las modalidades necesarias para la imputabilidad de esos delitos, no sólo del agente primordial sino de los que en razón de su oficio o profesión están llamados naturalmente a intervenir activamente en los hechos que lo generan.

La obra comprende, pues, el exámen del Código Penal y sólo es sensible que ella se haya concretado en su faz jurisprudencial a las decisiones ocurridas en la Justicia de Rosario de Santa Fe porque tal vez con la ampliación del horizonte donde su autor ha copilado fallos, se habría conseguido con mayor razón contribuir eficazmente a facilitar la aplicación del precepto legal y la formación de la jurisprudencia, que no puede ser local sino nacional.

EL TEMA

En el primer tomo dimos preferencia a los atentados contra la vida, por considerar que el homicidio es el delito máximo de nuestra legislación penal. Hoy nos ocupamos de la propiedad, para poner en evidencia la importancia que esta materia debe tener en el mundo de los delitos y de las penas.

Después de la existencia, la propiedad. Ese bienestar económico, que encauza los anhelos de la humanidad y se cristaliza en ese esfuerzo colectivo, como un medio de mejoramiento social; no podía ser menos que eficientemente garantido por nuestro precepto legal.

No pretendo aquí hacer una apología del derecho de propiedad, porque no es ésta la finalidad de la obra; pero sí, puedo decirlos aunque de paso, que él constituye la riqueza inagotable del trabajo, el estímulo, el acicate, que siempre ha impulsado al hombre hacia el bienestar social, y que ha diseñado en todos los tiempos y en todas las épocas la silueta formidable del progreso.

En el imperio de la antigua Roma, no constituían estos atentados figuras del derecho criminal, porque estaban catalogados como delitos privados. Sabemos que en el Derecho Romano se dividían los delitos en públicos y privados: el delito público era aquél en que el Estado tenía derecho a imponer una pena; en cambio el privado que no sale de la esfera del derecho civil, es aquél cuya única sanción consiste en el resarcimiento del daño sufrido. Es por esto que las sanciones penales en esta clase de delitos se traducen siempre en una indemnización pecuniaria cuyo monto alcanza al duplo, triplado y cuádruplo del daño causado.

Nuestra moderna organización social, si bien reconoce el derecho al resarcimiento del perjuicio ocasionado, hace de los atentados contra la propiedad una figura de delito público y los incorpora como tales al derecho criminal. Es decir que siguiendo el sistema de las legislaciones contemporáneas, asume directamente el Estado la tutela jurídica del indiscutido derecho de propiedad.

Pero si hemos abandonado los viejos moldes del antiguo derecho para considerar los atentados contra la propiedad, podemos afirmar con satisfacción, que el "jus utendi, fruendi et abutendi" del emperador Romano, aun pervive en la legislación de nuestros tiempos y Dios quiera que impere por miles de años; no sólo para el bienestar de este pueblo, sino también para los que vienen a compartir con nosotros, las delicias y comodidades que nos brinda esta bendita tierra de promisión.

En el capítulo IX estudiamos el delito de malversación que si bien el codificador lo considera como un delito contra la administración pública, su vinculación estrecha con los atentados contra la propiedad justifican plenamente el agregado.

Y ahora, doblemos la hoja, para engolfarnos en las disposiciones de nuestra ley, y ver cómo nuestros jueces, entienden y aplican nuestro derecho positivo.

EL AUTOR.

LOS ATENTADOS CONTRA LA PROPIEDAD

EL DELITO DE HURTO.

CAPITULO I.

Concepto y definición. — El apoderamiento. Diversos sistemas de la consumación del apoderamiento. — Elementos de ejecución. — Ilegitimidad. — Cosa mueble. — Hurto de electricidad. — Hurto de usc. — Hurto de la cosa propia. — Jurisprudencia. — El hurto calificado. — Abigeato. — Hurto de productos agrícolas, maquinarias y elementos de trabajo. — Hurto calamitoso. — El uso de las llaves y ganzúas. — Hurto con escalamiento. — Jurisprudencia.

Artículo 162.

Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

* * *

Clara, sencilla y terminante, es la concepción del artículo al referirse al delito del hurto; el cual consiste en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena.

No siempre se tuvo este concepto del delito. En el Código de Tejedor, como en el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, se hablaba de la sustracción clandestina de la cosa mueble. La clandestinidad en el apoderamiento era lo que lo caracterizaba.

El Código de 1886 al aceptar los preceptos del Proyecto Tejedor, agregó otro artículo incluyendo también como delito de hurto, el arrebato de una cosa mueble de poder de quién la lleve. Dicha disposición tendía a llenar un vacío de la ley, creado por el requisito de la clandestinidad.

En esta forma se consideraba antiguamente el delito

de hurto, pues el apoderamiento clandestino de la cosa mueble constituía su característica fundamental.

El Proyecto de 1891, sustituyó el requisito de la clandestinidad en el apoderamiento, por el ánimo de lucro, definiendo el delito como el apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble, total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro. Requisito también que exige la legislación Uruguaya.

La ley de Reformas 4189, se inspiró en el Proyecto anteriormente citado, abandonó el viejo criterio de la clandestinidad y suprimió también el ánimo de lucro. Dicha reforma fué aceptada por el Proyecto de 1906 e incorporada a nuestro Código vigente.

Tal es el concepto del delito que estudiamos: suprimida la clandestinidad en el apoderamiento, como el ánimo de lucro, tendremos que existe el delito aunque la cosa se tome en presencia del dueño.

Hoy lo que nos sirve para distinguir el hurto de los otros atentados contra la propiedad, es la violencia en el apoderamiento. El maestro Carrara, sostiene que para que exista violencia en el apoderamiento es necesario que ésta sea útil y recaiga en un medio defensivo de la cosa.

En este sentido siendo la violencia innecesaria para consumar el apoderamiento, debe siempre primar la idea del hurto. Así en el caso del que toma un libro y en vez de llevarlo arranca sólo un capítulo, habría un hurto y no un robo, no obstante la violencia material ejercida sobre la cosa; porque la violencia en este caso es innecesaria y no ha recaído en un medio defensivo.

* * *

Apoderamiento ilegítimo. — De acuerdo a los preceptos de nuestra legislación civil el dominio se pierde o se adquiere sólo por medios lícitos; de aquí que establece el derecho de reivindicación para las cosas perdidas o robadas, (art. 2765 C. C.). Lógico es deducir entonces que no es necesario la pérdida o adquisición del dominio, para que se considere cometido el delito, pues la sola turbación de la posesión aunque sea momentánea implica su consumación. Luego el hurto es un delito que ataca a uno de los elementos del derecho de propiedad: la posesión, por con-

siguiente la ejecución del mismo consiste en el apoderamiento.

El Código Civil en sus artículos 2351, 2373 y 2382, establece las nociones del hecho jurídico de la posesión, y siendo éste el elemento material del delito, debemos tenerlo presente a fin de establecer cuando se efectúa el apoderamiento. Cuestión interesante que tiene su importancia en la materia que estudiamos porque nos demuestra el momento de la consumación del delito.

* * *

¿Cuándo se efectúa el apoderamiento? — De las diversas doctrinas que existen sobre la consumación del apoderamiento, vamos a exponer las tres más interesantes que han tenido acogida ya en algunas legislaciones.

En primer término podemos citar la teoría de la protección física que nos enseña Pessina, la cual es aceptada por la legislación Francesa y Belga.

Para esta doctrina el apoderamiento se consuma, sólo en el caso de que la cosa sea retirada de la pieza, patio o recinto donde se encontraba; tal era el alcance que se le daba al término sustracción. Es decir, esta doctrina considera que la cosa objeto del delito está protegida por los cercos, muros, o sitio donde se encuentra; y hay que vencer estos elementos físicos, es necesario allanar estos medios defensivos para que se consume el apoderamiento.

En segundo término citaremos la teoría de la protección ideológica, seguida por la legislación Italiana y Uruguaya, que nos enseña Irureta Goyena.

Considera esta doctrina que la cosa objeto del delito está protegida por la vigilancia del dueño, de modo que el apoderamiento se consuma cuando la cosa ha sido removida de su lugar, de tal modo que escape a esa vigilancia y esté a disposición del nuevo poseedor.

No es necesaria la sustracción total de la cosa, basta tan sólo que la ocultación impida la vigilancia del dueño, aunque la cosa se encuentre a disposición del nuevo poseedor dentro de la propiedad. Basta pues, que la remoción haga imposible la vigilancia del dueño por la ocultación

de la misma, para que se considere efectuado el apoderamiento.

Y por último vamos a exponer la teoría de la simple remoción que es la más universal, seguida por las legislaciones Alemana, Española y Austriaca; la misma que expone Carrara y Crivellari.

Para esta doctrina la simple aprehensión y remoción de la cosa objeto del delito, constituye el apoderamiento. Basta en consecuencia que el agente haya estado en posesión de la cosa mueble objeto del hurto y la haya removido para que se considere perfeccionado el delito.

Esta es la doctrina que acepta nuestra legislación, la cual se haya sancionada por nuestra jurisprudencia. De modo que el delito se perfecciona en el preciso momento que el delincuente toma la cosa con la intención de apoderarse de ella y efectúa su remoción.

Pero creo con Rodolfo Moreno, que si el objeto se encuentra en un local cualquiera, el simple contacto o el solo hecho de cambiar de lugar la cosa mueble, no es una razón para considerar consumado el apoderamiento; desde que éste existe sólo en el caso que los objetos pasen a disposición del delincuente, ya que por múltiples razones el agente no está en condiciones de efectuar la remoción y llevarse los objetos y en este caso no habría entonces apoderamiento.

Ahora cuando se trata de dinero que lleva una persona, no basta que el delincuente sea sorprendido con las manos en el bolsillo de su propia víctima, pues es necesario que el dinero sea sacado de allí y pase a poder del delincuente para que se considere perpetrado el apoderamiento.

La acción del delincuente sorprendido con la mano en el bolsillo de la víctima, aun en el supuesto de que tuviera la cartera con el dinero, no pasaría de la esfera de la tentativa. Porque si bien es cierto que ha efectuado la aprehensión, falta en ese caso la remoción para considerar perfeccionado el delito.

Elementos de ejecución. — La ley no habla, ni restringe los medios para la consumación del apoderamiento; de modo que éstos pueden ser directos o indirectos, como lo sostienen Carrara e Irureta Goyena. Basta que el hecho de la turbación de la posesión se perfeccione, para que se configure el delito.

Poco importa de los medios que me he valido para tomar los frutos del árbol ajeno; lo mismo da si ha sido con la mano o por intermedio de algún instrumento, lo esencial es el hecho de la posesión indebida de los frutos, que es lo que constituye el apoderamiento.

En este sentido aceptamos la opinión de Irureta Goyena, el cual sostiene que la posesión de la cosa ajena puede verificarse o bien con la mano, o por intermedio de animales amaestrados, trampas o cualquier otro aparato destinado al efecto.

No tiene en cuenta para nada los medios usados, porque lo que castiga la ley es el hecho de la posesión ilegítima.

* * *

Ilegitimidad. — La ilegitimidad en el apoderamiento es una cuestión elemental y fundamental a la vez para la existencia del delito.

La apropiación, es uno de los medios legítimos para adquirir el dominio de las cosas, por eso debemos tener presente las disposiciones de la ley civil que rigen la materia, es decir, cuándo puede efectuarse la apropiación y cuáles cosas son susceptibles de ella (artículos 2524, 2343, 2457, 2525 y 2527). Desde que si existe una apropiación legítima dicho acto no puede dar lugar al delito.

Tratándose de un delito contra la propiedad la cosa poseída debe tener dueño, desde que si resultase abandonada, o fuese "res-nullius", no habría propiamente una turbación en la posesión.

El consentimiento del dueño, anterior o concomitante con el apoderamiento, discrimina el hecho porque en ese caso la apropiación resultaría legítima.

El consentimiento posterior no modifica la situación legal del agente, desde que ya se había efectuado el apo-

deramiento y en consecuencia quedaba perpetrado el delito.

El consentimiento debe ser siempre expreso para que surta sus efectos legales; la ley sólo por excepción lo considera tácito en algunos casos cuando median ciertos requisitos fundados en los vínculos de sangre, como en los casos del artículo 185.

* * *

Cosa mueble. — El apoderamiento debe recaer sobre una cosa mueble total o parcialmente ajena.

Nuestro legislador nos enseña el concepto de cosa en su artículo 2311 del Código Civil, definiéndola como los objetos corporales susceptibles de tener valor. Es decir que no acepta ni sigue la doctrina del derecho romano, que consideraba en la categoría de cosa tanto los objetos corporales, como los incorporeales.

Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa a excepción de las que son accesorias de los inmuebles. Pero debo hacer presente que los accesorios de los inmuebles, para la legislación penal no pierden su carácter de muebles y efectuado que sea su apoderamiento y desplazamiento ilegal, estaríamos en presencia del delito que estudiamos.

La ley protege el patrimonio, es decir, no sólo las cosas sino también los bienes que lo constituyan. Pero sólo el apoderamiento de la cosa mueble es lo que constituye el hurto; cualquier otro atentado podrá configurar otra figura criminal.

* * *

Hurto de electricidad. — Definiendo la ley el hurto como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, la sustracción de la energía eléctrica es uno de los casos que más dificultad ofrecen en el campo de la doctrina. La razón es clara: siendo la naturaleza íntima de la electricidad una incógnita en el terreno científico, no le son aplicables las características de las cosas muebles que deben constituir los elementos materiales del delito.

Mucho se ha discutido en el campo de la doctrina,

cuestión ésta que ha sido resuelta en forma abiertamente contradictoria. Mientras en los tribunales franceses e italianos, en cuyas legislaciones no se ha previsto expresamente el caso, se inclinan por aceptar como delito de hurto la sustracción de energía eléctrica, la jurisprudencia alemana entiende que dado el concepto del delito cuya definición formula el Código, no se puede admitir como tal la sustracción de energía eléctrica, desde que no puede entrar en la categoría de cosa por tratarse de una fuerza, de una propiedad de la materia, como el sonido, el calor, la luz.

Toda la discusión gira sobre la naturaleza desconocida de la energía eléctrica, de modo que la tendencia actual en las legislaciones, es hacer de la sustracción de la energía eléctrica una configuración especial del hurto. Resuelven así el problema prácticamente, orillando todas las discusiones inútiles sobre la materia.

En este sentido podemos afirmar que la sustracción de la energía eléctrica está prevista como delito especial de hurto entre otras legislaciones en Alemania, Inglaterra, y algunos Estados de Norte América.

Nuestra legislación no tiene ningún precepto especial sobre el hurto de la electricidad, pero pienso que ésta puede ser objeto de este delito.

Se trata de un bien material, introducido al comercio, y que se puede fácilmente avaluar en dinero, el cual puede ser desplazado y gobernado por el hombre. Este es también el criterio seguido por González Roura y Rodolfo Moreno, para quienes la electricidad debe considerarse como cosa a los efectos de la ley penal.

* * *

Hurto de uso. — Otra dificultad se suscita cuando el agente realiza el apoderamiento con el ánimo de usar simplemente la cosa, y no de someterla a su dominio.

Liszt, sostiene que la generalidad de los autores están por la inexistencia de la infracción penal; en cambio Irueta Goyena manifiesta que el uso indebido de una cosa constituye el delito de hurto.

En nuestra legislación el apoderamiento indebido sin

ánimo de apropiación, no constituye el pretendido delito de hurto de uso. Luego para nosotros el uso indebido de la cosa ajena, podrá tener derivaciones civiles dando lugar a la acción de daños y perjuicios, pero no puede constituir, ni engendrar responsabilidad criminal alguna.

* * *

Hurto de la cosa propia. — La ley exige que el apoderamiento lesione el derecho de propiedad, de modo que el dueño que toma indebidamente de un tercero su propia cosa, comete sin duda un acto delictuoso pero no sería precisamente un hurto.

La cosa objeto material del delito debe tener dueño, por cuanto si el apoderamiento recae sobre una cosa abandonada (*res derelictae*), o en una cosa sin dueño (*res nullius*) no habría propiamente la turbación de la posesión que caracteriza el delito.

Ya hemos visto que la apropiación es uno de los medios legítimos para adquirir el dominio de las cosas. De acuerdo a la tesis sostenida por la legislación civil, cuando el apoderamiento recae en una cosa abandonada o que carezca de dueño, y que sea susceptible de apropiación, dicho acto lejos de ser delictuoso, constituye un medio legítimo para adquirir el dominio de la misma.

Ahora bien, para fijar el verdadero concepto de lo que debemos entender por cosa sin dueño y cosa abandonada, a fin de establecer perfectamente la existencia o inexistencia del delito, tenemos que recurrir a las prescripciones de la legislación civil. (Arts. 2525, a 2570).

Cuando se trata de cosas arrojadas al mar o a los ríos para salvar las embarcaciones de un posible naufragio, o cuando han caído en virtud del mismo, la opinión de los autores está dividida.

Carrara con la mayoría sostiene la existencia del hurto en los casos de echazón o naufragio, por cuanto la cosa en estos casos no se puede considerar abandonada.

Manzini a su vez al tratar sobre las cosas abandonadas en los casos de echazón o naufragio, establece un distinguo: habría hurto siempre que el que se apropie de ella, ha po-

dido darse cuenta que la voluntad presunta del dueño ha sido el de no abandonarla, por lo que hay que considerar no sólo el valor y la naturaleza de la cosa, sino también el lugar del naufragio, echazón o abandono.

En nuestra legislación no puede ni plantearse esta cuestión, ya que existe una disposición expresa en la ley civil, artículo 2539, por la que se establece que comete un hurto el que se apodere de los despojos de los naufragios, como así también de las cosas echadas al mar o a los ríos para alijar los buques.

JURISPRUDENCIA.**HURTOS.**

Encubrimiento de hurto. — Ante la negativa del procesado, de ser el autor del delito, el solo hecho de haberse probado que intervino en la venta del tilburi, lo vincula al proceso y debe ser considerado como encubridor, art. 277 inciso 3º del C. Penal. — Corresponde condenarlo a un año de prisión. — Caso: Mercante Domingo, hurto a Luis Bavestiello. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 349, y con fecha 21 de Septiembre de 1923. — Nota marginal: Cámara confirmó.

Encubrimiento de hurto. — No habiendo prueba pertinente que permita establecer que el procesado sea el autor material del hurto del microscopio, corresponde como sostiene la defensa considerarlo como encubridor; así lo ha establecido la jurisprudencia: "Debe ser considerado encubridor el tenedor sospechado de autor". Corresponde de acuerdo al art. 277, condenarlo a la pena de un año de prisión. — Caso: Torres Zeballos Eloy, hurto al Dr. Tomás Cerrutti. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia, de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 16, al folio 296, y con fecha 23 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 5 de Noviembre de 1924, declaró condicional esta pena.

Encubrimiento de hurto. — El tenedor sospechado de autor debe ser considerado como encubridor; teniendo en cuenta que se trata de un reincidente, corresponde condenarlo a dos años de prisión, art. 277, e imponerle como adicional la reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del sur de la República, art. 52. — Caso: Sosa Domingo, o Ramón López, o Alfredo Suárez, hurto a Sara Echegoyen y otro. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22, al folio 233, y con fecha 14 de Junio de 1930. — Nota marginal: El 20 de Diciembre de 1930, la Sala del 2º turno de la Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia.

Tentativa de hurto. — Existe tentativa de delito imposible de hurto, cuando el agente que encuentra una carta de porte, pretende sacar la mercadería que el dueño retiró sin la guía y con fianza. Debe calificarse como tal el hecho y de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 42, 44 y 162, del C. Penal, corresponde condenarlo a un mes de prisión. — Caso: Fochat Natalio, tentativa de hurto al F. C. C. A. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 17, al folio 387, y con fecha 31 de Octubre de 1925. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 23 de Junio de 1928, declaró prescripto el derecho de acusar.

Complicidad de hurto. — El hecho de haberse acompañado con los delincuentes, estando a poca distancia de la casa donde se perpetraba el delito, y haber recibido posteriormente parte del dinero, lo vincula al proceso en calidad de cómplice. No estando demostrado en forma legal el uso de las llaves, corresponde calificar el delito como hurto simple, llamando la atención al comisario instructor por cuanto su negligencia disminuye la responsabilidad del agente. Corresponde condenarlo como cómplice, art. 46 y 162, a un año de prisión. — Caso: Angel Benavidez, hurto a Carlos Stheli. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 35, y con fecha 26 de Junio de 1925. — Nota marginal: Esta sentencia quedó firme y ejecutoriada en fecha 2 de Octubre de 1925.

Circunstancia calificativa. — Las circunstancias calificativas deben estar probadas en el sumario. Desde que la resolución que ordenó la constatación de la violencia ha quedado incumplida, debe considerarse el hecho como hurto simple. Corresponde de acuerdo a los antecedentes y lo dispuesto por el art. 162, condenarlo a dos años de prisión. — Caso: Gómez Miguel, hurto a Guindolín Martínez. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 171, y con fecha 10 de Julio de 1926. — Nota marginal: Agosto 18 de 1926, Excma. Cámara confirmó.

Circunstancia calificativa. — El hecho de que el procesado confiese en su indagatoria que ejerció violencia para perpetrar el apoderamiento, no es suficiente para calificar el delito. Toda circunstancia que agrave un delito debe constar por prueba legal independiente de la confesión. Corresponde considerar

el delito como hurto simple e imponer la pena de dos años de prisión por los hurtos cometidos, art. 55 y 162 del C. Penal. — Caso: Vitale Agustín, Sarcione José, hurto. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 291, y con fecha 30 de Noviembre de 1925. — Nota marginal: La Sala del 2º turno de la Excm. Cámara, confirmó la sentencia el 27 de Mayo de 1926.

Circunstancia calificativa. — La confesión del reo prueba su participación en el hecho, pero no el cuerpo del delito. Faltando en autos la prueba material de la violencia, debe considerarse al procesado no obstante su confesión, como autor de hurto simple. El hecho de que el querellante se presente con un poder general para pleitos, a fin de intervenir en el juicio criminal, no es una razón para rechazar la falta de personería, ya que la ley exige sólo poder especial para iniciar la querella, art. 140 C. Pts. Crim. Siendo la intervención del mandatario después de iniciada la querella ha desaparecido el motivo para que se especialice el mandato, art. 133 C. Pts. Crim. Luego teniendo el poder facultad bastante para presentarse en juicios criminales debe aceptarse la personería. Corresponde condenar a los autores por hurtos reiterados a tres años, un año y dos meses, un año, y nueve meses de prisión, art. 55 y 162. — Caso: Flores Félix, Torres Lázaro, Funes Gregorio y González Ceferino, hurto. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 214, y con fecha 6 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: Esta sentencia ha quedado ejecutoriada con respecto a los procesados Félix Flores, Lázaro Torres y Gregorio Funes. El 27 de Abril de 1925, la Excm. Cámara de Apelaciones, 3ª Sala, confirmó la sentencia en la parte que impone a Ceferino González la pena de nueve meses de prisión.

Circunstancia calificativa. — El croquis levantado que indica el camino por donde han ido los ladrones, no es un elemento suficiente para demostrar la violencia en las puertas y el escalamiento; circunstancias éstas que calificarían el delito — Corresponde rechazar la acusación Fiscal y condenar al procesado como autor del hurto simple a un año y medio de prisión, art. 162; y hacer saber al comisario instructor que en casos como el presente debe proceder a constatar las circunstancias calificativas levantando las actas con sus tes-

tigos respectivos de actuación, art. 175 del C. Pts. Cr. Caso: Mato Antonio, hurto a Enrique Gualdesi. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 30, al folio 458, y con fecha 19 de Julio de 1930. — Nota marginal: La sala del 3er. turno, de la Excm. C. de Apelaciones, con fecha 4 de Mayo de 1931, por desistimiento del recurso deducido, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Circunstancia calificativa. — No existiendo en el sumario la prueba de la violencia ejercida, corresponde calificar el delito como hurto. La retractación de la confesión ante los malos antecedentes, y los indicios de culpabilidad que arroja el sumario, le quitan eficacia jurídica. — El comprador de buena fe no puede ser considerado como encubridor. Corresponde condenar al autor del hurto a dos años de prisión en virtud de ser reincidente, y a un año condicional a los coprocesados; absolviendo al comprador de buena fe. — Caso: Bocaglio José, Solari Salvador y Lavado Joaquín, robo al F. C. C. A., y a Tieppo Moisés por encubridor. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 117, y con fecha 3 de Noviembre de 1922. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 11 de Mayo de 1923, confirmó con costas la sentencia apelada que condena a José Bocaglia o Rivolta a la pena de dos años de prisión. En cuanto a Moisés Tieppo, también quedó confirmada su absolución.

Circunstancia calificativa. — Cuando la efracción cometida, y la violencia ejercida en las cosas, no están demostradas por otra prueba que la confesión, desde que en el acta de la inspección ocular levantada faltan las firmas de los testigos actuantes que figuran en el texto de la escritura, debe considerarse la infracción como hurto simple, art. 162, condenando a sus autores a ocho meses de prisión en forma condicional. Debe asimismo absolverse al co-procesado que negó participación, dado que una sola imputación mantenida en los careos no es suficiente para dar por comprobado el hecho. — Caso: Benedicto Fuslieri, Jorge Escalas, Bros Nils, Juan Swenson y Carlos Altamonte, robo a Carlos N. González. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 20, al folio 91, y con fecha 5 de Octubre de 1927. — Nota marginal: El 18 de Octubre de 1927,

se declaró firme y ejecutoriada la absolución dictada a favor de Carlos Altamonte, en razón de haber sido consentida por las partes. — La Sala del 3er. turno, con fecha 23 de Diciembre de 1927, confirmó esta sentencia.

Circunstancia calificativa. — No basta la confesión del reo para dar por probado el cuerpo del delito cuando éste no resulta de otras pruebas; toda circunstancia calificante debe ser probada independientemente de la confesión; corresponde considerar el hecho como hurto simple y condenar al procesado a tres meses de prisión en carácter condicional, art. 162. — Caso: Palacio Juan, robo a Hugo Fernández Díaz. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 18, al folio 242, y con fecha 29 de Julio de 1926. — Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 3 de Septiembre de 1926, confirmó esta sentencia.

Hurto. — La retractación del procesado ante el juez no debe tomarse en cuenta, cuando de las circunstancias particulares de la causa se desprende su culpabilidad, y estando demostrado que se trata de un profesional del delito, que cometió el hecho el mismo día de salir de la cárcel, corresponde condenarlo como autor de hurto a dos años de prisión, art. 162, ya que más que el monto de lo hurtado se debe tener en cuenta la peligrosidad. — Caso: Maldonado Regino, hurto a Santiago Doce. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 123, y con fecha 3 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: Octubre 13 de 1924, Cámara modificó pena a un año y tres meses de prisión.

Hurto. — Cuando el procesado tiene cumplidos los dieciocho años, la menor edad no constituye un atenuante y debe graduarse la pena; corresponde condenarlo a seis meses de prisión como autor de hurto simple, art. 162. — Caso: Barzola Roque, hurto a Eduardo Arca. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 259, y con fecha 23 de Marzo de 1925. — Nota marginal: Junio 5 de 1925, Cámara confirmó sentencia en todas sus partes.

Hurto. — Tratándose de un delincuente precoz de quince años, debe ser condenado a ocho meses de prisión ya que no es

posible considerarlo como reincidente, y debe cumplir la pena en el Reformatorio de Menores, donde estará hasta los 21 años, salvo que dé pruebas de una reforma positiva. — Caso: Rodríguez Segundo Claro, hurto. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 304, y con fecha 2 de Febrero de 1926. — Nota marginal: La Sala del 2º turno confirmó el 11 de Mayo de 1926.

Hurto. — El hecho de que el procesado confiese haber hurtado otra bicicleta, no puede ser tenido como autor de hurto reiterado, desde que no se ha instruido sumario por el hecho confesado. Corresponde condenarlo como autor de un solo hurto a seis meses de prisión, art. 162, y ordenar su internación en el Reformatorio de Menores por tratarse de un menor sin padres ni representantes legales. — Caso: Alsina Julio, hurto. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 429, y con fecha 28 de Julio de 1926. — Nota marginal: La 2ª Sala de la Excm. Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia el 30 de Septiembre de 1926.

Hurto. — Cuando el delincuente es un inadaptable condenado ya siete veces, de las cuales las últimas cinco condenas, lo han sido después de cumplir los diez y ocho años, debe condenarse como autor del hurto de una cartera con diez y seis pesos a dos años de prisión, art. 162; e imponerse como accesorio la reclusión indeterminada en un territorio del sur de la República, art. 52, inc. 4º. — Caso: Bachil Emilio, hurto. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 279, y con fecha 22 de Octubre de 1927. — Nota marginal: Cámara Apelaciones Marzo 23 de 1928, confirmó.

Hurto. — Siendo inverosímil la indagatoria debe rechazarse, teniendo en cuenta que al procesado se le sorprendió vendiendo los objetos hurtados, sus malos antecedentes, que recibió dinero producto del hurto, y el hecho de ser un reincidente peligroso; corresponde condenarlo a dos años de prisión como autor del hurto simple, art. 162. — Caso: Di Giorlando Pablo, hurto a José Bema y otro. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio

59, y con fecha 4 de Septiembre de 1922. Nota marginal: Declarada firme y ejecutoriada por la Excma. Cámara de Apelaciones en fecha Octubre 8 de 1923.

Hurto. — Los testigos del plenario cuya existencia no resultan de las constancias del sumario, se hacen sospechosos y no pueden enervar las constancias de éste. — Los malos antecedentes, la fuga en el teatro del suceso, implican una confesión de su culpabilidad, suficiente para fundar una sentencia condenatoria. — Corresponde condenarlo por el hurto del automóvil a un año y medio de prisión, art. 162. — Caso: Maure Angel, hurto a Marcelo Bottier. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 78, y con fecha 26 de Junio de 1922. — Nota marginal: La Excma. Sala del 2º turno confirmó con fecha 29 de Junio de 1924.

Hurto. — El soldado del escuadrón de seguridad que abandona el servicio y se apodera de una capa del uniforme, comete el delito de hurto, art. 162, y debe ser condenado a tres meses de prisión. — Caso: Zamutti Alberto, hurto. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 156, y con fecha 15 de Septiembre de 1925. — Nota marginal: La Excma. Cámara de Apelaciones, 1ª Sala, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia el 15 de Octubre de 1925.

Hurto. — Para que la circunstancia enunciada en el art. 163, inciso 3º se realice, es imprescindible que la llave sustraída o hallada, se utilice para franquear el lugar donde se encuentra la res furtiva, o como dice la disposición para penetrar en el lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción. — Utilizar la llave sólo para abrir el baúl que contiene los objetos hurtados, no califica el hurto; corresponde en consecuencia rechazar la acusación fiscal, y condenar al procesado por hurto simple a cuatro meses de prisión, debiendo quedar el menor delincuente a disposición del Defensor de Menores. — Caso: Uriarte Luis, hurto a Miguel Torres. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 296, y con fecha 5 de Mayo de 1923. — Nota marginal: La Sala de 2º turno, con fecha 18 de Julio de 1923, confirmó esta sentencia.

Hurto. — No vale la excusa de haber recibido la mercadería hurtada para la venta. El hecho de haber sido sorprendido con la res furtiva en altas horas de la noche, de haber ofrecido dinero al representante de la autoridad, y los malos antecedentes, son indicios suficientes para imputarle el delito cometido; de acuerdo al art. 162 debe ser condenado a un año de prisión, y condicionalmente a cuatro meses de prisión. — Caso: Zambrano Salvador y Noguera José María, Hurto a Alberto M. Vimo. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 375, y con fecha 24 de Diciembre de 1930. — Nota marginal: El 18 de Abril de 1931 la Sala de 2º turno de la Excma. Cámara de Apelaciones confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Hurtos reiterados. — Tratándose de un concurso real de delitos no corresponde el máximun señalado para el delito como lo sostiene el Fiscal; sino que deben sumarse las penas de acuerdo al art. 55 del Código. Como son tres los hurtos, la suma de las penas sería de seis años; por consiguiente la pena que correspondería aplicar al concurso en el presente caso tendría como mínimum la de un mes de prisión y como máximun la de seis años, importe de la suma. — Jofré, C. Penal, pág. 131, González Roura, tomo II, pág. 118, Herrera La Reforma penal, pág. 589. Corresponde imponer al procesado por los tres hurtos la pena única de tres años y seis meses de prisión. — Caso: Díaz Dimas Ramón, hurto a H. J. Case y Cía. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 224, y con fecha Febrero 4 de 1925. — Nota marginal: Marzo 20 de 1925, Cámara confirmó sentencia.

Hurtos reiterados. — Cuando se trata de un concurso real de delitos las penas deben sumarse, y conceptuando justo imponer seis meses por cada delito de hurto, corresponde condenarlo a tres años y seis meses de prisión por los hurtos cometidos, art. 162 y 55 del C. Penal. En cuanto a los co-procesados que vendieron la mercadería deben ser considerados como encubridores, art. 277, inciso 3; dadas las formas como actuaron no podemos hablar de encubrimientos reiterados, sino de un delito continuado, pues las diversas enajenaciones forman parte de una sola resolución criminosa. Corresponde condenarlos a siete y cinco meses de prisión. — Caso: Zalazar Mauricia, Ocampo Eustaquio, Salgue-

ro Luis, hurto. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 313, y con fecha 1º de Junio de 1925. — Nota marginal: Julio 15 de 1925, Cámara reformó pena referente a Mauricio Zalazar a tres años de prisión.

Hurtos reiterados. — La suma a que se refiere el artículo 55, puede pasar del maximum fijado para el delito, por tanto el autor de nueve hurtos simples debe ser condenado a tres años y nueve meses de prisión de acuerdo al artículo 162, lo que resulta a cinco meses por cada delito. — Caso: Rojas Félix, hurtos. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 59, y con fecha 7 de Abril de 1926. — Nota marginal: Cámara modificó sentencia condenando a sufrir tres años de prisión.

Hurtos reiterados. — El autor convicto y confeso del hurto de siete automóviles debe ser condenado de acuerdo al artículo 55 y 162 a cinco años de prisión. — Caso: Márquez Juan, hurto a Leiva Rotman y otros. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 264, y con fecha 10 de Agosto de 1929. — Nota marginal: Excm. Cámara en Octubre 10 de 1929, reformó esta sentencia imponiendo a Juan Marquez 7 años de prisión.

Hurtos reiterados. — No estando plenamente demostrada la existencia de la violencia física debe el hecho ser considerado como hurto; atento a la reiteración del delito y lo dispuesto por el art. 55 y 162, corresponde condenarlo a tres y cuatro años de prisión. — Caso: Roldán Luis, Olivera Juan, hurto al F. C. C. A. y robo a Ernesto Galván. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 458, y con fecha 25 de Noviembre de 1930. Nota marginal: 1ª Sala Excm. Cámara, 6 de Marzo de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Hurtos reiterados. — Cuando existe reiteración del delito y además el procesado estaba gozando de libertad en virtud de una sentencia condicional no vencida, corresponde imponer la pena de dos años de prisión, art. 162 y 55, y revocar la condena condicional notificando al Juzgado de la 1ª Nomi-

nación a los efectos de su cumplimiento una vez purgada la presente. — Caso: Artiles Daniel, hurto a Milina y Cía. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 69, y con fecha 27 de Octubre de 1931. — Nota marginal: Confirmada por la Excm. Cámara, II Sala, el 7 de Noviembre de 1931.

Hurtos reiterados. — La confesión del procesado prueba su responsabilidad, reconociéndose autor de los hurtos reiterados debe responder por los mismos. Ante la negativa de una imputación aislada y la falta de prueba debe absolverse en ella. Corresponde atento los antecedentes y la minoría de edad condenarlo por los hurtos confesados a nueve meses de prisión, arts. 55 y 162. — Caso: Suárez Víctor Manuel, hurto a Pascual Lobelli y otros. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 438, y con fecha 17 de Febrero de 1925. — Nota marginal: Confirmada por la Excm. Cámara, 3ª Sala, con fecha 3 de Abril de 1925.

Hurtos reiterados. — Aunque el hecho se haya perpetrado rompiendo la seguridad de la cosa, si la violencia no surge probada en la instrucción del sumario, debe considerarse el delito como hurto, y condenar a sus autores de acuerdo a los arts. 55 y 162, a la pena de un año y medio, un año y seis meses de prisión, dado los antecedentes la edad y la situación de los mismos con respecto a los hurtos perpetrados. — Caso: Alvarez Salvador, José Ríos y Pedro Silva, hurtos al F. C. C. A. y F. C. C. C. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 78, y con fecha 21 de Julio de 1925. — Nota marginal: La Excm. Cámara, 2ª Sala, con fecha 31 de Octubre de 1925, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Hurtos reiterados. — Si ante el secuestro de las cosas hurtadas y vendidas, el agente confiesa su intervención en los hechos delictuosos que se le imputan, debe ser condenado como autor de hurto reiterado a dos años de prisión, art. 55 y 162. Siendo por otra parte un reincidente múltiple, debe aplicarse la reclusión en los territorios del sur como accesoría de la condena. — Caso: Salaverry Ricardo, hurtos reiterados. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosa-

rio. — Libro 27 al folio 216, y con fecha 26 de Octubre de 1925. — Nota marginal: La Excma. Cámara de Apelaciones, 2º Sala, con fecha 28 de Agosto de 1926, confirmó esta sentencia.

Hurtos reiterados. — El hecho de sustraer objetos de adornos de varios nichos del cementerio San Salvador, implica el delito de hurtos reiterados, y atento a la devolución de los objetos hurtados, y a la falta de antecedentes, debe ser condenado a un año de prisión en forma condicional, arts. 55 y 162. — Caso: Silva Luis, hurtos. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario, Libro 30, al folio 558, y con fecha 19 de Septiembre de 1930. Nota marginal: Con fecha 25 del mismo mes y año esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Hurtos reiterados. — Si el agente es el autor del hurto de seis automóviles Ford, en diversas oportunidades, debe ser condenado a la pena única de cuatro años de prisión, arts. 55 y 162 del C. Penal. — Caso: Bartolini Francisco, hurtos reiterados a Pedro Ualda y otros. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el juzgado de sentencia de 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 30, al folio 583, y con fecha 8 de Octubre de 1930. — Nota marginal: En fecha 10 de Noviembre de 1930, la Sala del 3er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia, elevando la pena impuesta a la de seis años de igual clase.

Hurtos reiterados. — El cuerpo del delito debe establecerse por prueba independiente de la confesión. — En cuanto al hurto cometido al Sr. Munani, no habiéndose éste presentado, ni denunciado, no existen pruebas en el sumario, por lo que corresponde declararlo improbadamente no obstante la confesión del inculpado. En cuanto al hurto al Dr. Antonio Pousa, debe considerarse probado, pero no habiéndose demostrado el escalamiento, ya que el acta levantada lo fué sin testigos de actuación que la ratifiquen y en contra del art. 113, inciso 6º Cd. Pts. Crim., debe tenerse por no establecido el agravante. Respecto al hurto del Sr. Larriq debe responsabilizarse al procesado; el empleo de la ganzúa no está acreditado en autos, falta el peritaje de un cerrajero (Malagarriga y Sasso, Tomo I, pág. 277). En cuanto al hurto de la Sra. de Banet, existiendo sólo la denuncia y la mercadería hurtada hay que estar a la declaración del reo que dice

actuó como encubridor, vendiendo solo los objetos hurtados. Y por último respecto al hurto a Antonio Mancini está plenamente acreditado y debe responsabilizarse también de este delito. Las circunstancias calificativas no pueden suponerse ni presumirse, deben resultar de hechos plenamente probados; corresponde condenarlo como autor de tres hurtos, y encubridor del posterior a cuatro años de prisión, de acuerdo al sistema para el concurso real de delitos. — No obstante ser el procesado menor de 17 años, no es acreedor al beneficio del art. 37, por la reiteración de los delitos, las violaciones de los domicilios y la nocturnidad. — Caso: Agüero Antonio, y José Quintana varios hurtos. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 157, y con fecha 25 de Noviembre de 1922. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno con fecha 4 de Junio de 1923, confirmó esta sentencia.

Hurto. — El tenedor sospechado de autor debe considerarse como encubridor. De las contradicciones de ambos procesados se infiere que no ha obrado de buena fe; con el recibo que el co-procesado le dió para ir a empeñar la bicicleta y la retractación posterior de la indagatoria, queda demostrado que ninguno puede invocar a su favor la buena fe. Corresponde condenarlos como encubridor del delito de hurto, art. 277, inc. 3, al reincidente a ocho meses de prisión revocando la libertad condicional, ordenando se practique el cómputo por secretaría de la pena que le falta por la primera condena; y al co-procesado a dos meses de prisión en forma condicional. — Caso: Mariotti Guillermo y Fosca Felipe, hurto a Antonio Matas. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 52 y con fecha 23 de Junio de 1933. — Nota marginal: Octubre 23 de 1933, la Cámara confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Hurto encubrimiento. — El hecho que los efectos hurtados hayan sido encontrados en poder del procesado, persona de malos antecedentes, basta para considerarlo como encubridor de acuerdo a la jurisprudencia sentada: que el tenedor sospechado de autor debe considerarse como encubridor. Corresponde de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 277, inc. 3, condenarlo a un año de prisión. — Caso: Miguel Guacci, hurto a Felipe Fernández. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la

2º Nominación, 1º Secretaría, Rosario. — Libro 13 al folio 290 y con fecha 23 de Noviembre de 1933. — Nota marginal: Abril 9 de 1934. La Cámara en la fecha confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Tentativa de hurto. — El ladrón que es sorprendido en una casa y se da a la fuga, debe ser reprimido como autor de tentativa de hurto y condenado a un año de prisión de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 162 y 42 del Código Penal. — Caso: Fievet Ramón Mario, tentativa de hurto a Alpina de Bergonzi. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2º Nominación, 1º Secretaría, Rosario. — Libro 13 al folio 321, y con fecha 8 de Mayo de 1933. — Nota marginal: Abril 24 de 1934. la Cámara confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Hurto. — No habiéndose comprobado por los medios legales la fractura de la cosa que protegía los objetos sustraídos, verbigracia por la inspección ocular, ni tampoco consta documentada la rotura del candado, debe el hecho calificarse como hurto simple. Las circunstancias calificativas deben ser plenamente demostradas; corresponde modificar la sentencia que lo condena por tentativa de robo a seis meses de prisión y condenar al procesado por el delito de hurto simple a la pena de tres meses de prisión en forma condicional (arts. 26 y 162 del Cod. Penal). — Caso: Marcato Moisés, tentativa de robo a la Zapatería Titán. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 1, al folio 581, y con fecha 14 de Octubre de 1933.

Hurto participación. — La participación en el hurto, del sujeto que sin robar para sí, ayuda conscientemente al transporte de la cosa furtiva, aumentando con ello la cantidad de lo hurtado lo vincula al delito en calidad de autor. Se trata de una participación primaria reprimida por el art. 45 del Cod. Penal. Corresponde confirmar la sentencia condenatoria que imponía la pena de seis y dos meses de prisión como autores del delito de hurto simple. — Caso: Avila Isidro y otro, hurto al F. C. Cía Gral. de la Pcia. de Bs. As. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 2, al folio 149, y con fecha 29 de Noviembre de 1933.

Hurto simple. — El hecho que el agente recibía alojamiento y desapareciese llevándose unos objetos del dueño de casa, no constituye el delito de defraudación, sino el de hurto simple,

art. 162. — Tampoco justifica el acto, el ser acreedor del perjudicado, aunque se manifieste que el móvil del hecho lo inspiraba el deseo de cobrarse parte de la deuda. Corresponde modificar la calificación dada por el Juez y moderar la pena de tres a dos meses de prisión en forma condicional, por el delito de hurto simple. — Caso: Coloanick José, defraudación a Enrique Levi. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 2, al folio 572 y con fecha 9 de Junio de 1934.

Hurto encubrimiento. — Cuando no está demostrado que haya guardado para el ladrón los efectos provenientes del delito, ni que los haya escondido para el mismo, o que los haya comprado, o vendido, o que los haya recibido en prenda o en cambio; tan sólo cabe admitir que hayan sido recibidos por donación o regalo, acto este que por omisión de la ley no acarrea ninguna responsabilidad penal. (Malagarriga, Cód. Penal Argentino, tomo 3, pág. 262). Corresponde confirmar la sentencia absolutoria dictada. — Caso: Luque Américo y otros, hurto a José Cadalia. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario que se registra en el Libro de Sentencia N° 2, al folio 448, y con fecha 10 de Abril de 1934.

Hurto. — Aunque el agente niegue haber sustraído la bicicleta, el hecho de haber sido secuestrada ésta en su poder al poco momento de la sustracción; de no haber sido presentado en la secuela del juicio el amigo que dice se la prestó no obstante haber gozado el procesado de libertad, y las contradicciones que incurre; son elementos suficientes para considerarlo autor material y en consecuencia corresponde modificar la sentencia que lo condena como encubridor. — Siendo un delincuente primario debe ser condenado a cinco meses de prisión, en forma condicional, arts. 26 y 162 del C. Penal. — Caso: Zaurini Loreto, hurto a José Silla. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 6 y con fecha 23 de Junio de 1934.

Hurto. — No basta alegar el estado de necesidad para justificar el hecho de la sustracción de las gallinas, es necesario constatar la realidad de ese estado para discriminar el hecho. Corresponde en consecuencia ante la confesión del procesado y la poca importancia de lo hurtado condenarlo como autor del delito mencionado, art. 162, a la pena de dos meses de prisión y costas, confirmando en consecuencia la senten-

cia apelada. — Caso: Lazzanini Florentino, hurto a Anton'lo Bomlen. — Fallo de la Cámara del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 13 y con fecha 26 de Junio de 1934.

Tentativa de hurto. — Estando de acuerdo víctima y testigos que los procesados no lograron sustraer mercadería alguna por su rápida intervención, debe considerarse el delito como tentativa. El hecho de haber secuestrado unas botellas de la valija que llevaban, si bien es de suponer que fueran mal habidas, no puede servir como criterio calificador porque no está demostrado en el sumario que fueran producto de un hurto o de un robo determinado. — Corresponde confirmar la sentencia que lo condena por tentativa de hurto a cuatro meses de prisión en forma condicional. — Caso: López Carlos y otro, hurto a Onofre Gallur. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 160 y con fecha 23 de Agosto de 1934.

Hurto. — El hecho de arrebatar de las manos a su dueño una cartera constituye el delito de hurto. No se puede argumentar que ha existido violencia sobre la persona para calificarlo, pues dicha acción representa más bien la astucia, la habilidad y la sorpresa. Corresponde confirmar la sentencia que lo condena como hurto simple, art. 162 del C. Penal, a diez meses de prisión. — Caso: Caballero Manuel Antonio, hurto a Josefa Ibáñez. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 256 y con fecha 22 de Septiembre de 1934.

Encubrimiento de hurto. — La simple sospecha de que la mercadería introducida por el huésped, fuese mal habida, no puede vincular a los dueños de la casa al proceso. Porque como dice Carrara (párr. 2834): "La cuestión más vital en la práctica contra las acusaciones por favorecimiento, es aquélla relativa al conocimiento. Sobre los elementos del dolo no se puede transigir: una duda, una sospecha de que el individuo al que doy alojamiento sea perseguido por la justicia, no equivale a la certeza que es necesaria para acusarme culpable de favorecimiento". Dada la naturaleza de las cosas hurtadas, la actividad de los dueños de casa sería la de consumir alimentos. Si bien Giuratti sostiene al comentar otras leyes, que si el encubrimiento no consiste en consumir, antes de este acto se han recibido los objetos (Obra citada, pág. 422). Pero esta teoría no es aplicable entre nosotros, toda vez que el mero hecho de recibir, no está previsto

como encubrimiento; sino el de guardar, esconder, comprar, vender, o recibir en prenda o en cambio, art. 277, inc. 3. — Corresponde confirmar la sentencia que absuelve a los procesados por el delito de encubrimiento de hurto. — Caso: Robledo Vda. de Peralta Elvira, y otro, encubrimiento de hurto a Guillermo Murray. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 4, P. al folio 19 y con fecha 14 de Mayo de 1935.

EL HURTO CALIFICADO.

Artículo 163.

Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de ganado mayor o menor, o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial; 2º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; 3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se haya la cosa objeto de la sustracción, o de la llave verdadera que hubiere sido substraída o hallada; 4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

* * *

Hemos visto al estudiar el artículo anterior, que el concepto del delito no fué siempre el mismo en nuestra legislación, desde la clandestinidad en el apoderamiento que lo caracterizaba primitivamente, hasta el concepto simple del apoderamiento indebido que lo considera el Código vigente, va mucha diferencia. Por eso en nuestra legislación anterior había cierta confusión en los delitos contra la propiedad, clasificándose como robo a verdaderos hurtos de carácter grave.

Hoy la distinción fundamental entre el hurto y el robo, lo constituye la violencia en el apoderamiento; tanto la que ejerce en la persona como en los medios defensivos que guarda la cosa objeto del delito. Nuestra ley, a manera diversa de otras legislaciones, no admite el hurto con violencia en las cosas; por tanto el concepto se aclara y

podemos perfectamente clasificar el hurto simple, el calificado y el robo.

Al hablar sobre los atentados contra la persona, tuvimos la oportunidad de establecer que tanto los agravantes como los atenuantes servían para calificarlo, ya aumentando o disminuyendo la responsabilidad. En el presente título los atenuantes no llegan nunca a calificar el delito; siendo ésta una característica propia de los atentados contra la propiedad.

Diversas circunstancias que configuraban antiguamente el robo, como el escalamiento, el uso de ganzúa, etc., hoy el legislador las considera como casos especiales de hurto calificado. Hay que reconocer que en el Código vigente se encuentra mejor ordenada y estudiada la materia.

Pasemos a considerar los diversos incisos con que nuestra ley reprime los hurtos calificados.

* * *

Hurto de ganado. — Este delito se conocía antiguamente con el nombre de abigeato, reprimido con penas severísimas como lo indica la ley 19, título 14, Partida 7ª.

Escriche ⁽¹⁾ en su Diccionario de la Legislación y Jurisprudencia nos enseña que: Abigeo, como abigeato vienen de la palabra latina "avigere", esto es, ante se, "agerre", arrear, aguijonear las bestias para que caminen; de modo que abigeato, es una especie particular de robo que se comete, no cogiendo y transportando de un lugar a otro la cosa que se quiere sustraer, sino desviándola y haciéndola marchar delante de sí, para aprovecharse de ella. No puede recaer, pues, este delito sino sobre los ganados y las bestias.

Tal es la calificante especial que señala nuestro Código en el inciso primero del artículo que estudiamos. El hurto de ganado no se encontraba especialmente previsto ni en el Código derogado, ni en el Proyecto Tejedor.

El Proyecto de 1891 consideró el hurto simple, el ca-

(1) Obra citada, tomo I, pág. 57, edición 1874.

lificado y el robo. Clasificación que siguió el Proyecto de 1906, el cual establecía como agravante el hurto de animales en rebaño o de productos separados del suelo.

La ley de Reformas 4189, aceptando también el sistema del Proyecto de 1891, sustituyó la palabra rebaño por la de ganado mayor y menor, palabras que no han cambiado el concepto primitivo que indica siempre conjunto de animales dando la idea de colectividad, de pluralidad. Terminología que fué así mismo aceptada por el Código vigente.

Entendemos por ganado un conjunto de animales ya sean yeguarizos, vacunos, porcinos, lanares, etc. La dificultad aparece cuando se tiene que establecer el número de animales para constituir el ganado; el legislador no lo dice y en ese caso la jurisprudencia siempre ha echado mano a las Leyes de Partidas, como un precioso antecedente que nos sirve para resolver el problema.

Esta inadvertencia del legislador, ha dado como resultado la anarquía dentro de nuestra jurisprudencia. Toda la discusión gira alrededor del término ganado y como no han logrado ponerse de acuerdo los tratadistas, todavía resulta éste un problema que no está definitivamente resuelto.

Es así como nuestra Cámara del Crimen, ha reformado últimamente la jurisprudencia uniforme, puede decirse, de nuestros tribunales. Sostiene en su nueva tesis que el número de animales no puede influir para la calificación del hurto, desde que lo que constituye el agravante es el hecho del sitio o lugar donde ha sido sustraído.

Como no participo de la tesis de esta nueva jurisprudencia orientada en la doctrina del Código italiano y francés, porque la considero errónea, voy a estudiar ampliamente la cuestión para establecer qué es lo que debemos entender por abigeato en nuestro derecho positivo.

Entiendo que no estamos en los tiempos del "magister dixit" donde la autorizada opinión del maestro ponía punto final a la discusión. Hoy precisamente que no preguntamos "quién lo dijo", sino "qué es lo que dijo", pues el excepcionalismo de los tiempos que corremos nos autoriza a una investigación personal, ya que no es raro encontrar en el anó-

nimo grandes verdades que se olvidan muchas veces en la cátedra.

El fallo en que se sienta la nueva jurisprudencia, fundado por el Camarista Dr. José M. Street, invoca a favor de su tesis, las razones expuestas por el Dr. Julio Herrera en un voto en disidencia, en la causa que por hurto fué elevada en consulta a la Cámara de Catamarca. Caso que se encuentra publicado en la Jurisprudencia Argentina de Jofré y Anastassi, Tomo II, pág. 328, año 1918.

La sentencia definitiva establece en ese caso al confirmar la de primera instancia: Que "El hurto de cuatro animales, efectuado en dos ocasiones, no constituye abigeato sino el delito reiterado de hurto simple".

El Dr. Julio Herrera, fundando su disidencia en el referido fallo, establece: "Que el hurto de un solo animal constituye el delito de abigeato. Dice que la tesis contraria aceptada por la mayoría de nuestros tribunales se funda en un error de interpretación de las leyes de partidas. Que jamás, ni en los tiempos antiguos, ni en la época moderna, se ha hecho distinción para calificar el abigeato entre el robo de animales sueltos o en rebaño, salvo cuando la ley ha querido referirse a animales menores, o a la necesidad de fijar la más alta penalidad dentro de esta figura criminal al robo de ganado mayor en rebaño. El título XIV, del libro 47, leyes 1 y 3 del Digesto, De Abigeis, particularmente la última, expresa lo que debe entenderse por abigeato. Según el número de ovejas en que se cometió el abigeato, uno se hace ladrón o cuatrero. Algunos opinan que diez ovejas forman rebaño y que también cinco o cuatro puecos quitados, un caballo o un solo buey, constituye el delito de abigeato, etc."

La ley de partida cuyo texto es un precioso antecedente para resolver el problema, dice ⁽¹⁾: "Ley 19. - Que pena merecen los que furtan los ganados, e los encubridores dellos. Abigaei son llamados en latín, una manera de ladrones, que se trabajan más de furtrar bestias, o ganados,

(1) Las Siete Partidas, glosadas por Gregorio López, tomo IV, pág. 253, edición 1844.

que otras cosas. E por ende dezimos, que si contra alguno fuesse prouado tal yerro como éste, si fuere ome que lo aya usado de fazer, deue morir porende. Mas si non lo auía usado de fazer, maguer lo fallassen que ouiesse furtado alguna bestia, non lo deuen matar; mas puédenlo poner por algún tiempo a labrar en las lauores del Rey. E si acaeciesse, que alguno furtase diez ouejas, o dende arriba, o cinco puercos, o quatro yeguas, o otras tantas bestias, o ganados de los que nascen destas; porque de tanto cuento, como sobredicho es, cada una de estas cosas fazen grey, qualquier que tal furto faga, deue morir porende, maguer, non ouiesse usado a fazerlo otras vegadas. Mas los otros que furtassen menos del cuento sobredicho, deuen recibir pena por ende en otra manera, según deximos de los otros furtadores. E de más dezimos, que el que encubriesse, o recibiesse a sabiendas tales furtos como éstos, que deue ser desterrado de todo el señorío del Rey por diez años.

Tal la ley que se afirma se ha interpretado mal. Como se ve, no puede ser más clara y terminante la disposición legal citada. Ella nos refiere lo que se entiende por grey o ganado, y hace la distinción para calificar el abigeato.

Acepto la opinión del maestro Herrera, que el hurto de un solo animal hecho por un profesional del delito, puede llegar en determinados casos a constituir un abigeato, desde que la res-furtiva es un semoviente y concurren los elementos del delito, pero no trepido en calificarlo como un abigeato impropio. Pues, la circunstancia calificativa del hurto que lo eleva a la categoría de abigeato y lo sanciona con la pena de muerte, no puede ser otro, que el ladrón profesional, que hurta las bestias en rebaño o grey, como lo establecen las leyes de partidas.

La glosa 119 de Gregorio López dice: "En los que robaron una oveja o un cerdo, se ve claro la decisión de la ley, porque no se llama abigeos tales ladrones; mas, si el hurto fuese de un caballo, de un buey, o de un mulo que son ganados mayores, por el primero ya se llama abigeo al ladrón, no porque deba imponérsele la pena capital, sino para que se le imponga otra cuando no fuese consuetudinario, según se ha dicho más arriba en esta ley".

He aquí la glosa a que se refiere: "Por ella vemos que se establece una clara distinción entre el verdadero abigeato que califica el hurto, y el considerado como hurto simple. Pues este delito está penado con dos sanciones diferentes: al ladrón profesional, o al que hurta la hacienda en grey o rebaño, le aplica la pena de muerte; y al ladrón ocasional, al que hurta algún animal, cuyo número no constituye grey o ganado, le aplica la pena de los otros ladrones, es decir, la pena del hurto simple".

La habitualidad y el número fueron antiguamente la característica fundamental del delito. Gregorio López, en su glosa 112 a la ley citada, establece: "Añad. L. I. resp. I. D. de abigaeis; y parecen no bastan dos actos para formar costumbre; sino que se requieren tres, la que se prueba con la presente ley cuando dice más abajo: "**maguer non ouiesse usado de facerlo otras vegadas**", y con lo que hemos dicho en la anterior; y nótese aquí que esta ley no repite las palabras de la citada I. D. de abigaeis, a saber, **et abigendi studium quasi artem exercent**, esto es, que se dedican al abigeato como por profesión o industria, de donde parece inferirse que no se requiere que el ladrón de ganados a más de la frecuencia de cometer este delito lo ejerza también como oficio o arte; lo que declara Ang. allí en la rub, diciendo: que abigeo se entiende aquél que suele estar en acecho para robar animales ajenos, y por lo mismo según el citado autor son reos de este delito los que formando cuadrilla tienen costumbre de armar asechanzas para hacer presas y tomar cautivos. También puede decirse que en las palabras, **lo haya usado de fazer**, viene comprendiendo lo que expresaba la L. del D., puesto que son verdaderos reos de abigeato aquéllos que tienen por ocupación armar emboscada a los ganados de otros para transportarlos en distinto lugar, según la *autent de nuptus, cap caeterae, vero colac. 4.* Séptima Partida del Rey Alfonso el Sabio, glosada por Gregorio López, Tomo IV, pág. 253.

Tal era la característica fundamental del delito de abigeato; y si consideramos que dicha disposición legal está inspirada en las leyes del Digesto, tenemos que rechazar en una forma rotunda la manifestación del maestro Herrera cuando dice: **Que jamás, ni en los tiempos antiguos, ni**

en la época moderna, se ha hecho distinción para calificar el abigeato, entre robo de animales sueltos o en rebaños. La ley 1 del Digesto que cita dice: 1. *Abigeis autem proprie hi habentur, qui pecora ex pascuis, vel ex armentis subtrahunt, et quodammodo de praedantur, et abigendi stadium quasi artem exercent equos de gregibus, vel boves de armentis abducentes. Ceterum si quis boven aberrantem, vel equos in solitudine relictos abduxerit, non est abigeus, sed fur potius.*

La 1. del Digesto, párrafo primero ⁽¹⁾: "Propiamente se dicen que cometen abigeato los que apartan de los pastos los ganados mayores o menores, y en algún modo los hurtan, y esto lo tienen por oficio, separando y hurtando los caballos o los bueyes de las manadas. Pero si alguno hurtare el buey que andaba separado de la manada, o los caballos que se dejaron solos en el campo, no comete abigeato sino hurto".

He aquí la ley que cita Herrera pero que no transcribe porque hace tabla rasa de su doctrina. Queda demostrado entonces, que no hay tal error de interpretación en las leyes de partidas; que el concepto del abigeato en las leyes Españolas lo constituía la habitualidad en el autor del hecho y el número necesario para constituir la grey o ganado.

* * *

La doctrina de la Suprema Corte Nacional. — Antes de la vigencia de la Ley de Reformas 4189, que como dijimos anteriormente fué la que introdujo la institución del abigeato en nuestra legislación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación hacía aplicación de las leyes de partidas, para fijar el concepto de grey o ganado.

En este sentido así lo establece el siguiente fallo ⁽²⁾: "La pena del abigeato, en ese número de animales, según la práctica de los tribunales, fundada en la ley recopilada que es la 2ª, tit. 40, libro 12, N. R. es la de presidio por un tér-

(1) Digesto del Emperador Justiniano, traducido por Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca. Nueva edición, tomo III, pág. 626.

(2) S. C. N. Tomo 9, pág. 62.

mino que determinen las circunstancias del caso, y ésta es la que ha decidido aplicarse, como más grave que la ley determina para el crimen de rebelión que también está convicto. Causa N° 37 Criminal contra Nieto José, Calderón Juan y Manuel José, por rebelión y abigeato”.

He aquí la doctrina sancionada por el más alto Tribunal del país, que sin duda alguna ha servido de punto de orientación a la jurisprudencia general.

* * *

La ley de Reformas 4189. — La institución del abigeato, no figuró en el Proyecto del Dr. Tejedor, ni en el de los Dres. Villegas, Ugarriza y García. Fué la ley de Reformas 4189, que inspirada en el Proyecto de 1891, introdujo en el Código de 1886 la institución de referencia.

El informe del Proyecto de 1891 al fundar el artículo 198, inciso 3° por el que establece la pena de uno a cuatro años de penitenciaría cuando el hurto fuese de animales en rebaño o productos separados del suelo, decía ⁽¹⁾: “Determina otro agravante la conveniencia de proteger contra el hurto los productos o semovientes que por necesidad quedan en el campo, no siendo posible que el propietario tome respecto de ellos las precauciones que toma con objetos que puedan ser guardados en recinto cerrado”.

He aquí el origen de nuestra disposición agravando el hurto en forma excepcional, que no guarda muchas veces relación entre el hecho cometido y la sanción penal; pero con el único objeto de amparar los derechos de los hacendados, para reprimir precisamente el cuatreroismo que atentaba contra una de las industrias madres del país, favorecida por la extensión inmensa de los campos de pastoreo, la despoblación y la falta de vigilancia.

Este delito tiene su historia propia en nuestra tierra. La profesión del cuatrero fué una plaga amenazadora que apareció en la majestuosa soledad de la pampa. De aquí surgió la necesidad de proteger especialmente a nuestra ganadería, para salvarla de las garras del delincuente profesional

(1) Proyecto citado, pág. 182.

que la acechaba, justificando en consecuencia la severidad de la pena.

Basta echar una mirada investigadora en nuestra historia, para darnos cuenta de la verdadera ideología de la ley. Aun no están olvidadas las hermosas páginas del inmortal Sarmiento en su "Civilización y Barbarie", donde nos dibuja la silueta vigorosa del gaucho malo, que bajo el siniestro patrocinio de Don Juan Facundo Quiroga fundó en nuestra tierra esa lucrativa profesión.

No es difícil sostener que el gaucho malo, es el cuatrero vulgar de nuestros tiempos, que ha sufrido sin duda las variaciones de la época, ajustándose a nuestras modernas costumbres pero manteniendo la ideología de la vieja escuela.

Dos requisitos exigía la ley para la existencia del agravante: 1º que el hurto se perpetrara sobre un rebaño de animales; 2º que los animales fueran sacados del campo. Es decir que exigía el requisito del número y del lugar como condiciones fundamentales para caracterizar el abigeato. Luego, no debemos trepidar en sostener que la disposición legal que estudiamos se refiere únicamente, al que se ha especializado en esta clase de delitos, a los discípulos que aun perduran de la nefasta escuela de Facundo.

Es por esto sin duda que la jurisprudencia establecida por el Superior Tribunal de San Luis decía⁽¹⁾: "Que respondía a salvaguardar la libertad individual, evitando que las cárceles se llenen de infelices, que en razón de la miseria acarreada por la crisis reinante, urgidos por el hambre en la campaña, hurtan una vaca o una cabra, sin ser reincidentes en delitos de cualquier especie".

La ley de Reformas al tomar la disposición del Proyecto de 1891, sustituye el término rebaño por el más apropiado de ganado mayor o menor, artículo 22, inciso 4º. En esto se fundan algunos expositores del derecho para sostener que con la sustitución del término rebaño por el de ganado mayor o menor, queda reducido el concepto a la unidad.

Esta interpretación la considero errónea, desde que

(1) Jurisprudencia Argentina, tomo 1º, pág. 336.-Nota 180.

no tiene ningún fundamento lógico; por lo menos ni el Diputado que la propuso, ni la Comisión que la aceptó nos explican ni siquiera indirectamente el alcance de la reforma. En efecto: el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, nos dice ⁽¹⁾: "**Presidente:** se votará ahora la modificación propuesta por el Diputado por Buenos Aires y aceptada por la Comisión. Se lee y se aprueba. Cuando fuere de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo y dejado por necesidad en el campo. Se dan por aprobados los demás períodos del inciso en debate".

No hay razón valedera para sostener que tal modificación haya cambiado el concepto del abigeato. El diccionario castellano nos dice que: rebaño, es un hato grande de ganado, hablando más propiamente de ganado menor. Luego el Proyecto de 1891 empleaba un término inapropiado, de aquí la razón indiscutible del legislador para reemplazarlo por el más propio de ganado mayor y menor.

El término ganado mayor o menor, no ha cambiado el concepto del artículo, desde que se refiere como su antecesor, "rebaño", a un conjunto de animales dando la idea de pluralidad. La gramática nos enseña que el sustantivo apelativo, puede dividirse en: genérico y colectivo; concreto y abstracto. Por sustantivo colectivo entendemos al que designa un grupo o colección de personas, animales o cosas, como por ejemplo: ejército, rebaño, arboleda, ganado, etc. Luego no podemos sostener que el término ganado haya cambiado el concepto y el alcance del artículo; afirmarlo es ir contra la lógica, contra la gramática, y contra el espíritu del legislador.

* * *

El abigeato en el Código vigente. — El Dr. Rodolfo Moreno (hijo), en el año 1916 presentó a la Cámara de Diputados de que formaba parte, un proyecto de ley dis-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, del 12 de Octubre de 1900.

poniendo que desde el 1° de Enero de 1917, regiría como ley de la nación el proyecto de 1906 con ligeras modificaciones.

El referido proyecto de 1906, establecía en su artículo 173: Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1° Cuando el hurto fuese de animales en rebaño o de producto separado del suelo y dejado por necesidad en el campo. C. P. Edición Oficial, pág. 437. Dicho artículo fué aprobado sin modificaciones bajo el número 163. Edición Oficial, pág. 308.

Fué la segunda Comisión del Senado, que modificó la redacción del artículo 163, inciso 1° en la siguiente forma: " Cuando el hurto fuese de ganado mayor o menor, o de productos separados del suelo, o máquinas o instrumentos de trabajo, dejados en el campo; o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial ". E. Oficial, pág. 599 y 600.

Esta reforma no fué fundada y el Código se aprobó en la discusión en particular a libro cerrado por moción del Senador Sr. Zapata; quedando otra vez silenciado el concepto del término ganado, aclaración necesaria que hubiera unificado el pensar de los tratadistas poniendo así punto final a la discusión.

Toda la controversia que siempre ha girado sobre el significado legal del término ganado, hoy en nuestra legislación vigente no tiene razón de ser. El artículo 77 del Código Penal, que nos ilustra sobre el concepto que debemos tener de los términos empleados por el legislador, nada nos dice sobre el significado del sustantivo ganado; luego la inteligencia del término no puede ser lógicamente otra, que la acepción corriente del vocablo, que su sentido gramatical; sólo así podremos establecer su verdadero significado.

* * *

La opinión de los tratadistas argentinos, se inclina en su mayoría por la tesis que sostengo. Entre ellos el Dr. Rodolfo Moreno (h), cuya autoridad indiscutible en esta materia surge por el hecho de ser uno de los redactores

del Código, y uno de los paladines de la reforma, dice en su obra ⁽¹⁾: "El Proyecto de 1906 también se refiere al hurto de animales en rebaño pero la ley N° 4189 usó los términos ganado mayor y menor. Esta última terminología fué introducida por la Segunda Comisión del Senado, que dió al inciso primero del artículo en examen la redacción que tiene.

"Se ha considerado como he observado, y teniendo en cuenta no sólo los antecedentes de la ley, sino el término ganado, que no expresa unidad, sino colectividad, que es necesario para que concurra este hurto especial, que haya habido apoderamiento de varios animales. Como el Código no fija el número, se ha recurrido para su aplicación a la ley 19, tít. 14, Partida 7ª".

En igual sentido se expresa el Dr. Tomás Jofré ⁽²⁾, y el Dr. Carlos Malagarriga ⁽³⁾.

* * *

La nueva tesis de la Cámara del Crimen. — En un caso reciente, en el proceso seguido contra Sabás Vázquez por el delito de abigeato calificado, el Camarista Dr. Sebastián Soler reafirmando la nueva jurisprudencia sostiene: Que el agravante en el hurto de ganado lo constituye la circunstancia del lugar donde éste ha sido sacado. Que el número no lo tiene en cuenta el legislador, por tanto cuando la hacienda es hurtada de un corral bajo la dependencia de un lugar habitado, la calificación que corresponde cualquiera que sea el número es la de hurto simple; en cambio si el animal ha sido hurtado en el campo, debe calificarse el delito.

Reconoce que la tesis de la legislación española es el concepto antiguo que se tenía del abigeato, y si bien no sostiene como el maestro Herrera, que ha habido una mala interpretación de las leyes de Partidas, en cambio manifiesta que la doctrina del Código Francés e Italiano, es más moderna y es la que acepta la Cámara del Crimen.

(1) El Código Penal y sus antecedentes, tomo V, pág. 113.

(2) El Código Penal de 1922.

(3) Código Penal Argentino, tomo 2, pág. 337.

No me convence la doctrina del distinguido magistrado, porque como dice el mismo Herrera que cita, el inciso fué tomado según la nota, de los Códigos Francés e Italiano aunque infielmente porque ellos no hablan de animales en rebaño, salvo el Italiano cuando habla de ganado menor. Si esto es así, por indiscutible que sea la solvencia científica de los autores como Vidal, Pessina, Carrara, Crivellari y Garraud, sus opiniones dentro del campo doctrinario interpretando la disposición legal del Código Francés e Italiano que no es igual al nuestro, no podemos tomarlas como lógico antecedente.

La razón es clara. La fuente originaria de nuestro artículo la encontramos en la vieja legislación Española y es en consecuencia a las leyes de Partidas donde forzosamente debemos recurrir si queremos dar con el antecedente más auténtico.

Por otra parte pienso, que no son precisamente los principios de una legislación extranjera, correspondiente a países no ganaderos como Italia y Francia, los que debemos tomar por modelo para la interpretación de nuestra ley, en este país que tiene en la ganadería una de las fuentes más importantes de la riqueza nacional.

No discuto, ni pongo en duda, que la doctrina del Código Francés e Italiano, sea más moderna que la de la legislación Española en cuanto al abigeato se refiere. Pero que también es indiscutible que el abigeato se puede legislar en el campo del derecho positivo, bien siguiendo la moderna doctrina del Código Francés e Italiano, bien siguiendo la vieja escuela de la legislación Española.

De modo que la solución lógica del problema jurídico, está en saber cuál de las dos escuelas ha seguido el legislador. Si la fuente originaria está en el Código Italiano, debe triunfar la nueva tesis de la Cámara del Crimen; pero si en cambio el antecedente del artículo está en la legislación Española, debe triunfar la tesis contraria, vale decir: que debe la Cámara del Crimen volver por su antigua jurisprudencia.

El redactor del Código Argentino, Dr. Rodolfo Moreno (h), nos dice que ha seguido en el abigeato los principios de la legislación española y nos manda a las leyes

de Partidas, para darnos el concepto de lo que debemos entender por ganado. Luego si esto es así, no podemos ir a buscar en los principios de otras legislaciones, por autorizada que sea la opinión de sus comentadores, el antecedente auténtico para interpretar y aplicar nuestro precepto.

Para nosotros el agravante lo constituye no sólo el hecho de haber sacado el animal del campo, sino también y muy especialmente que la sustracción recaiga sobre un conjunto de animales necesario para constituir el ganado. Cualquiera de estas dos circunstancias que falte, no debe calificarse el hurto.

Esta es precisamente la razón de la jurisprudencia porteña, que considera que aunque sean varios los animales sustraídos de un corral urbano, no debe agravarse el hurto porque falta uno de los elementos necesarios para constituir el abigeato.

La nueva doctrina de la Cámara nos lleva en la práctica a sancionar un grave error: Si el número no hace el agravante resulta que se puede sacar y arrear cincuenta cabezas, por ejemplo, de ganado vacuno que se encontraban en una estancia encerrados en el corral, bajo la dependencia de las casas y en lugar habitado y la calificación de acuerdo a la nueva doctrina sería de un hurto simple.

Calificar este hecho de hurto simple sería favorecer al delincuente; porque bastaría que el cuatrero, redoblando su audacia, llegase hasta el corral de la propia estancia para ver disminuida enormemente su responsabilidad criminal.

En mi entender lo que constituye el agravante, no sólo es el lugar donde se han sustraído los animales sino también el número de los mismos. Y debemos entender por campo toda la extensión de territorio que queda fuera del radio de los centros urbanos.

Se podrá argumentar que nuestra escuela es anticuada, que las doctrinas modernas tienen otro concepto del abigeato; pero esto serviría como argumento si se quiere para la reforma de nuestra ley. Mientras el legislador no considere el delito de abigeato con un criterio más moderno, mientras no abandone las viejas huellas de la legislación Española, nuestra Cámara del Crimen al seguir la doctrina del Código Francés e Italiano, aplicará indiscutiblemente

una doctrina más moderna si se quiere, pero no hará una aplicación estricta del precepto legal dentro del campo de nuestro derecho positivo.

* * *

Hurto de productos agrícolas. — La parte final del inciso primero preve el hurto de los productos agrícolas, de las máquinas y elementos de trabajo que por necesidad quedan en el campo. La disposición legal se refiere también a los alambrados y cercados que protegen la propiedad rural.

Esta disposición no la encontramos en el Código derogado; fué introducida como precepto legal de represión, por la Segunda Comisión de la Cámara de Senadores, quien se inspiró en el Proyecto de 1906. Pero el origen de esta disposición lo encontramos en el Proyecto de 1891, que fundó la razón del agravante en el factor necesidad y en la imposibilidad de que el propietario pudiera tomar las precauciones necesarias, ya que por el uso y la naturaleza de las mismas deben quedar forzosamente en el campo.

Como el Proyecto citado al fundar el agravante habla de productos semovientes, de aquí que argumentan que la circunstancia calificativa del abigeato lo constituye solo la circunstancia del lugar donde ha sido sacado el animal; pero olvidan como ya lo hemos dicho que el texto legal habla también de ganado mayor o menor, es decir, que tiene también en cuenta el número de los semovientes hurtados.

La tierra da dos clases de productos, el vegetal y el mineral. Pero la disposición legal que estudiamos solo tiene en cuenta los productos agrícolas, es decir, que la protección del legislador comprende solo a las cosechas. En consecuencia el hurto de un producto mineral, no puede constituir un hurto calificado.

El apoderamiento debe efectuarse en productos separados del suelo, dice la ley, porque la protección es a la cosecha realizada, ya que el sembrado lo debemos considerar como una esperanza. De esta manera quien saca las espigas del sembrado, o los frutos del cercado ajeno, sólo comete un hurto simple.

Ahora el hurto cometido en los trojes de maíz, o en las parvas de trigo, cuando el producto ha sido recogido, debe calificarse.

También las máquinas y demás elementos de trabajo, destinadas a sembrar y levantar la cosecha están comprendidos dentro de la disposición legal, pero es requisito esencial para calificar el delito la circunstancia del lugar. Si los trojes están en la dependencia de las casas bajo la vigilancia del dueño, como cualquier elemento de trabajo, el delito es el de hurto simple, pero en cambio debe calificarse cuando las mismas cosas se encuentran en el campo.

Al referirse a los alambrados y a los cercos que protegen la propiedad rural, habla la ley de la destrucción total o parcial de los mismos. De modo que para calificar el delito debemos tener en cuenta la magnitud del perjuicio.

Quien hurte un pedazo de alambre, o saque un poste del alambrado, comete un hurto simple. Ya que no podemos considerar total ni parcialmente destruido el cercado por esas minucias.

La destrucción debe ser con el único y exclusivo objeto de perpetrar el apoderamiento, pues si la destrucción se verifica y no hay apoderamiento, no podemos considerar el delito como hurto, sino como daño intencional.

* * *

Hurto calamitoso. — Inciso 2º: El inciso se refiere a lo que en la doctrina conocemos con el nombre de hurto calamitoso, es decir al hurto cometido con ocasión de un incendio, una explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín, aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado.

Se refiere tanto a un desastre o conmoción pública, como a un infortunio particular, estableciendo los diferentes casos en que cabe la aplicación del artículo.

En cuanto al infortunio particular debemos tener presente, que debe tratarse de un hecho imprevisto y el hurto

debe cometerse aprovechando esta circunstancia especial. De lo contrario no debe calificarse el delito.

Así el apoderamiento perpetrado en una cosa mueble de propiedad de una persona defectuosa, debe calificarse como un hurto simple. Ahora el hurto cometido aprovechando la circunstancia de un velorio, por ejemplo, donde el dolor que embarga a los deudos facilita la impunidad del delito, debe calificarse.

Esta clase de delito que en la doctrina recibe el nombre de hurto calamitoso, no estaba previsto en el Código de 1886, ni en el Proyecto del Dr. Tejedor. Fué el Proyecto de 1891 el que lo introdujo como agravante del hurto; de aquí lo tomó la ley de Reformas 4189 y el Proyecto de 1906.

El Proyecto originario de 1891 decía en su informe al fundar la reforma: "En fin, la circunstancia de cometerse el delito con ocasión de un desastre cualquiera, da un carácter particularmente odioso al hurto y justifica la agravación consignada en el inciso 5º de este artículo".

Tal es la razón fundamental del agravante consignada en el proyecto originario, y que debe fundar también nuestra disposición legal.

* * *

El uso de llaves y ganzúas. — Inciso 3º: Se refiere al empleo de llaves falsas, ganzúa o cualquier otro instrumento que sirve para abrir una cerradura, franqueando la entrada donde está la cosa objeto del apoderamiento.

"La cerradura, dice Irureta Goyena, es todo mecanismo que tiene por objeto clausurar ciertas cosas, como ser puertas, cubiertas, tapas, cajones, recintos, etc., y que una vez cerrados no pueden ser abiertos sino por medio de un instrumento especial que se llama llave. En algunos casos los mecanismos exigen la concurrencia de otros factores, como sucede cuando se usan secretos en los cerrojos".

En el Proyecto del Dr. Tejedor (1) se equiparaba el

(1) Proyecto citado, tomo II, pág. 396.

uso de la llave a la efracción, calificando el hecho como robo. En la nota explicativa decía: "3º Ganzúa, llave falsa. - El uso de la llave falsa se compara con la efracción, porque constituye un hecho no menos peligroso, y un ataque igualmente grave contra las propiedades y los medios habituales de defenderlas. En el Código francés véanse los artículos 381 y 398. "El 398 define lo que es una llave falsa, y la exposición de motivos, explica la disposición en estos términos: Se había presentado en los tribunales una dificultad. Ellos no estaban de acuerdo sobre si debía considerarse robo hecho con llave falsa, el que se cometía con llave no destinada a las cerraduras en que se emplea. El Código decide afirmativamente esta cuestión. Desviar en efecto una llave de su destino para emplearla en cometer un crimen, es convertir una llave verdadera en falsa. En una palabra, no hay llave verdadera sino relativamente a su destino. La sola diferencia que la ley admite entre esta llave de que se ha abusado, y una que se imita o altera, es que ésta es siempre falsa, y la primera solo en el momento que se emplea. Según el Código español el que tiene en su poder llaves falsas y no da descargo suficiente es castigado con presidio correccional, y en igual pena incurrirán los que fabrican o expenden dichos instrumentos" (art. 436 y Pacheco T. 3, pág. 317).

"Sustraída. - La llave verdadera que hubiere sido sustraída se equipara con la llave falsa. Pero no debe decirse lo mismo de la llave perdida. En materia de delitos contra la propiedad la ley considera en general como menos culpable aquél a quien la imprudencia de un tercero proporciona la ocasión y quizá el pensamiento de un crimen". (Chauveau Adolphe, t. 3, pág. 233).

Cambiando sólo la ubicación del delito que antiguamente se consideraba como robo, y hoy figura entre los hurtos calificados, el concepto de nuestra ley es el mismo. La sola circunstancia del empleo de la llave o ganzúa determina el agravante.

En este sentido debemos hacer notar, que en nada modifica la situación del agente, el que la llave usada sea la verdadera sustraída al dueño o encontrada; porque

lo que a la ley le interesa no es que la seguridad de la cosa sea vencida con una llave o con otra, sino que siendo la propiedad inviolable nadie puede vencer una seguridad impuesta por el dueño sin cometer la infracción penal que comentamos.

El hecho solo del uso de la llave sin derecho caracteriza el agravante, aunque después de abierta la puerta la cosa se tome sin franquearla por cualquier medio indirecto. Porque el legislador no es que quiera proteger la cosa contra la persona física, sino contra la acción ilegal del delincuente.

Habla la ley del uso de la llave para entrar, lo que equivale a decir que, cuando se ha empleado este medio para salir después de cometer el apoderamiento cuando el delito ya está consumado, esta circunstancia no calificaría el hurto. Porque se trataría de un hecho posterior a la consumación del delito.

* * *

Hurto con escalamiento. — Inciso 4º: El escalamiento. Este hecho que califica el hurto en el Código vigente, se consideraba tanto en el Proyecto Tejedor, como en el Código de 1886 que siguió su doctrina, como una circunstancia que configuraba el delito de robo.

El significado del término escalamiento en el sentido corriente del idioma, como en la acepción jurídica del vocablo, no es otro que: penetrar a un lugar cerrado, por vía indebida.

Antiguamente el hurto con escalamiento era el que se perpetraba saltando las paredes, muros o los fosos protectores de los edificios. Hoy el concepto moderno es más amplio, desde que éste existe cuando el agente penetra a un recinto cerrado por vía indebida.

Lo que caracteriza la existencia del agravante es el acto de entrar, de violar la seguridad del local o recinto. En consecuencia si el sujeto hace uso de una escalera y sin penetrar en el recinto donde se encuentra la cosa, se apodera de ella por un medio indirecto, el delito cometido es el de hurto simple y no el calificado.

Groizard ⁽¹⁾, el comentarista del Código Español, nos dice: "Insistiremos solamente en que no debe olvidarse que escalar, tanto en el sentido general del idioma, como en su especial acepción jurídica, significa entrar o penetrar en un lugar cerrado. Y por consiguiente, que no comete el delito de robo el que sin entrar ni penetrar en un recinto determinado, se apodera de cosas ajenas, si quiera para hacer se haya tenido que servir de escalera o de otros medios artificiales para ascender al lugar donde aquéllas se encontraban o desde donde podrán ser alcanzadas. Así lo ha resuelto obedeciendo a un mismo criterio, los Tribunales franceses y españoles, considerando hurto y no robo el hecho de arrancar y apoderarse de las tejas de un edificio, subiendo al efecto a su cubierta exterior, y el de apoderarse de las ropas tendidas en un balcón, trepando al mismo sin penetrar en el edificio".

Nuestra antigua legislación siguiendo a la española, al referirse al escalamiento habla de la entrada al edificio por vía indebida; de aquí que la jurisprudencia establecía que se trataba de una seguridad externa, no aceptando en consecuencia el escalamiento interno. En el precepto moderno nada se dice al respecto de la disposición legal, pero se ha sustituido el término de la entrada al edificio, por el de la entrada indebida al recinto donde se encuentre la cosa objeto del delito, no haciendo ninguna distinción entre seguridades externas e internas.

Es por esto que el tratadista Dr. González Roura ⁽²⁾ sostiene que en la disposición de nuestra ley cabe el escalamiento interno cuando dice: "La jurisprudencia tiene establecido que el escalamiento, para podérselo considerar como circunstancia agravante calificativa, debe ser externo. Pero si ella se explica bajo el régimen del Código derogado, que se refería al escalamiento para entrar al edificio, lo mismo que la efracción en el robo, no tiene razón de ser en la ley vigente, que no se expresa de tal manera, y que equipara esa circunstancia a la de penetrar al lugar

(1) Obra citada, tomo VI, pág. 181.

(2) Derecho Penal, tomo 3, pág. 182.

donde se encuentre la cosa, valiéndose de llave falsa, de un instrumento análogo, o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada. Y como en este caso no se hace distinción entre seguridades externas e internas, por demás manifiesta es la inconsecuencia en que incurre al hacerla en el escalamiento”.

Tal es el origen de la disposición, sus antecedentes doctrinarios; y si bien nuestra ley no nos define el escalamiento, es ya valor entendido que debemos tener por tal, la entrada por vía indebida a cualquier recinto cerrado donde se encuentre la cosa objeto del delito.

Luego el juez en cada caso, por las circunstancias particulares de la causa, debe establecer si el hecho se ha perpetrado con escalamiento o no, y para que éste exista es necesario que el agente haya empleado su destreza y habilidad para allanar cualquier dificultad que le impida el acceso al recinto. De esta manera, quien penetra por una ventana abierta, baja, a cuyo efecto no ha tenido que vencer dificultad alguna, como el que penetra por un boquete abierto, no podemos afirmar que en estos casos exista el escalamiento.

Por último, el gravante que estudiamos puede dar origen a dos infracciones distintas. Cuando media efracción o violencia a los efectos de la entrada del recinto, da origen al robo; y cuando media sólo habilidad y destreza surge la figura del hurto.

JURISPRUDENCIA.

HURTOS CALIFICADOS.

Abigeato encubrimiento. — El tenedor sospechado de autor debe ser considerado como encubridor. Ante la inexistencia de la prueba material, el hecho de haber sido detenidos en la tarea de arrear los animales sustraídos los vincula al proceso y deben ser condenados como encubridores, de acuerdo al art. 277, incisos 2 y 3, a la pena de un año de prisión. — Caso: Benito Sánchez Vicente, Maure Angel, abigeato a José Mario Reybel. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 74, y con fecha 28 de Julio de 1922. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada por desistimiento apelación Fiscal de Cámara, Enero 8 de 1923.

Abigeato encubrimiento. — El hecho de haber reconocido en la policía la responsabilidad, aunque dicha declaración fué retractada ante el Juez, crea un indicio de culpabilidad, que agregado a las circunstancias de cómo fueron detenidos, los elementos secuestrados, el certificado falsificado de puño y letra de los procesados, y la fuga de la comisaría, constituye la prueba suficiente para fundar sentencia condenatoria. — Al comprador de la hacienda que sospechó de su procedencia, debe condenársele como encubridor. Corresponde imponer a los autores seis años de reclusión, y cuatro años de prisión, y al encubridor un año de prisión, arts. 163, inciso 1º, y 277 del C. Penal. — Caso: Ortiz Cecilio, Santana Feli-clano y Radice José Fidel, abigeato a Eduardo Cavanagh. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 140, y con fecha 10 de Octubre de 1922. — Nota marginal: Mayo 9 de 1923. Cámara confirmó referente a Ortiz y Radice. Referente a Santana redujo la pena a tres meses de prisión.

Abigeato encubrimiento. — Siendo el procesado Casas un peon rural, no es posible aceptar que haya pasado por un vendedor de hacienda, y los carniceros, que le han comprado y se contradicen en sus declaraciones, deben ser considerados

como encubridores ya que no justifican la buena fe en la compra de la hacienda; corresponde condenarlos a tres años y a un año de prisión condicional para los encubridores, y a indemnizar la suma de \$ 1.500, arts. 163, inciso 1º, y 277. — Caso: Casas Fermín, Fregenal Pablo, Martelli Francisco, abigeato. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 255, y con fecha 23 de Septiembre de 1927. — Nota marginal: Cámara Apelaciones, Mayo 8 de 1928, modificó indemnización a \$ 1.050.

Abigeato encubrimiento. — La sola imputación del co-procesado contra su compañero de causa, de ser éste quien le vendió los animales hurtados, y la declaración de un testigo que recibió un sobre cerrado, cuyo contenido ignoraba, para ser entregado a Ramifios, no son suficientes para demostrar la responsabilidad del mismo. En cuanto al comprador de la hacienda hay razón para considerarlo de mala fe, desde que el hecho de no exigir ni las guías, ni los certificados de la hacienda comprada, lo hacen sospechoso. — La ocultación de parte de los animales confirma la sospecha. — Corresponde considerarlo como encubridor y condenarlo a un año de prisión. Debe absolverse al inculpado de autor por falta de pruebas. — Caso: Cuello Pedro y Manuel Ramifios, abigeato a Quintana y Cía. — Fallo del Juez Dr. Antonio Poussa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 18, al folio 78, y con fecha 5 de Abril de 1926. — Nota marginal: La Sala de 2º turno, con fecha 6 de Septiembre de 1926, confirmó esta sentencia.

Abigeato. — La sustracción de tres animales yeguarizos constituye el delito de abigeato, la retractación de la confesión ante el juez, no debe tomarse en cuenta cuando de las constancias de autos surge que ha sido sorprendido arreando los animales hurtados, por cuanto las explicaciones dadas por el procesado no son satisfactorias, y además ha sido condenado anteriormente por el mismo delito con lo que queda demostrada su capacidad para delinquir. Corresponde condenarlo como autor de hurto calificado, art. 163, inciso 1º, a tres años y medio de prisión. — Caso: Baudilio Heredia, robo a Pompeyo Andrenacci. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 225, y con fecha 20 de Marzo de 1923. — Nota marginal: Confirmada, Mayo 21 de 1923.

Abigeato. — Si el agente se encontraba en libertad, en virtud de una condena condicional no vencida, corresponde revocarla. Siendo cuatro los vacunos secuestrados debe considerarse el delito como de ganado mayor y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 163, inciso 1°, corresponde imponerle cuatro años de prisión por el delito cometido. — Caso: Herrera Zenón, hurto a Oscar Fuentes Falcón. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 131, y con fecha 21 de Noviembre de 1931. — Nota marginal: Confirmada por la Excm. Cámara, II Sala, el 27 de Febrero de 1932. A la presente pena debe agregarse la de un año, diez meses y siete días de prisión que le faltaba cumplir en virtud de una condena anterior y que no cumplió por haberle sido concedida la libertad condicional que se revoca por este fallo.

Abigeato. — Si el reo declaró ante el juez de San Nicolás confesando el delito, y después ante la inhibición del propio juez por cuestión de jurisdicción, se rectifica ante el juez de Instrucción de la Provincia, dicha retractación no debe aceptarse, desde que la confesión concuerda con las constancias del sumario. La imputación del co-procesado no hace prueba, y atento los antecedentes intachables de los imputados como encubridores que niegan haber conocido la procedencia de la hacienda hurtada, corresponde dictar pronunciamiento absolutorio. Debe calificarse el hurto y condenarse a su autor a tres años de prisión, art. 163, inciso 1°. — Caso: Herrera Remigio, Herrera Restituto y Ballester Carlos M., hurto de ganado a Candelaria F. de Duhaus. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 128, y con fecha 10 de Noviembre de 1922. — Nota marginal: Declarada firme y ejecutoriada. Ver folio 156 de este libro, donde el procesado solicita su libertad condicional por haber cumplido ocho meses de prisión y que le fué concedida.

Abigeato. — No habiendo la instrucción del sumario establecido el modo por el cual se valló el procesado para obtener los documentos de la hacienda hurtada, con lo que podía surgir el delito de falsificación de documento público, corresponde condenarlo por el solo delito de abigeato, art. 163, inc. 1°, a dos años y medio de prisión. — Caso: Murray Patricio Benedito, abigeato. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio

113, y con fecha 20 de Agosto de 1925. — Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Excm. Cámara de Apelaciones, 3ª Sala, el 31 de Octubre de 1925.

Abigeato. — Si el establecimiento donde se ha sustraído la hacienda queda en el límite entre la Provincia de Córdoba y la de Santa Fe, constatado que el potrero donde fué sacada la hacienda queda en la jurisdicción de Santa Fe, corresponde rechazar la declinatoria de jurisdicción que alega la defensa y condenar al procesado como autor de hurto de ganado mayor, art. 163, inciso 1º, a tres años de prisión. — Caso: Demetrio Díaz Vargas, abigeato. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 291, y con fecha 10 de Febrero de 1926. — Nota marginal: El 15 de Mayo de 1926, la Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Abigeato. — El hecho de hurtar cuatro caballos después de abrir una tranquera de un potrero, constituye el delito de abigeato, art. 163, inciso 1º; en atención a los antecedentes del procesado, y la devolución de todos los animales hurtados, corresponde condenarlo a dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Isparraguine Juan P., hurto de ganado a Jorge Murray. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 31, al folio 301, y con fecha 14 de Julio de 1931. — Nota marginal: En 20 de Julio del mismo año esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Abigeato reiteración. — La sustracción de cuatro novillos y dos vacas, constituye el delito de hurto de ganado mayor, art. 163, inciso 1º; la sustracción de tres yeguarizos sólo constituye un hurto simple desde que tres equinos no forman ganado. — Corresponde condenarlo de acuerdo a la tesis del art. 55 en virtud del concurso de delito a la pena de seis años de prisión, arts. 162 y 163, inciso 1º. El encubridor del delito debe ser penado a un año de prisión en forma condicional. — Caso: Caminos Zacarías Gerardo y Manuel Galzusta, hurto a Ludovico Pasenti. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 139, y con fecha 29 de Marzo de 1930. — Nota marginal: El 14 de mayo de 1931, la Sala del 2º turno de la Excm. Cámara de Apelaciones, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Hurto con uso de llave. — El hecho de la devolución de la mercadería hurtada, con lo que disminuye el perjuicio, en nada influye en la graduación de la pena cuando no resulta un hecho voluntario. Si se hizo hacer una llave para poder penetrar al recinto donde se encontraban los objetos materia del delito, debe calificarse el hurto. Corresponde condenar al delincuente a la pena de tres años y medio de prisión, art. 163, inciso 3º. — Caso: Berman Enrique, robo a Simón Casia y Vicente Cataldo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 87, y con fecha 5 de Octubre de 1928. — Nota marginal: Excma. Cámara en 17 de Noviembre de 1928, confirma.

Uso de llave falsa. — El hecho de abrir con una llave falsa la puerta del Kiosco, para apoderarse de la suma de \$ 1.027.20 que se encontraba en el mostrador, como producto de la venta de diarios y revistas, importa el delito de hurto calificado. La excusa de que el dinero lo necesitaba para curarse una enfermedad venérea (gota militar y sífilis) no justifica el hecho. Atenta la retractación de la confesión donde retira la imputación contra el co-procesado y teniendo en cuenta la negativa de éste, corresponde dictar un pronunciamiento a su favor (in dubio pro reo). Debe el autor del hurto ser condenado a un año y medio de prisión en forma condicional, art. 163, inciso 3º. — Caso: Gentilucci Héctor y José Palomba, hurto a Merello Hnos. y Cía. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 16, al folio 453, y con fecha 14 de Febrero de 1925. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 17 de Septiembre de 1925, confirmó esta sentencia.

Uso de ganzúa. — Cuando el agente manifiesta que penetró en la casa haciendo uso de una llave, circunstancia probada en autos, debe calificarse el hurto, y teniendo en cuenta que se trata de un profesional del delito, corresponde condenarlo a cuatro años de prisión. — Caso: Galdeano Gregorio, hurto a Alfredo Alejandro Grace. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 144, y con fecha 13 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: Noviembre 10 de 1924, Cámara confirmó y modificó pena a dos años de prisión.

Escalamiento. — No basta la negativa del procesado, cuando se

comprueba en autos que, para llegar hasta donde se encuentra el objeto materia del delito, ha tenido que escalar muros, desde que ha penetrado por las azoteas vecinas; debe calificarse el hurto, art. 163, inciso 4º, y condenarse a tres años de prisión. — Caso: Romano Alfredo, hurto a Eduardo G. Casanueva. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 48, y con fecha 31 de Marzo de 1924. — Nota marginal: Mayo 20 de 1924, Cámara confirmó.

Uso de llaves. — No es imprescindible para calificar el hurto, el uso de llaves falsas; pues si la puerta se ha abierto indebidamente usando la llave verdadera, igual lo califica. Corresponde condenar al procesado de acuerdo a los artículos 162, 163, inc. 3, y 55 del Código Penal, a dos años de prisión por los hurtos cometidos. Caso: De Paul Eusebio, robo a Eduardo Bondono. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 257 y con fecha 23 de Noviembre de 1933. — Nota marginal: Mayo 8 de 1934. La Cámara confirmó esta sentencia y modificó en lo que respecta al monto de la pena impuesta la que eleva a cuatro años y medio de prisión accesorias legales y costas.

Hurto calificado. — Si el ladrón es sorprendido al pretender entrar y herido por un disparo de revólver desde el interior del chalet, debe considerarse el hecho como tentativa de hurto. Se le detuvo secuestrándole armas y los elementos necesarios para delinquir, ganzúas, palanquetas, linterna. Demostrado como está por la fotografía que tuvo que escalar un muro para penetrar adentro de la propiedad debe calificarse el delito, y condenarse como autor de tentativa de hurto calificado, artículos 163, inciso 4º y 42 y 26 del Código Penal a dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Blanco José, tentativa de hurto a Alzola A. Zabaleta. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 21 y con fecha 24 de Mayo de 1934. Nota marginal: Mayo 30 de 1934. Firme y ejecutoriada en la fecha. Cumple la pena el 12 de Diciembre de 1934.

Hurto de ganado menor. — El hecho de carnear cinco cerdos y sacarlos del establecimiento, constituye el delito de hurto de ganado menor y deben sus autores ser condenados de

acuerdo al artículo 163, inc. 1º, a un año de prisión y ocho meses de la misma pena, y el menor de edad participante a cuatro meses de prisión, artículo 37. — Caso: Rodríguez Vicente, Santillán Amancio, Freyre Jesús, Freyre Bernardo, Giménez Pascual, González Pedro, hurto a S. A. Fuerte Santi Espíritu. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 480 y con fecha 13 de Octubre de 1932. — Nota marginal: Marzo 4 de 1933. La Cámara confirmó esta sentencia con respecto a Pascual Giménez que cumple el 30 de Septiembre de 1933. Pedro González, que cumple el 30 de Septiembre de 1933. Jesús Freyre, que cumple el 15 de Mayo de 1934. Y Amancio Santillán, que cumple el 13 de Febrero de 1934. Modificó en cuanto a Vicente Rodríguez y Bernardo Freyre a quienes impuso un año y seis meses de prisión a cada uno; cumplen la pena impuesta, Rodríguez el 12 de Septiembre de 1934 y Bernardo Freyre el 25 de Julio de 1934.

Hurto de ganado menor. — No constituye el delito de abigeato el hurto de tres animales lanares; debe considerarse el delito como hurto simple y condenarse a sus autores a un año y medio de prisión en forma condicional (artículos 26 y 162 del Código Penal). — Caso: Mercado José, Martínez Adolfo, hurto de animales a la sucesión Altolaguirre. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 333 y con fecha Mayo 10 de 1932. — Nota marginal: Mayo 12 de 1932. Firme y ejecutoriada. Cumplen en Septiembre 13 de 1933.

Abigeato. — No existe abigeato atento a que los animales sustraídos son solo dos, cantidad insuficiente para determinar la clasificación de ganado o grey. Se trata de un robo simple a estar a la definición de la sanción del artículo 164 del Código Penal. — Caso: Fredes Segundo y Morelli Luis, hurto a Antonio Pozzi. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 332 y con fecha 5 de Febrero de 1927. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada el 24 de Febrero de 1927, por haber desistido el defensor de Fredes de la apelación interpuesta; cumple: Enero 2 de 1928.

Abigeato. — Atento la modalidad de la sustracción de un animal vacuno, número que excluye la aplicación del artículo

que rige el abigeato como lo ha sostenido el proveyente en casos similares, y de acuerdo a la jurisprudencia mantenida por el tribunal, cuyo punto de vista comparte la Excm. Cámara al confirmar la calificación del delito, debe éste considerarse como hurto simple. — Caso: Nicolás Cravero, hurto a Gerónimo O. Brien. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 468 y con fecha 10 de Junio de 1922. — Nota marginal: Esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Abigeato y homicidio. — El hecho de carnear una vaquillona, configura el delito de hurto calificado y corresponde condenarlos de acuerdo al artículo 163, inc. 1ª, a un año y medio, y un año de prisión. En cuanto al homicidio de Ramírez, estando probado que la agresión partió de la víctima, debe encuadrarse dentro del justificativo de legítima defensa. El hecho de una enemistad personal no autoriza la suposición de una agresión futura. El peligro debe ser real para tener derecho a la defensa; por tanto la agresión inmotivada de la víctima, justifica el homicidio de la misma, y deben ser absueltos por este delito. — Caso: Santucci Lucas, Torres Gregorio Urbano, Peralta Francisco A., Cobian Alberto Dobbe, homicidio de Alejandro Ramírez y Martín Luna. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 291, y con fecha 23 de Diciembre de 1933. — Nota marginal: Marzo 23 de 1935. Confirmada en la fecha por la Cámara del Crimen, esta sentencia, en todas sus partes.

Abigeato. — Dado la calidad de lo hurtado (un caballo) debe calificarse el hecho como abigeato, artículo 163, inciso 1º del Código Penal, y corresponde condenarlo a un año de prisión. — Tesis que no aceptó la Cámara del Crimen, quien sostiene que debe calificarse el delito solo cuando el animal es sustraído del campo, no influyendo como elemento calificativo el número de los animales sustraídos. — Caso: Bernabé García, hurto a Estanislao Córdoba. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 199 y con fecha 9 de Octubre de 1933. — Nota marginal: Modificada por la Excm. Cámara, con fecha 9 de Diciembre de 1933, disminuyendo la pena a seis meses de prisión condicional y costas; la que cumple el 10 de Abril de 1934, en razón de haber revocado la calificación

del delito, la que encuadra en el artículo 162 del Código Penal.

Hurto calificado continuado. — Si el agente valiéndose de una llave ganzúa sacaba periódicamente dinero y efectos hasta el momento de ser sorprendido, confesando el hecho; debe ser condenado como autor de hurto calificado continuado a sufrir la pena de un año y tres meses de prisión en forma condicional (arts. 26 y 163, inc. 3 del C. Penal). — La Cámara del Crimen confirmó la calificación del delito sosteniendo: Que si la jurisprudencia de nuestros Tribunales tiene resuelto que no es suficiente la sola confesión del procesado para tener por probado el robo o cualquier otro hecho cometido con efracción, violencia o escalamiento, es evidente que tal jurisprudencia, que se basa en la disposición del art. 175 del Cód. Pts. Crim., no es de aplicación al caso de hurto perpetrado valiéndose de llave falsa para penetrar en el lugar en que se guardan las cosas substraídas y lo que por lo general puede realizarse sin dejar rastros de violencia o de cualquier otra naturaleza. — Caso: Antonio Orselli, hurto calificado a Lueso Villar y Cía. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 95 y con fecha 7 de Agosto de 1934. — Nota marginal: Octubre 9 de 1934. En la fecha la Cámara confirmó esta sentencia en lo que respecta a la calificación del delito y modificó respecto al monto de la pena impuesta, la que se eleva a dos años de prisión y costas en forma condicional.

Hurto calificado continuado. — Habiendo reconocido el agente la imputación del delito de hurto en pequeñas cantidades, no corresponde aceptarle su retractación, ante el secuestro de las llaves abandonadas por el procesado, las cuales abrían la caja de caudales. La denuncia del dinero sustraído, la actitud sospechosa en que fué sorprendido en horas de la noche que no eran las de oficina, el hecho de tener las llaves que abrían la caja sin ninguna autorización, la vida fastuosa que superaba al sueldo que ganaba y el hecho de la confesión aunque posteriormente retractada, son hechos que demuestran su responsabilidad. Corresponde tener por probado el cuerpo del delito, y atento a que las sustracciones las verificaba en pequeñas cantidades hasta el día de ser descubierto, debe encuadrarse el delito como hurto calificado continuado (art. 163, inc. 3º del Cód. Penal), y no habiendo podido establecer exactamente el monto del dine-

ro sustraído, pero teniendo en cuenta que excede de la cantidad de veinte mil pesos, corresponde fijar la pena de tres años de prisión, revocando en consecuencia la sentencia que lo condena por el delito de tentativa de hurto a un año de prisión. — Caso: Matos Soria Carlos, hurto a Tobías Arribillaga. — Fallo de la Cámara del Crimen del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 198, y con fecha 4 de Mayo de 1933.

Abigeato. — El hurto de un animal configura el delito de abigeato, porque lo que considera la ley no es el número de animales sustraídos, sino el lugar donde se ha efectuado la sustracción. Corresponde confirmar la sentencia que condena al procesado como autor de hurto calificado a la pena de un año de prisión y costas. — Caso: Ramírez Juan Bautista, hurto a Miguel Cordon y otros. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en los Libros de Sentencias, N° 1, al folio 516 y con fecha 9 de Septiembre de 1933.

Abigeato. — Habiendo el tribunal dictado una sentencia que establece definitivamente la doctrina que va a seguir en lo sucesivo de que el número de animales no constituye el abigeato, corresponde revocar la calificación de hurto simple dada por el juez fundado en la insuficiencia del número para constituir el ganado. — El hecho de guardar otro animal hurtado constituye el delito de encubrimiento. Debe revocarse la sentencia y condenarse al procesado a la pena de tres años de prisión, arts. 55, 163, inc. 1°, y 277, inc. 3 del C. Penal. — Caso: Méndez Angel Silvestre, abigeato a Lorenzo Zoela. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 47 y con fecha 14 de Julio de 1934.

Abigeato. — No puede aceptarse la excusa de los procesados que los animales les fueron prestados por un desconocido, y habiendo sido sacados de un potrero donde estaban a pastaje, debe calificarse el delito, art. 163, inc. 1° del C. Penal. Corresponde modificar la sentencia que lo condena como autor de hurtos reiterados y calificar el hecho como abigeato. En atención a la edad del procesado (66 años), por razones de humanidad, y ser delincuente primario, debe confirmarse la pena de dos años de prisión en forma condicional no obstante la modificación de la calificación del delito. — Caso: Posadas David, hurto a Pablo Pesunca. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en

el Libro de Sentencia N° 3, al folio 162 y con fecha 23 de Agosto de 1934.

Abigeato. — El hecho de carnear una vaca en el campo y llevarse la carne, constituye el delito de abigeato. No es un justificativo la excusa de que el móvil fué para dar de comer a sus hijos, desde que el factor necesidad no basta invocarse sino que debe estar probado en las constancias de los autos. — Corresponde confirmar la sentencia y elevar la pena a un año y seis meses de prisión por tratarse de un reincidente. — Caso: González Pedro, robo a Pablo Reynoso. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 4 P., al folio 33, y con fecha 28 de Marzo de 1935.

EL DELITO DE ROBO.

CAPITULO II.

El robo. — Concepto del delito. — Sus diferencias con el hurto. — La violencia en las cosas. — La violencia en las personas. — La reivindicación en el derecho penal. — Jurisdicción del Juez del Crimen. — Reivindicación de cosas pignoralas. — Jurisprudencia. — El robo con homicidio y lesiones. Jurisprudencia. — Circunstancias agravantes. — Robo con armas. — Robo en poblado y en banda. — Robo con perforación o fractura. — Seguridades externas e internas. — Efracción anterior y posterior. — Jurisprudencia.

Artículo 164.

Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

* * *

Concepto del delito. — El apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena, mediante fuerza en el mismo o violencia física en las personas constituye el delito de robo. Luego entonces los elementos fundamentales son: 1º Apoderamiento ilegítimo; 2º Cosa mueble; 3º Fuerza en las cosas y violencia personal.

La ilegitimidad es lo que constituye una de sus características, desde que el apoderamiento de una cosa mueble mediante el ejercicio de un derecho, no puede engendrar ninguna responsabilidad criminal. El dolo está precisamente representado por la ilegitimidad en el apoderamiento.

El elemento objetivo del delito (la cosa mueble), tiene que ser total o parcialmente ajena, porque el dueño tie-

ne la facultad de usar y abusar de su derecho. El apoderamiento de la cosa propia retirándola del que la tiene legítimamente en su poder, no puede configurar el robo; pero es un acto ilícito que puede entrar en la figura criminal de la defraudación.

Y por último, el apoderamiento debe ser cometido con fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

* * *

Diferencia con el hurto. — Este delito contra la propiedad tiene su característica diferencial con el hurto en la violencia. Ya que su naturaleza es idéntica, debemos tener por reproducido aquí, cuanto hemos manifestado anteriormente sobre el apoderamiento.

Solo nos resta estudiar el elemento diferencial: la violencia.

Nuestra legislación no admite el hurto con violencia en las cosas, a manera diferente de otras que como en la alemana, la italiana, y la uruguaya, la fuerza en las cosas se toma como un elemento calificativo.

El legislador ha impuesto el requisito de la violencia como un elemento esencial y fundamental del delito; de aquí que el robo para nuestra ley, no es otro que el hurto violento.

* * *

La violencia en las cosas. — La fuerza que constituye la violencia, es la que recae en los medios defensivos de la cosa objeto del delito. Cuando la violencia es necesaria para consumar el apoderamiento, entonces este requisito configura el robo.

La fuerza innecesaria, como también la perpetrada posteriormente al apoderamiento, al decir de Carrara, no puede calificar el delito. En el primer caso porque no recae en un medio defensivo de la cosa, y en el segundo porque el delito ya estaba cometido al efectuarse el apoderamiento.

Es por esto que nuestra ley dice: el que se apodera con fuerza en las cosas, de modo que la fuerza en las co-

sas debe ser siempre actual y coincidir con el momento del apoderamiento. En este sentido el legislador sigue el mismo criterio que con el escalamiento y el uso de la llave falsa en el hurto, requisitos estos que no califican el hurto si se emplean con posterioridad al apoderamiento.

La violencia puede ejercerse sobre la cosa misma, o sobre un elemento defensivo que la guarde. Es por esto que la efracción de una puerta para llegar al lugar donde se encuentra la cosa, puede configurar el robo siempre que ella sea necesaria para efectuar el apoderamiento.

De esta manera tenemos, que si el agente penetra con la puerta abierta y luego la rompe antes de apoderarse de la cosa, este hecho no podría configurar el robo. Se trataría en este caso de un hurto simple y de un daño intencional; siendo en consecuencia impropio y erróneo el calificativo de robo.

En igual forma pensamos cuando la violencia se ha cometido después del apoderamiento, a los efectos de facilitar la fuga del ladrón. En este caso el delito cometido es también el de hurto simple agravado si se quiere por la efracción posterior.

* * *

La violencia en las personas. — Al referirse a la violencia física cometida en la persona, nuestra ley introduce una modificación importante, desde que descarta la violencia moral o sea la coacción y la amenaza como elemento constitutivo.

El Proyecto del Dr. Tejedor al tratar en el robo la violencia moral establecía expresamente en su artículo segundo, una pena de seis años de presidio o penitenciaría al que amenace o intimide para que descubra, entregue, o no defienda la cosa. Estos principios de la vieja legislación española fueron adoptados por nuestro antiguo Código Penal, y seguido también por todos los proyectos posteriores incluso hasta el último de 1906, de modo que en todos la violencia figuraba como un elemento constitutivo del robo.

Fué a indicación del Dr. Octavio González Roura, que la fuerza moral o intimidación en la persona, dejó de ser un elemento constitutivo del delito. El citado autor propu-

so y la Comisión de Legislación aceptó, que la violencia sobre la persona sea la física, dejando la violencia moral como elemento característico del delito de extorsión. En este sentido puede leerse el informe de la Comisión de la Cámara de Diputados, págs. 288, 289 y 290.

De aquí que la ley se refiere expresamente en su precepto, a la fuerza física en la persona, introduciendo así un sistema más sencillo y claro, y precisando de una manera inconfundible la diferencia fundamental entre el robo y la extorsión.

Ya hemos visto que la fuerza en las cosas debe coincidir con el apoderamiento, pero tratándose de la violencia personal, este requisito no es necesario. Lo mismo es que la violencia sea anterior, concomitante, o posterior al apoderamiento.

La violencia sobre la persona, debe ser física, real, efectiva; y solo por disposición expresa de la ley queda comprendido en el concepto de violencia, el uso de los medios hipnóticos y narcóticos como lo establece la tesis del artículo 78 del Código Penal.

* * *

La reivindicación en el Derecho Penal. — Del conocido principio que en las cosas muebles la posesión vale por título, se infiere que por regla general no existe contra ellas, el derecho de reivindicación. Por eso el legislador creando una verdadera excepción, establece que las cosas perdidas o robadas, pueden ser siempre objeto de este derecho, sancionando así el principio que el dominio se extingue por la voluntad soberana del dueño o por algún acto lícito.

El derecho de reivindicación tal como está legislado por nuestro Código Civil, no alcanza a todos los atentados contra la propiedad sino que es una característica particular de algunos de ellos (art. 2765).

El artículo 2766, al pretender aclarar el concepto de cosa robada, nos habla de sustracción fraudulenta. Pero si tenemos en cuenta que tal disposición ha sido traducida de Aubry Rau, el cual comentaba el Código Francés, que en-

tendía por robo: la sustracción fraudulenta de la cosa ajena, llegamos mejor a la comprensión cabal del precepto.

La sustracción fraudulenta de la cosa ajena para nuestra ley, no puede ser otra que el apoderamiento indebido y violento que configura el delito de hurto y robo. Esta conclusión lógica se infiere, si analizamos todas las prescripciones del artículo, desde que más adelante agrega, que cuando la posesión de la cosa ajena se ha obtenido mediante engaño, ardid o abuso de confianza, el tercer adquirente de buena fe está cubierto contra el riesgo de la reivindicación.

Debemos fijar bien el concepto y el alcance del precepto legal. El derecho de reivindicación se otorga sobre las cosas hurtadas o robadas, es decir, cuando el apoderamiento se ha efectuado contra la voluntad presunta o expresa del dueño. En cambio cuando la posesión se ha adquirido por medios de engaños o maniobras que configuran el delito de defraudación, donde el propio dueño se ha desprendido voluntariamente de ella, no puede invocarse este derecho, porque lo niega expresamente la ley.

No hay que confundir la falta de derecho reivindicatorio, con el resarcimiento del perjuicio ocasionado por el delito, que son cosas muy distintas.

¿Las cosas muebles obtenidas por medios de la extorsión, pueden ser materia de reivindicación? Es éste un problema que en realidad no está expresamente tratado por nuestra legislación civil, desde que no se hace un distingo entre violencia real y moral. Omisión fácil de comprender, porque la violencia moral es un elemento nuevo, incorporado últimamente a nuestro Código Penal, y que nos sirve para diseñar el horizonte jurídico entre el robo y la extorsión, constituyendo así su elemento diferencial.

En mi entender, me inclino a sostener que la posesión de la cosa obtenida por medio de la extorsión, debe caer también dentro de la disposición del artículo; porque lo que ha querido garantizar el legislador con la reivindicación, es el derecho inalienable de la propiedad.

En la extorsión, la posesión se logra siempre contra la expresa voluntad del dueño, quien cede en virtud de la amenaza, de modo que no existe en realidad un consenti-

miento ni expreso, ni tácito, que es lo que ha tenido en cuenta el legislador para negar al dueño este derecho en la defraudación.

El propietario que reivindica una cosa perdida o robada, del tercer adquirente de buena fe, no está obligado a reembolsarle el precio que por ella hubiere pagado; salvo en los casos establecidos expresamente por el artículo 2768. Pero pienso con Machado ⁽¹⁾ que al comprador de buena fe, siempre le queda el derecho de pedir al propietario la indemnización que autoriza el artículo 2422 del Código Civil.

La acción reivindicadora se otorga siempre contra el poseedor a título gratuito.

El comprador de mala fe no tiene derecho ni al resarcimiento del precio oblado, ni a la indemnización de que hablamos anteriormente.

* * *

Jurisdicción del Juez del Crimen. — ¿Es competente el Juez del Crimen en el juicio reivindicatorio? Es éste un problema que no está definitivamente resuelto, y como existen opiniones contradictorias, no es de extrañar entonces que la jurisprudencia no haya seguido siempre un criterio uniforme, como lo demuestra el profesor Dr. Jesús H. Paz ⁽¹⁾, en los casos que cita de la propia Cámara de Buenos Aires, en su artículo: "De la reivindicación de las cosas robadas, en lo criminal".

Los que están por la competencia de la jurisdicción criminal argumentan: que todas las cuestiones civiles que se relacionan con un proceso criminal y que expresamente no han sido reservadas como las pre-judiciales, deben ser resueltas por el Juez del Crimen de acuerdo al principio generalmente aceptado que el que es juez de lo principal lo es también de lo incidental.

En cambio los que sostienen la negativa, afirman que las cuestiones que versan sobre la posesión y la propiedad

(1) Obra citada, tomo 7, págs. 197 y 198.

(1) Malagarriga y Sasso, tomo 2, pág. 343.

son cuestiones judiciales de orden civil y que son a dichos jueces a los que corresponde intervenir.

Yo me inclino por la tesis primera que da jurisdicción al Juez del Crimen y voy a exponer las razones que tengo para ello.

En primer lugar hay que hacer un distingo entre cuestiones judiciales civiles que tienen alguna relación con el delito, y las cuestiones pre-judiciales propiamente dichas y que el legislador reserva expresamente su resolución a la justicia civil. A las primeras doy competencia al Juez del Crimen, a las segundas al Juez Civil.

Esta diferencia cobra singular importancia y nos sirve para simplificar el problema, ya que una excepción articulada por la defensa dentro del proceso criminal, puede importar una cuestión pre-judicial o de lo contrario un simple medio o recurso de defensa, que el juez tenga que considerar al fallar sobre el principal. Negarle esta competencia sería entorpecer el juicio criminal, porque estaría a voluntad del procesado la paralización del mismo, desde que planteado dentro del proceso una cuestión de orden civil obtendría la incompetencia del juez.

Es por esto que el propio Dr. Daniel J. Frías ⁽¹⁾, al abordar el problema nos enseña: "Es así que los Tribunales represivos tienen facultad para resolver cuestiones civiles que se refieren al hecho de la prevención, a menos que estas cuestiones no hayan sido expresamente atribuidas a otra jurisdicción, puesto que no hay ley alguna que prohíba a los jueces del crimen de conocer en cuestiones civiles — dice un expositor — mucho más si se trata de la interpretación de un contrato o de un acto sobre el cual recaiga la prevención, en cuyo caso, los jueces del crimen están no sólo facultados, sino obligados a determinar el sentido y los efectos jurídicos de ese acto o de ese contrato. Así, la jurisprudencia francesa ha reconocido y declarado que los jueces del crimen son competentes para decidir todas las cuestiones que se susciten respecto de la propiedad de cosas muebles".

(1) Malagarriga y Sasso, tomo 2, pág. 322.

Si el Juez del Crimen tiene facultad para ordenar el secuestro de la cosa hurtada, así esté en poder de un tercer adquirente, ¿por qué razón no ha de tenerla para ordenar la entrega a su verdadero propietario? Con el hecho del secuestro, vemos que priva a un tercero de la posesión de la cosa; y esta materia es también de orden civil y sin embargo ninguno ha negado al juez del crimen esa facultad.

Si bien es cierto que nuestra legislación establece que las acciones civiles que nacen de los delitos, corresponden a la jurisdicción civil, no es menos cierto que dicha disposición está derogada por el Código Penal, que faculta para iniciar ante esa jurisdicción ambas acciones. Y es por eso que la comisión en su informe al tratar de la reparación del perjuicio nos pone de manifiesto las razones que ha tenido al modificar la legislación civil dando competencia a la justicia criminal, al unificar la jurisdicción para el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos.

Dice la Comisión ⁽¹⁾: "El Título IV es de gran trascendencia y de suma importancia, por lo cual la Comisión después de una larga deliberación, resolvió mantenerlo, no obstante las observaciones formuladas en el informe del doctor Rojas, pero aconsejando una modificación que, a su juicio, aparta las críticas dirigidas a esta parte del proyecto.

"Si bien el Código vigente reconoce en diversos artículos, la obligación de reparar por parte de su autor el daño causado por un delito, como así mismo el Código Civil, las dificultades que se han presentado en la práctica a causa de las distintas jurisdicciones en que deben ejercitarse las acciones civiles y criminales y de la existencia de las cuestiones pre-judiciales, hace necesario que el juez del proceso criminal sea o pueda ser quien fije la indemnización por los perjuicios causados a la víctima, a su familia o a un tercero a consecuencia del delito.

"La escuela positiva ha insistido desde sus comienzos en la justicia y conveniencia de señalar en la sentencia condenatoria la indemnización del daño a las víctimas del delito.

(1) Código Penal, edición oficial, págs. 243 a 245.

"En su conocida obra "Des principes sociologiques de la criminologie", prologada por el ilustre fundador de dicha escuela, Raúl de la Grasserie, expone sintéticamente las razones fundamentales que determinan la solidaridad de la acción civil y de la acción penal. Critica el sistema de la confusión de las dos acciones, el más antiguo de todos, propio de las sociedades primitivas, en las cuales el individuo ofendido se ocupa a la vez de indemnizarse, de vengarse y de defenderse.

"El sistema de la separación absoluta de las dos acciones, que se intentan ante jurisdicciones diferentes, está en vigor en los países del derecho inglés, en Holanda, en Alemania. El Código Penal Holandés, determina en su artículo primero que la acción civil es independiente de la acción penal y sólo por excepción la parte que limita su demanda a ciento cincuenta florines puede intervenir en la instancia criminal. En Alemania no se pueden unir ambas acciones sino en casos determinados.

"El sistema de la interdependencia de las dos acciones es adoptado por la mayor parte de las legislaciones. Es un sistema muy complicado en sus detalles y da lugar a numerosas dificultades en la doctrina y la jurisprudencia.

"El sistema de la solidaridad de las dos acciones, preconizado por Bentham y sostenido por Ferri, se funda en que la reparación del daño ante la jurisdicción criminal es de interés público. Es el más justo y el más práctico. Lo admite en parte el Código Penal de Austria. En España la solidaridad es mayor, pues la acción civil es ejercida con la acción penal por el ministerio público, haya o no acusador particular; los daños y perjuicios son pues determinados de oficio.

"La reparación del daño había sido establecida por el proyecto del Dr. Tejedor, que éste tomó del Código Español. El Código Penal vigente eliminó del proyecto los capítulos relativos a la responsabilidad civil, pero dejando algunas disposiciones aisladas, como las de los artículos 139, 176 y 225 que admiten el principio de la reparación del daño.

"Los autores del proyecto de 1891 lo reconocieron expresamente y en su exposición de motivos dijeron: "Si

el delito es un quebrantamiento del orden público que debe hacerse cesar y repararse del modo más perfecto posible, es evidente que el poder social debe procurar el restablecimiento del orden alterado obligando al delincuente a resarcir todos los daños causados por la alteración. Una pena que solo tiende a reparar el daño moral causado a la sociedad, descuidando el resarcimiento del perjuicio real inferido a la víctima del delito, no llena los objetos racionales de la penalidad, ni justifica suficientemente el ejercicio del derecho de represión por el Estado...” No tiene satisfacción explicatoria el sistema del Código vigente que excluye de la pena la reparación debida por el delincuente a su víctima, dejando que ésta ventile ese asunto, como meramente privado ante la jurisdicción y conformes a las leyes propias del derecho civil. Esa pena incompleta no llena sino a medias su objeto. Por otra parte parece más conforme con la naturaleza de la administración de justicia, que un hecho punible de lugar a un solo proceso, evitándose de ese modo: 1º La posibilidad de que la sentencia recaída en el juicio criminal sea contradictoria con la pronunciada en el juicio civil; 2º La pérdida de tiempo por el damnificado que desea, naturalmente, obtener la más pronta reparación del daño sufrido; 3º Los gastos provenientes de la multiplicidad de los procesos. Finalmente, la unidad y la lógica de la legislación exigen que el derecho penal rijan todos los efectos del delito, con sujeción a sus principios y para el mejor éxito de sus fines, como el derecho civil rige todos los efectos de los hechos civiles”. Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado por los Doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, 2ª edición, pág. 42.

“Los autores del proyecto de 1906 admitieron también el sistema de la solidaridad de las acciones civil y penal. En su informe levantaron la objeción de que, según el Código Civil, la indemnización del daño causado por el delito, solo puede ser demandada por acción independiente de la acción criminal, diciendo que ella no tiene ya fundamento, por una de esas anomalías de nuestra legislación, en el derecho positivo que rige en la capital y territorios federales. El Código de Procedimientos en lo Criminal, ha

derogado, en efecto, ese precepto del Código Civil, disponiendo que la sentencia, en el juicio penal, debe resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hubieren sido objeto del juicio.

"En cuanto a la objeción hecha al proyecto en revisión sobre inaplicabilidad del Título IV en las provincias, por razones de orden constitucional, esta Comisión no la cree admisible. En efecto, la reparación del daño va unida a la pena, necesariamente, y de consiguiente, puede y debe formar parte del sistema represivo que, según la Constitución es de carácter federal.

"Se ha observado, también, que la obligación impuesta a los jueces del crimen para ordenar de oficio el monto del daño material causado a la víctima, a su familia o a un tercero por el autor del delito, podría dificultar la tramitación de las causas criminales, debido al recargo de trabajo de los magistrados.

"La Comisión ha recogido esta observación, y de acuerdo con el parecer de un distinguido miembro de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, el Doctor González Roura, cree conveniente sustituir en el art. 29 la palabra "ordenará" por las palabras "podrá ordenar". 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".

Si esto no fuera bastante, nuestro Código de Procedimientos en lo Criminal, en su artículo 29, le da jurisdicción expresa a la justicia del crimen cuando el damnificado inicia las dos acciones conjuntamente.

La víctima del delito está autorizada expresamente tanto por la ley de forma, como por la ley de fondo, a iniciar la acción civil y penal conjuntamente; es decir, puede pedir en el mismo juicio no solo el castigo del delincuente, sino también la reparación del daño sufrido que se logra por la entrega de la cosa robada.

Si una de las finalidades de la justicia criminal, además del castigo del delincuente, es la reparación del daño ocasionado a la víctima, ¿cómo se puede sostener que el juez en lo criminal carezca de competencia para solucionar el

conflicto sobre la entrega de la cosa robada, que forma parte integrante del perjuicio ocasionado?

El Dr. Jesús H. Paz bregaba en el artículo de referencia por la competencia de la justicia criminal, mucho antes de la sanción del nuevo Código Penal; ¿qué no diría ahora con la reforma de la legislación civil al sancionar la solidaridad de las dos acciones para someterlas a la jurisdicción criminal?

Es por esto que sostengo la competencia del Juez del Crimen, en los juicios reivindicatorios de las cosas robadas, desde que es ésta una interpretación práctica y exacta de la ley, ya que evita la multiplicidad de juicios con la consabida ventaja para el damnificado. Por otra parte formando la cosa materia del delito, parte integral del perjuicio ocasionado, y estando facultado el Juez del Crimen para resolver sobre la indemnización y los daños y perjuicios, resulta incuestionable su competencia, que surge hoy del texto expreso de la ley.

* * *

Reivindicación de cosas pignoras. — Nuestros Tribunales han resuelto recientemente un caso concreto sobre la materia del epígrafe.

El juez sostuvo en su resolución la aplicación de las disposiciones comunes de nuestro Código Civil y ordenó al Banco Municipal de Préstamos, la devolución de las alhajas empeñadas. Sin embargo nuestra Cámara del Crimen, rechazó la doctrina sostenida por el inferior y sostuvo la inaplicabilidad de los preceptos comunes del Código Civil y en consecuencia de acuerdo a los reglamentos del Banco, reformó la sentencia ordenando la entrega de las alhajas previo pago del préstamo efectuado y sus respectivos intereses.

Este pronunciamiento fué atacado de inconstitucional ante nuestra Corte Suprema de Justicia, argumentando que los reglamentos del Banco no podían primar contra las disposiciones del Código Civil. Y el más alto Tribunal de Justicia de la Provincia, haciendo un meditado estudio del origen de la creación de los Bancos de Montepío Civil, sostiene que no existe la inconstitucionalidad alegada y al

rechazar el recurso confirma la resolución dictada por nuestra Cámara Criminal que otorga la reivindicación previo pago del préstamo efectuado y sus respectivos intereses.

Dice la Corte en su considerando V: "El Estado o cualesquiera de sus entidades administrativas autárquicas se halla, indudablemente, sometido al imperio de los Códigos se trate de actos de su economía comunes. Pero en tanto y cuando privada. El Código Civil sólo tutela el derecho privado, el derecho del individuo. Unicamente dentro de esas limitaciones, es que se equiparan las actividades de las personas jurídicas de existencia necesaria con las de existencia posible o particulares. Es la doctrina que surge de los arts. 33, 34 y concordantes del Código Civil y de los principios que regulan la actividad jurisdiccional del poder público.

"Si tal carácter de acto de gestión asumiera según se sostiene el acto de creación de un Monte de Piedad, la inconstitucionalidad alegada por el recurrente en el sub-judice estaría fuera de toda discusión. La cláusula 18, inciso 2º de los estatutos del Banco oponente repugnaría a los arts. 2768 y 3214 del Código Civil. En efecto: Dentro del régimen del Derecho Civil, el propietario reivindicante de una cosa robada o perdida no está obligado a reembolsar al acreedor lo que el deudor pignoraticio hubiese recibido en préstamo, sino cuando éste, de buena fe, la hubiese adquirido "en venta pública o de personas que acostumbraban vender cosas semejantes".

"Pero no es en el terreno del derecho civil, en el terreno de las relaciones puramente privadas en que ha sido colocada por el recurrente, que ha de examinarse la cuestión planteada en el sub-judice. Otras normas, otros principios informan la materia. En efecto: El acto de creación de un Banco de Piedad, no constituye un acto de persona jurídica. Como los ha calificado la ley francesa de 24 de junio de 1851, art. 1º, y la jurisprudencia de la Corte de Casación, tales establecimientos son, por su destino, no sólo institutos públicos, sino verdaderas instituciones de utilidad pública. (Véase Civ. 3 de abril 1878, Dalloz Period. 78, 1, 178; Frerejouan du Saint, Rép. Gén. Alph. du Droit Francais, V. Mont de Piete Nº 45, pág. 160, t.

XXVII, 1901). En tal concepto, sea que actúen como institutos subsidiarios en el mercado libre, sea que, como ocurre generalmente tengan el monopolio de las prestaciones pignoraticias, las reglas que disciplinan sus actividades son propias de los principios del derecho público, a las que se subordinan las del derecho privado que se les vinculan. (Giliardoni, en *Digesto Italiano* Vº Monte de Pietá, Nº 58, pág. 802, t. XV, 1904-1911; Peregó en *Enciclopedia Giuridica Italiana* Vº Monte di Pietá, Nº 51, pág. 296, t. X (parte III) Società Editrice Libreria). Leyes administrativas o leyes que por su carácter de orden público son oponibles aun a los que no han sido partes en el acto pignoraticio (Giliardoni, op. cit. Nº 58, pág. 802), fijan en un jus singulare las condiciones de los préstamos, del rescate, renovación o venta de los bienes; de la caducidad de los excedentes; de la responsabilidad por pérdida o venta equivocada, etc., esto es, de sus privilegios como ente público.

"No importará pues, que tales privilegios se opongan a los principios del Derecho Civil. El acto administrativo que los sanciona no está comprendido en la previsión del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional. Es de la esfera de los poderes locales todo lo que concierne a su régimen, progreso y bienestar internos y en general, todo lo que ellos juzgan conducentes a su bienestar y prosperidad. Porque cada Estado posee su jurisdicción exclusiva y soberana sobre las personas y propiedades existentes en su territorio, es decir porque son supremos dentro de su propia esfera de legislación". (Dodge V. Wooley 18, How 331; *Pennoyer v. Neff*, 95 U. S. 714).

"Tampoco importará que esos privilegios no provengan de una ley de la Legislatura. La Municipalidad de Rosario, al fijar las reglas del funcionamiento del Banco, lo ha hecho en el ejercicio de facultades que le han sido expresamente conferidas por delegación del poder legislativo, art. 37, inc. 17 de la ley Nº 2147, y en materia propia por así decirlo, del gobierno Municipal. Es principio constitucional uniformemente admitido que la legislatura de los Estados puede delegar en el gobierno Municipal la facultad de dictar ordenanzas sobre materia de su propia incumbencia, las cuales una vez sancionadas legalmente tie-

nen la fuerza y eficacia de las leyes emanadas de las mismas Legislaturas. (New Orleans Waterworks C^o v. New Orleans 164 U. S. 471 (41 L. ed 518)). En este sentido se ha decidido, que la máxima que prohíbe a la Legislatura la delegación de sus poderes a todo cuerpo o autoridad, no es violada cuando inviste de ello a las corporaciones municipales de ciertos poderes de legislación referentes a materia que le son propias y en las cuales se encuentran inmediatamente interesadas porque se supone que son mejores jueces a su respecto que la misma Legislatura. (Chicago v. Stratton 162 III 496, 15 Law Pep, América (U. S.) 61; Ruling Case Law 6, 169").

Y más adelante en el considerando VII al sostener que la reivindicación de las cosas perdidas o robadas que han sido empeñadas en una institución Bancaria del Estado, debe efectuarse previo reembolso del empeño o sus intereses respectivos, agrega nuestro más alto Tribunal.

"VII. Hemos de decir, por otra parte señalando uno de los privilegios de "Derecho Público de los Montes de Piedad", que cuando éstos hubieran hecho préstamos sobre prenda que se reivindicaran por causa de robo o pérdida, el reclamante estará obligado a reembolsar al establecimiento el préstamo acordado, con los intereses y derechos que se adeuden. Tal privilegio derogatorio del principio "furtiva clamant ad dominum", es de observación esencial para la vida económica del instituto.

"En efecto: Ni por el número de sus operaciones, ni por el forzoso secreto del acto de empeño, ni por la rapidez de la ayuda que debe prestarse al que requiere el préstamo, el Banco se encuentra en condiciones de inquirir la procedencia de los objetos pignorados, la condición e identidad del pignorante o el destino del préstamo. La boleta de empeño contiene la enunciación descriptiva del objeto pignorado, sin referencia alguna al nombre del deudor, que sólo se anota como medida de orden en el registro del establecimiento. El deudor puede dar un nombre supuesto. De modo que el empeño o desempeño de los objetos no tienen porqué provenir del verdadero propietario. La boleta es un verdadero "título al portador" que, como tal, otorga a su poseedor la calidad de propietario de los

efectos a que ella se refiere. Son los conceptos unánimemente admitidos en la doctrina y la jurisprudencia. (Cfr. Dalloz Jurisp. Gené, Vº Mont de Pieté, Nº 54, pág. 411, t. XXXII, 1855; e ídem Nº 57, pág. 472; Vivante, del Contratto di Assicurazione, del Pegno, etc. (Il Codice di Commercio Commentato de Ascoli, Asquini Bolaffio, etc.) Nº 640, pág. 497, t. VII, 1922; Guillouard, Traité de la Prescription, Nº 855, pág. 277, t. II, 1901; Planiol Ripert-Picard, Traité Practique de Droit Civil Francais (Les Biens) Nº 395 y nota 6, pág. 379, t. III, 1926; Perego, op. cit. Nº 51, págs. 287 y 290; Degani, op. cit., Nº 14 y 79, págs. 9 y 36; Gilardoni, op. cit., Nº 61, pág. 804; Troplong, Le Droit Civil Explique, etc. (Du Nantissement, Du Gage et de L'Antichrese), Nº 490, pág. 441, 1847; Manzini, Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano Secondo il Nuovo Codice, Nº 100, pág. 332 y nota 3, t. I, 1931; Porro, Raimondi, Vedani, Prima Raccolta Completa della Giurisprudencia sul Codice Civile, Nº 480, 482, 483, 484, y sgts., págs. 674 y sgts., t. III, Società Editrice Libreria”).

“Es así como ha podido decidirse la devolución de los efectos pignorados al tercero adquirente de buena fe de la póliza de empeño. El que la adquiere regularmente se ha dicho, se encuentra a cubierto de todas las posibles consecuencias de los vicios que, según el derecho común, pudieran afectar el acto de que emana su título (Jurisp. Arg., XIII, 577). Aplicanse a este respecto, los principios generales de la ley de comercio sobre la transmisión de títulos al portador (arts. 742, 746 y sgts. del Código de Comercio). La circulación de tales títulos veríase obstaculizada si sus adquirentes hubieran de contemplar la posibilidad de verse privados de los efectos adquiridos y sin derecho al reembolso de lo que por ellos hubieran adelantado, creyendo de buena fe, haber realizado una operación al abrigo de toda posible causal de nulidad.

“Algunos estatutos establecen por excepción, tal la ley francesa de 24 de Junio de 1851, que cuando el préstamo excede de cierto límite — 15 francos, — el prestatario debe estar domiciliado en el lugar y ser conocido del Banco o presentado por persona conocida y domiciliada”.

(Véase Dalloz, Rep. Prat. de Legisl. de Doct. et de Jurisp. V^o Monts de Pieté, N^o 62, pág. 768, t. VIII, 1920). Pero — y es lo que interesa destacar — tal disposición es puramente interna del Banco. La boleta de empeño es siempre al portador; sólo contiene la fecha, el monto del crédito y la descripción del objeto u objetos pignorados. (Renouard Nouveau Dictionnaire D'Economie Politique (Say-Chailley) V^o Monts de Pieté, N^o 3, pág. 339, t. 1900).

“Empero el principio de irresponsabilidad del Banco en el empeño de cosas robadas o perdidas, no es absoluto. Se admite a este respecto — excepción que surge también de los arts. 8, 9, 17, últ. parte y 18 del Estatuto del Banco oponente — que ese principio no tiene lugar cuando éste o sus agentes hubieran obrado con falta o infracción a los reglamentos. (Degeni, op. cit. N^o 14, pág. 9; Dousi, 7 de Agosto de 1856; Dalloz Period. 57, 2, 302, y Rep. 21 de Julio de 1857; Dalloz ídem, 57, 1, 394). En tales casos — ninguno de los cuales corresponde ciertamente a la especie sub-judice, se admite hasta la acción sobre daños y perjuicios del particular por la privación de los objetos o la depreciación sufrida en el valor de los mismos”. (Douai, fallos cit.; París, 26 de Diciembre de 1871. Dalloz Period. 72, 2, 199).

Tales son las justicieras y convincentes razones invocadas por nuestro más alto Tribunal para armonizar las disposiciones del reglamento de la institución bancaria de referencia, con los preceptos del Código Civil que rigen el derecho común en el orden individual privado.

El Tribunal contempla ambas situaciones bajo un horizonte distinto y al encarar el problema planteado en el terreno del Derecho Público, dado el carácter y la finalidad del Banco, no hace más que precisar mejor el concepto para demostrar plenamente que las disposiciones del derecho común que rigen la reivindicación de las cosas perdidas o robadas, no pueden ser aplicables al Banco Municipal de Préstamos.

Si la institución ha sido creada por el Estado con fines de beneficencia pública, la reglamentación y carta orgánica del mismo por más que se deban a una ordenanza municipal, no pueden entrar en la órbita del derecho privado,

de modo que no puede existir ninguna contradicción entre los artículos del Código y el reglamento del Banco, desde que ambos funcionan en esferas distintas.

Queda en consecuencia resuelta la cuestión, por la cual, cuando la cosa perdida o robada, es empeñada en un Banco del Estado cuya finalidad es la beneficencia pública, el propietario puede ejercer el derecho reivindicatorio previo pago del préstamo y sus intereses.

JURISPRUDENCIA.

ROBO.

Encubrimiento. — El hecho de que la esposa del procesado comprase la mercadería a un vendedor ambulante, no existiendo más prueba en autos, no demuestra la culpabilidad del agente, y en consecuencia procede el pronunciamiento absolutorio que solicita la defensa. — Caso: Tagliarini Vicente encubrimiento de robo al F. C. C. A. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 421, y con fecha 7 de Febrero de 1925. — Nota marginal: La Excm. Cámara de Apelaciones, Sala del 1er. turno, con fecha 1º de Junio de 1932 confirmó esta sentencia que absuelve de culpa y cargo a V. Tagliarini.

Tentativa. — Si el agente fué sorprendido en el interior de un garage violentando con un destornillador un escritorio, y existen en autos pruebas de esa violencia, debe calificarse el delito como tentativa de robo y condenarse a dos años y ocho meses de prisión. — Caso: Della Cá Vicente, tentativa de robo. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 362, y con fecha 23 de Junio de 1932. — Nota marginal: III Sala, Septiembre 2 de 1932. En esta fecha la Excm. Cámara, modificó esta sentencia condenando a Vicente Della Cá a sufrir la pena de dos años de prisión.

Complicidad. — El hecho de actuar de campana a cierta distancia y recibir después su parte en lo sustraído, lo vincula al proceso en calidad de cómplice. Calificado el delito como robo con efracción, art. 167, inciso 3º, debe condenarse teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 46, a un año y seis meses de prisión en forma condicional. — Caso: Soler Pedro, complicidad de robo a Juan C. Bertelli. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 31, al folio 291, y con fecha 3 de Julio de 1931. — Nota marginal: En 10 de Julio de 1931, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Circunstancia calificativa. — El hecho de que los procesados confiesen haber escalado una pared, haber usado de llave ganzá, y por último haber violentado la banderola del comedor para penetrar por allí hasta el sitio donde se encontraban los objetos materia del delito, no puede calificarlo desde que ninguna de las circunstancias calificantes está demostrada en el sumario y la confesión por sí sola no califica el hecho confesado. Debe considerarse como hurto simple y condenarse a un año de prisión. — Caso: Rodríguez Julio y Garay Alfredo, robo a Víctor Amelibia. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 77, y con fecha 1º de Agosto de 1922. — Nota marginal: Cámara modificó sentencia a dos años de prisión, Octubre 20 de 1922.

Circunstancia calificativa. — No basta que el asalto se realice por varios individuos con armas; es necesario además que éste se haya verificado en lugar despoblado, y esta circunstancia calificante no está demostrada en el sumario; por tanto no puede sostener el Fiscal la calificación del art. 167, inciso 1º. Corresponde encuadrar el delito como robo simple, art. 164, y condenar al procesado a dos años de prisión en forma condicional, en virtud de sus antecedentes y la falta de perjuicio. — Caso: García Carlos, asalto y robo a Julio Elías. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 469, y con fecha Julio 12 de 1923. — Nota marginal: Declarada firme y ejecutoriada por la Excm. Cámara de Apelaciones, en fecha 14 de Septiembre de 1923.

Circunstancia calificativa. — A pesar del acta levantada de la inspección ocular donde consta que la cerradura ha sido violentada, no habiendo dictaminado un cerrajero como perito sobre la violencia y rotura de la misma, o el uso de otra llave o ganzúa para abrir la cerradura, no debe calificarse el robo; pero constando la violencia en las cosas en la referida acta, debe considerarse el hecho como robo, art. 164. Corresponde condenar a sus autores a la pena de tres, uno, y seis meses de prisión. — Caso: Sarco Antonio, Simón Rafael y Escobar Juan Andrés, robo a José Palacios. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 268, y con fecha 15 de Diciembre de 1925. — Nota marginal: El 26 de Mayo de 1926 la Excm. Cámara de Apelaciones, 3ª Sala, confirmó en todas su partes esta sentencia.

Circunstancia calificativa. — La confesión del acusado no puede comprobar una circunstancia calificante, ante la falta de una inspección ocular o prueba pericial, que justifique la violencia efectuada en las cosas para conseguir el apoderamiento; debe considerarse el delito como hurto simple, y condenar a su autor a un año de prisión. Corresponde así mismo llamar la atención al comisario instructor por la omisión de la prueba de la circunstancia calificante. — Caso: Núñez Ramón, robo a Luis Mancini e hijos. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 17, al folio 50, y con fecha 4 de Mayo de 1925. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 10 de Junio de 1925, modificó esta sentencia condenando a Núñez a la pena de un año y medio de prisión.

Robo. — Cuando el agente ha cortado un alambre que cerraba la puerta de la pieza, debe calificarse el delito como robo, art. 164 del C. Penal. Corresponde condenarlo a tres años de prisión. — Caso: Cuello Juan Silvio, hurto a Eugenio Ferrero. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 186, y con fecha 26 de Noviembre de 1924. — Nota marginal: Abril 17 de 1925, Cámara confirmó sentencia.

Robo. — No existe delito reiterado de robo, cuando de autos surge que todos los actos efectuados, forman parte de una sola intención criminoso. La resolución criminal de sustraer continuamente mercadería, da origen al delito de robo continuado; corresponde condenar a los procesados de acuerdo a lo dispuesto por el art. 164, a la pena de diez meses de prisión, en carácter condicional. — Caso: Colussi Luis, Alejandro Vicente y D'Hipolito Eusebio, robo a Rodrigo Pelayo del Otero. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 341, y con fecha 22 de Junio de 1925. — Nota marginal: Excm. Cámara, en Agosto 24 de 1928, confirmó la pena impuesta.

Robo. — El hecho de haber manifestado que hizo saltar un pasador de la puerta para perpetrar el apoderamiento, hace factible la calificación del delito como robo, art. 164; corresponde rechazar la acusación Fiscal como hurto simple, y teniendo en cuenta la violencia ejercida, condenarlo como autor de robo a dos años de prisión. — Caso: Sdrigotti Guerino, hurto a Enrique Tamagna. — Fallo del Juez Dr.

Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 16, y con fecha 2 de Febrero de 1926. — Nota marginal: Mayo 19 de 1926, Cámara confirmó sentencia.

Robo. — Si la efracción se ha perpetrado en un lugar donde no había cuidador, ni sereno, no corresponde la calificación del art. 167, inciso 3º, por no ser lugar habitado; debe considerarse el hecho como robo y condenarse a tres años y seis meses de prisión; y al encubridor a un año de prisión. — Caso: Lameales Pedro y Veron Pedro, robo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 298, y con fecha 2 de Diciembre de 1926. — Nota marginal: Abril 5 de 1927, Excm. Cámara confirmó respecto a Lameales y modificó pena de Verón que fijó en seis meses de prisión.

Robo. — El hecho de las lesiones justifican la violencia ejercida, estando además roto el gancho de la cadena robada, debe encuadrarse el delito en la disposición del art. 164, y condenarse al procesado a seis meses de prisión. — Caso: Veron Angel, robo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 150, y con fecha 28 de Diciembre de 1926. — Nota marginal: La Sala del 1er. turno de la Excm. Cámara reformó la condena por un año de prisión.

Robo. — La imputación de un co-procesado que sirvió de campana, el reconocimiento en rueda de presos, y la capacidad para delinquir demostrada por la condena anterior, son indicios suficientes para fundar una sentencia condenatoria. No corresponde declararlo reincidente dada la edad del procesado, pero debe imponérsele la pena de un año de prisión, art. 164, y como accesoria a la condena la internación del reo en el Reformatorio de Menores hasta los 21 años. — Caso: Flores Salvador, robo. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 28, al folio 1, y con fecha 26 de Julio de 1926. — Nota marginal: La Excm. Cámara de Apelaciones, 1ª Sala, con fecha 18 de Septiembre de 1926, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Robo. — Cuando al robo ha seguido el delito de violación, teniendo el ladrón contacto carnal con la víctima por medio

de la violencia, debe declararse nulo el proceso en cuanto al delito privado se refiere, desde el momento que no existe denuncia en el sumario sobre el mismo. Corresponde condenarlo por las alhajas robadas a dos años de prisión en forma condicional, art. 164 y 26 del C. Penal. — Caso: Rossi Humberto, robo a Purina D. de Mazaro. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 28, al folio 178, y con fecha 19 de Noviembre de 1926. — Nota marginal: Con fecha 30 de Noviembre de 1926, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Robo. — El hecho de arrebatar en la vía pública una cartera a una señora, implica el delito de robo, art. 164; y debe ser condenado a tres meses de prisión, teniendo en cuenta el móvil (la necesidad), el contenido de la cartera (dos pesos), y la falta de perjuicio. — Caso: Campos Jorge, hurto a Luisa Vieyra de Insaurralde. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 29, al folio 216, y con fecha 25 de Noviembre de 1927. — Nota marginal: El 22 de Diciembre de 1927 la Excm. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

Robo. — Si el agente violentó la puerta para poder perpetrar el apoderamiento, debe calificarse el hecho como robo, art. 164, y teniendo en cuenta la falta de antecedentes, la devolución de los objetos y el estado de ebriedad parcial en que se encontraba el procesado en el momento de ejecutar el hecho, corresponde condenarlo a un año de prisión en forma condicional. — Caso: García Menéndez Juan, robo en perjuicio de Andrés Cruz. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 30, al folio 531, y con fecha 26 de Agosto de 1930. — Nota marginal: Con fecha 19 de Diciembre de 1931, la Cámara de Apelaciones, Sala del 2º turno, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Robo. — El sujeto que rompe el cristal de un automóvil para apoderarse de un perramus que se encontraba en su interior, comete el delito de robo, art. 164; corresponde condenarlo a cuatro años de prisión. — Caso: Mazzini Luis Marcelino, robo en perjuicio de José M. Caffaro Rossi y otro. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzga-

do de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 31, al folio 21, y con fecha 1º de Diciembre de 1930. — Nota marginal: El 24 de Diciembre de 1930 la Excm. Cámara de Apelaciones, 3ª Sala, modificó esta sentencia imponiendo al procesado Mazzini la pena de dos años de prisión y costas.

Robo. — El hecho de haber secuestrado un talonario de quinientas para entregarlo a la policía, no justifica el robo perpetrado en ropas y dinero de la víctima; atento a las circunstancias del sumario corresponde condenarlo a un año de prisión en forma condicional, art. 164 y 26 del C. Penal. — Caso: Maslavesko José, robo a Juan Miguel. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 23, al folio 201, y con fecha 1º de Marzo de 1932. — Nota marginal: El 11 de Marzo de 1933 la Cámara en lo Criminal confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Robo. — El hecho de que la policía no detuvo al procesado después del suceso, no modifica la situación del mismo, ya que son los jueces los llamados a juzgar sobre la existencia de los hechos y la responsabilidad de sus autores. Estando a juicio del proveyente probada la agresión a mano armada, corresponde imponerle seis meses de prisión por este delito, art. 104. — No obstante la actitud de la policía, considera el juez que está así mismo probada la desobediencia a la autoridad al negarse el procesado a entregar el arma, y permanecer en detención como se lo ordenó el agente que intervino; por lo que debe ser condenado a seis meses de prisión por este delito, art. 239. — En cuanto al delito de robo, estando probada la fuerza física sobre la persona, debe considerarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 164. — La circunstancia de no estar probada la preexistencia de lo sustraído, en nada influye desde que hay un testigo que ha visto el dinero, y por otra parte basta la mera posibilidad de esa preexistencia como se ha resuelto por este tribunal en numerosos casos. — Corresponde imponerle por este delito seis años de prisión en virtud de ser reincidente. Por tanto le corresponde la pena única de siete años de prisión por los delitos cometidos, ordenando como accesorio la reclusión por tiempo indeterminado en un territorio del sur de la República. — Caso: Lagleisse Julio León, robo, agresión y desacato. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 94, y con fecha 29 de Abril de 1926. — Nota marginal: Julio 6 de 1926,

Excm. Cámara confirmó fallo, y modificó pena a cinco años de prisión, y revocó la accesoria de reclusión.

Robo y lesiones. — Si el agente lesionó levemente a la víctima en el desarrollo de los hechos, está demostrada la violencia física sobre la persona. El delito de lesiones leves queda absorbido por el de robo que es el de mayor gravedad, debe responder de acuerdo a lo dispuesto por el art. 164, y condenarlo en consecuencia a cuatro años de prisión. — Caso: Vélez Clemente, robo a Cándido Sonsoquí. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 88, y con fecha 5 de Octubre de 1928. — Nota marginal: Excm. Cámara, en 15 de Diciembre de 1928, confirmó la sentencia recurrida.

Asalto y robo. — La sola posibilidad de que la res-furtiva estuvo en poder del asaltado, basta para dar por probada la preexistencia de lo robado. El hecho de que la mujer concubina de uno de los asaltantes, lo llevara al menor a un lugar propicio donde le quitaron la cartera que contenía siete pesos, demuestra que ella ha estado en combinación con los autores. Corresponde calificar el delito como de robo simple, art. 164, y condenarlo a dos años de prisión. — Caso: Castillo Domingo y María Antonia Salvatierra, asalto y robo a Moisés Mirkin. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 16, al folio 373, y con fecha 22 de Noviembre de 1924. Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 23 de Marzo de 1925, confirmó esta sentencia.

Robo de ganado. — La sustracción de un ternero dentro de las dependencias de una casa de campo, con violencia en las cosas constituye el delito de robo. — El Juez de Instrucción calificó el delito como abigeato simple, art. 163, inc. 1º y la Cámara del Crimen, ante la circunstancia de haber cortado los alambres para sacar el animal, consideró el hecho como abigeato calificado, art. 167, inc. 4º. — La defensa planteó en el plenario la cuestión de que un animal no constituye ganado y que el hecho debía encuadrarse como hurto simple ya que la violencia calificativa no estaba demostrada ante la declaración de los testigos de actuación que no presenciaron la reconstrucción, ni la inspección ocular. El juzgado acepta la tesis de la defensa, condena al autor principal del hurto a dos años de prisión teniendo en cuenta el proceso acumulado por el hurto de unos canarios; al encu-

brido del hurto principal y coautor en el hurto de los canarios, a un año y medio de prisión; absolviendo al comprador del ternero sustraído y al chauffeur que los encontró en el camino y los condujo a la ciudad. — La Cámara, reafirmando su reciente jurisprudencia, sostiene que el hurto de un animal cuando ha sido sacado del campo constituye el delito de abigeato, y que como en el presente caso el ternero fué sustraído de una dependencia de la casa, no lo constituye. En cuanto a la circunstancia calificativa considera que los testigos de actuación no pueden contradecir el acta firmada por lo que califica el hecho como robo reformando la sentencia. — Caso: Vázquez Sabas, Ayala Malberto, Alonso Enrique, Chavero Joaquín, hurto a Francisco Facendini y otro. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 501, y con fecha 25 de Agosto de 1933. — Nota marginal: La Cámara de Apelaciones con fecha 30 de Diciembre de 1933, resuelve: 1º Modificar la condena impuesta a Sabas Vázquez, al que se condena a tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor de los delitos que reprimen los artículos 162 y 164 combinados con el 55 del Código Penal. 2º Modificar la calificación del hecho de Malberto Ayala, condenándolo como cómplice de robo a Facendini y coautor del hurto de aves (art. 164, 162, y 55 del C. Penal), a un año y medio de prisión y costas. 3º Revocar esta sentencia en cuanto absuelve a Joaquín Chavero a quien se condena como autor de encubrimiento (art. 277, inc. 3ª, y 26 del C. Penal), a un año de prisión en forma condicional y costas. 4º Confirmar la sentencia en cuanto absuelve a Enrique Alonso, con costas al acusador. 5º Confirmar la indemnización de doscientos pesos fijados, la que a los fines solidarios se hace extensiva a Chavero.

Robo simple. — Si dos representantes de la autoridad simulando un procedimiento, se hacen entregar el dinero que llevaban los detenidos con el objeto de apropiárselo, cometen el delito de robo simple (art. 164 del Cód. Penal); corresponde confirmar la sentencia que los condena a dos años de prisión. — El carácter de funcionarios policiales que invisten los procesados, es un antecedente para no disminuir la pena impuesta; así mismo debe revocarse el beneficio concedido de la condena condicional en favor de uno de ellos. — Caso: Ríos Heraclio y Camelino Manuel, robo a Luis Symba y otros. — Fallo de la Cámara del Crimen del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 6 y con fecha 17 de Febrero de 1933.

Robo simple, prueba. — El testimonio del co-procesado que no lo hace por espíritu de venganza, ni en descargo de su responsabilidad, debe tenerse como hábil. La imputación de la víctima y el reconocimiento, cuando ésta no asume el rol del querellante, constituye también un elemento probatorio. Tales pruebas demuestran la responsabilidad del prevenido, por tanto corresponde confirmar la sentencia condenatoria que impone dos años de prisión por el delito de robo. — Caso: Rodríguez José M., robo a Rosario Besone. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 529 y con fecha 23 de Septiembre de 1933.

Robo. — El hecho de romper el vidrio de una claraboya para penetrar en el interior de una habitación y abrir la puerta a fin de sacar la mercadería sustraída, implica el delito de robo, art. 164 del C. Penal. No habiendo apelado el Fiscal, ni el acusador particular del pronunciamiento que este Tribunal considera benigno, no corresponde agravar la sentencia que lo condena a cuatro años de prisión. — Caso: Ceballos Serapio, Gafuri Fermín y otros, robo y encubrimiento a José Sanan. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 137 y con fecha 18 de Agosto de 1934. — Nota: habiendo fractura de vidrio debió calificarse el robo.

Robo. — No basta la simple confesión del escalamiento para calificar el robo, y estando solo demostrado en autos por la inspección ocular la violencia efectuada para arrancar los caños de aguas corrientes de los muros de la propiedad, debe calificarse el delito como robo simple. Corresponde modificar la sentencia impuesta por robo calificado y condenar a los procesados a un año y medio; y a dos años de prisión por el delito que sanciona el art. 164 del C. Penal. — Caso: Tucú Blas Antonio y otro, robo a Antonio Soler y otro. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 156 y con fecha 23 de Agosto de 1934.

Robo. — El solo hecho de encontrar la res furtiva en poder de un tercero no es suficiente causa para considerarlo como encubridor. — Atento los antecedentes del procesado que goza de muy buen concepto ante el vecindario y la autoridad, y siendo por otra parte aceptable y verosímil las razones dadas por la compra de la cosa hurtada, la cual no había sido pagada por cuanto fué recién llevada por el

vendedor y el dinero lo tenía en una casa de comercio del pueblo, debe aceptarse tal indagatoria y corresponde revocar la sentencia que lo condena como encubridor dictando un pronunciamiento absolutorio. — Caso: Tomich Nicolás y Gabriel Lucas, robo a Vaschetto Hnos. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 318 y con fecha 5 de Octubre de 1934.

Robo. — El hecho de sustraer un cerdo cortando para tal fin los alambres del chiquero implica el delito de robo simple y deben sus autores ser condenados a dos meses de prisión, por lo que corresponde confirmar la sentencia apelada por esta causa. — En el hecho de tentativa de hurto calificado y lesiones gravísimas producidas por el disparo de una escopeta al ser descubierto por el cuidador del establecimiento, debe responder por ambos delitos el autor del disparo. — Corresponde elevar la condena a cuatro años y dos meses de prisión. Al co-procesado se le puede imputar solo el delito de tentativa de hurto simple y no calificado como sostiene la sentencia, en virtud de que el cordero se encontraba encerrado en un corral y no abandonado en el campo. — Corresponde reformar la sentencia en este sentido y modificar la pena que se reduce de seis a tres meses de prisión. — Caso: Ledesma Anacleto y otros, robo a Alberto Domingo Fortuna. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 408 y con fecha 2 de Noviembre de 1934.

ROBO Y HOMICIDIO

Artículo 165.

Se impondrá reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio.

* * *

Hemos hablado anteriormente de las condiciones fundamentales que constituyen el delito de robo; ahora estudiaremos los agravantes del mismo, que el legislador los considera bajo tres aspectos: del homicidio, de las lesiones y de la banda.

Al referirse la ley al homicidio cometido con motivo u ocasión de un robo, se refiere únicamente al homicidio simple agravado si se quiere por la situación en que se ha cometido. Pues el cometido con el propósito de preparar, de facilitar u ocultar el robo, ése escapa a la prescripción del artículo y está regido expresamente por el artículo 80 inciso 3º del Código Penal.

La diferencia es fundamental en ambos casos. Donde ha habido premeditación, donde se ha tenido en cuenta la supresión de una vida como medio de ejecutar un plan, no se puede hablar de homicidio simple; el delito entonces debe calificarse y la sanción que le corresponde es la más grave de nuestro Código.

Este fué también el concepto vertido en el informe suscrito por los Drs. Piñero, Rivarola y Matienzo, en el Proyecto de 1891 ⁽¹⁾ cuando dice: "El caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin duda alguna, el del número primero: si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al caso de que el homicidio fuere un resultado accidental del robo;

(1) Proyecto citado, edición oficial, pág. 185.

no al caso en que el homicidio fuese un medio de consumir el robo; o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haberse obtenido el resultado propuesto, pues, para estos casos la disposición clara y terminante que introducimos en el número 4º del artículo 11, removiendo así toda duda que pudiera suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la disposición a un caso accidental, es en justicia necesario despojar a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole toda la extensión requerida para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión ”.

Esta es la interpretación más auténtica del artículo y debemos tenerla en cuenta para la aplicación de la sanción legal. El homicidio debe ser una consecuencia accidental del robo, de lo contrario como dijimos anteriormente, es otra la disposición que debe aplicarse.

La presente disposición fué tomada del Proyecto de 1906, en donde figuraba con la pena de diez a veinticinco años de presidio que era también la sanción penal del homicidio simple. Nuestro legislador si mantuvo la sanción del proyecto para el homicidio accidental en el robo, en cambio disminuyó el mínimum del homicidio simple el que redujo a ocho años de prisión o reclusión.

En nuestro Código vigente, entre el homicidio simple y el robo con homicidio, existe la diferencia del mínimum en la sanción penal. Diferencia que además de ser lógica porque identifica dos situaciones legales distintas, constituye la razón de la subsistencia de la disposición que estudiamos. Ya que de lo contrario, estando ambos delitos reprimidos con la misma pena, el robo con homicidio no tendría razón de ser y debería juzgarse por la disposición del homicidio simple.



JUAN F. GONZALEZ

ROBO CON LESIONES Y EN BANDA

Artículo 166.

Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:
1º Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91; — 2º Si el robo se cometiere en despoblado y en banda.

* * *

Dos casos completamente distintos preve el artículo de referencia: el robo con lesiones y el robo en banda, que trataremos por su orden.

El robo con lesiones. — En el primer inciso del artículo dice la ley: Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91. Dada la redacción del inciso, cabría una mala interpretación del mismo.

La ley se refiere a las violencias ejercidas para realizar el robo; parecería que hablase en presente; pero el requisito de violencia ha sido expresamente tratado al comentar el artículo 164. De modo que, si las lesiones inferidas lo han sido por violencias ejercidas antes, en el momento, o después de cometer el robo, cabe la aplicación del artículo.

No es posible sostener ante la disposición expresa del artículo 164, donde el legislador acepta que la violencia física como medio de ejecución del delito, puede ser ejercida antes, concomitante o después del hecho, que en el presente caso se haya referido para la violencia ejercida para consumar el robo. No es posible sostenerlo, porque aceptar este temperamento sería echar por tierra la doctrina del Código al fundamentar los elementos constitutivos del delito de robo.

El vocablo "realizar" en el presente artículo no tiene otro significado y alcance, que el referirse únicamente al

resultado de las violencias ejercidas sobre la víctima, sin tener en cuenta el factor tiempo, el cual debe regirse por la disposición del artículo 164 que estudia los requisitos fundamentales que configuran el robo.

La disposición del artículo fué tomada del Proyecto de 1906, que establecía: "Si por las violencias ejercidas para consumar el robo, se pusiere en peligro de muerte a una persona o se alterare permanentemente la salud". Dicha disposición fué reformada por la segunda Comisión de la Cámara de Senadores, a indicación del Dr. Octavio González Roura, quien sostenía con razón que existía una falla de la ley, desde que el inciso sólo preveía el peligro de muerte y la alteración permanente de la salud.

Al estudiar el delito de lesiones, hemos expuesto separadamente los distintos casos que sirven para agravar la responsabilidad del agente, y no había un razón atendible para que no figuraran también en el robo. Es por eso que la reforma ha puesto en claro un vacío de la ley.

Cualquiera que sea la lesión inferida, basta que ella encuadre en la disposición de los artículos 90 y 91 del Código, para que funcione la norma jurídica sancionada por el inciso del artículo cuya disposición es más severa que las previstas en el delito de lesiones.

Así también lo expresa la Comisión del Senado en su informe, cuando dice: "Art. 166. Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: 1º Si por las violencias ejercidas para consumar el robo se pusiere en peligro de muerte o se alterase permanentemente su salud. El artículo 90 impone la pena de reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión causada produjere una debilitación permanente de la salud o se hubiese puesto en peligro la vida del ofendido. Estos dos casos son los que únicamente prevé el artículo 166, inciso 1º, y como no se puede aplicar penas por analogía, resultaría que los demás casos de lesiones que enumerara el artículo 90 y aun los más graves del artículo 166, sin que haya motivo alguno para ello. En esta situación legal, no habría una pena especial, para el robo consumado con las violencias que han dado por resultado las lesiones de los artículos 90 y 91,

no comprendido en el inciso 1º del artículo 166; y habría, entonces, que aplicar solamente la pena de los artículos 90 y 91, no obstante haberse cometido las lesiones para consumir el robo. Para evitar esa falta de lógica, que importa una injusticia, habría que seguir lo que aconseja el Dr. González Roura, redactando el inciso 1º del artículo 166, en la siguiente forma: 1º Si por violencia ejercida para realizar el robo se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91". (Edición oficial del Código, págs. 565 y 566).

Tal es el alcance del inciso 1º.

* * *

Del robo en banda. — En el inciso segundo habla la ley del robo que se perpetrare en despoblado y en banda.

Son dos las condiciones que deben coexistir unidas para configurar el agravante.

El concepto de banda lo tenemos al estudiar el artículo 210 del Código Penal donde nos enseña: Que debemos aceptar como tal a cualquier sociedad ilícita de tres o más miembros, destinada a cometer delitos.

Quedaría en consecuencia excluido el complot del agravante que estudiamos? Rodolfo Moreno y González Roura, piensan que sí. Si nos ajustamos a los términos expresos de la ley, llegaríamos a la misma conclusión; pero si interpretamos el espíritu del precepto, otra sería la solución.

Indiscutiblemente como afirma González Roura, entre la banda y el complot existe una diferencia apreciable de peligrosidad; porque no es lo mismo constituir una sociedad con el objeto de cometer delitos indeterminados, que ponerse de acuerdo de antemano a los efectos de desarrollar un plan con el objeto de cometer un delito.

En ambas asociaciones existe el plan, el acuerdo previo, diferenciándose tan solo en su finalidad; pues mientras una se constituye solo para delinquir en una forma determinada, la otra no tiene límites y sus miembros aspiran hacer una profesión lucrativa del delito.

Pero si aceptamos la diferencia enorme de peligro-

sidad entre ambas asociaciones, señalamos con el mismo criterio la diferencia entre un vulgar robo donde la víctima tiene hasta si se quiere la posibilidad de la defensa, con el desarrollo de un plan determinado en un acuerdo previo, donde la superioridad estratégica y numérica de los delinquentes hacen menos que imposible la defensa.

La disposición legal que estudiamos no representa una novedad para nuestra ley. Ella figuraba en el primitivo Proyecto del Dr. Tejedor, y existía también como precepto legal de represión en el Código de 1886, artículo 187, inciso 3º: Si el robo se comete en despoblado y en banda o complot.

La dificultad ha surgido por la siguiente razón. Sea por un error doctrinario, sea por un error de concepto, el hecho es que, para aquellos legisladores, no había una distinción fundamental entre banda y complot, de modo que, la posterior supresión del término complot por creerlo innecesario es lo que ha traído toda la dificultad en la cuestión planteada.

En efecto: La disposición que estudiamos ha sido tomada de acuerdo a los Proyectos de 1891 y 1906, según lo afirma la Comisión de la Cámara de Diputados cuando dice ⁽¹⁾: "La comisión ha aceptado el criterio general sobre robo contenido en el art. 164, suprimiendo la palabra "intimidación" y exigiendo que la violencia sea física, porque esto es lo que caracteriza el robo. Ha aceptado, de acuerdo a los principios generales, el criterio de la pena alternativa, colocando "reclusión o prisión" en reemplazo de presidio. Conserva las demás disposiciones del título, explicadas en las exposiciones de motivos de los proyectos de 1891 y de 1906".

Y bien, la misma Comisión nos remite al Proyecto de 1891 como fuente originaria del artículo; veamos en consecuencia lo que dice dicho informe al respecto ⁽²⁾: "En el inciso 3º suprimimos los términos complot, desde que en la parte general no hallamos méritos para la distinción entre la banda y el complot. En cuanto a la penalidad,

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 196.

(2) Proyecto de 1891, edición oficial, págs. 184 a 185.

si bien por lo general proyectamos algún aumento con relación a las penas que establece el Código vigente, en este caso bajamos a la pena de tres a quince años de penitenciaría la de presidio por tiempo indeterminado o por diez a quince años que establece el art. 187 del Código Penal”.

He aquí claramente explicada la razón de la supresión del término complot. No se puede argumentar que fué con el objeto de que desapareciera como agravante, sino que se debe únicamente a un error doctrinario, a un falso concepto si se quiere del legislador que entendía, que no había distinción entre banda y complot.

Es éste el verdadero espíritu de la ley. En ningún momento se pensó suprimir el complot como agravante del robo; la supresión del término del texto legal como lo indica la propia comisión en el informe, lo fué en la creencia de que el complot entraba dentro del concepto de la banda.

La solución que sostenemos es la más lógica, la que mejor armoniza con el espíritu del precepto.

En efecto: Si el complot, si el acuerdo previo, sirve para calificar el homicidio y elevarlo a la categoría de uno de los delitos más severamente reprimidos por nuestra ley, ¿qué razón puede invocarse para que no se haga otro tanto para el robo? Ninguna, solo la supresión del término del texto del inciso y ya sabemos el porqué de esa supresión.

Creemos en consecuencia que la jurisprudencia no debe considerar en el mismo grado, el simple robo y al que se desarrolla con un acuerdo previo y siguiendo un plan tramado de antemano.

Admitir el complot como un agravante del robo, no lo consideramos un error jurídico, sino que es interpretar mejor el verdadero espíritu de la ley, ya que como queda demostrado nunca fué la inteligencia de ésta suprimirlo como tal.

JURISPRUDENCIA.**ROBO Y LESIONES.**

Lesiones con motivo del robo. — La declaración de la víctima que no se ha presentado en la causa asumiendo el rol del querellante, debe considerarse un testimonio hábil. — Ante el proceder del procesado que indicó dónde se encontraba enterrado el dinero producto del robo, debe rechazarse su indagatoria donde niega ser el autor del hecho cometido. — Siendo las lesiones inferidas de carácter grave, corresponde calificar el robo, art. 166, inciso 1º, e imponer la pena de siete años de prisión. — Caso: Mangone Leonardo, robo y lesiones a Alejandro o Luciano Seminara. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 104, y con fecha 31 de Octubre de 1922. — Nota marginal: En Abril 27 de 1923, la 3ª Sala modificó la sentencia por la de diez años de prisión. — Terminará el 7 de Febrero de 1932.

Homicidio con motivo del robo. — Si el agente con el propósito de asaltar, al intimidar con el arma a su víctima comete un homicidio, debe ser condenado como autor de homicidio simple de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 79 del Código Penal, a diez y ocho años de prisión. Tesis que no aceptó la Cámara del Crimen, la cual calificó el hecho en el artículo 165 y moderó la condena. — Caso: Salinas Ramón, homicidio de Carlos Frías. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 35, al folio 234 y con fecha 20 de Noviembre de 1933. — Nota marginal: La Cámara de Apelaciones en lo Criminal, con fecha 24 de Abril de 1934, modificó esta sentencia y condena a Ramón Salinas por el delito que reprime el artículo 165 del Código Penal, a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas.

Robo y lesiones. — Si el agente es sorprendido dentro de una casa y ataca y lesiona al dueño de la misma, debe calificarse el robo. Si anteriormente ha cometido un hurto y en la casa comete además el delito de lesiones leves, debe responder criminalmente por los actos delictuosos cometidos, y de

acuerdo al sistema de los artículos 54 para uno de los hechos y 55 para otros, corresponde condenarlo por los delitos de robo calificado, art. 167, inc. 4º, robo y lesiones, art. 166, inc. 1º, lesiones simples, art. 89 y hurto, art. 162 del Cód. Penal, a la pena de doce años y nueve meses de prisión y a la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado a uno de los territorios del Sud de la República. Se fija la indemnización a la víctima Rosendo Alfonso en la suma de tres mil pesos. — Caso: Luis Castillo, lesiones y robo a Rosendo Alfonso. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 1, al folio 189 y con fecha 28 de Abril de 1933.

Robo y lesiones. — Habiendo confesado el delito de hurto y estando probado además la tentativa de robo con lesiones, por la imputación de los co-procesados y el reconocimiento de la víctima, corresponde teniendo en cuenta los antecedentes del procesado confirmar la sentencia condenatoria que le impone la pena de seis años de prisión por el delito de hurto y tentativa de robo con lesiones. — Caso: Julio Alsina, Adolfo Sevillan y otros, lesiones y robo a Alberto Gübler. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 3, al folio 56 y con fecha 21 de Julio de 1934.

Robo y homicidio. — No basta que el procesado manifieste que el móvil fué el robo, para calificar el homicidio en el artículo 165 del C. Penal. El hecho del homicidio debe resultar de una circunstancia imprevista del delito fin que es el robo; pero cuando de las constancias de autos se infiere que el delito de homicidio entró en la previsión del agente para cometer el robo, la calificación debe ser la del artículo 80 inciso 3º del C. Penal. — Corresponde modificar la sentencia que lo condenaba como autor de robo con homicidio y condenarlo a prisión perpetua por el delito de homicidio calificado. — Caso: Britos Felipe Melitón, homicidio de Vicente G. Montoya. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 2, al folio 582 y con fecha 12 de Junio de 1934.

Tentativa de robo con homicidio. — El cómplice que sirvió de campana y disparó su revólver al aire, debe responder por el homicidio cometido por sus co-partícipes. El argumento que solo quiso participar del robo, no obstante llevar armas, no lo exime de la responsabilidad, porque en los términos que está redactado el artículo 165, se deduce que para contraer

la responsabilidad que en el mismo se señala, no necesita la intención de matar, sino que basta que la muerte resulte con motivo u ocasión del robo. No constituye el hecho un concurso ni real, ni ideal, de delitos, porque la ley hace una completa abstracción de la calificación separada que hubieran podido darse a ambos hechos y los ha reunido, creando y constituyendo un delito especial complejo que hace de las dos infracciones una sola indivisible por estar ligadas entre sí por la cláusula de "con motivo o con ocasión del robo". Corresponde confirmar la sentencia que le impone la pena de quince años de prisión por el delito de tentativa de robo con homicidio. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 4 P., al folio 107, y con fecha 4 de Mayo de 1935.

EL ROBO CALIFICADO

Artículo 167.

Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

1° Si se cometiere el robo en despoblado y con armas;

2° Si se cometiere en lugares poblados y en banda;

3° Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

4° Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 163.

* * *

Anteriormente nos habíamos ocupado de los agravantes del robo con relación a la integridad del sujeto del derecho, vale decir, con relación a la fuerza física ejercida sobre la víctima que puede dar lugar al homicidio y las lesiones; ahora estudiaremos los agravantes con relación a la forma de proceder y con relación a la violencia material empleada en las cosas.

Los incisos del artículo se refieren al robo con armas, al robo en banda, y al robo con efracción, que estudiaremos por separado.

* * *

Robo con armas. — Ya al tratar del delito de agresión tuvimos la oportunidad de establecer qué es lo que entendíamos por arma, y coincidíamos con el Dr. Irureta Goyena, en clasificar como tal, a cualquier adminículo apto para ofender o dañar; porque así era también el concepto del legislador.

En este sentido no solamente las armas blancas o las de fuego se consideran tales, sino que cualquier herramienta o instrumento podría también entrar en esa categoría;

basta que reuniese la calidad de ser apta para ofender. En este sentido un hacha, un palo, una piedra, un bastón, cuando se usan para el ataque entran en la categoría de armas.

Definido el concepto, veamos el alcance de la disposición. La ley dice, si se cometiere el robo en despoblado y con armas.

¿Qué alcance tiene dicha disposición? ¿La sola portación de armas caracteriza el agravante, o es necesario que éstas jueguen algún rol en el desarrollo de los hechos?

Entendemos que para nuestra legislación basta con la sola portación de armas para agravar el delito, cuando se puede establecer que éstas han sido llevadas con el propósito de delinquir.

En el campo de la doctrina, existen varios sistemas para resolver la cuestión planteada. Mientras la legislación francesa, como la española, aceptaban el sistema de la intimidación presunta que caracteriza la portación de armas, aunque se lleven ocultas, la legislación italiana y la belga exigen que las armas se lleven a la vista, es decir, adoptan el sistema de la intimidación tácita.

La disposición de nuestro artículo tiene su origen en el Proyecto de 1891, el cual a su vez señala como concordancia de la disposición los preceptos correspondientes de los Códigos Español, Belga y Alemán. Pero si confrontamos estas disposiciones nos encontramos que, mientras la legislación española solo exige la simple portación de armas, como lo establece el Supremo Tribunal en su uniforme jurisprudencia, la legislación belga establece el agravante "cuando se ha usado o mostrado armas", y la legislación alemana cuando "el autor o uno de sus cómplices lleve armas".

En nuestro concepto debemos aceptar el sistema del Código español y alemán, porque la sola portación de armas debe agravar el robo, cuando se establezcan que han sido llevadas con el propósito de delinquir.

El delincuente que se arma para consumar el delito, demuestra una mayor peligrosidad, que no queda disminuida por el simple hecho de que en el terreno del suceso no haya habido necesidad de emplearla.

Si bien Carrara critica el sistema de la intimidación presunta, porque como dice Crivellari al comentar al artículo 408 del Código italiano, las armas deben exhibirse porque solo así se verifica la intimidación que agrava el delito, esta crítica no alcanza a nuestro sistema legislativo.

No existiendo para nuestra ley la coacción moral de la intimidación como elemento del robo, desde que éste solo se caracteriza por la violencia física únicamente, en nada puede influir la exhibición de las armas.

Por eso dijimos que el agravante para nuestra ley lo constituye la sola portación de armas, aunque éstas no hayan jugado ningún rol en el desarrollo de los hechos.

Ahora bien, dado el concepto tan amplio y general que tiene para el legislador el término arma, resulta que muchas veces el agente puede llevar alguna de su uso personal, como un cortaplumas, una herramienta, un bastón; y en este sentido si no ha jugado ningún rol en el desarrollo de los hechos, no debemos considerarla como un agravante del delito.

Una interpretación absoluta, nos llevaría en la práctica a cometer grandes errores; porque lo que caracteriza el agravante no es el arma en sí, sino el propósito del agente de llevarla expresamente para delinquir.

Pero tratándose de armas peligrosas, de un poder máximo de destrucción, y que nos haga presumir que han podido entrar en la mente del delincuente para llevar a cabo el desarrollo de los hechos, la sola portación de las mismas debe caracterizar el agravante.

* * *

Robo en poblado y en banda. — Al estudiar el artículo anterior, definimos lo que debíamos entender por banda o sociedad criminal, que de acuerdo a la disposición del artículo 210 del Código era la que se constituía con el objeto de cometer delitos indeterminados.

En esa oportunidad hablamos del robo en despoblado y en banda; ahora la ley considera el mismo hecho de la banda, cuando se desarrolla en un lugar poblado.

La diferencia de penalidad consiste en la circunstancia en que se realiza el delito: mientras en una el riesgo es inminente porque no hay ni siquiera la probabilidad de una defensa, en la otra el riesgo corrido es menor ya que el requisito de la población dificulta el desarrollo de los hechos.

Damos aquí por reproducido lo que sostuvimos anteriormente.

La disposición legal que estudiamos es de estricta aplicación a esos asaltos a mano armada cometidos por verdaderas asociaciones de criminales, que con el nombre vulgar de pistoleros, han venido a constituir una delincuencia temible, propia de nuestras grandes ciudades.

* * *

Robo con perforación o fractura. — De todos los agravantes que hemos mencionado, es sin duda alguna el de la efracción, el que mayores dificultades ofrece, desde que la ley cambió en este sentido de doctrina y jurisprudencia.

Efracción o fractura nos dice Escriche ⁽¹⁾ en su Diccionario de Legislación y Jurisprudencia: "En lo criminal se llama así el acto de romper, quebrantar, o forzar puerta, ventana, reja, pared, techo o suelo, cofre, papelera, escritorio, arca, cómoda, maleta, candado, cerraja u otros cualesquiera utensilios o instrumentos que sirven para cerrar o impedir el paso, o para tener guardada alguna cosa. Las fracturas son exteriores o interiores. Son fracturas exteriores aquéllas por cuyo medio puede uno introducirse en una casa o habitación o en cualquiera otro edificio; y fracturas interiores son aquéllas que después de la introducción en la casa o habitación o en otro edificio, se hace en las puertas de los cuartos o aposentos, en los armarios, cofres u otros muebles cerrados. La entrada de una casa, edificio o jardín por encima del tejado, de la puerta o de la pared, y aun por una ventana que se hubiese dejado abierta, se llama propiamente escalamiento; y se considera de la misma gravedad que el escalamiento, la introducción por aberturas o conductos subterráneos, o por debajo de las puertas o paredes".

(1) Obra citada, tomo 2º, pág. 1099.

Esto sentado, siempre que se corte, rompa, demuela, perfore, fuerce, y en general siempre que se destruya el medio defensivo de una cosa, surge el delito de robo con el agravante característico de la efracción ⁽¹⁾.

El concepto claro de la efracción es el de la violencia o fuerza, que vence la seguridad de la cosa impuesta por el dueño destrozándola. De modo que si el delincuente se vale de cualquier medio que no cause destrozo alguno, como de llave ganzúa, o franquea una ventana destornillando las bisagras exteriores, dicho acto no importaría el agravante de efracción.

El Código de Tejedor al hablar de la efracción decía ⁽²⁾: "Fractura. - La efracción de un objeto cualquiera no constituye delito, cuando no es un medio de cometer un robo, solo ha lugar en este caso a la acción civil de daños y perjuicios. Pero si la efracción se complica como medio de perpetración del robo, se considera como circunstancia accesoria de él, y en ciertos casos, como circunstancia agravante... La efracción es un acto de fuerza, de rompimiento: supone pues que lo que estaba cerrado se abre por medios violentos, y que no son los que se empleaban habitualmente para abrir. El segundo carácter de la efrac-

(1) "Ejecutado con rompimiento de pared, techo o pavimento o con fractura de puertas o ventanas. Esto es lo que determina la circunstancia 22, clara, en cuanto cabe, en su expresión o en su sentido, son muy pocas las dificultades que su inteligencia puede ofrecer.

"Ya se sabe lo que es el rompimiento de una pared, un techo o pavimento; lo mismo se sabe lo que es y lo que significa la fractura de puertas y ventanas. Cuando se comete el delito valiéndose de estos medios entonces es apreciable el agravante que nos ocupa.

"Y no hay que fijar la consideración en si el rompimiento o la fractura es de cosas interiores o exteriores. El precepto de la ley nada determina acerca del particular. Siendo absoluto, en absoluto debemos apreciarlo nosotros, y ya se rompa una pared, o tabique interior o exterior, ya se fracturen puertas o ventanas, que dan entrada al edificio, o que sean interiores, siempre da lugar a la apreciación del agravante. Donde la ley no distingue no podemos distinguir. Basta pues, con que se haya cometido rompimiento o fractura para la ejecución del delito, para que el agravante exista y sea apreciable". — Groizard, Derecho Penal, tomo I, pág. 530.

(2) Proyecto citado, tomo II, pág. 395.

ción es que el instrumento roto o fracturado estuviese destinado a cerrar o a impedir un pasaje. (Chaveau Adolphe, t. 5, pág. 199 y sig. ”.

Debemos tener presente que no se necesita la fractura total de la puerta o la ventana para llegar a calificar el robo. En mi entender basta el simple forzamiento, pero es necesario que éste deje las huellas materiales de la violencia ejercida; porque la violencia destructora, aquélla que llega hasta el simple deterioro de la cosa, es la que debe calificarlo estableciendo así doctrinariamente un elemento diferencial entre ambas violencias, elemento que no puede ser otro que la intensidad de la misma.

Por tanto, basta que en la puerta o ventana, existan las huellas de la palanca que ha servido para violentarla, para que el robo deba calificarse como cometido con efracción.

La violencia innecesaria, que no ataca un medio defensivo de la cosa, no caracteriza el agravante.

Ahora bien, pueden presentarse serias dificultades al interpretar el alcance del precepto legal:

1º ¿Está comprendido en el mismo la rotura de techo o piso?

2º Las violencias pueden ejercerse a las seguridades externas o internas; ¿a cuáles de ellas se refiere la ley?

3º La violencia puede ejercerse antes o después del apoderamiento; ¿cuál es la que califica el delito?

4º ¿Qué debemos entender por lugar habitado?

Preguntas son estas que merecen una respuesta a fin de fijar el alcance verdadero de la disposición legal.

* * *

Rompimiento de piso o techo. — En el Proyecto del Dr. Tejedor, seguido posteriormente por el Código derogado, no se hacía mención del techo o piso, pero se establecía como agravante el hecho de penetrar por conducto subterráneo. En dichas legislaciones se podría plantear el problema de que, no estando incluido por la ley la perforación de techo o piso, no debía agravar la responsabilidad del delito.

Esta cuestión que podía plantearse dada la forma co-

mo se encontraba antiguamente legislado el robo, hoy desaparece ante la doctrina adoptada por nuestra ley. Si la violencia es el requisito esencial del delito, no se puede sostener que para perforar un techo o abrir un subterráneo, no se emplee la fuerza destructora que caracteriza esa violencia.

Idéntica peligrosidad demuestra el que perfora un muro para penetrar a una pieza, que el que lo hace por el techo o el piso. Por otra parte, aclarada como está la cuestión de las seguridades externas o internas, la dificultad desaparece para nuestra ley, desde que el techo o piso siempre constituye una seguridad interna, que destruida por la violencia tiene forzosamente que dar lugar al agravante.

Esta es también la tesis del artículo 404, inciso 4º del Código italiano, fuente originaria del nuestro.

* * *

Seguridades externas e internas. — Respecto a las seguridades externas e internas, la política de nuestro Código ha cambiado fundamentalmente, originando como consecuencia la rectificación de nuestra antigua jurisprudencia.

Bien sabemos que bajo el imperio del Código derogado, la disposición del artículo 190, que fué tomado a su vez del Proyecto del Dr. Tejedor, establecía en su inciso 1º: Cuando el robo se perpetrare con escalamiento o perforación de cerco o pared, o introduciéndose por conducto subterráneo o por vía que no está destinada a servir de entrada al edificio.

De acuerdo a la última parte del inciso se planteó la cuestión de las seguridades internas y externas, orientándose la antigua jurisprudencia en el sentido que preveía solo las seguridades externas, rechazando en consecuencia como agravante las efracciones internas. La jurisprudencia no podía por otra parte separarse del texto del precepto legal.

La ley de Reformas al Código de 1886, inspirándose en el Proyecto de 1891, modificó suprimiendo las palabras de "penetrar en el edificio" por las de: "un lugar

habitado", cambiando así el significado y concepto de la ley.

Este cambio de doctrina inspirado en el Proyecto de 1891, y seguido por el Proyecto de 1906 y el Código vigente, trajo como lógica consecuencia, la rectificación de nuestra jurisprudencia de acuerdo a las nuevas orientaciones del derecho penal al que más que el aspecto objetivo de la infracción, le interesa el subjetivo de la temibilidad o peligrosidad del delincuente.

En este sentido mayor peligrosidad representa el sujeto que viola las seguridades internas que las externas, ya que mayor audacia se necesita para violentar una puerta de un dormitorio con el propósito de robar en el interior del mismo donde se encuentra el dueño, que violentar una puerta exterior para penetrar en el edificio.

La interpretación del artículo 404 del Código italiano, fuente originaria y modelo de nuestra reforma, da el verdadero alcance del propio precepto legal, desde que tampoco quedan en aquella legislación excluidas las seguridades internas.

El Dr. González Roura ⁽¹⁾, nos manifiesta que: "Esa jurisprudencia establecida bajo el imperio del Código derogado y con arreglo al texto del artículo 190, ha sido abandonada por la Cámara Criminal de la Capital Federal, en conformidad con la reforma (ley 4189). Se han declarado casos de efracción los siguientes: fractura de puerta de habitación de conventillo o casa de hospedaje, de acceso a patio o lugar de uso común, de puerta dentro de verja o muros que fueron escalados; de puerta cancela o departamento habiéndose abierto la exterior con llave ganzúa, de piso de habitación interior para pasar a la de abajo, etc. ".

La nueva ley no hace distingos entre seguridades internas o externas, y cualquiera que sea la efracción bajo el imperio de nuestro Código vigente debe en consecuencia calificar el robo.

* * *

(1) Derecho Penal, tomo III, pág. 192.

Efracción anterior o posterior. — Es ésta otra de las dificultades que pueden suscitarse en la práctica.

Si bien es cierto que el artículo 404 del Código Italiano, fuente originaria del nuestro, establece que la violencia puede ser anterior al apoderamiento o posterior para transportar la cosa, nuestro precepto no sigue esa doctrina.

El legislador sigue la disposición del Código Italiano en cuanto se refiere a la violencia perpetrada en la persona, que como hemos visto puede ser anterior y posterior al apoderamiento; pero no podemos decir lo mismo en cuanto se refiere a la efracción, donde se aparta de su modelo.

La disposición que estudiamos habla de la perforación, fractura, para penetrar; es decir, de la violencia ejercida con el objeto de ejecutar, de consumir el apoderamiento. Luego la violencia cometida posteriormente cuando el apoderamiento se ha operado, es decir, cuando el delito se ha cometido ya, no puede calificar el robo.

Así también lo ha entendido nuestra reciente jurisprudencia que rechaza la efracción posterior al apoderamiento como elemento calificativo.

* * *

Lugar habitado. — La ley no se refiere propiamente al domicilio real o legal; su concepto es más amplio y extiende por tal a cualquier lugar destinado a la morada o a la vivienda de la persona.

Tampoco exige el requisito de la permanencia; basta que cualquiera fije su morada ya sea en forma transitoria para que la ley considere el lugar como habitado. En este sentido, cuando el atentado se efectúa en un camarote del ferrocarril o de un vapor, no se puede plantear la cuestión de que la residencia es transitoria y corresponde aceptar el agravante de la efracción.

La protección legal no solo se refiere al lugar de la casa habitación, sino que se extiende también a sus dependencias, es decir, a todo lo que se relacione de un modo directo con los que ocupan la casa habitación: en este

sentido deben estar comprendidos no solo el dormitorio, sino todas las dependencias de la casa habitación, como ser los galpones, jardines y patios.

Groizard al referirse a las dependencias, establece en forma clara que no podemos considerar como tales aunque estén unidos directamente con las casas, "los huertos y demás terrenos destinados al cultivo y a la producción, aun cuando cercados y en comunicación inmediata con la casa habitada, no estén sin embargo consagrados a satisfacer las necesidades, los esparcimientos, los recreos y goces de la vida doméstica".

Pacheco ⁽¹⁾, al tratar en su comentario al Código Español, sobre el concepto de lugar deshabitado, dice: "Ya lo hemos dicho, es aquél en que no solo no existen en el momento personas, pero que ni es domicilio, habitación de ninguna. La oficina, por ejemplo, que se cierra a las diez de la noche, y donde no queda un alma para dormir; una casa que está sin alquilar. ¿Será habitada o deshabitada esa misma oficina, en la cual vive la familia de un portero encargado de su custodia? Para nosotros no ofrece duda este caso. Si el portero reside en la oficina misma, si tiene sus llaves, si está hecho cargo de ella, el lugar está indudablemente habitado. Otra cosa sería si no hubiese más que el portero del edificio viviendo en la escalera y sin tener habitación en la oficina propia".

Dejamos expuesto el concepto que debemos tener por lugar habitado, donde tanto en presencia como en ausencia del morador el agravante de la efracción procede.

* * *

Inciso 4º. — La ley especifica en el presente inciso, que cuando el robo se perpetrare con alguna de las circunstancias del hurto calificado, debe agravarse el delito.

Por tanto damos aquí por reproducido lo que expusimos al tratar los diferentes incisos del artículo 163.

(1) Obra citada, tomo III, pág. 313.

JURISPRUDENCIA.

ROBO CALIFICADO, Art. 167.

Robo en despoblado y con armas. — El agente que se vale de un martillo y en un camino solitario hace detener el vehículo y le da un martillazo a la víctima para apoderarse del dinero que llevaba, comete el delito de robo calificado, y lesiones. — Corresponde de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 89 y 167, inciso 1º, condenar a su autor a cuatro años de prisión. — Caso: Restaino Antonio Mateo, lesiones y robo a Félix K. Larrinaga. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 23, al folio 166, y con fecha 17 de Diciembre de 1931. — Nota marginal: El 28 de Marzo de 1932, la Sala del 1er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones confirmó esta sentencia.

Robo en poblado y en banda. — El hecho del acuerdo previo, de simular una cuestión personal entre dos sujetos, con el objeto de llevar a la víctima que andaba con ellos atrás del cementerio San Salvador, y durante el simulacro de lucha los compañeros despojaron al menor de doscientos pesos que llevaba en su cartera, constituye un robo en poblado y en banda, art. 167, inciso 2º del C. Penal. — Corresponde condenar a los autores materiales del hecho a cinco años de prisión, y a los cómplices simuladores de la riña, a cuatro años de prisión. Debe absolverse al que no aceptó el reparto y trató de impedir el hecho. — Caso: Machin Fausto, Villarroel Jesús, García Rafael Inés, Herrera H. Pastor, Bustamante Andrés y Peralta José A., robo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 504, y con fecha 10 de Diciembre de 1928. — Nota marginal: Diciembre 31 de 1929, la Excma. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, confirmó esta sentencia con costas y accesorias legales para todos los procesados.

Robo con efracción. — La confesión aunque sea rectificadora, su condena anterior por el delito de hurto, su estado en el establecimiento el día que se cometió el delito, el secuestro

del medio empleado para cometer la violencia y el secuestro en su poder de la mercadería robada, constituye la plena prueba de su responsabilidad. Corresponde calificar el hecho en lo dispuesto por el art. 167, inciso 3º, y condenar a cuatro años y medio de prisión. — Caso: Fernández Cándido, robo a Carlos T. Ballesteros. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 437, y con fecha Julio 6 de 1923. — Nota marginal: Confirmada por la Sala del 1er. turno con fecha 8 de Mayo de 1924.

Robo con efracción. — Demostrada la rotura de la puerta, debe calificarse el robo. Tratándose de un reincidente condenado por varios delitos, no deben considerarse estos prescriptos, porque la prescripción no corre contra los reincidentes. Corresponde imponer al procesado diez años de reclusión, art. 167, inciso 3º, más como pena accesoria la reclusión a los territorios del sur, art. 52, incisos 3º y 4º. — Caso: Torné Ramón y otros, robo a Salvador Carbone y otros. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 117, y con fecha 29 de Julio de 1924. — Nota marginal: Esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada por haber sido confirmada por la Excm. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, con fecha 4 de Diciembre de 1924.

Robo con efracción. — Si el agente con un formón violentó la cerradura y después ayudado del mismo instrumento abrió el baúl donde estaban los objetos, debe considerarse el delito como robo simple, art. 164 y condenarse a su autor a un año y medio de prisión en forma condicional. Tesis que no aceptó la Cámara, la que calificó el delito como robo con efracción. — Caso: Gómez Santa Cruz, robo a Roberto Díaz y otro. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 30, al folio 359, y con fecha 20 de Mayo de 1930. — Nota marginal: La Excm. Cámara de Apelaciones, Sala del 1er. turno, con fecha 18 de Febrero de 1932, revocó esta sentencia y condenó a Cruz Gómez como autor del delito de robo calificado a sufrir la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

Robo con efracción. — El hecho de encontrarse en libertad condicional a la perpetración del delito de robo, implica la pérdida de ese beneficio, y debe el reo cumplir la condena anterior y la que motiva el presente sumario. El haber roto

la celosía para penetrar al lugar habitado implica la calificación del robo, art. 167, inciso 3º, y atento la acumulación debe dictarse una sentencia única. Corresponde condenar al procesado Adolfo Esquivel por los delitos de lesiones en riña, robo, y robo calificado, a la pena de siete años de prisión. A Melitón Gómez, por lesiones en riña y robo, a dos años de prisión en forma condicional. A Rufino Bernabé Novillo, por robo calificado, a tres años de prisión. A Antonio Bienvenido Alvarez, por robo calificado, a la pena única de cinco años, nueve meses y diez días de prisión. A Rafael Faustino Riera, por robo calificado, a la pena única de siete años, dos meses y siete días de prisión. — Caso: El seguido contra los nombrados por robo y complicidad a Antonio Magisano. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 23, al folio 480, y con fecha 6 de Septiembre de 1932. — Nota marginal: El 21 de Febrero de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, confirmó esta sentencia.

Robo con efracción. — No debe aplicarse al menor de catorce años la regla del art. 37, letra b, del C. Penal, cuando se trata de un delincuente precoz, que huye durante el primer proceso, y comete un segundo robo con efracción. Corresponde condenarlo a seis años de prisión, art. 167, inciso 3º. Tesis que no fué aceptada por el Superior el que aplicó la regla mencionada. — Caso: Espíndola Vera Francisco, robo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 156, y con fecha 23 de Junio de 1926. — Nota marginal: Septiembre 25 de 1926, Cámara revocó sentencia y condenó a un año y tres meses de prisión.

Robo con efracción. — Estando demostrado en autos que para cometer el robo, se ha procedido a la rotura de un vidrio, debe calificarse éste como robo con efracción. Habiendo disparado el arma contra la autoridad, debe responsabilizarsele por desacato. — Corresponde condenar a cuatro años de prisión, arts. 167, inciso 3º, y 239 del C. Penal, y a tres años de prisión al co-procesado. — Caso: Milleville Cirillo, y Dollaré Manuel, robo y resistencia a la autoridad de Adela Marinero y R. Chamorro. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 272, y con fecha 4 de Abril de 1932. — Nota marginal: Confirmada por la Excm. Cámara, 1ª Sala, el 18 de Junio de 1932.

Abigeato calificado. — Si el autor del hecho cortó los alambres para poder sacar la hacienda, el delito no es el de hurto calificado como sostiene el Fiscal, sino el de robo con fuerza en las cosas; corresponde encuadrarlo dentro de la disposición del art. 167, inciso 4º y condenar a su autor a la pena de cuatro años de prisión. — Caso: Cerna Francisco, abigeato a Esteban Dabone. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 221, y con fecha 17 de Febrero de 1923. — Nota marginal: En Mayo 7 de 1923 la 2ª Sala de la Excm. Cámara confirmó esta sentencia.

Abigeato calificado. — El robo de un caballo no constituye abigeato, debe considerarse el delito como robo simple. El apoderamiento de seis equinos habiendo cortado los alambres donde se encontraban encerrados los animales, constituye el delito de robo calificado. — La resistencia con arma a la autoridad constituye el delito que prevé el art. 238, inciso 1º. Atento el concurso real de delitos y lo dispuesto por los arts. 55, 164, 167, inciso 4º, y 238, inciso 1º, corresponde condenarlo como autor de los delitos de robo simple, robo de ganado mayor y atentado a la autoridad, a la pena de cuatro años de prisión, imponiendo como accesoria la reclusión por tiempo indeterminado en los territorios del sur. — Caso: Maturan, Angel, hurto, abigeato y atentado a la autoridad. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 20, al folio 256, y con fecha 10 de Febrero de 1928. — Nota marginal: 7 de Septiembre de 1929, la Sala del 2º turno de la Excm. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia en lo que respecta a la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado en los territorios del Sur de la República y la confirmó en cuanto condena a Maturan a cuatro años de prisión.

Abigeato calificado. — El solo hecho de cortar los alambres para sacar la hacienda, califica el hecho como robo, art. 167, inciso 4º. Si los procesados no fueron los autores materiales del secuestro, habiendo mandado a sacar la hacienda, están equiparados a los autores. La falsedad documentaria es delito contra la fe pública, y basta que el documento pueda causar perjuicio para que se considere perfecto. El mero hecho de que un funcionario estampe una firma falsa en documento público, es lo suficiente para atribuirle responsabilidad. Corresponde calificar el robo e imponer cinco y cuatro años de prisión a los autores; y cuatro al secretario del Juz-

gado por el delito de falsificación documentaria al estampar la firma que lleva el certificado falso. Debe condenarse a devolver la suma de dos mil pesos a cada uno de los autores del robo en concepto de indemnización, art. 29 del C. Penal. — Caso: Robert Crisóstomo, Silva Mario Oscar, Quiroga Benito, abigeato y falsificación documentaria. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 427, y con fecha 28 de Junio de 1927. — Nota marginal: Marzo 10 de 1928. Excm. Cámara confirmó penas respecto a Robert y Quiroga. En lo referente a Silva modificó penalidad reduciéndola a dos años de prisión, que dejó en suspenso su cumplimiento. Confirmó indemnización.

Abigeato calificado. — Estando probado que el autor del hurto de ganado, cortó los alambrados con el objeto de sacar la hacienda, la calificación del delito no es la del art. 163, por la que acusa el Fiscal, sino debe considerarse el hecho como robo, art. 167, inciso 4º. Teniendo en cuenta la reiteración del delito corresponde imponerle al acusado la pena de cinco años de prisión más la reparación del perjuicio que estima el Juzgado en tres mil pesos; y a los encubridores compradores de la hacienda robada a cuatro meses de prisión en forma condicional. — Caso: Pérez Francisco, Rosas Alejandro, Gutiérrez Juan, robo a Angel Bressau. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 202, y con fecha 16 de Mayo de 1929. — Nota marginal: II Sala Excm. Cámara, en 29 de Noviembre de 1930, resuelve, 1º confirmar la pena impuesta a Francisco Pérez, la que cumple el 24 de Octubre de 1932. 2º Declarar prescripta la acción penal respecto a Alejandro Rosas y Juan Gutiérrez. 3º Aprobar el sobreseimiento dictado a favor de Narciso Arsenio Pérez. 4º Confirmar el pago de la indemnización impuesta.

Robo con efracción. — Si el autor confiesa haber escalado un alambrado tejido, y después haber roto una grampa de la puerta para penetrar a las piezas donde se encontraban los objetos materia del delito, debe ser considerado como reo de robo con efracción, art. 167, incisos 3º y 4º y condenado a cuatro años de prisión. — El cómplice que actuó de campana debe ser juzgado de acuerdo a la regla del artículo 46, es decir, le corresponde la misma pena disminuida en un tercio a la mitad, que debe fijarse en dos años y ocho meses de prisión. — Y a los amigos de los procesados com-

pradores de los objetos robados, les corresponde seis meses de prisión como encubridores, art. 277, inciso 3°. — Caso: Saura Gabino, Verón Cristóbal, Eguiguren Justo, robo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 88, y con fecha 28 de Abril de 1926. — Nota marginal: Julio 6 de 1926, Excma. Cámara confirmó.

Robo con efracción. — No es necesario la fractura de la ventana para admitir la calificación del robo, basta que ella haya sido violentada a puntapiés y empujones aunque dicha violencia no haya causado rotura alguna. Corresponde no obstante lo sostenido por el Fiscal de Cámara (robo simple), confirmar la sentencia que lo condena como autor de robo calificado, art. 167, inc. 3° del Cód. Penal, a tres años de prisión. — Caso: Acciarresi Marino, robo a Juan Tosi. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 216 y con fecha 31 de Marzo de 1933.

Robo con efracción. — No es indispensable para calificar el robo que haya habido perforación de pared, techo o piso, que se hayan roto puertas, ventanas o vidrios, o hecho saltar pasadores o cerraduras; es suficiente que se hayan forzado dichas defensas, aun sin romperlas, para calificar el delito. Corresponde confirmar la sentencia que impone la pena de tres años de prisión, art. 167, inciso 3° del C. Penal. — Caso: Alonso Félix y otro, robo a Luis Sampaolesi. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 446 y con fecha 19 de Noviembre de 1934.

EL DELITO DE EXTORSION

CAPITULO III.

La extorsión; concepto. — Elementos que la constituyen. — La consumación del delito. — Nulidad del título o documento. — Destrucción del documento y abuso de firma en blanco. — Modalidades de la extorsión. — Detención privada con propósito de rescate. — El robo de cadáveres. — Jurisprudencia.

Artículo 168.

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar, o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. — Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

* * *

La extorsión; concepto. — Si estudiamos los antecedentes penales de este delito, llegamos a la conclusión de que ha sido siempre mal legislado, ora figurando entre los delitos contra las garantías individuales, ora entre los delitos contra la propiedad; y siempre confundiendo con el robo y con el hurto.

En el Proyecto del Dr. Tejedor, como un capítulo adicional al robo, encontramos dos artículos referente al delito de extorsión. Por el primero imponía la pena del robo al que obligue a otro con violencias o intimidación a firmar o entregar una escritura pública, letra, vale, docu-

mento que tenga obligación y descargo; y por el segundo establecía de uno a dos años de prisión al que arrebatara una cosa de valor del poder de la persona que la lleve.

El Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, no fué más feliz al legislar sobre la materia, pues como el Código de 1886, suprimió el capítulo de la extorsión y el arrebato de la cosa mueble del poder del que la lleve lo consideraba como un hurto. Legislaban sin embargo en el título de las garantías individuales, los casos de amenazas y coacciones, las cuales, por sus características, podrían considerarse como verdaderas extorsiones.

La ley de Reformas 4189, que se inspiró en el Proyecto de 1891, clasificó el delito de extorsión, en el título de los delitos contra las garantías individuales. Si bien las disposiciones de sus artículos son similares a las del Código vigente, el concepto del delito fué el mismo de los proyectos anteriores, porque tanto la violencia física como la moral eran elementos constitutivos del delito de extorsión. El Proyecto de 1906, también aceptó estas disposiciones sin cambiar la doctrina de la ley.

Fué el Dr. Octavio González Roura, quien aconsejó la reforma del articulado, cambiando fundamentalmente el concepto del delito, exigiendo para la extorsión solo la violencia moral y la violencia material o física para el robo.

Se han corregido entonces los antiguos errores: la extorsión es un delito contra la propiedad y su característica fundamental lo constituye la violencia moral.

El hurto y el robo tienen por objeto la posesión de una cosa mueble total o parcialmente ajena, por eso el apoderamiento precede a su consumación; mientras que en la extorsión se persigue una ventaja patrimonial, por eso, la violencia moral que se traduce en la amenaza, en la coacción, precede al propósito criminal.

Nuestra ley la trata bajo cuatro aspectos distintos, en los cuatro artículos que estudiaremos por separado.

* * *

Elementos que lo constituyen. — La ley dice: será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que con inti-

midación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar, o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

De acuerdo al texto del artículo, el primer elemento del delito es la intimidación o violencia moral. La intimidación puede ser real por medio de la amenaza o simulada fingiendo una orden de autoridad pública. En ambos casos conseguido el propósito queda consumado el delito: en el uno, la víctima procede cediendo ante el temor de la amenaza; en el otro, la víctima obedece por respeto a la autoridad; pero en ambos casos la finalidad es la misma: conseguir ilícitamente una ventaja patrimonial.

Es requisito esencial que la amenaza sea ilegítima, desde el momento que, quien amenaza con ejercer un legítimo derecho no puede delinquir. Así el propietario que amenaza al ladrón para conseguir el reintegro de la cosa robada, como el acreedor que amenaza a su deudor, con la demanda de su derecho o la quiebra, para conseguir la satisfacción de su crédito, no pueden cometer el delito de extorsión porque no hay ilegitimidad en la amenaza.

Tampoco explica el legislador a que clase de amenaza se refiere, de modo que cualquiera que sea, directa o indirecta, basta que haya sido suficientemente capaz de sojuzgar la voluntad obteniendo el propósito criminal, debe considerarse apta para configurar el delito.

* * *

Consumación del delito. — Es interesante establecer el momento de la consumación de la extorsión y para esto debemos tener presente la objetividad jurídica del delito.

Si la extorsión constituye un atentado contra las garantías individuales como erróneamente lo sostenía la ley 4189, si era un delito contra la libertad, lo lógico es pensar que éste se hallaría consumado desde que se hubiere limitado o turbado el ejercicio de esa libertad, siendo secundario el daño patrimonial. Pero si la extorsión, de acuerdo a la verdadera teoría, constituye un delito contra la propiedad, siendo la ventaja patrimonial su objetividad jurí-

dica, es indiscutible que éste queda consumado, desde el momento que sufre el propietario una disminución de su patrimonio o pone al agente en condiciones de obtener una ventaja patrimonial.

El hurto y el robo se consuman con el apoderamiento; en cambio la extorsión, en sentido inverso, con el desapoderamiento que el dueño hace del bien, de la cosa, o del documento, en virtud y como efecto de la amenaza.

La ley habla de entregar, suscribir, o destruir un documento, y es indiscutible que en estos casos efectuada que sea la entrega, y la destrucción del documento, queda consumado el delito.

Cuando se trata de enviar, depositar o poner a la disposición del culpable o de un tercero, la cosa objeto de la extorsión, el delito queda efectuado, desde el momento que el propietario cumple con la amenaza.

La dificultad surge cuando el envío o el depósito se hacen en forma tal, que permita al intimado arrepentirse, recuperando lo enviado o depositado. Para estos casos especiales el delito solo se consuma cuando las cosas quedan en poder virtual del delincuente.

En una palabra, consistiendo la extorsión en la desapoderación efectuada por el propietario en virtud de una amenaza, el delito siempre debe considerarse perpetrado cuando esta desapoderación se ha efectuado; poco importa si el autor de la amenaza se haya beneficiado.

Efectuada la desapoderación los elementos de la constitución del delito están plenamente cumplidos, existe la violencia moral, existe el perjuicio patrimonial, existe la desapoderación; luego el delito queda consumado aunque no se beneficie el delincuente.

* * *

Nulidad del título o documento. — En la disposición legal se habla de documentos que produzcan efectos jurídicos. Alrededor de esta exigencia, se plantea la interesante cuestión de si el documento nulo puede configurar el delito.

Cuando el documento secuestrado es nulo, ¿existe el delito de extorsión? Algunos autores como el ilustre Carrara sostienen la afirmativa fundados en la posibilidad del perjuicio. Otros como Nipels y Chauveau, sostienen que la nulidad absoluta por vicios de forma, quita al hecho todo carácter delictuoso, por cuanto un título de esa calidad no puede producir ningún perjuicio.

Para resolver mejor el problema debemos hacer un distinguo entre nulidad absoluta y relativa, ya que ambas producen efectos jurídicos distintos. Pues mientras una está equiparada a la nada jurídica, y actos tales se consideren inexistentes; la otra está siempre sujeta a resolución judicial, y sabemos que tales actos producen sus efectos jurídicos hasta el día en que su nulidad ha sido expresamente declarada.

En este sentido teniendo en cuenta que la nulidad absoluta no puede producir ningún efecto jurídico, de acuerdo al texto expreso de la ley, debemos sostener la inexistencia del delito.

No solo en el terreno doctrinario encontramos autores que sostienen la incriminación y discriminación del hecho cuando se trata de un documento nulo, sino que hasta en la propia jurisprudencia encontramos resoluciones contradictorias. Así el Dr. González Roura, nos dice en su obra que la Corte de Casación Francesa, ha resuelto en unos casos que la nulidad del documento no quita al hecho su carácter delictuoso; mientras que en otros ha sostenido que, siendo susceptible la nulidad relativa de ser cubierta por confirmación, no sirve de excusa, por lo que se infiere a contrario sensu: que no siendo subsanable la nulidad absoluta debe servir de excusa.

En mi entender la nulidad relativa del documento no quita al hecho su carácter delictuoso.

Ahora, ¿cómo debemos interpretar el hecho cuando se trata de un documento nulo de acuerdo a la disposición de nuestra ley? La existencia perfecta del delito debemos descartarla, porque no hay la posibilidad ni el riesgo de perjuicio. Pero creo que podemos considerar el hecho como una tentativa.

En efecto: Se ha perpetrado por el delincuente todos

los actos relativos a la consumación del delito, ha existido la amenaza conminatoria o violencia moral, se ha efectuado también la entrega del documento; lo único que falta es el perjuicio consiguiente para la consumación del delito; y éste no puede existir debido a la nulidad absoluta del documento. Luego estaríamos frente a lo que en la doctrina denominamos con el nombre de delito imposible, por la falta de idoneidad del documento.

La tesis de nuestro Código frente al delito imposible, está contenida en la disposición del artículo 44, donde abandona el criterio de la vieja escuela clásica que proclama la irresponsabilidad, para aceptar los postulados de la escuela positiva que sostiene la incriminación.

* * *

Dstrucción del documento y abuso de firma en blanco. — La segunda Comisión de la Cámara de Senadores, intercaló el agregado que figura en la parte final del artículo, donde se especifica que: "Incurrirá en la misma pena el que, por los mismos medios o con violencias, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

Dada la forma en que ha sido redactado el agregado, parecería que introduce en el delito otro elemento nuevo: la violencia. Pero la violencia a que se refiere no puede ser otra que la moral; porque ya hemos visto que la física, no puede formar parte como elemento de este delito, siendo precisamente este requisito el que lo diferencia del robo.

A raíz del agregado se plantea otra cuestión no menos interesante que la anterior de la nulidad del documento, y es la siguiente: ¿El que obligue a suscribir una firma en blanco comete el delito de extorsión? Creo que no.

La ley habla en forma expresa de suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, y una firma en blanco no podemos considerarla como un documento.

Merlin argumenta que procurarse un título en el cual, en cualquier momento, por disposición del tenedor, puede consignarse el texto de la obligación, es lo mismo que conseguir el título que contenga la obligación. Por eso sostiene que la firma en blanco puede equipararse a la obligación misma, y cuando ha sido conseguida por medio de

violencias estamos en presencia de una extorsión consumada.

No podemos aceptar las conclusiones de Merlin, porque no es posible fundar la consumación del delito en una presunción.

La firma en blanco no es, ni nunca ha sido, un documento, ni tiene la característica de tal. Ahora si posteriormente el tenedor de la firma conseguida por la violencia, extiende el título de la obligación para conseguir una ventaja patrimonial, estaríamos recién frente al delito de extorsión.

En igual sentido entre otros autores, aceptan esta conclusión, Crivellari, Rodolfo Moreno (h), González Roura y Rodolfo Rivarola.

Tal es la verdadera solución, la que más armoniza con la prescripción de nuestro precepto legal.

MODALIDADES DE LA EXTORSION

Artículo 169.

Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, el que, por amenazas de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

* * *

La presente disposición legal, no es más que una modalidad de la anterior, que consiste en la forma de ejercer la amenaza. En el artículo 168 se especificaba que la violencia debía efectuarse por medio de la intimidación, o simulando autoridad, o falsa orden de autoridad, y en el presente la violencia se ejercita por medio de la difamación o revelación de secretos, valiéndose del escándalo como medio de ejecución.

Es por esto, que lo que hemos manifestado al tratar en forma general del delito de extorsión, le es aplicable a éste caso especial que tiene las mismas características, con solo la diferencia apuntada en la forma de cometer la violencia.

El origen de la disposición la encontramos en el Proyecto de 1891, artículo 204, que dice: "Sufrirá penitenciaría de seis meses a dos años el que obligare a otro, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, a la entrega de una cosa que no sea del culpable, o a contraer una obligación, o a extinguir un crédito". La exposición de motivos del Proyecto citado afirmaba ⁽¹⁾: "El artículo 204 del proyecto es una variante del caso anterior, que determina solo una modificación de la pe-

(1) Proyecto citado, edición oficial, pág. 188.

na, y cuya consignación especial es además conveniente bajo otro aspecto en cuanto presenta los caracteres conocidos de un delito designado vulgarmente con la palabra francesa "chantage".

El Proyecto de 1906 aceptó la tesis del artículo introduciendo tan solo una variación al establecer en el texto del artículo 184, que cometía el delito tanto el que obligare, como el que intentare compeler. Es decir, que de acuerdo al texto legal, la tentativa estaba equiparada al delito consumado.

Esta tesis no triunfó en la redacción definitiva del Código, desde que la actual la formuló la segunda comisión de la Cámara de Senadores, de acuerdo a las indicaciones atinadas, hechas por el Dr. Octavio González Roura, como ya hemos tenido la oportunidad de manifestarlo anteriormente.

DETENCION PRIVADA CON PROPOSITO DE RESCATE

Artículo 170.

Sufrirá prisión de tres a diez años, el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate.

* * *

Esta disposición figuraba en el primitivo Proyecto del Dr. Tejedor, el cual lo castigaba con seis años de presidio o penitenciaria. El aumento de la penalidad, lo advertimos en la disposición del Proyecto de 1891 ⁽¹⁾ el cual lo fundaba en la siguiente razón: "El artículo 205 reproduce el caso del artículo 189, número 2 del Código Penal, en los mismos términos y con sólo un aumento en el máximo de la pena, por tratarse de una forma de delito que, aunque no es frecuente, asume un carácter odiosísimo y alarmante, que puede en alguna ocasión requerir la aplicación de una pena mayor que la de seis años de penitenciaría, actualmente fijada".

Finalmente el Código vigente tomando la redacción del Proyecto de 1906, lo legisló entre los delitos de extorsión, en el título de los delitos contra la propiedad.

Se trata de un caso especial de detención privada, cuya finalidad es la de sacar rescate. El móvil es lo que caracteriza el delito; el secuestro implica su consumación.

No es necesario porque la ley no lo exige, el logro del propósito criminal, por cuya razón el presente delito carece de tentativa.

El secuestro verificado por cualquier otro móvil no encuadra dentro de la disposición del artículo.

Consideramos justo el aumento de la penalidad im-

(1) Proyecto citado, edición oficial, pág. 188.

puesto por el legislador, ya que este delito tristemente célebre, ha sido puesto muy en boga en nuestros tiempos, por distintas bandas de criminales que, con el nombre conocido de la "maffia", se dedican al secuestro de personas con el propósito de sacar rescate y que en algunas ocasiones llegan hasta el homicidio del mismo secuestrado.

Este ha sido un medio lucrativo, en nuestros tiempos, de atentar contra los derechos del propietario.

El Código Italiano que sirvió de modelo al nuestro, tiene una penalidad aun más elevada, sanción que debe ser sin duda alguna imitada por nuestro legislador en la primera reforma de la ley, teniendo en cuenta el incremento que ha tomado esta nefasta asociación en el país, haciendo del secuestro una lucrativa profesión, que es necesario extinguir.

ROBO DE CADAVERES

Artículo 171.

Sufrirá prisión de dos a seis años, el que substrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución.

* * *

En el Proyecto del Dr. Tejedor, que como sabemos rigió provisoriamente, al menos en la provincia de Buenos Aires, antes de la sanción del Código de 1886, no existía ninguna disposición sobre la materia.

La primera disposición sobre violación de sepulcros y profanación de la memoria de los muertos la encontramos en el Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, disposición contenida en el artículo 132 del referido proyecto.

Pero el verdadero origen de la disposición lo encontramos en el Código de 1886, legislado en el capítulo de los robos y hurtos, donde se castigaba la sustracción de un cadáver con la pena de tres a seis años de penitenciaría cuando el delincuente conseguía el pago de su devolución, y de uno a tres años de prisión cuando no lo conseguía (art. 195).

La presente disposición fué inspirada por un caso sensacional que consternó la ciudad de Buenos Aires, y que ante la inadvertencia del legislador, no pudieron los criminales ser castigados con el rigor que el inaudito hecho cometido merecía. Es que muchas veces la suspicacia de la conciencia criminal, llega hasta señalar un vacío de la ley.

En Agosto de 1881 una banda de criminales, que componían una asociación bajo el título de "Los caballeros de la noche" sacó del sepulcro el cadáver de uno de los miembros de la familia de Dorrego, en el cementerio de la Recoleta de Buenos Aires, dirigiendo luego a la señora de Dorrego, una carta en nombre de la nefasta asociación, por intermedio de la cual y bajo la amenaza de

profanar el cadáver sustraído, exigía la entrega de dos millones de pesos.

Detenidos los miembros de la asociación, declararon llanamente su intervención en el hecho, manifestando que no creían haber cometido ningún delito. Y en efecto: tal hecho escandaloso e inmoral, no tenía ninguna sanción por nuestro Código; y en ese sentido el Dr. Gerónimo Cortez produjo una notable vista señalando la necesidad imperiosa de la reforma de nuestra ley y reclamando una sanción penal para este delito.

Afirmaba el autor citado en una de sus Vistas Fiscales que (1): "A pesar de esto, nada hay en el Código Penal que le sea aplicable; pues aunque en él se habla del complot y de las bandas organizadas para cometer delitos, y se les condena; esto es solamente cuando tiene por objeto delitos determinados en su especie, o al menos en su género; mientras que la sociedad de que se trata, era sin duda alguna constituida para toda clase de delitos, sin determinación alguna, y por lo mismo, según el Código debe considerarse lícita. También el Juez del Crimen, como el Fiscal, encontrando probado un hecho escandalosamente inmoral, y condenado por la conciencia pública, ha creído que los deberes de su oficio no le permitían dejarlo impune; pues en él no podía menos de existir un delito, y lo ha castigado, clasificándolo por robo; pero a la verdad los defensores han echado por tierra esa clasificación, que no resiste el más ligero análisis.

"Desde luego, el Juez del Crimen reconoce que se trata de un hecho anómalo y excepcional, al cual no serían aplicables las reglas comunes que rigen sobre el robo, equiparándolo por esta causa, con el plagio o robo de persona. Nada más impropio, sin embargo, e inadmisibles, que semejante clasificación, porque equiparar un cadáver a una persona, valdría tanto como atribuir personalidad a una estatua de bronce, de mármol o de arcilla. El robo propiamente hablando, consiste en apoderarse de una cosa mueble ajena, con ánimo de apropiársela y utilizarla; pero un

(1) Vistas Fiscales, tomo II, págs. 180 y 181.

cadáver no siendo otra cosa que un poco de lodo corrompido, carece absolutamente de utilidad: no se encuentra en el comercio, ni los procesados han tratado tampoco de apropiárselo.

“También ha creído encontrar el Juez del Crimen, violación de domicilio en el hecho referido que sirve de materia a este proceso; pero los Defensores han observado desde luego, que el domicilio es la habitación de una persona; mientras que un cadáver no lo es seguramente, ni en el sepulcro habita nadie más que la muerte”. Sostiene así mismo que no puede encuadrar ni en la estafa, ni en la defraudación, para terminar pidiendo el sobreseimiento de la causa, aunque repugna a su conciencia.

Este es en realidad, el origen de la disposición legal que comentamos.

La ley de Reformas 4189, inspirándose en el Proyecto de 1891, consideró el hecho como un delito de extorsión, condenándolo con tres a seis años de penitenciaría, disposición que figura en nuestro Código vigente con la sanción de dos a seis años de prisión.

Cabe hacer notar que de acuerdo a la redacción del artículo, este delito en la práctica carece de tentativa, pues el solo hecho de la sustracción del cadáver con fines de lucro importa su consumación. El que el delincuente realice o no su propósito criminal, en nada influye para su perpetración, porque aquél queda consumado desde el momento de la sustracción y la amenaza subsiguiente para efectuar su rescate.

El Código de 1886 preveía las dos situaciones y establecía diferente pena: de tres a seis años de penitenciaría cuando el autor consiguiese el logro de sus propósitos, y de uno a tres años de prisión cuando no lo consiguiese. Pero la ley de Reformas no aceptó la tesis del Código derogado, y la modificó fundamentalmente penando el hecho de la sola sustracción con el propósito de lucro.

Nuestra ley aceptando esta doctrina, establece que la sustracción de cadáveres es un delito de extorsión que figura entre los delitos contra la propiedad; y se perfecciona por el solo hecho de la sustracción de un cadáver con ánimo de sacar rescate, aunque no se logre el propósito.

JURISPRUDENCIA.**DELITOS DE EXTORSION.**

Tentativa de extorsión. — Si el agente escribe una carta al jefe de tráfico de la Compañía de Tranvías Eléctricos, por la que se le amenaza de muerte si no devolvía los aportes de la ley de jubilaciones, comete el delito de tentativa de extorsión, por lo que debe ser condenado de acuerdo al art. 168 y 44 del C. Penal, a un año de prisión en forma condicional. — Caso: Velensizi Salvador, extorsión a José Lazare. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 397, y con fecha 3 de Agosto de 1932. — Nota marginal: Agosto 9 de 1932, quedó firme y ejecutoriada esta sentencia.

Extorsión. — El hecho de pedir limosna en forma provocativa contestando airadamente a la víctima, no implica la violencia moral que caracteriza el delito de extorsión, por lo que corresponde rechazar la acusación Fiscal y dictar pronunciamiento absolutorio. — Caso: Cardozo Servando, extorsión a María Esther Ibáñez de Chiaramonte. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 30, al folio 59 y con fecha 31 de Diciembre de 1928. — Nota marginal: Con fecha 31 del mismo esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada, declarándose la libertad de Cardozo.

Extorsión. — El hecho de mandar una carta concebida en los siguientes términos: "Vd. me paga quinientos pesos para que me calle la boca, o de lo contrario saldrán a relucir cosas antiguas y nuevas de su conducta, por su paso en ésta a personas que no serán de su agrado, se enteren de quien es Vd. tanto comercial como moralmente. Elija lo que le convenga y piense, que según por lo que se incline, le resultará cara la fiesta. Otro que quinientos pesos. Espero que la contestación por lo que resuelva será tan rápida como la devolución de mi anterior, de lo contrario la campaña emplea"; implica el delito de extorsión y corresponde condenarlo a ocho meses de prisión en forma condicional. —

Caso: Carreras Joaquín, extorsión a Juan Vallés. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 411, y con fecha 4 de Septiembre de 1923. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno con fecha 2 de Julio de 1924, y por desistimiento del señor Fiscal de Cámara, confirmó esta sentencia.

Tentativa de extorsión. — El hecho de escribir una carta conminatoria, no importa el delito de extorsión; siendo éste un delito contra la propiedad debe considerársele consumado cuando este derecho se haya lesionado, de lo contrario la carta solo importa una mera tentativa. Corresponde condenarlo por tentativa de extorsión, arts. 168 y 42 del C. Penal, a seis meses de prisión en forma condicional. — Caso: Mac-cio Pedro, extorsión a Miguel Caminatta. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 17, al folio 36, y con fecha 27 de Abril de 1925. — Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 17 de Junio de 1925, por desistimiento del Sr. Fiscal de Cámara, declaró firme esta sentencia.

Extorsión. — Aunque el agente niegue haber simulado detener a sus víctimas con el objeto de obtener de ellas la suma de diez pesos, el solo hecho de aceptar que, habiéndolas visto practicando actos deshonestos las interpeló, para pedirles que hicieran lo propio con él, por lo cual cada una se desprendió de la suma de diez pesos, importa el delito de extorsión, art. 169 del C. Penal. Corresponde condenar condicionalmente al procesado a la pena de un año y seis meses de prisión. — Caso: Quare Santiago, usurpación de autoridad y extorsión. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 304, y con fecha 5 de Agosto de 1930. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada el 10 de Agosto de 1930.

Tentativa de extorsión. — El hecho de escribir una carta exigiendo la suma de doce mil pesos bajo amenaza de un mal grave a un miembro de la familia del amenazado, implica una tentativa del delito de extorsión. Aun cuando la persona concurra a la cita y simule entregar el dinero exigido dando oportunidad a los empleados de investigaciones para detenerlo en el acto, no sale el hecho de la esfera de la tentativa, desde que falta la efectividad real del dinero exigido y en consecuencia no ha quedado consumado el delito. Corres-

ponde condenarlo de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 168 y 42 del Código Penal, a dos años de prisión. — Caso: Tobías Manuel o Ferid Faisal, tentativa de extorsión a Enrique Astengo. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 277 y con fecha 31 de Mayo de 1933. — Nota marginal: El 29 de Julio de 1933 Cámara modificó a un año de prisión.

Extorsión. — La sola imputación de la víctima, ratificada por la hermana de la misma, que no da detalles de la amenaza, no puede constituir la prueba del delito de extorsión. La declaración del cuñado que recién se entera del delito después de detenido el procesado, tampoco hace prueba, además de no dar ningún detalle de como se efectuó ni en que consistía la amenaza. La declaración del agente que dice haber detenido al procesado en el momento que exigía la entrega de cuarenta pesos, no se puede tener en cuenta, porque el empleado policial no especifica cuál es el hecho o actitud que él califica de exigencia de modo que el tribunal no puede entrar a pronunciarse sobre el hecho constitutivo de la intimidación. Estando solamente probadas la entrega del dinero y las relaciones amorosas entre denunciante y denunciado, corresponde desestimar la acusación Fiscal de tres años y medio de prisión y absolver al procesado. — Caso: Miguel Ferreyra, extorsión. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 315 y con fecha 17 de Julio de 1933. — Nota marginal: El 16 de Septiembre de 1933, Cámara confirma.

Extorsión por medio del secuestro. — El hecho de secuestrar una persona aunque no se logre el rescate solicitado constituye el delito de extorsión. El declarar que obró en el secuestro bajo la amenaza de muerte de los otros autores prófugos, no es una causa justificativa, desde que no basta invocar la causa, sino hay que probarla. La amenaza debe ser real, persistente, e involucrar un peligro inminente; y en autos se demuestra precisamente que el que invoca la excusa ha seguido manteniendo secuestrados a los menores Nanini y Gironassi, en ausencia de los sujetos que dice lo amenazaron. — Pretender eludir la responsabilidad argumentando que fué simplemente un locador de la pieza donde estaban los secuestrados, tampoco es admisible, y siendo su actividad positiva en el delito debe considerarse como co-autor. Las esposas de los procesados que no tuvieron otra participación que el de hacer la comida a los detenidos, deben ser absuel-

tas; porque no han tenido ninguna participación ni están obligadas a denunciar a sus esposos, art. 278 del Código Penal. Corresponde calificar el delito de extorsión, artículo 170, y condenar a sus autores a seis años de prisión e inhabilidades del artículo 12 del Código Penal, y absolver a las esposas de los procesados de culpa y cargo. — Caso: Luis Buttice, José Piazza, Catalina Arcuri de Piazza, Gaetana o Aitana Sanmartina de Buttice, extorsión y complicidad. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 343 y con fecha 14 de Agosto de 1933. — Nota marginal: En 21 de Junio de 1934, la Cámara en lo Criminal, confirma esta sentencia, declarando desistido el recurso de apelación en cuanto a las procesadas Catalina Arcuri de Piazza y Gaetana o Aitana Sanmartina de Buttice.

Tentativa de extorsión. — El hecho de escribir un anónimo amenazando a depositar la suma de mil pesos en el cementerio de Paganini, bajo amenaza de hacer explotar una bomba en su casa, o ser atacado a balazos, constituye la tentativa del delito de extorsión. — La manifestación del sobrino de que quería dar una broma al tío porque era muy tacaño, no puede aceptarse como justificativo porque el animus jocandi no está probado. Corresponde condenarlo como autor de tentativa de extorsión a seis meses de prisión en forma condicional (artículos 26, 42, 44 y 168 del C. Penal). — Caso: Arismendi Casimiro, tentativa de extorsión a Casimiro Mintegui. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34 al folio 399 y con fecha 19 de Junio de 1933. — Nota marginal: El 22 de Agosto de 1933, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Extorsión. — El acreedor que exige de su deudor la entrega de cinco pesos a cuenta de mayor cantidad, previo un cambio de palabras y amenazándolo con un revólver descargado, comete el delito de extorsión y debe ser condenado condicionalmente a un año y dos meses de prisión (artículos 26, y 168 del C. Penal). — Caso: Expósito Antonino, extorsión a Usserino J. Pedrido. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 24 al folio 505 y con fecha 18 de Agosto de 1933. — Nota marginal: Declarada firme y ejecutoriada el 26 de Agosto de 1933, en razón de haber sido consentida por las partes.

Extorsión. — El reconocer el agente ser el autor del anónimo enviado lo vincula al delito de extorsión cometido. No puede servir de excusa la explicación de que el móvil fué con el objeto de esclarecer la culpabilidad del propio denunciante en un accidente. Corresponde condenarlo como autor de tentativa de extorsión, artículo 42 y 168 del Código Penal, a un año de prisión. — Caso: Vignatti Pedro, extorsión. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 34 y con fecha 24 de Octubre de 1933. — Nota marginal: En 15 de Noviembre de 1933, Cámara tiene por firme y ejecutoriada.

Tentativa de extorsión. — Los sujetos que bajo la amenaza del secuestro de un hijo, exigen el depósito de diez mil pesos en un lugar determinado, son autores del delito de tentativa de extorsión y deben ser condenados dada la índole del mismo y la disposición de los artículos 42 y 168 del Código Penal, a dos años y ocho meses de prisión. — Caso: Gómez Esteban y Genaro Alfredo, extorsión. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15 al folio 129 y con fecha 4 de Abril de 1934. — Nota marginal: El 25 de Junio del mismo año resolvió confirmar la sentencia apelada en cuanto a Genaro Alfredo, y modificando con respecto a Gómez, reduciendo la pena a dos años y cinco meses de prisión, ambos por el delito de extorsión.

Extorsión. — El escribir una carta exigiendo la entrega de una suma de dinero bajo la amenaza de hacerle algunas imputaciones contra el honor, implica el delito de tentativa de extorsión. No puede prosperar el argumento de la defensa, de que solo exigía el pago de una deuda, pues el apoderarse de la cosa de un deudor para hacerse pago con ella, no discrimina el acto que es robo, extorsión, o defraudación, según como se ha efectuado el apoderamiento. Corresponde confirmar la sentencia que lo condena a seis meses de prisión por el delito de tentativa de extorsión (arts. 42 y 168 del Cód. Penal). — Caso: Malanca Nello, extorsión a Angel Guidone. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 79 y con fecha 21 de Marzo de 1933.

Tentativa de extorsión. — Habiéndose producido la amenaza, basta que ésta haya hecho su efecto en el ánimo de la víctima, para que la tentativa de extorsión exista y quede consumada. No es válida la excusa de que la acusada carecía de los medios para llevar a cabo su amenaza, porque la

seriedad de la misma depende del efecto producido en la víctima y no en la intención que haya tenido el delincuente, ni en la probabilidad de cumplirla. Corresponde confirmar la sentencia que la condena a un año y medio de prisión, concediéndole los beneficios de la condena condicional negado por el aquo. — Caso: Resía de Civelli Ida, tentativa de extorsión a Antonio Beltrame. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 552, y con fecha 30 de Septiembre de 1933.

EL DELITO DE DEFRAUDACION

CAPITULO IV.

Defraudación. — Característica singular. — Dificultad para definir el delito. — Elementos que lo constituyen. — Dolo civil y dolo penal. — Calidad del engaño. — Defraudación y falsificación. — Defraudación y cheque doloso. — Defraudación y Ejercicio ilegal de la medicina. — Delito continuado. — Características diferenciales. — De la propiedad científica, literaria y artística. — Nuevo régimen legal de la propiedad intelectual. — Casos especiales de defraudación en el artículo 173. — De la firma en blanco. — Casos contemplados por el artículo 174. — Apropiación indebida. — Del tesoro encontrado. — De la posesión accidental. — De la prenda. — Del abuso del acreedor prendario. — El contrato de prenda agraria. — La venta del bien prendado. — La usura. — Jurisprudencia.

Artículo 172.

Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.

* * *

Característica singular. — Es el delito más generalizado pero el menos reprimido. El ánimo de lucro, esa fuerza incontrastable y misteriosa que impulsa todas las actividades humanas, constituyendo la razón fundamental del desarrollo de la industria y del comercio, puede sobrepasar el límite de lo correcto y de lo justo, desfigurando la especulación lícita de un acto comercial para entrar en la zona de la defraudación y de la estafa.

El hombre en sus ansias infinitas de superarse a sí mismo, de gozar todo el confort que nos brinda la vida moderna, cegado si se quiere por el desmedido interés que

guía sus actos, traspasa con facilidad la frontera de lo lícito, para obtener verdaderas ganancias delictuosas.

He aquí la razón de la impunidad de este delito. Las grandes defraudaciones, las escandalosas especulaciones de los poderosos, aquéllas que producen el enriquecimiento de unos pocos a costa de la desgracia de la mayor parte de la comunidad, casi siempre quedan impunes; se consideran grandes negocios, ni siquiera tienen la virtud de hacer perder el concepto de honestidad de que gozan sus autores en la sociedad donde actúan. — La pequeña defraudación, la maniobra del pobre, del necesitado, es la que soporta todo el peso del precepto legal; es la única que con ordinaria regularidad se somete al control de la justicia.

* * *

Dificultades para definir el delito. — Recordando las características de los delitos contra la propiedad que dejamos estudiados, vemos que: el apoderamiento del hurto, la violencia física del robo, y la violencia moral de la extorsión, desaparecen como elementos constitutivos de este delito, para sustituirlo por la astucia, el ardid y el engaño. Por eso puedo decirlos que la defraudación no es más que el delito del ingenio.

Resulta entonces difícil, por no decir imposible, dar una definición cabal de este delito, en que estén comprendidos todos los casos. De aquí que con tanta propiedad afirmara el Rey Alfonso el Sabio, que son innumerables los medios de que los hombres se valen para hacer sus engaños los unos a los otros; por eso se limitó en sus leyes de Partidas a citar algunos ejemplos con el propósito de que sirvieran de norma a los jueces.

En realidad son incalculables los medios de que puede valerse el ingenio humano para conseguir una ilícita ventaja patrimonial. Pero podemos establecer que siempre que se emplee la simulación, el ardid, el engaño o el abuso de confianza, con el propósito de conseguir una ventaja patrimonial ilícita perjudicando los intereses de un tercero, estaríamos en presencia de una defraudación.

El delito que estudiamos tiene indudablemente sus afinidades y diferencias con los demás delitos contra la propiedad. Tanto en el hurto, en el robo y la extorsión, el apoderamiento de la cosa se efectúa sin el consentimiento de la víctima, mientras que en la defraudación la posesión la tiene el delincuente o la obtiene con el consentimiento del propietario.

Hemos visto que el hurto y el robo, deben caer sobre cosas muebles, en cambio la defraudación tanto puede comprender las cosas muebles, como las inmuebles, hasta los bienes incorpóreos y los derechos. En esto tiene su punto de contacto con la usurpación y la extorsión.

* * *

Elementos que lo constituyen. — De acuerdo a lo especificado en el artículo 172, defrauda el que obtiene ilícitamente una ventaja patrimonial en perjuicio de un tercero; luego dos son los elementos constitutivos del delito: el lucro ilícito y el perjuicio ocasionado.

El lucro tanto puede recaer en la persona del agente, como en un tercero; lo esencial es que exista.

El perjuicio o daño patrimonial, es también una condición esencial en todos los delitos contra la propiedad. Donde no hay perjuicio, ni posibilidad de cometerlo, no hay delito, llámese hurto, robo o defraudación.

¿Puede darse el caso de un lucro ilícito y a pesar de haber perjuicio, no existir el delito de defraudación? Sería el caso de las defraudaciones con motivos de negociaciones que no pueden admitirse jurídicamente por estar al margen de la ley y ser contrarias a la moral y buenas costumbres.

Por eso afirma con razón el Dr. Octavio González Roura, apoyado en la autoridad de Carrara y Listz, que no habrá perjuicio a los efectos legales, si la pretensión en que la víctima ha sido perjudicada, no es jurídicamente reconocida por ser contraria a las leyes o a las buenas costumbres, pues en tal caso no habría delito por falta de interés social.

Pone el caso del sicario que no cumple su compro-

miso de matar, del mago que recibe el precio de su falsa adivinación, del lugar donde se encuentra un tesoro que se pretende robar, del farmacéutico que vende una substancia inofensiva y sin valor en vez del veneno que se le pide, sabiendo que es para cometer un delito.

Sin embargo nuestra Cámara del Crimen es partidaria de la tesis contraria e invocando la autoridad del maestro Manzini, sostiene la existencia del delito, aunque el origen de la obligación corresponda a un acto que no sea jurídicamente reconocido.

El maestro citado sostiene en su obra ⁽¹⁾: " Cuando el agente se ha procurado por sí o por otro un injusto provecho con daño ajeno, el delito de estafa subsiste, aunque el sujeto pasivo sea conducido a la prestación por una causa inmoral, delictuosa o de otro modo ilícita. El derecho penal castiga el hecho delictuoso, por la criminalidad que revela quien lo comete y no en consideración del particular sujeto pasivo del delito. Cualquiera que sea la inmoralidad de éstos, no se aminora la criminalidad del delincuente, subsistiendo siempre la razón represiva y preventiva que determina la intervención de la ley penal. La incriminación de la estafa, no se ha dispuesto para la inmediata tutela del derecho subjetivo individual, sino para proteger el orden jurídico relativo a la propiedad en su sentido genérico. (Trattato de diritto penale italiano, 2ª edición, tomo 8, págs. 350 y 352) "

Creemos que es justa la doctrina de la Cámara; pues si pensamos que en el orden civil, no puede prosperar un derecho fundado en una obligación que reconozca una causa ilícita, no podemos afirmar lo mismo en el orden penal, donde vamos en busca de otros horizontes y otras finalidades.

La alarma levantada por la actividad delictuosa, no se detiene ni se amengua, ante el origen de la causa ilícita, y es por eso que la sanción penal, que garantiza el orden social, debe aplicarse en beneficio del interés público que tutela.

* * *

(1) Libro de Sentencias Criminales, Nº 2, al folio 128.

Dolo civil y dolo penal. — Siendo la defraudación un delito que tiene por base el engaño, el ardid y la mentira, resulta que el dolo es su principio, su medio y su fin. Esto sentado, podemos asegurar que no todo engaño debe entrar en la esfera de la responsabilidad.

Distinguir cuándo el engaño debe tener consecuencias civiles o penales, es un problema que sugiere todavía alguna dificultad.

En el campo de la doctrina Chauveau y Helie ⁽¹⁾, sostienen la distinción de las dos clases de dolo; uno civil y otro criminal. Cuando el engaño y los artificios van dirigidos más que al perjuicio de un tercero, a la defensa de los propios intereses, estaríamos en presencia del dolo civil que no puede engendrar responsabilidades penales.

Manifiestan luego que la ley no puede alcanzar a esta clase de dolo porque sería atentar contra la estabilidad de las convenciones.

El dolo criminal aparece cuando el agente, además de los intereses propios, tiene el propósito de perjudicar a un tercero. Como se ve es una distinción muy aguda, pero que se estrella con el escollo insalvable de la conciencia del culpable. ¿Cómo penetrar en la intimidad de la voluntad mental del agente? ¿Cómo saber cuándo se propuso una mera propaganda para favorecer sus intereses, cuándo el designio del embaucador fué el de causar perjuicio?

Esta doctrina en mi entender no resuelve la dificultad, ya que solo se aplicaría para algunos casos, desde que existen varios y no pocos en que la distinción de la intención dolosa del agente sería poco menos que imposible.

Creo más aceptable el criterio de Rodolfo Rivarola ⁽¹⁾, que sostiene no existir distinción en las dos clases de dolo cuando afirma: "El dolo vicia el consentimiento y anula la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que sin estas maniobras, la otra parte no hubiera contratado. Todo esto como observa Laurent, es muy indeterminado, pues queda

(1) *Théorie du Code Pénal*, número 1191.

(1) *Código Penal*, tomo II, págs. 352 y 353, N° 828.

siempre como cuestión de conciencia precisar cuándo existe aquella evidencia. Pero resuelta esta cuestión de hecho, ¿existirá o no dolo que vicia el consentimiento? No hay porqué calificarlo. Un hecho sin consecuencias jurídicas es indiferente fuera de las especulaciones de la moral, cuyo límite es distinto de las del derecho. El engaño que basta para viciar el consentimiento y anular el contrato, constituye un fraude que no puede distinguirse del fraude inculminado”.

Nuestro codificador, al legislar sobre el dolo, exige elementos indispensables para que pueda servir como causal de nulidad del acto. Y la razón es clara: el simple engaño, la mentira social que no ocasiona mayor perjuicio, no la tiene en cuenta, porque de lo contrario se atentaría contra la estabilidad de las transacciones comerciales. Es por esto que el artículo 392 del C. Civil, establece que para que el dolo pueda ser la causa de la nulidad del acto, es necesario el cumplimiento de las condiciones exigidas entre las cuales figura la gravedad del mismo y el perjuicio ocasionado.

Si esto es así, tiene razón el ilustre penalista argentino, al sostener que no debe existir ninguna diferencia apreciable entre el dolo que da origen a la nulidad de los contratos, y el que da origen a la responsabilidad criminal; ya que ambas legislaciones se fundan en la intensidad del dolo considerando su gravedad, y en el perjuicio, ocasionado como lógica consecuencia.

En idéntico sentido se expresa el Dr. José Irureta Goyena, no solo en su obra “Delito de estafa”, sino en las notas explicativas al Nuevo Código Penal del Uruguay, Ley 9155, cuando dice (1): “Todos los esfuerzos realizados hasta ahora por los más eminentes criminalistas, para suministrar el concepto del delito penal, pueden considerarse fracasados.

“Falsas o incompletas las doctrinas de Ortolan, de Merckel, de Carrara, de Unger, de Venezian y tantos otros, por medio de las cuales se ha tratado de resolver, un poco

(1) Notas al Código Penal Uruguayo. Edición oficial, pág. 150.

eufóricamente, el problema (ver Manzini). Entre el delito penal y el delito civil, lo mismo que entre el fraude civil y el penal, solo media una diferencia de grado y no de esencia. Existen hechos respecto de los cuales el legislador entiende, por razones muchas veces circunstanciales, que basta para limitar su repetición, las sanciones civiles; y se perfilan otros, acerca de los cuales entiende que son necesarias las sanciones represivas. Los primeros son delitos civiles, los últimos, penales”.

Entiendo que la verdadera solución del problema, está en el arbitrio judicial que debe apreciar la gravedad del dolo y la existencia del perjuicio, para aplicar las sanciones penales correspondientes.

* * *

Calidad del engaño. — Habla la ley de engaño, ardid, calidad simulada, influencia mentida, etc., por cuyos medios puede servirse el agente para obtener una ventaja patrimonial.

El engaño puede ser anterior y posterior a la posesión: anterior cuando se sirve del mismo para conseguir la entrega de la cosa o documento, y posterior cuando la maniobra se pone en práctica por el tenedor o depositario de la cosa.

Ya dijimos que el hurto se diferenciaba de la defraudación en la forma de obtener el apoderamiento como elemento de la misma. Desde que el propietario en la defraudación entrega la posesión de la cosa o bien, el engaño debe tender únicamente a obtener la cosa por la voluntad del dueño o abusar de la confianza depositada. Pues si el ardid o engaño, lo ha sido con el objeto de distraer al propietario a fin de poder consumir el apoderamiento estaríamos en presencia de un hurto y no de una defraudación.

El engaño puede ser también verbal o escrito y algunos exigen que debe poseer la condición de idoneidad para servir de base al delito.

La doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa, sostiene que no basta la simple afirmación, sino que

debe el engaño rodearse de ciertas maniobras que, corroborándolo, hagan factible a los ojos de la víctima la verosimilitud del mismo. Ya dijimos que la defraudación era el delito del ingenio; es el arte de engañar y no la mentira burda, es la "mise en scene" como con tanta propiedad lo llaman los franceses, para demostrarnos la realidad de lo ficticio.

Autores de indiscutible autoridad científica como Carrara, Mittermaier, Carmignani y Crivellari, sostienen la eficacia e idoneidad del engaño, rechazando la simple mentira, la que no puede entrar en la categoría de un engaño penal. En cambio otros como Pessina, Chauveau y Geib, admiten que cualquier engaño puede considerarse delictuoso, estando demostrada su idoneidad por el éxito obtenido.

Nuestra legislación, siguiendo la orientación de la italiana y a diferencia de la jurisprudencia francesa, nada dice respecto a las maniobras concordantes que deben acompañar al engaño. De modo que, la lesión jurídica en el caso concreto, el éxito de las maniobras delictuosas, demuestran la responsabilidad; porque la ley no hace cuestión respecto a la calidad del engaño, desde el momento que su protección se extiende a todos los miembros de la colectividad. El que la ley nada diga sobre la idoneidad del engaño, no se desprende de aquí que la simple mentira pueda configurar el dolo grave, la maniobra fraudulenta para configurar la defraudación o la estafa.

El engaño debe servir de causa originaria, de motivo determinante. No es el hecho de faltar a la verdad, de decir una mentira, la razón de la responsabilidad; sino que el engaño y la mentira deben obrar como causa determinante, solo así podemos afirmar que estamos en presencia de un engaño delictuoso.

Nuestra Cámara del Crimen, en el proceso seguido contra Santos Gentile por defraudación, nos fija el concepto que debemos tener por engaño delictuoso. El caso planteado era el de un garante por un contrato de locación, que dice al firmar la garantía que era propietario de una casa. No habiendo cumplido el inquilino y comprobado después que la casa que se atribuía la garantía

no estaba a su nombre, se hace la denuncia criminal por defraudación.

Dice el Camarista Dr. Sebastián Soler al fundar el voto al folio 498 del Libro 2º de Sentencias Criminales: "Cuando la ley penal para la comisión de esta forma de defraudación usa la expresión "aparentando bienes, crédito, comisión o empresa" no puede ser interpretada porque ello importaría interpretación extensiva, en el sentido de una mera afirmación de que se los tiene. Aparentar bienes es mucho más que eso, pues supone no solo no tenerlos y decir lo contrario, sino además acompañar acciones engañosas en apoyo de esa afirmación, acciones en virtud de las cuales se determina el error del estafado, error que hace a éste disponer de sus propios bienes como una operación normal creyéndola tal.

"¿Puede decirse ello en el presente caso? Toda esa doctrina francesa construida para caracterizar la defraudación por el empleo de cierta "mise en scene", no es más que el resultado de la definición establecida por la jurisprudencia de ese país desde muchísimo tiempo (1862), distinguiendo el artificio material, del artificio verbal, doctrina que merece la franca aprobación de Carrara que la acepta vivamente, aunque él no es por costumbre adulator de las doctrinas francesas (Programma, párrafo 2345).

"Así también ha establecido la Casación Italiana que la simple mentira no puede constituir el artificio fraudulento necesario para interpretar el delito de estafa, salvo que vaya revestida de artificios tales que le den apariencia de verdad y la hagan idónea para engañar a alguien; la simple mentira no acompañada de artificio o embaucaciones no puede de por sí constituir elemento de estafa". (Revista Penale, XXXVIII, 201; LXXV, 628.

Esta es la doctrina del Código Italiano que como fuente orientadora del nuestro, debemos aceptar en todas sus partes, para afirmar entonces que a la mentira hay que condimentarla, hay que acompañarla con las maniobras fraudulentas necesarias para que pueda llegar a constituir el engaño delictuoso.

El comentarista del Código Francés, Garraud ⁽¹⁾, establece en forma terminante: "Una última regla común a estos procedimientos fraudulentos es que no hay estafa, ni aun en el caso del empleo de un nombre falso o del uso de una falsa calidad, cuando la víctima, que ha entregado los fondos, pueda inculparse a ella misma el perjuicio que le ha sido causado, porque estaba en su mano desmentar al inculpado, y de conocer fácilmente, sea su verdadero nombre, sea su cualidad real. La ley no puede proteger sino a las personas que se protegen ellas mismas".

La argumentación expuesta es aceptable ya que el mismo Código Francés, hace el distingo del engaño; y cuando la víctima por su falta de previsión se ha dejado engañar, considera el hecho como un caso especial de estafa, y no lo condena como defraudación sino que por intermedio del artículo 407 le impone una pena correccional.

Este es también el sistema seguido por el Código Español de 1870, que no ha dejado de tener su influencia en el nuestro. Por eso Groizard ⁽²⁾, al comentar el artículo 548, establece: "Pero si las cualidades supuestas no tienen influencia alguna en la determinación adoptada por la persona perjudicada, o si ésta tuvo medios fáciles de conocer su falsedad, no debe estimarse la existencia del delito. Siendo el engaño el elemento esencial de la delincuencia, claro es que hay que suponer, para admitir su eficacia, determinadas condiciones de defensa para no dejarse engañar en la persona contra quien el delito se fragua. Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación más que producto de un engaño, deba considerarse como defecto de censurable abandono, como falta de debida negligencia".

Però como dijimos, el Código Español trae dos disposiciones distintas: por el artículo 548 nos sanciona el engaño delictuoso, que por medio de las maniobras características puede llegar a configurar el delito de defrauda-

(1) Droit Pénal, tomo V, pág. 554.

(2) Derecho Penal, tomo VIII, pág. 128.

ción; y por el artículo 554 nos habla del simple engaño, de la burda mentira, que puede llegar a ocasionar un perjuicio y lo castiga con la pena de multa. Nuestro Código derogado o sea el de 1886, aceptaba también este sistema y tenía dos disposiciones diferentes. En los ars. 202 y 203 consideraba el engaño delictuoso estableciendo diferentes penas según el monto de la defraudación, y por el art. 293 establecía la pena de arresto y multa, cuando por medio de simple engaño o de la ocultación maliciosa de la verdad se cometiese una falsedad de la que pudiera resultar algún perjuicio.

El Código vigente omite la disposición del artículo 293 del Código derogado. ¿Se puede sostener por esto que cualquier engaño, la burda mentira, puede constituir el delito de defraudación? Creemos que no.

Ya hemos visto que la orientación de la nueva ley la encontramos en el modelo italiano, conocemos también la opinión de sus comentadores y por consiguiente, sostener que la mera superchería, la mentira simple, pueda llegar a configurar el delito, es apartarse de la doctrina expuesta sin ningún fundamento que lo justifique.

En nuestra moderna legislación, cuando se emplee de una mentira que no pueda generar el engaño delictuoso, dicho hecho por más que ocasione algún perjuicio, no puede engendrar ninguna responsabilidad criminal, quedándole solo a la víctima del mismo las garantías de las acciones civiles para repararlo.

Hay que reconocer que nuestro precepto legal, nada establece de la calidad del engaño; pero basándose este delito precisamente en el ardor, en la astucia, en las maniobras empleadas por el delincuente, debemos entonces admitir la idoneidad del engaño, porque en la simple mentira no existen estos requisitos.

Ahora bien, la idoneidad del engaño queda demostrada generalmente en el caso concreto por la lesión jurídica; tan solo cuando se compruebe la desidia de la propia víctima, que lleguemos a la conclusión que el perjuicio ha sido ocasionado por su culpa, que la mentira no ha sido la causa determinante de su acción, podemos entonces sostener que el solo perjuicio no es suficiente por sí mismo,

para demostrar la idoneidad del engaño y por ende la existencia del delito.

En definitiva, para nuestro derecho positivo, la mentira sin fraude, sin maniobras, no puede llegar a constituir el engaño delictuoso que configura el delito de defraudación.

* * *

Defraudación y Falsificación. — El engaño puede ser simple y calificado. El calificado importa por sí mismo el delito de falsedad.

¿Cuando la defraudación se comete por intermedio de un engaño calificado, (documento falso) importa el hecho un concurso de delitos o de lo contrario constituye la infracción un solo y único delito?

El Código Uruguayo resuelve la cuestión admitiendo el concurso de delitos; en cambio el Código de Portugal se inclina por el delito único.

Nuestro Código guarda silencio al respecto. Pero la jurisprudencia de nuestros tribunales, fundada a su vez en la doctrina sostenida por la Cámara Criminal de la Capital Federal, establece la existencia de un solo delito y considera la falsificación como delito medio cuando se recurre a ella para defraudar.

En mi entender es errónea la jurisprudencia citada, porque entiendo que la falsificación no debe considerarse como delito medio, y voy a exponer mis razones para ello.

La defraudación y la falsificación son dos entidades jurídicas completamente definidas y que tienen sus diferencias fundamentales. La falsificación o adulteración de documento, consta de dos elementos distintos, a saber: 1° La adulteración de la verdad; 2° La idea del fraude, es decir el designio de perjudicar.

El hecho solo de la adulteración del documento no constituye el delito, pero basta la maniobra de hacer efectivo el documento, para que el delito se considere consumado aunque no exista el daño o perjuicio.

En este sentido Chauveau et Helie ⁽¹⁾ dice: "La se-

(1) Obra citada, tomo II, pág. 252.

gunda condición que se requiere para constituir el delito de falsificación, es la intención fraudulenta. La alteración de la verdad (1er. requisito) puede haberse cometido conciente y voluntariamente y sin embargo no hay delito todavía, es necesario que ella haya sido cometida con fraude, es decir, con el designio de perjudicar a otro ”.

El Dr. Tejedor ⁽¹⁾ se expresa compartiendo el mismo criterio cuando afirma: “En general toda falsificación se propone un hurto, su fin principal es pues dañar a la fortuna de otro. La adulteración puede cometerse a sabiendas y sin embargo no haber falsedad, que requiere siempre fraude o designio de dañar a otro ”.

Jofré ⁽²⁾ establece: “Que el delito de falsedad se consuma por el hecho de la falsificación dolosa, la posibilidad del perjuicio y la voluntad de usar el documento, de manera que no es necesario que la víctima haya sido privada de parte de su patrimonio lo que se requiere en la defraudación ”.

Tal es también el criterio de nuestra jurisprudencia respecto al delito de falsificación.

En cuanto al delito de defraudación solo queda consumado cuando se priva a la víctima por los medios expresados por la ley, de parte de su patrimonio. He aquí las diferencias fundamentales de ambos delitos; mientras uno solo requiere el designio de perjudicar y la voluntad de usar del documento, para que exista, el otro solo puede considerarse consumado cuando existe el perjuicio, el daño causado.

De modo que ambos delitos son completamente independientes y tienen sus características diferenciales a simple vista; luego no podemos admitir y es erróneo considerar a uno como delito medio del otro, puesto que ambos se pueden individualizar perfectamente.

La tesis que sostengo está consagrada en la doctrina de la ley, pues cuando el legislador ha querido que la falsificación sea un medio de practicar una defraudación así

(1) Obra citada, tomo I, pág. 181.

(2) El Código de 1922, pág. 367.

lo ha dejado expresado, como puede constatarse en los artículos 173, incisos 4, 5 y 7; y 174, inciso 2º. Fuera de estos casos expresamente determinados la falsificación de documento es un delito independiente de la defraudación.

El ex-Juez, Dr. Emilio J. Pareto, en uno de sus ilustrados fallos, donde se plantea la prescripción de la acción en un delito de falsificación de documento y tentativa de defraudación, sostenía: "No había en el subjudice tentativa de defraudación, porque la intención fraudulenta entra como elemento que integra la falsificación y adulteración de documento". Y en cuanto a la jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, que considera la falsificación como un delito medio de la defraudación, nos dice: "Nos parece equivocada esa doctrina. La falsificación queda consumada bajo las condiciones que hemos enunciado, mientras que la defraudación solo ocurre cuando se priva a la víctima por los medios expresados por la ley de parte de su patrimonio.

"En los casos en que la ley ha querido que la falsificación sea un medio de practicar una defraudación, lo ha dicho expresamente. Es así como se hace reo de defraudación y no de falsificación, el que abusa de firma en blanco, el que otorga falsos recibos, el que falsifica documentos de créditos para perjudicar a un menor, art. 173, incisos 4, 6 y 7, y art. 174, inciso 2º. Si en un caso dado concurren los elementos de un determinado delito y nada más que estos elementos, es claro que no se puede hablar de que se han cometido dos delitos sin pecar contra la lógica. Esta doctrina que comparte Majno, tomo 2º, pág. 90 y sigts.; V. Concha, Tratado de Derecho Penal, pág. 244, párrafos 253 y 317; e Irureta Goyena, Delito de Falsificación, págs. 48 y 49, tiene su abono en la Jurisprudencia del Superior Tribunal de Madrid, traída por Hidalgo García, tomo 1º, págs. 906 y siguientes: "Es una circunstancia absolutamente esencial del delito de falsificación de documentos privados el perjuicio del acusado o que se tuviera ánimo de causar a tercero y no puede en manera alguna separarse de la falsedad cometido el indicado perjuicio, objeto y consecuencia de la misma, formando esos dos elementos un solo delito especial de falsificación. El per-

juicio de tercero cometido por medio de la falsedad de un documento privado, es el elemento característico de la misma y no puede separarse del hecho que integra para suponerlo constitutivo de la estafa. La falsedad y la defraudación o ánimo de ocasionar perjuicio son elementos conjuntos e indispensables a la constitución del delito que define el art. 318 (falsedad de documentos privados), de modo tan preciso que no pueden disgregarse estimando la falsificación como medio de la estafa". Véase en el mismo sentido Langle, C. Pen., Fallos, pág. 366". Fundado en estos motivos rechazó la existencia del doble delito, sosteniendo que el caso de autos no constituía una tentativa de defraudación, sino el delito de falsificación de documento privado, declarando en consecuencia prescripta la acción para acusar ⁽¹⁾.

Esta es en mi entender la verdadera doctrina; el sostener que por el hecho de que la falsificación haya ocasionado un perjuicio se transforme en defraudación constituyendo un delito medio, es un error de concepto. El perjuicio ocasionado es una consecuencia lógica no solo de la consumación, sino también de la finalidad del delito.

Del hecho de que no se necesite en la falsificación la existencia real del perjuicio para considerarlo consumado, no se desprende de aquí que en el delito de falsificación no pueda existir ese perjuicio, y es un error evidente sostener que ante la realidad del perjuicio se trueque el delito en defraudación.

A excepción de los casos expresamente determinados por la ley y citados anteriormente, la falsificación de un documento privado o público, es un delito independiente, desde que forma con la defraudación dos entidades jurídicas completamente distintas.

* * *

Defraudación y Cheque doloso. — De acuerdo a la disposición expresa del artículo 302 del Código Penal, se

(1) Ver fallo en la causa seguida a Ruiz Manuel, por falsificación y tentativa de defraudación. Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 93.

rá 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 artículo 172, un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto y no abonare el mismo en moneda nacional de curso legal dentro de las veinticuatro horas de haber sido protestado.

Por consiguiente tenemos legislada con una pena especial la entrega de un cheque doloso, cuando ese acto no cae en la disposición del artículo 172 del Código. Vale decir que la entrega de un cheque puede llegar a constituir un delito especial o servir de medio para consumar una defraudación.

¿Cuáles son entonces las características diferenciales a los efectos de establecer las normas para distinguir ambos delitos? Veamos:

El delito especial de cheque doloso, cuya iniciativa la debemos al Diputado Don Delfor del Valle, fué creado con el objeto principal de dar carácter de seriedad a este precioso documento de comercio. Había que cortar un abuso que se generalizó en aquel entonces, desprestigiando al cheque y desvirtuando su efectividad en las transacciones comerciales. Este fué el punto de vista contemplado por el legislador, de acuerdo a la exposición de motivos que fundamentó el proyecto.

Pero la ley que se registró bajo el N° 9077 no llenó la finalidad perseguida por su autor, ya que el texto de la misma se prestó a diversas interpretaciones. En efecto: en su único artículo establecía: Art. 1°. Agréguese al artículo 203 del Código Penal el siguiente inciso: Inciso 15. Los que den en pago cheques, sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, quedarán igualmente comprendidos en las penalidades prevenidas por el artículo anterior en los incisos 1 y 2, siempre que dentro de las veinticuatro horas del protesto no abonaren su importe.

La disposición legal que se agregaba como un simple inciso al artículo 203 del Código Penal, dió como resultado en la práctica, una jurisprudencia contradictoria que proclamó el fracaso más rotundo de la ley, ya que la jus-

ticia al considerar el inciso 15, de acuerdo al texto del artículo 203, exigía el perjuicio ocasionado para la configuración del delito.

Resultó entonces que lo que se castigaba era la defraudación por medio del cheque doloso. Ante la interpretación dada por la jurisprudencia, que desvirtuaba en la práctica la finalidad de la ley, el propio Diputado Del Valle, presentó su nuevo proyecto para aclarar en forma indubitable el concepto de la misma; desde que consideró las dos situaciones que pueden presentarse: el delito especial de cheque doloso y la defraudación por medio del mismo.

El referido proyecto consignaba las siguientes disposiciones: a) Añádase al artículo 203 del Código Penal como inciso 21: Los que defrauden suscribiendo cheques o giros comerciales sin tener provisión de fondos suficiente o autorización expresa para girar en descubierto. b) Añádase al artículo 293 del Código Penal: El que dé en pago o entregue por cualquier concepto a un tercero un cheque o giro sin tener provisión de fondos o autorización expresa para girar en descubierto, y no abone el mismo dentro de las veinticuatro horas de haber sido notificado en cualquier forma de su rechazo, sufrirá la pena de uno a tres meses de arresto. c) En la misma pena incurrirá el acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor a título de documento de crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro en las condiciones del artículo anterior. d) Derógase la ley número 9077.

Con esta nueva iniciativa del referido Diputado, presentada en la sesión celebrada el 20 de Agosto de 1913, como consta en el diario respectivo al folio 952 del tomo 2º del año 1913, quedaban subsanadas las deficiencias o malas interpretaciones de la primitiva ley, que tendía a dar amplias garantías al cheque incorporado por nuestra legislación como un documento de comercio.

Tales son los antecedentes legítimos de nuestro artículo 302, y del inciso 4º del artículo 175 del Código vigente. De modo que debemos recurrir a ellos, para establecer en qué consiste el delito especial de cheque doloso y la defraudación por medio del mismo.

Por tanto, cuando se logra obtener una ventaja pa-

rimonial ilícita por intermedio de este documento de comercio, no hay duda que estamos frente al delito de defraudación: tal sería el caso del que logra descontar un cheque doloso ocasionando un perjuicio patrimonial. En cambio cuando se libra en pago de una obligación ya contraída, el hecho no puede configurar otro delito que el de cheque doloso.

Para aclarar más el concepto y establecer mejor y en forma gráfica la diferencia entre ambos delitos, les recordaré las diferencias ideológicas entre estafa y defraudación.

En el delito de estafa, el engaño es con el objeto de que el dueño se desprenda voluntariamente de la posesión de la cosa, vale decir que el engaño o la maniobra delictuosa precede a la posesión. En cambio en la defraudación es a la inversa, porque el engaño es posterior, desde que la cosa se encontraba en poder del defraudador cuando éste resolvió su apropiación violando la confianza depositada.

En el presente caso la diferencia es similar. Cuando el engaño es anterior y con el objeto de obtener una ventaja patrimonial ilícita, el cheque debe configurar el delito de estafa. Ahora cuando la obligación ha sido contraída ya, lo único que se sorprende es la buena fe del tomador y debe configurar entonces el delito del artículo 302.

En el primer caso, el delito se perfecciona desde el momento que el librador hace efectivo el cheque ocasionando un perjuicio. En el segundo, el delito se perfecciona cuando el librador no ha hecho efectivo el cheque después de las veinticuatro horas del protesto del mismo.

Estas son las diferencias fundamentales de ambos delitos, que resultan de sencilla aplicación en la práctica.

* * *

Defraudación y Ejercicio ilegal de la medicina. — Nuestra ley al considerar los atentados contra la salud, contempla no solo el caso del profesional que abusando de su ciencia explota la credulidad de sus enfermos con métodos infalibles, sino también el del falso profesional que sin título, ni autorización de ninguna especie ejerza habitualmente cualquier arte de curar.

Tratándose de la referida disposición para reprimir el falso profesionalismo, es condición necesaria el requisito de la habitualidad.

Lo que tiene en cuenta el legislador, lo que ampara el precepto legal, es la salud pública; por lo que el ánimo de lucro o la gratuidad del servicio, resulta indiferente para la consumación del delito.

En la exposición de motivos del Proyecto de 1906, que nos sirvió de antecedente, encontramos la finalidad de la ley cuando dice ⁽¹⁾: "Vienen por fin, a completar este título, el capítulo de los delitos contra la salud pública, que contiene varias disposiciones que hacían falta en el Código actual.

"Inútil nos parece la justificación de todas las disposiciones enumeradas en el capítulo, que como V. E. verá, tienen por objeto el castigo de actos que constituyen graves atentados contra la salud pública, que el Estado tiene el deber de proteger por todos los medios a su alcance.

"Respecto del ejercicio ilegal de la medicina, nos ha de permitir V. E. algunas consideraciones.

"El curanderismo, en todas sus formas, es uno de los peores enemigos de la salud, a la vez que un medio inicuo de explotación; lo primero, porque cuando no precipita la muerte, con procedimientos absurdos y antihigiénicos, deja avanzar las enfermedades mediante el empleo de medios completamente pueriles e inícuos; lo segundo, porque aprovecha del sufrimiento y del dolor para hacerse pagar generosamente su engaño y su mala fe. La Comisión piensa, pues, que es necesario, una vez por todas, acabar con este mal, que desgraciadamente, se extiende en todas partes, gracias a la divulgación de ciertos medios que pueden dar resultados en mano de un hombre de ciencia, pero que son una desgraciada parodia en poder de un charlatán.

"No podíamos prescindir, por otra parte, ya que hacemos obra nacional, del clamor público contra estos profesionales del engaño y la mentira; no podíamos desaten-

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 386 y 387.

der las quejas que todos los días oíamos; no podíamos en fin, ser sordos a la protesta de todos los hombres cultos y de las corporaciones científicas más autorizadas. Hemos procedido, en consecuencia, a legislar esta materia, cuidando todos los detalles, a fin de llegar a la extirpación completa de este reconocido mal”.

Tal es la ideología del precepto, pero lo que nos interesa aquí, es saber si puede cometerse el delito por medio del ejercicio ilegal de la medicina. En nuestro entender, cuando el engaño no ha tenido otra finalidad que la sola explotación del enfermo, el delito debe encuadrarse como defraudación.

El delito de ejercicio ilegal de la medicina, puede cometerse con ánimo de lucro y entonces participa también de los elementos de la defraudación. La dificultad del problema aparece cuando se tiene que delinear ambas figuras delictuosas, desde que el legislador las reprime con diferentes penas.

El precepto legal tiende a reprimir la explotación del engaño, no solo en el profesional, sino también en el curandero, precisamente en salvaguarda de la credulidad de sus víctimas, que por la situación misma que sufren, caen con mucha facilidad en las redes del estafador.

La solución más sencilla sería sostener la existencia de un concurso ideal de delitos, pero esto equivale a orillar la cuestión, sin resolverla. No participo de ella, por cuanto, tanto el engaño como el ánimo de lucro, entran también como elementos constitutivos del delito de ejercicio ilegal de la medicina y entonces cuando en un caso cualquiera concurren los elementos de un solo y determinado delito, lógicamente debemos rechazar la idea del concurso.

Establecer cuándo debe primar el ejercicio ilegal de la medicina y cuándo el engaño debe configurar la defraudación, es cuestión delegada al magistrado en el caso concreto.

Ahora bien, cuando el curandero haciendo un “modus vivendi” de su falsa profesión, cobra sus servicios y medicamentos, en forma razonable, la infracción no obstante el engaño y el ánimo de lucro, debe encuadrarse en

la disposición del artículo 208 del Código Penal. Pero cuando valido de su profesión, explota la credulidad pública extralimitándose en la esfera de lo lógico y lo razonable, entonces el delito debe adquirir la forma típica de la defraudación que constituye la infracción más grave.

En nuestros tribunales se ha planteado y resuelto esta situación. Con motivo de una denuncia contra un curandero, por cuanto había cobrado una suma de dinero garantizando la cura de una afección tuberculosa pulmonar, se instruyó el sumario correspondiente y se encontró un archivo de cartas y circulares donde constaban sus actuaciones delictuosas.

Los papeles timbrados llevaban el siguiente membrete: "Profesor Agustín Fortunato Decoppi Rasolen - Enseña Clínica Naturista Vegetariana - Diagnósticos y Pronósticos Exactos - Verdad Pura - Dicta Cursos de Curación Natural - Sin Ninguna Medicina Ni Operación - Resultado Seguro - Instruye Sobre El Origen Y La Naturaleza De Las Enfermedades - Y Como Hacerlas Desaparecer Fácilmente Para Siempre - 3 de Febrero 1360 - Rosario". Además se dedicaba a la venta de su libro "La verdadera ciencia de curar", por el que cobraba sumas fabulosas llegando a vender un ejemplar en la cantidad de \$ 1875.00 m/n.

El Fiscal, encontrando demostrada la responsabilidad del denunciado, encuadrando el delito en la disposición del artículo 208 del Código Penal, solicitó la pena de un año de prisión. La defensa sostenía la absolución porque decía que el engaño de que se valía era una simple mentira civil que no podía considerarse delictuosa.

El Juez de Sentencia, encontró demostrada la responsabilidad del curandero en cuanto al ejercicio ilegal de la medicina; pero sostuvo que había cometido una estafa, pues consiguió con falsos títulos y engaños una venta patrimonial ilícita al vender el libro de "La verdadera ciencia de curar" por la suma fabulosa e irrazonable que lo hacía. Consideró en este caso idóneo el engaño para configurar el delito de estafa y le impuso finalmente la pena de cinco años de prisión por el delito de defraudación.

Este criterio fué aceptado ampliamente por la Cámara del Crimen, la cual confirmó la referida sentencia.

Manifiesta el tribunal ⁽¹⁾: "que la inspección y el secuestro efectuados en el presunto "laboratorio" demuestran la existencia de una organización hábilmente dirigida a la explotación de aquél que, prestando fe a los avisos aparecidos en varias publicaciones se dirigían en demanda de tratamiento. Después de esa primera carta comenzaba una animada y pintoresca correspondencia, debidamente controlada, ordenada, enumerada y archivada por el "Profesor, Doctor - Naturalista - Vegetariano - Fisiocrático - Naturoterápico: Fisiátrico - Agustín Fortunato Decoppi Rasolem", con papeles barrocamente recargados de sellos con tintas de distintos colores, un cliché, un retrato del Profesor, una alta enumeración y la síntesis en prosa de las declaraciones de principios científicos. Enseguida se enviaba al enfermo un formulario para el "informe confidencial", con nuevos sellos y membretes, en el que comenzaba ya, con términos de singular premura, la exigencia de dinero, vinculando el estado de salud con la puntualidad en el envío de fondos, y requiriendo una fotografía de cada vez que se hubiese hecho retratar. Este formulario debía ser devuelto enseguida. Uno de los recuadros de este segundo papel contiene, cuando es para mujer, el ofrecimiento de un libro "naturo pático y fisiocrático" a treinta y ocho pesos, que es la cifra impresa, pero que a veces se corrige transformándose en \$ 338, \$ 90, \$ 388, etc., habiendo llegado a vender un ejemplar a \$ 1875.

"Todos esos sellos, membretes, formularios y sobres y anuncios en los diarios son la típica "mise en scene", que en este caso asume incluso formas de destacada perfección. No puede alegarse que los envíos de dinero, ya sea para el tratamiento, ya para la compra del libro, eran voluntarios.

"En toda estafa el sujeto pasivo se desprende voluntariamente de lo que entrega al estafador; pero esa voluntad está determinada por las maniobras engañosas, parte

(1) Voto del Dr. Sebastián Soler.

de un error que ha sido determinado precisamente por aquella maniobra. Ni puede decirse que la víctima del error lo es antes que nada de su ingenua ignorancia. El aviso dirigido a la generalidad del público tiene necesariamente efecto sobre una clase de incautos, gentes de buena fe, desesperados por una enfermedad crónica o por una obsesión patológica, que han agotado medios en procura de salud. Puesta en relación la maniobra con la condición de las personas a que se dirige, no solo aparece eficiente, sino que se demuestra particularmente odiosa, en cuanto explota la necesidad, la desesperación y el dolor de la gente y a las demandas impacientes de salud opone la exigencia previa de dinero, dilatando convenientemente los consejos de modo de aumentar el mal, el error y el provecho".

Tales son las razones invocadas por el Tribunal de Apelación para confirmar la sentencia que calificaba el delito cometido, en la configuración típica de la estafa.

En mi entender es ésta la verdadera tesis, la única calificación legal que por derecho corresponde; pues el atentado contra la salud no ha figurado en el presente caso como un querer de primera fila, muy al contrario, el estafador se ha valido del ejercicio ilegal de la medicina para explotar la credulidad pública y obtener mediante medios fraudulentos y maniobras engañosas, una ilícita ventaja patrimonial.

La idoneidad del engaño está manifiestamente demostrada; todo conducía a dar un cariz de seriedad a la farsa: los falsos títulos, la aparatosidad de la correspondencia, el libro que se pretendía científico y se ofrecía para la venta con la garantía de la cura del mal del paciente, y hasta si se quiere el falso laboratorio, han influenciado sin discusión alguna en la mente enfermiza de sus numerosas víctimas, que acicateadas por la desesperación, impulsadas por el dolor, se entregaban con sus últimos ahorros a las ansias insaciabiles del estafador.

En realidad estos profesionales del delito, que constituyen una verdadera plaga dentro de la sociedad donde actúan, son mucho más peligrosos que el defraudador vulgar, que solo se atreve a atentar contra el derecho de propiedad; ya que su audacia no se detiene ante el dolor hu-

mano, sentimiento digno de respeto en todos los órdenes sociales.

* * *

Delito continuado. — ¿Las defraudaciones sucesivas constituyen un solo delito? Este problema de la reiteración del delito en las defraudaciones que siempre se ha discutido en la práctica, cobra su singular importancia; no solo desde el punto de vista de la prescripción, sino y muy especialmente de la responsabilidad del delincuente.

Sabemos que en la reiteración del delito la penalidad debe adicionarse de acuerdo al sistema de nuestra ley, en cambio rechazando la reiteración la penalidad resulta la común.

En el campo de la doctrina veamos lo que los autores llaman delito continuado. Así Ortolan ⁽¹⁾ nos dice: "Llamamos delitos continuados, los que consisten en acciones susceptible, aun después de su primer cumplimiento, de continuarse idénticas con ellas mismas, durante un tiempo más o menos largo, quizá indefinido; de tal suerte que tanto como la acción se continúa, el delito se prolonga. Más usualmente se designa a esta clase delitos sucesivos. Independiente de la continuidad física o material, ésta es la de una acción no interrumpida, puede ocurrir que haya una continuidad moral, uniendo en un mismo y solo delito diversos actos separados, de los cuales uno solo hubiera bastado para constituir penalmente el delito, pero como han sido repetidos varias veces durante un tiempo más o menos largo, a fin de alcanzar un mismo fin".

Esto sentado, veamos si en las defraudaciones sucesivas debemos aplicar los principios enunciados. Creo que no se puede sostener la existencia de la reiteración del delito, desde que no existe más que una sola resolución criminal; y la diversidad de acciones son los medios de que se vale el delincuente para llevarla a la práctica.

Existe una sola víctima que sufre las consecuencias de una sola intención delictuosa, y no hay más que una

(1) Resunmee des elements pénal, pág. 84.

sola lesión jurídica, perpetrada si se quiere en una pluralidad de acciones, pero que constituyen un solo delito.

Si los elementos básicos de la defraudación lo constituyen: la intención dolosa; y la ventaja patrimonial ilícita, (lesión jurídica); la pluralidad de acciones usada como medio de alcanzar esa finalidad no puede alterarlo, y convertirlo en diversas infracciones. Luego no podemos sostener la reiteración del delito fundado exclusivamente en la pluralidad de acciones.

Alimena ⁽¹⁾ nos enseña respecto al delito continuado: " Si las resoluciones fueran diversas y sucesivas y cada una tuviera un dolo especial, tendríamos varios delitos, pero cuando la resolución es única y el dolo es único también, existe un solo delito, porque las diversas y sucesivas consumaciones, no son más que las diversas y sucesivas partes de una sola consumación, que es la actuación de un dolo único. El delito está constituido por dos elementos necesarios: la intención dolo y la lesión jurídica, mientras que la acción no es más que el medio. La pluralidad de acciones (si la acción es un medio) no puede dar lugar, por sí misma, a la pluralidad de delitos. El delito continuado es un delito único, más grave que el sencillo correspondiente, precisamente por la persistencia del dolo, que dura desde el momento de la resolución hasta el momento en que se ejercita la última acción ".

Nuestra jurisprudencia local, en virtud de los conceptos vertidos, siempre se ha inclinado por el rechazo de la reiteración del delito en la defraudación. Considera las defraudaciones sucesivas cuando se trata de la misma víctima, como un solo y único delito, y puedo afirmar que no conozco ninguna jurisprudencia contradictoria después de la sanción del nuevo Código, que haya quebrado el criterio uniforme imperante.

* * *

Características diferenciales. — Establecer la fisonomía de la estafa y de la defraudación, resulta una cuestión interesante y que debemos tener presente para dosificar el castigo a que se ha hecho acreedor el delincuente.

(1) Principios de Derecho Penal, tomo I, pág. 491.

Si bien ambas infracciones están comprendidas en la misma disposición legal, existen diferencias fundamentales que nos sirven en el campo de la doctrina para distinguir y delinearlas.

En el hurto el apoderamiento se efectúa sin la voluntad del dueño; mas si a este apoderamiento agregamos el factor de la violencia material, configuramos el robo. Como se ve, en estos delitos la voluntad del dueño de la cosa no ha jugado ningún rol; y el elemento diferencial lo constituye en la forma como se ha efectuado ese apoderamiento.

En la defraudación y la estafa, la voluntad del dueño de la cosa juega un papel fundamental, ya que el apoderamiento se efectúa por expresa voluntad del propietario. El elemento diferencial en estos delitos consiste también como en los anteriores en la forma de perpetrar el apoderamiento.

Expliquémoslo: En la estafa, el delincuente se vale del engaño, del ardid, y de la astucia, para conseguir la voluntad del propietario y efectuar el apoderamiento. En la defraudación no existen maniobras de ninguna clase, sino que el apoderamiento se efectúa espontáneamente, porque el propietario ha entregado la cosa. Lo que se viola en este delito es la confianza depositada.

En la estafa como en el hurto y el robo, la idea del delito, nace y se desarrolla, antes de efectuar el apoderamiento, en cambio en la defraudación la concepción del dolo se desarrolla después que ha obtenido la posesión voluntaria y espontánea de la cosa.

Es así como Crivellari ⁽¹⁾ nos fija claramente el concepto entre defraudación y estafa cuando dice: "Que es necesario en primer término, como esencia del delito, que el culpable haya recibido la cosa o que se le haya confiado; es decir, que la posesión de la cosa le haya sido dada en forma lícita. Es éste el elemento que distingue la defraudación, del hurto y de la estafa, desde que no hay viola-

(1) Il codice penale per il regno d'Italia, tomo 8, pág. 246. Jurisprudencia Argentina, tomo I, pág. 762.

ción de la posesión puesto que ésta fué adquirida antes de cometerse el delito. Es cierto que en la estafa adquiere la posesión el culpable, de aquello que sirve a procurarle un provecho; pero mientras en la estafa se adquiere mediante ardides, en la defraudación es espontánea. En la primera juega el engaño; en la segunda la confianza”.

He aquí las diferencias doctrinales de estos delitos.

Simple apoderamiento de la cosa ajena, donde no ha tenido ninguna intervención la voluntad del dueño, caracteriza el hurto. Si a este apoderamiento agregamos el factor de la violencia material, nos configura el robo.

El apoderamiento logrado por el engaño, el ardid y la astucia, donde la voluntad del dueño es catequizada por las maniobras del culpable, nos presenta el típico delito de estafa.

El apoderamiento logrado por espontánea voluntad del dueño, donde se traiciona la confianza depositada, nos configura el delito de defraudación.

Luego en definitiva queda demostrado, que el elemento diferencial, sintéticamente hablando, consiste en la forma de como se ha perpetrado el apoderamiento.

Esta diferencia doctrinaria que a decir verdad olvidan los jueces en sus sentencias, tiene su importancia desde el punto de vista de la graduación de la pena. Desde que es más peligroso el estafador que pone su ingenio al servicio de la delincuencia, que el propio defraudador que solo la ocasión lo impulsa hacia el delito.

* * *

De la propiedad Científica, Literaria y Artística. — Nuestro Código Penal no considera como delito del derecho criminal la defraudación de los derechos de autor. Indiscutiblemente la defraudación constituye un atentado contra el derecho de propiedad, contra el derecho del dominio pleno, exclusivo, perpetuo; características de que no goza la mal llamada propiedad intelectual.

En realidad la propiedad científica, artística y literaria, no es más que un simple privilegio reconocido por el Estado, en favor de la producción intelectual y durante el

tiempo que establece la ley 7092. Privilegio que se extingue para pasar la obra al dominio público, a los diez años del fallecimiento de su autor y a los veinte de la publicación en las obras póstumas, artículo 5º de la ley citada.

En el hecho de editar clandestinamente una obra para venderla en perjuicio del autor, no entran en realidad los elementos que constituyen la defraudación o la estafa. Pues no hay aquí ninguna entrega de bienes por el propio damnificado a consecuencia de un error provocado por intermedio del dolo; tampoco existiría la apropiación con abuso de la confianza depositada desde que el agente nada ha recibido de su víctima. Luego no habría más que un hecho ilícito que ocasionaría un perjuicio en el caso de venderse la obra y que a lo sumo implicaría un delito civil cuya acción se traduce en la indemnización correspondiente.

Por eso nuestro legislador siguiendo el criterio universalmente reconocido, no puede considerar la defraudación de los derechos de autor como una figura del derecho criminal y establece por intermedio de una ley especial, la acción de indemnización civil.

En legislaciones como la francesa y la inglesa, donde esta infracción está considerada como delictuosa, constituye un delito independiente de la defraudación que tiene como sanción punitiva la pena de multa.

En el Proyecto del Dr. Tejedor, párrafo 4º, al tratar de las estafas y otras defraudaciones, artículo 9º, reprimía la defraudación de los derechos de autor con una multa de veinticinco a quinientos pesos fuertes cuando impresa la obra no se hubiere vendido ningún ejemplar, autorizando al mismo tiempo el secuestro de la edición. En caso de venta se duplicaba la pena. Esta misma sanción se aplicaba a la defraudación de cualquier producción científica literaria o artística.

En su nota explicativa decía (1): "Artículo 9º. - Art. 353 del Código Peruano. En el Español, 457. En el Francés, arts. 425 a 429. En el Napolitano, arts. 322 a 324. En el de Baviera, art. 397. En el Brasileiro, art. 261. La

(1) Proyecto del Dr. Tejedor, tomo II, pág. 429.

declaración de la propiedad literaria e industrial pertenece a las leyes especiales. En esas leyes es donde debe buscarse su definición y sus condiciones. Aquí no tenemos que ocuparnos de nada de eso, sino de la sanción con que las garantiza el Código Penal. La legislación que rige esta materia es enteramente moderna. Las leyes Romanas nada dicen a este respecto. (Véase Calmels de la propriété des oeuvres de l'intelligence, N° 3 y 4) ”.

Pero esta doctrina fué abandonada por los Proyectos posteriores, no figurando ni en el Código de 1886, ni en la ley de Reformas 4189, ni en el Código vigente.

El Proyecto de 1891 abogaba por la inclusión en el Código de una sanción para garantizar la propiedad literaria sosteniendo que, mientras no exista una ley especial que reprima estos abusos, no debió suprimirse la sanción penal establecida por el Proyecto Tejedor y en su exposición de motivos argumentaba ⁽¹⁾:

“Introducimos en el mismo título las disposiciones penales de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, respecto de los cuales no contiene el Código vigente prescripción alguna, no obstante haberla tenido su antecedente, el Código Tejedor. Esto último indica claramente que los legisladores no incurrieron en una omisión, sino que decidieron una reforma, la de que el Código Penal guardara silencio sobre la propiedad intelectual e industrial. Respecto de la última, se comprende que, dado el sistema observado de no incluir en el Código las disposiciones penales que ya existían en leyes especiales, se haya considerado de que estas bastaban; pero, no existiendo en ley alguna especial ni general, la penalidad de los delitos contra la propiedad literaria o artística, no se alcanza porqué razones se derogó el artículo 342 del Código Tejedor. ¿Acaso porque una ley no había fijado, como no ha fijado aún el término de la propiedad literaria? Creemos que la fijación del término de la propiedad literaria es una restricción que la ley puede imponer en conformidad con el artículo 17 de la Constitución; pero no puede

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, pág. 195.

sostenerse que la propiedad literaria o artística no exista mientras la ley no fije el término de su duración. La disposición constitucional no puede tener otro objeto, como todas las leyes referentes a la propiedad literaria, que limitar en beneficio general el derecho de propiedad que es exclusivo y anterior a toda ley escrita. Si algo puede ser objeto de discusión en esta materia, no es precisamente, si la propiedad intelectual existe, sino, si es justo que el carácter general de perpetua y exclusiva, inherente a la propiedad de todas las cosas, ceda ante una razón de otro orden. En consecuencia de estos principios, consignamos el artículo 221 del Proyecto, en términos análogos al 342 del Código Tejedor y demás concordantes indicados al pie del artículo, la represión del que, sin consentimiento de su autor o de su sucesor, reprodujere una obra literaria, científica o artística, o explotase un invento o descubrimiento ajeno, a menos que la propiedad exclusiva de la obra, invento o descubrimiento se encuentre extinguida”.

En el mismo sentido se expresaba el Proyecto de 1906, argumentando siempre la falta de ley especial sobre la propiedad científica, literaria y artística. Decía dicho Proyecto en su informe ⁽¹⁾:

“Castigamos en el capítulo séptimo, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La Comisión no se explica porqué la propiedad intelectual, la más querida, tal vez, por su dueño, no es protegida por la Ley penal, a la par que cualquier otra. El inconveniente no puede nacer del precepto constitucional, porque éste, en vez de desconocer, afirma la propiedad de esta clase, y si bien es cierto que autoriza su limitación en cuanto al tiempo, no es menos cierto que la propiedad existe y que ella tiene un carácter permanente, mientras no se dicte la Ley reglamentaria. Proponemos, pues, en virtud de estas ideas, que se castiguen los delitos contra la propiedad intelectual, en la extensión y por las causas que expresamos en el artículo 109.

“Respecto de la propiedad industrial hemos incorporado al proyecto las disposiciones respectivas de la Ley

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 386.

de marcas y patentes, amoldándolas a los principios generales que han presidido la confección de nuestro trabajo, y sometiénolas a una revisión esmerada”.

Por la ley N° 7092, promulgada el 16 de Septiembre de 1910, se legisló sobre la propiedad científica, literaria, y artística, reglamentando este privilegio de acuerdo a la cláusula constitucional respectiva; y estableciendo la acción de indemnización para los atentados contra la misma.

Dicha Ley, fué modificada por la N° 9510, promulgada el 10 de Octubre de 1914, en lo que respecta a la forma de proceder y a los ejemplares que está obligado a depositar el autor para gozar de los beneficios reconocidos. Así que con estos antecedentes legislativos, quedaba cubierto el vacío que anotaban nuestros antiguos legisladores, y que les servía de base para sostener la inclusión de una pena en el Código.

De modo que cuando se discutió definitivamente nuestra ley penal, la Comisión de la Cámara de Diputados, en su informe puntualizó su criterio sobre los atentados contra la propiedad literaria y artística, estableciendo que estos abusos no constituían delitos.

En su exposición de motivos decía: “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. - La Comisión ha pensado que todas las previsiones de este capítulo deben ser suprimidas del Código Penal. Si bien se persigue la unidad de la legislación represiva, no es menos cierto que debe buscarse esa unidad con relación a los delitos y no con respecto a las infracciones que emergen de la misma ley que las establece. La materia de marcas de fábrica está legislada en una ley especial y es en el articulado de esa ley donde deben encontrarse las represiones necesarias tal como hoy se hallan consignadas. Por esas consideraciones la Comisión ha preferido dejar esa materia a la ley especial de marcas de fábrica y comercio.

“Los atentados a la propiedad intelectual, también se reprimen en la ley respectiva”. Código Penal, edición oficial, pág. 198.

Tales son nuestros antecedentes legislativos que nos deciden a sostener, que la defraudación de los derechos de autor, constituye por disposición expresa de la ley un de-

lito de orden civil, que no puede dar lugar a otra acción que la de indemnización correspondiente.

La jurisprudencia también lo ha entendido así y en ese sentido tiene resuelto varios casos presentados ante los tribunales de la Capital Federal; como lo establece el Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Marcos Satanowsky, al comentar en la "Revista Crítica de Jurisprudencia" número 4 del 1º de Septiembre de 1932; el caso fallado por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, con la siguiente doctrina: "La impresión y venta clandestina de obras amparadas por las leyes 7092 y 9510 (de propiedad científica, literaria y artística) no constituyen defraudación".

El mismo profesor nos trae además en su autorizado comentario y en igual sentido, el caso de Ezio Colombo en la querella seguida a Don Angel Biotti por la edición de una obra de aquél y bajo un título distinto. El juez del Crimen Dr. Rodríguez Bustamante, desestimó la querella sosteniendo la inexistencia del delito, resolución que fué confirmada por la Cámara compuesta por los vocales Drs. Estévez, García y Pérez. — En igual sentido: Breyer v. Pemoff (Gaceta del Foro, de Octubre 22 de 1918) pág. 333; Vigil por defraudación (Juris. Arg., tomo 7, pág. 57 y Gaceta del Foro, de Julio 5 de 1921, pág. 31).

Hemos visto ya que por nuestra legislación penal, nunca los atentados contra la propiedad intelectual, han configurado el delito de defraudación, y aun en los proyectos que abogaban su inclusión en el Código Penal, los consideraban como un delito independiente de la defraudación reprimiéndolo con la pena de multa.

* * *

Nuevo régimen legal de la propiedad intelectual. — La ley 11.723, que rige la propiedad intelectual, fué sancionada a iniciativa del Senador Dr. Sánchez Sorondo, el cual propuso se formara una comisión compuesta por dos Senadores y tres Diputados en la sesión del 10 de Agosto de 1933 se designa como miembros de esa comisión a los Senadores Dr. Sánchez Sorondo y Dr. Mario Bravo. En igual sentido se pronuncia la Cámara de Diputados, nombrando como miembros de esa comisión a los Diputados

R. G. Loyarte, R. J. Noble y S. Ruggieri, en la sesión del 18 de Agosto de 1933.

La comisión bajo la presidencia del Dr. Sánchez Sorondo y Secretario R. J. Noble, presenta su proyecto, el cual es aprobado en el Senado en la sesión del 18 de Septiembre de 1933. La Cámara de Diputados aprobó a su vez en general y particular dicho proyecto, rectificando solo el artículo 83 en la sesión del 25 de Septiembre de 1933.

Vuelto el proyecto al Senado, este aprobó la modificación introducida, quedando entonces convertido en ley en la sesión del 26 de Septiembre de 1933. La que se encuentra registrada bajo el número de orden 11.723.

El nuevo régimen legal de la propiedad intelectual, contempla el problema de la defraudación de los derechos de autor en una forma completamente diferente, y hoy por disposición expresa de la ley, tales abusos constituyen verdaderos delitos en el orden penal, y están equiparados a la defraudación común. Es decir que en nuestro sistema represivo, se ha contemplado este caso en una forma totalmente diversa a los proyectos anteriores, y ahora no se trata de un simple delito civil, sino que constituye un verdadero delito del orden criminal.

Así establece la ley 11.723: "Artículo 71. - Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.

"Artículo 72. - Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes; b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto; c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; d) El que edite

o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados.

" Artículo 73. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, o con multa de cien a mil pesos destinado al fondo de fomento creado por esta ley: a) El que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derecho-habientes; b) El que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derecho-habientes.

" Artículo 74. - Será reprimido con prisión de un mes a un año o multa de cien a mil pesos destinados al fondo de fomento creado por esta ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derecho-habiente o la representación de quien tuviere derecho, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita.

" Artículo 75. - En la aplicación de las penas establecidas por la presente ley la acción se iniciará de oficio, por denuncia o querella.

" Artículo 76. - El procedimiento y jurisdicción será establecido por el respectivo Código de Procedimiento en lo Criminal vigente en el lugar donde se cometa el delito.

" Artículo 77. - Tanto el juicio civil como el criminal, son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan. Las partes solo podrán usar en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales de otros juicios, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del Jurado, mas nunca las sentencias de los jueces respectivos.

" Artículo 78. - La Comisión Nacional de Cultura, representada por su presidente, podrá acumular su acción a la de los damnificados, para percibir el importe de las multas establecidas a su favor y ejercitar las acciones correspondientes a las atribuciones y funciones que se le asignan ". Disposiciones penales de la ley 11.723.

Tales son las sanciones penales con que la nueva ley reprime los abusos contra la propiedad intelectual, de modo que, el nuevo sistema adoptado contempla el problema en una forma diametralmente opuesta. La defraudación de los derechos de autor para nuestro legislador constituye

un delito público incorporado a la defraudación del Código Penal.

Siendo público este delito la acción corresponde al Ministerio Fiscal, el cual debe proceder de oficio, por denuncia o a querella de parte.

Considero doctrinariamente errónea la teoría de nuestra ley, y no participo de ella, porque entiendo que en los abusos contra la propiedad intelectual que tipifican el delito, no entran como decía anteriormente los elementos de la defraudación y de la estafa.

Defraudar como dice una sentencia sobre abusos contra la propiedad intelectual, al sostener la inexistencia del delito: "Es en substancia, usurpar, quitar a alguno por los medios o en la forma específicamente determinados en la ley, lo que al mismo pertenece. Importa genéricamente, extraer por modo doloso del patrimonio ajeno un bien existente en él, con abuso de confianza o empleando medios que se concreten en definitiva, en un engaño usado a efecto de inducir en error y lograr tal objeto".

En el hecho de imprimir una obra y venderla en perjuicio de su autor, no se encuentran los elementos citados anteriormente; no hay entrega de bienes del damnificado a consecuencia de alguna maniobra dolosa, ni tampoco de la apropiación con abuso en la confianza depositada, desde que el agente en este caso nada recibe de su víctima.

Pienso que pudo hacerse de este delito una infracción independiente de la defraudación, si se quiere, reprimida severamente; pero incorporarla directamente a la defraudación común es en mi entender un error de carácter doctrinario.

Aun está en pie la discusión de que si tales abusos deben pertenecer a la jurisdicción civil o criminal; y nuestro legislador ultrapasando el criterio condescendiente de los escépticos, que admiten tales abusos en el orden penal como un delito independiente, reprimiéndolo con la pena de multa, los incorpora directamente al artículo 172 del Código Penal vigente. Es decir que tales actos han dejado de ser delitos civiles como se consideraban anteriormente para pasar a la categoría de verdaderas defraudaciones.

Los errores aunque sean doctrinarios, cuando revisten el carácter de un precepto legal por sanción legislativa, forman la tesis de la ley; y en consecuencia para nuestro derecho positivo, los abusos contra la propiedad intelectual constituyen el delito de defraudación común.

CASOS ESPECIALES DE DEFRAUDACION

Artículo 173.

Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 1º El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio; 2º El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver; 3º El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento; 4º El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dió o de tercero; 5º El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero; 6º El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos; 7º El comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho; 8º El que cometiere defraudación, sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante; 9º El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos; 10º El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos.

* * *

Inciso 1º. — Hemos analizado anteriormente en forma general el delito de defraudación, apuntando la dificultad de puntualizar una definición. Ahora entramos a considerar los casos especiales consignados por el legislador bajo los diez incisos del artículo.

La disposición del inciso primero no resulta una novedad para nuestra legislación, pues la encontramos en el Proyecto del Dr. Tejedor, la cual ha sido tomada del Código Español. Pacheco ⁽¹⁾, citado en el referido proyecto, dice: "Este primer artículo pena los engaños que se hicieren en la substancia, cantidad y calidad de las cosas que se entregasen en virtud de un título obligatorio. Ejemplo de lo primero: el que se cometiere entregando un mueble de metal debiendo ser de oro. Ejemplo de lo segundo: el que se cometiere entregando falto de peso, lo que debiere entregar según éste. Ejemplo de lo tercero: el que se cometiere entregando vino Jerez imitado, por vino Jerez real".

Nuestra ley habla de que el engaño puede recaer sobre la substancia, cantidad y calidad de las cosas. Ahora en el campo de la doctrina, autores como Impallomeni, sostienen que la calidad debe excluirse.

Consideran que el alterar la calidad de las cosas solo implica una mentira civil, y reprimirla sería ir contra la propaganda comercial. Pero la propaganda comercial que tenga por objeto un lucro indebido, debe reprimirse.

Nuestro inciso primero establece de una manera expresa, que el engaño puede recaer sobre la calidad de la cosa, de modo que la distinción doctrinaria señalada por Impallomeni, no reza con los preceptos de nuestra ley.

Si acudimos a las leyes de Partidas, antecedente inmediato del Código Español, y que sirvió de primitivo modelo al nuestro, reafirmamos el concepto expuesto.

La ley 8, tit. 16, Part. 7ª dice: "Del engaño que hacen los reuendedores, mezclando con aquellas cosas que venden, otras peores que le semejan". Es decir habla de alterar la calidad de las cosas.

En realidad no hay porqué excluir la calidad desde

(1) Código Penal, tomo III, pág. 348.

que ésta puede ser materia de engaño para sacar un provecho ilícito. Tampoco puede afirmarse que sea ir contra la propaganda comercial el prever la alteración dolosa de la calidad de las cosas, desde que no todo engaño es suficiente para configurar una defraudación.

Ya al hablar del dolo dijimos cuales eran los engaños que engendran la responsabilidad. El engaño debe ser dirigido con el deliberado propósito de ocasionar un perjuicio, es decir que el hecho debe ser doloso y con la intención de sacar un provecho ilícito.

De modo que la propaganda, las exageraciones de las bondades y las calidades de las cosas, cuando tienen por objeto únicamente la venta de la mercadería, no pueden constituirlo; pues se trataría de un acto lícito del comercio que no entra en la esfera de la responsabilidad. No es a ese engaño al que se refiere la ley, porque en realidad allí no hay dolo, ni se tiene el propósito de perjudicar, que son las condiciones esenciales en que se fundamenta el delito.

No podemos sostener lo mismo cuando el comerciante vende plomo por oro, porque en este caso no se trata de exagerar la calidad de una cosa, sino que se altera la calidad de la misma con el deliberado propósito de perjudicar obteniendo un provecho ilícito.

* * *

Inciso 2º. — Como en todos los delitos contra la propiedad, es necesario la existencia del perjuicio que es su característica fundamental. Es por eso que establece la ley; que comete defraudación, el que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se haya dado en depósito, comisión, administración, o cualquier título que produzca la obligación de entregar o devolver.

No solo la negativa de la restitución puede configurar el delito; basta que dicha restitución no se haga a su debido tiempo para que engendre la responsabilidad criminal.

Es el delito más comúnmente realizado por los depositarios, los comodatarios, los administradores y los comisionistas, de las cosas o efectos que tienen a su guarda. Es

conocido en las diversas legislaciones con distintos nombres: los franceses lo llaman abuso de confianza (ver también nuestro C. C., art. 2273), en el Código Toscano se lo denomina trufa, que significa engaño; los españoles lo consideran bajo el nombre de estafa, en el Uruguay se lo denomina apropiación indebida, y por último en nuestro Código entra en la categoría general de las defraudaciones.

La condición fundamental es que la cosa haya sido entregada por cualquier título que trae aparejada la obligación de devolverla, desde que si el poseedor la retiene por cualquier título traslativo de dominio, la disposición de la misma constituye el ejercicio de un derecho.

En este delito no se admiten cuestiones prejudiciales, y cualquiera que se plantee en ese sentido, como la previa rendición de cuentas, debe ser resuelta por juez del crimen en su sentencia.

* * *

Recordando las disposiciones que rigen el depósito encontramos que, éste existe cuando una parte se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que otro le confía, obligándose a restituir la misma e idéntica cosa.

Considero necesario hacer presente que el depósito no se presume desde que solo existe por contrato, ley o decreto judicial que lo autorice; por eso el que se arroga la detención de una cosa fuera de estos casos especificados, no podrá ser considerado como depositario.

El depósito, dice la ley, puede ser voluntario o necesario. Ahora bien, el voluntario a su vez puede adquirir las características de regular e irregular, art. 2188 del C. Civil. En este sentido no podemos perder de vista el alcance dado por el legislador a ambos depósitos; ya que en el regular el depositario solo adquiere la mera tenencia, y en cambio en el irregular la cosa depositada pasa al dominio del depositario, art. 2191 del C. Civil.

Esta diferencia fundamental e importante hay que tenerla especialmente en cuenta, cuando se trata del delito de defraudación, desde que la disposición de buena fe en el depósito irregular no puede configurarlo, por cuanto el

título en este caso es traslativo de dominio y la obligación del depositario es devolver igual cantidad a la recibida, que se traduce en una obligación civil de daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

Es decir en el depósito regular, la disposición por parte del depositario siempre configura el delito de defraudación, porque en este caso la obligación de restituir se establece en la misma e idéntica cosa. En cambio no puede suceder lo mismo en el depósito irregular; la disposición de la cosa puede en algunos casos configurar el delito de defraudación y en otros no.

En este sentido aceptamos la opinión de Rodolfo Rivarola. Este autor hace la distinción de que el depositario sea solvente e insolvente; porque existe una diferencia apreciable entre el depositario solvente que dispone del depósito, y el insolvente que dispone a sabiendas de que no podía cumplir con la obligación contraída.

En el primer caso, no ha habido ni ánimo de apropiación, ni propósito de perjudicar. La insolvencia sobrevenida que da origen a la falta de cumplimiento de la obligación se traduce en una acción de daños y perjuicios.

En el segundo caso, el insolvente que dispone del depósito, sabiendo que esa disposición ocasiona un perjuicio irreparable por cuanto no está en condiciones de devolverlo, comete en realidad una verdadera apropiación dolosa.

En este sentido cita a Toullier ⁽¹⁾ cuando dice: "Hay designio de defraudar cuando el deudor conoce el mal estado de sus negocios, sabe que es insolvente y que el acto que se propone va aumentar su insolvencia y sin embargo lo ejecuta: hiere pues, los derechos de su acreedor, sabiéndolo y por consiguiente queriéndolo".

En este caso la prueba de la disposición a sabienda de su insolvencia debe estar siempre a cargo del acreedor.

* * *

El abuso del depósito. — ¿Puede configurar el deli-

(1) R. Rivarola, Código Penal, tomo II, pág. 365.

to de defraudación el uso indebido del depósito contra la voluntad del depositante? Creemos que no. No hay duda que el uso indebido de una cosa es un abuso, pero esto no quiere decir precisamente que deba constituir un delito; desde que hay abusos que no causan daños, otros en cambio ocasionan un perjuicio y traen aparejada la obligación civil de repararlo, y tenemos por último otros, que además de la lesión jurídica perturban el orden social y son los que dan origen a las acciones penales.

El uso indebido del depósito, es un abuso de la 2ª categoría; es decir que solo engendra responsabilidades civiles de acuerdo a lo dispuesto por el art. 2209 del C. Civil.

* * *

Inciso 3º. — Nuestro Código ha tomado este inciso del Proyecto del Dr. Tejedor, el cual señala como fuente del mismo el artículo 452, inciso 2º del Código Español. Pacheco ⁽¹⁾ en su comentario nos afirma: "Lo propio decimos del hecho de hacer suscribir a otro, embaucándole, persuadiéndole, sacándole con ardides y seducciones una firma y una obligación. Esto es propiamente algo de lo que en el mundo se llama estafar: voz y palabra consagrada, como tantas otras de la que se vale la ley; acción que completa el pensamiento del artículo 430, y que tiene respecto a los hurtos la misma situación que aquel otro respecto a los robos".

Este inciso al igual que el 4, 6 y 8, constituye una excepción a la regla sancionada por el artículo 172 del Código. Es decir, de acuerdo al precepto legal citado, para que se consuma el delito, es necesario que exista la ventaja patrimonial ilícita, el fracaso de las maniobras tendientes a conseguir el perjuicio, nos llevan a la esfera de la responsabilidad de la tentativa.

Esto en tesis general, pues en esta clase especial de defraudación que podríamos llamar propiamente con engaño calificado desde que se emplea la falsificación, no es necesario el perjuicio patrimonial, basta solo con la redacción fraudulenta del documento siempre que haya propó-

(1) Código Penal, tomo III, pág. 362, N° 10.

sito de uso; por eso decía que constituía una excepción a la regla.

¿Cuándo se consuma el delito para nuestra ley? ¿Es necesario el uso del documento? Es ésta otra cuestión que tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia no siempre se ha solucionado de una manera uniforme.

La Corte de Casación Italiana, establece que, no es necesario el uso del documento para la consumación del delito. Crivellari, al igual que Carrara, sostiene que la sola redacción y firma del documento implica su consumación, desde que en este caso no es necesario la efectividad del perjuicio, pues basta solo que el documento sea susceptible de producirlo, desde que es suficiente el daño potencial. Razona diciendo que la sola obligación suscrita constituye el perjuicio desde que la firma es auténtica y el documento lleva implícito su validez, por eso afirma que la redacción fraudulenta del mismo implica la consumación del delito.

En cambio la Corte de Casación Francesa, exige el uso del documento como un elemento necesario para la consumación del delito.

Groizard, al comentar el artículo 548, inciso 6º del Código Español, que es igual al 452, inciso 2º explicado por Pacheco y fuente originaria del nuestro, aconseja seguir la jurisprudencia francesa, que como hemos visto considera consumado el delito por el simple uso del documento. Por eso todos los Códigos que como el nuestro siguen en esta parte al Código Español, y nada dicen respecto al daño o perjuicio, si debe ser este posible o real, deben adoptar la orientación del modelo en el sentido que lo indica el citado tratadista.

Por nuestra parte, la jurisprudencia nacional, siguiendo puede decirse un sistema ecléctico, solo exige para la consumación del delito, que el agente haya pretendido usar o use del documento. Consideramos justa esta interpretación de acuerdo al modelo seguido, ya que nuestro legislador se ha separado en este sentido de la legislación italiana.

Inciso 4º. Abuso de firma en blanco. — Este delito no se separaba antiguamente de la falsificación documentaria, es decir, no existía el abuso de firma en blanco como delito independiente, el cual se consideraba como un caso vulgar de falsificación. Este era el criterio del Código Austriaco y del propio Código Germano que en su párrafo 269 establecía: "Se equipara a la formación de un documento falso el acto de aquél que redacta una escritura munida de la firma de otro, sin el consentimiento de éste, o contra sus órdenes, imprimiéndole la fuerza de un documento".

El Proyecto del Dr. Tejedor que nos sirve de antecedente citando a Chauveau Adolphe, dice: "El abuso de firma en blanco considerado en sí mismo es una verdadera falsedad, puesto que consiste en una suposición de acto, en una alteración de cláusulas, o en una adición fraudulenta a los hechos que el acto firmado de antemano tenía por objeto comprobar: una sola circunstancia lo coloca en una clase aparte, y ésta es que la firma en blanco, que sirve a la fabricación de la falsedad se ha confiado voluntariamente al falsario. Tomo 3º, pág. 348". Véase también Morín, "Rep abus de blanc seing. Nº 2".

Esta discrepancia doctrinaria fué llevada al parlamento Italiano, con motivo de la sanción del Proyecto del ilustre Ministro Zanardelli, cuestión que obtuvo en su tiempo resonancia. El diputado Villa, impugnó el referido Proyecto, sosteniendo que el abuso de firma en blanco era una simple falsificación documentaria, es decir, que estaba orientado en la tesis de los más ilustres tratadistas.

En cambio el Senador Auritti, sostenía que el abuso de firma en blanco tenía caracteres propios por lo que debía desintegrarse de la falsificación documentaria.

Señalaba como diferencia fundamental que en el abuso, la entrega de firma se hace al falsario por expresa voluntad de la víctima, mientras que en la falsificación esta voluntad no juega ningún rol. Tal fué la tesis que triunfó en el parlamento Italiano; sin embargo el criterio de los penalistas es otro.

En nuestro Código figura como uno de los tantos casos que pueden ser objeto de una defraudación; sigue en

parte al sistema italiano, ya que lo independiza de la falsificación documentaria, considerándolo un delito especial de defraudación.

Tanto el uso indebido como el pretendido uso, es lo que caracteriza el delito, siempre que la entrega de la firma haya sido fiduciaria.

* * *

¿Qué debemos entender por firma en blanco? — Aquella que ha sido puesta para autorizar algún cuerpo de escritura.

No aceptamos el criterio de algún penalista que como Puglia, entiende por firma en blanco la que se encuentra en su aislamiento gráfico absoluto; y no lo aceptamos, porque consideramos que aun cuando la firma esté precedida de algunas palabras, siempre que dicha escritura no tenga un sentido integrado, debe considerarse en blanco.

En la práctica casi siempre se entrega la firma precedida de la última palabra que compone el documento que se piensa autorizar, y en este caso su abuso implica el delito.

Ya hemos visto la razón fundamental que ha tenido el legislador para hacer del delito de firma en blanco una infracción independiente y especial. Esta razón no es otra que la entrega fiduciaria de la firma, y es esto precisamente lo que la distingue de la falsificación, ya que ambos delitos tienen los mismos elementos.

Esto sentado, siempre que la firma no ha sido entregada en confianza por el signatario, la redacción posterior del documento implicaría en este caso el delito de falsificación documentaria.

* * *

¿Cuando se consuma el delito? — En cuanto al momento consumativo del delito, nos remitimos a lo que expusimos en el inciso anterior.

No aceptamos la tesis italiana que el delito se perfecciona con el reimpimiento, o sea con la sola redacción del documento, porque siendo el abuso una verdadera falsificación, es necesario el uso o el pretendido uso del documento falsificado para la consumación del mismo.

En el sistema de que el abuso de firma en blanco se perfecciona por el reimpimiento, es un delito formal que carece de tentativa, de "pericolo opinato" como dicen los italianos. En nuestro derecho positivo que se exige el uso o el pretendido uso del documento para su consumación, la sola redacción fraudulenta del documento ilícito con la intención de usarlo implicaría la tentativa. La redacción del documento sin intención de usarlo no puede considerarse delictuosa.

* * *

La prueba del delito. — ¿Es admisible la prueba testimonial? Mientras la jurisprudencia Italiana se inclina a admitir la prueba de testigos, al Francesa la rechaza.

En el campo de la doctrina los tratadistas también se han dividido en dos bandos: Los partidarios de la prueba testimonial manifiestan que el presente caso no se trata de probar la existencia de una convención superior a doscientos pesos, y la prueba se reduce a demostrar solo el hecho de la entrega de un papel firmado en blanco. Por su parte los adversarios de esta doctrina, expresan que la admisión de la prueba testimonial, implica atentar contra la estabilidad de las convenciones, y que siempre la entrega de firma en blanco lleva implícito un mandato, el cual debe regirse por las prescripciones de la ley civil con respecto a la prueba.

Nosotros debemos resolver el problema teniendo en cuenta las prescripciones de nuestra ley. Machado, tomo 3º, pág. 275, sostiene: Es necesario hacer la distinción especial que nace de estos dos hechos: 1º entrega voluntaria de la firma en blanco; 2º sustracción de la misma firma en blanco o cuando es arrancada por la violencia. En el primer caso no se admite la prueba testimonial, porque el interesado ha podido proporcionarse una escrita. En el segundo se aplica el artículo 1019 del Código Civil.

En el mismo sentido se expresa Llerena, el cual cita a Goyena en el tomo 3º, pág. 213, de sus Concordancias, donde dice: "Hay abusos imposibles de remediar: el que firma en blanco, o sin leer lo que firma, no merece ni puede ser protegido por la ley".

Es decir que de acuerdo a la disposición de nuestra ley, la solución la encontramos en los artículos 1016, 1017 y 1019, del Código Civil. Pero siempre que no se trate de atentar contra la estabilidad de las convenciones, creo factible la aceptación restringida de la prueba testimonial.

* * *

La acción de fechar un documento. — ¿Se puede considerar delictuoso el hecho de fechar con posterioridad un documento? Es ésta otra cuestión interesante que en ciertos y determinados casos podría llegar hasta la perpetración de un delito.

Si la fecha ha sido puesta fraudulentamente después que se ha operado la prescripción del documento, es sin duda delictuoso este hecho; en cambio se trataría de un derecho del acreedor cuando el documento ha sido fechado para su cobro cuando éste conservaba su eficacia jurídica.

El hecho de dar un documento sin fecha, no solo es un acto lícito sino que está autorizado expresamente por el artículo 1016 del Código Civil, siendo además de uso corriente en las transacciones comerciales.

Cuando el documento conserva su eficacia jurídica no puede existir perjuicio por el hecho de ponerle la fecha, es por lo tanto una facultad delegada por el propio deudor al entregar un documento en estas condiciones.

Otra sería nuestra opinión en el caso de que el documento se encontrase prescripto, pues el hecho de fechar un documento en estas condiciones al solo efecto de hacerle recobrar su eficacia jurídica contra la voluntad del deudor, es una maniobra que puede ocasionar un perjuicio irreparable. Bien sabemos que un documento de esta naturaleza pasa a ser una obligación natural (no exigible); volverla a la vida del derecho en perjuicio y contra la voluntad del deudor por medio de una maniobra dolosa, como en este caso resultaría el hecho de ponerle la fecha, es sin duda alguna un acto delictuoso que reclama una sanción.

No habría en este caso una falsificación de documento, pero sí una defraudación.

Nuestra Cámara del Crimen recientemente se ha pronunciado fijando el concepto del hecho de fechar un documento en blanco. Un acreedor recibe de sus deudores un documento sin fecha, posteriormente ante el fallecimiento de uno de los firmantes, el acreedor pone la fecha del documento a los efectos de hacer efectivo su cobro al deudor sobreviviente. Ejecutado el documento, el acreedor es acusado por falsificación y defraudación, fundado en que la fecha fué puesta después de la muerte de uno de los firmantes.

El juez de Instrucción consideró el hecho como falsificación de documento privado, y dictó auto de prisión encuadrando el delito en el artículo 292 y 297 del C. Penal. Pero este criterio no fué compartido por el superior, el que revocó la resolución de referencia.

Reconoce la Cámara que el hecho de fechar un documento exigible no puede constituir perjuicio y en consecuencia no puede engendrar ninguna responsabilidad.

* * *

Inciso 5º. — Es éste un delito que se asemeja al hurto, pero al que en realidad le falta uno de los elementos del mismo y es que la cosa objeto del apoderamiento debe ser ajena. Si el hurto como dijimos consiste en el apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena para someterla al ejercicio del derecho de propiedad, es indiscutible que el propietario que se apodera de su propia cosa no puede cometerlo.

Pero sin embargo, el legislador ha debido reprender este hecho que significa un abuso en perjuicio de tercero, y es por eso que lo clasifica como caso especial de defraudación.

El autor de este delito no puede ser otro que el propietario de la cosa. El mero tenedor o depositario debe afirmar su posesión en un título legítimo, de lo contrario no habría perjuicio para éste y desaparece en consecuencia la responsabilidad criminal del propietario, que se funda en el perjuicio ocasionado al efectuar la desposesión ilegítima.

* * *

Inciso 6º. — El Dr. Tejedor al referirse a las defraudaciones que pueden cometerse por intermedio de un contrato simulado, decía ⁽¹⁾: “La simulación tiene lugar cuando un acto a la vez que contiene lo que las partes han querido escribir en él, oculta sin embargo su verdadera intención, pero la oculta porque efectivamente ellas lo han querido disimular. Por el derecho romano no había en esto crimen de falsedad. (L. 28, D. de lege Corn de falsis, y 3 D. de fide instrumf.). ¿Cambiaría la solución cuando la ocultación de la verdadera intención de las partes tiene por objeto dañar a un tercero? Esta circunstancia tampoco variaba la decisión, según aquel derecho. La ley 23, D. lege Corn de falsis, declaraba formalmente que no bastaba alterar la verdad en un acto para cometer la falsedad, y que la mentira sola no podía tener tal carácter. La falsedad no consistía sino en la fabricación o alteración de los escritos mismos. Es cierto que algunas leyes parecen en contradicción con este principio. Pero esto proviene de que los Emperadores equiparaban a la falsedad muchos hechos que no tenían los caracteres de este crimen. Los jurisconsultos llamaban estos hechos casi falsedad. Estas acriminaciones eran derogaciones a las reglas generales, pero no alteraban su fuerza. (Chauveau Adolphe, tomo 2º, pág. 343) ”.

En realidad la simulación para nuestro legislador no es un acto reprochable por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito (arts. 955 y 957 del C. Civil). Pero el inciso que estudiamos se refiere a la simulación dolosa, aquélla que se hace con el deliberado propósito de perjudicar, que sorprende la buena fe y produce un daño patrimonial.

La manera más corriente de defraudar por este medio, es el de traspasar los bienes bajo un contrato simulado de venta, con el objeto de defraudar a los acreedores. En realidad el contrato celebrado no es falso en sus formas exteriores, desde que todo es auténtico; la falsedad consiste en la esencia del contrato mismo donde se presenta como real un hecho jurídicamente inexistente.

(1) Proyecto citado, tomo II, pág. 423.

Este delito tiene como escollo principal la prueba, desde que esta clase de contratos casi siempre se elevan a escritura pública.

* * *

Inciso 7º. — Este es el delito esencial del mandatario. Tanto el Código Civil en su artículo 1869, como el Código de Comercio en su artículo 221 y siguientes, legislan sobre el contrato del mandato, estableciendo las relaciones, derechos y obligaciones que existen entre mandante y mandatario. Dichas disposiciones debemos tenerlas presentes ya que, nuestra ley penal no especifica la clase de mandato; y puede ser materia del delito cualquier mandatario, tanto en el orden civil como en el comercial.

De acuerdo a la disposición del artículo 1870 del Código Civil, caen bajo la sanción del inciso 1º Las representaciones necesarias, y las representaciones de los que por su oficio público deben representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas.

2º Las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública.

3º Las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades en los casos que así se determinan en este Código, y en el Código de Comercio.

4º Las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres, el sirviente en relación a su patrón, el aprendiz en relación a su maestro, el militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título, cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representantes y el representado.

5º Las representaciones por gestores oficiosos.

6º A los procuradores judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos.

7º A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos.

En el orden comercial deben estar comprendidos los comisionistas y los consignatarios.

El inciso también involucra al capitán de buque, y el mismo Código Penal en su artículo 77, nos aclara el concepto que debemos tener por tal.

No existe en la defraudación ninguna cuestión prejudicial, y la exigencia de una previa rendición de cuentas que se esgrime comúnmente como defensa, no puede constituirla. Cualquiera excepción planteada por el mandatarío en este sentido debe ser resuelta por el Juez del Crimen.

* * *

Inciso 8°. — Esta disposición de la ley la tenemos originariamente en el Proyecto del Dr. Tejedor, quien cita como fuente de la misma, al Código Peruano en su artículo 347, y al Código Español en su artículo 453 que en general impone prisión y multa, pero en el caso de faltar el ánimo de defraudar, solo multa. "La primera parte de este artículo, dice Pacheco ⁽¹⁾, está justificada con una brevísima observación. Quien destruye papeles para defraudar, defrauda de hecho, en cuanto está de su parte. O comete el delito mismo, o comete una acción tan próxima a él, y con unas circunstancias tan graves, que no pueden extrañarse se castiguen con la misma pena. Otra cosa es la segunda parte del artículo. La destrucción de documentos o expedientes que no incluye defraudación, no debería a nuestro juicio, hallarse en el capítulo presente, sino en el de los daños, de que hablaremos más adelante".

A este comentario oficial, solo nos resta agregar, que el delito queda consumado, con el hecho de la ocultación, destrucción o mutilación del expediente o documento sin ser necesaria la transferencia del derecho o la liberación de la obligación. Vale decir que el delito queda consumado en las mismas condiciones que hemos visto en los incisos 3° y 4°, respectivamente.

* * *

Inciso 9°. — Esta disposición legal la encontramos en

(1) (Tomo 3°, pág. 365). Véase también Vicente Caravantes, pág. 450, nota N° 6. — En las Partidas véase la ley I, Tít. 7, Part. 7.

el Proyecto Tejedor, el que señala como fuente originaria de la misma al artículo 348 del Código Peruano y 455 del Código Español, donde se penaba con arresto y multa cuyo monto era el doble del perjuicio ocasionado.

Cita como comentario oficial a Pacheco donde dice ⁽¹⁾: "La pena que se impone en este artículo, es por el hecho solo de enajenar, arrendar, gravar o empeñar una cosa ajena fingiéndose su dueño. Mas este delito puede ir muy frecuentemente unido con el hurto o usurpación, en cuyos casos habrá que imponer así mismo los correspondientes a estos otros. El castigo señalado es una multa del tanto al triple del importe del perjuicio causado. ¿Qué diremos si no se hubiere verificado perjuicio? Claro es que en este caso no hay delito en el concepto de la ley. El perjuicio con aquella circunstancia es lo que lo caracteriza".

Nuestro inciso comprende dos casos diferentes: 1º la venta o el gravamen como libres de bienes litigiosos o embargados; 2º la disposición como dueño de los bienes ajenos.

En el primer caso, pueden presentarse circunstancias que agraven el delito haciendo cambiar su calificación. Tratándose de bienes embargados, si la enajenación proviene por intermedio del depositario judicial, el delito cometido es el de depositario infiel, que es un delito contra la administración de justicia, encontrándose equiparado al de malversación de caudales públicos, artículo 263 del Código Penal.

El carácter de depositario judicial constituye la circunstancia calificativa.

El segundo caso comprende la disposición como dueño de los bienes ajenos. Debe el penalista tener presente las disposiciones que rigen los contratos y las ventas de las cosas ajenas, ya que la violación de dichas disposiciones puede traer como consecuencia responsabilidades civiles que se traducen en una acción de daños y perjuicios, y responsabilidades penales que pueden constituir el delito de defraudación.

(1) Código Penal, tomo III, pág. 368. — Proyecto del Dr. Tejedor, tomo II, pág. 426.

El Código Civil en su artículo 1177, nos enseña: Que las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si bien nos pone de manifiesto en su artículo 1329, que las cosas ajenas no pueden venderse, el acto de dicha enajenación puede traer consecuencias civiles cuando ha sido el vendedor de buena fe, y penales cuando ha habido dolo.

Cuando el contrato se celebre de mala fe, dice la ley, sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, incurre el vendedor o el agente en el delito de estelionato y es pasible además de todas las pérdidas e intereses de los perjuicios ocasionados.

Es en este segundo aspecto de la venta de las cosas ajenas, donde interviene el dolo; lo que interesa al penalista, desde que el primer aspecto del enajenante de buena fe tiene su solución dentro de la legislación civil y comercial.

Estelionato llama la legislación civil a este delito. Escribiche ⁽¹⁾ nos dice en su diccionario: "Toda especie de fraude o engaño que se comete en las convenciones u otros actos y no tienen nombre o género determinado. La palabra estelionato trae su origen del nombre latino stellión que se daba a una especie de lagarto que se distinguía por la figura y variedad de sus colores, porque los estelionatarios o reos de estelionato emplean todo género de ardides y sutilezas para encubrir sus fraudes. También en España se da el nombre de stelión a dicho lagarto, conocido comúnmente con el de salamanquesa. Según el derecho romano, cometen estelionato: el que por dolo cede, vende o empeña una cosa que ya ha cedido, vendido o empeñado, ocultando la primera cesión, venta o empeño a la persona con quien contrata; el deudor que empeña o da en pago a sus acreedores una cosa que sabe no le pertenece; el que sustrae, adultera o malea efectos obligados a otros, el que hace colusión con otro en perjuicio de un tercero, el mercader que da una mercadería de menor precio por otra más cara que ha vendido; y el que hace una falsa declaración en algún acto o contrato".

Tal es el concepto claro y definido del delito. Tanto

(1) Diccionario de la legislación, tomo I, pág. 909.

en el derecho romano, como en el español, la pena quedaba al criterio del juez, según el perjuicio ocasionado. Hoy en el derecho moderno, nada tiene que hacer la justicia civil; debemos atenernos a las disposiciones que rigen en el Código Penal.

Precisando el concepto, el delito se perfecciona con el engaño sufrido y el perjuicio ocasionado.

Dos elementos, engaño y perjuicio, constituyen su característica fundamental; en esto se diferencia de los incisos 3 y 4 estudiados anteriormente, donde el pretendido uso del documento importaba la consumación.

Ese delito sigue las reglas generales de la defraudación. Faltando el perjuicio podríamos decir que nos encontramos en los umbrales de la tentativa, ya que la infracción penal comienza con el engaño sufrido por la supuesta víctima.

* * *

Inciso 10°. — Este inciso figura también en el Proyecto del Dr. Tejedor ⁽¹⁾, el cual manifestaba en su nota respectiva: "Supuesta remuneración". En el Código Español, artículo 451, inciso 3, "sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda", agrega este inciso. "Como se ve, dice Pacheco, los motivos que han dirigido a la ley, ora consisten en la inmensa dificultad para que se defiendan contra el propósito de estos delitos, las inocentes personas que van a ser defraudadas, ora en las razones de moralidad pública tan patentes en el último caso".

Se trata como se ve de una defraudación por influencia mentida, desde que la víctima cree efectivamente que el defraudador es un simple intermediario.

El funcionario debe estar ajeno al soborno, de lo contrario el delito cometido sería cohecho y no defraudación.

* * *

(1) Proyecto citado, tomo II, pág. 419. — Pacheco, Código Penal, tomo III, pág. 356.

OTROS CASOS ESPECIALES DE DEFRAUDACION

Artículo 174.

Sufrirá prisión de dos a seis años: 1° El que para procurarse a sí mismo o procurar de otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa; 2° El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo; 3° El que defraudare usando de pesas o medidas falsas; 4° El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado; 5° El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública. En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

* * *

Inciso 1°. — El Proyecto de 1891, trae una disposición igual al precepto legal que estudiamos, desde que ha sido éste su fuente originaria. En el informe de la Comisión nos dice (1): "El artículo 209 del Proyecto enumera los casos particulares que merecen alguna agravación de la pena en razón de la entidad del daño que se puede causar con el delito o de la menor defensa que puede opo-

(1) Proyecto citado, edición oficial, pág. .190.

nerse a éste. El número 1º incluye un caso que tomamos de algunos Códigos extranjeros, no previsto en el Código Penal: el del que, para procurar a sí mismo o a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se ha efectuado un préstamo a la gruesa”.

La ley de Reformas al Código de 1886, en su artículo 23, inciso 15, lo incorporó al Código, habiendo sido aceptado por el Proyecto de 1906, que adoptó después nuestra legislación vigente.

El lucro indebido por medio del incendio o de la destrucción, es un delito que se sucede con mucha regularidad en nuestros tiempos, ya que podemos afirmar que goza de cierta impunidad ante la dificultad de la prueba.

El propio agente del seguro acepta las declaraciones del asegurado aunque éstas sean abultadas, porque la operación le beneficia, y así tenemos que muchas veces la impunidad tiene su origen en la negligencia culpable del asegurador. Porque el dolo principia con la desproporción del mayor valor entre el seguro y la mercadería asegurada.

Cuando queremos fijar el momento de la consumación del delito de defraudación por medio del incendio, entonces surge alguna dificultad debido a que no hay un criterio uniforme al respecto. Sin duda alguna el propósito del agente es el de obtener un lucro indebido, y el incendio es el medio de que se vale el delincuente para cobrar el seguro.

Unos opinan que es necesaria la realización del propósito criminal, es decir, la obtención del lucro indebido para la consumación del delito. Otros sostienen que el solo incendio y las diligencias para hacer efectivo el cobro del seguro, bastan para darlo por consumado.

El precepto legal ha sido tomado de los Códigos Italiano, Holandés, Alemán y Húngaro. La dificultad nace porque las mismas legislaciones citadas resuelven el problema en diferente forma.

El Código Italiano establece dos sanciones diferentes, una para cuando el agente ha logrado el propósito crimi-

nal, y la otra para cuando no lo ha logrado. En cambio, el Código Húngaro establece la consumación del delito solo en el caso de que exista daño o perjuicio en el asegurador o prestamista.

El Código Alemán y el Holandés guardan silencio.

Nosotros pensamos que para nuestra ley el delito queda perpetrado con el solo hecho del incendio y las diligencias para cobrar el seguro, aunque no se consiga el propósito. Es decir que seguimos la misma doctrina de los incisos 3 y 4 del artículo 173.

Nuestro fundamento es el siguiente: el incendio es por sí solo un delito grave, hecho que hace generar en el asegurador la obligación de pagar el seguro. De modo que la situación es similar a la del documento falsificado o a la firma en blanco, ya que está tan unido el hecho del incendio con el pago del seguro que es su consecuencia inmediata.

Por tanto podemos aceptar que en éste, como en aquel caso, el delito queda perpetrado ante la posibilidad real del perjuicio, sin necesidad de que el agente logre el propósito.

* * *

Inciso 2º. — Pacheco, citado como comentario oficial en el Proyecto del Dr. Tejedor, fuente originaria de nuestro precepto legal, nos dice al comentar el artículo 458 del Código Español ⁽¹⁾: "Si los engaños cometidos con las personas mayores de edad son punibles, mucho más deben serlo sin duda los cometidos con los menores. La inexperiencia y debilidad de éstos obliga más aun a tomar medidas en su favor, y contra los que pueden perjudicarlos. En el orden civil, esas medidas se resumen en la restitución in integrum; en el orden criminal, las indica el artículo presente. Hay empero una diferencia capital entre lo uno y lo otro. El caso de la restitución existe siempre que por su culpa, o la de su tutor o curador, recibiese el menor algún perjuicio, aunque no le haya engañado na-

(1) Código Penal, tomo III, pág. 377.

die: éste de que aquí tratamos, no procede sino cuando se abusa de la impericia o pasiones del menor mismo, para hacerle contraer la obligación de que se trata. El remedio civil es pues, más lato, y no podía menos de serlo, que el recurso criminal; las condiciones para éste son más estrechas y dificultosas. Por lo demás, la ley ha usado aquí de los términos generales que eran necesarios, y que caracterizan la índole de este delito. Su naturaleza está en la impericia y deseos de los menores; sus formas pueden ser muy diversas, y a todas ellas alcanzará el castigo señalado”.

Es indudable que la responsabilidad criminal, nace nada más que por la incapacidad de la víctima, aunque ésta no haya sido civilmente declarada.

El delito se consuma con la sola suscripción del documento aunque no exista perjuicio. La ley al crear este privilegio especial resuelve el caso tan discutido de la nulidad del documento, y lo resuelve en favor del menor introduciendo así una excepción a la regla.

Al tratar del delito de extorsión, planteamos la cuestión de la nulidad del documento y fundamos nuestra opinión. Pero aquí la solución es contraria por imperio de la propia ley.

* * *

Inciso 3º. — Siempre se ha considerado por nuestra legislación como un caso especial de defraudación, el uso de pesas y medidas falsas.

En el Proyecto del Dr. Tejedor, cuando trata de las estafas y otras defraudaciones, artículo 2º, inciso 4º, cita el origen de la disposición en el Digesto del derecho romano y en las leyes de Partidas que lo consideran como una especie de falsedad. Sin embargo invariablemente ha figurado en todos los Proyectos y Códigos posteriores como un caso especial de defraudación.

La ley de Partida, fuente originaria del inciso, establecía (¹): “Medidas, o varas, o pesos falsos, teniendo al-

(¹) Ley 7, Tít. 7, Part. VII.

gun ome a sabiendas, con que vendiesse, o comprasse alguna cosa, faze falsedad. Pero non es tan grande como las otras que diximos en las leyes ante desta. E porende mandamos, que el que las assi fiziere, peche el daño doblado, que recibieron por tal razon como esta, aquellos que compraron del, o que le vendieron alguna cosa; e ademas, que sea desterrado por tiempo cierto en alguna isla segun aluedrio del Rey. E que aquellas medidas, o pesos, o varas, que tiene falsas, sean quebrantadas publicamente ante las puertas de aquellos que vsauan comprar, e vender con ellas ”.

En nuestra legislación reza, el que defraudare usando pesas o medidas falsas. De modo que el delito se comete cuando existe un perjuicio ocasionado por el uso.

El solo hecho de tener las pesas y medidas falsas, es ya delictuoso y reprimido por las ordenanzas respectivas. Usarlas ocasionando un perjuicio, es caer bajo la sanción del inciso 3º del artículo 174 del Código Penal.

* * *

Inciso 4º. — La presente disposición fué tomada por el Proyecto de 1891, del Código Holandés, pues ella no existía ni en los Proyectos anteriores, ni en el Código derogado.

El referido Proyecto de 1891 ⁽¹⁾, decía en el informe de la Comisión al fundar el inciso: “Hemos creído conveniente prever en seguida, como lo hace el Código Holandés, el caso del empresario o constructor de una obra cualquiera, o del vendedor de materiales de construcción, que cometiere en la ejecución de obra o en la entrega de los materiales un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del estado. Es esta última circunstancia la causal de esta agravación, sin la cual el caso quedaría comprendido en la disposición respectiva del artículo anterior”.

Es clara la inteligencia del inciso de acuerdo a lo ma-

(1) Obra citada, edición oficial, 190.

nifestado en el informe transcripto. No todo fraude cometido está comprendido en la disposición legal, sino el capaz de poner en peligro a las personas y a los bienes.

Esto sentado, cualquier otro fraude cometido sin ningún riesgo, ni peligro para las personas o los bienes, estaría comprendido en el artículo general de la defraudación, donde se prohíbe cualquier maniobra tendiente a obtener un lucro ilícito.

Es el delito de los empresarios, constructores y vendedores de materiales de construcción.

* * *

Inciso 5º. — Esta disposición figuraba en el Proyecto del Dr. Tejedor, el cual en su nota decía ⁽¹⁾: “El Código Español comprende en su disposición el caso de violencia y el de la solicitación por dádivas y castiga ambos hechos con una multa del 10 al 50 por ciento del valor de la cosa subastada, “a no merecerla mayor por la amenaza u otros medios que emplearan”. Por este Código las amenazas, son una circunstancia agravante del mismo delito”.

Vemos que en el Proyecto Tejedor el concepto del artículo era muy reducido. Nuestro precepto legal ha abierto un horizonte más amplio.

La disposición fué tomada al pie de la letra del artículo 205, inciso 5º del Proyecto de 1891, el cual lo calificaba como un caso especial de defraudación. En su informe al fundamentarlo, decía ⁽²⁾: “El último inciso del artículo 209 se refiere al fraude cometido en perjuicio de una administración pública. No admitiendo la división de delitos en públicos y privados, ni la agrupación particular de delitos peculiares a empleados públicos, por la razón que hemos dado oportunamente, o sea, porque todo delito afecta directa o indirectamente a la sociedad y, por consiguiente, todos son delitos públicos, la clasificación del proyecto toma en cuenta la naturaleza del derecho lesionado y no la

(1) Proyecto Tejedor, tomo 2º, pág. 427.

(2) Proyecto de 1891, edición oficial, págs. 190 y 191.

calidad de la víctima. Hemos pues, entendido la disposición del artículo 272 del Código Penal, particular para el caso del empleado que defraude a la administración, o cualquiera que la defraudare, solo que para este caso y para el anterior como lo proyectamos, para todos aquéllos en que medie abuso de las funciones de un empleado público, a la pena principal se agrega la inhabilitación ”.

Estos son los antecedentes auténticos del inciso; por la presente disposición se prevé cualquier fraude cometido en perjuicio de la administración pública. Puede ser agente del delito, tanto el particular como el empleado público: la única diferencia que existe, es la inhabilitación especial perpetua que le impone al empleado público como pena accesoria.

DE LA APROPIACION INDEBIDA

Artículo 175.

Será reprimido con multa de quinientos a dos mil pesos: 1º El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil; 2º El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito; 3º El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales; 4º El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

* * *

Apropiación indebida. Inciso 1º. — El artículo ha sido tomado del Proyecto de 1891, el cual se inspiró en los Códigos Italiano, Belga, Húngaro y Español.

Al fundarlo en su exposición de motivos nos dice: "En el artículo 212, comprendemos: 1º el caso del artículo 203, inciso 9º del Código Penal, que solo se refiere al que se negare a restituir la cosa ajena que hubiere encontrado perdida, extendiéndola el Proyecto al caso del hallazgo de un tesoro sin observarse las prescripciones del Código Civil; 2º la apropiación de la cosa ajena en cuya tenencia se hubiera entrado a consecuencia de un error o de un accidente fortuito, caso no previsto por el Código; y 3º la disposición del artículo 207 vigente". Proyecto citado, págs. 191 y 192.

Expuestos los fundamentos del artículo, pasemos a estudiar los casos que comprende. Dos son las situaciones que

contempla el inciso: la apropiación de la cosa perdida y la apropiación del tesoro encontrado.

No podemos perder de vista las disposiciones del Código Civil que rigen la materia, ya que la sanción penal se funda en la falta de cumplimiento de dichas prescripciones.

Dice el artículo 2531 que: el que hallare una cosa perdida, no está obligado a tomarla, pero si lo hiciere, carga mientras la tuviere en su poder, con la obligación del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados.

He aquí la razón del porqué nuestro legislador considera la apropiación indebida de la cosa perdida como un delito especial de defraudación. Si el que encuentra y toma la cosa, se convierte por disposición de la ley en depositario de la misma, la apropiación posterior debe configurar el delito.

La legislación civil, considera como autor de hurto al que se apropiare de las cosas que hallare (art. 2539), pero esta calificación es errónea y no prima en el orden penal.

No podemos considerarlo como hurto, porque ya al estudiar las características y elementos de este delito, dijimos que el hurto es un delito que ataca a uno de los elementos del derecho de propiedad: la posesión, por lo que la ejecución del mismo consiste en el apoderamiento. Pero como la cosa perdida no se encuentra bajo la posesión de nadie, la apropiación de la misma no significaría una turbación y en consecuencia faltaría uno de los elementos fundamentales para constituir el delito.

En cuanto al procedimiento que debe seguirse ante el hallazgo de una cosa perdida, está claramente especificado en los artículos 2532 a 2538 del Código Civil.

Este delito se sucede con demasiada frecuencia amparado por la dificultad de la prueba, fundado precisamente en la circunstancia del extravío. Pues la devolución del dinero perdido, es un gesto raro de honestidad en los tiempos que corremos.

No obstante la dificultad de la prueba, cuando la apropiación indebida pueda demostrarse, el hecho cae bajo la sanción del Código Penal.

* * *

Del tesoro encontrado. — La segunda parte del inciso se refiere a la apropiación del tesoro encontrado. El artículo 2551 establece qué debemos entender por tal y nos dice: Se entiende por tesoro todo objeto que no tiene dueño conocido y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentran en los sepulcros o en los lugares públicos, destinados a la sepultura de los muertos.

Fijado el concepto de lo que debemos entender por tesoro, la ley pasa a enseñarnos el procedimientos que debemos seguir, consignados en sus artículos 2552 a 2566 del Código Civil. Disposiciones éstas que debemos tener presente ya que nos fijan nuestros derechos y obligaciones.

* * *

De la posesión accidental. Inciso 2º. — Este es un caso especial de defraudación que solo se diferencia del hurto en la forma de perpetrar la posesión de la cosa.

Ya hemos visto que el hurto lo caracteriza el apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Es decir, la turbación del hecho jurídico de la posesión con ánimo de someterla al derecho de propiedad, es lo que constituye el delito.

En el caso del inciso que estudiamos, el sujeto entra en posesión de la cosa mueble, por un error o un caso fortuito. De modo que el agente no va hacia la cosa objeto del delito; sino que ésta viene hacia él.

Si se me permite la expresión, diría que a este delito especial de defraudación lo podríamos considerar como un hurto pasivo, en que el sujeto del delito entra en posesión de la cosa por un error o un caso fortuito.

El caso del error lo tendríamos, cuando se manda por equivocación mercadería consignada a otra persona, o también el del amigo que lleva una prenda o una alhaja cambiada, y después que la tiene en su poder se da cuenta tardíamente que no es de su propiedad, y resuelve apropiársela.

A este caso no trepidaríamos en calificarlo como un delito de defraudación y no de hurto. Pues el agente ha resuelto la apropiación de la cosa después que tenía la posesión de la misma, en la cual entró por un error.

El del caso fortuito lo tendríamos en un obrero que recibe un colchón para renovarlo y encuentra en su interior dinero que luego se apropia. Hecho que puede presentarse en la práctica, por ser una vieja costumbre de gentes ignorantes y humildes.

Tanto en el hurto, como en este caso especial de defraudación, el objeto del delito es el mismo: una cosa mueble. El elemento diferencial es la circunstancia y el modo de consumir el apoderamiento.

* * *

De la prenda. Inciso 3º. — El contrato de prenda de acuerdo a las disposiciones de nuestra legislación civil, es un contrato real que no se perfecciona, mientras el deudor no entregue al acreedor la cosa que garante el préstamo.

La disposición legal del inciso, tiende a reprimir los abusos del acreedor prendario, que se apropia o dispone de la cosa prendada sin cumplir previamente con las disposiciones que le impone el Código Civil.

Esta sanción del Código Penal, ya la encontramos en el Proyecto del Dr. Tejedor ⁽¹⁾, en el cual se reprimía con arresto y multa. En la nota respectiva decía: "Artículo 8º. — Art. 352 del Código Peruano. La prenda es un contrato cuyos efectos y condiciones prevé la ley civil y comercial. El presente artículo castiga la infracción de esas condiciones. En el Código Francés, véase artículo 411, y Chauveau Adolphe, tomo 5, pág. 425 y siguientes. En el Código de Comercio, art. 774. En las Partidas, L. 48, tít. 13, Part. 7".

* * *

Abuso del acreedor prendario. — ¿Comete delito de

(1) Proyecto citado, tomo II, pág. 428.

defraudación el acreedor que prenda la prenda? Es éste un problema que en el campo de la doctrina suscita alguna dificultad.

Autores hay como Dalloz y Troplong, que sostienen que el acreedor prendario tiene derecho a dar en prenda la cosa garantía del contrato, y otros consideran el hecho de la constitución de la nueva prenda como ilícito, reconociendo solo al propietario dicha facultad.

Si recorremos el articulado de nuestro Código Civil, nos encontramos con la misma controversia de la doctrina. Disposiciones hay que establecen, por una parte que, solo el propietario de la cosa con capacidad suficiente para enajenarla puede constituir la prenda; y en cambio por otra le da facultad al nuevo acreedor prendario para retener la cosa dada en prenda aunque sea ajena, siempre que no sea perdida, ni robada (art. 3213). Es decir, por un lado prohíbe al solo poseedor constituir la prenda y por otro reconoce los efectos del derecho de retención en la prenda irregularmente constituida.

Pero nuestro Código Penal, ha resuelto definitivamente la dificultad, haciendo del abuso del acreedor prendario un delito especial de defraudación que castiga con la pena de multa. De modo que cualquiera que sea el abuso cometido por el acreedor, ya constituyendo una nueva prenda o disponiendo de la cosa prendada sin cumplir las disposiciones del Código Civil, se hace pasible de la sanción del artículo.

* * *

El contrato de prenda agraria. — Nuestro legislador con el plausible propósito de favorecer al colono para el levantamiento de su cosecha, ha creado el préstamo agrícola, reglamentándolo por intermedio de la ley de Prenda Agraria registrada bajo el número 9644.

Esta prenda especial, privilegiada, tiene sus diferencias fundamentales con la común. Pues como dijimos anteriormente el contrato de prenda no puede considerarse perfeccionado, mientras la cosa que garante el préstamo no pase al poder del acreedor; en cambio en el contrato de

prenda agraria la cosa materia y garantía del préstamo no sale del poder del deudor.

El Código Penal en su art. 175, inciso 3º prevé y castiga los abusos del acreedor prendario, pero nada nos dice de los abusos del deudor prendario. Esta situación de olvido, nos plantea un problema jurídico interesante:

¿Debemos aplicar para los abusos del deudor prendario la disposición del art. 173, inc. 9, que rige la defraudación, o en cambio corresponde aplicar la disposición especial de la ley de prenda agraria? Es ésta una cuestión que no está definitivamente resuelta.

Para nuestro tratadista Dr. Tomás Jofré, cuya opinión autorizada acoge el Dr. Rodolfo Moreno ⁽¹⁾, los abusos del deudor prendario deben regirse por la ley especial de prenda agraria.

Estas opiniones que se encuentran ratificadas por el art. 305 del Código Penal, donde en la enumeración expresa de las leyes especiales derogadas, no figura la Nº 9644, han tenido la virtud de dividir la jurisprudencia del país, produciendo resoluciones abiertamente contradictorias.

Los que sostienen la derogación de la ley especial Nº 9644, argumentan razonando en la siguiente forma: que estando las disposiciones penales de la prenda agraria incorporadas al antiguo Código Penal, éstas han desaparecido ante la reforma y la derogación del mismo.

Creo sin embargo erróneo este criterio y pienso que debe aceptarse la opinión del Dr. Rodolfo Moreno. En efecto, el mismo Código, en su artículo 305, se encarga de resolver favorablemente la cuestión, porque establece que: "Las penas de presidio y penitenciaria que establecen las leyes especiales no derogadas por este Código, quedarán reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto, por las de prisión. Es decir que de acuerdo a la regla de conversión que contiene el artículo citado, los abusos del deudor prendario deben reprimirse de acuerdo a lo dispuesto por la ley de su creación con las modificaciones señaladas.

(1) El Código Penal y sus antecedentes, tomo V, pág. 231.

Por cuya razón el artículo 26 de la prenda agraria quedaría modificado en la siguiente forma: "El deudor que disponga de las cosas empeñadas como si no reconocieran gravamen o que constituyan prendas sobre bienes ajenos como propios, o sobre estos como libres, estando gravados, incurrirá en pena de prisión desde uno hasta tres años, si el perjuicio no excediere de diez mil pesos; pasando de esta suma, de tres a seis años de reclusión".

Como se ve, tal sería la sanción punitiva de los abusos del deudor prendario, sanción que resulta más grave que la señalada por el legislador para la defraudación.

Sostener que la venta como libres, de los bienes afectados por un contrato de prenda agraria, debe regirse por la disposición del art. 173, inciso 9º del Código Penal, es en mi entender un error porque tal criterio resultaría una interpretación extensiva de la ley, que no debe regir en materia penal. Con mayor razón en el presente caso, en que la ley especial de prenda agraria que sanciona expresamente los abusos del deudor prendario, no ha sido derogada por el art. 305 del Código vigente.

Tampoco podemos argumentar que la disposición penal de la misma, se oponga a algún artículo del Código.

Sin embargo nuestra jurisprudencia ha declarado recientemente que los abusos del deudor prendario deben reprimirse por las disposiciones comunes de la defraudación.

El Juez consideró en el proceso seguido contra José Antonio Uliasse por defraudación a la International Harvester Company, que las disposiciones penales de la ley Nº 9644, que rigen el contrato de prenda agraria, no son aplicables en la actualidad por cuanto: "por el artículo 305 del Código Penal, han quedado derogadas, además de las leyes que en él se enumeran, las disposiciones penales de todas las leyes en cuanto se opongan a las penas impuestas por aquél". Esta declaración judicial ha tenido la sanción de una confirmación por nuestra Cámara del Crimen, con lo que queda consagrado el error.

El Código en ningún artículo del mismo reprime los abusos del "deudor prendario", ya que la disposición del artículo 175, inciso 3º, se refiere expresamente a los abu-

sos del "acreedor prendario" que vende o se apropia de la prenda sin llenar los requisitos exigidos por la ley. Por tanto las disposiciones penales de la ley especial de prenda agraria que se refiere a los abusos del "deudor prendario" no pueden oponerse a ningún precepto del Código Penal y en consecuencia, no estando expresamente derogada la ley 9644, sus disposiciones penales quedan en vigencia.

Así también lo han entendido los tribunales de la 1ª Circunscripción Judicial de la Provincia, al establecer que los abusos del "deudor prendario" constituyen un delito especial, cuya sanción debe buscarse en las disposiciones de la ley N° 9644, no configurando en consecuencia dichos abusos el caso común de la defraudación.

Creemos que ésta es la verdadera doctrina, no obstante la resolución de nuestra Cámara del Crimen, que a decir verdad, no tiene ningún fundamento serio.

* * *

La venta del bien prendado. — Es ésta otra cuestión interesante que no siempre se ha resuelto en forma uniforme por los tribunales del país.

La finalidad de la prenda agraria fué desvirtuada en la práctica, ya que el comerciante echó mano de ella para garantizar sus ventas a plazos; y es por eso que vemos en la actualidad prender no solo los instrumentos y frutos agrícolas, sino cualquier clase de mercadería a los efectos de garantizar la efectividad de la venta.

El comerciante vende su mercadería a plazos y simula sobre la misma un contrato de prenda agraria, para que el comprador se vea coaccionado a cumplir su obligación bajo la garantía de la cosa vendida o lo que es más grave en su defecto, bajo la amenaza de un proceso criminal.

Sometida esta cuestión de la venta de la prenda simulada ante los tribunales de la Capital Federal, la Cámara del Crimen ha proclamado la inexistencia del delito de apropiación indebida. El fundamento principal invocado en su fallo, mutis mutandi, es el siguiente ⁽¹⁾: "Que siendo

(1) Gaceta del Foro, tomo 93, pág. 18.

la prenda agraria una institución destinada a favorecer la industria nacional, y en primer término las labores del suelo, poniendo a disposición de los productores un medio cómodo de proporcionarse un crédito con la afectación de los ganados, frutos, cosas inmuebles aplicadas a la explotación rural, maderas, minerales y en general todos los productos provenientes de esas industrias, no puede ella válidamente realizarse sobre máquinas, mercaderías o efectos no comprendidos dentro del concepto expresado, pues de dársele semejante extensión, se violaría una prohibición implícita de la ley y se constituiría un derecho real desprovisto de la base legal indispensable (arts. 18 y 2502 del Código Civil) ”.

La prohibición establecida por el artículo 959 del Código Civil, no reza en materia penal, ya que en el fuero criminal cualquier documento, por fundamental que sea, no puede eludir de pasar por el tamiz de la revisión y de la prueba, para establecer así la verdad real de los hechos sucedidos que es lo que interesa al penalista. Porque como dice el tratadista Nicolás Framarino ⁽²⁾ al hablar de las pruebas indirectas que se declaran *juris et de jure* en lo civil: “En lo civil, según hemos visto, se declaran tales, no solo por razones de eficacia intrínseca probatoria, sino por razones de derecho y por cálculo de utilidad social; consideraciones accesorias éstas que no tienen el mismo valor en lo criminal. En lo civil aquéllas pruebas se declaran absolutas, porque no se busca en lo civil sino una certeza artificial correspondiente a una verdad formal e hipotética; en cambio, en lo penal, el fin de la prueba es la certeza natural correspondiente a la verdad real y efectiva de la delincuencia. He aquí porqué las pruebas indirectas “*juris et de jure*”, según el derecho civil no pueden considerarse tales para la imposición de las penas en lo criminal”.

Es por esto que la Cámara en lo Criminal compuesta por los Dres. F. Ramos Mejía, R. Ortiz de Rosas, F. I. Oribe, Jorge E. Coll y L. Luna Olmos, compenetrada de la

(2) Lógica de las pruebas, tomo 1º, pág. 342. — Materia Criminal, tomo 1º, pág. 342.

misión del Juez del Crimen para establecer la verdad real de los hechos sucedidos, que es la única que puede fundar la efectividad de la delincuencia, entra de lleno a apreciar el valor legal de la prenda agraria para proclamar la nulidad de la misma y la inexistencia del delito.

El Dr. José Irureta Goyena ⁽¹⁾, sostiene a su vez en el presente caso la existencia del delito de apropiación indebida, en cualquiera de las dos hipótesis que puede presentarse, como locación o como compraventa a plazos: "Yo creo que en cualquiera de las dos interpretaciones (y por más que prácticamente la solución sea dolorosa), se tome el contrato como locación o se tome como compraventa, se comete en la hipótesis estudiada el delito de apropiación indebida.

"Considerado como contrato de locación, no hay duda ninguna: la locación no trasmite el dominio; luego la disposición es claramente una apropiación. La solución se complica un tanto cuando el hecho se encara como contrato de compraventa. En mi concepto, sin embargo, se impone la misma solución. Supuestas las condiciones del contrato, la venta se verifica bajo una misma condición suspensiva que es la entrega del precio. Hasta que no se haya pagado totalmente el precio no ha habido por consiguiente traslación de dominio. El comprador solo revestía el carácter de mero tenedor de la cosa, y si en tales condiciones ha efectuado su venta reteniendo el precio, el abuso de confianza está completo".

Pero observo a la tesis del maestro que el comprador a plazo no resulta por nuestra ley un mero tenedor de la cosa, excepto cuando el contrato de compraventa se ha efectuado por intermedio de un pacto comisorio, pacto que resulta prohibido cuando se trata de la venta de cosas muebles (art. 1374 del C. Civil).

Cuando el comprador no pagare el precio de la cosa mueble comprada a crédito, el vendedor solo tendrá derecho para cobrar los intereses de la demora, y no para pedir la resolución de la venta (art. 1429 del C. Civil). Es

(1) Obras completas, tomo IV, pág. 10.

decir, que cuando la venta se ha efectuado a crédito y se ha hecho entrega de la cosa vendida, el comprador no es un mero tenedor, sino un verdadero propietario, ya que en el peor de los casos el vendedor no puede pedir la disolución de la venta, sino los intereses por la mora en el pago.

Así también lo han entendido los tribunales de la Capital Federal ⁽¹⁾, cuando establecen en una de sus resoluciones: "Sobre la defraudación en las ventas de terreno, la Cámara Criminal declaró que la circunstancia de haberse convenido que el comprador no puede disponer de la cosa adquirida hasta haberse oblado la totalidad de su precio, no puede impedir la apelación por cuanto se trata de una limitación absoluta prohibida por el Código Civil. No constituye así delito, la enajenación de una cosa comprada en esas condiciones. (Fallos de la nueva recopilación, tomo 2, pág. 382)".

* * *

Planteado este mismo problema ante nuestros tribunales, la cuestión ha sido resuelta con un criterio opuesto a la doctrina aceptada en Buenos Aires.

El Juez y la Cámara, no entran a resolver sobre la falsedad de la prenda agraria invocando la prohibición del artículo 959 del C. Civil. Ambos aceptan que aun declarando la inexistencia de la prenda, siempre quedaría la maniobra dolosa mediante la cual se adquirió el bien que luego se vende y no se piensa pagar; maniobra que por sí sola, ante el perjuicio ocasionado, constituye la defraudación.

Como se ve, es un argumento más especioso que sólido, desde que si la prenda se hizo con este deliberado objeto y propósito, es indiscutible que tal maniobra constituye por sí sola el dolo que fundamenta el delito. Pero cuando la prenda se ha hecho de buena fe, cuando se ha

(1) Jurisprudencia Argentina, de Jofré y Anastassi, tomo 18, pág. 318, nota 1ª.

pagado la casi totalidad de la misma y la venta responde a una necesidad imprevista, ¿cómo puede sostenerse que la constitución ha sido dolosa? ¿Cómo retrotraer el hecho posterior de la venta que obedece a factores independientes, a los efectos de sostener la dolosa constitución de la prenda?

* * *

No pretendo discutir la moralidad de la jurisprudencia porteña, pero debo reconocer a lo menos, que ella es legal y encuadra dentro de los preceptos de nuestra legislación. Bien entiendo que los impugnadores de la misma, dirán que ella abre una puerta al fraude al sancionar la impunidad de la venta de la cosa prendada en esas condiciones; pero debo agregar a mi vez, que cierra otra al abuso de los acreedores insaciables que valiéndose de la precaria situación de sus deudores engendran delinquentes a espaldas de la ley.

La única consecuencia que podemos sacar de esta jurisprudencia, es señalar el vacío de nuestra legislación y la necesidad impostergradable de la creación de la prenda comercial que rijá y garantice las operaciones a plazos.

* * *

La usura. Inciso 4º. — El presente inciso destinado a reprimir las ansias desmedidas de los usureros, no figuraba en ninguno de los proyectos anteriores, como precepto legal de represión. El fué introducido por el Diputado Rodolfo Moreno en el proyecto presentado en 1916.

No existía en nuestra legislación ninguna disposición tendiente a garantizar la emisión de cheques. Y dado el papel que éstos representaban en las transacciones comerciales, era necesario garantizar la efectividad del mismo, creando alrededor de este instrumento de cambio, un ambiente de seriedad y confianza, cortando los abusos que solo tendían a desprestigiar este documento de comercio.

El Diputado del Valle, dándose cuenta de esta impostergradable necesidad, presenta un proyecto sobre emisión de cheques, que se convirtió en ley el 20 de Febrero de 1913.

Dicho proyecto sancionó el siguiente agregado al artículo 203 del Código Penal ⁽¹⁾: "Inciso 15. - Los que den en pago cheques, sin tener provisión de fondos o autorización para girar al descubierto, quedarán igualmente comprendidos en las penalidades prevenidas por el artículo anterior en los incisos 1º y 2º, siempre que dentro de las veinticuatro horas del protesto no abonasen su importe".

Tal fué la primera disposición sobre la emisión de cheques. Ley que no dió el resultado esperado, ya que fracasó en la práctica como lo reconoce su propio autor, el cual el mismo año presenta su segundo proyecto ampliatorio.

Al elevar a la categoría de delito la emisión de cheques sin provisión de fondos, a la vez que garantía la efectividad del mismo como instrumento de comercio, dejaba una puerta abierta al fraude y al abuso, la que fué aprovechada por los usureros.

Estos vieron resucitar la prisión por deudas, e hicieron del cheque un elemento extorsivo; por eso fué el fracaso de la ley, dando origen al inciso que fundamenta la Comisión de la Cámara de Diputados en los siguientes términos ⁽²⁾: "Como es sabido, era frecuente que los prestamistas se hicieran firmar cheques con fecha en blanco o con fecha posterior a aquélla en que verificaban el préstamo, a los efectos de que, si no fueran pagados de la deuda contraída, pudieran usar del cheque como un arma, denunciando al firmante como expedidor de un documento doloso. La Comisión, de acuerdo con las conclusiones del Proyecto del señor Diputado del Valle, ha establecido que es delito el cometido por el acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor a título de documento de crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco. De esa manera queda perfectamente llenada la previsión que se tuvo en cuenta. El precepto es sano y tiende a combatir

(1) Ley Nº 9077.

(2) Código Penal, edición oficial, pág. 197.

las maniobras dolosas de la usura que, amparada por la ley, había restablecido la prisión por deudas ”.

Tal es el alcance del inciso, cuya transcripción del Informe de la Comisión, constituye su más fiel y auténtico comentario.

JURISPRUDENCIA.

DELITOS DE DEFRAUDACION.

Tentativa de defraudación. — El hecho de haber sido detenido mientras pretendía cobrar una suma de dinero, mediante un telegrama fraguado, comprueba la responsabilidad del agente. La excusa de que solo intervino de intermediario de la persona en recibir la suma de dinero, debe rechazarse, atentos los antecedentes del procesado y las constancias sumariales. Corresponde condenarlo por tentativa de defraudación, arts. 172 y 42 del C. Penal, a tres años y medio de prisión. — Caso: Blas Destassi, tentativa de defraudación, a Schlieper y Cía. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 26, al folio 204, y con fecha 2 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Excm. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, con fecha 3 de Noviembre de 1924.

Tentativa de defraudación. — La falta de personería en el denunciante, no es óbice para paralizar el procedimiento tratándose de un delito de acción pública. No debe alegarse en los juicios de defraudación la existencia de cuestiones prejudiciales. Que en cuanto a la pericia practicada sobre una contabilidad llevada en borradores y con lápiz sin cumplir ningún requisito legal sobre los libros de Comercio, debe ser desestimada y negarle todo carácter probatorio. Que atento las proyecciones del incendio no es posible determinar si la denuncia de falta de mercadería era verdadera; corresponde en consecuencia dictar pronunciamiento absolutorio. — Caso: Zampino Miguel y Chiarotti Enrique, tentativa de defraudación a "La Comercial de Rosario". — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 281, y con fecha 8 de Abril de 1932. — Nota marginal: 3ª Sala, Junio 28 de 1932, firme y ejecutoriada esta sentencia, por desistimiento del señor Fiscal de Cámara.

Tentativa de defraudación. — El hecho de confesar haber pretendido vender un cajón cerrado que contenía ladrillos y

bolsas por vermouth, no constituye delito desde que la sola confesión no prueba el cuerpo del delito. Teniendo en cuenta que el damnificado manifiesta no haber comprado la mercadería por tener sospecha sobre su procedencia, corresponde dictar pronunciamiento absolutorio, ya que la sola confesión del procesado no es suficiente para dictar sentencia condenatoria. — Caso: López Domingo (a) Canana, tentativa de estafa a Emilio López Rodríguez. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 331, y con fecha 29 de Octubre de 1930. — Nota marginal: El 21 de Mayo de 1931, la Sala del 1er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia por haber desistido el Fiscal de Cámara, de la apelación interpuesta por el agente Fiscal.

Defraudación. — La confesión puede dividirse en perjuicio del procesado, cuando la desvirtúan los mismos testimonios que ella invoca. Confesado el delito y desvirtuada la justificación que alega, corresponde de acuerdo al art. 172 del C. Penal, imponerle la pena de nueve meses de prisión. — Caso: Avila Braulio Ricardo, estafa a Juan Charni. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 23, al folio 140, y con fecha 26 de Noviembre de 1931. — Nota marginal: El 22 de Febrero de 1932, la Sala del 2º turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia en razón de haber desistido el Fiscal de Cámara de la apelación interpuesta por el Agente Fiscal.

Estafa. — Si el agente, valiéndose del cuento del billete premlado, logra sustraer de su víctima la cantidad de \$ 600, este hecho constituye el delito de estafa y debe ser penado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 172, a dos años de prisión. — Caso: Ussich Juan, estafa a Julio Filo. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 386, y con fecha 15 de Julio, de 1932. — Nota marginal: IIIª Sala, Agosto 5 de 1932, Excma. Cámara confirma en todas sus partes esta sentencia.

Defraudaciones reiteradas. — El hecho de presentarse bajo nombre supuesto para obtener una ventaja patrimonial, implica la maniobra fraudulenta que caracteriza el delito de de-

fraudación; habiendo reiteración del mismo, es aplicable la regla del art. 55; corresponde de acuerdo al art. 172 condenar al procesado a cuatro años de prisión. — Caso: Samia o Abdala José, estafa y desobediencia a la autoridad. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12, al folio 328, y con fecha Mayo 6 de 1932. — Nota marginal: IIª Sala, 23 de Julio de 1932, fué confirmada esta sentencia en todas sus partes.

Defraudaciones reiteradas. — El hecho de contratar a favor de una sociedad inexistente, valiéndose de engaños y falsas promesas para conseguir la entrega del dinero, constituye el delito de defraudación. Corresponde de acuerdo al artículo 172 y la regla del art. 55, condenar al procesado a siete años de prisión. — Caso: Cordero Luis Iturriaga, estafas reiteradas. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 359, y con fecha 5 de Abril de 1927. — Nota marginal: Diciembre 29 de 1927, Cámara modificó pena a cinco años de prisión, Sala IIª.

Defraudación. — En el delito de defraudación no existe ninguna cuestión prejudicial. La pericia de los contadores que no ha sido observada, ni impugnada, suple la rendición de cuentas y establece la suma del desfalco de que ha sido víctima el que-rellante. El solo hecho de los asientos falsos de puño y letra del gerente, demuestran su responsabilidad. Corresponde encuadrar el delito en la disposición del artículo 173, inciso 2º, y condenar al autor a dos años de prisión en carácter condicional, y tres mil pesos de indemnización. — Caso: Nolla Estanislao, defraudación a Carlos U. Perret. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 164, y con fecha 16 de Diciembre de 1922. — Nota marginal: Confirmada por la Excma. Cámara, 3ª Sala, el 17 de Septiembre del corriente año (1924).

Defraudación, usurpación y falsificación. — Aunque la denuncia no haya llenado todos los requisitos, tratándose de un delito público, no es causal de nulidad. — El hecho de falsificar un carnet que lo acredita como empleado inspector, fundado en el cual aplicaba multas, que dejaba sin efecto después, previo pago de la colma, implica el delito de falsificación, usurpación y defraudación, arts. 172, 246, inci-

so 1º, y 292 del C. Penal. — Corresponde condenarlos a tres años de prisión para los autores. A un año de prisión en forma condicional para el participante de los delitos menos el de falsificación. Y el pronunciamiento absolutorio, para el que negó toda participación en los mismos, y no se acumuló prueba en su contra. — Caso: Farrugia Cayetano, Ferrari Ernesto, Boré Salvador y José Sanguinetti, falsificación, usurpación y defraudación. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 26, al folio 107, y con fecha 24 de Julio de 1924. — Nota marginal: Esta sentencia quedó ejecutoriada y fué declarada tal con respecto al procesado Sanguinetti. — Con fecha 22 de Agosto de 1924. Con respecto a los demás procesados fué confirmada en todas sus partes por la Excma. Cámara, 3ª Sala, con fecha 27 de Mayo de 1925.

Defraudación. — La reparación del daño no borra el hecho delictuoso. Las falsificaciones de las boletas para el manejo interno de la casa no constituye una falsificación de documento privado, bajo el punto de vista de la ley represiva. Debe considerarse perpetrado un solo delito, el de defraudación, art. 172, ya que la falsificación de las boletas queda incluida como condición o circunstancia del delito fin, al cual ha servido de medio. Corresponde condenarlo a seis meses de prisión, por el delito de defraudación, y absolverlo en cuanto al delito de falsificación de documento. — Caso: Orlandini Alberto Fortunato, defraudación a la Cooperativa Limitada de Consumo de Firmat. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 195, y con fecha 14 de Octubre de 1925. — Nota marginal: Esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada el 23 de Diciembre de 1925, por la 2ª Sala de la Excma. Cámara de Apelaciones.

Defraudación. — Si el agente da una explicación satisfactoria de la inversión de lo cobrado, y atentas las constancias del sumario donde resalta la contradicción de la denuncia, ante la falta de pruebas, debe dictarse pronunciamiento absolutorio a favor del corredor. Ya que no se le ha admitido en su oportunidad que rinda la cuenta de su gasto, de modo que ante la actitud del denunciante, cualquier diferencia que hubiera a favor o en contra del viajante, resultaría una deuda civil que escapa al pronunciamiento criminal. — Caso: Porta y Fuse Domingo Segundo, defraudación a la Cía. Rosario Tabaco S. A. — Fallo del Juez Dr. An-

tonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 197, y con fecha 15 de Octubre de 1925. — Nota marginal: El 23 de Diciembre de 1925 la Excm. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

Defraudación. — El hecho de que el sub-cajero, retenga sucesivamente parte de las sumas cobradas invirtiéndolas en su provecho, importa el delito de defraudación. Este constituye un delito continuado, desde que las sucesivas sustracciones no son más que los diversos momentos durante los cuales se desarrolla una sola y única resolución criminoso. Corresponde de acuerdo al art. 173, inciso 3º, condenarlo a cuatro años y seis meses de prisión. — Caso: Ciro Balbieri, defraudación de Chiesa Hnos. Ltda. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 321, y con fecha 11 de Marzo de 1926. — Nota marginal: La Excm. Cámara de Apelaciones, 1ª Sala, con fecha 5 de Junio de 1926, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Defraudación. — El hecho de solicitar un par de zapatos para medirse en su domicilio, y al devolverlos cambiarlos por otros usados, implica la maniobra fraudulenta que caracteriza la defraudación, por lo que corresponde condenar a su autora a dos meses de prisión, art. 172. — Caso: Aguirre María Angélica, defraudación a Eladio Figueroa. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 27, al folio 428, y con fecha 12 de Junio de 1926. — Nota marginal: Excm. Cámara de Apelaciones, 3ª Sala, con fecha 2 de Noviembre de 1926, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

Defraudación reiterada. — El hecho de descontar en un banco en dos ocasiones, dos documentos con las firmas adulteradas, implica el delito reiterado de defraudación. Corresponde condenarlo a tres años de prisión, arts. 55 y 172. — Caso: Bellacar Daniel, defraudación al Banco Comercial Israelita. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 29, al folio 75, y con fecha 6 de Septiembre de 1927. — Nota marginal: La Excm. Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, con fecha 2 de Diciembre de

1927, modificó esta sentencia, condenando a Bellacar a la pena de un año de prisión.

Estafas reiteradas. — Si la negativa del agente está desvirtuada, por el reconocimiento de sus víctimas, por el secuestro del reloj que adquirió por medio de engaños, por las tarjetas con nombre supuesto y con la inscripción de abogado que usaba para hacerse pasar por doctor, y por los innumerables antecedentes que demuestran su capacidad para delinquir; corresponde condenarlo por las tres estafas cometidas a la pena de tres años y seis meses de prisión, arts. 42, 55, 172 del C. Penal. — Caso: Díaz Julio Diego, estafas reiteradas en perjuicios de Victoria Echeverría Vda. de Pereyra y otras. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 29, al folio 487, y con fecha 16 de Agosto de 1928. — Nota marginal: La Sala del 1er. turno, con fecha 16 de Noviembre de 1928, confirmó esta sentencia.

Defraudación. — El agente que falsifica la firma de su patrón y consigue cobrar las cuentas invirtiendo el producto de lo cobrado en su favor, comete el delito de defraudación y falsificación. No estando agregados al sumario los documentos falsificados que constituyen el cuerpo de este delito, no se le puede responsabilizar por la falsificación, ya que la confesión como única prueba no cubre la omisión apuntada, art. 284, inciso 7º, Cód. Pts. Crim., Malagarriga y Sasso, tomo 1º, pág. 377. Corresponde condenarlo solo por el delito de defraudación a cuatro años y medio de prisión. — Caso: Miller Alejandro, defraudación a John A. Seddon. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 107, y con fecha 25 de Octubre de 1922. — Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 10 de Mayo de 1923, modificó esta sentencia condenando a Miller a sufrir la pena de cuatro años de prisión que vence el 31 de mayo de 1925.

Defraudación. — El hecho de que el dueño del negocio acepte de su empleado el convenio de que su sueldo iba a descontarse para resarcirse de los daños sufridos, por haber dicho empleado invertido fondos de la casa a su favor, no es una demostración de que el damnificado haya autorizado la sustracción de fondos. Corresponde condenarlo como autor de defraudación a la pena de dos años de prisión, art. 172, y a devolver la suma sustraída. — Caso: Pedarré Enrique, defraudación a Juan Tozzini. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nomi-

nación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 164, y con fecha 28 de Noviembre de 1922. — Nota marginal: La Sala del 1er. turno, con fecha 20 de Abril de 1923, confirmó esta sentencia.

Defraudación. — El hecho de cobrar una quiniela y disponer del dinero sin entregarlo a su dueño, importa el delito de defraudación, art. 173, inciso 2º. Corresponde condenarlo a un año y dos meses de prisión en forma condicional, y a devolver el dinero cobrado (§ 360). — Caso: Hener Herman, defraudación a Santiago Faustinelli. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 424, y con fecha 12 de Septiembre de 1923. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, por desistimiento del Fiscal de Cámara, con fecha 24 de Octubre de 1923, confirmó esta sentencia.

Defraudación. — El empleado de una casa que recibe un billete de cien pesos para cambiarlo, y no lo devuelve, desapareciendo con él, comete el delito de defraudación, art. 173, inciso 2º, y 172 del C. Penal. Corresponde condenarlo en forma condicional a la pena de un año de prisión. — Caso: García Maeso Julio, defraudación a Fernández C. Coppa. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 16, al folio 189, y con fecha 8 de Julio de 1924. — Nota marginal: La Sala del 3er. turno, con fecha 20 de Mayo de 1925, confirmó esta sentencia.

Defraudación. — El empleado administrador que sustrae en beneficio propio y en varias ocasiones la suma de once mil pesos, confesando espontáneamente su delito, es responsable por la defraudación cometida. Corresponde condenarlo a dos años de prisión en forma condicional, arts. 172 y 26. — Caso: Trabuchi Segundo Carlos, defraudación a la Sociedad de Beneficencia. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 20, al folio 114, y con fecha 24 de Octubre de 1927. — Nota marginal: El 29 de Febrero de 1932, la Sala del 1er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Defraudación. — Tratándose de un depósito irregular el procedido ha podido disponer de las cédulas conflatadas a su custodia; no habiendo exigido por vía civil las medidas ten-

dientes a la restitución del depósito, sostiene la defensa la absolución. Tesis que no fué aceptada por el Juzgado, el que consideró el hecho como defraudación. Corresponde imponer al procesado, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 173, inciso 2º, cuatro años de prisión, y a pagar la suma de \$ 20.000, importe de las cédulas defraudadas. — Caso: Martinena Indalecio J., defraudación a Juana Ibáñez y Garcés. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 301, y con fecha 1º de Octubre de 1930. — Nota marginal: El 13 de Julio de 1931 la Sala del 2º turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia, condenando a Indalecio J. Martirena a cumplir la pena de tres años de prisión.

Defraudación. — El hecho de disponer en beneficio propio de pequeñas sumas de dinero, que en el término de un año y medio, más o menos, importa la suma de \$ 50.790.98, implica el delito continuado de defraudación. Corresponde condenarlo a cuatro años de prisión, art. 172 y 173, inciso 2º, y a la devolución del monto de la misma fijado por el perito contador. — Caso: Giardelli Domingo, defraudación a la razón social Pereyra Iraola e Hijos Ltda. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 354, y con fecha 29 de Noviembre de 1930. — Nota marginal: La Sala del 1er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, el 3 de Marzo de 1931, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Defraudación. — La simulación que no perjudica a un tercero es un hecho lícito. La hipoteca constituida en un bien propio no puede engendrar responsabilidad criminal. No existiendo pruebas en el sumario sobre la violencia moral, no procede aceptar el delito de extorsión. El que la sucesión sea acreedora de una parte de las mejoras introducidas en el bien propio hipotecado, resulta una cuestión civil, que debe resolverse por su respectivo fuero. Corresponde como lo sostiene la defensa dictar pronunciamiento absolutorio. — Caso: José Primo y Juan Peressin, defraudación a Luis Gobatto, Atilio Gobatto y Adela Gobatto de Carrasco. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 22, al folio 610, y con fecha 23 de Junio de 1931. — Nota marginal: El 24 de Junio de 1932, la Sala del 3er. turno de la Excma. Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Defraudación. — El cajero no puede descargar su responsabilidad, manifestando que los depósitos falsos los ha hecho por orden superior. El hecho de fraguar un documento con la firma del gerente para cubrir la defraudación, demuestra su responsabilidad. Aun surgiendo de la prueba que la falsificación del documento ha sido efectuada por el procesado en descargo de su responsabilidad, el Juzgado no puede expedirse sobre el punto, porque no ha sido denunciado, ni se ha instruido sumario al respecto, ni se ha indagado tampoco al procesado. Corresponde condenarlo solo por el delito de defraudación, art. 173, inciso 2°, a cinco años de prisión, más la devolución del dinero defraudado, intereses y costas. — Caso: Martínez Luis Rodolfo, defraudación a La Unión Gremial. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 276, y con fecha 29 de Mayo de 1923. — Nota marginal: Diciembre 14 de 1923. Cámara modificó sentencia imponiendo seis años de prisión.

Defraudación. — Si el agente contrata la compra de un automóvil, la mitad al contado y la otra mitad a plazo, firmando pagarés, y libra un cheque sin provisión de fondos para pagar la parte al contado, comete el delito del art. 302 del C. Penal. Y debe ser condenado por este delito a cuatro meses de prisión. Si el mismo agente compra una partida de hacienda y para pagarla libra un cheque sin provisión de fondos, comete el delito de defraudación, art. 172. En el primer caso había un contrato de venta y el cheque se dió para solventar una deuda proveniente de una obligación preconstituida; en el segundo, el cheque sirvió como elemento de la defraudación, aparentando bienes y engañando a la víctima. Corresponde condenarlo por los delitos de cheque doloso y defraudación a la pena de tres años y diez meses de prisión. — Caso: Delvechjo Miguel, defraudación a F. Iturraspe Rodríguez. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 369, y con fecha 25 de Julio de 1925. — Nota marginal: Octubre 19 de 1925, Cámara confirmó.

Defraudación. — Aunque el procesado niegue ser el autor del delito, las denuncias de las víctimas y los malos antecedentes del procesado, crean presunciones suficientes para dictarse sentencia condenatoria. Corresponde condenarlo por el delito de defraudación reiterada, y tentativa de defraudación, a dos años y diez meses de prisión. Tesis que no aceptó la Cámara, desde que la sola imputación de la víctima an-

te la negativa del procesado no constituye la prueba legal. — Caso: Valentí Antonio, defraudación. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 9, al folio 407, y con fecha 26 de Septiembre de 1925. — Nota marginal: Diciembre 28 de 1925, Excmo. Cámara revocó fallo y absolvió de culpa y cargo al procesado.

Defraudación y falsificación. — No estando demostrado que la firma del documento, base de la querella, sea falsa, desde que si bien los peritos del juicio criminal llegan a la conclusión de que es falsa, los peritos del juicio civil sostienen que es de puño y letra del querellante; y destruida en consecuencia la pericia no hace falta entrar a considerar los indicios de culpabilidad. Aunque otra sea la convicción íntima del juez, corresponde dictar pronunciamiento absolutorio. — Caso: Silberman Simón S., López Juan José, falsificación de documento y defraudación a Bartolo Monserrat. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 98, y con fecha 19 de Octubre de 1928. — Nota marginal: Cámara Apelaciones confirmó en cuanto a Juan José López y revocó en lo que a Silberman se refiere a quien condenó a dos años de prisión en suspenso, la que cumple el 7 de Junio de 1931; todo de acuerdo con la resolución que lleva fecha 10 de Junio de 1929.

Defraudación. — El hecho de recibir un baúl para remitirlo a Buenos Aires, y sustituir el contenido, importa el delito de defraudación. Corresponde condenarlo a ocho meses de prisión. Siendo el procesado concubino de una prostituta, no le corresponde el beneficio de la condena condicional. — Caso: Bilbao Antonio, defraudación. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 47, y con fecha 1º de Octubre de 1926. — Nota marginal: La 2ª Sala de la Cámara de Apelaciones, confirmó sentencia el 13 de Noviembre de 1926.

Defraudación. — El monto de la defraudación no debe influir para la graduación de la pena, la que se funda en la peligrosidad del acusado. Debe rechazarse el argumento de la defensa que pedía cuatro meses de prisión, fundada en que el mismo Juzgado había condenado a los autores de una defraudación por muchos miles de pesos tan solo a cuatro años de prisión, argumentando que la presente alcanza a solo cincuenta pesos. Corresponde condenarlo de acuerdo a lo

dispuesto por el art. 173, inciso 2º, a un año de prisión. — Caso: Contreras Alfredo, defraudación. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2º Nominación, 2º Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 320, y con fecha 29 de Noviembre de 1927. — Nota marginal: Cámara, 31 de Marzo de 1928, modificó a cuatro meses de prisión y costas.

Defraudación. — No corresponde al Juez del Crimen el nombramiento de tutor que autoriza el art. 12 del C. Penal; debe el querellante ocurrir a la justicia civil. — Caso: Medina Vicente y otro, defraudación. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2º Nominación, 1º Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 193, y con fecha 8 de Mayo de 1929.

Hurto y defraudación. — El sirviente que se apodera de una cartera con dinero de uno de los huéspedes, como de una joya dejada olvidada por un pasajero, debe responder por los delitos de hurto y defraudación, arts. 162 y 175, inciso 2º. Corresponde condenarlo a diez meses de prisión en forma condicional. — Caso: Actis Anselmo, hurto a Humberto Pasimbera. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2º Nominación, 1º Secretaría, Rosario. — Libro 8, al folio 281, y con fecha 1º de Junio de 1923. — Nota marginal: Mayo 6 de 1925, Cámara confirmó.

Estafa y falsificación. — Siendo el agente autor de los delitos de falsificación documentaria y estafa, penados por los arts. 172, 292 del C. Penal, debe considerarse solo el delito de estafa, desde que la acción reprimida por el artículo 292, constituyó un delito medio para perpetrar la defraudación que es el delito fin. De acuerdo a la jurisprudencia en los Tribunales locales, contraria al Juez que dicta este fallo, corresponde condenar al procesado solo por el delito de defraudación, a tres años y seis meses de prisión. — Caso: Blanco Esteban José, defraudación y falsificación. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2º Nominación, 1º Secretaría, Rosario. — Libro 11, al folio 148, y con fecha 21 de Febrero de 1929. — Nota marginal: Excma. Cámara de Apelaciones, en 19 de Junio de 1929, reformó la pena e impuso al procesado un año y medio de prisión, que se declara cumplida con la prisión sufrida.

Defraudación. — El dictamen pericial hace prueba en el delito de defraudación. — El resarcimiento del año no borra el de-

lito; a lo más puede considerarse como un atenuante. En el delito de defraudación no hay ninguna cuestión prejudicial. Las defraudaciones sucesivas, tienen el carácter de un delito continuado; es improcedente la tesis de la reiteración del delito; corresponde calificarlo en lo dispuesto por el art. 172, y condenar a sus autores a la pena de cuatro años de prisión. — Caso: Domingo Lurá y Vicente Medina, defraudación a Remonda Monserrat y Cía. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 10, al folio 508, y con fecha 10 de Octubre de 1927. — Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada en todas sus partes por la Excm. Cámara.

Defraudación por medio de prenda. — El alegar la nulidad de la prenda, sin formular ninguna articulación ni prueba, es una cuestión que no debe entrar a considerar el Juzgado. Habiendo el deudor prendario hecho abandono de la cosa prendada, en manos de terceras personas que el mismo no puede identificar, ha cometido el delito de defraudación. El argumento de que no hubo idea de apropiación, ni venta de la cosa prendada, sino un simple préstamo de uso, debe rechazarse; porque si bien es cierto que no existe actualmente vencido el plazo del contrato prendario, el hecho de no tener el deudor la cosa en su poder y de haber fracasado las gestiones judiciales tendientes a recuperarla, con el consiguiente perjuicio para el acreedor, basta para configurar el delito de defraudación. Corresponde condenarlo a dos años de prisión. — Caso: Garat Ramón (h), defraudación a Ditlevsen y Cía Ltda. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 90 y con fecha 25 de Julio de 1933. — Nota marginal: 20 de Noviembre de 1933. La Cámara confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Defraudaciones reiteradas. — No comete delito de defraudación el relojero que ante una denuncia criminal, manifiesta que todas las mercaderías entregadas para su compostura las tiene en su poder, y si no las ha entregado es debido un tanto por desidia y otro por exceso de trabajo, por lo que las pone a disposición de sus respectivos dueños. No ha habido en el presente caso ni dolo, ni idea de apropiación, ni perjuicio; por lo que debe dictarse pronunciamiento absolutorio. — Caso: D'Amico Luis, estafas reiteradas a Juan D'Amico y otros. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 315, y con fecha 20 de Junio de

1933. — Nota marginal: En 26 de Agosto de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

Defraudación. — No basta la mentira verbal para configurar el delito de defraudación; es necesario que a ésta se agreguen ciertas maniobras fraudulentas que la hagan idónea, para considerar el engaño como delictuoso. El fiador que manifiesta en el contrato de fianza, que es propietario de una casa determinada, y después ante la falta de cumplimiento de su fiado, se llega a probar que la manifestación era falsa, este engaño que no ha sido tenido en cuenta para firmar el contrato de locación, no puede servir de base al delito de defraudación, y corresponde revocar la sentencia condenatoria y absolverlo de culpa y cargo. — Caso: Santos Gentile, defraudación a León R. Hadjes. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 478, y con fecha 29 de Agosto de 1933. — Nota marginal: La Cámara de Apelaciones en lo Criminal, con fecha 27 de Abril de 1934, revocó esta sentencia y absuelve de culpa y cargo a Santos Gentile.

Documento fechado por el acreedor. — Siendo lícito y autorizado por el artículo 1016 del Código Civil, el otorgar documentos en blanco, el hecho de fecharlo a los efectos de su cobro, no puede considerarse como una alteración o falsificación del mismo. El acreedor fechó el documento después del fallecimiento de uno de los firmantes, al efecto de hacerlo efectivo demandando su pago, y como dicho documento no estaba prescripto, la Cámara del Crimen sostuvo que este hecho no podría ocasionar perjuicio y revocó el auto que consideraba al acreedor como reo de adulteración y falsificación de documento sosteniendo que no había defraudación y absolviéndolo de culpa y cargo. (No era el caso prescripto por los arts. 172, 292 y 297 del C. Penal). — Caso: José Igareta, falsificación de documento y defraudación a Juan J. Bustos. — Fallo de la Cámara del Crimen, que se registra en el Libro de autos criminales N° 2, al folio 329, y con fecha 19 de Abril de 1934.

Defraudación. — Elevada la causa a plenario, no puede el Juez de oficio dejarla sin efecto ante el pedido de sobreseimiento aconsejado por el Fiscal. La falta de acusación del Ministerio Fiscal en una querella por defraudación no autoriza el sobreseimiento cuando existe acusador particular (Malagarriaga, tomo II, pág. 97; S. C. N., tomo II, pág. 143; Castro, to-

mo II, pág. 292). Corresponde, en consecuencia, revocar el auto de sobreseimiento dictado por el Juez de Sentencia y ordenar se siga la tramitación del juicio. — Caso: Primo José y Juan Peressin, defraudación a Luis Gobatto. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 21, al folio 344, y con fecha 30 de Julio de 1929. — Nota marginal: El 22 de Octubre de 1929, la Sala del 3er. turno de la Excm. Cámara de Apelaciones, revocó este auto de sobreseimiento, por haber sido dictado extemporáneamente, mandando el tribunal seguir los procedimientos del plenario, por decreto de fecha 2 de Noviembre del mismo año. Nota de redacción: La Cámara en lo Criminal, citando esta jurisprudencia, en un caso de homicidio, la ha confirmado ampliamente. — Fallo que se registra en el Libro 2 de autos criminales, al folio 500 y con fecha 24 de Junio de 1934. — En el caso: Sarro Pánfilo y Francisco, homicidio de Alejandro Zerboni.

Defraudación y ejercicio ilegal de la medicina. — La disposición del artículo 208, inciso 1º, tiende al resguardo de la salud pública, por cuya razón la gratuidad del servicio prestado es indiferente para configurar el delito. Pero cuando se vale del ejercicio ilegal de la medicina para obtener una ventaja patrimonial ilícita, existe un concurso ideal de delitos, cuyo fin primordial ha sido la defraudación. (Carrara sostiene: que el ejercicio del magnetismo puede o no ser delito de fraude, según que quien lo ejercite sea de buena o de mala fe. Si el mismo se ilusiona sobre su arte no puede culparse sino como responsable de ejercicio ilegal de la medicina. Pero cuando como sucede con frecuencia, él trama conscientemente un engaño para sacar dinero, no hay razón para dudar de su título de fraude). Programma, tomo 4, nota 519. — El curandero que valiéndose del engaño, vende a sus clientes su libro "La verdadera ciencia de curar" en sumas fabulosas, llegando a colocarlo en más de trescientos pesos, y en algunos casos hasta \$ 1.800 por cada ejemplar, comete el delito de estafa y debe ser condenado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 172 del Código Penal, a cinco años de prisión. — Caso: Decoppi Rasolem Fortunato Agustín, ejercicio ilegal de la medicina. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 80, y con fecha 21 de Julio de 1934. — Nota marginal: Confirmada en todas sus partes el 28 de Noviembre de 1934.

Defraudación falso título. — Aunque el perito calígrafo afirme

la autenticidad de la firma, tal declaración no puede constituir plena prueba, porque la afirmación del calígrafo no puede tener más valor que la de un simple testigo. Y aun en el supuesto que se declarase auténtica la firma, en materia criminal no se admite la presunción jure, que reconocida la firma queda reconocido el documento. La prueba caligráfica ha gozado siempre de poco crédito (L. 118, tít. 18, Part. 3, Mortara, Procedure Civile, tomo 3, pág. 723, N° 597. — Jurisprudencia Argentina, tomo 1, pág. 309; t. 2, pág. 976, nota 491). Por tanto no existiendo en autos otra prueba que la caligráfica y habiendo sido negado tanto la autenticidad de la firma como el contenido del documento, no está plenamente demostrado el cuerpo del delito y corresponde confirmar el pronunciamiento absolutorio. — Caso: Quinteros Siméon, defraudación a Fausto Ponzano. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 485, y con fecha 31 de Agosto de 1933.

Defraudación por incendio. — Si el agente se vale del incendio para conseguir cobrar un seguro, debe responder por el delito que sanciona el art. 174, inciso 1° del C. Penal. El hecho de haberse provocado el siniestro después que el propietario cerró su negocio, el de haberse encontrado papeles de diario retorcidos y empapados en kerosén en distintas partes de la casa, como también la proximidad del seguro y el siniestro, son indicios graves que demuestran la responsabilidad del prevenido. Corresponde confirmar la sentencia que le impone dos años de prisión en carácter condicional. — Caso: Santana José, incendio. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 2, al folio 496 y con fecha 27 de Abril de 1934.

Defraudación por medio de la lotería. — Si el agente compra un billete de lotería a medias con un primo hermano, y habiendo salido premiado con dos mil pesos oro, lo cobra y se niega a entregar la parte de su socio, comete el delito de defraudación. La defensa sostenía que la causa de la obligación era ilícita (juegos prohibidos), porque la lotería de Montevideo se consideraba aquí como tal; pero este criterio fué rechazado por la Cámara, fundándose en la ilustrada opinión de Manzini, expuesta en su obra: Trattato de diritto penale italiano, 2° edición, tomo 8, págs. 350 y 352. Corresponde modificar la sentencia y fijar la pena en un año y medio de prisión en carácter condicional (art. 173, inciso 2° del Cód. Penal), y abonar la mitad de la cantidad perjudicada más la suma de trescientos pesos en concepto de indemnización. — Caso: Gil Francisco, defraudación a Victoriano Gil. — Fa-

llo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 2, al folio 128, y con fecha 25 de Noviembre de 1933.

Tentativa de defraudación. — El desistimiento del pedido de quiebra ante el informe del perito calígrafo de que la firma es falsificada, no puede constituir un indicio de culpabilidad en el juicio criminal, porque no reúne las condiciones de una verdadera presunción, toda vez que él solamente cobra sentido de cargo si se vincula con otras suposiciones, con otros hechos no demostrados. No habiendo más prueba de cargo que el informe pericial, que no ha sido producido dentro del juicio criminal, y como lo ha resuelto ya la Cámara, tal informe por sí solo no constituye la plena prueba del delito, corresponde confirmar el pronunciamiento absolutorio. — Caso: Mancini Angel, tentativa de estafa a Carlos Terrana. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 2, al folio 526, y con fecha 7 de Mayo de 1934.

Defraudaciones reiteradas. — El móvil de la necesidad no es aceptable atento la reiteración del delito, desde que el procesado, valiéndose de su calidad de empleado y por intermedio de asientos falsos en los libros operaba hasta ser descubierto, defraudando así a la Droguería del Aguila y a la Sociedad de Electricidad, en sumas que pasan de mil pesos. Corresponde confirmar la sentencia condenatoria que le impone la pena de tres años de prisión. — Caso: Rueda Manuel, defraudación a Cía. Eléctrica del Rosario. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 261, y con fecha 25 de Septiembre de 1934.

Defraudación. — El hecho de dar a embargo un bien propio enajenado con anterioridad, impidiendo por esta maniobra que el acreedor tomara otras clases de medidas para asegurar su crédito constituye el delito de defraudación, artículo 173, inciso 9. El delito de cheque doloso es un delito formal que queda consumado cualquiera que sea el móvil de la emisión. Corresponde confirmar la sentencia que lo condena, atento a la pluralidad de infracciones y de acuerdo a la regla del artículo 55, a dos años de prisión por los hechos delictuosos cometidos. — Caso: Gamarino José, defraudación a Francisco Guerrero y otro. — Fallo de la Cámara del Crimen del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 291, y con fecha 29 de Septiembre de 1934.

Defraudación y cheque doloso. — El que da en pago de una deuda

un automóvil que se le deja para una compostura, comete el delito de defraudación, art. 173, inciso 2º del C. Penal. Si además libra un cheque sin provisión de fondos, comete el delito de cheque doloso, sin que pueda servir de justificativo el hecho de que el tomador del cheque conozca el estado de insolvencia y la falta de fondos, porque se trata de un delito formal, que queda consumado si no se paga su importe dentro de las veinticuatro horas de haber sido protestado. Siendo tres los cheques librados a distintas personas, constituye un concurso real de delitos al que le corresponde una pena superior a la impuesta de dos años condicional. Pero en atención al largo tiempo transcurrido desde la consumación de los delitos, que el procesado no ha vuelto a delinquir, debe confirmarse la pena impuesta con la salvedad de que se trata de un concurso de delitos y no de uno solo como lo establece la sentencia. — Caso: Pavetti Bartolomé S., emisión de cheque sin fondos a Marcelino Lorenzo y otros. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 3, al folio 380, y con fecha 26 de Octubre de 1934.

Defraudación y falsificación. — La intención fraudulenta es un elemento integral de la falsificación. Con excepción de los casos del art. 173, incisos 4, 6 y 7, y del art. 174, inciso 2, la falsificación no puede constituir un delito medio de la defraudación. — Siendo las pólizas de empeño del Banco Municipal de Préstamos títulos de crédito al portador, los cuales según expresa disposición del art. 297 del C. Penal, están equiparados a los documentos públicos; la calificación del delito debe ser el de falsificación de documento público y no de estafa. Corresponde modificar la sentencia y condenar a los procesados de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 292 C. Penal, a un año y tres meses de prisión, y a un año de prisión, respectivamente, en forma condicional. — Caso: Journade Martín y otro, estafa a Leoncio Sánchez. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 3, al folio 69 y con fecha 25 de Julio de 1934.

Defraudación y prenda agraria. — Las disposiciones de la ley Nº 9644 han sido derogadas por el artículo 305 del Código Penal. Aunque la venta a plazo se simule bajo forma de prenda agraria, tal simulación no puede ser alegada por una de las partes contratantes. La violación del depósito en el deudor prendario que vende la cosa en perjuicio del acreedor constituye el delito de defraudación. No estando en discusión la situación del tercer adquirente y sí, solo la violación del depósito, no corresponde encuadrar el hecho en el inciso 9 del art. 173. Debe modificarse la calificación del delito y encau-

drarse en el artículo 173, inciso 2º, confirmando la pena de dos años impuesta en carácter condicional. — Caso: Ullasse José Antonio, defraudación a la International Harvester Company Argentina. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 4, P. al folio 12 y con fecha 7 de Marzo de 1935.

Defraudación del mandatario. — No existe ninguna cuestión prejudicial en el delito de defraudación y debe rechazarse la exigencia de una previa rendición de cuentas. El mandatario que dispone de los dineros de sus mandantes en un establecimiento industrial de su propiedad, a los efectos de salvar una difícil situación económica y no los devuelve a su debido tiempo, comete el delito de defraudación. No justifica el hecho, el haber obrado sin propósito de perjudicar, ni la solvencia en el momento de disponer, viniendo posteriormente la imposibilidad del pago por la desastrosa liquidación de sus propios bienes. Debe considerarse el delito como defraudación continuada no obstante la pluralidad de las diversas víctimas; por la fundamental unidad de sus infracciones, nacidas todas de una misma situación, determinadas por el mismo propósito, similares en su forma de comisión y surgidas todas de la misma causa: insuperable dificultad económica creada al imputado por el mal giro de sus negocios. La inhabilitación perpetua para el ejercicio de la profesión solicitada por el Fiscal, no es una sanción fijada especialmente para los delitos cometidos. Corresponde confirmar la sentencia que lo condena a tres años de prisión. — Caso: P. Persegani, defraudación. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario que se registra en el Libro de Sentencia N° 4 P., al folio 132 y con fecha 17 de Mayo de 1935. — Nota: El Camarista Dr. Soler, que fundó la sentencia, votó por el aumento de la pena a cuatro años de prisión y por la inhabilitación del Art. 12 por el tiempo de la condena y tres años más, para el ejercicio de la profesión, quedando en este solo sentido en minoría.

EL DELITO DE QUIEBRA FRAUDULENTA

CAPITULO V.

La quiebra fraudulenta. — Elementos del delito. — La cuestión prejudicial. — La disposición legal. — Efectos de la calificación de la quiebra. — Quiebra culposa. — La culpa. — Sociedades anónimas, cooperativas y personas jurídicas. — Responsabilidad de sus directores. — El concurso civil. — Fraude en perjuicio de los acreedores. — La culpa en el concurso civil. — Maniobras entre deudor y acreedor. — Jurisprudencia.

Artículo 176.

Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiera incurrido en algunos de los hechos siguientes: 1º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiera a la masa; 3º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

* * *

La quiebra fraudulenta. — Estamos en presencia de un delito complejo, no solo por la naturaleza de los hechos que pueden llegar a constituirlo, como por la cantidad y calidad de los damnificados.

El Código no define el delito; se refiere solo al comerciante declarado en quiebra, luego es la ley de la materia quien debe orientarnos para establecer cuales son los quebrados que deben entrar en la esfera de la responsabilidad. De modo que, si la quiebra para la ley comercial la constituye el hecho de la cesación de pago declarada

judicialmente, el quebrado como deudor punible no puede ser otro que el comerciante que en perjuicio de sus acreedores, por causa de fraude o culpa, es declarado en quiebra.

Esto sentado tenemos que los elementos del delito son: 1º La existencia de la declaración de quiebra; 2º El dolo o fraude y la culpa, como base del estado de falencia; 3º La existencia real del perjuicio; 4º La calidad de comerciante del delincuente.

La quiebra en sí no puede constituir un delito; por tanto el quebrado por el hecho de serlo no debe ser tenido en la calidad de un delincuente. Es necesario algo más que la declaratoria de quiebra para dar nacimiento a la responsabilidad criminal, y ese algo es la existencia del dolo o de la culpa en perjuicio de los acreedores.

* * *

La cuestión prejudicial. — El primer problema que se nos presenta en cuanto al delito de quiebra, es el relacionado sobre la dependencia con el juicio civil.

El artículo 1104 del Código Civil establece: Que si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiera pasado en autoridad de cosa juzgada.

Las cuestiones pre-judicales serán únicamente las siguientes: 1º Las que versan sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2º Las que versan sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Pero es el caso que en la nueva ley de quiebras no existe el juicio de calificación hecho por el juez civil, como antecedente previo al juicio criminal. Luego, suprimida por la nueva ley la calificación de la quiebra, desaparece por decirlo así, una de las cuestiones pre-judiciales sancionada por el texto expreso de la ley.

Y la razón es clara; el criterio de la antigua ley, que negaba al quebrado fraudulento el derecho de pedir el concurso de acreedores, ha desaparecido en el nuevo texto legal. Hoy la misión del Juez Civil en los juicios de quie-

bras, es dirigir únicamente la técnica del mismo encauzando su procedimiento y dejando librado al solo criterio de los acreedores, la suerte y el porvenir del deudor.

Por el sistema anterior era indiscutible el sometimiento de la justicia criminal a la resolución previa de la calificación de la quiebra; pero en la nueva ley registrada bajo el número 4156, se establece la independencia de ambos juicios, desde el momento que se especifica en su artículo 28 que: En cualquier estado del juicio en que el Juez o Fiscal tengan motivos para presumir la existencia de dolo, fraude o culpa por parte del deudor, deberá ponerlo en conocimiento de la justicia criminal para que inicie el juicio correspondiente. El juicio criminal no detiene ni afecta el juicio comercial.

Luego, la calificación de la quiebra, además de estar suprimida hoy, resulta innecesaria. Pero el precepto legal que estudiamos al hablarnos del comerciante declarado en quiebra, nos plantea una nueva cuestión y es la siguiente: ¿Puede intervenir la justicia criminal sin que exista la declaración judicial de la quiebra? ¿Constituye esta declaración una nueva cuestión pre-judicial?

El caso ya ha sido planteado y resuelto por los tribunales de Buenos Aires. El Dr. Rodolfo Rivarola, nos trae a colación en su obra de derecho, el caso del Fiscal Dr. Gallagos: este funcionario se presentó al Juzgado de Instrucción denunciando haberse cometido el delito de quiebra fraudulenta en la Bolsa de Comercio, fundándose en que varios corredores se encontraban en estado de quiebra y teniendo en cuenta que esta falencia estaba considerada por presunción jure, como fraudulenta de acuerdo a la disposición del Código de Comercio, pedía se aplicara a los corredores la sanción legal correspondiente.

Planteado el problema jurídico en estos términos, se argumentó por la defensa, la necesidad de la declaración de quiebra como requisito imprescindible para la iniciación del juicio criminal. Y la Cámara, de acuerdo a las conclusiones a que arribó el Fiscal Dr. Jerónimo Cortez, se pronunció por la tesis de la defensa, declarando la necesidad del auto de quiebra para someter al quebrado a la justicia criminal.

Rivarola combate extensamente esta jurisprudencia, pa-

ra sostener la independencia de los dos juicios. Citando a Haus establece lo que entiende por cuestión pre-judicial y dice ⁽¹⁾: "El Juez llamado a conocer una infracción, está naturalmente investido del poder de verificar la existencia de todos sus elementos y por consiguiente para decidir esta tuyendo sobre el fondo del proceso todas las cuestiones relativas a estos elementos. Pero la regla no es absoluta. A veces en efecto la ley quiere que uno de los elementos de la infracción sea precisamente constatado y apreciado por otro Juez. Compréndese que la decisión de la cuestión que es objeto de este examen, deba darse antes, o prejuzgarse a las otras cuestiones, lo que motiva la denominación de cuestiones pre-judiciales".

Hace luego una distinción de cuestión pre-judicial a la acción criminal a ejercerse, y a la decisión de la misma. Se diferencian ambas en el modo de proceder; mientras en la primera se prohíbe toda actividad judicial hasta la resolución de la cuestión planteada, en la segunda solo se suspende la decisión de la justicia criminal. Y termina sosteniendo doctrinariamente con Tejedor (Curso de Derecho Criminal, tomo 1º, Nº 448); Chauveau et Helie (Teorie du code penal, Nº 2153, sexta edición); Le Graverend (Legislation criminelle, tomo 1º, pág. 20); Garraud (Precis du droit criminel, 664); Nipels (Code Penal Belga interprete, tomo 3, pág. 218); Francisco Carrara (Programma, párrafo 3415); apoyado además por la jurisprudencia Francesa y Belga, la independencia absoluta de los dos juicios.

Es indiscutible la autoridad de los autores en que funda su opinión, y aunque partidario de la supresión de toda cuestión prejudicial, entiendo que el presente problema está resuelto por nuestro precepto legal, de modo que no necesitamos recurrir a la discusión doctrinaria, ni menos a la jurisprudencia extranjera para descifrarlo.

Dentro de los preceptos de nuestra ley, la jurisprudencia de los tribunales de Buenos Aires la considero ajustada a derecho.

No considerando la disposición del Código derogado

(1) R. Rivarola, Código Penal, tomo 2, pág. 330, Nº 807.

que, al interpretar la antigua ley de quiebras, establecía expresamente el sometimiento de la justicia criminal, estudie-mos el problema ante la disposición del Código vigente.

Se refiere el precepto legal al comerciante declarado en quiebra; es decir, que no basta el estado de cesación de pagos o sea el hecho generador de la quiebra, sino que es preciso la declaración judicial de la misma. Y en este sentido el único que tiene facultad para hacerlo es el Juez en lo civil.

Así como establece nuestra legislación que nadie puede ser tenido por demente sin la previa declaración hecha por Juez competente, así también el estado de cesación de pagos debe ser judicialmente declarado para que surta sus efectos legales.

Es indiscutible que hemos dado un paso adelante hacia la independencia absoluta de ambos juicios, en lo que al delito de quiebra se refiere, pero dicha independencia todavía no se encuentra sancionada por nuestra legislación; no es lógico entonces llegar a la misma por vía interpretativa.

La misión del Juez del Crimen hoy es mucho más amplia, desde que la justicia civil solo remite los antecedentes para la instrucción del sumario; pero es necesario previamente la declaración judicial de la quiebra como base del proceso.

Es decir que, por la ley antigua, el Juez en lo civil era el único que podía poner en movimiento la acción criminal al calificar la quiebra y remitir los antecedentes al Juez del Crimen. En la actualidad están restringidas las facultades del Juez en lo civil, por decirlo así, ya que éste solo se limita a poner en conocimiento de la justicia del crimen los indicios de dolo o culpa para que ésta instruya el sumario. Porque llenados los requisitos de la declaración de quiebra hecha judicialmente, la acción puede ejercerla cualquier acreedor que se considere defraudado por su deudor.

La independencia absoluta no está autorizada por los principios de nuestra legislación, pues al hablar del comerciante declarado en quiebra, corta cualquier discusión, ya que dicha declaratoria compete exclusivamente al Juez de la quiebra.

A otra solución no podemos arribar ante la orientación definida de nuestra doctrina legal.

* * *

La disposición legal. — Tanto el Proyecto del Dr. Tejedor, como el de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, cuya doctrina aceptó el Código de 1886, supeditaban el quebrado punible a las disposiciones de la ley comercial sobre la materia.

El legislador se limitaba a establecer solo la pena a que se hacía acreedor el deudor fraudulento, o el quebrado culpable; pero en cuanto a la existencia del dolo o de la culpa, lo remitía al Juez del Crimen, a las disposiciones de la ley de quiebras. Este sistema fué también seguido por el Proyecto de 1891, el cual establecía que tanto el fraude como la culpa debían considerarse de acuerdo a las disposiciones de la ley comercial.

Fué el Proyecto de 1906, que abandonó este viejo criterio y propuso la reforma en el sentido de devolver a la justicia criminal, la jurisdicción excluyente para apreciar el fraude y la culpa. Hoy no se necesita en consecuencia, recurrir a la legislación mercantil para poder establecer el fraude o la culpa en el delito de quiebra punible.

Por eso es que se establecen dentro de las disposiciones del Código Penal, los elementos que constituyen el fraude y la culpa en el delito de quiebra. De modo que el Juez del Crimen, tiene en el nuevo sistema seguido por nuestra ley, más autoridad e independencia para apreciar los hechos y establecer la responsabilidad del deudor.

Veamos el informe del referido Proyecto de 1906 al fundar la reforma, porque tiene su importancia fundamental ya que él constituye el comentario más autorizado de la ley, desde que el precepto legal del Código vigente lo reconoce como único fundamento de sus disposiciones.

Dice el Proyecto al fundar la reforma ⁽¹⁾: "En el capítulo de este mismo título, destinado a los quebrados y

(1) Código Penal, edición oficial, págs. 384 y 385.

otros deudores punibles, las modificaciones son de mayor importancia. Hemos empezado por precisar el delito a fin de hacer desaparecer la incertidumbre que resulta del sistema actual del Código, que no expresa sino el concepto de quebrado fraudulento, y que obliga a recurrir al Código de Comercio para saber quien debe ser considerado tal. Desde que se trata de un delito, lo natural es que sea el Código Penal quien lo defina y establezca con sus requisitos y condiciones. Es lo que hacemos en el Proyecto, disponiendo que el delito de quiebra fraudulenta se comete, cuando un comerciante declarado en quiebra, ha ejecutado en fraude de sus acreedores, alguno de los hechos que se enumeran. Estos actos han sido limitados a los que realmente revisten el carácter de fraudulentos, como son simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas, no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener, sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiera a la masa, o conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor. La quiebra culpable ha sido también definida en sus elementos constitutivos, los que se reducen a actos de negligencia o imprudencia manifiestas ”.

* * *

Los incisos del artículo. — Los hechos y maniobras en fraude de sus acreedores que se especifican en los tres incisos del artículo que estudiamos, son de fácil explicación.

El comerciante que está en estado de cesación de pago, en realidad sufre una disminución de capacidad jurídica. Tanto su patrimonio como su porvenir pasan a depender directamente de sus acreedores, que ejercitan el dominio sobre la universalidad de sus bienes que en realidad constituye el juicio de quiebra.

De modo que cualquier maniobra tendiente a disminuir o alterar aunque sea en beneficio de un acreedor, el patrimonio del fallido, resulta siempre un hecho doloso cometido en perjuicio de la masa, que es la única que puede disponer de esos bienes.

Esta es la razón del porqué dichas maniobras caen en la esfera de la responsabilidad criminal.

* * *

Efectos de la calificación de la quiebra. — Nuestra primitiva ley de bancarrota traía el juicio calificativo de la falencia que importaba, como hemos visto, una cuestión pre-judicial, es decir, que tal calificación era necesaria a los efectos de fijar la competencia a la justicia criminal. En la reforma de esa ley se suprimió el requisito de la calificación con lo que quedaba suprimida una de las cuestiones pre-judiciales expresamente sancionada por nuestro Código Civil.

El Código Penal vigente exige la simple declaración judicial de la quiebra, a los efectos de iniciar el proceso contra el fallido. Pero es el caso que, con motivo de la sanción de la reciente ley de quiebras N° 11719, que en sus artículos 175 y 177, establece que el Juez de comercio debe proceder a la calificación de la quiebra casual, culpable o fraudulenta, archivando el expediente en el primer caso, pasando los antecedentes al juez correccional o del crimen en el segundo, y ordenando la detención del fallido para ponerlo a la disposición de la justicia criminal en el tercero, puede suscitarse aunque sea con un criterio defensivo la cuestión de la pre-judicialidad de la calificación.

¿El juicio calificativo de la ley de quiebras importa retrotraer la cuestión pre-judicial de la antigua legislación? Entiendo que la respuesta debe ser negativa, porque la independencia de ambos juicios es una preciosa conquista del derecho moderno al reconocer en el juez del crimen la amplia facultad de juzgar.

Por otra parte no podemos sustentar otro criterio, ante la disposición clara y precisa del artículo 178, que establece terminantemente la independencia de ambos juicios, no debiendo surtir ningún efecto jurídico la calificación en el orden penal.

En el orden civil, la calificación de la quiebra podrá tener efectos jurídicos civiles que se relacionen con la rehabilitación del fallido, pero en cuanto a la responsabilidad que surge de los hechos considerados delictuosos, son de la exclusiva incumbencia de la justicia criminal.

Si consideramos que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 168 de la nueva ley de quiebras, la responsabilidad del fallido y sus cómplices debe ser apreciada de acuerdo a las disposiciones del Código Penal, resulta que la calificación de la quiebra nos sirve en el orden penal solo para promover cuestiones inútiles y demostrarnos un vacío o mejor dicho una incongruencia de la ley.

Estudiando las disposiciones contenidas en el Título XIX de la ley N° 11719, tenemos que a los efectos de la calificación de la quiebra fija taxativamente las circunstancias que ha de tener en cuenta el juez para establecer la culpabilidad o el dolo. Pero es el caso que de acuerdo a disposiciones del Código Penal, el fraude criminal se establece en los hechos siguientes: 1° Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; 2° No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar cosa que correspondiere a la masa; 3° Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor. De modo que la falta de libros en los comerciantes que de acuerdo al inciso 8° del artículo 170, es una presunción juris que obliga al juez a calificar la quiebra como fraudulenta, resulta una circunstancia que por sí sola no implica el dolo criminal, base fundamental de todo delito.

Las circunstancias que fundan la responsabilidad por culpa en el Código Penal, consisten: en gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta. Es decir, que las circunstancias establecidas en los incisos 3, 4, 12 y 13 del artículo 169, que sirven al juez de comercio para calificar de culpable la quiebra, no están reconocidas, no pueden fundar en el fuero criminal la responsabilidad por culpa.

No es posible, basado en el solo hecho de la falta de libros, dictar una sentencia condenatoria, porque este hecho por sí solo no puede engendrar ni la culpa, ni el dolo. La sola presunción juris admitida por la justicia civil, es abiertamente rechazada en el derecho penal, el cual no persigue la verdad artificial que puede fundarse en una presunción legal, sino que busca la verdad natural que sur-

ge de los hechos realmente sucedidos, fundando así la efectividad de la delincuencia.

Tenemos entonces demostrado que hay una incompatibilidad insalvable entre la nueva ley de quiebras y las disposiciones del Código Penal, que puede crear situaciones ilógicas, reñidas con los más elementales principios de justicia, tales como el hecho de autorizar la detención injusta de un comerciante que no ha cometido ningún delito.

Es necesario armonizar dichas disposiciones. El legislador cuando estudió la nueva ley de quiebras que es más reciente, al tratar sobre la culpa y el fraude, se olvidó de ojear las disposiciones pertinentes del Código Penal, dando su negligencia culpable, el resultado de sancionar disposiciones irreconciliables de efectos netamente negativos y que reclaman una reforma impostergradable y fundamental.

Deben eliminarse en consecuencia las circunstancias calificativas que contienen los incisos 3, 4, 12 y 13 del artículo 169, y la del inciso 8º del artículo 170 de la nueva ley de quiebras, por cuanto tales hechos por sí solo no constituyen delitos en el orden criminal como lo dejamos demostrado.

QUIEBRA CULPOSA

Artículo 177.

Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

* * *

La culpa. — Ya dijimos, al tratar el artículo anterior, que estábamos frente a un delito complejo. Este delito, aunque de la familia de la defraudación, tiene la particularidad especial de que puede ser susceptible de culpa, constituyendo una verdadera excepción sancionada por el legislador en los delitos contra la propiedad.

El delito de quiebra fraudulenta o culposa, no puede ser susceptible de tentativa, por tratarse de un delito formal, que queda configurado por la declaración judicial de la quiebra y el perjuicio existente.

Como la quiebra en sí no puede constituir un delito, sino una de las formas legales para proceder a la liquidación del patrimonio de un comerciante en estado de cesación de pagos, tenemos que esta figura criminosa no tiene principio de ejecución. O hay dolo o culpa, o no lo hay; si lo primero, ya sea que aquélla provenga de maniobras fraudulentas o culpabilidad del deudor, estamos en presencia del delito consumado de la quiebra dolosa o culposa; si lo segundo, se trataría simplemente de un juicio civil de quiebra con el objeto de liquidar el patrimonio de un comerciante.

De modo que no es posible sostener el principio de

ejecución; por eso es que pienso que se trata de un delito formal, de aquéllos que carecen como hemos visto de tentativa.

* * *

El artículo nos especifica claramente cuales son los casos que constituyen la culpa, dejando su apreciación librada al criterio judicial.

La penalidad como la inhabilitación es fundamentalmente diversa de la quiebra fraudulenta, y la razón es el elemento diferencial; esto es la ausencia de dolo.

* * *

SOCIEDADES ANONIMAS, COOPERATIVAS,
Y PERSONAS JURIDICAS

Artículo 178.

Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso.

* * *

Responsabilidad de sus directores. — De acuerdo a la doctrina sostenida por nuestra legislación civil, no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubieren cometido delitos que redunden en beneficio de ellas. Así lo sanciona la tesis del artículo 43 del Código Civil.

Y la razón es aceptable; basta leer la nota explicativa, para darnos cuenta que ⁽¹⁾: "El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzársele el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de ciertos números de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede

(1) Nota del Dr. Vélez Sársfield al artículo 43 del Código Civil.

tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal”.

Ante esta doctrina clara y terminante, era necesario llenar un vacío de nuestra legislación penal; porque es de advertir que tanto el Proyecto del Dr. Tejedor, como el de los Dres Villegas, Ugarriza y García, y el Código Penal de 1886, que siguió la misma orientación, nada establecían sobre los delitos cometidos por los representantes de las personas jurídicas. Fué el Proyecto de 1891, que inspirándose en el Código Húngaro, subsanó la omisión e introdujo un artículo al respecto.

Al fundar dicha disposición legal en su exposición de motivos decía ⁽¹⁾: “El artículo 215 introduce la responsabilidad, como quebrado culpable o fraudulento, en su caso, del director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido cuando se trate de quiebra de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica que ejerza el comercio. El artículo 337 del Código de Comercio establece que los directores de las sociedades anónimas debidamente constituidas, no contraen responsabilidad alguna, personal o solidaria, por las obligaciones; pero, agrega, responden personal y solidariamente para con ella y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato y por violación de las leyes, estatutos o reglamentos. Esta misma responsabilidad es la que funda la penal. Los actos de fraude o de culpa no son actos de las personas jurídicas, y es necesario reconocer que si éstas llegan a ser declaradas en quiebra que se califique de culpable o fraudulenta, ni el fraude, ni la culpa, son imputables a la persona jurídica, entidad ideal contra la cual no pueden entablarse acciones criminales, conforme a la prescripción del artículo 43 del Código Civil. Son la obra de sus representantes legales y es necesario que la represión recaiga sobre éstos, como el Código de Comercio lo establece en el artículo 1606”.

Esta disposición pasó a figurar en el Proyecto de 1906, bajo el artículo 194, pero fué ampliada por la Comisión de la Cámara de Diputados al incluirla bajo el nú-

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, pág. 192.

mero 178 de nuestra legislación vigente. En su exposición de motivos fundando la ampliación decía ⁽¹⁾: "Quebrados y otros deudores punibles. En este capítulo la Comisión no ha hecho más que una modificación, la contenida en el artículo 178, que extiende las responsabilidades de los directores, administradores o gerentes de la sociedad o establecimiento fallido, a los contadores o tenedores de libros. Generalmente los directores, administradores o gerentes que realizan esas operaciones dolosas, se valen de los contadores o tenedores de libros como instrumentos materiales para realizarlos. Seguramente si no contaran con esos auxiliares, el delito no podría cometerse o por lo menos no tendría la eficacia que ellos persiguen. Por consiguiente, este castigo será previsor para esta clase de infracciones".

Tal es en síntesis la historia de nuestro precepto legal. El ha venido a llenar un vacío en nuestra legislación, desde que respetando la ficción legal de la persona jurídica, somete solo a la legislación criminal a los directores, administradores, gerentes, contadores y tenedores de libros, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 197.

EL CONCURSO CIVIL

Artículo 179.

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

* * *

Fraudes en perjuicio de los acreedores. — La presente disposición legal tiende a reprimir los fraudes que en perjuicio de sus acreedores, haga el deudor concursado civilmente.

En el artículo que lleva el número 176, tratamos de los fraudes de los comerciantes; en el presente, de las maniobras de que puedan echar mano para perjudicar a sus acreedores los deudores civiles.

La disposición ha sido tomada del artículo 195, del Proyecto de 1906 ⁽¹⁾, el que en su exposición de motivos afirmaba: "Con respecto al deudor no comerciante que hubiere sido concursado civilmente, disponemos su castigo, cuando para defraudar a sus acreedores hubiese cometido alguno de los actos que dan lugar a la quiebra fraudulenta de los comerciantes. Actos de esta naturaleza deben ser penados, tanto en el comerciante, como en el que no lo es, sin más diferencia que una atenuación de la pena".

Como hemos visto el legislador solo se refiere a las maniobras fraudulentas contenidas en el artículo 176, de modo que quedan excluidos de la disposición los casos de culpa.

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 385.

El concursado civilmente que por culpa o imprudencia haya llegado al estado de cesación de pagos en perjuicio de sus acreedores, no comete ningún delito porque la culpa en este caso, no está reprimida por la ley. El dolo es su base fundamental y el único que puede configurar el delito en el concurso civil.

El Código de 1886, traía una disposición similar en su artículo 200; por eso decía con razón Rodolfo Rivarola al comentarlo que ⁽¹⁾: "Estas disposiciones se refieren a hechos cuya incriminación puede fundarse en la circunstancia de ser dirigidos a defraudar. Su verdadera colocación estaría, pues, en el capítulo de las estafas y otras defraudaciones".

Tal es la inteligencia del precepto legal; todas las características de la quiebra fraudulenta, le son estrictamente aplicables.

* * *

La culpa en el concurso civil. — El legislador ha cometido un olvido imperdonable, desde que no considera la culpa cuando se trata del concurso civil.

No hay ninguna razón para justificar esta omisión; o no se reprime la culpa en la quiebra del comerciante, o es necesario dictar una disposición análoga cuando se trata del concurso civil.

Lo lógico sería castigar como culposo el delito del concursado civilmente que llegase al estado de cesación de pagos, por algunos de los actos que señala el artículo 177 del Código Penal.

No vemos tampoco la razón de la benignidad de la represión de los actos fraudulentos del deudor civil. Porque tanto el dolo como la alarma social, es idéntica en ambos casos; y el perjuicio puede variar de acuerdo a las circunstancias. Luego no vemos que por la sola calidad de ser comerciante deba agravarse la responsabilidad criminal.

(1) Rodolfo Rivarola, Derecho Penal, tomo II, pág. 347.

FRAUDE ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR

Artículo 180.

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, convenio o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo deudor o director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

* * *

Maniobras entre acreedor y deudor. — Se refiere el precepto legal a las maniobras dolosas cometidas por el acreedor, en connivencia con el deudor insolvente, a los efectos de obtener cualquier ventaja en caso de aceptarse el concordato, el convenio o la transacción.

Es sabido que en infinidad de casos, el deudor prepara su propia quiebra, y contrata con ciertos acreedores a espaldas de la masa a los efectos de hacer pasar el concordato presentado. El acreedor inescrupuloso aprovechando de su situación pretende sacar ventajas en beneficio propio, aunque en perjuicio de la mayoría, y en arreglos con su deudor.

De esta manera se transforma el juicio de quiebra en un negocio escandaloso. A combatir esta mala práctica que desgraciadamente se ha generalizado, tiende la disposición de la ley, que condena cualquier maniobra, cualquier convenio, entre acreedor y deudor.

Si bien es cierto que la ideología de este delito, consiste en la obtención de una ventaja en perjuicio de los demás acreedores, la consumación del mismo, no se funda como lo hemos visto en los artículos anteriores en el perjuicio ocasionado. Basta solo que exista la maniobra, el convenio doloso, para que quede configurado el delito, aun cuando el acreedor no consiga el fin que se propuso.

Lo que castiga la ley, es la maniobra en sí misma, es la connivencia fraudulenta entre acreedor y deudor, y ésta existe independientemente del concordato, del convenio doloso, y de la finalidad del propósito. De modo que el fracaso de la finalidad perseguida no influye para nada en la consumación del delito.

* * *

La segunda parte del artículo ha sido tomada del Proyecto de 1891, el cual establecía en su exposición de motivos ⁽¹⁾: "Los artículos 217 y 218, que tomamos del 345 y del 347 del Código Holandés, reprime casos no previstos actualmente por el Código Penal: 1º el del acreedor que consintiere en un concordato judicial a causa de un convenio hecho con el deudor o con un tercero, por el cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato, haciendo extensiva esta disposición, por la razón antes dada, respecto de la responsabilidad de los representantes de las personas jurídicas, al caso en que uno de ellos concluyere una convención de tal género; 2º el del administrador o representante de persona jurídica que, fuera de los casos de quiebra, prestare su concurso o consentimiento a actos contrarios a los estatutos, leyes u ordenanzas que la rijan, a consecuencia de los cuales la persona jurídica o asociación quedare imposibilitada de satisfacer sus compromisos o en la necesidad de ser disuelta".

El artículo 347 del Código Holandés, de donde ha sido tomado el artículo, establece: "La misma pena sufrirá en

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, pág. 193.

su caso el deudor, el director gerente o comisario de una persona jurídica o de una cooperativa en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género”.

En la primera redacción del Código, siguiendo al Proyecto de 1891, se suprimió el término deudor del modelo Holandés, y se dividió con una coma el del director gerente. Esta redacción del artículo motivó la justa crítica del Dr. Tomás Jofré, quien afirmaba ⁽¹⁾: “Que con la supresión del término deudor y el agregado de la coma se creaban dos delinquentes donde no debía existir más que uno, y se adulteraba el significado del artículo”.

Este error fué corregido en la ley de Fe de erratas, incluyéndose el término deudor como está en el modelo Holandés, de modo que hoy ha desaparecido el motivo de la observación apuntada.

* * *

Dijimos anteriormente al tratar el artículo 178, que fué un vacío llenado por el legislador; desde que no establecía la ley ninguna sanción para los directores y representantes de las sociedades anónimas o personas jurídicas, por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Esta segunda parte del artículo no es más que una consecuencia de la prescripción anterior. Era lógico que habiendo introducido a nuestra legislación la responsabilidad personal de los representantes de las personas jurídicas, por las maniobras dolosas cometidas en perjuicio de la masa de acreedores, no podía menos que disponer el legislador la represión de los fraudes efectuados en connivencia con los acreedores a los efectos de obtener una ventaja patrimonial ilícita, y a esto tiende la disposición del artículo.

(1) El Código Penal de 1922, pág. 289.

JURISPRUDENCIA

DELITOS DE QUIEBRA FRAUDULENTA.

Quiebra. — Cuando el contador informa que el activo es completamente elevado de acuerdo a la mercadería real existente dejada por el fallido, es indudable la existencia de maniobras dolosas; y teniendo en cuenta que la sustracción de mercadería se robustece con la manifestación de los firmantes del informe del contador, y la fuga posterior del fallido, debe éste responder criminalmente. — El descargo de la defensa de que Ricci y Arzeno, no es una misma persona, en lo que funda su absolución, está desvirtuado por los testimonios del sumario. Los acreedores que no han asumido el rol de querellante, ni han manifestado interés en el proceso, son testigos hábiles. — Corresponde imponer al fallido la pena de dos años y medio de prisión y cuatro años de inhabilitación por el delito de quiebra fraudulenta, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 176, inciso 2º del C. Penal. — Caso: Arzeno Eugenio o Luis María Ricci, quiebra fraudulenta. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2º Secretaría, Rosario. — Libro 15, al folio 413, y con fecha 6 de Septiembre de 1923. — Nota marginal: Esta sentencia quedó firme y ejecutoriada, como consta en el pedido de libertad condicional a fs. 429 del mismo libro.

Quiebra. — No existe cuestión prejudicial sobre la calificación de la quiebra, desde que ésta civilmente no se califica. Los fraudes de los comerciantes no declarados en quiebra, caen bajo las disposiciones del capítulo sobre estafas y otras defraudaciones. — Declarada la quiebra y probada como está la sustracción de fondos, ya que la venta de todos los bienes del fallido lo fueron a vil precio y en vista del vencimiento de sus obligaciones, y no habiendo justificado la inversión de esos fondos, corresponde imputarle el delito de quiebra fraudulenta, y condenarle de acuerdo a lo dispuesto por el art. 176, a tres años de prisión y cuatro de inhabilitación, ordenando la devolución al querellante del importe de los pagarés defraudados. — Caso: Leguizamón Joaquín, quiebra. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2º Secretaría, Rosario. — Libro 15, al

folio 448, y con fecha 6 de Octubre de 1923. — Nota marginal: Ver folio 10 del Libro 16, donde quedó firme y ejecutoriada, como consta en el auto ordenando la libertad condicional solicitada.

Quiebra fraudulenta. — La falta de activo en la quiebra es una presunción de fraude. El hecho de la simulación del contrato del deudor quebrado y su negativa posterior, demuestra su mala fe. El delito de quiebra no exige la pluralidad de acreedores; basta que uno solo resulte fraudulentamente perjudicado para configurarlo. El hecho de que el acreedor fué reembolsado por un tercero, no borra el delito; porque el reembolso no proviene en este caso de la realización de los bienes del fallido. Corresponde de acuerdo al artículo 176 y 45 del Código Penal, condenar al comerciante a dos años y medio de prisión, y al cómplice que aceptó el contrato simulado, a dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Cruzetti Miguel S. y Ponce Jesús, quiebra fraudulenta. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 268 y con fecha 1º de Diciembre de 1933. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada con respecto a Ponce, el 6 de Diciembre de 1933; la pena termina el 3 de Abril de 1935. El 14 de Febrero de 1934, quedó firme con respecto a Cruzetti, cumpliendo la pena impuesta el 15 de Noviembre de 1935.

EL DELITO DE USURPACION

CAPITULO VI.

Usurpación. — Diferentes conceptos del delito. — La usurpación en el Código vigente. — Delito instantáneo. — Caso especial de usurpación. — Usurpación de aguas. — Aprovechamiento de agua corriente. — Jurisprudencia.

Artículo 181.

Será reprimido con prisión de un mes a dos años: 1º El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2º El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3º El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión de un inmueble.

* * *

Diferentes conceptos del delito. — Al tratar en los artículos anteriores de los delitos contra la propiedad, nos referimos siempre a los diversos atentados contra el patrimonio, ejecutados sobre las cosas muebles y los derechos en general. Ahora en el capítulo de usurpación nos referimos especialmente a la tenencia y posesión de los inmuebles y a la garantía sancionada por el legislador sobre todos los derechos reales, aun contra el mismo propietario de la cosa.

No siempre se ha tenido el mismo concepto del delito; él ha sufrido un cambio fundamental. En el Proyecto del Dr. Tejedor, que sigue el modelo de la antigua legislación Española, equiparaba la usurpación al simple despojo.

El Proyecto posterior de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, como el Código de 1886, se orientaron en el modelo seguido por el Proyecto anterior. Luego, para formar un concepto claro del delito, me voy a permitir transcribir el comentario oficial de Pacheco, que cita como antecedente el mismo Tejedor.

Dice el referido comentarista del Código Español ⁽¹⁾: "Lo que el Código llama en este capítulo usurpación, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes y por nuestra práctica. Ordinariamente se ha visto como un punto civil; y se ha reparado con la restitución preferentemente y ante omnia al que la sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo parécenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que en efecto es ajeno el derecho o el inmueble, no hay necesidad de otra reflexión para convenir de lo que indicamos: aun cuando se obre y se le usurpe, teniéndolo por propio, siempre se comete un atentado en sustituirse a la acción de la justicia. La ley empero, ha hecho bien en señalar los dos casos que encontramos en estos artículos, porque efectivamente pueden ocurrir el uno y el otro, y su penalidad debe ser diversa. A mí pueden despojarme de una hacienda, usurparme un derecho, sin cometer violencia alguna en mi persona, ni en la de mis servidores: yo no estaba en la finca, yo no me había presentado a ejercer el derecho. Pero igualmente pueden despojarme del uno y de la otra, arrojándome violentamente, echando con malos tratamientos a las personas que estaban por mí encargadas de su conservación. Las penas han debido ser y son distintas en uno y otro caso. Cuando no media violencia, no puede haber un delito tan grave como cuando ésta existe".

Así se consideraba el delito en el Proyecto citado y en el Código derogado. Su sanción penal era de uno a tres

(1) Derecho Penal, tomo III, pág. 334.

años de prisión y de \$ 25 a 500 de multa, según el valor de lo usurpado y la calidad de la violencia.

Ahora bien, el Proyecto de 1891 cambió la ideología de este delito, amplió su concepto, y sirvió de modelo y de orientación al nuevo precepto legal. Consideró la usurpación desde un punto de vista más amplio; se refirió no solo al despojo, sino también garantía la posesión impidiendo su turbación, considerando en consecuencia como delitos casos que no estaban entonces previstos por la ley.

Por eso decía en su exposición de motivos al fundar el artículo 219 ⁽¹⁾: "El capítulo de la usurpación, en el Código actual, se limita a preveer los casos de despojo de una cosa raíz, o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce el despojado; y la remoción o destrucción de términos y linderos. Todos estos casos quedan previstos en nuestro Proyecto, en términos más generales, e introducimos otros no previstos en el Código Penal. En el número 1º del art. 219, comprendemos los casos del art. 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo, pues sea aquél la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente latitud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlos en cuenta. El artículo 197 del Código Penal, referente a la alteración o destrucción de términos o límites está reproducido en el número 2º del art. 219, del Proyecto. La turbación de la posesión con violencias o amenazas es un hecho no previsto como delito en el Código actual; no basta proteger la posesión en sí misma; es indispensable mantener o asegurar la tranquilidad de la posesión. En cuanto a la pena, en estos casos el Código fija las de prisión y multa y las de arresto y multa. Siguiendo nuestro propósito, ya explicado, de no reprimir con dos penas principales un solo hecho, conservamos en este caso la multa, aumentada en compensación de las penas corporales suprimidas".

En igual forma se considera el delito en el Proyecto de 1906, que sirvió de modelo a nuestro legislador al sancionar

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, pág. 194.

el precepto legal vigente. La usurpación en nuestra legislación es la garantía más amplia a la posesión y tenencia de los inmuebles. Por eso establecía en su exposición de motivos al fundar el artículo 197 ⁽¹⁾: "En el delito de usurpación, queremos evitar hechos que no están comprendidos en el Código, y que, sin embargo, violan la propiedad raíz en una forma perfectamente delictuosa. El individuo que por violencia, engaño o abuso de confianza, se apodera, instalándose como en casa propia, de una casa desocupada, hecho que tantas veces se comete, especialmente en las grandes ciudades, priva de uno de los atributos de la propiedad, causa un perjuicio considerable, y es, por tales razones, y por la audacia del acto, merecedor de una pena. A fin, pues, de proteger la propiedad inmueble contra estos atentados y otros análogos, extendemos el concepto de la usurpación, disponiendo que la comete el que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble, o de un derecho real, o al que con violencia o amenaza turbase la posesión de un inmueble".

Esta ha sido sucintamente la forma en que se ha considerado la usurpación a través de los referidos Proyectos.

* * *

La usurpación en el Código vigente. — Nuestro precepto legal establece como elemento del delito, la violencia, el engaño y el abuso de confianza. Vale decir, que cualquiera sean los medios de que se valga el sujeto para perpetrar el despojo, o turbar la posesión o tenencia del inmueble, o de un derecho real, queda perpetrado el delito.

En la antigua legislación se distinguía cuándo el hecho se había cometido por medio de la violencia o por el fraude o astucia, castigándolo con diversa clase de pena. Hoy no existe esa diferencia, cualquiera que sea el medio empleado por el delincuente para cometer el delito, la sanción pe-

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 385.

nal es la misma. La astucia ha dejado de ser elemento constitutivo.

Claro está, que el legislador deja un amplio margen en lo que a la penalidad se refiere, para que el juez, al graduar el castigo, tenga especialmente en cuenta la forma como se ha perpetrado el delito y los medios empleados por el delincuente.

Cuando la ley habla de inmueble en la usurpación, se refiere a aquéllos que lo son por naturaleza, y no a los muebles considerados inmuebles por simple accesión, los cuales pueden ser objetos del delito de hurto o robo, según haya violencia o no al perpetrar el apoderamiento.

La violencia en este delito puede ser física o moral; y no es necesario que se consume la desposesión del inmueble o el despojo; basta la simple turbación de la posesión para que se considere consumado el delito. Ahora bien, en cuanto a la turbación de la posesión, debemos consultar las disposiciones correlativas de nuestro Código Civil, las que se encuentran en los artículos 2470, 2496, 2497 y 2499, respectivamente.

En igual sentido no podemos perder de vista las disposiciones civiles sobre los derechos reales de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis.

El Dr. González Roura ⁽¹⁾, nos trae como ejemplo de usurpación por fraude, el hecho de procurarse las llaves de una casa de alquiler con el objeto de verla y luego instalarse en la misma como inquilino.

Este hecho que por la antigua legislación no constituía delito, sino un simple abuso que estaba fuera de la esfera de la responsabilidad criminal, hoy de acuerdo a la doctrina seguida por el legislador, que garante hasta la simple turbación de la posesión, es suficiente para configurarlo.

(1) Derecho Penal, tomo III, pág. 244.

CASO ESPECIAL DE USURPACION

Artículo 182.

Será reprimido con prisión de quince días a un año:
1° El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquélla a que tenga derecho;
2° El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas; 3° El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas. La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

* * *

Usurpación de agua. — Dijimos que el delito de usurpación tanto en el Código derogado como en los Proyectos que lo inspiraron se reducía solo a garantizar la posesión a fin de evitar el despojo; concepto éste que fué ampliado por el Proyecto de 1891, el que llevó la protección legal hasta garantizar la simple turbación de la posesión legislando sobre casos que no estaban previstos por el Código.

El delito de usurpación de aguas, es en consecuencia una novedad introducida por el Proyecto de referencia.

Siendo el agua como afirma el Dr. Gerónimo Cortez ⁽¹⁾, "la sangre de la tierra que debe correr y circular

(1) Vistas Fiscales, tomo I, pág. 488.

por todas partes para vivificarla", resulta que constituye un problema fundamental para ciertos lugares de la República. A veces resuelve una necesidad vital de las mismas poblaciones, y otras en especial cuando se trata de terrenos montañosos donde nacen vertientes y se construyen canales, se hacen represas, y se aprovechan los cauces de los ríos, constituye el elemento propulsor de la agricultura.

A reglar, pues, y garantizar estos derechos tiende la disposición legal que estudiamos.

El Proyecto de 1906 en su artículo 198, reproduce el artículo 220 del Proyecto de 1891, con la sola diferencia de la pena que en vez de ser penitenciaria, es la de prisión. Dicho Proyecto nos dice en su exposición de motivos al referirse a la usurpación de aguas ⁽¹⁾: "Al legislar sobre este delito, hemos tenido también presente que en ciertos puntos del territorio, el uso de las aguas de represas, ríos, arroyos, etc., es una necesidad vital de la población y de sus industrias y que, en consecuencia, era necesario proteger eficazmente el derecho de cada cual, con relación a ellos. Es lo que hacemos por el artículo 198, habiéndolos preocupado de prever todos los casos y situaciones".

Esta disposición legal al incorporarse al Código bajo el número 182, es modificada agregándosele un concepto nuevo: "y con el propósito de causar perjuicio a otro". Tal agregado no hace más que aclarar el texto de la disposición legal, como lo dice en el informe la misma Comisión que introdujo la reforma ⁽²⁾: "En el presente título, la Comisión no ha introducido más que las modificaciones que se contienen en el artículo 182. Esas reformas que se explican por sí mismas y no tienen más objeto que precisar el concepto del delito, por cuanto éste no existiría en el caso de que se usaren aguas, se encauzaren, se desviaren, o se represaren, si no fuera con el objeto de causar perjuicio a otro".

He aquí la historia de nuestro artículo a través de sus antecedentes legislativos. La idea fundamental del delito la

(1) Código Penal, edición oficial, pág. 385.

(2) Código Penal, edición oficial, pág. 197.

constituye el propósito de causar perjuicio. Es éste un elemento del cual no podemos prescindir.

* * *

Inciso 1º — Ya hemos visto que los elementos de este delito lo constituyen la ilicitud del acto y el propósito de perjudicar; cualquiera de estos elementos que falten, el hecho no puede entrar en la esfera de la responsabilidad.

El abuso del derecho también está previsto por el legislador, de modo que, el que dolosamente saca más agua que a la que tiene derecho, comete el delito de usurpación.

Es que la disposición legal, no solo ampara los atropellos, sino también contempla el uso del derecho y reprime los abusos dolosos cometidos por los propietarios.

* * *

Inciso 2º. — El legislador sigue en el problema del agua el mismo sistema que en el artículo anterior cuando se refería a la propiedad raíz. No solo entonces considera el despojo del derecho, sino también que la simple turbación, la traba del ejercicio del derecho de agua, es suficiente para configurar el delito.

* * *

Inciso 3º. — Como dijimos anteriormente, el problema del agua resulta de capital importancia, especialmente en los terrenos de regadío, en que los propietarios de los mismos tienen derechos a días y horas de agua que sacan de una toma común. La reglamentación de este derecho es lo que protege y ampara la ley.

Casi siempre en esos terrenos de regadío, donde se aprovechan los ríos, arroyos y vertientes que nacen de las montañas, el agua cobra un valor inapreciable y muchas veces se cotiza mejor que la misma tierra. De aquí que no es extraño la venta de días y horas de agua, que cuestan aún más caro que la hectárea de terreno. Luego el legisla-

El uso de agua en regadío, como un acto
de comercio, que puede ser objeto de
transacción.

dor ha tenido necesidad de contemplar este problema y de amparar y garantizar este derecho.

Es por eso que, quien represa o desvía el agua de los canales con el objeto de privar de ese derecho a los propietarios vecinos, comete sin duda un abuso delictuoso y usurpa un derecho que no le corresponde.

El agravante contenido en la última parte del inciso 3º no necesita mayor explicación, pues cae de su propio peso, desde que agregando a la violación del derecho los daños materiales causados, llegamos a la justificación del aumento de la sanción penal establecida.

* * *

Delito instantáneo. — Establecer las características del delito de usurpación no solo es una cuestión que reviste un interés de orden doctrinario, sino también — y muy especialmente — de orden práctico, ya que nos sirve para precisar el momento de la consumación del delito, circunstancia ésta que debemos tener en cuenta para apreciar la prescripción del mismo.

Sostienen algunos que reviste el carácter de un delito permanente, es decir, que se trata de un estado delictuoso que solo cesa con la reintegración del inmueble usurpado. Tal criterio nos parece equivocado, pues el delito de usurpación tiene todas las características de un delito instantáneo, que queda consumado con el despojo efectuado o la simple turbación de la posesión.

No se puede considerar como delito permanente, porque la acción delictiva del despojo no podemos prolongarla voluntariamente en el tiempo, de manera que esta prolongación constituya igualmente el delito.

La ley habla del que despojare, y entonces la acción delictuosa termina con la perpetración del despojo. De modo que por el solo hecho de que el delincuente goce ilícitamente del bien usurpado, no se puede sostener la prolongación del delito.

El despojo efectuado mediante violencia, engaño o abuso de confianza, implica el delito de usurpación; la po-

sesión ilícita posterior es una consecuencia de la acción delictuosa, pero no una prolongación de la misma.

Nuestra Cámara del Crimen, ha resuelto esta cuestión, y, con acopio de doctrina, sostiene que la usurpación constituye un delito instantáneo. Dice el tribunal al fundar su resolución:

"Toda figura delictuosa recibe su sello característico del verbo empleado por la ley para configurarla. (Beling, Grundyüge, párrafo IV). Esa palabra es la que nos da la pauta para caracterizar la acción y en consecuencia para distinguir la forma misma del delito, sin confundir lo que es un elemento constitutivo del delito, con una mera eventualidad no necesaria en el mismo.

"Es así pues que ateniéndose a ese concepto fundamental resulta claro diferenciar el delito necesariamente permanente de aquél que solo lo es eventualmente y de aquél que es permanente tan solo en sus efectos. (Manzini, Vol. II, N° 233). Así no puede llamarse delito permanente el hurto, en las legislaciones comunes, porque para configurarlo usan ordinariamente los verbos, sustraer o apoderarse; no obstante ello, el estado antijurídico subsiste después de la consumación. Sin embargo en Inglaterra ha sido juzgado delito permanente, porque según ese derecho comete hurto no solo el que se apodere sino también el que retiene. (Alimena, Delito instantáneo, permanente y continuado. Scuola Positiva, 1910, pág. 385).

"Ello es que para que pueda hablarse de delito permanente es necesario que la acción delictuosa misma consienta que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del derecho en cada uno de sus momentos. (Manzini, argumento citado).

"Por ello se dice que se tiene delito permanente cuando todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación y cuando eso no puede hacerse, se tiene en cambio un delito de efectos permanente. (Alimena, Enciclopedia; Pessina Vol. V, pág. 442). Si la usurpación se comete según nuestra ley, cuando se "despoja", el usurpador después de consumado el hecho, no "despoja" en cada uno de sus actos: "posee ilícitamente".

"Por otra parte ninguna de las formas de usurpación son delitos necesariamente permanentes. Alimena no los incluye en la larga enumeración que de ellos hace en la pág. 443. No obstante ello, el Código Italiano contiene una figura que puede asumir formas permanentes. Divide los delitos así: alteración de términos art. 442, delito instantáneo, aunque tenga efectos permanentes (Manzini Vol. VIII pág. 497); desviación de aguas, permanente solo cuando requiere una inmanente e ininterrumpida actividad (bombas), (id pág. 506); turbación de la posesión, con peligro para las personas, art. 423 delito solo eventualmente permanente, porque admite como posible una constante voluntad y actividad del agente prolongando el estado consumativo (id pág. 514). Las tres formas están contempladas en nuestra ley: destruir o alterar términos, art. 181 inciso 2, desviar o sacar aguas, art. 182; y turbar la posesión, art. 181 inciso 3. (ley 11221).

"Pero es el caso que el código argentino reprime un hecho más que es el de "despojar" por violencia, engaño o abuso de confianza y si ninguna de las otras formas de la usurpación constituye delito necesariamente permanente, en ningún caso puede constituirlo el de esta figura, consistente en el hecho de "despojar"; no es más difícil de concebir como permanente que la de "turbar", que se perfecciona en un momento y no lleva tras de sí una actividad que pueda llamarse despojar, es decir consumir el delito así como puede decirse que consuma rapto el que retiene a la mujer raptada y en cada uno de los momentos de esa retención. La usurpación es el hurto inmobiliario, dice Impallomeni (vol. III pág. 753); el estado de desposesión que crea aquélla es perfectamente igual al que crea el segundo y sin embargo, no es el hurto delito permanente, según lo que hemos visto.

"Si yo arbitrariamente empotro una viga en la pared de mi vecino podré haber cometido el delito de posesión turbada. Si mantengo ese estado de cosas durante días y meses, con la viga empotrada en el muro ajeno, se podría decir que continúa el estado antijurídico creado por mí. Pero habría delito continuado hasta que yo no ose apoyar

en aquella pared una segunda viga; o hasta que quitada por el propietario la primera viga no ose volver a empostrarla una segunda vez. (Carrara, Delito continuado, en *Reminiscenze di Cattedra e foro*), lo que expresa claramente que no se trata de un delito permanente, sino de otros tantos delitos autónomos, instantáneos y unificados de acuerdo a la doctrina de ese autor sobre continuación.

"La usurpación del inciso 1º del art. 181 no consiste en "retener", sino en "despojar", a diferencia de las incriminaciones contenidas en los art. 130' (retuviere), 140 (mantuviere), 141 (privare de libertad), 146 (retuviere u ocultare), 147 (no presentare sin término), 170 (retuviere en rehenes), 198 inc. 8 (navigare), 234 (usurpare mando), 246 (eserciere funciones), 247 (llevare insignias). En todos esos casos el delito mismo, y no una eventualidad de él, consiste en retener, mantener, no presentarse, navegar, etc., y todas ellas son acciones que al mismo tiempo que constituyen el delito consienten su prolongación, de modo que cualquier fragmento de la actividad del sujeto, posterior al momento inicial, constituye también delito bajo el mismo nomen juris: retener, mantener, navegar, no presentar.

"Tal es el caso de la usurpación citada, para la cual las acciones posteriores a la de despojar son irrelevantes, no importan "estar despojado", sino "haber despojado" y estar reteniendo, lo que no es lo mismo. Todos los demás delitos citados, en cambio, admiten que para designar acciones posteriores el acto inicial se use el participio presente y no el participio pasado del verbo típico y no de otro.

"Si la usurpación es pués delito instantáneo (Gaceta del Foro, T. 61, pág. 2341), su prescripción empieza a correr desde el momento consumativo, art. 63, y no desde la restitución o reintegración del campo al antiguo poseedor".

Tal es la resolución de nuestro tribunal, que en mi entender encierra la verdadera doctrina sobre la teoría del delito permanente.

Aprovechamiento del agua corriente. — La ley, al hablar del delito de usurpación, se refiere en el inciso tercero del artículo 182, al que represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales, o fuentes. Podemos deducir de aquí que el que desviare una cañería en una ciudad, para aprovecharse del agua corriente que corresponde al vecino ¿comete el delito de usurpación? Entiendo que no; el agua corriente que se administra a los vecinos de una ciudad por intermedio de una empresa, constituye una cosa mueble, que está en el comercio, que se puede medir y valorar. Luego cuando ella es susceptible de una apropiación ilegítima, puede llegar a configurar el delito de hurto.

Nuestro legislador al usar el término desviar aguas, no se ha referido, ni ha tenido en cuenta el agua corriente que envasada en una cañería es distribuida al vecindario de una ciudad, como un servicio público, por intermedio de una empresa comercial; desviar aguas es algo más que hurtar al vecino este elemento, es alterar el cauce natural de las aguas en perjuicio de los propietarios ribereños.

La apropiación ilegítima del agua corriente en una ciudad, puede llegar a configurar el delito de hurto o de robo, según la forma como se ha perpetrado el apoderamiento; pero no puede constituir el delito de usurpación.

Esta es una cuestión que ha sido ya resuelta por nuestra Cámara del Crimen en el sentido que sostengo. El Juez de Sentencia, al fallar una causa por usurpación, decía que el hecho de desviar una cañería de agua corriente para aprovecharse del agua que correspondía al vecino, constituía el delito de usurpación de aguas, pero la Cámara no aceptó este criterio y consideró el hecho como hurto.

Decía el superior al reformar la sentencia: "En efecto, se denuncia y se constata que Loguzzo hizo desviar un caño de agua corriente con el fin de dar agua al lote que había usurpado, sacándola del vecino; siendo así, consumiría el agua corriente que al denunciante sería computada. Se califica erróneamente como usurpación este hecho, toda vez que el agua es protegida por esa incriminación, considerada como inmueble, y no tiene tal carácter el agua

corriente con la que se efectúa el suministro en una ciudad. La aplicación a ese hecho de la figura de la usurpación importa una errada interpretación del valor de la frase desviar aguas, claramente distinguida por la doctrina de la expresión "consumir agua". La sustracción de agua de una cañería de agua corriente constituye, pues, hurto y no usurpación. (Manzini VIII, párrafo 2539, III, y 2761, I).

Tal es en mi entender la verdadera doctrina, y no puede ser otro el alcance y la interpretación correcta del precepto legal.

JURISPRUDENCIA.

DELITO DE USURPACION.

Usurpación. — El dueño de una casilla que ante el atraso del inquilino en el pago de la misma, procede a levantar el techo y llevarlo a su casa, comete el delito de usurpación y debe, de acuerdo al art. 181, inciso 1º, ser condenado a tres meses de prisión en forma condicional. — Caso: Sesa Juan, daño intencional a Isafas Fernández. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 20, al folio 5, y con fecha 20 de Agosto de 1927. — Nota marginal: Con fecha 6 de Septiembre de 1927, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Usurpación de propiedad. — El hecho de abrir una puerta en el muro colindante con un terreno desocupado y tender una línea de alambre para echar unas gallinas, constituye el delito de usurpación porque ha habido turbación en la posesión del inmueble. No puede aceptarse como justificativo, la manifestación de que no tenía intención de apropiarse del terreno, desde que la turbación de la posesión se operó contra la voluntad de los cuidadores del terreno. Tampoco puede considerarse baldío, dada la manifestación del procesado que espera se justifique la propiedad del mismo para volver las cosas a su lugar. Corresponde condenarlo condicionalmente como autor del delito de usurpación, artículos 26 y 181 del Código Penal, a seis meses de prisión. — Caso: Sánchez Pedro, usurpación a Honorio Aguirre. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 421 y con fecha 28 de Julio de 1933. — Nota marginal: La Cámara de Apelaciones en lo Criminal, con fecha 21 de Junio de 1934, fundada en la disposición del artículo 62, inc. 2º del Código Penal, declaró prescripta esta causa.

Usurpación de propiedad. — Si el agente logra introducirse en un terreno mediante un juicio de desalojo nulo, y el perjudicado alega la nulidad del juicio que es reconocida hasta por el propio actor, la turbación de la posesión obtenida por este medio doloso, implica el delito de usurpación. —

El arrancar los árboles que había en el terreno y removerlos constituye el delito de robo; el desviar la cañería para aprovecharse el agua corriente, implica el delito de usurpación de aguas. No habiendo unidad de tiempo en los hechos cometidos, éstos constituyen un concurso real de delitos, y debe condenarse a su autor a cuatro años de prisión (arts. 55, 164, 181, incs. 1 y 2; 182 y 183 del Código Penal). — La Cámara no aceptó la tesis de la sentencia, porque el aprovechamiento del agua corriente en las ciudades lo considera hurto y no usurpación. La remoción de árboles y cercos la computa como daño y rechaza la idea del robo, porque la violencia no recae en un medio defensivo de la cosa y no se trata de apropiación sino de remoción de árboles. La intromisión fraudulenta la considera como usurpación; por lo que reforma la sentencia y la modera, condenando a su autor por los delitos de usurpación, hurto y daño. — Caso: Loguzzo Gregorio, usurpación a Francisco Miraglia. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 33, al folio 319 y con fecha 3 de Diciembre de 1932. — Nota marginal: La Cámara Criminal, con fecha 28 de Abril de 1933, modificó esta sentencia condenando a Gregorio Loguzzo a sufrir la pena de dos años de prisión, a la obligación de restituir el bien usurpado, indemnizar la suma de un mil pesos moneda nacional y a pagar las costas de ambas instancias. La pena impuesta a Loguzzo termina el 22 de Noviembre de 1934.

Usurpación. — Constituyendo la usurpación de propiedad un delito instantáneo, la prescripción debe principiar a correr desde el momento de la consumación del despojo y no desde el hecho de la reintegración del inmueble usurpado. Corresponde confirmar el auto apelado que declara prescripto el derecho de acusar, dado el tiempo transcurrido desde la perpetración del despojo. — Caso: Fernández Antonio y otros, usurpación a José Miguel López. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de autos criminales, Nº 1, al folio 325 y con fecha 21 de Abril de 1933.

Usurpación. — La usurpación o despojo de bien inmueble o derecho real se realiza según el artículo 181 inciso 1º, mediante violencia, engaño o abuso de confianza. El despojo clandestino no tiene sanción penal en nuestro código, que ha substituido los amplios conceptos de fraude y astucia del Código derogado (art. 196) por los más restringidos de engaño y abuso de confianza. Corresponde, en consecuencia, revocar el auto de prisión, porque no existen los requisitos

enunciados que configuran el despojo delictuoso. — Caso: Marcos Cornero, usurpación. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de autos criminales, N° 3, al folio 373 y con fecha 10 de Mayo de 1935.

Usurpación. — El hecho de entregar una inquilina a la Asistencia Pública y negarse luego a readmitirla, implica el delito de usurpación de propiedad (art. 181, inc. 1°). Para que el estado de necesidad (art. 34, inc. 3°) justifique el hecho, el agente tiene que haberse encontrado en una situación de peligro o coacción psicológica en que fatalmente debe elegir entre dos intereses en conflicto. El peligro ha de ser efectivo, inminente, real o posible, y no han de existir otros medios perniciosos o inofensivos para evitarlo. La situación creada no debe serle imputable y el interés que se procura evitar sea lesionado, no debe estar fuera de la protección jurídica (von Liszt, Derecho Penal, t. 2, pág. 342; Pacheco, t. 1, pág. 162; González Roura, t. 2, pág. 36). El que la víctima fuera una enferma de tuberculosis pulmonar, no por eso queda demostrado el riesgo inminente del contagio, ni menos que careciera de otros medios para evitarlo, y por último la situación creada le es imputable al procesado, dado que en sus manos estuvo, averiguar si su inquilina era sana o enferma. — Corresponde confirmar la sentencia y aunque el procesado registra antecedentes y una condena anterior, debe moderarse la pena de seis a dos meses de prisión, en virtud del sentimiento racional y noble que lo impulsó (el amor a sus hijos). — Caso: Igarzabal Carlos V., usurpación. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 4 P., al folio 140 y con fecha 18 de Mayo de 1935.

EL DELITO DE DAÑO INTENCIONAL

CAPITULO VII.

El daño en el derecho romano. — Las leyes de Partidas. — Nuestros antecedentes penales. — Elementos del delito. — El perjuicio. — El objeto o la cosa en que recae. — La propiedad. — El daño por imprudencia. — De la tentativa. — El daño calificado. — Jurisprudencia.

Artículo 183.

Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

* * *

El daño en el derecho romano. — Ya dijimos en el tomo primero, al tratar del delito de homicidio, que en la organización de la antigua Roma, la familia se constituyó bajo el régimen de la autoridad y el *Pater Familia*, era el amo y señor absoluto de la vida de sus haciendas y esclavos; por eso la muerte de éste no se consideraba como homicidio, sino que entraba en la categoría de un simple daño.

En el derecho romano, el daño estaba considerado como un delito privado, es decir, que era de la incumbencia de la legislación civil, no formando parte, en consecuencia, del derecho criminal.

Los romanos lo definían como "*damnum injuria datum*", que consistía en general cualquier daño que un hombre causase al patrimonio de otro. La famosa ley *Aquilia*,

debida al tribuno de la plebe, Aquilio Gallo, fué la que abolió las disposiciones de la Ley de las Doce Tablas, y reguló el resarcimiento de los daños causado por culpa de otro, condenando a pagar el mayor valor que hubiera tenido el esclavo dentro del año que anteciediera al delito; y el mayor valor de la cosa dentro de los treinta días en los otros daños. Es decir, que para apreciar el perjuicio causado siempre miraba hacia atrás, razón por la cual como dice Escriche ⁽¹⁾, dió motivo a que algunos antiguos comentadores dijieran que esa ley tenía los ojos en el cogote.

No se hacía, como se ve, ningún distingo entre el dolo y la culpa, desde que perteneciendo este delito al fuero civil lo único que interesaba era la reparación del perjuicio.

* * *

Las Leyes de Partidas. — En la vieja legislación del Rey Alfonso el Sabio, también primó este criterio, e involucraba en el delito de daño no solo los ocasionados en las cosas y animales, sino también los ataques a la integridad personal, que hoy constituyen un delito independiente.

Por eso, en la Ley 1, título 15, Partida 7ª, al definir el delito, decía: "Daño es empeoramiento, o menoscabo, o destruymiento, que ome rescibe en si mesmo o en sus cosas, por culpa de otro. E son del tres maneras. La primera es, quando se empeora la cosa, por alguna otra quel mezclan, o por otro mal quel fazen. La segunda, quando se mengua, por razón del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo".

Pero el Código Español de 1870, abandonó el criterio de las viejas Leyes de Partidas, y legisló el delito sobre nuevas bases, bajo una orientación más moderna. Lo circunscribió a las cosas muebles, inmuebles, y semovientes.

No consideró como daño a las lesiones personales, que constituyen un delito por sí independiente.

(1) Diccionario de la Legislación, tomo I, págs. 597 y 598.

El monto del perjuicio ocasionado, fué el criterio que tuvo en cuenta para su represión, llegando hasta fundar este solo requisito la sanción penal del precepto. Así tenemos que según el monto del perjuicio ocasionado, el hecho se calificaba como delito o falta.

* * *

Nuestros antecedentes penales. — Principia el Proyecto del Dr. Tejedor al considerar los daños, invocando la conocida nota de Pacheco en su comentario al Código Español ⁽¹⁾.

“1º Daño es una palabra genérica, que hace en los delitos contra la propiedad el mismo papel que la lesión en los delitos contra la persona.

“2º Después que se han recorrido todos los hechos harto graves que afectan aquéllas, y que el mundo ha distinguido siempre con especiales nombres, robos, hurtos, defraudaciones, incendios, estragos considerables, lo que queda más abajo de todas esas categorías, lo que sin dejar de ser grave no lo es tanto como aquéllas, éso es lo que en todas las legislaciones se ha tenido que reunir bajo una palabra común, para que sea objeto de disposiciones generales”.

Sin embargo no siguió Tejedor fielmente el modelo. En cambio el Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, siguiendo el Código Español y transcribiendo la disposición del artículo 475, fué más explícito al considerar este delito, dándole mayor importancia.

El Código de 1886, que aceptó las conclusiones de este Proyecto, suprimiendo solo el último artículo que preveía el caso cuando el agente no ha podido pagar la indemnización civil a que tenía derecho el perjudicado, transcribió con muy pocas variantes todas las disposiciones del Proyecto.

En cambio el Proyecto de 1891, consideró este delito en forma diferente, desde que redujo todo el articulado a una sola disposición de carácter general y al fundar la ra-

(1) Pacheco, Derecho Penal, tomo III, pág. 408.

zón del cambio, decía en su informe ⁽¹⁾: "En el capítulo de los daños, el Código Penal ha declarado en el artículo 219 que todo daño no comprendido en el capítulo de los incendios y otros estragos, será reprimido por las disposiciones que le siguen; ha enumerado en el artículo 220 diversos casos particulares de daño; ha establecido en el artículo 221 una regla de penalidad fundada en el criterio del importe del daño, y ha concluido con una disposición general para todos los casos no comprendidos en los artículos anteriores. Creemos innecesaria esta articulación para proveer a la represión de este delito, desde que los casos particulares caben dentro de los términos generales y de los límites de represión que fijamos en el artículo 223 del Proyecto".

Así era la forma en que se había considerado el delito a través de los diferentes Proyectos que constituyen nuestros antecedentes penales. De modo que, cuando apareció el Proyecto de 1906, el cual sirvió de modelo inmediato a nuestro legislador, se consideró el delito en dos artículos diferentes: el primero lo estudió en general, tomando la disposición del artículo 223 del Proyecto de 1891; y en el segundo lo estudió en forma particular, tomando la disposición del artículo 346 del Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, al cual se le introduce algunas pequeñas modificaciones tomadas del Código Belga, como veremos más adelante.

Esta es la historia jurídica de la disposición que estudiamos, la cual al incorporarse al Código vigente no ha sufrido modificación alguna; así lo establece la comisión de la Cámara de Diputados, al aceptar íntegramente el texto del Proyecto de 1906.

* * *

Elementos del delito. — Habla nuestra disposición legal, del que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, pág. 196.

un animal total o parcialmente ajeno. Es decir, que debemos tener presente: 1º el perjuicio, 2º el objeto o la cosa en que recae, 3º la propiedad de la misma.

* * *

El perjuicio. — Este es el elemento esencial del delito, desde que la acción del agente por lo general no la inspira otro propósito que el de perjudicar.

Siendo el elemento fundamental el perjuicio, este delito es susceptible de presentarse como medio y como fin. En el primer caso la figura criminosa del daño es absorbida por el delito que constituye la finalidad del agente, porque entonces figura como un accesorio de lo principal.

Los daños ocasionados por la violencia en el apoderamiento quedan absorbidos por la entidad jurídica del robo. Pero éste no es el caso en que lo contempla el legislador; aquí nos referimos al daño como delito independiente; y en este caso lo único que lo puede configurar es el propósito de perjudicar, propósito que debe constituir por sí solo su propia finalidad.

Ya al estudiar los otros atentados contra la propiedad dijimos que el apoderamiento de la cosa se hacía con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial. En el presente caso por lo general no puede existir más que el ánimo de perjudicar; de lo contrario saldríamos de la esfera del delito de daño, para configurar otra figura delictuosa, porque entonces el perjuicio figuraría como un medio y no como una finalidad.

El mismo incendio que podía sostenerse como un daño calificado, a veces no participa de los elementos de este delito porque existe a menudo en el incendiario el ánimo de lucro, sirviendo en consecuencia el incendio como un medio para obtener una ventaja patrimonial. Es por esto que se ha hecho del incendio un delito especial, castigándolo severamente.

Es indiscutible que el odio y la venganza constituyen por lo general el móvil del delito y digo por lo general porque también puede inspirarlo en raras ocasiones el áni-

mo de lucro. El ejemplo que nos trae el Dr. Irureta Goyena, del caballo que es sacrificado dolosamente con el objeto de que no participe de una carrera en que es un serio competidor, ha cobrado en nuestro país los relieves de un caso real.

Para la disputa del Gran Premio Nacional en el año 1933, cuya prima, como se sabe, entre nosotros la constituye la bonita suma de cien mil pesos, el potrillo "Hasta Hoy", que registraba la mejor corrida de todos los competidores de la prueba, en la madrugada de la gran carrera apareció con una puñalada en el vacío, motivo por el cual no pudo participar de la misma.

Si bien no se descubrió al autor del hecho, resulta a las claras que el daño perpetrado en esas condiciones debió tener por móvil el ánimo de lucro, desde que se restó un elemento calificado en la carrera y dejó la prima de la prueba a merced de cualquiera de los competidores.

Debemos tener bien presente entonces que por regla general el propósito de perjudicar es lo que constituye el delito, pero a veces con este propósito está unido también el ánimo de lucro.

Destruir, inutilizar, hacer desaparecer o de cualquier modo dañar, dice la ley. Luego para configurar el delito basta cualquier lesión dolosa, por mínima que sea, de orden patrimonial.

Quien destruye, daña; quien inutiliza, daña; de modo que la destrucción y la inutilización están involucradas en el concepto del término dañar, por lo que hubiera sido más claro y sencillo redactar el artículo en la siguiente forma: "El que hiciere desaparecer o de cualquier modo dañar una cosa mueble, inmueble, o un animal, etc.".

La ley prevé en su disposición legal cualquier ataque doloso contra el patrimonio ajeno, pero no nos indica la forma y el procedimiento que ha de valerse el agente para llevar a cabo su agresión. En este sentido debemos aplicar lo que dijimos en el hurto para llevar a cabo el apoderamiento, es decir, que cualquiera que sea el medio de que se valga el agente para ocasionar el perjuicio en el patrimonio ajeno, es suficiente para configurar el delito.

Cualquier acción u omisión dolosa capaz de ocasionar un perjuicio, resulta un acto idóneo que puede llegar a configurar el daño criminal.

Bien puede el agente ocasionarlo directa o indirectamente, por acción u omisión, o automáticamente por medio de la misma cosa objeto del daño; de modo que cualquier acto doloso suficiente a ocasionar un perjuicio debe dar origen, según la disposición de nuestra ley, a la responsabilidad criminal.

Afirmamos que una omisión puede llegar a constituir el delito; quien se abstiene del cumplimiento de su deber con el propósito de perjudicar, es responsable del daño cometido. Quien tiene obligación de cuidar unos animales, o de regar una huerta, por ejemplo, y se abstiene de cumplir su obligación con el propósito de perjudicar ocasionando la muerte de los animales o la seca de las plantas, es responsable criminalmente del daño ocasionado.

También puede causarse automáticamente; es una costumbre un tanto vulgar entre los campesinos atar a la cola de los animales ajenos, tarros o cueros con el objeto de que disparen y se ocasionen daños ellos mismos, a los efectos de que se acobarden y no vuelvan más al cercado. Tales actos configuran también el delito de daño cuando llegan a ocasionar un perjuicio.

Por último habla la ley de hacer desaparecer, y ésta es una característica interesante del delito, desde que tiene su punto de contacto con el hurto. En realidad si hubo intención de apoderarse de la cosa desaparecida, habría en este caso hurto y no daño.

El precepto legal se refiere solo al que con intención dolosa, pero sin ánimo de apropiación, y con el propósito de causar un perjuicio, oculta o hace desaparecer una cosa causando una lesión de orden patrimonial. Como por ejemplo, el arrojar dolosamente cosas ajenas al fondo del mar, el secuestro de las mismas con la intención de ocasionar un perjuicio.

Es una condición fundamental la falta de ánimo de apropiación, porque de lo contrario, se transforma inmediatamente en hurto.

El principio general es el de la responsabilidad del daño; pero éste como todos los principios tiene sus excepciones, pues el daño cometido en las condiciones apuntadas en el artículo 34 del Código Penal, no engendra ninguna responsabilidad criminal.

* * *

El objeto material o la cosa en que recae el daño. — El delito de daño puede perpetrarse en todas las cosas que forman el patrimonio del hombre. Es por esto que habla la ley de muebles, inmuebles y semovientes.

Según nuestra legislación civil, las cosas son los objetos corporales susceptibles de tener valor. Los bienes inmateriales susceptibles también de valor, reciben el nombre de derechos y forman conjuntamente con las cosas, los bienes que constituyen el patrimonio.

Siendo el daño una modificación física que altera el valor de la cosa ocasionando un perjuicio, es lógico pensar que los derechos, o sea los bienes inmateriales, que no presentan una realidad corpórea, tangible, palpable, capaz de sufrir esa modificación material, no pueden ser objeto de este delito.

Estamos entonces, en que son las cosas las únicas que son materia del delito, quedando en consecuencia los bienes inmateriales que constituyen los derechos, al margen de la infracción.

El daño en los animales, que antiguamente constituía el delito de injuria, modernamente lo consideran algunas legislaciones como la Belga, la Francesa, la Italiana, como una modalidad independiente, consagrándola como una entidad jurídica autónoma, y haciéndolo un delito especial entre los daños. No estoy de acuerdo con este modo de pensar. Nuestro legislador, a mi juicio, con toda razón previó el daño perpetrado en los animales, dentro del precepto general; ni siquiera lo considera entre los daños calificados, y menos aun pretende hacer una figura autónoma del mismo.

* * *

La propiedad de la cosa. — Es ésta otra de las ca-

racterísticas fundamentales. La cosa que constituye el objeto del delito debe ser total o parcialmente ajena; así como dijimos en el hurto que él no existe cuando el apoderamiento recae sobre la cosa propia, así también establecemos aquí, que cuando el daño es ocasionado por el propietario de la cosa no puede configurar la infracción penal que estudiamos.

El *jus utendi*, *fruendi*, et *abutendi*, sancionado por el derecho romano, aun pervive en nuestros tiempos y mientras no se cambie nuestra organización social ha de existir siempre como una garantía del derecho de propiedad. El, constituye el aliciente del progreso humano, desde que estimula al hombre en su afán egoísta de superarse a sí mismo, garantiéndole todas las conquistas económicas en su prosperidad, que se traducen en el lujo, el bienestar y la riqueza, que gentilmente nos ofrece la vida.

Pero el abuso del derecho de propiedad debe tener su límite, y éste no puede ser otro que el derecho de los demás, de modo que cuando el propietario los ultrapasa lesionando el derecho ajeno, puede dar lugar su acción ilícita a otra imputación delictuosa.

Así, el que destruye su casa levantando por ejemplo parte de los techos, con el propósito de que el locador se cambie, comete el delito de usurpación, artículo 181 del Código Penal. El incendio está considerado como un delito contra la seguridad pública, artículo 186 del Código Penal, y puede dar lugar también al delito de defraudación, artículo 174, inciso 1º del Código Penal.

Siendo el elemento fundamental del daño el perjuicio deliberadamente ocasionado, es indudable que la cosa tiene que ser ajena y este requisito se cumple solo cuando está incorporada al patrimonio de otro. La cosa sin dueño (*res nullius*), y las abandonadas (*res derelictoe*), no pueden ser materia de este delito.

Ya al hablar en el hurto tratamos esta cuestión y las mismas conclusiones que establecimos en aquella ocasión, son aplicables al daño. Sostenemos aquí la inexistencia del delito cuando el daño recae sobre estas cosas por la imposibilidad del perjuicio.

Por último hay que hacer notar, como ya lo dijimos anteriormente, que las cosas perdidas no deben confundirse con las abandonadas, porque éstas sí pueden ser objeto del delito.

* * *

El daño por imprudencia. — ¿Podremos considerar involucrado dentro del precepto legal el daño cometido por imprudencia? Es ésta una pregunta que puede acarrear alguna dificultad dada la forma como está redactado el artículo.

En algunas legislaciones como la Uruguaya, no puede ni formularse esta pregunta porque el artículo establece expresamente: "El que maliciosamente destruyere, dañare o de cualquier modo deteriorare bienes ajenos muebles o inmuebles, etc. ".

Entiendo que el legislador se ha querido referir al daño voluntario cometido con el propósito de perjudicar. Si el agregado del término "o de cualquier modo dañare, etc." sirviese para sostener que está involucrado también en la disposición el delito culposo, es necesario admitir que éste está mal legislado.

El daño doloso y culposo constituyen dos situaciones diferentes, que por consiguiente deben engendrar diversas sanciones penales, y en consecuencia no pueden estar reprimido con la misma pena.

El daño culposo como delito, no podría ir más allá de la simple sanción de una multa. Y la razón es clara: si las lesiones ocasionadas por imprudencia tienen como sanción penal la multa, ¿por qué el daño culposo es susceptible de prisión? Lógicamente entonces no podemos considerar comprendidos en la disposición del artículo los daños cometidos por culpa e imprudencia.

Me inclino a pensar que para nosotros, el daño culposo no puede engendrar más que sanciones civiles.

El artículo se refiere entonces al daño voluntario y maliciosamente cometido con el propósito de perjudicar.

* * *

De la tentativa. — ¿Puede este delito ser objeto de tentativa? Unos sostienen la afirmativa, en cambio otros manifiestan que se trata de un delito formal y que en consecuencia carece de ella.

Nosotros estamos por la afirmativa. Siendo el daño un delito susceptible de ser producido por un hecho instantáneo, como puede también participar de las características de los hechos complejos, que admiten principio de ejecución conteniendo episodios intermedios antes de llegar a la finalidad que es la realización del perjuicio, no es difícil entonces aceptar que en estos casos puede ser objeto de tentativa.

Cuando el daño no es cometido directamente y en una forma instantánea, sino que el agente se vale de episodios intermedios para conseguir su finalidad que es el perjuicio, fácil nos resulta señalar su principio de ejecución.

La ley nos habla del daño cometido por medio del veneno y en este sentido puede este delito tener principio de ejecución. Veamos un ejemplo, ya que la práctica como maestra indiscutida nos puede demostrar la realidad de la doctrina que sostengo: Un sujeto con el deliberado propósito de perjudicar hecha veneno en las aguas de un bebedero de su vecino, pero advertido éste de la maniobra impide la llegada de sus animales que se dirigían hacia una muerte segura. No hay duda que en este caso hubo un principio de ejecución, ya que una causa ajena a la voluntad del agente fué la que impidió la consumación del daño.

El Dr. Irureta Goyena ⁽¹⁾, que también sostiene la tentativa del delito, nos trae de ejemplo el caso del veterinario que con el objeto de hacer una investigación, toma un animal ajeno, lo maneja, lo anestesia, y cuando se proponía abrirle el vientre, es sorprendido por el dueño quien impide que la operación siga adelante.

Un último ejemplo para reafirmar la teoría que sostengo. Dijimos anteriormente que el legislador no establecía los medios, ni la forma, para perpetrar el delito, y en este sentido sostuvimos como en el hurto que cualquiera que se adoptase era idóneo ante los resultados realizados.

(1) Obras completas, tomo IV, pág. 195.

Puede entonces el agente obrar automáticamente, valiéndose de la misma cosa en que recae el perjuicio y en este sentido también es susceptible de un principio de ejecución. Un ejemplo nos aclarará más el concepto.

Firmados entre vecinos un contrato para correr una carrera, donde se estipulan los plazos y condiciones de la misma, uno de los contratantes con el propósito de impedir el encuentro y ganar el depósito de la carrera, hace servir la yegua de su contrario con un potro, y no logra su propósito que era el de hacer preñar el animal a fin de evitar el encuentro y cobrar el depósito, ocasionando un perjuicio. Hay aquí evidentemente una tentativa del delito, desde que el agente llevó a cabo toda la ejecución de su plan para consumar el daño; y solo la casualidad, o mejor dicho, los misterios de la naturaleza que están fuera del alcance de la voluntad impidieron que se consumara el propósito.

Vemos en consecuencia, que de acuerdo a los ejemplos planteados, cuando el delito no se verifica por un acto instantáneo, él puede ser susceptible de un principio de ejecución y en consecuencia en estos casos admite la tentativa.

EL DAÑO CALIFICADO

Artículo 184.

La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Ejecutarse el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;

2º Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;

3º Emplear sustancias venenosas o corrosivas;

4º Cometer el delito en despoblado y en banda;

5º Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos, o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

* * *

Nuestro legislador considera el daño en dos artículos; en el primero tomado del Proyecto de 1891, lo hace en forma general, y en el segundo, tomado del Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, sanciona las circunstancias que pueden llegar a calificarlo.

La condición de: "arruinando al perjudicado" que figuraba como circunstancia calificativa en el citado Proyecto, que fué tomado a su vez del artículo 475 del Código Español de 1870, ha sido suprimida por el legislador, y hoy en nuestro derecho positivo no figura como una circunstancia calificativa.

El legislador ha tenido presente para calificar el delito, tres circunstancias: 1º La representación social de la víctima (carácter de autoridad). 2º La circunstancia del lugar y los medios empleados por el delincuente (despoblado).

do y en banda, veneno y sustancias corrosivas). 3ª La naturaleza de la cosa en que recae el daño (edificios públicos, bibliotecas, caminos, museos, etc.).

Vamos a estudiar estas circunstancias en los diferentes incisos del artículo.

* * *

Inciso 1º. — Establece la ley que el daño debe ejecutarse con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones.

Esta característica del delito debemos tenerla bien presente, para poseer un concepto claro del precepto legal, desde que, como vemos, el caso del inciso primero tiene sus puntos de contacto con el delito de sedición y el desacato que constituyen por sí dos delitos independientes de mayor gravedad que el daño.

Consiste la sedición en el alzamiento público para impedir el ejercicio de las leyes o las resoluciones de los funcionarios. Luego el delito de sedición tiene su fundamento en un alzamiento, es decir supone un movimiento colectivo para atentar contra las resoluciones del representante de la autoridad.

En cambio, el desacato lo constituye el alzamiento particular y privado contra la persona del funcionario público.

Tenemos entonces que el elemento diferencial de estos delitos, no está solo en la forma de atentar contra la propiedad, sino y muy especialmente en el objeto en que recae el atentado. El delito de daño solo se refiere a los bienes materiales y jamás puede menoscabarse la persona del funcionario.

El móvil lo constituye en este caso particular, el odio y la venganza; y la causa original del delito, las determinaciones tomadas por el representante de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

El solo hecho de que el daño se efectúe en los bienes de un funcionario público, no es suficiente para calificar el delito; es necesario que el hecho lo haya motivado cualquier determinación tomada por el representante de la autoridad.

Ahora bien, si el daño recae en los bienes de un ex-funcionario, siendo el móvil la venganza tomada por las disposiciones de éste en el ejercicio de sus funciones, debe igualmente el delito calificarse. Porque lo que ampara la ley dando pie a la calificación del hecho, es el principio de autoridad que constituye el orden en toda sociedad bien organizada.

* * *

Inciso 2º. — Este inciso se refiere cuando el daño se efectúa por infección o contagio en las aves y en los animales domésticos.

Tanto la infección como el contagio pueden acarrear grandes estragos que por sí solos justifican la razón del agravante.

El contagio es el modo directo de propagar y difundir una enfermedad que puede llegar hasta convertirse en una verdadera plaga. Por ejemplo, el que con el propósito de perjudicar echa una oveja enferma de sarna en el rebaño ajeno y consigue propagar el mal.

La infección o contagio, no solo puede recaer sobre las aves y animales domésticos, sino también sobre los vegetales; pero nuestra ley no ha previsto el caso. De modo que al autor de una plaga propagada maliciosamente en el cercado ajeno, le serían solo aplicables las disposiciones del daño y no le correspondería el agravante que apunta el inciso que estudiamos, por un lamentable olvido del legislador.

* * *

Inciso 3º. — En el tercer inciso se refiere la ley a los daños ocasionados por medio de sustancias corrosivas y venenosas.

Ya tuvimos oportunidad de estudiar el veneno al considerarlo como un agravante en el delito de homicidio. Las razones expuestas allí son aplicables en la parte pertinente, explicando por sí sola la razón del agravante.

Las sustancias corrosivas como los ácidos, se emplean generalmente por los obreros, en los movimientos huelguistas con el objeto de perjudicar las máquinas ocasionando un daño al patrón. Es decir que lo emplean como un medio extorsivo para conseguir el triunfo de sus pretensiones.

* * *

Inciso 4º. — Habla la ley del daño que se comete en despojado y en banda. Dos casos prevé la disposición del inciso; en el primero se refiere a los daños que se efectúan en el campo, y en el segundo al daño cometido por una asociación ilícita.

Ya hemos estudiado anteriormente las razones que invocaba el legislador para amparar los productos agrícolas, al tratar los agravantes del hurto, y fundado en las mismas razones califica el daño perpetrado en estas condiciones.

En cuanto al concepto de banda, también tuvimos oportunidad de exponerlo al considerar los otros atentados contra la propiedad; por eso solo nos resta aquí dar por reproducido lo que afirmamos anteriormente.

* * *

Inciso 5º. — La disposición legal ampara también los bienes públicos del estado y los que gozan de ese carácter por su destino.

Es valor entendido que son bienes de uso público aquéllos que aunque de propiedad del estado, su goce está a la disposición de la comunidad. Pero, por bien de uso público, no debemos entender solo lo que están al alcance de éste, como las plazas, los paseos, los jardines, etc., sino también los que están al servicio de los mandatarios para el desempeño y ejercicio de sus funciones, como la Casa de Gobierno, la Legislatura, etc.

Este es el concepto amplio de la disposición legal; restringirlo sería excluir del precepto todos los bienes del estado que no estuvieran exclusivamente a la disposición del público.

No solamente los inmuebles están amparados por la ley; el precepto alcanza también a los muebles y objetos de arte y es por esto que no solo cuando el daño recae en los edificios y plazas, etc., debe agravarse el delito, sino también corresponde calificarse cuando se comete en archivos, museos, bibliotecas, monumentos, estatuas, cuadros

y cualquier objeto de arte colocados en los edificios y lugares públicos.

Los templos y cementerios están equiparados por su destino a los bienes públicos. En este sentido la disposición habla del daño cometido en las tumbas y debemos hacer notar que tal prescripción ha sido tomada del Código Belga, el cual considera los cementerios en la categoría de los bienes públicos.

JURISPRUDENCIA.

DELITO DE DAÑO INTENCIONAL.

Daño. — El hecho de haber violentado la puerta del negocio, rompiendo los vidrios, y haberse luego apoderado de unas botellas de licores, que arrojaron contra el pavimento, no importa el delito de robo, desde que el apoderamiento no se ha perpetrado con el objeto de obtener una ventaja patrimonial. — Corresponde calificar el delito como daño intencional, art. 183 y condenar a sus autores a diez meses de prisión. — Caso: Blasco Santiago y Santiago Domínguez, robo y daño a Pedro Orusa. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 17, al folio 154, y con fecha 15 de Julio de 1925. — Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 29 de Agosto de 1925, confirmó esta sentencia.

Daño intencional. — Ante la declaración del procesado que tomó a puntapiés la puerta cancel, rompiendo de propósito el vidrio de la misma, debe ser responsabilizado por el delito de daño que prevé el art. 183, y condenado a un mes de prisión en forma condicional. — Caso: Campaña Juan Celesino, daño a Tomás Rubio Benito. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 28, al folio 299, y con fecha 21 de Abril de 1927. — Nota marginal: El 16 de Mayo de 1927, se declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

Tentativa de daño. — El agente que para vengar un insulto, pretende romper la puerta de hierro que da al sótano, sin lograr su propósito por haber sido sorprendido, debe ser condenado por tentativa de daño a tres meses de prisión en forma condicional, arts. 26, 42 y 183 del C. Penal. — Caso: Rusñol Manuel, tentativa de daño intencional a Mateu Hermanos y Cía. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 28, al folio 344, y con fecha 11 de Junio de 1927. — Nota marginal: El 21 de Junio de 1927, se declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

Daño intencional. — El hecho de agredir con un cuchillo y lesionar en la paleta al caballo en que montaba el agredido, constituye el delito de agresión y daño intencional, arts. 104 y 183 del C. Penal. Corresponde condenarlo teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 54 del C. Penal, a cinco meses de prisión. — Caso: Moyano Justino, abuso de armas y daño intencional a Rodolfo A. Sanjurjo. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 31, al folio 313, y con fecha 29 de Julio de 1931. — Nota marginal: El día 5 de Agosto de 1931, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Daño intencional. — El hecho de que el agente de facción impute a dos desconocidos que se alejaban del lugar el haber roto unos contadores de la Compañía Eléctrica, no constituye plena prueba; y aunque el oficio de los detenidos (electricistas) y las herramientas encontradas son indicios coadyuvantes a la imputación del agente, en el entender del Juzgado no constituye plena prueba y deben ser absueltos. Tesis que no aceptó la Cámara, revocando la sentencia. — Caso: Pérez Lucas y Cachero Armoniano, daño intencional a Sociedad de Electricidad. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia, de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 649, y con fecha 3 de Abril de 1933. — Nota marginal: Junio 3 de 1933. En la fecha la Cámara revocó esta sentencia y condenó a Armoniano Cachero y Lucas Pérez a sufrir cuatro meses de prisión y costas en forma condicional.

Daño intencional. — El sujeto que en una discusión con el dueño de un café, motivada por el pago de la consumación, toma su mula y rompe el cristal de la vidriera, debe ser condenado por el delito de daño intencional que castiga el artículo 183 del Código Penal, a cinco meses de prisión en forma condicional. — Caso: Ariza Benigno, daño intencional a Ramón Oroza. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 36, y con fecha 12 de Junio de 1933. — Nota marginal: Junio 17 de 1933. En la fecha quedó firme y ejecutoriada esta sentencia, cumple la pena impuesta el 2 de Septiembre de 1933.

Daño intencional. — El hecho de matar un caballo y un cordero por venganza, constituye el delito de daño intencional. La indagatoria debe mantenerse firme cuando no existe ninguna

prueba directa que la contradiga. Los simples indicios de culpabilidad no pueden fundar una sentencia condenatoria. No estando llenados los requisitos del artículo 9 del Cód. de Pts. en lo Crim., debe absolverse al procesado. — Caso: Sánchez Humberto, daño intencional a Castulo Peralta. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 13, al folio 59, y con fecha 28 de Junio de 1933. — Nota marginal: Julio 1º de 1933. En la fecha quedó firme y ejecutoriada esta sentencia.

Daño intencional. — El agente que por cuestiones personales lesiona un animal vacuno de su enemigo, comete el delito de daño intencional, artículo 183 del Código Penal, y debe ser condenado a ocho meses de prisión y costas. — Caso: Brufal Juan, daño intencional a Ambrosio Roldán. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 10 y con fecha 9 de Mayo de 1934. — Nota marginal: Junio 23 de 1934. La Cámara en la fecha confirmó en todas sus partes.

Daño intencional. — El hecho de declarar prescripto el derecho de acusar, no es un óbice para que el Juez del Crimen se pronuncie sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios ocasionados por el delito. Surgiendo del proceso la existencia del daño material debe éste apreciarse de acuerdo al artículo 29, inc. 1º del C. Penal y condenar al procesado a abonar la suma de setecientos pesos por indemnización, con costas. — Caso: Cavanagh Diego, daño intencional a Francisco Jurado. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 609 y con fecha 1º de Febrero de 1933. — Nota marginal: Rosario, Mayo 20 de 1934. La Cámara de Apelaciones, en la fecha expresada, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Daño intencional. — El hecho de volcar un carro de verdulero bajo la excusa que se encontraban en tiempo de huelga, constituye el delito de daño intencional. Corresponde de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 183 y 26 del C. Penal, condenarlos condicionalmente a tres meses de prisión. — Caso: Maffei Antonio, Luis José, daño intencional a Francisco Romano. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 257 y con fecha

7 de Junio de 1933. — Nota marginal: En 21 de Junio de 1933, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Daño intencional. — El hecho de volcar kerosén sobre las verduras, en represalias porque el dueño de la verdulería no se había plegado a la huelga, ocasionando un perjuicio avaluado en cincuenta pesos, constituye el delito de daño intencional, y deben sus autores ser condenados condicionalmente a un mes de prisión (artículos 26 y 183 del C. Penal). — Caso: Mainiers Luis, Pasquarullo Bernardino, Demarco Rosario, Bellizzi Antonio, daño intencional a Miguel Guaccl. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 34, al folio 341, y con fecha 23 de Junio de 1933. — Nota marginal: El 25 de Julio de 1933 esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

Daño intencional y tentativa de robo. — Si los sujetos han sido sorprendidos en el interior de una casa desocupada, desde la cual trabajaban un boquete que pasando por bajo de los muros iba a salir al interior de la casa vecina, y además les fueron secuestrados los instrumentos propios para atentar contra la propiedad (llaves, ganzúa, palanquetas y linternas), deben ser condenados como autores de los delitos de daño intencional y tentativa de robo a un año y medio de prisión (artículos 183 y 164 del C. Penal). — Caso: Berg José o Efraim y Reich Salomon, daño intencional a José Vionet y tentativa de robó a José Silva. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 486 y con fecha 5 de Agosto de 1933. — Nota marginal: El 27 de Noviembre de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

Daño intencional. — El hecho de embestir un ómnibus de la Empresa de tranvías intencionalmente, configura el delito de daño; teniendo en cuenta que el bien perjudicado estaba destinado al servicio público y era de propiedad de la Municipalidad, debe el delito calificarse. En consecuencia corresponde modificar la sentencia y encuadrar el hecho en la sanción del artículo 184, inciso 5º y elevar la pena a cinco meses de prisión con los beneficios de la condena condicional. — Caso: Goyoaga Gastón, daño intencional a C. G. T. E. R. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia Nº 2, al folio 401, y con fecha 17 de Marzo de 1934.

DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO VIII.

Sumario. — Origen de la excepción. — La disposición en el derecho moderno. — Alcance del precepto legal. — Modo de establecer la impunidad. — Extraños participantes.

Artículo 185.

Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1º Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;

2º El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;

3º Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

* * *

Origen de la excepción. — Esta disposición de nuestra ley no constituye una novedad para nosotros; ella tiene si se quiere, un rancio como viejo abolengo.

Desde el derecho romano ⁽¹⁾, en el que como hemos visto, los atentados contra la propiedad (hurto, robo, daño) pertenecían a la esfera de la legislación civil, ya desde entonces digo, no se daba la "acción furti" entre los esposos.

(1) Mackeldey, Derecho Romano, pág. 290.

Es decir, que no correspondía ni la indemnización civil por los hurtos que cometían éstos entre sí.

Ahora en el caso que el hurto se cometiere antes de la celebración del matrimonio o después del divorcio, entonces se concedía al cónyuge la "acción rerum amotarum", que constituía en la restitución de la cosa y la reparación del daño causado.

Más tarde, en las Leyes de Partidas, también se estableció la discriminación del hecho, fundándose en los lazos de la sangre y los vínculos que impone el parentesco en las relaciones de familia. Así tenemos que la Ley 4, tit. 14, Part. 7ª, establece: "Aquel ome a quien es furtada la cosa, o su heredero, la puede demandar al ladron, o a su heredero, antel Judgador del lugar a do fuesse el furto, o de otro lugar qualquier en que fallassen el ladron. Pero si el que fizo el furto, era fjo, o nieto del señor de la cosa furtada, non gela pueden demandar ninguno dellos en juyzio, como a ladron. Esso mesmo dezimos de lo que tomasse la muger al marido, o el sieruo al señor. Mas bien puede el padre, o el auuelo, o el marido, castigarlo en buena manera, porque de alli adelante se guarde de non fazer otro tal yerro. Pero si el fjo, o el nieto, o la muger, o el sieruo, vendiesse aquella cosa que assi furtasse a alguno, el que la assi comprasse del, sabiendo que era de furto, non la puede ganar por tiempo, ante dezimos, que gela puede demandar aquel cuya es; e prouando que es suya, e que la furto su fjo, o su nieto, o algunos de los sobredichos, deuela cobrar, non dando por ella alguna cosa; e el otro es tenuto de gela dar, e deveu perder el precio que dio sobre ella. Mas si este que la compro ouo buena fe, non sabiendo que era de furto, como quier que es tenuto de desamparar la cosa al señor della, con todo esso, bien podría demandar el precio que dio por ella, a aquel de quien la compro. E si por auentura, el fjo, o el nieto, non vendiesse la cosa, mas la diesse, o la empeñasse, o la mal metiesse en otra manera qualquier, puedela demandar el padre, o el auuelo, a aquel que la tuuiesse, pues que sin otorgamiento dellos fue assi enagenada. E lo que diximos en esta ley, del fjo, e del nieto, entiendese tambien de la muger que furtasse alguna cosa a su marido, o del sieruo que furtasse alguna cosa a su señor, ò la ba-

ratasse, o la vendiesse, assi como sobredicho es. E como quier quel furto que fziessse el fjo al padre, o el nieto al auuelo, o la muger al marido, o el sieruo al señor, que non lo pueden demandar a alguno dellos en juyzio como a ladrón, con todo esso dezimos, que si alguno dellos lo fziessse con ayuda que otro le diesse, o con consejo que fuesse atal que por razon de quel se mouiesse a fazer el furto, e que el fjo, nin alguno de los otros non lo fzieran de otra guisa; entonce, a tales ayudadores, o consejadores, puede ser demandada la cosa del furto; maguer la cosa furtada non passase a su poder; esto es, por que ouieron muy grand culpa. Ca, si el ayuda, o el consejo que ellos dieron, non fuesse, pudiera ser que non fuera fecho aquel furto. E lo que diximos en esta ley, de los que dan ayuda, o consejo, a estos sobredichos, para fazer el furto, ha lugar en otros omes quelesquier, que diessen consejo, o ayuda, para fazer furto a otros omes estraños. E dezimos, que daria ayuda al ladrón, todo ome que le ayudasse a subir sobre que pudiesse furtar, o le diesse escalera con que subiesse, o le emprestasse ferramienta, o demostrasse otra arte con que pudiesse decerrajar, o cortar alguna puerta, o abrir arca, o para foradar pared, o en otra manera qualquier que le diesse ayuda a sabiendas, que fuesse semejante de alguna destas, para fazer furto. E consejo da al ladrón, todo ome que lo conforta, o lo esfuerça, e le demuestra alguna manera de como faga el furto”. Las Siete Partidas glosadas por Gregorio López, tomo 4, pág. 228.

Tal es la fuente auténtica y originaria de nuestro precepto legal. En las Leyes de Partidas, no tenía derecho el padre, ni el abuelo, ni el marido, a demandar a su hijo, a su nieto o a su esposa, en calidad de ladrón por las cosas que se hurtasen entre sí, pero les daba la acción civil para reivindicar la cosa hurtada, en caso de venta o empeño. Los que aconsejaren o de cualquier modo instigaren o ayudasen a cometer el hurto, eran responsables del daño cometido.

De aquí derivan las disposiciones del Código Español, que Tejedor siguió en su Proyecto, el cual nos indica el

comentario de Pacheco en su nota ⁽¹⁾: "Una idea de moralidad, una idea que se deriva de la buena noción de la familia, de los lazos que la constituyen, de los derechos y deberes que la forman, es la idea que ha presidido en todas las legislaciones cuando se ha preceptuado lo que dispone nuestro artículo. Entre los cónyuges, entre los ascendientes y descendientes, entre los hermanos y cuñados cuando viven juntos, no se da acción criminal de hurto, de defraudación, ni daño. La ley permite, y no podía menos de permitir entre ellos la civil, pero niega el progreso, niega la posibilidad a la criminal. No hay hurto, no hay daño, no hay defraudación. Habrá derecho a indemnizaciones y a reintegros, pero no a otra cosa. Ni el despojado podrá querellarse, ni el ministerio público podrá acusar, ni el juez podrá proceder de oficio. La legislación romana daba la acción llamada "rerum amotarum".

La disposición de nuestro Código vigente aceptó el modelo del Proyecto del Dr. Tejedor, demostrando así su origen netamente español. En cambio, el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, estableció la excepción solo para los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, quedando excluidos los cuñados, suegros, yernos y nueras.

El Proyecto de 1891, suprimió la disposición del artículo, y estableció un sistema nuevo, que no ha sido tomado en cuenta por el legislador. Dicho Proyecto estableció un perdón judicial obligatorio, para el agente, cuando devolviese voluntariamente el objeto en que recayó el delito, antes de iniciarse el procedimiento. La única condición para acogerse a este perdón era no haber ejercido violencia sobre la persona. Así establecía en su artículo 225: "Quedaré exento de pena el agente de algunos de los delitos previstos en este título, con excepción del robo, la extorsión y la usurpación con violencia en las personas, si antes de iniciarse el procedimiento judicial contra él, restituyere espontáneamente el objeto en que se cometió el delito, e indemnizare todos los perjuicios causados, o si, en caso

(1) Pacheco, tomo III, pág. 422. — Proyecto Tejedor, tomo II, pág. 443.

de no ser posible la restitución, resarciere íntegramente al perjudicado”.

Pero como hemos dicho ya, el precepto vigente no siguió este sistema, sino el del Proyecto de 1906, que como sabemos, es una transcripción del de Tejedor.

* * *

La disposición en el derecho moderno. — Hemos visto la forma cómo se consideraban en las legislaciones del pasado, las sustracciones familiares cuando dichos actos no constituían delitos del derecho criminal. Sabemos que el legislador negaba la acción civil en aquel entonces en obsequio a los vínculos de sangre que crea las relaciones de familia.

Habiendo evolucionado el dolo hacia la esfera del derecho represivo, estos hechos se consideran ahora como una figura típica del derecho criminal y engendran en consecuencia dos acciones: la acción civil que tiende a la reparación del daño causado por el delito y la acción criminal que reprime la lesión jurídica independiente del daño ocasionado.

El perdón judicial se extiende solo al fuero criminal, quedando el delincuente obligado a la reparación del perjuicio ocasionado.

Modernamente en el campo de la doctrina existen dos sistemas para apreciar las sustracciones entre los miembros de una misma familia.

En el primero se consideran estos delitos como de instancia privada, es decir que el movimiento de la acción está supeditado a la voluntad de la víctima. La justicia no puede proceder de oficio y la acción criminal se pone en movimiento solo por denuncia del pariente perjudicado. Este es el sistema del Código de Baviera, citado por el propio Tejedor.

El segundo sistema, establece la discriminación del hecho, de modo que las sustracciones familiares entre ciertos y determinados parientes, no pueden ser perseguidas criminalmente, ni de oficio, ni a petición de parte. Este es el sistema que acepta el Código Español, modelo del nuestro.

* * *

Alcance del precepto legal. — Indiscutiblemente que las substracciones ejecutadas entre parientes constituyen verdaderos delitos que el legislador hace una excepción al no castigarlos, fundado como dijimos, en los vínculos de la sangre que crean las relaciones familiares. Es por esto que la excepción debemos interpretarla restrictivamente y no extenderla a todos los atentados contra la propiedad.

La razón que ha tenido el legislador para discriminar tales hechos, en realidad es aceptable, desde que es más grave el escándalo que produciría la investigación al inmiscuirse en la intimidad de una familia, que la sanción legal que se pretende imponer por los mismos.

El precepto legal establece expresamente la excepción para los hurtos, defraudaciones y daños. Luego la impunidad sancionada no puede extenderse por vía interpretativa a los otros atentados contra la propiedad.

Por otra parte siempre se ha excluido de esta disculpa legal al robo y a la extorsión, que tiene su fundamento en la violencia física y moral.

Hasta el Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, establecía la impunidad para los cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos; pero exigía como requisito la falta de violencias materiales (art. 321).

Ahora, si estudiamos el Código Español, como el antiguo del Perú, que sirvió de modelo al Dr. Tejedor y antecedente auténtico de nuestro precepto actual, encontramos también que la excepción se reduce solo a los hurtos, defraudaciones y daños. Es decir que es de carácter singular y determinado; y no podemos por consiguiente darle una interpretación universal para todos los atentados contra la propiedad.

Tal es la verdadera y más justa interpretación del artículo.

* * *

Extraños participantes. — La excepción sancionada no alcanza a los terceros participantes del delito, a los cua-

les les son aplicables las disposiciones comunes del Código Penal.

Dijimos anteriormente que tales actos importaban verdaderos delitos y que el legislador al sancionar su impunidad, o mejor dicho el perdón judicial, lo hacía fundado en los vínculos de sangre. Ahora bien, como esta circunstancia, no puede ser comunicativa, sino únicamente personal, los terceros participantes del delito no pueden en consecuencia invocarla, y deben responder criminalmente de su acción en la medida de su participación, como coautores, cómplices o encubridores.

EL DELITO DE MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS

CAPITULO IX.

Sumario. — La malversación de caudales. — Su concepto en el Derecho Romano. — Malversación. — Origen de la disposición. — El sujeto del delito. — Su alcance. — Casos que comprende. — Peculado. — La sustracción de caudales. — El delito de peculado. — La malversación y la culpa. — Caso especial de malversación. — Establecimientos de enseñanza y beneficencia. — Depositario infiel. — Incumplimiento del deber. — La desobediencia a la autoridad. — Jurisprudencia.

* * *

La malversación de caudales. — Este delito conocido antiguamente con el nombre de peculado y que consiste en la sustracción de caudales del erario público por las personas que los manejan, es de un rancio y viejo abolengo.

En los tiempos de la antigua Roma, los caudales del pueblo, se tenían en el concepto de cosas sagradas y estaban bajo la protección de los dioses; así que la sustracción o malversación de los mismos, era considerada como un delito grave que se castigaba con la pérdida del empleo y la honra, el destierro, las minas, y hasta la muerte.

Posteriormente con la organización del Imperio Romano, fué desapareciendo paulatinamente ese sentimiento e interés religioso que caracterizaba a todas las sociedades primitivas. Con la creación del complejo mecanismo administrativo, cambió puede decirse el viejo concepto del delito y ya no se consideró como un crimen sacrílego, sino que el interés religioso fué suplantado por el interés social, el cual reprimió en el hecho la deslealtad y el abuso contra la fe pública.

Nuestro legislador lo considera como un delito con-

tra la administración pública y creemos acertada dicha clasificación. El empleado público puede violar la confianza depositada, bien sustrayendo, bien malversando los caudales puestos bajo su custodia. Es decir que el hecho tiene diversas características: en cuanto a la sustracción, adquiere todos los caracteres de un atentado contra la propiedad, y en lo referente a la malversación se considera una violencia a la confianza depositada.

Esto sentado vemos que el delito que nos preocupa, contiene las diversas facetas de un hecho complejo y entonces para su clasificación científica, debemos tener presente cual es el derecho preferentemente lesionado y en este sentido la sustracción en sí misma no reviste tanta importancia como la trascendencia que implica la violación de la confianza depositada.

El estado moderno tiene forzosamente, para asegurar una buena administración, que crear un complejo sistema administrativo; las múltiples funciones del poder público, tienen que subdividirse, que delegarse a diferentes empleados de diversas jerarquías, con sus respectivos derechos y obligaciones.

Cuando fracasa el celo puesto por el poder público, para elegir los servidores del estado, en cuanto a sus condiciones de honestidad y moralidad, que se traduce en los abusos a la confianza depositada, cunde la alarma social, y aparece la acción delictuosa cometida por los encargados de custodiar el tesoro colectivo. He aquí la razón de la clasificación dada por el legislador, que consideramos justa, ya que la prescripción legal, severa en su sanción, no lo es tanto por la sustracción en sí misma, que considerada con la riqueza pública carece de importancia, sino por mantener el orden administrativo que es el principio básico de toda organización social.

Es ésta la razón por la cual este delito no figura como un atentado contra la propiedad, sino como un delito contra la administración pública.

MALVERSACION

Artículo 260.

Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

* * *

Origen de la disposición. — Nuestros antecedentes penales indican al Código Español como fuente originaria del artículo que estudiamos. El Proyecto del Dr. Tejedor al sancionar como delito el hecho de dar a los caudales públicos, una aplicación distinta a la señalada por la ley, nos indica el artículo 194 del Código Peruano y 320 del Código Español.

En la nota explicativa dice ⁽¹⁾: "En el Código Español, art. 320, que impone inhabilitación temporal y multa del 5 al 25 por ciento de la cantidad distraída, si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuviesen consignados, y suspensión, si no resultare daño o entorpecimiento. Cuando hay separación de fondos, dice Pacheco, en poder de un mismo depositario para aplicarlo a diferentes servicios, falta aquél a su obligación, si los confunde, o si emplea los unos en lugar de los otros. No es esto ciertamente tan grave como sustraer los mismos fondos, pero no carece de importancia, ni deja de ser un abuso punible. Demás estará decir que el depositario que-

(1) Pacheco, tomo II, pág. 133.

dará exento de toda pena, si mediase para tal sustitución de fondos, orden de autoridad competente”.

Como se ve, en el Proyecto citado, esta falta a los deberes administrativos del funcionario, se castigaba con una mera suspensión temporal del empleo, sufriendo multa en el caso de haber ocasionado un daño o entorpecimiento a la administración pública.

El Proyecto de 1891 al redactar el artículo 306 establecía ⁽¹⁾: “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados, será reprimido con inhabilitación especial de un mes a un año.

“Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, se impondrá además al culpable la pena de multa del cinco al cincuenta por ciento de la cantidad distraída”.

Y al fundar el presente artículo en su exposición de motivos nos decía: “El artículo 306 del Proyecto correspondiente al 266 del Código, se diferencia de él en que disminuye el minimum de la pena, para facilitar su graduación judicial, en que elimina la innecesaria calificación de públicos dada a los caudales o efectos de que trata, y en que, en vez de las palabras “aplicación pública distinta de la señalada por las leyes”, se emplea como el Código Español, las de “aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados”, expresión más correcta y que comprende los casos en que la aplicación de los valores no esté regida por las leyes, sino por otras disposiciones generales o particulares”.

Esta es en mi entender la reforma fundamental de nuestro artículo y como ha sido incorporado o nuestra legislación vigente, debemos tenerla presente a los efectos de ampliar el concepto para tener una idea cabal del precepto legal.

* * *

(1) Proyecto de 1891, edición oficial, págs. 235 y 448.

El sujeto del delito. — Es una condición esencial que el sujeto del delito de malversación sea un funcionario público, y en este sentido todos los servidores del estado, cualquiera que sea su categoría, pueden ser sujetos activos del delito, bastando solo para su consumación dar a los caudales públicos que se encuentran bajo su guarda una finalidad diversa a la destinada.

Nuestro sistema administrativo establece que los gastos y entradas del dinero, ya sea en el orden nacional, como en el régimen interno de las provincias, estén regidas por la ley de presupuesto, y en este sentido los actos del Jefe de la administración deben ajustarse a las disposiciones de esa ley, pues solo en el receso del Poder Legislativo, puede autorizar gastos fuera de presupuesto, teniendo la obligación de dar cuenta en su oportunidad.

Para el jefe de la administración, cualquier violación de esta ley aunque sea en beneficio de la comunidad implica la consumación del delito.

Delito eminentemente político, que por regla general queda siempre impune, porque desgraciadamente los abusos del poder administrador no se someten al control de la justicia. Las malversaciones de los empleados inferiores son las que algunas veces pueden llegar a castigarse.

* * *

Su alcance. — Gozando del carácter de públicos los fondos que se administran, pueden ser materia de este delito, no solo los pertenecientes a la nación, sino también los de las provincias y municipalidades.

Hay que advertir aquí, que atento a la reforma señalada del artículo, lo mismo delinque el que viola una ley, o una ordenanza, o una orden de carácter superior, siempre que quién la dé tenga facultad para hacerlo.

* * *

Casos que comprende. — Nuestro artículo comprende de dos casos; cuando la malversación no ha ocasionado nin-

gún perjuicio a la administración, la reprime con inhabilitación de un mes a tres años. Y en el segundo, cuando el delito ha ocasionado un entorpecimiento o un daño, le impone además la pena de multa que oscila entre un veinte a un cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

En el segundo caso no tenemos nada que objetar. Pero en el primero, ante la falta de daño y de intención dolosa, ¿podemos considerar delictuosa la conducta del funcionario? Creo que ésta es una falta que no debe elevarse a la categoría de un delito; y en este sentido me parece un error del legislador, el cual invoca como única razón de la pena, el de velar por el orden económico de los bienes del estado. Cuando no existe ni daño, ni entorpecimiento, no alcanza a revestir el carácter de una figura criminosa y no debe por lo tanto figurar en el Código Penal.

El Dr. Rivarola, también afirma que dicho abuso tiene los caracteres de una mera falta, más que los de un delito.

Y Groizard, al explicarnos el origen del artículo, que fué inspirado en el Código de Nápoles, se plantea la cuestión de si debe considerarse delito, y nos dice ⁽¹⁾: "No hay más fuentes puras del delito que el dolo y la culpa, pero no la culpa sola, sino la culpa con el daño conexiados de tal modo, que acusen la existencia entre ellos de una relación de causa a efecto. El funcionario que ni sustrae, ni se apropia de caudales públicos, ni deja que otros los sustraigan, ni se los apropien; el que ni siquiera en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y custodia respecto de esos fondos puestos a su cargo, incurre en inexcusable falta de abandono o negligencia que haya dado lugar a que la sustracción se haya realizado por otras personas, no delinque con arreglo a ningún principio abstracto de justicia, ni a ninguna sana general teoría de derecho penal. Tiene ciertamente, la obligación de aplicar los caudales públicos que administra solo al servicio o al fin que por ley o por autoridad legítima están destinados. No es árbitro de consagrarlos a ningún otro objeto público, ni aun en el caso

(1) Derecho Penal, tomo IV, pág. 288.

de que, haciéndolo, resultase un beneficio evidente a la hacienda o a la administración pública. Pero como no es consecuencia jurídica de toda falta administrativa la necesidad de su corrección por la justicia criminal, no es bastante por sí solo la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos para poder equitativamente castigar con una pena al que sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, aplicación pública distinta de aquélla para lo cual estaban consignados”.

Nos parece muy justa y atinada la observación apuntada por el maestro. Pero nuestro legislador, siguiendo el modelo del Código Español, que tomó el mal ejemplo del Código de Nápoles, ha elevado esta falta de carácter administrativo a la categoría de un delito en el orden criminal.

PECULADO

Artículo 261.

Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

* * *

La sustracción de caudales. — Nuestra ley estudia el delito de malversación bajo sus tres aspectos fundamentales:

En el primer caso comprende la sola distracción de los caudales, cuando el funcionario les da un destino público diverso del que por ley u orden superior estaban destinados. Como ya hemos visto, ante la ausencia de un perjuicio real y la inexistencia de dolo, más que un hecho criminoso cobra todos los caracteres de una falta administrativa que nuestro legislador ha querido elevar a la categoría de delito.

En el segundo caso, considera la sustracción de los caudales en beneficio propio. Es éste el caso más grave de malversación y que se conocía antiguamente con el nombre de peculado. Este delito no se diferencia esencialmente del hurto, sino en que el sujeto activo del mismo debe ser siempre un funcionario público y en el carácter de los bienes en que recae la infracción, que también deben ser públicos.

En el tercer caso, estudia el delito bajo el aspecto de la negligencia y de la culpa excluyendo en consecuencia el dolo como elemento constitutivo del mismo. Particularidad ésta que lo diferencia con los atentados contra la propiedad, de cuyos delitos está excluida la culpa.

* * *

El delito de peculado. — Tanto el Código derogado como el Proyecto del Dr. Tejedor, que siguieron fielmente el modelo Español, al considerar la sustracción de los caudales públicos, tenían en cuenta cuando el funcionario los sustraía con la intención de reponerlo, reprimiéndolo con una clase de pena cuando se efectuaba su reposición y considerándolo como reo de sustracción cuando esta reposición no se efectuaba.

Tal disposición ha desaparecido de nuestra ley; el hecho de la devolución de los fondos sustraídos podrá considerarse en el mejor de los casos como un atenuante para la graduación de la pena, pero cometida la sustracción dolosa el delito queda consumado.

Para la mejor interpretación de nuestra ley, no podemos prescindir del Código Español, que nos ha servido de modelo en esta materia.

El Proyecto del Dr. Tejedor que tiene una disposición similar, nos dice en su nota al artículo 3º ⁽¹⁾: "En el Español, art. 318. Conjuntamente con los empleados que cometen este delito, dice Pacheco, pueden concurrir particulares que sean coautores, cómplices, o encubridores en él. El presente párrafo no dice nada sobre ellos, pero claro está que no es aquí donde debe buscarse su pena. Tales delitos en tales delincuentes, son solo privados y corresponden a otras disposiciones. (T. 2, pág. 510).

"Estas sustracciones constituían en la legislación Romana y en nuestro antiguo derecho, el delito de peculado, "*peculatus est furtum pecuniae publicae vel fiscalis*". Julio César comprendió después en la misma calificación, por la ley Julia de peculatu, la disipación de las cosas destinadas a los sacrificios. (L. 4 D. ad leg. Jul. de peculatu), y más adelante el mal uso del dinero particular confiado a depósitos públicos (L. 9, párrafo 3, eod. tit.). Las penas fueron primero el destierro (L. 4, párr. 3, eod. tit.), después la deportación o condenación a las minas, según la calidad de los culpables (L. 1, Cód. de crimen peculatus). Otra ley extendió el mismo castigo a los que retenían en

(1) Proyecto del Dr. Tejedor, tomo II, págs. 520 y 521.

su poder los dineros públicos que habían recibido para un uso determinado. (L. 1, D. ad leg. Jul. de peculatu).

"Las Partidas imponían la pena capital al tesorero, recaudador o juez, que hurtaba u ocultaba maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, lo mismo que a los auxiliares, consejeros y encubridores. (L. 18, tit. 14, Part. 7). Según la ley 145 del Estilo la pena era discrecional, y por el F. Juzgo nueve tanto (L. 10, tit. 2, lib. 7). Por otra ley de Partida el que teniendo dinero del rey o de algún pueblo para salarios u otros fines, los emplease en su propia utilidad hacía muy gran yerro, que no es hurto, dice la misma, y debía restituirlo con el tres tanto (L. 14, tit. 14, P. 7). Las Recopiladas mandan que el empleado público o arrendador de las rentas o derechos reales que usurpase fraudulentamente los caudales que maneja o diese a otro consejo o auxilio para hacerlo, debe perder todos sus bienes, y ser desterrado perpetuamente del reino, y el que sabe la usurpación y no la denuncia dentro de dos meses de saberla, la mitad de sus bienes, y cualquier oficio que hubiere recibido del Soberano (Leyes 1, 2 y 3, tit. 8, lib. 9 R. C.). Los tesoreros que empleasen estos caudales en uso propio, aunque lleguen a aprontarlos, no solo perderán su oficio, sino que quedan inhábiles para cualquier otro, y si hay descubierto que no reintegra, presidio por diez años (leyes citadas). En caso de violencia la pena es de muerte y confiscación. (L. 7, tit. 8, lib. 9 R. C.).

"En el Cód. Francés véanse los arts. 169 a 172 y Chauveau Adolphe, t. 2, pág. 539. En el Austriaco, art. 161 y 162. En el Napolitano, arts. 216 y 218. En el de Baviera, arts. 362 a 364, que imponen destitución y las penas del hurto calificado. En el Boliviano, art. 354, que gradúa las penas según las cantidades. En el Brasilero, art. 170, que castiga el hecho con la pérdida del empleo, la prisión con trabajo de dos a cuatro años, y una multa del 5 al 25 por ciento del importe o valor de los efectos apropiados, consumidos o destruidos. Según la ley nacional del 63, el administrador, recaudador o receptor, depositarios de caudales públicos y todo el que tuviere obligación de dar cuenta al Gobierno Nacional que distrajere, sustrajere o hurta-

re los caudales públicos o privados, los efectos de créditos representativos de esos valores o cualesquiera documentos, títulos, actos o efectos mobiliarios puestos en su poder por razón de su cargo, será castigado con la pena de trabajos forzados por cinco a diez años, y sino fuese encargado de su custodia, la misma pena por tres a seis años (art. 80). Y por el artículo siguiente se dispone que el empleado que sustrajere efectos de los almacenes de aduana, tendrá la pena de cinco a diez años de trabajos forzados. Si el culpable no fuese empleado y no le pertenecieren los efectos, con tres a seis años de la misma pena. Y si le pertenecieren los efectos, con el triple del valor de los derechos que éstos adeudasen, y con uno a tres años de trabajos forzados, o con una multa de quinientos a mil quinientos pesos fuertes, o con una y otra pena conjuntamente (art. 31).

“O consiente que otro sustraiga. En este artículo, dice Pacheco, si bien se considera, encontramos una nueva excepción a la regla de penalidad establecida para los cómplices. Esta calificación y no otra merecería en principio el depositario que dejase sustraer caudales que tuviera a su cargo. A pesar de eso la ley le castiga como si los sustrajera, y la razón aprueba lo que la ley determina. He aquí un ejemplo más de que ninguna regla es racionalmente inflexible (t. 2, p. 510)”.

El Proyecto citado en la explicación de su nota al señalarnos la legislación Española como antecedente, nos indica la fuente originaria de nuestro artículo.

El Código de 1886, que si bien siguió las huellas del citado Proyecto, al legislar sobre la sustracción de caudales públicos en su artículo 268, reprimía el hecho con la pena señalada para los ladrones. Este error imperdonable en un Código, fué advertido ya por el Proyecto de 1891 y corregido por los Proyectos posteriores.

En verdad que no hay nada más criticable en un código penal, que una sanción ambigua, pues aplicar a la malversación la pena señalada para los ladrones, resulta una sanción penal un tanto incomprensible.

Hay diferentes sanciones penales para los ladrones, de modo que resulta un tanto difícil captar la intención del

legislador. ¿El juez debía aplicar la pena del hurto o del robo? En verdad era éste un problema que en la duda debía resolverse por la sanción más favorable al reo. La disposición de un código penal debe ante todo ser sencilla y clara para evitar malas interpretaciones.

Hoy el legislador ha corregido este error, sancionando como pena la de reclusión o prisión de dos a diez años, más la inhabilitación absoluta perpetua.

* * *

La disposición legal se refiere en término general a caudales y efectos, de modo que entra en la previsión del legislador el dinero y los objetos que están bajo su administración y custodia; cualquiera de ellos pueden ser materia del delito.

El sujeto activo del delito no puede ser más que un funcionario público y los bienes o dinero de la administración, deben estar bajo su custodia en virtud de la función pública que desempeña. De modo que tanto el particular como el funcionario que se apodera de caudales fiscales que no estén bajo su cuidado, podrán incurrir de acuerdo al caso en el delito de hurto, robo, extorsión, defraudación, según la forma como se ha perpetrado el apoderamiento; pero el hecho delictuoso no puede caer en la sanción especial de la malversación.

El concepto que debemos entender por funcionario público nos lo ilustra el mismo Código en su artículo 78. 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.

MALVERSACION CULPOSA

Artículo 262.

Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

* * *

La malversación y la culpa. — En el presente artículo se contempla la malversación bajo el aspecto de la imprevisión y la culpa, donde el dolo no ha jugado ningún rol en el desarrollo de los hechos.

Ya dijimos al tratar de los atentados contra la propiedad, que estos delitos no admitían la culpabilidad. Pero en el presente caso la admite porque la sustracción se verifica por intermedio de terceros y en este sentido puede una negligencia culposa del funcionario, dar lugar a las sustracciones de los caudales fiscales y debe en consecuencia responder de sus actos bajo la esfera de la culpabilidad.

Ahora si los caudales han sido sustraídos con conocimiento del funcionario, éste responde dolosamente de la sustracción y corresponde aplicarle la sanción del artículo 261.

* * *

La malversación culposa no la encontramos ni en el Proyecto del Dr. Tejedor, ni en el Código derogado, porque fué directamente introducida por el Proyecto de 1891, de la disposición del artículo 406 del Código Español de 1870.

Sin embargo en dicha legislación, se reduce la esfera

de la responsabilidad, cuando se trata de la malversación cometida por el abandono y la negligencia del empleado. Cuando la sustracción no alcanza a cincuenta pesetas, teniendo en cuenta la mínima importancia del daño sufrido por los intereses públicos, no se hace responsable al empleado de su falta, principiando a funcionar la norma jurídica, solo en el caso de que el daño ocasionado supere la dicha cantidad.

Otro requisito que se exigía era que la negligencia culpable del empleado fuera inexcusable, dejando dicha apreciación al criterio exclusivo del magistrado.

Nuestra ley nada nos dice al respecto, ni de la negligencia inexcusable, ni del límite del daño inimputable; de modo que cualquiera que sea la sustracción efectuada, como la negligencia culpable, son jurídicamente suficientes para conformar el delito.

CASO ESPECIAL DE MALVERSACION

Artículo 263.

Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

* * *

Establecimientos de enseñanza y beneficencia. — El delito de malversación de caudales públicos, exige como requisito fundamental, como dijimos anteriormente, dos condiciones: 1º Calidad de los bienes sustraídos; 2º El carácter de funcionario del delincuente. Tal ha sido la doctrina tradicional que han adoptado la mayoría de las legislaciones que nos sirvieron de modelo.

El legislador ha querido equiparar ciertos bienes, por las funciones que desempeñan, como las escuelas o establecimientos de beneficencia, a los públicos; por eso los incorpora por intermedio de la disposición del artículo que estudiamos, a los preceptos que rigen la malversación.

Es indudable que dichos bienes, si no son públicos, deben considerarse como tales por la misión que desempeñan y la utilidad que prestan en beneficio de la comunidad. De aquí que Viada no trepida en llamar a esta clase de bienes semi-públicos.

Moreno en su obra, al comentar el artículo, nos dice: "Se entiende que los establecimientos de instrucción pública no deben ser los del estado, pues los bienes de éstos son públicos y sus empleados son funcionarios. Estando así, comprendidos en las disposiciones anteriores".

A esto debemos agregar, que tampoco puede referir-

se la disposición a los institutos de enseñanza particulares. La disposición se refiere solamente a los institutos de enseñanza y establecimientos de beneficencia, exclusivamente, donde está excluido todo interés particular, aunque estos establecimientos se sostengan con la ayuda de los particulares.

En este sentido se expide el comentarista del Código Español, al glosar una disposición igual a la nuestra. Así nos dice Groizard ⁽¹⁾:

"Pero a nuestro juicio, esta sanción no se extiende como del tenor literal del artículo pudiera alguno pretender, hasta un punto que no se armonizaría bien con la naturaleza de la serie de los delitos de que tratamos.

"Los establecimientos de beneficencia y de instrucción que no tienen carácter de públicos, que no pertenecen ni a la beneficencia general, ni provincial, ni municipal, los colegios y escuelas que no constituyen ningún centro de enseñanza oficial, se sostienen con fondos particulares, y tienen a su frente profesores y administradores que no desempeñan, ni ejercen su cargo en virtud de nombramientos de ninguna autoridad pública. Si los fondos que sus directores y administradores tienen, son por ellos sus traídos o distraídos, la fe pública no sufre, ni padece, ni la confianza oficial resulta burlada, porque nunca en ellos fué depositada, y por tanto, faltan los elementos especiales de incriminación con que todo delito de malversación de caudales públicos debe caracterizarse. Reos de hurtos o de estafa serán, según los casos y las circunstancias, los que aquellos hechos contra la propiedad privada cometan, pero no malversadores de fondos públicos, porque ni caudales ni efectos públicos custodiaban, ni en el desempeño de sus cargos llenaban ninguna especie de funciones públicas".

Creemos que es razonable la observación del maestro; los establecimientos particulares de enseñanza no pueden considerarse incluidos en la disposición legal.

* * *

(1) Código Penal, tomo IV, pág. 295.

Depositario infiel. — La segunda parte del artículo incluye también a los administradores y depositarios de caudales embargados, nombrados por autoridad competente.

Es indudable que si bien a estos depositarios no podemos considerarlos como funcionarios o empleados públicos, no podemos negar que desempeñan por mandato de la ley, funciones públicas. Son verdaderos nombramientos judiciales.

Este delito es conocido en la práctica con el nombre vulgar de depositario infiel. Aunque los bienes pertenecan a particulares, la calificación legal se infiere de la violación de los deberes del depositario. Pero el depósito debe ser ordenado por autoridad competente, vale decir que se circunscribe a los depósitos judiciales.

Un depósito de origen particular no surte los efectos legales, para considerar el hecho como malversación.

El solo hecho de no cumplir la misión encomendada poniendo a disposición de la justicia los bienes embargados cuando ésta los requiera, implica la consumación del delito.

No podemos olvidar que se trata de una infracción contra la administración pública, de modo que el hecho de la falta de lucro no puede servir de excusa.

La misión judicial del depositario debe cumplirse al pie de la letra, por lo que la violación de sus deberes como tal, implica la consumación del delito.

Nuestra Cámara del Crimen, ha considerado delictuosa la conducta de un depositario que vendió el bien embargado, no obstante haber posteriormente el comprador del bien, manifestado que estaba conforme con tomar sobre sí las obligaciones del embargo.

* * *

El sujeto del delito en el presente caso no puede ser otro que el depositario, ya que los extraños participantes que no pueden ostentar tal carácter deben ser considerados por las disposiciones comunes que rigen los atentados contra la propiedad.

Ya al tratar en los artículos anteriores sobre el delito de malversación de caudales públicos, manifestamos que era una condición esencial del delito que el sujeto del mismo debía ser un funcionario público, y que los participantes que no tenían tal carácter debían juzgarse por las disposiciones comunes.

Aquí, al referirnos al depositario judicial, debemos mantener el mismo criterio, ya que la infracción consiste en la violación de la confianza depositada, ya sea por el funcionario o empleado, como por el particular que ejerce una función pública en virtud del nombramiento efectuado.

INCUMPLIMIENTO DEL DEBER

Artículo 264.

Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos ex-peditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

* * *

La desobediencia a la autoridad. — Si consideramos la presente disposición legal a través de los diferentes Proyectos que nos sirven de antecedentes, podemos apreciar las transformaciones que ella ha sufrido. Su fuente originaria la encontramos en los artículos 198 y 199 del Código Peruano y en el 321 del Código Español, como lo indica el Proyecto del Dr. Tejedor, en su nota respectiva.

Tanto el Proyecto citado, como el de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, y el Código de 1886, consideraban esta infracción en dos artículos: en uno se referían a la simple demora injustificada, y en el otro a la desobediencia del funcionario. La sanción penal establecida para ambos delitos consistía en la suspensión del empleado por un tiempo determinado y en una multa a favor del dañado.

El Proyecto de 1891, fué el primero que refundió ambas disposiciones en un solo artículo, desapareciendo con la reforma la sanción adicional de la multa. Este sistema que siguió más tarde el Proyecto de 1906, es el que ha sido aceptado por nuestro legislador ya que la sanción se reduce a una simple inhabilitación de uno a seis meses.

* * *

Como hemos manifestado en los artículos anteriores, el sujeto activo del delito debe revestir el carácter de un empleado o funcionario público.

La demora o desobediencia debe ser injustificada, pues de lo contrario si ésta se funda en una razón atendible, no puede ese hecho dar lugar a la configuración del delito. Lo que fustiga la ley, es el abuso del empleado y no el celo y contracción al cumplimiento del deber.

Tanto el entorpecimiento como la desobediencia, no pueden provenir de la inexistencia de los fondos, porque en ese caso la sanción penal sería la más grave, que ya hemos estudiado al referirnos a la sustracción de caudales públicos.

JURISPRUDENCIA.

DELITOS DE MALVERSACION.

Malversación de caudales públicos. — Si el depositario confiesa que el objeto embargado se encuentra en un lugar determinado a disposición del embargante, y no se ha efectuado diligencia alguna para desvirtuar su afirmación, debemos estar a su indagatoria. De acuerdo a la declaración que abandonó el auto del que era depositario cuando lo despidieron de la casa, surge de aquí una negligencia culpable, desde que no dió ninguna clase de aviso, por lo que corresponde encuadrar el delito en la disposición del artículo 262 del Código Penal. El hecho de que el depositario sea un menor de edad no es un eximente. Habiendo finalmente transcurrido más de tres años desde la consumación del delito, debe declararse prescripta la acción penal (art. 62, inc. 5º del Cód. Penal). — Caso: Carlos Clumi, malversación de caudales públicos. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 14, al folio 308, y con fecha 11 de Julio de 1933. — Nota marginal: En 14 de Octubre de 1933, Cámara confirma.

Depositario infiel. — El depositario judicial que no hace ninguna oposición al acreedor prendario, para que éste retire el ce-real objeto de la prenda, debe ser condenado como depositario infiel, a dos años de prisión en forma condicional. Tesis que no aceptó la Cámara del Crimen, la cual sostuvo la inexistencia del delito revocando la sentencia y absolviendo al procesado de culpa y cargo. Fundóse en que el depositario se negó a aceptar el cargo y no firmó el acta de referencia, de modo que no revestía en realidad el carácter de tal. Ninguna disposición legal obliga al embargado que se haga depositario de la cosa, luego la falta de firma del aludido depositario trae como consecuencia la nulidad del acta (art. 979, inc. 4, y 986 Cód. Civil). — Caso: Kusce-vich Domingo, depositario infiel. — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. — Libro 12, al folio 669, y con fecha 26 de Abril de 1933. — Nota marginal: En 24 de Junio de 1933 la Cámara de Apelaciones revocó esta sentencia en todas sus partes, absolviendo de culpa y cargo al procesado.

Depositario infiel. — El hecho de aceptar el cargo de depositario judicial y no entregar a su debido tiempo el auto embargado, constituye el delito de malversación. El que la parte denunciante manifieste que, posteriormente, ha recibido el automóvil, no discrimina el hecho, porque la perpetración del delito se consuma al no entregar los bienes embargados al requerimiento judicial. Corresponde de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 261 y 263 del Cód. Penal, revocar la sentencia apelada y condenar al procesado a dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Giampietro Antonio, depositario infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 2, y con fecha 13 de Febrero de 1933.

Depositario infiel. — No debe prosperar la defensa de que el embargo trabado lo fué en contra de lo dispuesto por la ley 2002; debió el procesado procurar su levantamiento ante el juez que ordenó trabar el embargo. Desistida la apelación por el Fiscal de Cámara, el querellante particular no puede pedir ni el aumento de la pena, ni la revocatoria de la condena condicional; su actividad debe reducirse solamente a la indemnización del daño causado por el delito. Tratándose de un delito contra la administración pública la víctima resulta el Estado y ante el desistimiento Fiscal, no puede el querellante ejercer la acción pública, debiendo su acción reducirse solamente al resarcimiento del daño causado. Corresponde declarar firme la sentencia en cuanto impone la pena de dos años en forma condicional y reformarla en cuanto a la indemnización, la que se eleva a mil pesos. — Caso: Colón Oscar Centeno, malversación de caudales públicos. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia, tomo 1, al folio 195 y con fecha 29 de Abril de 1933.

Depositario infiel. — Cuando el Juez de Paz no ha agotado los trámites que la ley pone en sus manos para obtener el cumplimiento de su orden (art. 831 C. de Pts. C.), antes de remitir los antecedentes, ni tampoco en la instrucción se ha ordenado diligencia tendiente a comprobar si el vehículo se encontraba en el lugar donde manifiesta el procesado, a fin de demostrar la desaparición de la cosa embargada, desvirtuando la indagatoria, no está en realidad demostrada la consumación del delito. Manifiesta el procesado que el coche se encontraba en el taller de la calle 27 de Febrero, entre España e Italia, que tal manifestación la hizo también en la Secretaría del Juzgado de Paz. Al segundo requerimiento manifiesta al oficial que no entregaba el coche por-

que estaba a disposición del Juez Dr. Tasada, quien entendía en el juicio de desobediencia. Y al tercer requerimiento manifiesta que acatando el mandato judicial pone a disposición del Juzgado el automóvil. De modo que ni la justicia, ni el interesado, se han preocupado en investigar la verdad de lo manifestado. Corresponde confirmar la sentencia absolutoria. — Caso: Ríos Matías, depositario infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia, tomo 1, al folio 288, y con fecha 7 de Junio de 1933.

Malversación. — Aunque el procesado manifiesta que vendió el bien embargado con consentimiento del acreedor, razón por la cual éste desiste de la denuncia, el delito se ha consumado. El sujeto pasivo del delito es la administración y él se consuma por el solo hecho de la disposición de la cosa, sea ésta propia o ajena, sin que el accionante en el juicio civil se encuentre en condiciones de torcer el curso de los acontecimientos. Corresponde revocar la sentencia absolutoria y condenarlo a cuatro meses de prisión en forma condicional (arts. 261 y 263 del Cód. Penal). — Nota: existe un error en el presente fallo, pues en el texto de la sentencia lo condena a dos años de prisión, y el fallo resolutivo le impone cuatro meses, es decir menos del mínimo legal, de acuerdo a la calificación dada. — Caso: Alsina José F., depositario infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia, tomo 1, al folio 470, y con fecha 26 de Agosto de 1933.

Malversación. — Si el rematador de los bienes embargados conocía esta situación por haber firmado el acta del embargo, debe ser considerado como co-autor del delito. El damnificado es parte para asumir el rol del querellante en el delito de malversación y debe revocarse la sentencia que le niega este derecho. Corresponde confirmar la sentencia en cuanto condena a los procesados por el delito de malversación de caudales públicos (arts. 261 y 263 del Cód. Penal), a tres y dos años de prisión. — Caso: Vino Joaquín y otra, ocultación de bienes a Cayetano Filomeno. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia, tomo 2, al folio 243 y con fecha 27 de Diciembre de 1933.

Depositario infiel. — El haber vendido aunque sea parte del depósito recibido lo vincula responsablemente al delito cometido. El hecho de que el procesado no pueda explicar satisfactoriamente la desaparición de los bienes embargados,

demuestra su responsabilidad. Atento a que se trata de un delincuente primario, es justo el mínimum impuesto por el Juez, arts. 263 y 261 del Código Penal. Corresponde confirmar la sentencia apelada. — Caso: Ramírez Alejandro, venta de bienes embargados a Emilio Tenreiro. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 108 y con fecha 10 de Agosto de 1934.

Depositario infiel. — El depositario judicial que vende el bien embargado, comete el delito de malversación. Aunque el ce-real vendido esté afectado a una prenda agraria, no existe concurso real de delitos, porque el depositario que viola sus obligaciones no vulnera dos bienes jurídicos tutelados por disposiciones distintas, sino un solo bien jurídico tutelado por la disposición de los arts. 261 y 263 del C. Penal. Su hecho no cae bajo más de una sanción penal (art. 54), sino bajo una sola, porque "lex specialis derogat generalis". Debe rechazarse en consecuencia este agravante. Corresponde confirmar la sentencia condenatoria y reducir el monto de la pena a dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Tomich Nicolás, depositario infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 282 y con fecha 28 de Septiembre de 1934.

Malversación. — La nulidad alegada por defecto de forma en la sentencia al no tratar todos los puntos planteados por la defensa, debe desestimarse toda vez que los vicios anotados pueden ser reparados mediante el recurso de apelación. (Jurisprudencia Argentina, T. 13, págs. 493 y 618; T. 22, págs. 458, 717 y 898; T. 24, pág. 1038; T. 26, pág. 1425 y T. 28, págs. 654, 953 y 1050). Es competente la Justicia de Instrucción para intervenir en los hechos denunciados con prescindencia de los procedimientos del Tribunal de Cuentas; debe rechazarse la cuestión pre-judicial planteada. Habiendo el procesado desempeñado el cargo de sub-contador, administrando y sustrayendo fondos confiados en razón de sus propios deberes, debe calificarse el hecho como malversación, art. 261 del C. Penal, y no en el art. 174, inciso 5, como pretende la defensa. Corresponde confirmar la sentencia apelada que impone al procesado la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua. En cuanto al contador por cuya negligencia culpable se cometió el delito, su acción encuadra en la disposición del art. 262 y dado el tiempo transcurrido, más de dos años, corresponde sobreseer en su favor en virtud de encontrarse prescripto el de-

recho de acusar. — Caso: Hartogh Bernardo y otro, defraudación. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 293 y con fecha 29 de Septiembre de 1934.

Depositario infiel. — La excusa de que el esposo fué quien vendió los muebles, el cual los sacó con el propósito de depositarlos en Villalonga hasta cambiarse a otra casa, haciendo posteriormente abandono del domicilio conyugal, no justifica el hecho. El silencio de la depositaria que no dió cuenta de las maniobras de su esposo, la vincula dolosamente al proceso y no puede considerarse su situación en el sumario bajo el aspecto de la culpa, sino del dolo. Corresponde modificar la sentencia y calificar el hecho como malversación, arts. 261 y 263 del C. Penal, imponiéndole dos años de prisión en forma condicional. — Caso: Sigal Eugenia Ehderman de, depositaria infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 332 y con fecha 6 de Octubre de 1934.

Depositario infiel. — Dada la índole del delito y los intereses que con su sanción represiva se propone tutelar la ley, es indiferente que el autor se haya o no beneficiado con su comisión. Basta que haya atentado o lesionado la administración pública, o desconocido o desobedecido los mandatos de la autoridad que ordenó el depósito, para que quede consumada la infracción. Corresponde confirmar la sentencia que impone la pena de dos años de prisión en forma condicional, art. 261 y 263 del C. Penal. — Caso: Maffucci Gino, depositario infiel. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 3, al folio 493 y con fecha 26 de Noviembre de 1934.

Depositario infiel. — El depositario judicial que hace entrega por su cuenta del depósito al dueño de los objetos, comete el delito de malversación. No es aceptable como justificativo, alegar la ignorancia de los deberes del depositario, y corresponde de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 261 y 263 del C. Penal, confirmar la sentencia que le impone la pena de dos años de prisión en carácter condicional. — Caso: Pinazzo Pedro, malversación de caudales públicos a Guidi Hno. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencias N° 4 I., al folio 26, y con fecha 9 de Marzo de 1935.

Malversación y defraudación. — No revistiendo el deudor el carácter de depositario judicial, el hecho de vender un inmueble embargado no puede constituir el delito de malversa-

ción de caudales públicos. Habiendo hecho constar en el acta del embargo la existencia de una hipoteca anterior, la venta con el objeto de cumplir con esa obligación hipotecaria no puede configurar el delito de defraudación del art. 173, inc.9, porque el mismo deudor antes y después del embargo ofreció que éste se trabara sobre su sueldo de empleado, de modo que falta en el presente caso el dolo que constituye el delito. Corresponde dictar pronunciamiento absolutorio. — Caso: Torres Félix M., malversación de caudales públicos. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. — Libro 24, al folio 407, y con fecha 20 de Junio de 1933. — Nota marginal: El 8 de Noviembre de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, declaró firme esta sentencia, por haber desistido el Fiscal de Cámara, de la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal.

Depositario judicial. — Corresponde reformar el auto de prisión que califica el delito como malversación y encuadrarlo como un caso especial de defraudación, art. 173, inciso 9, en virtud de que el vendedor del bien embargado no reviste el carácter de depositario judicial. — Caso: Felipe Di Bartolomeo, depositario infiel. — Fallo de la Cámara de Apelaciones, 2ª Sala, que se registra en el Libro de autos criminales, tomo 14, al folio 223, y con fecha 23 de Junio de 1931.

Malversación y defraudación. — El cargo de depositario judicial, es una circunstancia calificativa en el delito de malversación del artículo 263. Tal agravante especial no puede ser comunicativa, debiendo la responsabilidad de los co-autores que no revisten tal carácter, regirse por las disposiciones comunes de la defraudación. El propietario que vende como libre un bien embargado comete el delito de defraudación y debe ser condenado condicionalmente a dos años de prisión, arts. 26 y 172 del C. Penal. El hijo que reviste el carácter de depositario judicial, cuya ausencia y abandono del depósito ha facilitado el delito cometido por el padre, debe responder por el delito de malversación y corresponde condenarlo a la pena de tres años de prisión, arts. 261 y 263 del Código Penal. — Caso: Di Bartolomeo Félix y Antonio, defraudación a Josefa Cirilo de Laurito. — Fallo de la Cámara Criminal del Rosario, que se registra en el Libro de Sentencia N° 1, al folio 595, y con fecha 14 de Octubre de 1933.

1

INDICE

	<i>Pág.</i>
Voces de aliento	5
El tema	9
CAPITULO I. — El delito de hurto. — Concepto y definición. — El apoderamiento. — Diversos sistemas de la consumación del apoderamiento. — Elementos de ejecución. — Ilegitimidad. — Cosa mueble. — Hurto de electricidad. — Hurto de uso. — Hurto de la cosa propia. — Jurisprudencia. — El hurto calificado. — Abigeato. — Hurto de productos agrícolas, maquinarias y elementos de trabajo. — Hurto calamitoso. — Uso de llaves y ganzúa. — Hurto con escalamiento. — Jurisprudencia	13
CAPITULO II. — El delito de robo. — El robo. — Concepto del delito. — Sus diferencias con el hurto. — La violencia en las cosas. — La violencia en las personas. — La reivindicación en el derecho penal. — Jurisdicción del Juez del Crimen. — Reivindicación de las cosas pignoras. — Jurisprudencia. — El robo con homicidio y lesiones. — Jurisprudencia. — Circunstancias agravantes. — Robo con armas. — Robo en poblado y en banda. — Robo con perforación o fractura. — Seguridades externas e internas. — Efracción anterior y posterior. — Jurisprudencia	70
CAPITULO III. — El delito de extorsión. — La extorsión, concepto. — Elementos que la constituyen. — La consumación del delito. — Nulidad del título o documento. — Destrucción del documento y abuso de firma en blanco. — Modalidades de la extorsión. — Detención privada con propósito de rescate. — El robo de cadáveres. — Jurisprudencia	124
CAPITULO IV. — El delito de defraudación. — Defraudación. — Característica singular. — Elementos que lo constituye. — Dolo civil y dolo penal. — Calidad del engaño. — Defraudación y falsificación. — Defraudación y cheque doloso. — Defraudación y ejercicio ilegal de la medicina. — Delito continuado. — Características diferenciales. — De la propiedad científica, literaria y	

artística. — Nuevo régimen legal de la propiedad intelectual. — Casos especiales de defraudación en el artículo 173. — De la firma en blanco. — Casos contemplados por el artículo 174. — Apropiación indebida. — Del tesoro encontrado. — De la posesión accidental. — De la prenda. — Del abuso del acreedor prendario. — Del contrato de prenda agraria. — La venta del bien prendado. — La usura. — Jurisprudencia	144
CAPITULO V. — El delito de quiebra fraudulenta. — La quiebra fraudulenta. — Elementos del delito. — La cuestión pre-judicial. — La disposición legal. — Efectos de la calificación de la quiebra. — Quiebra culposa. — La culpa. — Sociedades anónimas, cooperativas y personas jurídicas. — Responsabilidad de sus directores. — El concurso civil. — Fraude en perjuicio de los acreedores. — La culpa en el concurso civil. — Maniobras entre deudor y acreedor. — Jurisprudencia	237
CAPITULO VI. — El delito de usurpación. — Usurpación. — Diferentes conceptos del delito. — Delito instantáneo. — La usurpación en el Código vigente. — Usurpación de aguas. — Aprovechamiento de agua corriente. — Jurisprudencia	259
CAPITULO VII. — El delito de daño intencional. — El daño en el derecho romano. — Las Leyes de Partidas. — Nuestros antecedentes penales. — Elementos del delito. — El perjuicio. — El objeto o la cosa en que recae. — La propiedad. — El daño por imprudencia. — De la tentativa. — El daño calificado. — Jurisprudencia ..	276
CAPITULO VIII. — Disposiciones generales. — Origen de la excepción. — La disposición en el derecho moderno. — Alcance del precepto legal. — Modo de establecer la impunidad. — Extraños participantes	297
CAPITULO IX. — El delito de malversación de caudales públicos. — La malversación de caudales. — Su concepto en el derecho romano. — Malversación. — Origen de la disposición. — El sujeto del delito. — Su alcance. — Casos que comprende. — Peculado. — La sustracción de caudales. — El delito de peculado. — La malversación y la culpa. — Caso especial de malversación. — Establecimientos de enseñanza y beneficencia. — Depositario infiel. — Incumplimiento del deber. — La desobediencia a la autoridad. — Jurisprudencia	304

