RODOLFO MORENO (hijo)

El Código Penal y sus antecedentes

BIBLIOTECA DE LA PROCURACION GENERAL 1537
Nº DE ORDEN 842
UBICACION E-80

TOMO I

H. A. TOMMASI, EDITOR
BUENOS AIRES
1922

La presente edición fue digitalizada por la Biblioteca de la Procuración General de la Nación – Ministerio Público Fiscal

Agradecimiento:

A los integrantes de la Biblioteca de la Procuración General de la Nación – Ministerio Público Fiscal, en especial a la Lic. Romina L. Roger.

Al Dr. Orlando Gimenez, titular de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Procuración General de la Nación.

El acceso a fuentes jurídicas de tiempos pretéritos a través de la tecnología

> *"El Universo (que otros llaman la Biblioteca) se compone de un número indefinido, y tal vez infinito, de galerías hexagonales, con vastos pozos de ventilación en el medio, cercados por barandas bajísimas. (...) Yo afirmo que la Biblioteca es interminable"*
>
> Fragmento de La Biblioteca de Babel, del libro Ficciones, 1944, Jorge Luís Borges.

En la actualidad, gracias al avance tecnológico representado por Internet, el acceso a fuentes jurídicas de tiempos pasados se ha vuelto mucho más sencillo. Anteriormente, consultar obras y ediciones originales era una tarea complicada, pero la digitalización ha permitido que un gran número de documentos estén al alcance de un clic.

La preocupación por preservar el patrimonio bibliográfico y documental no es algo nuevo. La microfilmación fue un gran avance en este sentido, pero la digitalización ha supuesto un salto cualitativo en la conservación de estas fuentes.

Los investigadores son los principales beneficiarios de esta revolución tecnológica en el acceso a fuentes jurídicas. Gracias a la facilidad para consultar obras de nuestra historia legal, se ha producido un incremento en el conocimiento de nuestra Historia del Derecho. Además, se han abierto nuevas líneas de investigación que han dado lugar a un aumento en la producción científica en este campo.

Coincido con Ana María Sanilorenti al afirmar que una biblioteca digital es una organización que se encarga de seleccionar, evaluar, registrar y sistematizar recursos de información en formato digital, garantizando su permanencia en el tiempo y el acceso por parte de una comunidad de usuarios. Este concepto refleja la importancia de estas plataformas en la difusión del conocimiento jurídico.

En resumen, la tecnología ha democratizado el acceso a fuentes jurídicas de tiempos pasados, permitiendo a investigadores y al público en general explorar nuestra historia legal de una manera más profunda y enriquecedora.

Dr. Pablo Castoldi
Director General
Departamento de Biblioteca y Dictámenes
Procuración General de la nación – Ministerio Público Fiscal

Proemio

La mejor explicación de un libro, la suministra el libro mismo. La justificación de la obra se encuentra, según el género que comprenda, en la utilidad o el placer que proporcione su lectura.

No haré, por consiguiente, un prólogo tendiente a comentar el trabajo, sino a expresar los motivos que he tenido al escribirlo.

Nuestros primeros códigos se han elaborado de manera análoga. Establecido en la Constitución que el Congreso debía dictar las leyes civiles, comerciales, penales y de minería, se designaron comisiones o personas para que las redactasen, y éstas presentaron proyectos que se sancionaron a libro cerrado y que debían regir en toda la Nación.

Para redactar esos proyectos se contaba con pocos antecedentes nacionales, desde que la legislación entonces en vigor, pertenecía a España, país con instituciones políticas distintas a las nuestras. Además, los primeros gobiernos patrios habían marcado rumbos en materia de derecho constitucional, los que, consagrados por la carta fundamental, debían influir de manera decisiva sobre la dirección jurídica general del país.

Los códigos argentinos debieron ser, así, adaptaciones de leyes extrañas, concordadas con los principios básicos de nuestra organización y con los escasos precedentes nacionales.

En materia civil, comercial y minera, los códigos se sancionaron sin dificultad, y se consideró que tenían carácter definitivo. En materia penal, el pronunciamiento legislativo se retardó, desde el año 1865, en que se presentó el proyecto primitivo, hasta el año 1886, en que se dictó la ley, aceptándolo con modificaciones. Además, y antes de esa fecha, o sea en el año 1863, se había sancionado una ley especial sobre delitos de jurisdicción federal, que no fueron comprendidos en el proyecto del doctor Tejedor.

En el largo intervalo de 21 años, transcurridos entre la presentación y la sanción de aquel proyecto, se elaboró uno nuevo, que, a pesar de haber emanado de una comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, en virtud de una ley, se tuvo poco en cuenta.

La ley que se dictó no se consideró definitiva, pues se reconoció que el proyecto adolecía de defectos, y si bien se corrigieron algunos, teniéndose en cuenta las observaciones levantadas como consecuencia de la práctica, pues el tal proyecto se aplicaba como ley local en casi todas las provincias, entendióse en el Congreso que se realizaba una obra provisoria.

La materia penal se presenta en permanente discusión: se redactan varios proyectos, se dictan distintas leyes modificadoras del Código, se escriben obras de crítica, se cuenta con la opinión de los jueces, expuesta en los fallos, y se reconoce por todos la necesidad de una reforma fundamental.

Esta se inicia de manera definitiva en 1916, con la presentación que hice a la Cámara de Diputados, y termina en 1921 con la sanción del nuevo Código Penal.

De manera que, a diferencia de lo que ocurre en las otras ramas jurídicas dentro de nuestro país, en materia penal tenemos numerosos antecedentes propios, pudiendo afirmarse que cada disposición del Código, obedece a precedentes y a necesidades que se han ido sintiendo y anotando en el transcurso de la vida nacional.

Los proyectos presentados tienen: o bien notas al pie de los artículos o exposiciones de motivos o informes, los que constituyen explicaciones que fundamentan los preceptos.

El estudio de todos esos antecedentes requiere la consulta de muchos volúmenes y de diversas publicaciones, hace tiempo agotadas. La reconstrucción de cada artículo, con todos sus precedentes, es así difícil y engorrosa, siendo, sin embargo, la base del examen, de la interpretación y del alcance que se atribuye al conjunto y al detalle.

He considerado por eso, que ningún comentario puede ser tan útil para nuestro nuevo código, como el de presentarlo con todos los antecedentes, tratando en cada caso de señalar, no sólo los artículos que han servido de base para la redacción vigente, sino las explicaciones que han dado al respecto las comisiones oficiales.

Todo esto sin descuidar la noción doctrinaria y la explicación de principios generales.

Señalaré también las concordancias de cada precepto con los principales códigos extranjeros, a cuyos efectos tendré en cuenta las que se colocaron en el proyecto de 1891 y las anotadas por el doctor Juan P. Ramos en su curso de seminario dictado en la Facultad de Derecho de Buenos Aires.

Tal es el plan y el propósito de la obra. En su desarrollo podrá comprobarse si he llenado el objeto propuesto.

RODOLFO MORENO (hijo).

GENERALIDADES

I

Orígenes del derecho penal argentino

1. Antecedentes de nuestro derecho penal. — 2. Objeto de la reseña histórica. — 3. El derecho español. — 4. La nueva recopilación. — 5. El derecho penal en la nueva recopilación. — 6. Las leyes de partida en nuestro desenvolvimiento jurídico. — 7. El fuero juzgo. — 8. Las leyes de toro. — 9. Las leyes de indias. — 10. Las penas arbitrarias durante la colonia. — 11. La novísima recopilación. — 12. El derecho penal durante los primeros gobiernos patrios. — 13. Resolución sobre duelos. — 14. Bando del 21 de julio de 1810, con medidas extraordinarias. — 15. Penas contra los ladrones establecidas por el triunvirato. — 16. Bando sobre el empeño de prendas del vestuario de los soldados. — 17. Aplicación del bando sobre robos. — — 18. Bando de abril de 1812, sobre robos y asesinatos. — 19. Disposiciones acerca del juego, armas prohibidas y duelo. — 20. Otras disposiciones penales tomadas por los gobiernos patrios. — 21. Disposiciones penales tomadas por rosas. — 22. El tormento y los azotes en la colonia. — 23. Medidas tomadas por el general urquiza, antes de sancionarse la constitución nacional. — 24. La era constitucional. — 25. El proyecto del doctor carlos tejedor. — 26. La ley número 250 y su ejecución. — 27. El proyecto de los doctores villegas, ugarriza y garcía. — 28. La vigencia del código tejedor en las provincias. — 29. La ley número 49 de 14 de septiembre de 1863. — 30. Las discusiones parlamentarias de 1885 y 1886 y la sanción del código penal. — 31. El proyecto de 1891. — 32. El proyecto de 1891 en el congreso. — 33. La discusión parlamentaria de 1900. — 34. La defensa del proyecto de 1891. — 35. La reforma promovida en 1904.

— 36. El proyecto de 1906. — 37. Las leyes penales sancionadas mientras la reforma se discutía: a) reincidencia; b) falsificación y circulación de moneda; c) seguridad social; d) cheques dolosos; e) trata de blancas. — 38. La reforma iniciada en 1916. Bases para la misma. El proyecto presentado. —39. Los términos de la encuesta. La comisión especial de legislación penal y carcelaria. — 40. Labor de la comisión. El proyecto definitivo. — 41. Rasgos principales del proyecto de 1917. — 42. La reforma penal en el senado. Sanción del proyecto. — 43. Los primeros juicios críticos y el punto de vista de la comisión redactora del proyecto de 1917.

*

* *

1. Antecedentes de nuestro derecho penal.—El derecho penal argentino, lo mismo que todas las ramas de nuestra ciencia jurídica, tiene sus antecedentes en la vieja legislación española. Mientras fuimos una colonia de la metrópoli descubridora y conquistadora, estuvimos regidos por las leyes que la misma dictara. Contábamos a ese respecto con los cuerpos de legislación que dominaban en España, o con preceptos especiales, entre los que se destacaban las leyes de Indias, destinadas particularmente a las colonias de ultramar.

La independencia, conseguida después de grandes esfuerzos y como consecuencia de una lucha larga y accidentada, no se produjo de golpe en todos los órdenes, ni siquiera en el político. Durante el desenvolvimiento de la guerra libertadora, y no obstante regir la legislación de España, debieron dictarse diferentes preceptos que constituyen importantes antecedentes históricos. Solamente después de haberse afirmado los gobiernos nacionales pudo pensarse en realizar de manera definitiva la obra de la emancipación, obteniéndola no sólo bajo el punto de vista internacional, sino también bajo el aspecto legislativo.

En materia civil hemos pasado de las leyes españolas a un código completo, preparado por una autoridad en materia jurídica y mantenido hoy en su casi totalidad, porque las modificaciones hechas no han afectado al conjunto. En materia penal no hemos tenido las mismas características, habiendo contado con

leyes diversas y habiéndose planteado la necesidad de la reforma desde el día mismo de la sanción de aquéllas, sin realizarse el pensamiento constitucional, según el cual debíamos tener un código de la materia.

El precepto se ha cumplido recientemente con la sanción de la ley N.° 11.179, que ha dado a la Nación el Código Penal después de pacientes elaboraciones.

*

* *

2. Objeto de la reseña histórica.—En diferentes publicaciones se han recordado nuestros antecedentes en materia penal. Rivarola (1), Osvaldo Piñero (2), Bunge (3), Peco (4), Eusebio Gómez (5), y otros, los han consignado en sus respectivas obras. Me referiré, por consiguiente, a las mismas, y las completaré dando con la necesaria extensión los antecedentes inmediatos de los trabajos hechos para la reforma coronada con la sanción del código en vigor. Tendré también presente lo que he dicho al respecto cuando estudié la ley N.° 4.189 de reformas al Código Penal (6).

El derecho, considerado como el conjunto de las normas jurídicas destinadas a regir en una sociedad cualquiera, no se forma en un solo día, ni es el resultado de un solo pensamiento. Los principios, aun los más simples, son la consecuencia de una larga evolución y de una serie de influencias diferentes. Bunge pudo decir con razón: "El derecho es la vida", entendiendo con esa frase pronunciar una síntesis de su punto de vista, según el cual el derecho era el fruto de todos los factores desenvueltos con la vida individual y social (7).

Creada una institución, evoluciona y se desarrolla. Cuando se ha concretado en un código, el que resume el derecho vigente

(1) Exposición y crítica del Código Penal Argentino. Tomo 1, pág. 1 y siguientes.—Orígenes y evolución del Derecho Penal Argentino, págs. 8 y siguientes.—Derecho Penal Argentino, págs. 1 y siguientes.

(2) Legislación Penal Argentina. — Revista del Centro Jurídico, junio de 1900. Página 237.

(3) Historia del Derecho Argentino. — Las referencias al derecho penal se encuentran en cada uno de los capítulos en que se examinan los antiguos códigos españoles como origen de nuestro derecho.

(4) La reforma penal argentina. Págs. 17 y siguientes.

(5) Criminología Argentina. Págs. VII y siguientes.

(6) Rodolfo Moreno (hijo). — La Ley Penal Argentina. 2.ª edición. Pág. 46.

(7) El Derecho. Páginas 217, 228 y siguientes.

y, por consiguiente, obligatorio, se tiene la impresión de la estabilidad. El derecho aparece como permanente, el artículo de la ley tiene carácter definitivo y los comentadores se preocupan de estudiarlo, desmenuzarlo y aplicarlo al mayor número de supuestos casos prácticos susceptibles de producirse.

Pero el movimiento de evolución no se detiene a pesar de la aparente firmeza, y a medida que el tiempo transcurre se van produciendo fenómenos nuevos, que imponen: primero, las modificaciones parciales, y después, la reforma definitiva del estatuto.

Gaston Morin, dice de una manera muy acertada, que ocurre con el derecho lo mismo que con el lenguaje (1). Este aparece con formas permanentes, como son las que le dan la gramática con sus reglas y el diccionario al presentar el conjunto de las voces contenidas en el mismo. Pero el movimiento no se detiene, y la vida diaria crea primero distintas palabras que obedecen a conceptos nuevos o que modifican los antiguos, y más tarde otras reglas que imponen reformas en la gramática misma.

Comparando la literatura de distintas épocas, se observan las diferencias y las influencias que se han hecho sentir en los cambios experimentados. Cuando las épocas son cercanas, las desemejanzas son pequeñas; cuando aquéllas se alejan, son tan grandes las transformaciones que los idiomas resultan diferentes.

Con el derecho ocurre lo mismo, y la comparación demuestra la verdad del aserto.

Siendo, entretanto, gradual la evolución, queda siempre en las instituciones que rigen algún resabio de las antiguas, explicándose por los antecedentes no sólo los textos, sino las modalidades que influyen muchas veces en la interpretación. Por eso, era razonable el pensamiento de Savigny, que colocó Bunge a la cabeza de la introducción de su Historia del Derecho Argentino, al decir: "¿Es posible concebir el presente de un organismo cual" quiera de otro modo que en vinculación con su pasado, esto es, " sin un método genético?" (2).

Todo esto explica que se investigue la materia jurídica y se busque el origen de las instituciones.

No sería posible, sin embargo, en un tratado general de derecho, extremar el examen histórico, por la mucha extensión que

(1) Gastón Morin. — La Revolte des faits contre le code. Págs. III y IV. Introducción.

(2) Tomo I, pág. V.

debería darse al trabajo. Tenemos, por eso, que limitarnos a señalar los antecedentes que sirvan de manera inmediata para explicar la legislación en vigor y para establecer cómo se ha formado.

* * *

3. El derecho español.—Las instituciones coloniales primero, e independientes después, poco o nada tomaron de la barbarie y salvajismo indígenas (1). Las instituciones que rigieron en la colonia fueron las mismas de España, o fueron conjuntos o preceptos especiales que tenían en cuenta, sobre todo, a los españoles, tanto a los residentes aquí como a los habitantes de la metrópoli.

El derecho español sufrió las influencias derivadas de las distintas razas que poblaron su suelo y de los diversos dominios políticos a que ese pueblo estuvo sometido. Bunge, en su citada obra, divide la historia de ese derecho en seis partes:

1.ª **Epoca primitiva,** que comienza con las primeras noticias históricas y termina con la conquista romana. A ese período corresponden las instituciones de los iberos primitivos, los celtas y los celtoiberos o celtohispanos, así como las colonizaciones fenicia y griega y la dominación cartaginesa; 2.ª **Epoca romana,** que se inicia con la conquista y comprende el período que se extiende hasta la dominación visigótica en el siglo V. El derecho vigente en ese tiempo es principalmente el del segundo período de la historia del derecho romano, o sea el imperial, anterior al cristianismo, que comienza con Augusto y termina con la conversión de Constantino; 3.ª **Epoca visigótica,** que comprende el tiempo de la dominación de los visigodos en España, desde que se implantó en 507 hasta que termina con la conquista de los árabes en 711; 4.ª **Epoca de los árabes,** que termina con la expulsión de los mismos. Este acontecimiento coincide con el descubrimiento de América; 5.ª **Epoca moderna,** que arranca en 1492 y termina en los comienzos del siglo XIX, con el triunfo de las ideas revolucionarias, que introducen una transformación en el derecho; y 6.ª **Epoca contemporánea** (2).

La serie de distintos elementos que gravitaron en la penín-

(1) Bunge. — Historia del Derecho Argentino. Tomo I, pág. 3.

(2) Bunge. — Historia del Derecho Argentino. Tomo I, pág. 164.

sula, bajo el punto de vista político, pesaron sobre su legislación, la que se impuso en la colonia durante el dominio de los españoles.

*
* *

4. La Nueva Recopilación.—La República Argentina formaba parte del Virreynato del Río de La Plata cuando se produjeron los hechos que dieron lugar al surgimiento del gobierno propio, al desconocimiento de la autoridad del virrey, y más tarde a la ruptura definitiva del vínculo de dependencia.

Regían entonces en nuestro país, dos cuerpos de legislación: la Nueva Recopilación, como consecuencia de su vigor en España, y las leyes de Indias, sin contar con los antiguos cuerpos que no se derogaban sino en parte.

La Nueva Recopilación, promulgada por Felipe II, tiene curiosos antecedentes. En las cortes reunidas en Valladolid en 1523, los procuradores pidieron a Carlos V que mandara formar una nueva compilación de las pragmáticas que se habían hecho en los pasados tiempos, "porque unas de ellas se guardaban y otras no, " y los jueces hacían lo que querían con muy gran daño y per- " vertían la justicia. A Vuestra Alteza suplicamos—decían—mande " diputar personas que vean las dichas pragmáticas, y de las que " se usan y deben guardar, hagan un ordenamiento de las leyes " breves para que aquéllas se guarden y lo demás se anule y " revoque."

La misma petición, decía: "Por causa que las leyes del Fuero " e ordenamientos no están bien e juntamente compiladas, e las " que están sacadas por ordenamientos de leyes que juntó el " Dr. Montalvo están corrutas e no bien sacadas, y de esta cavsa " los juezes dan varias e diversas sentencias e no se saben las " leyes del reyno por las quales se an de juzgar todos los nego- " cios e pleytos, e somos ynformados que por mandato de los " Reyes cathólicos están las leyes juntadas e copiladas, e sy todas " se juntan fielmente como están en los originales será muy gran- " de fruto y provecho, a vuestra Alteza humildemente suplicamos " mande saber la persona que tiene la dicha copilación fecha, y " mande ymprimir el dicho libro e copilación, para que con avto- " ridad de vuestra Magestat, por el dicho libro corregido, se

" puedan y devan determinar los negocios, seyendo primeramente " visto y examinado por personas sabias y espertas." (1).

Esta petición se renueva el año 1528, contestando el rey: " A vos respondemos, que conociendo que lo que nos suplicáis es " cosa justa, con acuerdo de los del nuestro consejo mandaremos " dar la orden necesaria para que se cumpla y ejecute como con- " viene lo que nos suplicáis."

Se nombró para redactar el código a Don Pedro López de Alcocer, quien falleció sin haber terminado el trabajo. Se designó para reemplazarlo al doctor Escudero, el que también murió antes de la terminación, nombrándose en su lugar al doctor Pedro López de Arrieta, el que tampoco pudo dar término al cometido. La obra fué terminada por el licenciado Bartolomé de Atienza.

Estos antecedentes se encuentran en la ley 1.ª de la Nueva Recopilación, donde se consigna la orden del monarca que declara la autoridad que han de tener las leyes consignadas en la misma. Dice textualmente la parte correspondiente: "Y otro si en el en- " tendimiento de algunas otras de las dichas leyes, han nacido de " ellas dudas, i dificultades, por ser las palabras dudosas; i por " parecer que contradecían a algunas otras, i que assí mismo al- " gunas de las dichas leyes, como quiera que sean, i fuessen cla- " ras, i que según el tiempo, en que fueron fechas, i publicadas, " parecieron justas, i convenientes, la experiencia ha mostrado " que no pueden, ni deben ser executadas, i que demás de esto las " dichas leyes han estado, i están divididas, i repartidas en diver- " sos libros, y volúmenes, i aun algunas de ellas no impressas, ni " incorporadas en las otras leyes, ni tienen la autoridad, ni orden " que convendría, de que ha resultado, i resulta confusión, i per- " plexidad, i en los Jueces, que por ellas han de judgar, dudas, i " dificultades, i diferentes, i contrarias opiniones; i porque las le- " yes son establecidas, para que por ellas se haga, i administre " justicia, i para que se mande, i ordene lo bueno, i justo, i se " prohiba, y vede lo malo, e ilícito, i sean regla, i medida á todos, " á los buenos para que las guarden, i sigan; i á los malos para " que se refrenen, i moderen; i conviene que, demás de ser jus- " tas, i honestas, sean claras, i públicas, i manifiestas, de manera " que los súbditos entiendan lo que son obligados a hacer, i de lo " que se deven guardar, i sea á todos cierta y claramente guar- " dado su derecho, i se escusen las dudas, i diferencias, pleitos, i

(1) Bunge. — Historia del Derecho Argentino. Tomo II, pág. 456.

" debates, i se viva en la paz, i quietud pública, que en los Reinos
" bien governados se deve tener; i que para este mismo efecto
" en las dichas leyes se supla lo que estuviere falto, i diminuto,
" i se quite lo superfluo, i se declare lo dudoso, i se enmiende lo
" que estuviere corrupto, i errado: i assí por los Procuradores de
" estos Reinos en Cortes, i por algunas otras personas zelosas del
" bien, i beneficio público, fué pedido, i suplicado al Emperador
" i Rei mi Señor que mandasse reducir, i recopilar todas las di-
" chas leyes i que se pusiessen debaxo de sus títulos, i materias
" por la buena orden, i estilo que conviniese, quitando lo que
" fuese superfluo, i añadiendo, i enmendando en ellas lo que con-
" viniesse."

La misma ley enumeraba después las personas que fueron designadas para compilar las leyes, dejando constancia de que había concluído el trabajo el licenciado Atienza, del Consejo del Rey. En seguida se establecía la fuerza que debían tener las disposiciones contenidas en el libro, cuyas leyes debían guardarse, cumplirse y ejecutarse, juzgándose por ellas todos los pleitos y negocios que ocurrieran en los reinos. Las pragmáticas establecidas antes y que fueren contrarias carecerían de autoridad, guardando en lo que toca las leyes de las siete Partidas y del Fuero, lo mismo que lo dispuesto y ordenado por la ley de Toro, quedando también en vigor las cédulas y visitas que tienen las audiencias en cuanto no estuvieren contrariadas por el nuevo libro.

La Nueva Recopilación no resolvía, por consiguiente, el problema planteado, puesto que se dejaban subsidiariamente en vigencia las leyes anteriores. La opinión general se ha pronunciado sosteniendo que se dejaron en pie todos los defectos que se quisieron corregir, y a los cuales aludía la orden real de Felipe II, que puso en vigor el código el 14 de marzo de 1567.

Ese conjunto desordenado de leyes rigió entre nosotros en materia penal hasta que se sancionó el código de 1886. Algunas provincias adoptaron antes el proyecto de Tejedor y aun la Novísima Recopilación.

*

* *

5. El derecho penal en la Nueva Recopilación.—La Nueva Recopilación se ocupaba de derecho penal en el libro 8.°, el que

contenía 26 títulos con diferentes leyes cada uno. Las penas eran crueles, fijas y desiguales, porque tenían en cuenta en algunos casos la situación o posición de los individuos a los cuales habían de aplicarse. Estas características comprenden a todas las penas del antiguo derecho español.

En el título 3.°, se castigaba a los herejes y reconciliados, adivinos, hechiceros y agoreros. Las penas que debían aplicarse eran las prescriptas por las leyes de Partidas, dándose intervención en todo ello a la Iglesia.

En el título 4.° se castigaba a los blasfemos de Dios, de Nuestra Señora y del Rey. Al que blasfemase de la Virgen se le cortaba la lengua y se le daban cien azotes. A los que se declaraban descreídos de Dios o de la Virgen se les encerraba por un mes. Si reincidían, la segunda vez se les aplicaba destierro por seis meses y multa; y la tercera se les condenaba a que se les enclavase la lengua, salvo el caso que se tratare de escudero o persona de mayor condición, pues entonces correspondía destierro y multa.

El título V se ocupaba de los excomulgados, el VI de las usuras y logros, y el VII de los juegos y jugadores.

Se ocupaba también especialmente, y en los títulos siguientes, de las injurias y denuestos, de los ladrones y rufianes, vagabundos y egipcianos, de los robos, levantamientos y asonadas, etc.

El homicidio era considerado en el título XXIII. La pena para el homicidio simple era la de muerte, salvo el caso en que se hubiere procedido con derecho. La ley decía que se había procedido así: cuando el autor matare a su enemigo conocido o defendiéndose; o si matare a ladrón que hallare de noche en su casa, hurtando, o si le hallare con el hurto huyendo y no se quisiere dar a prisión, o si lo hallare hurtándole lo suyo y no lo quisiera dejar; o si lo matare por ocasión, no queriendo matarle, ni habiendo malquerencia con él; o si lo matare socorriendo a su señor, o a padre, o a hijo, o abuelo, o a hermano, o a otro hombre que debe vengar por linaje; o si lo hallare yaciendo con su mujer doquier lo halle; o en su casa con su hija o con su hermana.

El que matare a traición o aleve debía ser arrastrado y ahorcado, confiscándose la mitad de sus bienes, que pasarían al rey, y la otra mitad a sus herederos.

Al que matare en pelea también le corresponde la pena de muerte, salvo el caso de defensa, lo mismo al que en la Corte

matare o hiriere. Si en la Corte se sacaran armas, debe cortarse la mano al infractor.

El que mata por medio de incendio, o sea quemando la casa de la víctima, tiene pena de muerte y confiscación de la mitad de los bienes.

El que mata con arcabuz o pistola tiene pena de muerte y pérdida de la totalidad de sus bienes.

Se castiga también el homicidio culpable y el suicidio, este último con confiscación de bienes, si no tiene el autor herederos descendientes.

Los preceptos son detallados en todos los casos, pero no dejan margen al juez, porque la ley prevé el hecho concreto y señala el castigo preciso, el que tiende a producir un sufrimiento material al condenado. La pena de muerte se prodiga sin tenerse en cuenta al prescribirla las diferencias existentes entre los crímenes para los cuales se sanciona.

* * *

6. Las leyes de Partida en nuestro desenvolvimiento jurídico.— En derecho penal y procesal, y todavía hoy en este último, ha sido frecuente en nuestros tribunales la aplicación de las Partidas, código que reunió la sabiduría de una época y que constituye un valiosísimo conjunto jurídico. Estas, lo mismo que el Fuero Juzgo y las leyes de Toro, no fueron derogadas por la Nueva Recopilación.

La partida séptima, en los títulos VII a XXIX inclusive, se ocupaba de derecho penal. Los delitos se agrupan por orden en los distintos títulos, los que se ocupan de los enfamados; de los homicidios (omezillos); de las deshonras; de las fuerzas; de los desafiamientos; de las treguas, seguranzas y paces; de los robos; de los hurtos; de los daños; de los engaños; de los adulterios; de los que yacen con sus parientas o cuñadas; de los que yacen con mujeres de orden o con viuda que viva honestamente; o con vírgenes, por engaños o halagos, sin emplear fuerza; de los que violentan o raptan vírgenes o mujeres honestas; de los que cometen pecado de lujuria contra la naturaleza; de los alcahuetes; de los agoreros, sorteros y otros adivinos; de los judíos; de los moros; de los herejes; de los suicidas; y de los que denuestan a Dios, a Santa María y a los otros santos.

La enumeración hecha muestra por sí sola la extensión del código, el que tiene en cada título una serie de leyes. Cada uno de estos se encabeza con la definición del delito, siendo frecuente, en los diferentes preceptos, la explicación de las razones que lo fundamentan.

En el título del homicidio se contiene la siguiente introducción: "Omezillo es cosa que fazen los omes a las vegadas con "tuerto, á las vegadas con derecho. E pues que en el título ante "deste fablamos, de las falsedades, queremos mostrar en este de "los omezillos en que caen los omes matando a otros a tuerto o "con derecho. E demostraremos qué quiere decir omezillo. E "cuantas maneras son del. E quien puede acusar á otro dello. "E ante quien. E en que manera. E que pena meresce quien "matare á otro á tuerto."

A renglón seguido la ley I define qué cosa es omezillo, diciendo: "Homicidium en latín tanto quiere decir en romance co-"mo matamiento de ome. E deste nome fué tomado omezillo se-"gún lenguaje de España. E son tres maneras del. La primera "es quando mata vn ome a otro tortizeramente. La segunda es "quando lo faze con derecho tornando sobre sí. La tercera es "quando acaesce por ocasión. Es de cada vna destas maneras "diremos en las leyes de aqueste título."

En el título sobre deshonras, se trae como en el anterior una introducción, y se pasa después a definir el delito, diciendo: "Injuria en latín, tanto quiere decir en romance como deshonrra "que es fecha, o dicha a otro a tuerto, o a despreciamiento del, e "como quier que muchas maneras son de deshonrra: pero todas "descienden de dos rayzes. La primera es de palabra. La segunda "es de fecho. E de palabra es, como si vn ome denostasse a otro. "e le diesse bozes ante muchos faziendo escarnio del, o poniéndole "algun nome malo, o diziendo eu pos del muchas palabras atales, "onde se tuuiesse el otro por deshonrrado. Esso mismo dezimos "que sería, si fiziesse esto fazer a otro, assí como a los rapazes, "o a otros qualesquier. La otra manera es, quando dixesse mal "delante muchos, por palabras razonándolo mal, o infamándolo "de algund yerro o denostándolo."

El robo se define así: "Rapina en latín, tanto quiere dezir "en romance como vn robo que los omes fazen en las cosas age-

" nas que son muebles. E son tres maneras de robo. La primera
" es la que fazen los almogauares, e los caualleros en tiempo de
" guerra en las cosas de los enemigos de la fe, e de esta fablamos
" assaz cumplidamente en la segunda partida desde libro en las
" leyes que fablan en esta razon. La segunda es cuando alguno
" roba a otro lo suyo, o lo que lleuasse ageno en yermo, o en
" poblado, non auiendo razón derecha porque lo fazer. La tercera
" es quando se aciende o se derriba a so hora alguna casa, o
" peligra alguna naue, e los que vienen en manera de ayudar,
" roban e lleuan las cosas que fallan."

En cuanto al hurto, expresa: "Furto es malfetria que fazen
" los homes que toman alguna cosa mueble agena encubierta-
" mente sin plazer de su Señor, con intención de ganar el señorío,
" o la possessión o el vso della." La ley siguiente divide al hurto
de acuerdo con los principios romanos, en manifiesto y escondido.

Puede observarse con esos ejemplos el carácter preceptivo
de la obra. Ante todo se indica el contenido del título; después
se define, luego se clasifica, y finalmente se colocan las disposicio-
nes que prevén los casos y señalan las penas. Es interesante
comparar este sistema con el adoptado por el doctor Tejedor en
su proyecto, el cual, si bien no es tan extenso ni tan abundante,
incurre también en la particularidad de colocar reglas genéricas
con explicaciones y clasificaciones que no se usan en los códigos
actuales.

También es de notarse, con esos ejemplos a la vista, otro
aspecto de la evolución. Los códigos antiguos no contienen sino
preceptos, dentro de los cuales va todo, el artículo y los motivos
que lo determinan. Los códigos que siguen a aquéllos, sin inde-
pendizarse del sistema, empiezan por separar dos cosas diferentes,
y al mismo tiempo que el artículo traen la nota o la memoria, en
la cual se contienen o se completan las explicaciones.

El cambio no es violento sinò gradual, y basta para com-
probarlo comparar un código antiguo español, el proyecto de Te-
jedor y un código del momento actual.

Hoy, sólo se consignan los artículos sin expresar doctrina, sin
definir, sin clasificar. Antes se contenía todo dentro de la ley.
En el tiempo intermedio se destacaban los dos elementos, pero
la ley todavía mantenía definiciones y clasificaciones. La explica-
ción era lo único desechado por completo.

Un caso entre muchos de las explicaciones a que me he re-

ferido, dadas dentro del artículo y para justificarlo, se encuentra
en la ley XVIII del título XVI de la Partida VII, de la cual
nos ocupamos. Dice así: "Arboles, o parras, o viñas son cosas
" que deuen ser mucho bien guardadas porque del fruto dellas se
" aprovechan los omes e reciben muy gran plazer, e gran cohorte
" cuando las veen, e demás non fazen enojo á ninguna cosa. Onde
" los que las cortan, o las destruyen a mala intención fazen mal-
" dad conocida." Después de esas explicaciones justificadas vie-
nen los casos y las penas, extendiéndose la ley en los detalles.

En el encabezamiento del título sobre adulterios, se coloca
un precepto de carácter moral, diciendo: " Vno de los mayores
" errores que los omes pueden fazer es adulterio de que non se
" se les leuanta tan solamente daño, más aun deshonrra."

La misma práctica se adopta en los delitos contra la hones-
tidad, al decir: " Castidad es una virtud que ama Dios e deuen
" amar los omes. Ca según dixeron los sabios antiguos, tan noble
" e tan poderosa es la su bondad, que ella sola cumple para
" presentar las ánimas de los omes e de las mujeres castas ante
" Dios, e por ende yerran muy grayemente aquellos que corrom-
" pen las mujeres, que biuen de esta guisa en religión, o en sus
" casas seyendo biudas o seyendo vírgenes."

De los alcahuetes dice que son ayudadores del pecado y que
son gentes de las cuales viene mucho mal a la tierra. A los que
violan les dice que cometen "atreiuimiento muy grande", y dis-
tingue entre los diferentes casos.

Las penas contenidas en las Partidas, son: muerte, pérdida
de miembro, trabajos forzados, cárcel, confiscación de bienes, des-
tierro, multa, infamia, picota y azotes. Las penas pecuniarias se
establecen a favor de los perjudicados o del rey.

El título XXXI, que se ocupa de las penas, empieza por decir
que los hombres deben ser escarmentados por los yerros que co-
meten. La pena tiene ese propósito, según la ley I del dicho título.
Ofrece la misma dos objetos: 1.ª Que los culpables "resciban es-
" carmiento de los yerros que fizieron; 2.ª "Porque todos los que lo
" oyeren e vieren, tomen exemplo, e apercibimiento para guar-
" darse que non yerren, por miedo de las penas."

La pena tiene, así, carácter expiatorio e intimidatorio.

La ley IV del título, clasifica las penas diciendo:

" Siete maneras son de penas, porque pueden los judgadores

" escarmentar a los fazedores de los yerros. E las quatro son de
" los mayores, e las tres, de los menores. La primera es dar a los
" omes pena de muerte, o de perdimiento de miembro. La se-
" gunda, es condenarlo que esté en fierros, para siempre, cauando
" en los metales del Rey o labrando en las otras sus lauores, o
" siruiendo a los que lo fizieren. La tercera es cuando destierran
" a alguno, para siempre en alguna ysla, o en algun lugar cierto,
" tomándole todos sus bienes. La quarta es quando mandan echar
" algund ome en fierros, que yaga siempre preso en ellos, o en cár-
" cel, o en otra prisión: e tal prisión, como esta, non la deuen dar
" á ome libre: si non á sieruo. Ca la cárcel non es dada para es-
" carmentar los yerros; más para guardar los presos tan sola-
" mente en ella, fasta que sean judgados. La quinta es, quando
" destierran alguno, para siempre, en ysla, non tomándole sus
" bienes. La sesta es, quando dañan la fama de alguno judgán-
" dolo por enfamado, o quando le tuellen por yerro que ha hecho
" de algund officio, o quando viedan á algund abogado, o perso-
" nero, por yerro que fizo, que non vse dende en adelante dal
" oficio de abogado, nin de personero, o que non parezca ante
" los judgadores quando judgaren, fasta tiempo cierto, o para
" siempre. La setena es, quando condenan a alguno que sea aco-
" tado, o ferido paladinamente, por yerro que fizo o lo ponen en
" desonrra del, en la picota, o lo desnudan faziéndolo estar al
" sol vntándolo de miel, porque lo coman las moscas alguna hora
" del día."

La pena de muerte, podía ejecutarse de distintas maneras, o sea por medio de la hoguera, decapitación, horca o echando el reo a animales feroces. La forma de muerte usada por los romanos para el homicidio también se mantiene en determinados casos. Cuando corresponde, el reo después de azotado se encierra en un saco de cuero con un perro, un gallo, una culebra y un mono, y después de atado el saco se le arroja al mar o al río.

En el libro de Bunge sobre Historia del Derecho, se trae una reseña muy completa y muy acertada del sistema penal de las Partidas.

Las penas son variables según la clase de persona a la cual han de aplicarse, notándose diferencias derivadas principalmente de la raza y de la posición social.

* * *

7. El Fuero Juzgo.—El Fuero Juzgo, llamado también código visigótico, Liber Judicum y Liber Indiciorum, constituye la ley básica de la nación española, y se considera como el vínculo de unión de los conquistadores godos con los pueblos conquistados de origen romano, celta e ibérico.

Hasta el reinado de Recesvinto en el año 642, los godos y los españoles se encontraban regidos en el orden civil por sus respectivos derechos. Este monarca declaró que debía establecerse el mismo orden jurídico para los distintos habitantes sin tener en cuenta el origen; derogó prohibiciones como la del matrimonio entre godos y romanos, dictó leyes nuevas y emprendió el trabajo de codificación. Recesvinto, hijo y sucesor de aquél (año 649), reunió elementos y redactó un código que sirvió de base al que ha llegado hasta nosotros con el nombre de Fuero Juzgo.

Ervigio, que empezó su reinado en 680, y Flavio Egica que lo inició en 687, dieron a la recopilación la forma definitiva. Según Alcubilla (1), que cita a Morales y Lardizabal, la obra se concluyó en el Concilio XVI de Toledo, habiéndose llevado a cabo en gran parte por la acción de los obispos que lo formaban y entre los cuales se contaban hombres ilustrados en derecho.

El código fué escrito en latín, y lo que hoy se conoce con el nombre de Fuero Juzgo es una traducción en romance del Liber Indiciorum.

El origen concreto de ese código y el nombre de su autor han sido objeto de grandes discusiones, estando, sin embargo, todos de acuerdo en que intervinieron las diferentes entidades a que he hecho referencia.

Alcubilla, dice respecto al Fuero Juzgo: "Su origen coincide
" con los primeros momentos de la monarquía goda, porque en
" él se contienen las leyes sancionadas por Eurico y sus sucesores,
" pero no se compiló en definitiva hasta el Concilio XVI de To-
" ledo, reinando Flavio Egica, monarca de levantado pensamiento,
" que ordenó sistemáticamente la multitud de leyes que se halla-
" ban incluídas en las compilaciones de Eurico, Recesvinto y Er-
" vigio, descartando muchas que no se armonizaban con el es-

(1) Códigos antiguos de España. Tomo I, página 5.

"tado progresivo del derecho a la sazón, como inspiradas en "épocas de barbarie, o estaban derogadas ya y en contradicción "con otras que merecían, por su alteza y sabiduría, mayor aten-"ción y exclusiva preferencia. Y la colección que de él poseemos "es, indudablemente, la de esta época. El parecer de Ambrosio "Morales, robustecido por Lardizabal, si no irrecusable, es po-"deroso en este punto, y él afirma que en el citado Concilio de "Toledo se recopiló el libro del Fuero Juzgo *como agora le te-"nemos.*"

En materia de derecho penal, el Fuero Juzgo contenía una serie de disposiciones, todas las cuales no se encontraban agrupadas, sino distribuídas en sus diversas partes, lo que se explica si se tiene en cuenta que en ese tiempo las líneas de separación entre el derecho civil y el criminal no estaban bien establecidas (1).

Así, los delitos sexuales, adulterio, rapto y violación, se legislan en el libro III, el cual se ocupa del orden conyugal, de la familia y, como consecuencia, de los atentados contra la honestidad.

En los libros VI, VII, VIII y IX, se legisla sobre derecho penal, ocupándose, respectivamente, de los malfechos, penas y tormentos; de los furtos y engannos; de las fuerzas, dannos y quebrantamientos; y de los siervos foidos y de los que se tornan.

La pena era personal y afectaba sólo al que cometía el delito. La ley VIII del libro VI, título I, decía: "Todos los pecados "deven seguir á aquellos que los fazen. Assi que el padre non "sea penado por el fiio, ni el fiio por el padre, ni la mujer por "el marido, ni el marido por la mujer, ni el ermano por el ermano, "ni el vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non "sea penado; mas aquél sólo sea penado que fizier el pecado, y "el pecado muera con él; e sus fiios, ni sus erederos non sean "tenudos por ende."

Las penas desiguales, teniendo distinta clase e intensidad, según se tratase de siervos o de hombres libres y de delitos cometidos entre hombres de la misma o de distinta clase.

Eran crueles y se anticipaban, desde que el tormento era un recurso de procedimiento consagrado.

Las penas eran fijas y detalladas, no dando margen al juez para ejercitar su criterio. Entre otras muchas que podría citar, anoto las leyes I y III del título IV del libro VI, que dicen así:

(1) Un estudio muy completo del Fuero Juzgo puede encontrarse en el libro de José Muro, titulado: "Fuero Juzgo, compendiado y anotado".

"Si el omne libre fiere a otro omne libre en qual manera quier "en la cabeza, sil non sale sangre si es enchado, peche V sueldos; "sil ruempe el cuero, peche X sueldos; por colpe que entre fata "el huesso, XX sueldos; si quebrantar huesso, peche C sueldos. "E, si el omne libre esto fizier al siervo, peche la meatad de "quanto es dicho de suso. E si el siervo lo fizier al siervo, peche "la tercia parte de quanto es dicho de suso, e demás reciba C e "L axotes. E si el siervo lagar omne libre, peche tanto quanto "deve pechar el omne libre, que laga siervo ajeno. E si el sennor "no lo quisiere pechar, de el siervo por los livores."

La otra ley citada antes, dice:

"La muy grand sandez de muchos omnes es de vengar por "mayor pena: que mientra que cada uno teme seer penado por "lo que fizier, se guarde más de mal fazer. Onde establecemos "que cada un omne libre que tirar a otro por cabellos, o sennalar "en el rostro o en el cuerpo con correa o con palo, firiéndolo "o traéndolo villanamientre por fuerza, o ensuciándolo en lodo, o "lo tajare en algún lugar, o le legar por fuerza, o lo metiere en "la cárcel, o en alguna guarda, o lo mandare a otro prender o "legar; aqueste que esto fizo, deve recebir otra tal pena en su "cuerpo, cuemo él fizo, o mandó fazer, e develo castigar además "el juez assi que aquel quien fó ferido, o recibe el tuerto, si quisie-"re recibir emienda daquel que ie lo fizo quanto él asmare el lo "mal que recibió. Mas por palmada, o por pugnada, o por coz, "o por ferida de cabeza, non mandamos que este aya otra tal "pena como aquel que lo fizier: que por ventura si lo fiziese, "avirie maior danno e maior periglo. E si algún omne fizier "algunas destas cosas sin otra laga, por la palmada reciba X "palos: por punada o por coz reciba por emienda XX palos; he "por ferida de cabeza, si non oviere sangre, reciba por emienda "XXX palos. E si aquel quien fizo la desondra, provar que non "vino primeramientre por fazer muerte, nin laga; más por con-"tienda, que nasció después entre ellos, fué fecho aquel mal sin "su grado; por oio sacado peche C sueldos; e si por ventura "viere algún poco aquel que es firido en el oio, el que lo firió "peche una libra doro al firido. E si el que es firido en las "narizes, si pierde las narizes, el que lo firió deve pechar C "sueldos: e si las narizes son cortadas en alguna parte laydamientre, el juez le faga fazer emienda segund del que es el "laydamiento. E otrosi mandamos guardar del que es firido en

" los labros o en las orejas. E a quien fieren en las renes quel
" fazen corcobado pechen C sueldos por emienda. E quien taia
" mano, o por ferida faze que non pueda della fazer provecho,
" pechele C sueldos por emienda. A quien taiaren el pulgar deve
" aver L sueldos por emienda; por el otro seguiente dedo debe
" pechar XL sueldos por emienda; por el tercero debe pechar
" XXX sueldos; por el quarto XX sueldos; por el X. ss. Otro
" tanto deve pechar por los dedos de los piedes. Por cada un
" diente quebrantado deve pechar XII sueldos. A quien creban-
" taren pierna, ol fazen de la seer coxo, reciba una libra doro por
" emienda. E estas cosas dichas de suso deven seer guardadas
" entre los omnes libres. Mas si el siervo faze alguna cosa al ome
" libre de estas que son de suso dichas, o si lo deslaydare, deve seer
" metudo en poder del omne libre, que faga del lo que quisiere.
" Mas si el omne libre deslayda siervo ayeno, o lo fizier deslaydar,
" si el siervo era de vil guisa, peche X sueldos al sennor del
" siervo, e demás reciba ciento azotes. E si el omne libre taia al
" siervo alguno de los miembros o ie lo manda taiar, peche otro
" tal siervo al sennor del siervo, e demás reciba CC azotes. E si
" el omne franqueado faze alguna cosa dellas, que son de suso
" dichas al omne libre, porque non es egual con él, deve recebir
" otro tal en su cuerpo, cuemo él fizo, e demás recebir C azotes.
" E si el omne libre lo fiziere al franqueado, peche la tercia
" parte de quanto es de suso dicho, que deve pechare el omne
" libre. Si el siervo deslayda otro siervo, ol taiar miembro no lo
" sabiendo su sennor, reciba en su cuerpo otra tal qual fizo, e
" demás ciento azotes. Si el siervo prende omne libre, o lo ligar
" no lo sabiendo su sennor, reciba CC azotes; e si lo fiziere de
" voluntad de su sennor, el sennor peche por él otra tal pena, e
" los dammos que son contenudos en esta ley que deve pechar
" omne libre que fiere otro omne libre. El omne libre que pren-
" diere o ligare siervo aieno sin culpa, peche III sueldos al sen-
" nor del siervo. E si el siervo ligare otro siervo sin voluntat del sen-
" nor, reciba ciento azotes; é si lo fiziere de mandado de su sennor,
" el sennor peche III sueldos al sennor del otro siervo. E si el
" omne libre prende siervo aieno o lo tiene ligado por un día, o
" por una noche, o lo mandare tener a otro, por un día, peche III
" sueldos, e por la noche peche otros tres sueldos al sennor del
" siervo. E si lo tovo preso por muchos días sin culpa, por cada un
" día peche III sueldos al sennor del siervo, é por cada una noche

" otros tres. Y el omne libre que fiere siervo aieno con palo o con
" correa, o en otra manera por sanna, assi quel salga sangre, e
" quel faga sennal, por cada una ferida peche al sennor del siervo
" un sueldo; e si la ferida fuere grande, assi quel siervó muera
" ende, o que sea feble por ende el iuez debe asmar quanto deve
" pechar al sennor por tal damno. E si el siervo fiere a otro
" siervo, assi cuemo es de suso dicho, el iuez asme segund la laga
" et segund el mal quanto deve pechar al siervo o a su sennor
" por él: essi quel faga pechar la meyatat de quanto deve pechar
" omne libre, e demás reciba L azotes."

Campean en esa ley, como puede verse, el talión, las penas fijas llevadas a las mayores exageraciones; las desigualdades, derivadas de diferencias personales, y la crueldad.

Entre las penas consagradas en el sistema de aquel código, se contaban la de muerte, cegamiento, reclusión en un monasterio, azotes, confiscación, composición en dinero, descalvación, infamia, destierro, inhabilitación y multa.

La pena de muerte no tenía formas especiales de ejecución, excepto cuando se prescribía la hoguera. Se permitía, en determinados casos, la entrega del condenado a la víctima o al damnificado, para que éste la aplicase como lo creyera oportuno. El perjudicado podía entonces convertir en esclavo suyo al delincuente.

La composición, que es un recuerdo del derecho germano, se traducía en el pago de una suma a favor del ofendido o de su familia, a cambio del delito.

Las penas tenían por objeto intimidar y prevenir. La ley II del título I, libro VI, decía: "Si las cosas criminales non fueren " meioradas por algún recabdo, la maldade de los pecadores non " será refrenada." La ley VII del título III, libro III, expresaba: "Constrastar devemos a los malos que non puedan más mal fazer."

*

* *

8. Las leyes de Toro.—Las leyes de Toro, que se mantienen en la parte no derogada por la Nueva Recopilación, lo mismo que las otras de que nos hemos ocupado, no constituyen un código. Se trata de ochenta y tres leyes que se ordenaron bajo el reinado de los reyes católicos en las cortes de Toledo de 1502, y que

tuvieron por objeto poner término a la contradictoria inteligencia que se daba a las leyes del Fuero Real, Partidas y Ordenamientos, lo mismo que para suplir en algunos litigios la falta de un texto legal.

Los preceptos de derecho penal eran contados en ese conjunto, y se referían a adulterio, falso testimonio y prisión por deudas, declarando que ésta no se aplicaba a las mujeres. (Ley LXII). A éstas tampoco se les obligaba a pagar con sus bienes los delitos del marido. (Ley LXXVII).

*
* *

9. Las leyes de Indias.—Las leyes de Indias traen pocas disposiciones sobre derecho penal. Como enunciado más que como criterio directivo, desde que tiene poca aplicación, se dice en la ley XXV del libro VI, título IV, que el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos que en castigarlos después de cometidos.

El título II del libro VII legisla sobre los juegos y los jugadores, y el título IV se ocupa de los vagabundos y gitanos. Las penas son el trabajo y el destierro.

*
* *

10. Las penas arbitrarias durante la Colonia.—Tanto el procedimiento como la penalidad tuvieron aplicaciones arbitrarias en el régimen colonial. Los gobernadores solían imponer penas sin reparar en nada. Así, en 1598, Hernán Arias promulgó un bando contra los que se embriagaban y emborrachaban bebiendo vino demasiado dañosamente, haciendo juntas y corrillos en algunas casas de la ciudad y chacras, y que lo tienen de costumbre. El bando los condena a destierro perpetuo, y al que hallaren ebrio en la calle, que lo suban en un caballo flaco, las manos atadas y los pies asimismo atados, y de la cintura para arriba desnudo y dé doscientos azotes por las calles públicas de esta ciudad con voz de pregonero, manifestando su deshonra para que sea pública su

infamia. El teniente gobernador Meléndez decretó las penas de azotes y multas contra los indios, negros, mulatos y gente baja, que hurtaban a sus patrones carneros, tocinos, puercos y otros mantenimientos, y los venden ocultamente en las pulperías y otras casas. El gobernador Dávila estableció la pena de muerte contra los cuatreros, y Negrón contra los que ocultan a los extranjeros (1).

El gobernador Agustín de Robles, el 5 de septiembre de 1699, hizo saber a los habitantes de Buenos Aires, ante el anuncio de que habían fugado dos jesuítas detenidos en un convento, que nadie debía ayudar y fomentar esa fuga, incurriendo quienes los encubriesen en sus casas, estancias o chacras, o les dieren cabalgaduras, o los sacaren de la ciudad y los llevaren a otra parte, en la pena de destierro perpetuo y pérdida de todos sus bienes, aplicados la mitad al rey y la otra mitad al denunciante. Si se tratare de un militar, la pena sería de destierro a la guardia de San Juan, pérdida de todos los sueldos que tuviere devengados y de todos los honores de su grado, y si fuere forastero, tres años de servicio en la dicha guardia de San Juan y pérdida de todos sus bienes. Si fuere mulato, indio o negro, la pena sería de doscientos azotes en las calles públicas y cuatro años de servicio como galeote en las embarcaciones de Su Majestad, con un grillete al pie. Las penas se ejecutarían inviolablemente en cuanto se tenga noticia de haberse faltado a la ejecución de la orden.

El gobernador mandaba, por fin, se pregonase el bando para conocimiento de todos.

Basta ese ejemplo para mostrar la arbitrariedad dominante y la desigualdad de las penas según las personas (2).

El virrey Vértiz dictó una serie de disposiciones penales consignadas en el tomo I de la obra "Documentos para la Historia del Virreynato del Río de la Plata", publicada por la sección de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras.

Un bando de fecha 20 de septiembre de 1770, castigaba a los que usaren armas prohibidas. Si se trataba de español o persona que gozare el privilegio de tal, de ser desterrado a Malvinas o las obras del Rey San Felipe, de Montevideo, a ración y sin sueldo por el término de seis años. Y si fuese negro, mulato o persona

(1) Juan Agustín García.—La ciudad indiana, página 209. — El doctor Peco hace también esta cita.

(2) Tomás Jofré.—Bandos instruídos, páginas 3 y 4.

que no goce del referido privilegio, doscientos azotes por las calles públicas de dicha ciudad y tres años de destierro a dichos presidios.

El bando es muy extenso y contiene una serie de disposiciones tendientes a asegurar el orden público.

Otros bandos fijan diferentes penas por delitos como los siguientes: no cerrar las puertas de su casa de negocio durante la misa y rogativas a San Martín para conjurar la sequía; comprar o sacar sebo y grasa de la Capital para otras provincias; extraer cueros, penándose a los que violaren la prohibición con decomiso "y las demás penas pecuniarias y corporales que sean convenientes"; componer, escribir, trasladar, distribuir y expender pasquines, sátiras, versos, manifiestos y otros papeles sediciosos o injuriosos, etc.

Entre los bandos de la publicación aludida, hay uno dictado por el teniente del rey, don Diego Salas, el 4 de septiembre de 1777, ordenando que todas las personas capaces de tomar las armas concurran a defenderse contra las invasiones de los indios, bajo pena de seis años de presidio y confiscación de bienes.

*

* *

11. La Novísima Recopilación. — La Novísima Recopilación, formada por don Juan de Larreguera y Valdelomar en 1798, fué promulgada en 1806 por el rey don Carlos IV y constituye una ampliación de la Nueva Recopilación, que se aumentó con las leyes posteriores.

Ese código no fué comunicado a la audiencia de Buenos Aires, de manera que no rigió entre nosotros como institución de la Colonia.

*

* *

12. El derecho penal durante los primeros gobiernos patrios.— Los primeros gobiernos patrios, en presencia del problema de la guerra que era el primordial, no podían ocuparse de pensar en la independencia legislativa. Ante todo era preciso resolver el problema político. De aquí que la Nueva Recopilación, las leyes de Partida, el Fuero Juzgo y las cédulas reales continuaran aplicándose por los tribunales, no sólo en el orden penal, sino en el civil y en el procesal.

No obstante eso, y a causa de necesidades del momento, se dictaron algunas disposiciones de carácter represivo, que constituyen antecedentes de nuestro derecho penal.

*

* *

13. Resolución sobre duelos.—La primera de esas disposiciones está fechada el 4 de julio de 1810. Con motivo de un duelo realizado entre dos comerciantes ingleses, el presidente de la Junta, don Cornelio de Saavedra, dirigió al Comandante de Su Majestad Británica en el Río de la Plata, una nota concebida en los siguientes términos:

"Dos comerciantes ingleses residentes en esta ciudad, han "sostenido ayer un desafío público a tiro de pistola, en desagravio "de resentimientos privados que mediaron entre ambos. El "pueblo se ha escandalizado justamente a vista de un duelo que "proscriben nuestra religión, nuestras leyes y nuestras costum-"bres, y si semejantes excesos se repitiesen con impunidad, la "fuerza del mal ejemplo arrastraría a muchos jóvenes incautos, "y veríamos introducido un uso que ataca el orden público de "estas provincias. En precaución de tan funestas consecuencias, "ha acordado la Junta se pase oficio a V. S. para que se sirva "intimar a los oficiales y comerciantes ingleses residentes en esta "ciudad, que las leyes del país proscriben los desafíos, y que ni "puede quedar impune la persona que los cometa, ni es compa-"tible con el honor de los extranjeros que residen en estos países, "cometer un acto prohibido por las leyes y que horroriza a sus "habitantes."

La respuesta del comandante inglés, decía así:

"He recibido el oficio que V. E. se sirvió dirigirme con fecha "4 del corriente, indicando su disgusto por un desafío que ocurrió "entre dos comerciantes ingleses residentes en Buenos Aires, "bajo la protección del gobierno de este país; e insinuando el "deseo que tiene la Junta de que haga entender a todos los

" ingleses que se hallan en ésta, que a la repetición de semejante " acontecimiento se seguirá el castigo de los delincuentes conforme " a las leyes del país.

" En contestación a ello, debo hacer presente a V. E., que es " muy doloroso que haya ocurrido semejante lance entre algunos " de mis paisanos residentes en Buenos Aires, y que dirigiré copia " del oficio de V. E. al comité de los comerciantes ingleses, para " que los sentimientos del gobierno lleguen a noticia de todos los " interesados, aun pasándola con un manifiesto en que les hará " entender que la repetición de semejante acto, que es tan con- " trario a la religión y a las leyes de la Gran Bretaña, como a las " de este país, no hallará apoyo o protección en los oficiales de " S. M. B., y sí todo lo contrario en cuanto les sea dado tomar " parte en ello." (1).

La Junta procedió en la forma en que lo hizo, teniendo en cuenta lo establecido por las leyes de Partidas, que reglamentaban el duelo, y de acuerdo con el sentimiento a que alude el mismo bando. La situación del momento explica la notificación al jefe británico más bien que el procedimiento ante los jueces.

* * *

14. Bando del 21 de julio de 1810, con medidas extraordinarias. —La segunda de esas medidas, que a pesar de su carácter político es netamente represiva, se toma el 21 de julio de 1810, y la suscriben Belgrano, Azcuénaga, Alberti, Matheu, Larrea y Moreno, este último como secretario.

El bando que se publicó el 1.° de agosto, según constancia contenida en el mismo, dice:

" Por cuanto la moderación y la templanza no producen " fruto alguno y son repetidos los desengaños de esta Junta " gubernativa, que ve convertidas, en desprecio de las leyes, las " medidas suaves con que ha procurado reducir a los díscolos a " su deber, y que algunos hombres que deberían avergonzarse de " su origen y sus principios, han huído asombrados de sus mismos " delitos, y para hallar protección de nuestros hermanos de la

(1) David Peña.—Historia de las leyes de la Nación Argentina. Tomo I, pág. 543.

" Banda Oriental, fingen saqueos y desastres que, aunque quedan " desmentidos a los dos días, logran intimidar en el momento y " arrancar un favor a que no son acreedores.

" Por tanto, para contener estos males, ha resuelto esta supe- " rioridad hacer las siguientes prevenciones, en cuya ejecución " será inexorable. Primera: A todo individuo que se ausente de " esta ciudad sin licencia del gobierno, le serán confiscados sus " bienes sin necesidad de otro proceso que la constancia de su " salida. Segunda: Todo patrón de buque que conduzca pasajeros " sin licencia del gobierno, irá a la cadena por cuatro años y el " barco quedará confiscado. Tercera: Toda persona a quien se en- " cuentre armas del rey contra los bandos en que se ha ordenado " su entrega, será castigada con todo género de penas, sin excep- " tuar el último suplicio, según las circunstancias. Cuarta: Todo " el que vierta especies contra europeos o contra patricios, fo- " mentando división, será castigado con las penas que establecen " las leyes contra la sedición. Quinta: Todo aquel a quien se " sorprendiere correspondencia con individuos de otros pueblos, " sembrando divisiones, desconfianzas o partidas contra el actual " gobierno, será arcabuceado, sin otro proceso que el esclareci- " miento sumario del hecho. Y a fin de que las preinsertas pre- " venciones lleguen a noticia de todos los vecinos estantes y " habitantes de esta capital, y que por ninguno pueda alegarse " ignorancia, se publicarán en ella por bando en la forma ordina- " ria, fijándose ejemplares en los parajes de estilo e imprimiéndose " para su mayor notoriedad." (1).

La Junta usa en esa resolución, por primera vez, de facultades extraordinarias. Ante el peligro de la causa de la independencia nacional, se reprimen con penas tan graves como la muerte, la cadena y la confiscación, a los que la contrarían en la forma establecida. El momento no era, es cierto, para contemplaciones ni debilidades.

Puede notarse que, a semejanza de lo que ocurría con las leyes antiguas, cuya influencia gravitaba a pesar de ser aquéllas españolas y tratar el bando de asegurar la causa de los que luchaban contra España, se consignaban consideraciones y fundamentos dentro del mismo cuerpo represivo.

(1) David Peña.—Obra citada. Tomo II, página 495.

*
* *

15. Penas contra los ladrones establecidas por el Triunvirato. —El Triunvirato, compuesto de Chiclana, Sarratea y Paso, con fecha 4 de octubre de 1811, dictó como gobierno ejecutivo, y a nombre de Su Majestad don Fernando VII, un bando que contenía penas extraordinarias para los ladrones. La parte dispositiva decía:

"Todo el que perpetrase algún robo calificado, esto es, " violentando alguna persona, horadando o escalando alguna casa, " frangiendo o falseando puertas, sea de la cantidad que fuese, en " moneda o especie, será condenado a muerte de horca; todo el que " cometiese un robo simple, esto es, que no combine cualquiera de " las circunstancias expresadas, llegando a la cantidad de cien pe- " sos, en moneda o especie, será afecto a la misma pena; y no lle- " gando a dicha cantidad se le aplicará la de diez años de presidio, " en el trabajo de las obras públicas. Debiéndose entender que, " esta sanción, tendrá un cabal y pronto efecto, con derogación " de todo fuero, privilegio, clase o excepción; que comprende to- " do el distrito de doce leguas en contorno de esta capital; que " la observancia de esta disposición en todas sus partes se la re- " servará este gobierno por caso especial, con exclusión de toda " otra justicia o autoridad; y que todos los reos que en ella se " comprenden, serán juzgados militarmente, y sentenciados por " este gobierno o por especial comisión suya; y se previene que, " toda causa referente a la naturaleza expresada, deberá concluir- " se y fenecerse a la justicia ordinaria todo el que resulte conde- " nado."

Como puede observarse, se introducía una innovación democrática al derogarse fueros y privilegios, suprimiendo las odiosas desigualdades del derecho antiguo.

El bando se apoyaba en preceptos de la Novísima Recopilación, los que se modificaban teniendo en cuenta las circunstancias de la Capital y la situación extraordinaria porque se pasaba. Por lo demás, y de acuerdo con las modalidades de la época y los viejos precedentes, se colocaba una introducción solemne con las invocaciones siguientes:

"Todos los delitos, así como las virtudes, tienen por desgracia " sus épocas. Y si no hay nación que haya llegado a acabar el

" sistema de sus sanciones penales, no ha habido ninguna que no " estableciese remedios extraordinarios para cortar el extremo de " los vicios, que, a la vez, llegan a poner en general contraste la " seguridad pública. Este gobierno, desde el primer acto de su " autoridad, no se ha visto urgido con más vehemencia por mal " alguno que por el hurto, que, desgraciadamente, ha grasado en " esta capital. La propiedad individual y la seguridad pública son " los dos principios que incitan en el presente caso."

*
* *

16. Bando sobre el empeño de prendas del vestuario de los soldados.—El 6 de noviembre del año 1811, se fijaron penas para los que comprasen o recibiesen a empeño vestuario de los soldados. El edicto expresaba que siendo repetidos los excesos que se advierten en las pulperías y otras casas de abasto, relativos a comprar y recibir empeñadas las prendas de vestuario de soldados de la guarnición, sin que hayan bastado a contenerlos las ordenanzas expedidas sobre el particular, y a fin de hacer cesar el perjudicial abuso, se hace saber al pulpero que motiva la denuncia, que en caso de recibir en compra o empeño alguna prenda de la gente de tropa, se le exigirán doscientos pesos de multa y se le privará de tener casa de trato, condenándolo por esa vez, y por equidad, a cien pesos de multa.

La resolución era circunstancial; se refería a un sujeto, fijaba pena después de cometido el hecho y advertía que se aplicaría una mayor en caso de reincidencia.

*
* *

17. Aplicación del bando sobre robos.—El bando sobre robos tiene aplicación en una causa que se manda publicar expresamente en la Gaceta, precedida de las siguientes consideraciones:

"Las leyes más sabias—decía ese diario oficial,—las cons- " tituciones más útiles, han sido casi siempre quebrantadas por los " malvados, si no hay autoridad que impela al cumplimiento de

" ellas. Como el efecto saludable de las leyes resulta de su obser-
" vancia, el gobierno, en ejercicio de su deber, publicó el bando
" de 4 de octubre, con la firme resolución de aplicar el rigor de
" la ley a los que la infrigiesen; con efecto, al primero que tuvo
" la desgracia de incurrir en un hurto, decretó lo siguiente." En seguida se transcribía la sentencia dictada por el Triunvirato, haciendo efectiva la severa penalidad establecida.

*
* *

18. Bando de abril de 1812 sobre robos y asesinatos.—En abril de 1812 se dicta un decreto que lleva las firmas de Sarratea y Rivadavia, el cual, " considerando comprometida la tranquilidad
" y el orden públicos en la escandalosa multitud de robos y ase-
" sinatos que a todas horas y diariamente se cometen en esta
" ciudad y sus extramuros, por partidas grandes de ladrones, cuyo
" desorden procede sin duda del retardo en la sustanciación de
" las causas y castigo oportuno de tan detestables delincuentes", resolvía designar una comisión compuesta de tres personas, para que conociendo de toda causa de robo la sustanciara sumaria y rápidamente con el objeto de escarmentar a los facinerosos. La comisión se dió un reglamento que fué aprobado por la autoridad ejecutiva y el cual extremaba las medidas sumarias, estableciendo que la sentencia, después de un brevísimo proceso, se ejecutara sin apelación alguna.

Estas disposiciones que recuerda Rivarola, se refieren más bien al derecho procesal, pero complementan el bando anterior sobre penalidad especial de los ladrones (1).

*
* *

19. Disposiciones acerca del juego, armas prohibidas y duelo.—El 11 de marzo de 1812 se dicta un bando que castiga el juego y el uso de armas prohibidas, condenando a seis años de presidio a quien las sacare o hiciere conato de sacarlas.

(1) Orígenes y evolución del Derecho Penal Argentino, páginas 8 y 9.

El director Posadas, en 30 de diciembre de 1814, y ante la impresión producida por el duelo que tuvo lugar entre el coronel Mackenna y don Luis Carrera (1), tomó una resolución severa contra ese delito. En la misma decía que se dictaba " a consecuen-
" cia de haberse experimentado en esta capital un suceso de esta
" clase. Vengo en renovar, para contener tales excesos y adop-
" tando la práctica que está establecida por las naciones civiliza-
" das, todas las penas que están fulminadas contra los desafíos,
" declarando que en adelante serán tratados con todo rigor los
" que salgan a ellos, y se les aplicará irremisiblemente la pena de
" muerte, como igualmente a los que concurran a ellos en clase
" de padrinos."

Las disposiciones dictadas eran de carácter circunstancial, no habiéndose intentado la redacción de un cuerpo completo. En todos los tribunales del país se seguían aplicando las leyes españolas, las que eran, para la misma metrópoli, organismos vetustos, no solamente porque la Novísima Recopilación había reemplazado a la Nueva, sino porque, siguiéndose el camino trazado en casi todos los países de Europa, se habían dividido las materias y dictado los códigos. El penal se puso en vigor en España el año 1822, siendo objeto de reformas importantes en 1850 y 1870, época esta última en que todavía nosotros continuábamos con la legislación vigente en los tiempos de la Colonia.

*
* *

20. Otras disposiciones penales tomadas por los gobiernos patrios.—Las disposiciones antes recordadas son las que se citan uniformemente por los pocos autores argentinos que se han ocupado de investigar los orígenes de nuestra legislación penal. Ellas no son, sin embargo, las únicas existentes.

Durante los primeros tiempos de nuestra organización política y antes de la era constitucional, los diferentes gobiernos patrios dictaron distintas resoluciones, que forman antecedentes interesantísimos para nuestro derecho. Existen preceptos fundamentales en todos los órdenes de las actividades jurídicas, y en materia cons-

(1) V. F. López.—Historia Argentina. Tomo VI, página 521.

titucional, sobre todo, las disposiciones dictadas tienen características tan acertadas como civilizadoras.

Muchos de esos preceptos pertenecen a los gobiernos locales de la provincia de Buenos Aires, teniendo algunos alcance general y refiriéndose otros al Estado particular o a la ciudad. Mi propósito no es el de hacer un estudio especial de todas esas disposiciones, porque eso obligaría a extenderse demasiado, quedando cumplido el objeto de esta reseña con anotar a grandes rasgos los antecedentes históricos (1).

El 18 de julio de 1812, por decreto que firman Chiclana, Pueyrredón y Rivadavia, se prohibe la compra de armas y de prendas de uniforme de los regimientos de la patria. Las penas, si se tratare de patricios, son las mismas establecidas en los bandos anteriores, y si los autores del delito fueren españoles europeos, será la de muerte, la que se ejecutará dentro de las 24 horas de la aprehensión. El bando va precedido de consideraciones explicativas (2).

La Asamblea General de 1813, por resolución de 23 de marzo, que firman el presidente doctor Tomás Valle y el secretario don Hipólito Vieytes, ordenó que todo soldado de la patria que desertase de sus banderas en cualquier punto que se halle, perteneciendo al territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata, será pasado por las armas (3).

El bando a que se refiere la resolución de la Asamblea es el dictado el 24 de noviembre de 1812, según el cual se ofrecen 30 pesos al que entregue un desertor y 20 al que lo denuncie, pagaderos después de aprehendido; agregando el artículo 2.° siguiente: "Que al que recepte, abrigue u oculte algún desertor, "sin dar cuenta o aviso al comandante militar, juez o comisio- "nado más inmediato, se le impondrá irremisiblemente la pena "de dos años de servicio en las líneas, y siendo persona impedida "de hacerlo por ancianidad o por otra cualquiera causa, será "multada en sus bienes al arbitrio de este gobierno, según su "posibilidad y fortuna; en defecto de bienes será destinada a "presidio por seis meses, siendo varón, y si es mujer pudiente,

(1) El doctor Eusebio Gómez, en su obra "Criminología Argentina", trae la lista de muchas de las disposiciones penales tomadas por los gobiernos patrios. Los documentos se encuentran publicados en la Recopilación de Leyes y decretos promulgados en la provincia de Buenos Aires por el doctor Aurelio Prado y Rojas.

(2) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo I, página 56.

(3) Idem. Tomo I, páginas 78 y 183.

"se le castigará con pena pecuniaria arbitraria, y no siéndolo será "reclusa a trabajo personal por seis meses."

Por decreto de 3 de abril de 1812, el Triunvirato establece penas para los corsarios enemigos a quienes se tomase saqueando las habitaciones de los ribereños. La resolución empieza diciendo que la experiencia ha acreditado en la guerra pasada con Montevideo y en la presente, que el gobierno de aquella plaza, a pretexto de permitir el corso autoriza la piratería de sus súbditos sobre las costas de nuestro río, habiendo muchos atentados, reducido a la indigencia a una porción crecida de familias patricias y beneméritas, y deseando evitar ese abuso tan perjudicial a los intereses del país, se ordena: que todo corsario armado que se aprehenda haciendo el robo sobre nuestras costas sea tratado como pirata, lo mismo que los individuos de las tripulaciones y los de cualquier barco armado que se hallen robando en tierra. Sin otra justificación que el hecho de ser aprehendidos deben ser fusilados dentro de dos horas perentorias, por las justicias o comandancias más inmediatas al lugar de la aprehensión (1).

Por decreto de 18 de septiembre de 1812, y a consecuencia de la consulta hecha por la comisión de denuncias sobre si debía proceder al embargo de los bienes de los ejecutados que hayan dejado herederos en el país, se resolvió declarar libres los bienes de todos los reos que tuvieren hijos y los que por ley correspondan a las viudas. Ese decreto suprimió en parte la confiscación (2).

El director supremo, Don Carlos de Alvear, en 28 de marzo de 1815 dictó un decreto por el cual se establecía:

"Art. 1.°—Los españoles, sin excepción alguna, que de "palabra o por escrito, directa o indirectamente ataquen el siste- "ma de libertad e independencia que han adoptado estas provin- "cias, serán pasados por las armas dentro de 24 horas; y si algún "americano (lo que no es de esperar), incurriese en semejante "delito, sufrirá la misma pena.

"Art. 2.°—Todo individuo, sin excepción alguna, que invente "o divulgue maliciosamente especies alarmantes contra el gobier- "no constituído, y capaces de producir la desconfianza pública, "el odio o la insubordinación de los ciudadanos, será castigado "con las penas que fulminan las LL. 1.ª y 2.ª, tít. 18, libro 8 de "la Recopilación de Castilla, y en el caso de que de resultas de

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo I, página 129.

(2) Idem. Página 146.

" dichas especies acaeciese algún movimiento que comprometa el
" orden público, sufrirá la pena de muerte.

" Art. 3.º—Todo individuo, sin excepción alguna, que directa
" o indirectamente trate de seducir a los soldados o promueva la
" deserción de los ejércitos de la patria, será pasado por las armas,
" dentro de veinte y cuatro horas.

" Art. 4.º—Todos los que sepan que se prepara una conspira-
" ción contra la autoridad constituída, de un modo indudable, es-
" tán obligados a denunciarla bajo la pena de ser reputados como
" consentidores y cómplices del mismo crimen; pero en caso de
" que sólo sean sospechas graves las que se tengan de semejante
" atentado, al honor y al celo de todo buen ciudadano corresponde
" dar avisos oportunos a la comisión, para que tome las medidas
" precaucionales que juzgue convenir.

" Art. 5.º—Una comisión especial juzgará de estos delitos pri-
" vativa y militarmente, conforme al reglamento que se le dará
" en oportunidad.

" Art. 6.º—Los reos de los delitos de que trata este de-
" creto que se aprehendan en los pueblos de la jurisdicción del
" gobierno, se remitirán inmediatamente a esta Capital con sus
" respectivos procesos, para que sean juzgados por la comisión.

" Art. 7.º—El presente decreto se circulará por mis secreta-
" rios de Estado a todas las autoridades de la dependencia de
" sus departamentos; se leerá a todos los cuerpos del ejército en
" la orden del día; se publicará por bando en todos los pueblos
" y se insertará en la Gaceta del Gobierno, dando cuenta opor-
" tunamente a la Soberana Asamblea General." (1).

El decreto iba precedido de considerandos, en los cuales se aludía a los hombres perversos que perturbaban la opinión pública con especies falsas, a la condescendencia con que se les había tratado antes y a la necesidad de la defensa común.

El gobernador intendente de la provincia de Buenos Aires, con fecha 30 de agosto de 1813, dictó un bando sobre policía de campaña, que contiene una serie de disposiciones sobre vagancia (2).

El director Pueyrredón, con fecha 19 de agosto de 1816, dictó un bando, en el cual dice que no habiendo obtenido los resultados que fueron el objeto de las providencias reiteradas del gobierno

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo I, página 802.
(2) Idem. Página 812.

para contener y desarraigar los juegos perjudiciales que con tanto escándalo se sostienen en la ciudad con detrimento de la moralidad pública, de la tranquilidad y reposo de las familias y de la seguridad de las fortunas particulares, y deseando vivamente ocurrir al exterminio de este pernicioso principio de tantos excesos y vicios por el cual se degradan los ciudadanos hasta perder el honor y manchar el brillo de sus peculiares carreras, confundiéndose con las gentes perdidas, ha venido en declarar los puntos siguientes, sobre cuya observancia será inflexible el gobierno. A renglón seguido se contienen los artículos y se fijan las penalidades, las que son desiguales, siguiendo las características jurídicas del momento. Así, si los particulares que se encontrasen jugando fueren pudientes, la pena aplicable es la de multa, y si no lo fueren la de servicio en el ejército. A los jugadores profesionales se les destinará al ejército, y a los militares se les reprenderá seriamente y se tendrá presente lo ocurrido a los efectos del ascenso. También se les aplicará arresto y privación de empleo (1).

Con fecha 23 de septiembre de 1817, el mismo director Pueyrredón dicta un decreto, mandando publicar varios artículos del Novísimo Reglamento del Resguardo, por el cual se castiga "el horrendo crimen del contrabando". El decreto va precedido de las consideraciones usuales y aplica penas de decomiso, multa y presidio (2).

El brigadier Rondeau, en julio de 1818, en su carácter de gobernador intendente de la provincia de Buenos Aires, dicta un extenso bando sobre policía, el que contiene una serie de disposiciones que castigan diversas faltas. Dicho bando tiene 48 artículos (3).

El bando del 14 de marzo de 1820, suscrito por Sarratea, contiene medidas extraordinarias de carácter policial, debidas a circunstancias especiales. El gobernador encabeza su documento diciendo:

" Por cuanto algunos hombres desenfrenados, de los que tenían
" seducidos los facciosos de la administración depuesta, para come-
" ter excesos en las personas y los bienes de los ciudadanos, aun
" insisten en perturbar el sosiego público con desórdenes y alar-
" mas que tienen conmovida la ciudad: Por tanto, y a fin de poner

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo I, página 842.
(2) Idem. Página 411.
(3) Idem. Página 445.

" término a tales males, y dar el más fuerte comprobante de mi celo " por la conservación de la pública tranquilidad, he venido en " decretar en este día, y hacer se publiquen por bando, las subse- " cuentes providencias." (1).

Entre otras cosas, decía la parte dispositiva que todo el que fuere aprehendido robando, o con prenda de cualquier valor que fuera, será fusilado en el instante y colgado. Todo el que hiriere o matare por embriaguez o deliberadamente, será fusilado y ahorcado, previo un corto sumario verbal.

El bando contenía también medidas relacionadas con la vigilancia policial y con delitos de los militares. Las disposiciones más heterogéneas se agrupaban, con los propósitos a que aludían las palabras previas del decreto.

El 26 de septiembre de 1820 la Junta de Representantes dictó un bando de orden público, que tenía por objeto poner fin a las alteraciones y a la anarquía, principio al orden, reconocimiento, obediencia y respeto a la autoridad representativa y a sus determinaciones (2).

Las penas, que llegaban hasta la de muerte, se referían a la insurrección, perturbación del orden público o atentados contra la autoridad. Lo interesante del decreto es su carácter igualitario, porque se establece en el mismo que no hay clase ni persona residente en el territorio de la Provincia, exenta de su observancia y comprensión, no pudiendo excusarse su infracción por ninguna causa.

Prado y Rojas, siguiendo su orden cronológico, reproduce un nuevo reglamento de policía que ha tomado de la recopilación de Angelis y dictado el 16 de febrero de 1821. Ese reglamento se refiere a faltas y deja subsistentes los anteriores (3).

La ley de 27 de noviembre de 1821, dictada bajo el gobierno de don Martín Rodríguez, prohibió el uso de armas y señaló penas correccionales para el empleo de las mismas y para las lesiones leves (4).

Por decreto de 19 de abril de 1822, firmado por el gobernador Rodríguez y su ministro don Bernardino Rivadavia, se dictó un decreto contra la vagancia. La pena impuesta a los vagos era

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo II, página 77.
(2) Idem. Tomo II, página 95.
(3) Idem. Tomo II, página 201.
(4) Idem. Tomo II, página 53.

la de servicio militar y, en su defecto, la de trabajos públicos (1).

El decreto iba precedido de los considerandos usuales, en los siguientes términos:

" La clase de vagabundos que, por desgracia, no es en el país " de las inferiores en número, es tan perjudicial para sí, como lo es " para la misma sociedad, a cuyas expensas vive. Ella es, a la vez, " una clase improductiva, gravosa, nociva a la moral pública e in- " ductora de inquietudes en el orden social. Bajo este aspecto ver- " dadero, los vagabundos vienen a ser un obstáculo real a los ade- " lantamientos del país y una causa que impide o retarda el com- " plemento de la reforma general que se ha iniciado y cuyos bienes " empiezan a hacerse sensibles. Es, pues, de necesidad a un mismo " tiempo, destruir cuanto pueda embarazarlo y edificar cuanto de- " mande su mejora, y tales son los motivos que han impelido al " gobierno a acordar y decretar los artículos siguientes."

Otro decreto del mismo gobierno, y de fecha 11 de junio de 1822, contenía penas para los ebrios, dándole una gran importancia a la reincidencia (2).

Por decreto de 18 de marzo de 1823, el ministro Rivadavia hace saber que el gobierno ha acordado que los individuos infractores de la ley 27 de noviembre de 1821, sobre uso de armas, serán destinados al servicio militar en los regimientos de caballería de línea o a las obras públicas, siempre que no tengan alguna otra causa infamante (3).

El Fuero Personal, tanto en las causas civiles como criminales, queda abolido por ley de 5 de julio de 1823, dictada por la Junta de Representantes de la Provincia (4).

El decreto de 8 de julio de 1823, pone en ejecución la ley y trae un prefacio sobre el alcance de la misma, en el cual se dice:

" Una de las primeras consecuencias y uno de los más va- " luables intereses de los gobiernos personales, es el arreglar los " ramos de la Administración Pública, no por la naturaleza del " servicio que cada uno deba rendir, sino por la importancia que " les conviene dar a las personas que en ellos se emplean. Los " gobiernos representativos, por el contrario, como su base, su

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo II, página 296.
(2) Idem. Tomo II, página 311.
(3) Idem. Tomo II, página 393.
(4) Idem. Tomo II, página 408.

" seguridad y todos sus intereses están en la perfección social, " tienen por una de sus primeras atribuciones el no reconocer más " diferencia de jurisdicciones que las que exige la naturaleza de " los distintos servicios públicos y de los mismos que se sujetan " a juicio y el grado de perfección a que un país ha llegado en " este arreglo, es el que establece y marca la igualdad que los " ciudadanos de él han adquirido ante la ley. Este el bien que " ha de producir, y aquéllos los principios que fundan la ley de " 5 de julio, por la que queda abolido todo fuero personal.

"Entre los muchos males con que los llamados fueros, o más " propiamente las jurisdicciones de privilegio, han afligido a los " pueblos retardando su civilización y hecho de la legislación un " caos, resalta ciertamente el haber confundido la Administración " de Justicia con las exenciones civiles, y lo que más es, con las " consideraciones sociales. Ni a unas ni a otras toca la ley pre- " citada, porque los representantes que han tenido la ilustración " y la moral bastante para sancionarla, han procedido con el co- " nocimiento de que si era indispensable y exigente el establecer " el principio que debe reglar la diferencia de jurisdicciones, co- " mo que es la primera base de la legislación y de la magistratu- " ra, era, al mismo tiempo, inoportuno el intentar arreglo alguno " de las exenciones civiles y consideraciones sociales, los que por " lo común son el producto de servicios o sucesos que dominan " toda regla y sólo la reciben de la ilustración, de la moral y de " la industria." (1).

La ley de 17 de diciembre de 1823 dispuso que se destinase al ejército permanente los individuos comprendidos en las siguientes clasificaciones:

1.°—Todos los ociosos sin ocupación en la labranza u otro ejercicio útil.

2.°—Los que en días de labor, y con frecuencia, se encuentran en casas de juego, tabernas, carreras y diversiones de igual clase.

3.°—Los hijos de familia substraídos de la obediencia de sus padres.

4.°—Los que por uso de cuchillo, arma blanca y heridas leves, son destinados por la ley a presidio (2).

La Junta de Representantes, por ley de 15 de noviembre de 1824, declaró acto de piratería la trata de negros en la costa de

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo II, página 409.
(2) Idem. Tomo II, página 447.

Africa, y declaró que los ciudadanos de Buenos Aires, que después de la publicación de la ley se ocuparen de aquella trata, serían castigados como piratas (1).

Para contener y escarmentar a los ladrones de ganado, el gobierno del general Las Heras creó, por decreto del 19 de enero de 1825, tribunales especiales (2).

El 15 de abril de 1826, el presidente Rivadavia, por decreto, considerando cuanto importa perseguir en el país el vicio funesto del juego, declara restablecidas las disposiciones que prohiben los juegos de azar y fijan las penas que deben sufrir los contraventores (3).

*
* *

21. Disposiciones penales dictadas por Rosas.—Un decreto de Rosas de 5 de enero de 1830, para "reprimir el abuso del cuchillo, " que a pesar de las medidas de policía ha causado desgracias " deplorables, y con el objeto de aumentar las mejores garantías " a la seguridad de los habitantes de la Capital", establece procedimientos especiales para los autores de delitos contra la vida, y penas también especiales. Los autores de heridas serán castigados con cien azotes y cuatro años de presidio, y los de homicidio con alevosía o premeditación con la pena de muerte (4).

Otro decreto del 7 de enero del mismo año 1830, castiga con multa, y en su defecto prisión, y en caso de reincidencia con servicio de las armas por dos años en un cuerpo de línea, a los que compraren a los individuos de la tropa municiones, armas, prendas de vestuario u otro artículo de guerra (5).

Por decreto de 27 de enero, también de 1830, se castiga con prisión en los cantones de la frontera a los que alterasen la marca del Estado puesta en los caballos. Ese decreto instituye la marca oficial que reemplaza a la antigua señal hecha a los animales del Estado, y que consistía en el corte de la oreja (6).

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo III, página 46.
(2) Idem. Tomo III, página 66.
(3) Idem. Tomo III, página 148.
(4) Idem. Tomo III, página 440.
(5) Idem. Tomo III, página 441.
(6) Idem. Tomo III, página 445.

La pena de confiscación general de bienes para todos los casos y sin excepción alguna, se deroga por el decreto de Rosas de 20 de mayo de 1835. Los considerandos prévios de tal disposición decían:

"Habiéndose generalizado en esta provincia, hace muchos "años, un sentimiento de justicia y de equidad que induce a re- "probar la pena de pérdida y confiscación general de bienes, es- "tablecida por las leyes españolas, que hasta ahora rigen entre "nosotros, en castigo de ciertos delitos, y habiendo por consecuen- "cia caído en desuso en nuestros tribunales de justicia, pero sin "que por esto se haya expedido una expresa y formal derogación "de las expresadas leyes, de que resulta que a pesar de estar en "parte bien pronunciada la opinión pública, continúan los ciuda- "danos expuestos a que se haga valer alguna vez la existencia de "tales leyes para satisfacer odios y pretensiones innobles a pre- "texto de proceder con legalidad en la Administración de Justi- "cia, el gobierno, usando de la suma del poder público que le ha "conferido la Honorable Sala de Representantes, acuerda y de- "creta." (1).

El decreto de 19 de enero de 1837 prohibe los velorios y establece que quienes contravinieren esa prohibición sufrirán la pena que el gobierno tenga a bien imponerles según las circunstancias del caso (2).

Un decreto netamente político dicta Rosas el 31 de octubre de 1840, disponiendo que cualquier individuo, de la condición o calidad social que fuese, que atacare la persona o propiedad del argentino o extranjero, sin expresa orden escrita de autoridad competente, será tenido por perturbador del sosiego público y castigado como tal. La simple comprobación del crimen bastará para que el delincuente sufra la pena discrecional que la Suprema Autoridad le imponga. El robo y las heridas, aunque sean leves, serán castigados con la pena de muerte.

El curioso decreto iba precedido de los siguientes considerandos:

"Que cuando la Provincia fué invadida por las hordas de los "salvajes unitarios, profanada con su presencia, con sus atroci-

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo IV, página 182.
(2) Idem. Tomo IV, página 279.

"dades y con sus crímenes, la exaltación del sentimiento popular "no podía dejar de sentirse bajo los terribles aspectos de una "venganza natural..

"Que entonces no habría sido posible ahogarlas en un pue- "blo tremendamente indignado por tamaña perfidia, sin poner "su heroísmo, su lealtad y su patriotismo, a una prueba incom- "patible con su propia seguridad.

"Que el ardor santo con que los federales se han lanzado "contra sus enemigos al ver conculcados sus más caros derechos "por la traición, ingratitud y ferocidad de los salvajes unitarios, "indignos del nombre Argentino y de la Patria en que nacieron, "será para siempre un testimonio noble del amor intenso de los "federales a la independencia y servirá para enseñar a los que, "obcecados, se arrastrasen sobre las huellas del crimen.

"Que en esta tierra de orden, de libertad y de honor, no hay "para los ciudadanos garantía más sólida que el respeto al dog- "ma sacrosanto de la opinión pública, que ha proclamado la Fe- "deración de la República, la completa sumisión a las leyes y la "obediencia a las autoridades constituídas.

"Pero que si es laudable una expresión tan ardorosa y vehe- "mente de patriotismo, justo es también que un pueblo valiente "siempre dispuesto a todo lo que es grande y generoso, cuando "acaba de afianzar sus derechos por una Convención honorífica "con la Nación Francesa, cesando con ella las diferencias que sir- "vieron de apoyo a los salvajes traidores unitarios, vuelva a go- "zar del sosiego y seguridad en que el gobierno le había conser- "vado a costa de fatigas inmensas para que la autoridad pueda "contraerse exclusivamente a exterminar para siempre el bando "salvaje de inmorales aventureros que infestan la República y "afianzarle su poder y ventura." (1).

El documento pinta la situación de violencia política porque se atravesaba.

El decreto de 22 de febrero de 1844, considerando al juego de carnaval como una dañosa costumbre, lo prohibió, y fijó para los contraventores una pena de tres años en los trabajos públicos del Estado (2).

(1) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo IV, página 371.
(2) Idem. Tomo IV, página 378.

*
* *

22. El tormento y los azotes en la Colonia.—Antes de pasar al estudio de la época orgánica, iniciada con la Constitución, quiero remarcar dos hechos importantes que se relacionan con las prácticas de la Colonia y de los primeros tiempos de vida independiente, más que con la legislación.

Las leyes españolas vigentes en esta parte de América, autorizaban el tormento como auxiliar del procedimiento, y entre las penas, la de azotes; dos cosas suprimidas por el estatuto fundamental que consideró su prohibición como algo esencial para las garantías individuales.

Jofré afirma que el tormento se aplicó muy pocas veces en Buenos Aires (1).

Recuerda el mismo que a Gonzalo de Abreu, gobernador de Tucumán, le fué aplicado el tormento, y hace presente que en Montevideo era costumbre azotar a los vagos y ladrones, flagelándolos en la plaza del Cabildo. El 28 de febrero de 1792 se azotaron a varios individuos, de acuerdo con este hábito, sin haberse hecho sumario ni verificado defensa. La audiencia de Buenos Aires, ante la cual se apeló, dictó una resolución que decía:

" Declárase atentado el castigo de azotes por las calles pú-
" blicas dado a los reos Juan Pablo Romero, José Ximénez, Diego
" Navarro, Pedro Pablo Villalba, Ignacio Pérez, Cristóbal Ríos y
" Manuel Francisco de Refalada, el 28 de febrero último, por el
" auto de foja 26, cuya ejecución consta a foja 28, y en su con se-
" cuencia se tendrá entendido no les causa a los que sufrieron el
" referido castigo la menor nota ni infamia, apercibiéndose al abo-
" gado que suscribió el dictamen con la mayor seriedad, medite
" con más reflexión y legalidad el que diese en semejante materia,
" que nunca pueden sacarse de los términos justos, que previe e
" el derecho y práctica; previniéndose por carta acordada al al-
" calde, juez de la causa, lo que se ha extrañado su apuro en
" verificar el castigo, y lo que se nota de la falta de subordinación
" y respeto a las órdenes del tribunal para las informaciones que
" se han mandado en otros casos, en los que no se nota igual celo;

(1) Tomás Jofré.—Causas instruídas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII. Introducción, página XVIII.

" y a fin de precaver en lo sucesivo semejantes violentas inteligen-
" cias, ordénese a las justicias de Montevideo se abstengan de
" propasarse a imponer pena alguna corporal, en caso alguno, sin
" proceder al correspondiente sumario, tomando confesión al reo,
" oyendo las defensas legítimas y con su providencia, admitir las
" apelaciones, o, pasado el término legal, consultar a este Superior
" Tribunal para su resolución."

Agrega Jofré que de los procesos que ha examinado en el archivo de los tribunales, solamente en un caso se recurrió al tormento. Cuando el proceso seguido por la supuesta conspiración de los franceses del año 97, el alcalde don Martín de Alzaga usó este medio de investigación; pero la medida debió ser repugnante al espíritu público por los términos de la sentencia pronunciada, por los reproches del abogado defensor y por las disculpas del alcalde Alzaga.

Con respecto a la pena de azotes, el mismo investigador dice:

" No hemos encontrado tampoco que la pena de azotes se apli-
" cara sin juicio previo, salvo en las causas en que intervenía el
" gobierno. Los jueces de Buenos Aires están libres de esa
" tacha." (1).

Esta pena se aplicaba en América—agrega—por jesuítas, gobernantes y encomenderos con harta frecuencia. Quizá por esa causa una real cédula fechada en el real sitio del Buen Retiro, el 20 de abril de 1749, disponía que a los indios no se les imponga pena de azotes sin hacerles causa, especialmente a los caciques y alcaldes, por los corregidores ni subtenientes, ni por los vecinos feudatarios, a los de sus feudos, sino que por las justicias sean castigados conforme a sus delitos.

La Asamblea de 1813 concluyó con todo ese anacronismo bárbaro, decretando "la prohibición del detestable uso del tormento
" adoptado por una tiránica legislación, para el esclarecimiento
" de la verdad e investigación de los crímenes. En cuya virtud
" serán inutilizados en la plaza Mayor por mano del verdugo an-
" tes del feliz día 25 de mayo los instrumentos destinados a este
" efecto."

El sentimiento nacional, contrario a las penas crueles y a los sufrimientos físicos para los delincuentes, que se traduce en la

(1) Obra citada. Página XXII.

Constitución, las diversas leyes represivas dictadas después, y especialmente el código vigente, se ponía de manifiesto desde que iniciamos la vida libre.

*
* *

23. Medidas tomadas por el general Urquiza antes de sancionarse la Constitución Nacional.—Después de la caída de Rosas y antes de dictarse la Constitución que promovió la organización nacional, se tomaron diferentes disposiciones sobre derecho penal. El general Urquiza, director provisorio de la Confederación, prohibió por decreto la confiscación general de bienes por cualquier clase de delito. Se declaró la confiscación un delito de traición a la patria y se estableció que cualquier gobierno, fuerza o autoridad de la Nación, que lo impusiera por delitos políticos o criminales, sería incluído en aquella calificación.

Rivarola hace notar que Rosas había prohibido la confiscación de bienes por decreto de 20 de marzo de 1835, lo que no evitó los numerosos despojos hechos a sus adversarios políticos, y agrega que el decreto de Urquiza no impidió la confiscación de los bienes de Rosas (1).

Recordaremos a este respecto que el gobierno de López, por decreto de 16 de febrero de 1852, ordenó la confiscación de todas las propiedades pertenecientes a don Juan Manuel de Rosas, pero esa disposición fué dejada sin efecto por el director provisorio general Urquiza, quien por decreto de 7 de agosto del mismo año 1852, ordenó se entregaran al representante de Rosas los bienes que le habían sido quitados (2).

Otro decreto del director provisorio, también del 7 de agosto de 1852, declara abolida la pena de muerte por delitos políticos. Esta última pena, sólo podrá imponerse en el caso que los criminales hayan atacado con armas la seguridad pública, o la autoridad de los gobiernos y cuerpos constituídos; pero aún en este caso, para que pueda aplicarse la pena de muerte, debe preceder un juicio legal ante los juecs competentes (3).

(1) Orígenes y evolución del Derecho Penal Argentino, página 12.
(2) Recopilación de Prado y Rojas. Tomo IV, páginas 416 y 470.
(3) Idem. Tomo IV, página 470.

El considerando del decreto decía que, simpatizando vivamente con el sentimiento humanitario que ha inspirado al Consejo de Estado, al proponerle la necesidad y conveniencia de proscribir la pena de muerte por delitos políticos, y deseando que toda la República se ponga en este punto a la altura de los principios de civilización y humanidad que hoy rigen al mundo, procedía a dictar la disposición del caso.

El 24 de agosto de 1862, el mismo general Urquiza, dictó un decreto que firma, como el anterior, el ministro de la Peña, por el cual instituye una comisión codificadora, que debía proyectar los códigos Civil, Penal, Comercial y de Procedimientos. El decreto decía, en un extenso considerando:

"Muy poco se habría aventajado con una constitución nacional " o constituciones provinciales en que se estableciesen los poderes pú- " blicos, se definiesen y deslindasen sus atribuciones, y se declarase " que la persona del hombre, su propiedad, su honor, los derechos " todos individuales, son un sagrado que no se puede tocar sino con " arreglo a las leyes, si recurriendo a estas mismas leyes sólo encon- " trasen un caos en el que esos mismos derechos tan altamente " proclamados quedasen sin cesar expuestos a los golpes de la arbi- " trariedad y a la acción de los malos instintos... Leyes análogas a " una forma de gobierno que no es la nuestra, y escritas bajo la in- " fluencia de tiempos muy remotos a nosotros. Leyes dispersas, otras, " que contienen la legislación de dos y medio siglos, y que, sin em- " bargo, son desconocidas del pueblo a quien obligan, pues ence- " rradas en los archivos de los altos tribunales y en las bibliotecas " de muy pocos individuos que las poseen como una curiosidad " preciosa, la aplicación improvisada de alguna de ellas a personas " que ignoraban su existencia, como la ignora toda la sociedad, " incluso muchas veces los jurisconsultos, y aun los mismos ma- " gistrados, es tan impropia como juzgar por disposiciones que " no tienen suficente promulgación. Leyes absolutamente inapli- " cables, como son casi todas las leyes penales, las cuales con " frecuencia sancionan puniciones de tal modo crueles o extrava- " gantes, que los magistrados, para no incurrir en la infamia o en " la ridiculez de ejecutarlas, legislan por sí mismos para cada " caso; y lo arbitrario, tan enemigo de lo justo, viene por desgracia " a ser un bien comparado con el absurdo de imponer esas penas."

La parte dispositiva del decreto contenía trece artículos y establecía los procedimientos a que debía ajustarse la comisión.

Designaba presidente al doctor don Juan García de Cossio y vicepresidente al doctor Vicente López.

Esa comisión no desempeñó su cometido, pero señala los propósitos que animaban al gobierno provisorio de la Confederación.

*
* *

24. La era constitucional.—La Constitución Nacional abre una era nueva en la historia legislativa del país. Ella fija los derechos y las garantías fundamentales, cuya enumeración no importa negación de otros; determina las facultades de los tres poderes que ejercitan el gobierno y formula declaraciones que son amparo para todos los habitantes.

El artículo 67, inciso 11, establece que corresponde al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

La Nación debía, así, dictar la legislación de fondo, y las provincias, la de forma, siendo aplicable la primera por los tribunales nacionales o locales, según los casos. La misma Constitución, al ocuparse del Poder Judicial, dice cuándo corresponde la intervención de los tribunales federales.

En la Convención General Constituyente, como el precepto se apartaba de lo establecido por la Constitución de los Estados Unidos, donde los códigos son locales y se sancionan por las provincias, fué objeto de observaciones. El convencional Zavalía sostuvo el derecho de las provincias contestándole el miembro informante doctor Gorostiaga en términos acertados. Si se abandona a cada provincia, decía, la facultad de dictar los códigos, la legislación será un inmenso laberinto y sobrevendrán males incalculables. Después de los inconvenientes sufridos en dos siglos, bajo el imperio de las leyes españolas, tan confusas por su número como incoherentes entre sí, el país estaba ansioso de una nueva legislación. En los Estados Unidos se explicaba la reserva, desde que las provincias estaban formadas y tenían legislación propia antes de constituirse la unión, pero esas características no gravi-

taban entre nosotros, donde los Estados federales carecían de la personalidad jurídica que tenían los americanos (1).

El mismo concepto desenvuelve Sarmiento y aceptan los autores nacionales de derecho constitucional.

Sancionado el precepto, se produjeron las medidas necesarias para ponerlo en ejecución.

El Congreso del Paraná, por ley de 30 de noviembre de 1854, autorizó al P. E. para nombrar una comisión de jurisconsultos con el nombre de Comisión Codificadora, y con el número de personas que considere conveniente, para que, reunidos en el local más adecuado, se ocupe exclusivamente de los proyectos de códigos nacionales, de conformidad a lo establecido por el artículo 64, inciso 11 de la Constitución (2).

La misma ley autorizaba al P. E. para fijar una dotación a los nombrados, conforme a la naturaleza, gravedad e importancia de los trabajos y a hacer los demás gastos que fuesen necesarios.

La ley no fué puesta en ejecución, según mis antecedentes.

Más adelante, y ya constituída la unión nacional, la ley número 36, de 6 de junio de 1863, autorizó al P. E. para nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de los códigos Civil, Penal y de Minería, y las ordenanzas del ejército. Se autorizaba al mismo para gastar hasta la suma de veinticinco mil pesos fuertes, para remunerar los trabajos de las expresadas comisiones.

En cumplimiento de esta ley, se designó al doctor Vélez Sársfield para redactar el Código Civil, y al doctor Carlos Tejedor para el Código Penal. Este último presentó su trabajo en dos secciones: la parte general fué elevada al Ministerio de Justicia el 30 de diciembre de 1865; la parte especial, en 1867, un año y meses más tarde.

Dos leyes del Congreso merecen una especial mención en estos antecedentes: la N.° 94 y la N.° 514. La primera, sancionada en agosto de 1864, declara que la aplicación de la pena de azotes es un delito que puede ser acusado ante los tribunales de la Nación por cualquier habitante de la República. El que ejerciendo autoridad civil o militar, hiciese azotar a algún individuo de cualquier clase o condición que fuere, será declarado inhábil para ejercer

(1) Agustín de Vedia.—Constitución Argentina, página 262.
(2) Ley N.° 12 del Congreso del Paraná. El artículo 64 de la Constitución de 1853, corresponde al artículo 67 de la Constitución actual.

ningún empleo nacional durante diez años, sin perjuicio de las acciones a que diese lugar la gravedad del hecho.

La segunda, de junio de 1872, suprime la prisión por deudas en todas las causas civiles y mercantiles que se tramiten ante los tribunales nacionales.

*
* *

25. El proyecto del doctor Carlos Tejedor.—El proyecto de Tejedor ha influído poderosamente en nuestra legislación penal, no sólo por el hecho de haber servido de base al código de 1886, sino por las notas puestas al pie de los artículos del mismo, que han sido consideradas como fuentes de interpretación.

El autor del proyecto, en la breve comunicación que pasó al ministerio elevando su trabajo, decía que había seguido principalmente al código de Baviera, habiendo sido extenso en la exposición de las disposiciones generales, porque de su perfección y solidez depende el acierto de los preceptos particulares que no pueden aplicarse conforme a la voluntad del legislador en su verdadero sentido y sin falsas y arbitrarias interpretaciones, sino en cuanto aquellas disposiciones se establezcan con firmeza y exactitud.

El proyecto se encuentra dividido en dos partes. La primera comprende las disposiciones generales, y la segunda los crímenes, delitos y sus penas.

Las disposiciones generales contienen un título preliminar y dos libros, todo lo que examinaremos breve y separadamente.

El título preliminar divide las infracciones de la ley penal en dos clases: unas, más graves, que se llaman crímenes, y otras, menos graves, que se dividen en delitos y contravenciones. Se reputan delitos graves o crímenes, los que la ley castiga con penas aflictivas; delitos menos graves, o simplemente delitos, los que la ley reprime con penas correccionales; y contravenciones, las faltas a que la ley señala penas de policía.

Se dice también, complementando la división, a qué tribunales corresponde el juzgamiento de las distintas infracciones.

El libro I comprende siete títulos que tratan de la voluntad criminal y la consumación del crimen: de la tentativa; de la culpa o imprudencia; de los autores principales; de los cómplices; de los auxiliares o factores y de las personas civilmente responsables.

El principio general que sirve de base para el castigo se encuentra en la intención del sujeto. El artículo 2.° del libro I, título I, lo dice expresamente: "Hay crimen cometido con dolo, " cuando el agente se propone la realización del crimen proveniente " de su acción, como objeto intencional de ella y a sabiendas de " que la resolución tomada es ilegítima y punible."

La regla se repite en el artículo I del título III, libro II, donde se dice: " Las acciones u omisiones contrarias a la ley, que no " pueden imputarse a una persona como ejecutada con intención " culpable, ni a título de negligencia, no están sujetas a pena."

Se adopta, así, el principio clásico y se castiga solamente cuando hay intención o culpa.

Partiendo de este principio, se consignan reglas destinadas a fijar las responsabilidades por el acto realizado en relación con la voluntad que tuvo el autor. Y así, el que toma la resolución ilícita de cometer un crimen y se ponga con bebidas o con otros medios, en estado de enajenación mental, y en tal estado comete el crimen, será castigado como autor voluntario. El que después de formar la resolución de cometer un crimen, emprenda una acción susceptible de producir un crimen mayor o uno menor, será castigado como autor voluntario del crimen realmente cometido, sin admitírsele excusa de haber tenido la intención de realizar uno menos grave. Estas y otras reglas, trae el proyecto, algunas de las cuales formaban parte del Código antes de la reforma de 1903.

Además, se establece que la voluntad criminal se presume en toda acción de esa clase, a no ser que resultare lo contrario de las circunstancias particulares de la causa.

La tentativa que concurre cuando, con la intención de cometer un crimen, se ejecuten actos exteriores que tienen por objeto la consumación o preparación de ese crimen, se divide en próxima, remota y calificada. La primera existe cuando el culpable haya ido tan cerca de la consumación del crimen que haya llegado al acto que debía realizar inmediata y directamente; la segunda concurre cuando se detiene en los actos preparatorios; y la tercera, cuando la tentativa por sí misma, constituye un crimen completo. En todos los casos las penas son distintas, graduándose de acuerdo con las que corresponderían al delito consumado, salvo en el último caso, cuando la pena del crimen completo que se cometió para tentar el otro, sea mayor que la correspondiente a la tentativa.

La culpa o imprudencia se castiga también, conteniendo el

artículo 1.° del título respectivo, un enunciado parecido al de las viejas leyes españolas. Dice así:

"Siendo deber de todo hombre en sociedad, abstenerse de "los actos peligrosos, y debiendo proceder en todo lo que em- "prenda con la atención y reflexión necesarias, para no causar "perjuicio involuntariamente a los derechos de los demás, ni a "las leyes del Estado, el que contraviniendo a esta obligación, "haga u omita alguna cosa, e incurra, aunque sea sin intención, "en una infracción prevista en este código, cometerá delito por "culpa o imprudencia."

Se divide la culpa en grave y ligera, correspondiendo a la primera siete casos enumerados en el artículo, y a la segunda cuatro. Las penas son distintas para una y otra clase de culpa.

Los partícipes del delito, se llaman autores principales, cómplices y auxiliadores o fautores.

Los autores principales se dividen en autores directos e indirectos, por orden, consejo, etc. Los preceptos son análogos a los que contenía el código derogado. También se contienen disposiciones sobre complot y bandas.

El cómplice definido, como el que por palabras, acciones, comisión u omisión contraria a sus deberes, contribuye a sabiendas y voluntariamente a la ejecución de un crimen ya resuelto por otro, puede ser de primero, segundo o tercer grado. El proyecto fija los casos y determina las penas que son siempre inferiores a las que se colocan para los autores principales.

Los auxiliares o fautores, son los que han incurrido en el delito de encubrimiento.

El proyecto dedica también un título a las personas civilmente responsables, repitiéndose algunos preceptos contenidos en el Código Civil.

El libro segundo se ocupa del castigo en general, de las acciones ilícitas. Tiene siete títulos que tratan de las penas, de las eximentes, de las atenuantes, de las agravantes y de la prescripción.

Empieza por definirse la pena como un mal legal impuesto contra el que resulte culpable de una acción u omisión ilícita, contra la cual la ley pronuncia la imposición de un castigo. Contiene disposiciones generales establecidas ya en la Constitución, y pasa a la enumeración de las penas que divide en corporales, privativas del honor y humillantes; y pecuniarias. Explica el

alcance de cada uno de éstas, comenzando por la de muerte, que acepta para los crímenes más graves.

Las eximentes que se enumeran, concurren cuando el sujeto no tuvo ni intención culpable ni negligencia. Corresponde la exención en los casos de falta de imputabilidad, orden superior, consentimiento de la persona perjudicada cuando ha podido prestarse por el uno y aceptarse por el otro; ejercicio de un derecho y defensa legítima.

El título sobre atenuantes se refiere a las que provienen de la edad, y dice en qué forma se puede reducir la pena. Considera atenuante la duración del proceso por más de dos años cuando corresponde la pena capital, y dispone se aplique la pena inferior a la señalada por la ley, cuando se haya demostrado regularmente el crimen contra el acusado, pero uno o varios de los elementos que constituyen la substancia del mismo, sean inciertas o incompletas.

Dentro de las agravantes, se ocupa de la reiteración y la reincidencia.

Pero no solamente contiene los preceptos a que me he referido. El título sexto se ocupa de la atenuación y agravación prudencial de la pena. En los casos en que la ley deje indeterminado el cuanto de la misma, el juez tiene el derecho y el deber de proporcionarla, según las circunstancias particulares de cada especie, propias para aumentar o disminuir la criminalidad del hecho. A este efecto, deberá tomar en consideración, por una parte, la naturaleza de la acción en sí misma, y por otra, la mayor o menor criminalidad de la intención.

El proyecto se ocupa en seguida, de la naturaleza de la acción y de la intención del culpable. Bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción, la criminalidad es mayor:

1.°—Por la gravedad de la infracción y del perjuicio causado o por causarse.

2.°—Por razón de la extensión del daño o del peligro, y, especialmente, según que ha sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al Estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, o sólo a ciertas personas determinadas.

Bajo el punto de vista de la intención, la criminalidad aumenta:

1.°—Cuando existen motivos más numerosos e importantes de observar la ley, o los deberes violados por el culpable son más numerosos e imperiosos, y el culpable es más capaz de comprender claramente esos motivos y esos deberes.

2.°—Cuando son más grandes los obstáculos para la ejecución del crimen, o se necesita emplear más audacia y coraje, más inteligencia y malicia, o más fuerza corporal para preparar la acción o consumarla.

3.°—Cuando las acciones exteriores y accidentales que hubiesen arrastrado, extraviado y seducido al culpable, son menores, o éste se hubiese determinado más espontáneamente y hubiese buscado personalmente la ocasión.

4.°—Cuando el culpable esté más desmoralizado y empeñado en la carrera de los crímenes por la práctica constante de malas acciones, por hábito, desarreglo de costumbres u otros motivos semejantes.

5.°—Cuando los deseos y pasiones que lo hacen obrar sean más perversos y peligrosos.

Establece en seguida, cuándo disminuye la criminalidad, lo que ocurre:

1.°—Cuando por efecto de la falta de instrucción, o por una debilidad natural de la inteligencia, el culpable no ha comprendido toda la gravedad del peligro, ni la extensión de la prohibición o de la pena infligida a su acción.

2.°—Cuando se ha determinado a cometer el crimen por persuación, promesas artificiosas, orden o amenazas, en los casos que estas circunstancias no eximen de toda pena.

3.°—Cuando ha sido impelido por una miseria apremiante, o cualquiera otra necesidad urgente, con la misma reserva del número anterior.

4.°—Cuando excitados sus deseos por una ocasión imprevista e inopinada, ha sido arrastrado instantáneamente a la ejecución del crimen.

5.°—Cuando ha obrado arrebatado por una pasión, o en un momento de perturbación intelectual, sobrevenida casualmente, y sin que de su parte haya culpa, al menos que la ley expresamente haya tenido en cuenta estas circunstancias para la fijación de la pena.

6.°—Cuando resulta de los antecedentes o de su conducta, durante o después del hecho, que su perversidad y desmoralización son todavía poco avanzadas.

La pena se disminuirá:

1.°—Si el culpable se ha limitado voluntariamente a causar un daño menor que el que podía producir.

2.°—Si se ha esforzado real y espontáneamente, por impedir las consecuencias del crimen o reparar sus efectos perjudiciales.

3.°—Si él mismo se entrega a la justicia.

4.°—Si en su primer o segundo interrogatorio confiesa su crimen de una manera sincera y circunstanciada.

5.°—Si revela la existencia de nuevos culpables desconocidos a la justicia, o da de "propio motu" los medios y la ocasión de prenderlos.

El juez no podrá separarse de la pena legal, ni cambiar su clase, ni prolongar o abreviar su duración, y ninguna de las causas enunciadas lo autorizan para ello. Pero cuando la ley señale una pena privativa de la libertad, determinando un máximum y un mínimum, los tribunales podrán, después de examinar las circunstancias agravantes y atenuantes, prolongarla o abreviarla, dentro de los límites fijados.

El último título de la parte general se ocupa de la prescripción, refiriéndose, como el código anterior, al derecho de acusar y a la pena.

La parte segunda indica los delitos y señala las penas. Está dividida en dos libros: el primero, para los crímenes y delitos privados y sus penas, y el segundo, para los crímenes y delitos públicos y sus penas.

El primer libro tiene ocho títulos, destinados, respectivamente, a los crímenes y delitos contra la vida; a las lesiones corporales; a los crímenes y delitos contra la honestidad; a los matrimonios ilegales; a los delitos contra el estado civil de las personas; a los delitos contra las garantías individuales; a las injurias y calumnias, y a los delitos contra la propiedad.

El segundo libro tiene cinco títulos que legislan sobre los crímenes y delitos contra la seguridad interior y orden público; de los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos; de las falsedades; de los crímenes y delitos contra la religión, y de los crímenes y delitos contra la salud pública.

Para percibir los caracteres que tenía la pena en ese proyecto y la fijeza de la misma, que alejaba de la individualización, bastará

observar cómo se castigaba el homicidio. El que mata a otro sin premeditación ni reflexión, es culpable de homicidio simple y sufrirá seis años de presidio o penitenciaría. Si el muerto mismo provoca el acto homicida, con ofensas o injurias ilícitas y graves, corresponde la pena de tres años de prisión.

El homicidio cometido por el marido que sorprende a su cónyuge en adulterio, se castiga con una pena elástica de uno a tres años de prisión.

El homicidio cometido con premeditación o alevosía se llama asesinato, y se castiga con la pena de muerte. El proyecto señala otros casos de asesinato, que castiga también con la pena de muerte, y en capítulo especial trata del parricidio, al que aplica la pena anterior.

Para el infanticidio las penas son de dos y tres años de prisión, cuando los autores son la madre o los abuelos. Siempre el criterio de la pena fija el que también se repite al tratar del aborto.

En las lesiones también los castigos son fijos en casi todos los casos: seis años de presidio o penitenciaría; tres años de prisión; un año de la misma pena; tres meses de arresto, etc. De manera que la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes se limita mucho, y el criterio del juez no se puede ejercitar con amplitud.

Las disposiciones sobre asesinato tienen su correlación con aquellas que reglamentan la pena de muerte, la que no se puede aplicar por un mismo delito a más de un reo. Cuando dos o varios incurriesen en la pena de muerte, para saber quién ha de sufrir el castigo capital, se sortearán todos los condenados, quedando sujetos los que se salven a la pena de presidio por tiempo indeterminado.

*
* *

26. La ley número 250 y su ejecución.—El proyecto del doctor Tejedor no fué sancionado por el Congreso, sino después de sufrir una serie de modificaciones.

La ley N.° 250 de 16 de septiembre de 1868, autorizó al P. E. para nombrar una comisión de tres abogados que examinasen prolijamente el proyecto de Código Penal redactado por el doctor

Tejedor, debiendo enviarse al Congreso en las primeras sesiones del año siguiente al de la sanción de esa ley, el informe de la comisión examinadora, para la resolución correspondiente.

Por decreto de 7 de noviembre de 1868, el presidente Sarmiento, cuya firma refrenda como ministro Nicolás Avellaneda, designa a los doctores José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana, para que estudien el proyecto de Tejedor y expongan el resultado de su examen en un informe que estará terminado al abrirse las sesiones del próximo período legislativo. Por decreto de 18 de julio de 1871, se nombra en reemplazo del doctor José Roque Pérez al doctor Vicente Fidel López, y con fecha 27 de septiembre de 1872, se designa en lugar del doctor Ugarte, al doctor Antonio E. Malaver. El 9 de febrero de 1873 se nombra al doctor Sixto Villegas para integrar la comisión, y el 5 de noviembre de 1874, por renuncia del doctor López, se nombra al doctor Andrés Ugarriza. Por decreto de 11 de diciembre de 1877 se designa en reemplazo del doctor Quintana, que renunció, al doctor Juan Agustín García.

La comisión, compuesta de los doctores Villegas, Ugarriza y García, presentó su trabajo el 3 de enero de 1881.

Examinando fechas, se percibe que la ley de 1868, que pretendió, disponiéndolo así en su texto, que el informe de la comisión se presentara para las sesiones de 1869, no dió el resultado que se deseara, pues aquélla no se expidió sino doce años después del término fijado.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ha tenido poca influencia en nuestra codificación, porque el Congreso, al avocarse al conocimiento del asunto, tomó como base el trabajo del doctor Tejedor, desechando el nuevo.

No obstante esas circunstancias, creemos útil señalar las características de ese proyecto que constituye, con todo, un antecedente en la historia de nuestro derecho penal.

*
* *

27. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—La comisión redactora del proyecto, en la nota con que elevó el trabajo al Ministerio de Justicia, explicaba las razones que lo

fundamentaban. Las modificaciones hechas, tanto en el método como en la exposición, eran debidas a los nuevos elementos con que se había enriquecido la ciencia del derecho después de la redacción del código de Tejedor y a los trabajos preparatorios de los códigos aparecidos posteriormente. La comisión declaraba haber tenido en cuenta las leyes nuevas y los proyectos, aceptando también doctrinas nuevas, cuando se apoyaban en los verdaderos principios y apartándose del orden general del proyecto Tejedor lo menos posible.

Consta la obra de un título preliminar y dos libros, lo mismo que el código Tejedor. En el título preliminar se suprime la división entre crímenes, delitos y contravenciones, reuniéndose los actos punibles bajo la denominación genérica de delitos. El motivo de la supresión se fundamenta con amplitud, sosteniéndose que aquélla puede ser adecuada en países con otra tradición jurídica, pero no entre nosotros.

El libro primero tiene dos secciones: una legisla sobre delitos y personas responsables, y la otra acerca de las penas. Los siete títulos de la primera sección se ocupan de voluntad criminal; delitos consumados, frustrados y tentativas; autores principales; cómplices; encubridores; personas responsables civilmente y culpas.

Domina el principio clásico de la intención como base para la calificación del hecho. La voluntad criminal se define como la libre decisión de cometer un hecho ilícito. Esta se presume si no resulta lo contrario de la prueba y de las circunstancias particulares de la causa.

El proyecto, como el de Tejedor, contiene principios que incriminan el acto, teniendo en consideración la voluntad y los efectos.

Define el delito consumado, el frustrado y la tentativa, pero agrupando los preceptos dentro de un solo título. El delito frustrado es considerado para la pena en grado inmediatamente menor al delito consumado. La tentativa se coloca en grado menor e inmediato al delito frustrado.

Define a los autores principales y divide también a los cómplices en tres grados, penándolos de diferentes maneras; pero siempre con castigos menores a los que corresponden a los autores principales.

En lugar de auxiliares o fautores se ocupa de encubridores; y legisla después sobre personas civilmente responsables.

La culpa se divide en grave y leve, señalándose los casos que caracterizan a una y a otra.

El proyecto de Tejedor aparece reducido y menos preceptivo que su modelo; pero manteniéndose el método y las principales características.

La sección segunda se ocupa de las penas, las que se dividen en penas generales de escala y penas especiales para ciertos delitos. Las primeras se aplican a la mayor parte de los delitos clasificados en el proyecto; las segundas comprenden los castigos destinados a la represión de ciertos delitos cuya naturaleza especial requiere penalidades apropiadas. A esta clase pertenecen los delitos políticos, sujetos a un criterio excepcional y que no pueden confundirse con los comunes.

Enumera el proyecto, las eximentes, las atenuantes y las agravantes, en términos análogos a los adoptados en el código que se sancionó después, pero prescinde de preceptos generales, siendo las enumeraciones taxativas. Se ocupa, por fin, de la prescripción.

El libro segundo contiene siete títulos. La división entre delitos públicos y privados se suprime, y el orden del proyecto del doctor Tejedor se cambia totalmente. Empieza con los delitos contra el orden público, comprendiendo atentados y desacatos; delitos contra el ejercicio del culto y contra la salud pública. Sigue con los delitos peculiares a empleados públicos, los que legisla también en varios capítulos, y se ocupa en el título tercero de las falsedades.

El título cuarto incrimina los delitos contra las personas; encabezándolo la definición del homicidio. Las penas varían entre muerte, presidio mayor, penitenciaría menor y prisión menor, según los casos. Las penas no son fijas, desde que todas las designadas tienen sus términos consignados en la parte general. Así, el presidio mayor ofrece un mínimum de diez y seis años y un día y un máximum de veinte años; la penitenciaría menor oscila entre cinco y diez años, y la prisión menor entre uno y dos años.

La consideración de las atenuantes y agravantes puede hacerse con mayor margen que en el proyecto del doctor Tejedor.

Los demás títulos legislan sobre los delitos contra las garantías individuales, el orden de las familias y la moral pública y los delitos contra la propiedad.

* * *

28. La vigencia del código Tejedor en las provincias. — La Cámara de Diputados inició el despacho del Código Penal en las sesiones de 1885, pero antes habían ocurrido hechos de importancia que no deben pasar desapercibidos para este resumen. Uno se relaciona con el código mismo; otro con ciertos delitos: aquellos que deben ser juzgados por los tribunales federales.

El proyecto de Tejedor había sido adoptado como ley por la mayor parte de las provincias, y los tribunales de la Capital Federal lo aplicaban por haberlo sancionado la Legislatura de Buenos Aires cuando era la ciudad de Buenos Aires capital de la provincia. En los demás Estados federales, o sea en los que no se había dictado una ley especial, continuaban en vigor las antiguas leyes españolas, derogadas hacía muchos años en la vieja metrópoli.

El Congreso debía pronunciarse así sobre un código en plena aplicación, y podía apreciar los defectos y las ventajas del mismo, lo que hago notar, porque de lo contrario, la discusión parlamentaria aparecería confusa, desde que se trataría de sancionar un código ya sancionado.

* * *

29. La ley N.° 49 de 14 de septiembre de 1863.—La Constitución crea dos clases de justicia: la federal de la Nación y la ordinaria de las provincias.

El artículo 100 de la misma, dice que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos; contra un Estado o ciudadano extranjero.

En materia represiva, los delitos a juzgarse por los tribunales federales se relacionaban con la propia nacionalidad, y no podían encontrarse previstos en los códigos de España. De aquí que fuera urgente, más que por imperio constitucional, por necesidad, dictar si no un Código Penal completo, una ley que se ocupara de los delitos a juzgarse por los tribunales nacionales. Y eso fué lo que hizo la ley N.° 49, de 14 de septiembre de 1863.

Los proyectos de Tejedor y de Villegas, García y Ugarriza, dejaron de lado los delitos que debían juzgarse por los tribunales federales, y no se ocuparon sino de los ordinarios, presentando trabajos incompletos.

La situación se contempló en los dos trabajos. En el inciso 4.° del artículo IV, del título preliminar del proyecto del doctor Tejedor, se declara que las disposiciones del Código no comprenden los crímenes y delitos de fuero nacional, y en la nota correspondiente se expresa que la exclusión se ha hecho porque aquellas infracciones tienen, como las de los militares, su código y tribunales especiales, citando para confirmarlo la ley de 1863.

En el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el inciso 4.° del artículo II excluye a los delitos del fuero nacional, previstos por leyes especiales.

La ley número 49 designa los crímenes, cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales, y establece su penalidad. Legisla sobre traición; delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación; piratería; rebelión; sedición; desacatos y otros desórdenes públicos; resistencia a la autoridad y soltura de presos; interceptación y sustracción de la correspondencia pública; sustracción o destrucción de documentos depositados en las oficinas públicas; falsedades; cohecho y otros delitos cometidos por empleados o contra el tesoro nacional.

La ley carece de parte general, entrando desde el primer artículo, correspondiente al título de la traición, a ocuparse de los delitos en particular. Tiene once títulos y noventa y tres artículos, sin contar con el de forma, agregado al final de todas las leyes. Los últimos tres preceptos están colocados aparte en capítulos especiales que no tienen numeración como tales, y que se titulan disposiciones generales y disposición final, respectivamente.

Las disposiciones generales, establecen:

" 1.º—Que la reparación o indemnización de daños y perjui-
" cios y la restitución de lo adquirido ilegítimamente se entenderán
" siempre ordenadas por esa ley en los casos en que ellas pudieran
" tener lugar.

" 2.º—Cuando el condenado a pagar una multa que no tuviere
" otra pena en sustitución, o a sufrir pena corporal y pecuniaria
" conjuntamente, no tuviese bienes para satisfacer la última, será
" destinado a prisión o trabajos forzados, regulándose a un peso
" fuerte por cada día de prisión, y a dos el de trabajos forzados,
" pero sin que puedan exceder en ningún caso estas penas de dos
" años."

La disposición final, dice:

" Los delitos contra la Nación no previstos en esta ley y los
" comunes cometidos en lugares sujetos a la jurisdicción nacional,
" serán castigados con arreglo a los códigos que forman el derecho
" común de las provincias, con la moderación en las penas que ha
" introducido la práctica de los tribunales."

Ese precepto consagraba el derecho de los Estados federales a darse su legislación de fondo mientras el Congreso no cumpliera con el mandato constitucional que le impone dictar los códigos.

La ley, dentro de cada título y al fijar las penas, tiene en cuenta la situación de los acusados en relación al grado de la infracción cometida.

Las penas no se encuentran enumeradas especialmente por el hecho de no tener la ley una parte general, de modo que para destacarlas es preciso examinar todo el contenido de la misma. Esta las enumera y no dice en qué consisten, explicándose en algunos casos por el solo enunciado.

Las penas que establece, son las de muerte; trabajos forzados; trabajos públicos; trabajos; prisión; multa; destierro; extrañamiento; pérdida de empleo; suspensión de empleo; inhabilitación; multa; satisfacción pública y servicio militar en las fronteras.

Esta ley, que ha estado en vigencia hasta el año 1922, contiene disposiciones inverosímiles para nuestra época. El servicio militar en las fronteras, como pena, cuando éstas con las características antiguas, no existen, y cuando contamos con una ley de servicio militar obligatorio, es una enormidad. La satisfacción

pública, que es un trasunto de la palinodia o palidonia, tampoco existe en los modernos sistemas penales, ni tiene objeto. La diferencia entre trabajos forzados, trabajos públicos y trabajos que no se explica, es también un anacronismo de los muchos que contiene aquella ley.

El artículo 7.º contiene también una disposición curiosísima. El que por actos hostiles no aprobados por el gobierno diere lugar a una declaración de guerra contra la Nación, o expusiere a los ciudadanos a experimentar vejaciones o represalías en sus personas o en sus bienes, será condenado a dar una satisfacción pública, a trabajos de uno a tres años o *a sufrir la pena de la violencia cometida,* si fuese mayor. Se trata de un precepto que consagra el talión.

La referida ley fué enviada al Congreso por el P. E. Este mandó al Senado seis proyectos, que se referían: 1.º A jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales; 2.º A la definición de los crímenes que competen a esos tribunales y su penalidad; 3.º Procedimientos de dichos tribunales en lo civil y comercial; 4.º Arancel de costas y de derechos judiciales; 5.º Organización de los juzgados de sección y empleados subalternos; y 6.º Autenticación de los procedimientos judiciales de cada provincia (1).

La Comisión de Legislación aconsejó la aprobación en general y en globo de los seis proyectos, lo que se acordó debiendo discutirse uno por uno en particular.

En la sesión del 30 de junio, o sea tres días después de la sanción en general, se discute el proyecto en particular. La comisión, ante algunas observaciones, pide el voto de confianza a libro cerrado, e invoca las opiniones del P. E., dadas por medio del ministro de Justicia, doctor Eduardo Costa, y de los miembros de la Suprema Corte de Justicia. Se introducen pequeñas modificaciones y se pasa a la Cámara de Diputados, que también verifica algunas, aceptadas por el Senado. La ley quedó sancionada en poco menos de tres meses de gestión parlamentaria, con la activa colaboración del P. E., desempeñado por el general Mitre.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1885, sesión del 23 de octubre.

30. Las discusiones parlamentarias de 1885 y 1886.—Los proyectos de Código Penal, como he observado antes, no alternaron la ley de 1863, pretendiendo legislar solamente para los delitos que habían de ser juzgados por los tribunales ordinarios.

Veamos ahora cómo se sancionó el Código Penal que ha regido hasta 1922, y qué influencias dominaron en la elaboración parlamentaria.

En la sesión de prórroga de la Cámara de Diputados, celebrada el 23 de octubre de 1885, figuraba como primer asunto a la orden del día, el despacho de la Comisión de Códigos, en el proyecto de Código Penal (1).

Dicho despacho era brevísimo, y lo suscribían los diputados Isaías Gil, Filemón Posse, Mariano Demaría, Bernardo Solveyra y Félix M. Gómez. En él se decía que se había estudiado con la posible detención, el proyecto del doctor Tejedor, "vigente en toda la República por sanción de las legislaturas provinciales". La comisión no pretendía presentar un plan completo de reformas, pero entendía que las propuestas mejoraban considerablemente el proyecto. Agrega que había consultado magistrados y que la premura del tiempo no permitía consignar por escrito las principales reformas introducidas.

El texto legal que se proponía, constaba de cuatro artículos, el primero de los cuales declaraba en vigencia el proyecto Tejedor, con las modificaciones introducidas por la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados.

Llama, desde luego, la atención, que no se presentara la planilla de reformas, y que la comisión misma declarase en su brevísimo informe escrito que por falta de tiempo no se acompañaba.

Informa el despacho el diputado Solveyra, quien pone de manifiesto los propósitos perseguidos. Reformar un código es una tarea ardua y pesada. La comisión no tiene la creencia de haber hecho una obra perfecta, presentando el resultado de sus esfuerzos para que el Congreso, cumpliendo la Constitución, dote a la

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1885. Sesión del 23 de octubre.

República de un código que pueda irse reformando paulatinamente, a medida que su aplicación vaya exhibiendo sus errores.

Se manifiesta contrario a las penas crueles; declara que el derecho penal no implica el ejercicio de la venganza, ni la represión del pecado, ni la protección de las diferencias personales derivadas del orden político. La penalidad no es política ni religiosa, sino social, castigándose con el espíritu moderno, en nombre y en interés de la sociedad. Se refiere también a las garantías que debe tener el acusado y a las desigualdades del sistema penal igualitario, desde que la pena no tiene los mismos efectos cuando se impone al rico que cuando recae en el pobre.

Después de las consideraciones generales que revelan concepto de la materia, manifiesta el miembro informante que la comisión ha tenido a la vista dos códigos: el de Tejedor y el mismo corregido por una comisión especial, es decir, el de Villegas García y Ugarriza. El primero había tomado como base de sus estudios el código bávaro; el segundo al código bávaro y al español, o sea a dos pueblos de raza, tradición y costumbres distintas. La comisión debió plantearse como primera cuestión la de saber sobre cuál proyecto elaboraría su despacho, habiéndose decidido por unanimidad del voto de sus miembros, tomar el de Tejedor, punto de vista con el cual coincidieron las personas ilustradas que se habían dedicado al estudio del asunto.

El proyecto de la comisión nombrada para estudiar el trabajo del doctor Tejedor, dice el miembro informante, no tiene unidad, carece de filosofía y encierra confusiones, para demostrar cuyos asertos se presentan ejemplos.

Tomado como base el proyecto del doctor Tejedor, se le introducen grandes reformas. Se suprime la división entre delitos y crímenes, que son términos que tienen dentro de la Constitución el mismo alcance. Se suprimen las penas de retractación y confinamiento. Esta última daba lugar a dificultades, porque los países vecinos se negaban a recibir en su seno a los ladrones o reincidentes que se les enviaban desde aquí en virtud de esa penalidad.

Las penas que tenían carácter fijo en el proyecto de Tejedor, se hacen más elásticas, dándoles términos para que los jueces tengan mayor amplitud. Se suprime todo lo relativo a reparaciones civiles, por considerarse como materia legislada por el Código Civil. Se computa la prisión preventiva como parte de la pena,

lo que no se hacía en el proyecto, se suprime la pena contra el suicidio y se introduce una nueva contra los que roban cadáveres, atento un hecho de resonancia ocurrido que reveló la falta de represión para ese atentado.

Sobre la pena de muerte declara el diputado informante que él y el doctor Posse son abolicionistas, y sostiene que ese castigo debe desaparecer de los códigos de las naciones civilizadas.

Varios diputados sostienen que no pueden votarse las reformas porque no las conocen, lo que da lugar a que el diputado Posse amplíe los fundamentos de su colega en términos interesantes. Refiriéndose a las penas fijas del proyecto Tejedor, dice que la aplicación de la pena es el resultado de la acción combinada de la ley y del juez. El doctor Tejedor no pone máximum, ni mínimum, sino un castigo fijo para un hecho determinado; como el mismo hecho puede ser bueno, malo o tener distintos matices, darle siempre la misma pena es no distinguirlos. Las reformas por sólo ese concepto han debido ser muchas, pues han tocado una serie de artículos.

La discusión que se hace no se refiere al proyecto en sí, ni a sus disposiciones, sino a la conveniencia de sancionarlo o no, sin conocerlo. Debe hacerse notar que aun cuando se habló de sanción a libro cerrado, en realidad no se pretendía esto, sino una cosa bien distinta. Se sanciona un proyecto a libro cerrado cuando se tiene a la vista y se conoce; pero no se discute precepto por precepto, sino que se vota en una sola vez. En el caso no se quería eso, sino que se pedía la sanción sobre un despacho que no se había presentado por escrito y contando tan sólo con las explicaciones verbales de los miembros de la Comisión de Códigos.

Rechazada una moción de aplazamiento, se votó el proyecto en general y se resolvió tratarlo en particular el año siguiente, imprimiéndose el despacho en que constaban las modificaciones.

En noviembre de 1886, durante las sesiones de prórroga, se entra a la consideración del despacho, el que lleva las firmas de los diputados Filemón Posse, Ernesto Colombres e Isaías Gil (1).

Después de un pedido de postergación, hecho por el diputado Estrada, y de una indicación para votar las reformas a libro cerrado, formulada por el diputado Ruiz de los Llanos, se resuelve

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1886. Tomo II, pág. 686.

requerir la presencia del ministro de Justicia, para que dé su opinión. Este, que lo era el doctor Posse, concurre e insiste en la necesidad de la sanción. Considera que el código de Tejedor, vigente ya en el país por sanciones de las provincias, es malo; pero cree que las reformas introducidas lo han mejorado.

Dice que, como ministro, tiene a informe de la Cámara Criminal solicitudes de una mujer condenada a dos años de cárcel por haber robado una pollera; de otra mujer, condenada también a dos años de presidio, por haber robado trece pesos; de un hombre, condenado al mismo tiempo de cárcel por haber robado un par de alpargatas. "Esto ni en la Turquía es justicia. Estos "actos deshonran al pueblo argentino, son indignos de su cul- "tura, son indignos de su civilización, y el Congreso debe, cuanto "antes, apresurarse a hacer desaparecer estas verdaderas mons- "truosidades legales, que se están realizando a cada instante por "los jueces de esta ilustrada capital y por los jueces del resto "de las provincias argentinas."

Después de algunas observaciones del diputado Mansilla, a quien se le hace notar que el código Tejedor está en vigencia, y de expresar Estrada que no lo está por ley del Congreso, se votan y se aprueban las reformas.

El Senado, a quien pasó el proyecto en revisión, resolvió postergar la consideración del asunto, pero el ministro de Justicia se presentó al mismo en la sesión del 25 de noviembre de 1886 y solicitó, dando razones de urgencia, que se reconsiderase la resolución anterior y se tratase de inmediato el despacho sobre Código Penal (1).

El Senado, después de oir al ministro, que hizo una crítica severa del código Tejedor, entonces en vigencia, aceptó el temperamento propuesto, reconsideró lo resuelto, se avocó el conocimiento del asunto y aprobó sobre tablas y a libro cerrado el proyecto remitido por la Cámara de Diputados.

El senador Pizarro apoyó al ministro con breves consideraciones, expresando que habían dos fundamentales motivos para la sanción inmediata. En ese momento el país tenía dos legislaciones penales, según el lugar: la de España y la del doctor Tejedor.

El proyecto en revisión procuraba la unidad legislativa y la unidad de criterio, impidiendo que pudiera ocurrir, por la diver-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Año 1886, página 919.

sidad de legislaciones, que un hecho fuera delito en un lugar de la República y no lo fuese en otro.

La ley que sancionó el Código Penal, tiene el número 1920, fué promulgada el 7 de noviembre de 1886 y estableció que el nuevo organismo empezaría a regir desde el 1.° de marzo de 1887.

* * *

31. **El proyecto de 1891.**—El Código Penal, según resultaba de la opinión de quienes contribuyeron a sancionarlo, tenía por objeto cumplir el precepto de la Constitución, dar a la República una ley uniforme y salir de la anormalidad que representaba la vigencia de las vetustas leyes españolas o los castigos fijos del proyecto Tejedor, tan criticados en la discusión parlamentaria. Pero en el curso de aquélla, se hizo notar que se podrían emprender trabajos de reforma una vez que la aplicación de la nueva ley revelara sus defectos, lo que demostraba que se dudaba de la permanencia de la misma.

Muy pronto había de iniciarse el movimiento reformista por obra del P. E.

Siendo presidente de la Nación el doctor Juárez Celman, y ministro de Justicia el doctor Amancio Alcorta, se dictó con fecha 7 de junio de 1890 un decreto designando a los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, para que constituídos en comisión, proyecten las reformas que reputen necesario introducir en el Código Penal, teniendo presente lo expuesto en los considerandos del decreto de nombramiento.

En esos considerandos, que son breves, se decía:

Que según lo ha comprobado el estudio y la jurisprudencia de los tribunales, el Código Penal vigente adolece de defectos que es indispensable hacer desaparecer, por los peligros que entrañan para la sociedad y para los que sufren especialmente su aplicación; que en los últimos años, diversos países han alterado su legislación penal, dictando sus códigos como el resultado de estudios minuciosos y completos, que deben tenerse en cuenta; y que la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas, que, si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para

aceptar de ellas lo que pudiere importar un provecho para nuestra legislación; que además de las deficiencias apuntadas, existen vacíos que las legislaciones modernas han previsto en sus disposiciones, vacíos que es menester llenar por el carácter mismo de las leyes penales, que no deben dejar impunes ciertos hechos criminosos omitidos en sus disposiciones y que pueden ser de gravedad tal que comprometan las relaciones internacionales.

La comisión llenó su cometido, y en junio de 1891 presentó al P. E. un proyecto de código completo, precedido de una extensa exposición de motivos. Esta se ocupa de explicar las distintas disposiciones, anotando semejanzas y diferencias, señalando doctrinas y dando, en cada caso, las razones de la decisión tomada. Además, cada artículo va acompañado de las concordancias del mismo con el proyecto de Tejedor, con el código entonces vigente y con las leyes extranjeras que fueron tenidas en consideración.

La exposición de motivos dice al principio que, según el decreto del P. E., debía la comisión tener en cuenta los últimos códigos, las nuevas doctrinas y los vacíos existentes en la legislación en vigor. La comisión aceptó esas bases; pero entendiendo que ellas no limitaban sus atribuciones, consideró que el Código Penal dictado por el Congreso, en virtud de un precepto constitucional, debe ser la única fuente legal de imposición de penas en la República, y no sólo un código para ser aplicado en las jurisdicciones locales a cierto número de delitos y faltas, dejando subsistente una legislación penal flotante, de origen inconstitucional si procediera de las legislaturas provinciales, y de origen constitucional, pero ocasionada a dudas y chocantes contradicciones, si procediera del Congreso.

Comprende por eso el proyecto una legislación más extensa que la contenida en el código entonces vigente, desde que amplía sus disposiciones a los delitos que se incriminaban en la ley número 49 del año 1863.

Realizaba así la unidad en materia penal, siguiendo al mandato constitucional y a los precedentes sentados con los códigos Civil, de Comercio y de Minería, que abarcaban el conjunto de las leyes de la materia.

El proyecto de 1891, que examinaré en el curso de esta obra, al ocuparme de los antecedentes de cada uno de los artículos del actual código, fué sin duda un trabajo meritorio y completo.

Obedecía a un sistema, tenía orden, su método era conveniente y aceptaba las reformas más adelantadas de su tiempo. Tenía presente toda la legislación nacional en la materia, la coordinaba y llenaba los vacíos existentes.

En la crítica que hiciera oportunamente a la ley número 4189, sobre reformas al Código Penal, sinteticé mi juicio sobre el proyecto, diciendo:

"Confieso que hubiera encontrado más acertado que la sanción de reformas parciales, la adopción en general del proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo, que es inmensamente más completo que el código vigente. Sobre todo, lleva la ventaja de obedecer a un plan razonado, metódico, y no a una serie de disposiciones tomadas de diversas partes y por distintas personas, y que lo hace parecer a esos trajes muy viejos de algunos pordioseros, que tienen muchos remiendos, de diferentes colores, clases y épocas.

"El proyecto referido unificaba la legislación penal, porque sus disposiciones comprendían a la ley de septiembre de 1863. Es cierto que tiene algunas exageraciones y defectos de detalle, pero éstos podían haber sido corregidos, y hubiéramos conseguido una ley que se acercara mucho más que la vigente a nuestras aspiraciones de mejoramiento." (1).

* * *

32. El proyecto de 1891 en el Congreso.—El proyecto de 1891 fué pasado al Congreso por el P. E. La Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, el año 1895, se avocó al estudio del asunto y requirió, según lo dice Rivarola (2), la presencia de uno de los miembros de la Comisión Redactora. Esta encargó para representarla al doctor Norberto Piñero, quien asistió a las deliberaciones de la mencionada comisión parlamentaria, que se componía de los diputados Mariano Demaría, Francisco A. Barroetaveña, Tomás J. Luque y Remigio Carol. El 30 de septiembre del mismo año 1895, el trabajo quedó terminado, pero no obstante haberse

(1) Rivarola.—Derecho Penal Argentino, página 21.
(2) Rodolfo Moreno (hijo).—La Ley Penal Argentina, página 65.

prorrogado las sesiones del Congreso, con lo cual el asunto quedaba en condiciones de tratarse, no fué considerado.

La comisión de diputados aconsejaba la sanción del proyecto de 1891, con modificaciones de detalle.

En el año 1900, la nueva Comisión de Códigos, formada por los diputados Juan Antonio Argerich, Pedro T. Sánchez y Manuel Ignacio Moreno, sostuvo que no debía sancionarse el proyecto nuevo, sino aprovecharse las enseñanzas de la ley vigente, haciendo las modificaciones que fueran necesarias, las que se sacaban casi íntegramente del proyecto.

La comisión formuló un despacho que comprendía ciento cinco artículos del proyecto de 1891. Tenía, además, tres artículos que no se habían tomado de aquella fuente y que disponían, respectivamente: que quedaba prohibido substituir las penas corporales por una entrega en dinero; que la ley en proyecto debía regir para el fuero federal en los casos señalados, lo mismo que el Código Penal en la parte que no se derogaba; y que debía conservarse en la primera edición oficial el texto del Código incluyendo las reformas donde correspondiera. El despacho tenía también dos artículos de forma.

Las modificaciones que se introducían a la parte del proyecto de 1891 que se tomaba, consistía en la desincriminación del adulterio y del duelo regular.

El despacho de la referencia da origen a la ley número 4189, de reformas al Código Penal entonces en vigor.

* * *

33. La discusión parlamentaria de 1900.—La discusión parlamentaria de 1900 tuvo verdadera importancia por los puntos de vista que se pusieron de manifiesto y las doctrinas controvertidas.

Según el doctor Argerich, el proyecto de los doctores Rivarola, Piñero y Matienzo, "tiene un defecto fundamental", que consiste "en confundir la misión de la ciencia con la obra legislativa" (1). Se han propuesto la unidad penal, la que en el mismo

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Congreso Nacional, año 1900. Tomo I, páginas 275 a 303.

proyecto no existe, porque no se ocupa de las leyes aduaneras, de impuestos, delitos de imprenta y Código Militar. Cree, además, que esa unidad deberá resolverse cuando se "haya estudiado la " criminología argentina a la luz de la estadística, y cuando se " haya progresado realmente en la materia. Por el momento hay " una cierta acción en la cátedra, en el libro, en la propia admi- " nistración de justicia, de que se haga estadística para llegar a " establecer las bases de la ciencia penal argentina; pero hoy por " hoy no tenemos sino muy poco, un escaso contingente nacional " para empezar la reforma, dándole las amplitudes que algunos " han creído encontrar en el proyecto de los doctores Piñero, Ri- " varola y Matienzo, que en realidad no lo tiene."

Sostiene también, basado en la autoridad de Ferri, que el sistema usado en los países más adelantados, cuando se trata de modificar su legislación, es el de corregir o suprimir las disposiciones que no respondan a las necesidades del país, por medio de un "sistema derogatorio parcial". Esta tesis la abona con el ejemplo de Francia, Portugal, Japón, Alemania y Hungría.

"El método de las reformas monumentales de código en có- " digo, tiene el daño gravísimo de que retarda siempre, por mu- " chos años, la corrección de ciertos inconvenientes prácticos y " cuotidianos, para los que bastaría, a menudo, la mutación de " un solo artículo del código vigente, dejando intactos los otros " sino son malos (1).

"¿Qué ventaja tendría el país con el cese de los efectos del " Código Penal vigente, que lleva quince años de abundante apli- " cación del derecho y cuyos artículos tienen, en cierto modo, una " vida propia recibida de la discusión del Parlamento, de la en- " señanza de la cátedra, de las defensas en los tribunales y de la " aplicación de éstos, con el reemplazo por otro código, que coin- " cide en muchas cosas con el vigente? Lo natural, lo únicamente " lógico, es no tocar lo mucho que no necesita ser modificado, y " admitir las reformas principales, que extrayéndolas del proyec- " to, aconseja la comisión. Lo demás es derogar por prurito de " derogar, debiendo advertir que no he de retroceder ante el tra- " bajo penoso de hacer ver a la Cámara en cuántas cosas coinci- " den la ley vigente y el código nuevo, cuya sanción sería una " superfluidad."

(1) Cita de Ferri hecha por el doctor Argerich, página 302 del Diario de Sesiones citado.

Le sigue el diputado Olivera, quien encuentra que comparando los dos proyectos (el de la comisión y el enviado por el P. E.), se notan estos rasgos generales: se conserva en el de la comisión la misma ordenación que en el código vigente, mientras que en el proyecto de 1891, se presenta más fácilmente a la consulta y al estudio cada materia, con todos sus elementos, hasta completar capítulos que hacen de cada uno de ellos entidades correlativas; pero uniformes e individuales. Hace notar esta circunstancia porque el P. E. había señalado la incongruencia y oscuridad del código vigente, reemplazado por el nuevo proyecto. El temor de cambiar de legislación no es fundado, no habiendo hecho otra cosa la República Argentina, cuando varió las complicadísimas leyes españoles por los códigos nuevos, tanto en materia penal como en las otras.

Por otra parte, el actual código no conserva del primitivo proyecto Tejedor más que el nombre, pues ha sufrido diversas reformas, que han cambiado "en algunas partes su centro de gra- " vedad, y no habiéndole hecho correcciones homogéneas, dejaron " criterios opuestos y antagónicos presidiendo a todas sus disposi- " ciones. El proyecto Rivarola corrige esas incongruencias, orde- " na los elementos de acuerdo con un criterio más completo y " más científico, llena los vacíos y responde en una medida dis- " tinta; pero, en fin, responde en alguna medida a los nuevos " horizontes, de lo que la comisión llama ciencia criminal, pero " que no son más que los horizontes del Derecho Penal."

Olivera cree que el objeto de todo Código Penal, debe ser el de "defender a la sociedad del modo más eficaz, del modo más humano, y con el menor coste para la sociedad." El concepto no puede ser más claro: defender a la sociedad.

Sin embargo, un poco más adelante dice que, para castigar, sólo debe tenerse en cuenta el daño causado, cualquiera que haya sido el autor, y ya se trate de un niño, un anciano o una mujer. Encuentro en esa tesis un defecto de apreciación. Si el Código, como el mismo lo dice, debe defender a la sociedad, debe tener en cuenta para castigar las condiciones del autor del hecho, su *temibilidad*, es decir, el peligro que puede representar para la sociedad en que vive. Debe entonces apreciar, no el daño en sí mismo, reprimiendo con un criterio de venganza, sino las condiciones de defensa en que debe ponerse la sociedad contra el malhechor. Un niño es susceptible de ser corregido; un anciano vi-

virá menos que un joven, su fortaleza es también menor; son así, elementos o menos peligrosos o con posibilidades de hacerles desaparecer ese carácter por la corrección. Luego, las penas a aplicarles, tienen que ser racionalmente distintas, aunque el hecho sea idéntico en varios casos. Si sólo se apreciara el daño no habrían gradaciones ni circunstancias, castigándose todos los hechos de la misma manera.

El mismo diputado sostuvo que la discusión no debería hacerse alrededor del código vigente, sino tomando como base el proyecto de 1891, el cual debía ser sancionado con las modificaciones que la Cámara encontrase conveniente.

Sostenía, precisamente, el criterio que adopté en 1916, cuando presenté a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 como base para una encuesta, desde que, entendiendo que debería haber alguna para la reforma, creía que era mejor esa y no el código entonces vigente.

El diputado Olivera, en el curso de su exposición, dió su concepto sobre lo que debía ser un Código Penal, pronunciando palabras que constituyen una sabia síntesis.

Dijo así:

"¿Un Código Penal debe ser tratado abstracto, académico, "fundado en las teorías más acendradas, pero menos capaces de "resistir al empuje de la ciencia, de la verdad, o debe responder "a las necesidades del pueblo para el cual se le quiere dictar? ¿Era, "en fin, el Código, un ensayo que debía solamente subordinarse a "las resoluciones que los demás pueblos habían aceptado para "sus instrumentos penales, o debía adaptarse a la sociabilidad es-"pecial del pueblo argentino, pueblo de aluvión, pueblo nuevo, "cosmopolita, de clima, de aptitudes, de presente y de porvenir "algunas veces muy distintos de los pueblos que tienen legisla-"ción más clásica y más autorizada?

"Creo que debía haberse hecho lo último; sin embargo, la "comisión hizo lo primero."

El doctor Cullen, en un bien meditado discurso, sostuvo también que el proyecto de los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo, debía ser aprobado en general, y no el despacho de la comisión. Entendía que a este último trabajo le faltaba unidad, porque introducía en el código vigente modificaciones que obedecían a un plan completamente distinto, siendo especial en un código esa condición de homogeneidad. Defiende también con argumentos de

peso, la unidad penal, y concluye sosteniendo que el proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo tiene sobre el de la comisión, la gran ventaja de "que responde a un plan, que responde a un criterio cien-"tífico, que es homogéneo en su parte general y especial, que no "existen las desarmonías, las contradicciones que se notan en el "despacho de la comisión, por haber tomado como guía dos có-"digos, que responden a distintas tendencias."

Refutado por el doctor Argerich, y después de oirse al ministro de Justicia, y antes al diputado Sánchez, se aprueba en general el despacho de la comisión, o sea el plan de reformas al código vigente, y no al proyecto nuevo.

La Cámara de Diputados sancionó las reformas en 1900, pero el Senado no las trató hasta julio de 1903, introduciendo pequeñas modificaciones que fueron aceptadas por la Cámara de origen en agosto del mismo año 1903. En esa Cámara, el senador por Catamarca doctor Julio Herrera, atacó las bases del proyecto, impugnándolo en general y exponiendo puntos de vista muy adelantados en materia penal.

* * *

34. La defensa del proyecto de 1891.—Mientras se debatía en el Congreso la reforma del Código, se hicieron algunas publicaciones en defensa del proyecto de 1891.

El doctor Rodolfo Rivarola en un folleto titulado "La Reforma Penal", comparó el proyecto de la comisión de diputados con el código entonces vigente y con el proyecto de 1891, del cual era coautor. El objeto de ese trabajo era, sobre todo, el de señalar la falta de originalidad del proyecto de la comisión de diputados y la inconveniencia de injertar en un código determinado, parte de otro que obedecía a un sistema distinto. Después de establecer en qué consistía la reforma y de referirse a comentarios hechos en reportajes por el juez doctor Rodríguez Bustamante y el fiscal doctor Ernesto Quesada, dice que la originalidad no importa en el caso, pero que debió haberse dicho toda la verdad para no contribuir a que la opinión se extraviara. En las páginas siguientes se anotaban las concordancias, a los efectos de facilitar el examen sereno y reposado del asunto.

El doctor Osvaldo Piñero, profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en conferencia leída en el Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, el 28 de mayo de 1900, se refirió a los trabajos de reforma, haciendo un examen del proyecto de 1891. Sobre el mismo dijo que, a pesar de constituir un conjunto nuevo, había cuidado de conservar las disposiciones vigentes, en cuanto ellas eran compatibles con la índole de las reformas producidas. Criticó algunas omisiones, lo elogió en general, y dijo en síntesis que era un trabajo completo, homogéneo, que responde en todos los casos a objetivos ciertos y bien definidos; que se inspira en lo grande y en lo pequeño, en las disposiciones generales y en los preceptos especiales, en la fuente pura de los principios e ideas más adelantadas de la ciencia del derecho penal. Examinó, por fin, el proyecto en discusión en la Cámara de Diputados.

El doctor Matienzo, también coautor del proyecto de 1891, dió el 21 de junio de 1900, una conferencia en el Centro Jurídico y de Ciencias Sociales, acerca del asunto, la que se ha publicado en folleto, con el título: "La Revisión del Código Penal Argentino".

Al referirse a los trabajos parlamentarios, dijo que había llamado su atención la aprehensión inmotivada por un proyecto completo, porque las reformas parciales están expuestas a resultar un trabajo trunco, incapaz de mantener la armonía entre el resto de la obra anterior y la nueva. Los antecedentes nacionales demuestran que hemos adoptado códigos completos en lugar de aceptar reformas parciales.

Refuta las expresiones del discurso producido en la Cámara de Diputados por el miembro informante, y aboga por la unidad de la ley penal. Defiende la legislación nacional de faltas, y alega elocuentemente a favor del proyecto de 1891. Concluye diciendo:

"La reforma tiene que ser concordante con nuestro genio "nacional, que ama la armonía y el orden del conjunto. Una "reforma trunca y con visibles incongruencias no los satisfaría, "y así como salvo casos de extrema necesidad, preferimos tener "el traje raído pero sin remiendos aparentes, hasta que llegue la "oportunidad de poderlo reemplazar por uno flamante, yo digo: "mantengamos todavía el código actual, si aun nos falta la tela "necesaria para hacer otro nuevo, pero no adoptemos el sistema "de las enmiendas parciales y aisladas, que no es científico ni "artístico. Toda revisión debe ser íntegra y armónica, sea que "altere o respete gran parte de lo existente, y si no estamos su-"ficientemente preparados para ella, y queremos que llegue el "momento oportuno en que podamos hacerla dignamente, esta-"bleciendo con la perfección acequible al ingenio humano los "verdaderos principios y aplicaciones del derecho penal."

* * *

35.—La reforma promovida en 1904.—El examen extenso de la ley de reformas, la comparación de cada uno de sus preceptos con los del código entonces vigente y la crítica de la misma, la he hecho a raíz de su publicación en el libro "La Ley Penal Argentina", al que me refiero para no incurrir en repeticiones innecesarias.

Sancionada la ley N.º 4189, que fuera atacada en la Cámara de Senadores, como hemos dicho, de manera tan brillante, por el doctor Julio Herrera, quien reveló allí su vasta erudición en la materia, el problema de nuestra legislación penal, lejos de resolverse, se agravó. Las críticas arreciaron y los mismos jueces expresaron sus opiniones contrarias al sistema vigente.

El P. E., ante esta situación, se propuso, entre otras cosas, afrontar de nuevo la reforma, y por decreto de 19 de diciembre de 1904, suscripto por el presidente doctor Manuel Quintana y el ministro Joaquín V. González, se designó una comisión de reformas legislativas, compuesta por los doctores Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía. Nombró también secretario de la misma al doctor José Luis Duffy.

El decreto que se proponía la realización de un vasto plan, decía:

"1.º—Que hay necesidad evidente de dar la mayor estabili-"dad y unidad posibles a las múltiples leyes que rigen en la Re-"pública sobre penalidad y su procedimiento, por las graves per-"turbaciones que de tal multiplicidad resultan para la buena ad-"ministración de justicia, y en particular por lo que se refiere "a la permanencia del extranjero en el territorio de la Nación;

"2.º—Que además de las leyes penales, existen otras nume-

" rosas dictadas ya por el Congreso, ya por las legislaturas de
" las provincias, relativas a derechos personales y reales y a la
" forma de hacer efectivos unos y otros en el territorio de las
" diferentes provincias y en el de la Capital y Territorios Fe-
" derales, que hacen cada vez más difícil el ejercicio y goce de
" la condición civil asegurada por la Constitución a todos los
" habitantes de la República, sobre la base de igualdad y de
" garantías comunes;

" 3.º—Que existe conveniencia indudable en revisar e impri-
" mir carácter permanente, o por lo menos durante un largo pe-
" ríodo de tiempo, al Código Penal de la Nación, el que después
" de frecuentes reformas generales o parciales, no ha logrado sa-
" tisfacer los unánimes anhelos de una justicia equitativa, equili-
" brada y concorde con el estado social de la población en las
" varias regiones de la República, y menos en la Capital Federal;

" 4.º—Que las leyes orgánicas de la Justicia, y las de pro-
" cedimientos, si bien han realizado progresos considerables en el
" sentido de los principios jurídicos más adelantados en la legis-
" lación contemporánea, han producido por su multiplicidad y
" diversidad, un excesivo y complicado mecanismo que se traduce
" en retardos y carestía de la justicia misma, inconvenientes agra-
" vados por la diferencia de fueros federal, provincial y mixto,
" y por la posición anormal en que ha venido a colocarse la jus-
" ticia en el Distrito Federal de la Capital, donde por su pobla-
" ción e importancia económica, se condensa la mayor parte de
" la vida judicial del país, situación que a todas luces es urgente
" regularizar a los efectos de una mayor simplificación, y de ob-
" tener una administración de justicia más activa y menos one-
" rosa;

" 5.º—Que el desarrollo de la legislación parcial, dictada des-
" de 1862 hasta 1904, relativa a organización y procedimientos en
" el fuero federal, presenta un gran conjunto de leyes dispersas
" que dificultan su conocimiento por el pueblo y su estudio en
" las aulas, aparte de que, por el tiempo transcurrido y por el
" espíritu liberal de la jurisprudencia desarrollada en los tribu-
" nales, reclama reformas en armonía con los adelantos de la
" época y el crecimiento general del país, bajo todos sus aspec-
" tos: razones que imponen ya una codificación o ya una corre-
" lación más íntima entre esas numerosas leyes sueltas, e incohe-
" rentes la más veces;

" 6.º—Que a estas consideraciones debe agregarse la diferen-
" cia de formas procesales y de garantías a que se halla sujeta
" la administración de justicia en las distintas provincias, las cua-
" les, si bien se hallan contenidas en la forma de gobierno federal
" establecida por la Constitución, esta misma tuvo ya en vista la
" necesidad de uniformar las reglas de procedimiento y las ins-
" tituciones judiciarias, en cuanto y en la medida que fuera posi-
" ble, como una tendencia hacia la ulterior unificación de todas por
" consenso de las mismas provincias y del Congreso (C. N. art. 67,
" inc. 11; art. 107); y con esto manifestaron los autores de la
" Constitución, una vez más, el alto espíritu de previsión que es
" la característica de sus preceptos, sin que tales elementos par-
" ciales de centralización importasen debilitar en lo más mínimo
" el vínculo federativo interprovincial, desde que, como ha ocu-
" rrido en otras naciones de federalismo más absoluto, como en
" Suiza y en Alemania, se ha ido uniformando diversos ramos de
" la legislación diferencial, inspirados en los mismos anhelos de
" progreso público y consolidación nacional del presente decreto;
" siendo de notar que ya, al discutirse la cláusula 11.ª del art. 64
" de la Constitución Argentina en 1853 (art. 67 actual), se hizo
" presente que la diversidad de legislación era un verdadero "la-
" berinto" que debía oponer graves obstáculos al propósito de
" afianzar la justicia que la Constitución manifestaba en su
" preámbulo (actas del Cong. Gen. Const. 1853, Edic. 1893,
" pág. 342);

" 7.º—Que si una unificación completa no fuera posible, es
" indudable la conveniencia de realizar esa correlación en nu-
" merosas materias que directamente afectan el bienestar de las
" personas y el desarrollo de la prosperidad pública, ya sea
" impidiendo el más libre ejercicio de los derechos personales
" en las diferentes provincias, ya gravando excesivamente las
" operaciones de transmisión o disposición de los bienes, ya, en
" fin, en el sentido de la seguridad de las personas y de la propie-
" dad, tan esenciales para radicar en el país una población culta
" y laboriosa: cuestiones todas estas que la Constitución ha pre-
" visto cuando ha declarado que "las provincias pueden celebrar
" tratados parciales para fines de administración de justicia, de
" intereses económicos y trabajos de utilidad común" (art. 107),
" siendo evidente que caería bajo esta autorización un convenio

" que tuviere por objeto adoptar ciertas y determinadas reglas co-
" munes para los fines antes expresados, siempre que concurriese
" en él la aprobación del Congreso Federal;

" 8.°—Que del punto de vista de los procedimientos más efi-
" caces para llegar a los resultados que aquí se expresan, de fun-
" dar un orden judicial firme y progresivo, se hace ya necesario
" acudir a los estudios directos de la condición social del país,
" por medio de investigaciones suficientes a fin de obtener el co-
" nocimiento posible de la verdad, sobre que ha de apoyarse la
" obra del legislador, so pena de vagar indefinidamente en las
" incertidumbres y pruebas que han caracterizado hasta ahora los
" códigos comunes y leyes procesales de la República, con algunas
" notables excepciones; a cuyo efecto se impone la necesidad de
" autorizar en toda la administración, las indagaciones que concu-
" rran a ilustrar más el juicio de los que se encarguen de la de-
" licada misión de preparar los respectivos proyectos de ley;

" 9.°—Que el personal ordinario del Ministerio de Justicia ca-
" rece del tiempo material requerido para afrontar la tarea antes
" enunciada en toda su extensión, habiendo sido, por esta causa,
" usual, según los casos, el nombramiento de comisiones especiales
" de uno o más jurisconsultos o peritos para redactar, corregir,
" reformar o editar los códigos, como se hizo (sin referirse a los
" códigos y leyes de otras jurisdicciones, como los Militares, Rura-
" les, Marítimos, etc.) con el Código Civil en 1864 y 1900; con
" el de Comercio en 1870, 1886 y 1889; con el Penal en 1864,
" 1886, 1890 y 1903; con el de Minería en 1871, 1876, 1886, 1890
" y 1896; con el de Organización del Jurado y Procedimiento Pe-
" nal Federal en 1875; con el de Procedimientos en lo Civil y Co-
" mercial en 1886 y 1894 y el de Procedimientos en lo Criminal y
" otras leyes en 1884, 1885, 1888 y 1895; y es tanto más aceptable
" el precedente en las actuales circunstancias, en que el desarrollo
" de todas las condiciones de la vida en la República, y las im-
" prescindibles conclusiones de las ciencias correlativas con la le-
" gislación penal, hacen imposible la realización por una sola per-
" sona o por los funcionarios oficiales exclusivamente, de una la-
" bor preparatoria y definitiva de tanta magnitud, hallándose, por
" otra parte, aquéllos, consagrados al estudio y redacción de otros
" proyectos de igual importancia para completar o perfeccionar la
" legislación judicial y educativa de la República."

El decreto, como ha podido verse, plantea cuestiones trascendentales para nuestra legislación.

La comisión nombrada se expidió parcialmente, y en 10 de marzo de 1906 se dirigió al Ministerio de Justicia acompañando un nuevo proyecto de Código Penal.

* * *

36.—El proyecto de 1906.—El criterio general de la reforma y las bases de la misma fueron dados en la primera parte de la exposición de motivos, la cual se refería después a las principales innovaciones y a la explicación sintética de los preceptos.

Entre otras cosas, decía:

" Podemos, desde luego, asegurar que todos los miem-
" bros de la comisión, penetrados de que un Código Penal
" no es el sitio aparente para ensayos de teorías más o me-
" nos seductoras, han renunciado deliberadamente, y desde
" el primer momento, a toda innovación que no esté abonada por
" una experiencia bien comprobada y que, cuando han adoptado
" alguna, en estas condiciones, no se han preocupado de averiguar
" si ella se debe a la iniciativa y al patrocinio de los clásicos o de
" los positivistas.

" Las preocupaciones de escuela, las discusiones teóricas, las
" disquisiciones académicas, no han tenido cabida en el seno de la
" comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones personales de
" sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia penal,
" todos han estado de acuerdo en que no era la oportunidad de
" sostenerlas, porque queríamos que la obra común resultara libre
" de todo espíritu sectario y constituyese una zona franca, a cu-
" bierto de cualquier reproche de exclusivismo.

" Libre, pues, nuestro espíritu de prejuicios de escuela, y em-
" peñados solamente en que el proyecto consulte las necesidades
" del país y las aspiraciones generales, hemos iniciado y terminado
" este trabajo, tomando como norma las bases fundamentales si-
" guientes: 1.° La unificación, de acuerdo con los términos del de-
" creto de 19 de diciembre de 1904, de las múltiples leyes penales
" existentes en la República; 2.° La adopción de algunas institu-
" ciones modernas, cuya eficiencia para el castigo o la corrección

" está abonada por la experiencia de las naciones que las han im-
" plantado, y la mejora de otras ya incorporadas a nuestra legis-
" lación; 3.° La simplificación del sistema penal, de modo que
" pueda ser fácilmente aplicado en la República, dados sus ele-
" mentos actuales; 4.° La inserción de algunas disposiciones ten-
" dientes a suplir vacíos y deficiencias que se notan en el Código,
" tanto en la parte general como en la relativa a los delitos y sus
" penas; y 5.° La ordenación en forma más lógica de las distintas
" materias que comprenden dicho código."

La misma exposición de motivos se refería a la unificación de las leyes penales, la que constituía una necesidad ineludible, desde que el Código Penal tiene que ser único para toda la Nación. La coexistencia de distintas leyes con diferentes clases de penas, y hasta con principios generales diversos, era una verdadera anomalía, tratándose de materias que deben legislarse uniformemente para todo el país. Se refiere también a la inclusión de un libro sobre faltas, el que, sin embargo, podría eliminarse si se presentaran escrúpulos de carácter constitucional.

Antes de examinarse las disposiciones en concreto, la exposición de motivos se refiere especialmente a las nuevas instituciones, o sea a la condenación condicional y a la libertad condicional. Se ocupa especialmente de la individualización de las penas y del criterio que se ha tenido en vista para las atenuantes y agravantes. Con relación a este último punto, se detiene con especialidad en lo relativo a la reincidencia.

Las disposiciones del proyecto, como asimismo las de los anteriores, serán estudiadas cuando examinemos, al ocuparnos de cada artículo del código vigente, los antecedentes que lo han informado.

El proyecto de 1906 ha sido objeto de juicios elogiosos y de críticas fundadas. La más importante e interesante de éstas es la que hizo el doctor Julio Herrera en su libro "La Reforma Penal", que se tuvo muy en cuenta por la comisión especial de la Cámara de Diputados, que elaboró el proyecto de 1917.

El Congreso, al cual se pasó el nuevo cuerpo, no lo despachó, permaneciendo a estudio de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, donde en varias oportunidades se trató de poner en movimiento un asunto de tanto interés, sin el resultado deseado.

37. Las leyes penales sancionadas mientras la reforma se discutía: a) Reincidencia; b) Falsificación y circulación de moneda; c) Seguridad social; d) Cheques dolosos; e) Trata de blancas.— Después de sancionada la ley de reformas, y al mismo tiempo que se producían trabajos tendientes a propiciar la revisión completa de nuestras leyes penales, se dictaron distintas leyes de circunstancias, tendientes a reprimir delitos determinados.

La ley número 4189, desde luego, tuvo en consideración dos leyes reformatorias del Código Penal: la número 3335 de 26 de diciembre de 1895, sobre reincidentes, y la número 3972 de 17 de noviembre de 1900, sobre represión de la falsificación y circulación de moneda.

La primera de esas leyes, iniciada por el P. E. en 1894, y comentada por el doctor Ernesto Quesada en su libro "Comprobación de la reincidencia", establecía que las penas correccionales o de instrucción, que los jueces de la Capital y Territorios Nacionales impongan a los reincidentes por segunda vez, serán cumplidas en los Territorios Nacionales del sud, que el P. E. designe al efecto. Por decreto de 3 de enero de 1896 se fijó el territorio de la Tierra del Fuego para el cumplimiento de esa pena. Ese es el origen inmediato de la deportación consagrada en la ley número 4189.

La segunda de aquellas leyes tuvo origen en la Cámara de Diputados. Su propósito inmediato fué aumentar enormemente las penas existentes para los delitos de falsificación y circulación de moneda, entendiendo evitarlos así. El criterio de esa ley influyó en la de reformas a que antes me he referido. Debe tenerse en cuenta que en una y otra intervino el doctor Juan Antonio Argerich, que al imponer su modo de pensar en la primera, era lógico que lo hiciera triunfar en la segunda.

Después de sancionada la ley número 4189, se dictan las leyes 7029, sobre seguridad social; 9077, sobre cheques dolosos, y 9143, sobre represión de la trata de blancas, sin contar algunas otras leyes que no refiriéndose expresamente a materia penal contienen represiones colocadas como garantía del cumplimiento de las mismas.

La llamada ley de seguridad social fué poco tiempo después

de promulgada, objeto de un estudio que publiqué en la "Revista Argentina de Ciencias Políticas" (1), y posteriormente en un folleto. No repetiré ahora la crítica allí vertida y me limitaré a transcribir la síntesis que hice al fin de aquella exposición, diciendo:

"La ley de seguridad social número 7029, renueva el problema "constitucional que planteó la ley de residencia cuando hubo "tiempo para solucionarlo; confunde atentados y delitos, provo- "cando interminables discusiones jurisdiccionales; contraría ten- "dencias civilizadoras y arraigados sentimientos nacionales; agra- "va la desarmonía de nuestras leyes penales, contrariando abier- "tamente el Código y la ley de reformas en puntos fundamentales; "carece de relación y concordancia con la legislación vigente; es "inaplicable para muchos de los hechos que castiga por sus "errores en cuanto a la designación del juez y a la determinación "del procedimiento; y es, en definitiva y en su mayor parte, un "conjunto ilusorio e impracticable.

"Su modificación sería inconveniente, porque las deficiencias "son totales. Lo que se impone, es su reemplazo, partiendo de un "criterio más científico."

El Código Penal no contenía precepto alguno que castigase al que libra un cheque sin tener depósito en el Banco, contra el cual gira.

Para evitar las estafas realizadas con ese ardid, el diputado Delfor del Valle presentó un proyecto, que fué sancionado y que tiene como ley el N.° 9077.

Se agregaba, en virtud del mismo, un nuevo inciso, el N.° 15, al artículo 203 del Código Penal, en el cual se establece que quedan comprendidos en sus disposiciones los que dieran en pago cheques sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, siempre que dentro de las 24 horas del protesto no abonaren su importe.

La ley no produjo los resultados esperados, porque los tribunales entendieron que incriminaban a los que cometían defraudación por medio de cheques y no a los que giraban un cheque sin depósito. La defraudación por medio de cheques estaba, por lo demás, prevista por el precepto general del artículo 202 del código vigente.

(1) Tomo I, página 340.

Fué debido a esos resultados que el mismo autor de la ley, señor del Valle, presentó a la Cámara, con fecha 20 de agosto de 1913, un proyecto nuevo, que se encuentra en la página 952 del tomo 2.° del Diario de Sesiones de aquel año.

La ley número 9143 se sancionó por iniciativa del diputado doctor Alfredo L. Palacios, y tuvo por objeto reprimir la trata de blancas, combatiendo una verdadera lacra social.

El código vigente era, sin duda alguna, deficientísimo en esta materia. Se ocupaba en el título III del libro segundo, de los delitos contra la honestidad, tratando en cinco capítulos del adulterio, de la violación, del estupro y corrupción de menores, del rapto y de disposiciones comunes. En este último se contenían reglas relativas al ejercicio de acciones, a obligaciones civiles y a la situación de ciertas personas en esa clase de delitos.

Con respecto a corrupción de menores, traía sólo el artículo 132, por el cual se incriminaba al que, habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores. La pena se graduaba de acuerdo con la edad de la menor.

La ley número 4189, siguiendo al proyecto de 1891, reemplazó esas disposiciones con los incisos g y h del artículo 19, los que introdujeron sobre el Código varias novedades.

En primer lugar, se quitó el término "habitualmente", castigando en todos los casos la prostitución o corrupción de menores; en segundo, estableció la deportación para el caso de reincidencia; en tercero, se refirió al menor, sin distinción del sexo; y por último, fijó la línea de distinción en los doce años y no en los catorce.

Los preceptos de la ley importaban un progreso sobre el Código; pero las penas no tenían la severidad necesaria ante el incremento de ese grave delito, ni las previsiones se extendían a todos los casos.

La ley 9143 vino, así, en principio, a llenar una necesidad, debiendo, sin embargo, observarse que siendo complementaria del Código Penal, contiene preceptos ajenos a esta ley y algunas contradicciones entre sus artículos, que han ocasionado dificultades prácticas.

Todas estas leyes fueron tenidas en cuenta al iniciarse la reforma en el año 1916.

* * *

38. La reforma iniciada en 1916.—Bases para la misma.—El proyecto presentado.—He tomado en la reforma que se inició el año 1916, una activa participación personal, desde que fuí autor del proyecto que dió motivo a la misma, y desde que presidí la comisión especial formada también por mi iniciativa, en la Cámara de Diputados, para redactar el proyecto definitivo. No puedo, por consiguiente, emitir juicios, desde que se trata de la propia obra; pero estoy en condiciones de exponer la forma cómo se procedió hasta llegar a la sanción de la ley.

Desde luego, cuando se trata de reformar una ley no se afronta un problema de carácter personal, sino una cuestión de alcance social, de manera que las opiniones individuales deben pesar en cierta medida y no pretenderse su imposición en contra del pensamiento del mayor número. El legislador es, ante todo, un intérprete inteligente del medio en que actúa, sobre el cual puede influir tratando de mejorarlo, pero nunca pretendiendo transformarlo con la creación de instituciones repudiadas por el sentimiento medio.

En materia de legislación de fondo, las instituciones existen por obra de la convivencia social y por encima de los preceptos de las leyes, no pudiendo, por consiguiente, alterarse en sus fundamentos. Lo que hace el legislador es reglamentarlas de manera que sirvan del modo más eficaz al conjunto, dentro del cual se desenvuelven.

En esta misma materia, y en el orden penal, el legislador no inventa delitos. Su misión consiste en proyectar correcciones y represiones para los hechos que contrarían la estabilidad social, del modo y en la forma que representen mayor eficacia.

Las reformas se hacen siempre tomando como base una ley o un proyecto existente, y como es ese el medio más práctico, resolví seguirlo. Hubiera podido proyectar una planilla de modificaciones al Código; pero no existiendo un código solo, como he dicho antes, sino un conjunto de leyes dispersas, carentes de vinculación, el sistema con esa base me habría expuesto a un fracaso. Pensé entonces que para poner en movimiento la reforma, era lo mejor tomar como base el proyecto de 1906, y hacerlo servir para

una encuesta a realizarse principalmente entre profesores, autores y magistrados de la Nación y de las provincias. Pero, como después de presentado el proyecto de 1906 se habían sancionado varias leyes penales, consideré que era oportuno adaptarlo a las nuevas sanciones y no presentarlo íntegramente, sino con las modificaciones que ya le habían impuesto las circunstancias. Así lo hice, y en los fundamentos que di en la Cámara de Diputados, manifesté que aceptaba como base para la reforma penal, el proyecto de 1906, que realiza la unificación con las modificaciones que concretaba en los doce siguientes apartados:

1.° Supresión del libro sobre "faltas" y de las palabras que al mismo se refieran en los artículos del proyecto que las contienen;

2.° Supresión de la pena de muerte, eliminando los preceptos que la consagran y substituyendo esa pena por otra en los casos en que se impone;

3.° Mantenimiento de la mitad de las pensiones de ciertos condenados, cuando tuvieren familia y a beneficio de ésta;

4.° Disminución del mínimum en la penalidad del homicidio para dar mayor margen a los jueces;

5.° Mantenimiento de la pena del código entonces vigente en el delito de disparo de arma de fuego;

6.° Penalidad de la agresión con toda arma, y no solamente con arma blanca;

7.° Limitación de la pena, en los casos de alteración de estado civil, la que deberá aplicarse solamente cuando hubo el propósito de causar un perjuicio;

8.° Aumento de la penalidad en los delitos contra la honestidad, para concordarla con el criterio de las leyes vigentes;

9.° Derogación de la ley número 9143, que reprime la trata de blancas, e incorporación al Código de los preceptos que encierran previsiones no contenidas en aquél, a los efectos de la unificación y concordancia;

10.° Derogación de la ley número 7029, llamada de seguridad social, e incorporación al Código, a los efectos indicados, de los hechos que aquélla incrimina y omite el proyecto;

11.° Derogación de la ley número 9077, sobre cheques dolosos, e incorporación en su lugar respectivo, de dos preceptos del proyecto sobre el mismo asunto, del diputado Delfor del Valle;

12.° Derogación de las leyes anteriores, tanto federales como ordinarias, sobre materia represiva.

* * *

39. Los términos de la encuesta. — La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—No tuve jamás el pensamiento de que ese proyecto fuera una expresión definitiva, y así lo dije en la exposición agregada al mismo. Mi propósito era que sirviese de antecedente para la preparación del articulado a sancionarse por las Cámaras una vez oídas las opiniones de las personas a que antes he hecho referencia. Para llenar el propósito enunciado, con fecha 10 de agosto de 1916, me dirigí a todos los magistrados del fuero criminal, correccional y de instrucción de la República, acompañando un ejemplar del proyecto y pidiéndoles quisieran contestarme a las tres siguientes preguntas:

1.°—¿Qué piensa sobre la reforma penal y su oportunidad?

2.°—¿Qué opinión tiene sobre el proyecto que se acompaña? y

3.°—¿Qué reformas cree oportuno introducirle, sobre todo las de carácter práctico, impuestas por la experiencia?

Iniciada así la encuesta, en la la sesión del 20 de septiembre de 1916 propuse en la Cámara de Diputados se autorizara a la presidencia para que designase una comisión especial, compuesta de cinco miembros, a fin de que estudiara los proyectos sobre legislación represiva, social y carcelaria, la que debería presentar su despacho en las primeras sesiones de 1917.

Expresé con ese motivo, que la Cámara no podría, en los pocos días que faltaban para la terminación del período ordinario, afrontar una cuestión de importancia tan trascendental como era la reforma penal, pero que eso podría hacerse preparándose el trabajo durante el receso y presentándose un despacho para ser considerado en 1917. Agregué que la materia penal, en opinión casi unánime, se encontraba legislada entre nosotros de manera inadecuada, habiendo recibido en esos días y con motivo de la encuesta en marcha, opiniones de diversos magistrados, de diferentes puntos de la República, que dicen con rara unanimidad ser impostergable la reforma penal.

Sancionada la indicación en los siguientes términos: Autorizar a la presidencia para que designe una comisión especial compuesta de cinco diputados, a fin de que estudie los proyectos sobre legislación represiva, social y carcelaria, que deberá presentar su despacho en las primeras sesiones del año próximo, la presidencia nombró a los diputados Jerónimo del Barco, Delfor del Valle, Antonio de Tomaso, Carlos Pradére y Rodolfo Moreno (hijo). El 28 de septiembre se constituyó la comisión bajo mi presidencia, designándose secretario al doctor de Tomaso.

La comisión renovó y amplió la encuesta, dirigiéndose también al P. E., a los profesores de derecho penal en las universidades nacionales, y a los senadores y diputados de la Nación.

A mi propuesta, la comisión planteó unas cuantas cuestiones fundamentales a estudiarse entre sus miembros y referentes a la pena de muerte; a la legislación de faltas; a la responsabilidad de los menores; a la individualización de la pena y a la reparación de los perjuicios.

La comisión, no sólo tenía a estudio el Código Penal, sino un proyecto del diputado del Valle, sobre cheques dolosos; otro del diputado de Tomaso sobre derogación de la ley social, y otro mío sobre residencia y expulsión de extranjeros.

Cuando se recibieron en cierto número las contestaciones para la encuesta, la comisión, a fin de trabajar con bases concretas y teniendo en cuenta el conjunto de antecedentes que había reunido, me encargó la preparación del proyecto, a los efectos de serle sometido. Puse en esa labor altamente honrosa todo mi empeño, y en la sesión del 16 de julio de 1917, anuncié en la Cámara de Diputados, que el despacho se encontraba listo y acababa de ser presentado por la comisión especial. La Cámara resolvió que se imprimiera con las conclusiones de la encuesta y que se pusiese a la orden del día.

* * *

40. Labor de la comisión.—El proyecto definitivo.—La redacción del proyecto definitivo y de la larga exposición de motivos fué muy laboriosa. Se redactó primero el texto del proyecto, el que fué antes de ser sometido a la comisión, cuidadosamente examinado con el doctor de Tomaso, con quien tuvimos reuniones diarias durante más de quince días. Consulté especialmente al doctor Julio Herrera, quien siendo senador al discutirse la ley de reformas, planteó la disidencia recordada y que escribió después,

para corroborar sus opiniones, el libro "La Reforma Penal", examinando y criticando el proyecto de 1906. El doctor Herrera trabajó conmigo y me hizo atinadas observaciones. Consulté también con el doctor Octavio González Roura, camarista del crimen; con el doctor Tomás Jofré y otros, y tuvimos en cuenta las contestaciones recogidas con motivo de la encuesta. Hecha la revisación final con el doctor de Tomaso, redacté la exposición de motivos, cuyos originales conservo, lo mismo que los del proyecto, y una vez realizado todo ese trabajo lo sometí a la comisión, la cual, después de madurado estudio, lo aceptó en todas sus partes.

Tal ha sido la gestación de la reforma.

El proyecto de 1917 tiene grandes diferencias con el de 1906. El doctor Juan P. Ramos, conocido profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, con una competencia indiscutible en la materia, ha publicado con el título de "Concordancias del Proyecto de Código Penal de 1917", un trabajo hecho con los alumnos de su curso, y en cuya introducción, por cierto muy erudita, dice, refiriéndose a las diferencias, que la comisión de la Cámara de Diputados redactó un proyecto nuevo, distinto del de 1916. Aceptando la arquitectura general de aquél, dice el doctor Ramos, había retocado en tal forma sus instituciones fundamentales, que su texto resultaba en la parte general, una verdadera innovación. Suprimía tantas cosas, modificaba tanto otras, creaba tales instituciones nuevas, que más de una de las personas que manifestaron su conformidad con el texto primitivo, pudieran, tal vez, sentirse contrarias al nuevo aspecto con que aparecía ante la Cámara en el texto de 1917.

Precisamente, la observación del distinguido profesor, demuestra que se hizo lo que se quería hacer, o sea recoger opiniones sobre el proyecto de 1906, para redactar el articulado definitivo.

* * *

41. Rasgos principales del proyecto de 1917.—Veamos ahora las principales características de la nueva ley.

El nuevo código explicado en la amplia exposición de motivos, consulta dos factores: la teoría y la práctica, habiéndose apartado en la articulación de las doctrinas no abonadas por la experiencia.

El primer título se refiere a la aplicación de la ley penal y trae preceptos que no existen en las leyes actuales y que son indispensables. El Código debe aplicarse a los delitos cometidos en el territorio de la Nación, en sus buques de guerra, en los mercantes que lleven la bandera cuando naveguen en alta mar o en aguas jurisdiccionales de un Estado que no los reprimiese, y en los buques mercantes extranjeros que se hallen en nuestras aguas jurisdiccionales; y a los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados argentinos en desempeño de sus cargos.

El proyecto originario era más amplio, pero el Senado suprimió dos incisos en el primer artículo.

En el mismo título se acepta el criterio de la ley más benigna, tal como rige hoy para el caso en que se dictaren preceptos distintos, pero se establece que los efectos de una ley nueva se operarán de pleno derecho.

Para que los criterios de la ley penal sean idénticos siempre que se trate de aplicar represiones, se establece que las disposiciones generales del Código se extienden a todos los delitos previstos por leyes especiales. Aun cuando el proyecto tiende a la unidad, debe tener en cuenta, no sólo que pueden dictarse con posterioridad a su sanción otras leyes, sino que hay represiones especiales en otros cuerpos que no conviene incorporar al Código, como son las que contienen las ordenanzas de aduana, la ley electoral, la de marcas de fábrica, la de impuestos internos y otras.

El Código deja librada a las provincias la legislación sobre faltas, ocupándose únicamente de los delitos.

El título segundo se refiere a las penas. Las novedades en esta parte son grandes con relación a la teoría de la ley anterior, que, como es sabido, no se aplica, pues las represiones se confundían en sus efectos. La comisión trató de ceñirse a un sistema que pueda y deba ser aplicado y satisfaga nuestras exigencias.

Suprime, desde luego, la pena de muerte, que a pesar de mantenerse en el código anterior, no se ha hecho efectiva en los últimos años más que en una ocasión en la capital de la República.

De las cuatro penas anteriores de encierro, que no se diferenciaban en la práctica, y que sólo servían para disertaciones teóricas, el Código toma dos: la reclusión y la prisión. Ambas pueden ser temporales o perpetuas, y ambas imponen el trabajo obligatorio. La clase de trabajos y la clase de establecimientos, deben ser diferentes en esas dos penas. La ley esboza las distinciones y deja

los detalles para la ley de organización carcelaria que preparó la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria, pero que no se ha sancionado.

Establece también de manera terminante, que las mujeres y los menores deberán cumplir sus penas en establecimientos especiales.

El régimen carcelario debe ser uniforme en todo el país, para que el Código Penal no se cumpla de diferente manera en la Capital y en las provincias Estas deberán tener establecimientos adecuados, y si no los tuviesen mandarán sus condenados a los establecimientos nacionales respectivos.

Se consignan preceptos relativos al peculio de los condenados, los que deberán tenerlo en vista del trabajo remunerativo que se les impone. Se establecen también las incapacidades civiles que apareja la condena y los derechos de esos penados.

La gracia anterior para los condenados a presidio o penitenciaría, se reemplazó con la libertad condicional, estudiada y proyectada ya por la comisión de 1906.

Dicha libertad no se concede a los reincidentes; es revocada cuando se comete un nuevo delito y obliga a los liberados a cumplir determinadas condiciones hasta que se produzca el vencimiento del término de la condena reducida por la libertad condicional. Antes, las autoridades no debían tomar medidas contra los condenados, a los cuales se reducían las penas, pues la libertad se otorgaba de manera definitiva, en contra de todos los postulados del derecho penal moderno. Según el nuevo código, esa libertad es condicional y revocable, lo que permite una acción precaucional sobre el delincuente.

La pena de inhabilitación, como accesoria, se extiende más allá del tiempo de la condena, teniendo en cuenta que durante ésta existe de hecho. La inhabilitación es como en la ley vigente, perpetua, temporal, absoluta y relativa.

La pena de multa se reglamenta con formas nuevas y modernas. Desde luego, se establece que el juez tendrá en cuenta para graduarla, las condiciones económicas del penado, debiendo traducirse en una prisión que no excederá de un año y medio, cuando no se pagase. Pero el tribunal queda autorizado, antes de transformar la multa en prisión, a hacerla efectiva sobre cualquier bien del condenado, pudiendo aceptarse cuotas. Para todo esto se da un término de seis meses, pasado el cual se impone la condena corporal.

El reo debe quedar en libertad satisfaciendo la multa en cualquier tiempo, y si ha empezado a cumplir la pena de prisión, debe hacerse el descuento correspondiente.

La ley dispone también la pérdida de todos los objetos que sirvieron para ejecutar el delito, los que serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Estos objetos no podrán venderse en ningún caso, pudiendo sus materiales ser aprovechados por los gobiernos de la provincia o por el Arsenal de Guerra de la Nación.

El título tercero se ocupa de la condena condicional, la que se consignó de acuerdo con las legislaciones más adelantadas del mundo, en los dos proyectos anteriores al presente.

La condenación condicional, o sea la suspención de la aplicación de la pena, podrá concederse por los tribunales cuando la condena fuere de reclusión o prisión que no excediese de dos años o de multa. Los tribunales, para decretar la suspensión, deberán tener en cuenta la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad.

La condenación condicional no procede para los reincidentes. La condena se tendrá como no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena, a contarse desde la fecha de la sentencia, el condenado no comete un nuevo delito. Si lo cometiera, se aplicará la condena suspendida y la nueva.

Las reglas de la condena condicional se aplican también en los casos de concurso de delitos cuando la pena aplicable no excediese de dos años de prisión o multa.

La comisión de la Cámara de Diputados tuvo en cuenta para redactar el título, no sólo el proyecto primitivo y sus antecedentes, sino la doctrina, la legislación comparada y las observaciones concretas hechas por el doctor Julio Herrera en su libro "La Reforma Penal".

En el título sobre reparación de perjuicios se han aceptado los principios de las comisiones anteriores, estableciendo la obligación de indemnizar el daño material y moral, la restitución de las cosas obtenidas por el delito y el pago de las costas, fijándose las reglas del caso para hacer efectivas esas sanciones.

El título quinto es uno de los más novedosos. Se ha substituído, desde luego, el rubro tradicional de "responsabilidad", para reemplazarlo por el de "imputabilidad".

La comisión parlamentaria de mi presidencia, consideró que de acuerdo con un precepto de la Constitución, que nosotros no necesitamos repetirlo en la ley, porque la carta fundamental lo contiene, todo el que incurre en delito se encuentra sometido a la pena correspondiente, no debiendo considerarse como tales delitos sino los hechos u omisiones castigadas por el Código. Siendo esa una regla general que hace imputables a todos, la ley debe fijar las excepciones, estableciendo en qué casos no concurre un castigo a pesar de haberse realizado un hecho calificado de delito.

El proyecto considera, por consiguiente, que son inútiles los enunciados generales, que sólo sirven para complicar el problema social de la represión, y que debe limitarse a determinar a quiénes no se castiga o en qué casos no concurre pena.

Se declara, en primer término, que no es punible aquel que en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas, o por su estado de inconsciencia, no pudo comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones. Pero el hecho de que se absuelva no significa que la sociedad no pueda y deba tomar medidas contra el sujeto peligroso. Por eso se establece que en los casos de enajenación mental, el alienado será internado en un manicomio, de donde no saldrá sino por resolución judicial, una vez que hubiere desaparecido el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás. En todos los otros casos, los de ebriedad, por ejemplo, el absuelto será recluído en un establecimiento adecuado, hasta que dejare de ser peligroso.

No se proyectaron modificaciones en las eximentes tradicionales de defensa legítima, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia debida y violencia física o moral, pero innovamos en lo que se refiere a las situaciones intermedias, estableciendo que quien hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

Según el antiguo código, en esos casos, en que hay un exceso que no permite la eximente, pero en que el delito no aparece bien caracterizado, el juez tenía que elegir entre absolver o condenar, sin tener otra posibilidad.

Nos preocupamos de proyectar preceptos completamente nuevos en cuanto se refiere a la responsabilidad de los menores. En esta materia, nuestra legislación era de lo más incompleta,

siendo continuas las observaciones que se hacían en los tribunales y en los trabajos jurídicos.

La comisión que presidí, teniendo en cuenta, principalmente, los preceptos de códigos extranjeros, los últimos proyectos para Suiza y Alemania, las conclusiones de nuestro Congreso Penitenciario de 1914 y las observaciones de la encuesta, principalmente las contestaciones de los doctores Ramos y Coll, redactó los artículos que contiene la nueva ley.

Abandona francamente el criterio tan fustigado del discernimiento; autoriza medidas tutelares respecto a los menores; confiere facultades amplias a los jueces, teniendo siempre en cuenta los medios de que disponemos para la prevención y represión.

Declara, desde luego, que no es punible el menor de 14 años. Pero considerando que el menor delincuente no debe ser restituído al medio en que actúa para intensificar su situación de sujeto peligroso, autoriza al juez para que, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y las condiciones personales del individuo, de sus padres, tutores o guardadores, tome las medidas que considere oportunas, y que pueden consistir en el cambio de tutores o guardadores, o en la reclusión en un establecimiento correccional. Esta reclusión podrá decretarse hasta que el menor tuviere 18 años, pudiendo anticiparse la libertad del mismo. Si la conducta del menor en el establecimiento diere lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal puede prolongar la reclusión hasta que tuviere 21 años.

Si el menor tuviere más de 14 años y menos de 18, los criterios son diferentes. Si la pena correspondiente al delito en que hubiese incurrido fuere de aquellas que autorizan la condena condicional, el tribunal no se limitará a suspender los efectos de la tal pena, sino que queda autorizado para colocar al menor en un establecimiento de corrección hasta que cumpliere 21 años, pudiendo ampliar o retardar con el límite máximo antes establecido la libertad definitiva.

Debe tenerse en cuenta que a los 21 años corresponde el servicio militar, y que, por consiguiente, los menores menos adaptables saldrían de la disciplina correccional a la militar, antes de penetrar francamente en la vida civil con libertad plena.

Cuando la pena correspondiente al menor de 18 años no autorizare la condena condicional, el tribunal queda autorizado para reducirla, de acuerdo con los preceptos sobre tentativa.

El menor que no ha cumplido 18 años, no podrá ser declarado reincidente. Además, en todos los casos de delitos cometidos por menores de edad, los tribunales del crimen quedan autorizados para privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela, lo mismo que a disponer el cambio de los guardadores. Para tomar esas medidas, tendrán en cuenta las situaciones del menor y de sus padres, tutores o guardadores, y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero.

El criterio en materia de atenuantes y agravantes ha sido también modificado de acuerdo con las más modernas enseñanzas y experiencias. Se confiere a los jueces amplia facultad para fijar la condenación en las penas divisibles, por razón de tiempo o cantidad, de acuerdo con las circunstancias que la agravan o atenúan. Estas no se enumeran, pero se fijan ciertas normas de apreciación. Los tribunales deberán tener en cuenta la naturaleza de la acción; los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro; la edad; la educación; las costumbres y la conducta precedente del sujeto; la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir; la participación que tuvo en el hecho; las reincidencias y los antecedentes. Se impone a los jueces la obligación de tomar conocimiento personal y directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida por cada caso.

Variamos también los preceptos relacionados con la tentativa, empezando por suprimir la definición, de acuerdo con lo aconsejado por el doctor Herrera. Se refiere, simplemente, al que comienza la ejecución de un delito pero no lo consuma, por circunstancias ajenas a su voluntad. Para que un mismo hecho no pueda ser considerado arbitrariamente como un delito de poca importancia o como tentativa de delito mayor, se exigía, para que existiera esta última, el factor premeditación. El Senado, no obstante nuestro proyecto, restableció esa definición y el antiguo concepto.

Se declara, como sucedía antes, que el autor de la tentativa no está sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente. En cuanto a la pena, se disminuye de un tercio a la mitad, la que corresponde al delito consumado cuando fuere divisible; si el castigo para el delito fuere la reclusión perpetua, la de la tentativa será reclusión de quince a veinte años; si fuere prisión perpetua, la de la tentativa será de diez a quince años.

El título de los autores y los cómplices es reemplazado por

el de "participación criminal", que es más genérico y más comprensivo. Se consideran autores a los que ejecutan materialmente y a los que prestan ayuda, sin la cual el hecho no hubiera podido realizarse. Se aplica también la pena de los autores a los instigadores, es decir, a los que hubieren determinado directamente a otro a cometer el delito.

Considera cómplices a los que cooperan de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y a los que prestan una ayuda posterior, pero cumpliendo promesas anteriores. Reaccionando sobre el criterio del Código y de los proyectos anteriores, que se inspiraron en el combatido sistema francés, se fija para los cómplices una pena inferior a la de los autores.

La exposición de motivos hace a este respecto un largo estudio, examinando los proyectos de las comisiones anteriores, con sus antecedentes y fundamentos, el código de Tejedor con sus notas, el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, como asimismo la doctrina y la legislación comparada.

Las demás disposiciones del mismo título han sido también modificadas de una manera que tiende a fijar sus conceptos.

El título octavo se ocupa de la reincidencia, considerada como una agravante especial, la que ha dado lugar también a extensos fundamentos en la exposición de motivos.

El concepto se precisa en el primer artículo, declarando que habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, dictada por cualquier tribunal del país, cometiese un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.

Los reincidentes por segunda vez deberán cumplir su pena con relegación en un paraje de los territorios del sud. Esta relegación, equivalente a la deportación anterior, se impondrá como accesoria y por tiempo indeterminado cuando se hubiere incurrido en el número de condenas que precisa el proyecto. Esos principios se aplican también al caso de concurso de delitos.

Por último, se ha tenido en cuenta la prescripción de la reincidencia, declarando que la condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente, cuando hubieren transcurrido los términos señalados para la extinción de la pena respectiva.

En el título sobre concurso de delitos, se han aceptado los principios contenidos en el proyecto de la comisión nombrada en 1904, dejándose los artículos tales como aquella comisión los pro-

yectó. Pero, considerando que esos preceptos eran incompletos, se ha introducido una nueva disposición en el articulado del proyecto.

La comisión que redactó el proyecto de 1906, partió de la base de que los hechos fueran juzgados por un solo juez, o que se ventilasen ante una misma jurisdicción; pero no previó el caso de que un mismo individuo se encontrase sometido por hechos diversos a la jurisdicción federal y a la ordinaria. Para evitar que en esos casos las soluciones puedan ser divergentes, se ha establecido que si se hubieren dictado dos o más sentencias firmes, con violación de las reglas fijadas para el concurso de delitos, corresponderá al juez que hubiese aplicado la pena mayor, dictar, a petición de parte, una sentencia única, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando la justicia federal, por cualquier causa, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia nacional ordinaria, o la provincial que conoció de la infracción penal, según el caso.

Se ocupa el título décimo de la extinción de las acciones y las penas, conservando con modificaciones, lo que proyectó la comisión nombrada en 1904. Ese título no existía en el código anterior, el que no se ocupaba nada más que de la prescripción; el nuevo código comprende, además, la amnistía y la renuncia del agraviado, con respecto a las acciones, y se refiere al indulto y al perdón en cuanto a las penas. Algunos de los preceptos se encuentran en la ley anterior, pero repartidos en sus diferentes secciones, de manera que el Código mejora y ordena.

Se mantiene también el título referente al ejercicio de las acciones, materia que se encuentra dispersa en la legislación pasada. Distingue tres clases de acciones: la pública, o sea la que se inicia y sigue de oficio, sin que pueda ser influída por la acción de las partes; la privada, que depende de quien inicia y sigue el proceso; y la que siendo de iniciativa privada, debe ser seguida como acción pública, una vez que se emprende, de tal manera que el propio actor carece de facultad para desistirla.

Se ocupa, por fin, el Código, de la significación de algunos conceptos. El proyecto originario hablaba de la significación de términos y contenía definiciones que se han suprimido, tanto en el título especial como en el resto del conjunto, considerándose que la ley no puede confundirse con los tratados de derecho.

Los criterios generales que informan la ley han sido dados en la exposición de motivos, declarándose que, sin hacerse cuestión de doctrinas o de escuelas, la comisión redactora ha entendido:

" 1.°—Que el número de penas debe reducirse, porque es innecesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos.

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

" 3.°—Que conviene consignar penas elásticas y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicarlas dentro de términos extensos.

" 4.°—Que debe variarse el criterio de la responsabilidad, sin engolfarse en los problemas tradicionales del libre albedrío, que complican una ley sin necesidad.

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

" 6.°—Que la imputabilidad de los menores debe sujetarse a reglas especiales, teniendo en cuenta el porvenir de los mismos.

" 7.°—Que la reincidencia debe ser motivo de especial preocupación, a fin de impedir en cuanto sea posible, la repetición del delito por el mismo sujeto.

" 8.°—Que la gracia otorgada a los penados, irrevocablemente, después que cumplieron con buena conducta una parte de la pena, debe reemplazarse por ser más conveniente con la libertad condicional revocable.

" 9.°—Que la condena condicional es una institución de todo punto necesaria.

" 10.—Que la tentativa y la participación criminal deben legislarse con espíritu nuevo, abandonando conceptos vetustos que dificultan la aplicación de la ley en los casos que se presentan."

Consecuente con los enunciados de la parte general, en el libro 2.°, que trata de los delitos y sus penas, se ha aceptado para las infracciones más graves la penalidad alternativa. El tribunal podrá aplicar reclusión o prisión, estudiando el caso y el sujeto, pudiendo así individualizar el castigo de acuerdo con las conclusiones de la ciencia y de la práctica.

* * *

42. La reforma penal en el Senado.—Sanción del proyecto.—La Cámara de Diputados sancionó el proyecto en general por unanimidad, habiéndome cabido el honor de hacer un informe verbal, en el cual esbocé las ideas que informaron la reforma. Se hizo después indicación para tratarlo en particular en una sola votación, y, habiéndose aceptado el temperamento, el código se aprobó a libro cerrado. Sólo fué materia de controversia, el punto referente al duelo, con respecto al cual el miembro de la comisión especial, doctor de Tomaso, había planteado una disidencia, la que no prosperó porque la Cámara, insistiendo en su criterio, aceptó el articulado propuesto por la mayoría.

La comisión fué autorizada para hacer la corrección del proyecto sancionado antes de mandarse a la Cámara de Senadores, y en la sesión siguiente a la de su sanción presenté una planilla de correcciones, que fué igualmente aprobada por los diputados.

El Senado recibió el proyecto en los últimos días de agosto de 1917 y lo destinó a su Comisión de Códigos, la cual produjo despacho dos años después, o sea en septiembre de 1919.

El principal motivo de la demora derivó de la triste circunstancia del fallecimiento del senador por San Juan, doctor Angel D. Rojas, quien se había encargado dentro de la Comisión de Códigos de hacer un estudio del proyecto en revisión. Ese estudio, publicado por el Senado, proponía pequeñas modificaciones y afianzaba las conclusiones de la ley en un cuidadoso informe.

Tuve oportunidad de examinarlo prolijamente con el senador por la Capital doctor Enrique del Valle Iberlucea, miembro de la Comisión de Códigos, y con el doctor Antonio de Tomaso, secretario de la comisión especial de diputados, que funcionaba bajo mi presidencia. El doctor del Valle Iberlucea había sido encargado de presentar conclusiones definitivas, y a eso se debió nuestra colaboración. Concertamos las modificaciones que podían ser aceptadas, y que eran en definitiva de detalle, y aquél las presentó a la comisión de senadores, que redactó el despacho acompañado también de un informe. Se aceptaba el proyecto en revisión y se aconsejaba la sanción del mismo con pequeñas correcciones. Los respectivos antecedentes se reunieron en una publicación oficial titulada "La Reforma Penal en el Senado".

El despacho fué suscripto por los senadores Joaquín V. González, Enrique del Valle Iberlucea y Pedro A. Garro, el 26 de septiembre de 1919, y el proyecto fué aprobado en general en septiembre de 1920. Como la sanción se produjo en las últimas sesiones del período, la consideración del asunto en particular debió quedar para el año siguiente, o sea para 1921.

La Comisión de Códigos del Senado modificó su despacho, presentando uno que restablecía la pena de muerte e incorporaba preceptos de la ley número 7029 sobre seguridad social, eliminados en el primitivo, de acuerdo con la sanción de la Cámara de Diputados. El 27 de agosto de 1921 se empezó la consideración del asunto, y el 1.° de septiembre se sancionó en definitiva, volviendo el proyecto a la Cámara originaria, para que se pronunciase sobre las modificaciones.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, compuesta de los diputados Antonio de Tomaso, Roberto Parry, Carlos M. Pradére, Delfor del Valle y Laureano Landaburu, despachó el proyecto el 9 de septiembre de 1921, pocos días después de serle pasado, y la Cámara lo aprobó el mismo mes.

La comisión aconsejó el rechazo de la casi totalidad de las reformas introducidas. Se aceptaron únicamente aquellas que habíamos concertado con la comisión del Senado, antes de que modificara su criterio y reformara su primer despacho antes recordado.

El Senado insistió por dos tercios de votos, pero como la Cámara de Diputados, que era la iniciadora, insistiese a su vez por dos tercios también, el proyecto quedó convertido en ley.

* * *

43. Los primeros juicios críticos y el punto de vista de la comisión redactora del proyecto de 1917.—Mientras el proyecto se encontraba en el Senado, y puede decirse que en vísperas de su sanción definitiva, se escribieron dos trabajos acerca del mismo: el primero, que antes he citado, y cuya publicación coincidió más o menos con la sanción definitiva de la ley, pertenece al doctor Juan P. Ramos y a un grupo de alumnos de su curso de derecho penal. El segundo, publicado después de haberse sancionado el Código,

ha sido redactado por el doctor José Peco y presentado a la Facultad de Derecho, que lo premió con toda justicia.

La primera obra ofrece una interesante introducción y contiene las concordancias del proyecto de 1917, habiéndose insertado al final el último proyecto de Código Penal para Italia. La segunda verifica un estudio crítico y doctrinario del proyecto de 1917; las dos son obras de verdadero mérito jurídico, que prestarán sin duda grandes servicios a los estudiosos, y de cuyas conclusiones me ocuparé a medida que estudie los diferentes artículos del Código.

Haré, sin embargo, una observación que se relaciona con la gestación de la ley y con referencia a una crítica repetida por el doctor Ramos, en la introducción de su libro y en el prólogo que escribiera para la obra del doctor Peco.

Con fecha 13 de noviembre de 1916, y cumpliendo el propósito enunciado anteriormente de redactar un Código Penal, tomando como base para las consultas el proyecto de 1906, me dirigí a los profesores de derecho penal de las distintas universidades nacionales, y entre ellos al doctor Juan P. Ramos. En la nota expresaba que, por encargo de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, les pedía quisieran dar su opinión sobre los proyectos presentados, "para la mayor eficacia del trabajo, y a fin " de que el despacho que esta comisión prepara—agregaba—pueda " ser considerado en las primeras sesiones del año próximo, es " conveniente que la autorizada opinión de las personas más ca- " pacitadas nos llegue oportunamente para tomarlas en cuenta, " pues en materia tan fundamental como los códigos, no conviene " la improvisación ni la sanción de modificaciones no estudiadas " previamente; se impone, por el contrario, el trabajo meditado y " metódico, tal como esta comisión lo está efectuando." (1).

El doctor Ramos contestó esa encuesta (2), en forma muy completa, y sintetizó sus opiniones diciendo que el proyecto de 1906 no debía sancionarse, debiendo designarse una comisión encargada de presentar un nuevo anteproyecto (3). Dijo más: "Soy " partidario de la formación de una nueva comisión legislativa o " mixta, que presidiría el doctor Rodolfo Moreno (hijo), como

(1) Cámara de Diputados de la Nación. Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, página 201.
(2) Obra citada, páginas 204 y siguientes.
(3) Cámara de Diputados de la Nación. Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, página 265.

" diputado y como especialista en ciencia criminal, constituida " con el objeto de presentar un nuevo anteproyecto de ley que " se amoldara a las verdaderas necesidades del país y al nuevo " derecho penal en formación, que ha producido ya, como frutos " magníficos, los proyectos suizo, alemán y austriaco, que con- " tienen los más avanzados y positivos principios de la ciencia y " de la técnica contemporánea." (1).

La indicación del distinguido profesor había sido la regla central del método de trabajo de la comisión, y fué precisamente en virtud del mismo que se le consultó. La comisión quería redactar un proyecto nuevo, como lo hizo, y a tal objeto requirió opiniones. La comisión había puesto, así, en ejercicio el consejo que se le daba posteriormente. Hay, además, poca justicia al decir que no se tuvieron en cuenta los trabajos suizos y alemanes, cuando en la nota bibliográfica y en la exposición de motivos se hacen referencias a los mismos y se expresa lo que de ellos se ha tomado.

La divergencia no surge entonces de que hayan faltado antecedentes, desde que la comisión los pidió a uno de los propios críticos, el que aportó en su respuesta el caudal de su ciencia. Aquélla deriva de la diversidad de opiniones, las que, como veremos después, se refieren más a términos que a conceptos, y más a oportunidad y a medio que a diferencias doctrinarias.

Por lo demás, se coincide en afirmar de manera terminante que el Código importa un gran progreso sobre lo anterior, y eso no es poco. Pero se asegura también que pudo y debió ser mejor y que valía más aguardar un poco de tiempo con la legislación detestable, para llegar a una ley superior a la sancionada, tomando los nuevos elementos de juicio.

La espera, cuando es urgente la reforma, a fin de que se aprovecharan los nuevos elementos que se estaban elaborando, resultaba, en nuestro caso, inconveniente. Desde luego, porque no era posible continuar con la malísima legislación entonces vigente, como lo hicieron notar los profesores y magistrados consultados en las dos encuestas promovidas. Y, además, por cuanto si fuera a esperarse por el hecho de estarse gestando en otros países reformas legislativas o tenerse noticia de obras en preparación por autoridades en la materia, jamás llegaría la oportunidad de presentar aquí la labor definitiva. En materia penal se discute y evoluciona. Se

(1) Obra citada, página 211.

cuenta con innovadores que pretenden infiltrar en las leyes conceptos nuevos que responden a teorías aun no aceptadas, ni con resultados prácticos comprobados. De todo esto resulta una elaboración abundante que se traduce en proyectos, libros y congresos.

Siempre tendremos sobre el último proyecto o el último tratado, otro en preparación, y jamás lograremos aunar las opiniones de todos para consumar la obra y presentarla con el arrastre de la unanimidad.

Nosotros podríamos habernos colocado en esa situación de expectativa si hubiésemos contado con un código; pero teniendo como teníamos un conjunto de leyes dispersas y anticuadas, lo natural era que pusiéramos fin a ese estado de cosas, lo más rápidamente posible. La comisión tuvo en cuenta todos los elementos que podrían servir para su tarea, y si los críticos de hoy, consultados entonces, omitieron darle algunos que aquélla no conocía y que éstos poseían, las respuestas a las consultas no habrían sido todo lo completas que pudieron serlo, lo que sería por lo menos deplorable, ya que no podría pensarse en el factor egoísmo ante el móvil que a todos ponía en acción.

El Código es, de todos modos y en opinión unánime, no sólo superior a lo que teníamos antes, sino a los códigos en vigor en los demás países. Si es inferior a proyectos nuevos, lo veremos cuando esos proyectos con tesis no ensayadas, se apliquen y experimenten en los lugares donde se han elaborado.

Un refrán corriente, dice que "nada hay tan enemigo de lo bueno como lo mejor", aludiendo a la acción disolvente ejercitada muchas veces de buena fe y que, para destruir una iniciativa que mejora lo existente, propone detenerla, porque puede hacerse algo superior, demorando y meditando. Generalmente, cuando eso ocurre, lo novísimo no se concreta, lo posible se detiene y se mantiene lo viejo y malo por desear pretendidas gollerías.

No hemos caído en ese mal. Hemos afrontado el problema, requerido opiniones y estudiado antecedentes, resueltos a hacer, a terminar, a poner en movimiento el propósito y a no dejarnos perturbar por quienes proponían esperas para que pasaran los años y estuviésemos como antes. Los proyectos sin sancionar, de 1891 y 1906, eran ejemplos que no debían dejarse de lado.

Ahora, después de contar con el organismo podemos aguardar, estudiar con calma, y proyectar si se puede la legislación ideal que todavía no han adoptado ni Suiza, ni Alemania, ni Austria, ni Italia, países que se reducen en ese sentido a tener proyectos excelentes.

Contemplamos también el factor práctico; tuvimos en cuenta que se legislaba para un país con zonas muy despobladas; con provincias sin recursos y sin la posibilidad de engolfarse en obras costosas, como son las que se necesitan según algunas legislaciones, que requieren diversidad de establecimientos de tipos distintos, a los efectos de la represión.

Aquí, donde no tenemos aun escuelas suficientes por falta de recursos, y donde hay un gran porcentaje de analfabetos, no podíamos proponer un sistema como el proyectado para Suiza, por ejemplo.

Es bueno también tener en cuenta que entre nosotros, la colaboración en los trabajos legislativos no se pronuncia en los mismos términos que en otros países de más población y mayor cultura jurídica. La espera para que la crítica se haga sentir puede ser ilusoria. La prueba la tenemos en lo que ha ocurrido con los proyectos de 1891 y 1906 y con la encuesta de la comisión especial de la Cámara de Diputados.

Sobre el primero de aquellos proyectos no se hizo ningún estudio completo, y sobre el segundo sólo se publicó el libro del doctor Herrera. En cuanto a la comisión que redactó el proyecto de 1917, los resultados de la encuesta se encuentran en 276 páginas de la publicación hecha por la Cámara de Diputados. De las contestaciones, 60 páginas corresponden al doctor Ramos, siendo la mayoría de aquéllas expresiones de adhesión al proyecto en términos generales, y no estudios detenidos. Si la comisión, con toda su autoridad y con el trabajo que verificó, no logró despertar más interés por el asunto que el revelado por las conclusiones de tal encuesta, no creo que esperando un poco más se hubieran podido obtener resultados más halagadores.

El doctor Herrera dió también su opinión acerca del proyecto tal como se sancionó por la Cámara de Diputados en un artículo publicado en "El Diario" del 31 de agosto de 1917.

Refiriéndose al voto a libro cerrado que diera la Cámara de Diputados, expresó "que había procedido acertadamente, pues " ese proyecto, que revela un detenido estudio de la comisión que " lo ha despachado, compuesta de hombres competentísimos, es " excelente, y si el Senado le presta su sanción será uno de los " mejores códigos que existen en el mundo."

Declara en seguida, que no está conforme con todas sus disposiciones, y agrega: " Creemos que el Senado debe proceder como " la Cámara de Diputados, dando un voto de confianza al proyec- " to, pues si así no lo hace, si se propone estudiarlo detenidamente, " nos exponemos a quedar por muchos años más bajo el imperio " de la actual legislación represiva, que no puede ser peor."

Propone, sin embargo, una modificación en cuanto se refiere a la derogación de la ley de seguridad social, dando, entretanto, un juicio bien definitivo sobre el proyecto convertido en ley de la Nación.

Dejaré, por fin, constancia de la opinión vertida por el senador nacional doctor Joaquín V. González, quien en la sesión del 27 de agosto de 1921, ampliando puntos de vista y no obstante la sanción en general ya hecha, dijo que quería referirse a a forma cómo la comisión había cumplido con sus tareas.

Manifestó que "el despacho de la Comisión de Códigos fué " motivo de un estudio muy detenido de su parte, y encargó la " redacción del informe y de su representación en el debate que " pudiera ocurrir, al señor senador por la Capital doctor del " Valle Iberlucea, quien ha hecho, en cumplimiento de ese man- " dato, un estudio digno del mayor elogio, y que la comisión aceptó " en términos generales, haciendo suyos el pensamiento y las " observaciones por él formuladas, después de leídas con todo " detenimiento.

" La comisión debe entender que todos los señores senadores " han leído dicho informe; es inútil, pues, resolver sobre puntos " de detalle, que han sido motivo de observaciones por parte de " algunas personas competentes, que han hecho llegar su pensa- " miento a la comisión y a las cuales ésta ha consultado, como " es público.

" La comisión ha celebrado varias reuniones de mucha impor- " tancia, oyendo los informes y las observaciones que han llevado a " su seno miembros distinguidos de la magistratura, siguiendo en " esto el criterio experimental de traer a la reforma del Código " las observaciones más prácticas que en la vida ordinaria de los " tribunales se han presentado; también se han oído opiniones " de profesores, que en la cátedra se ocupan de esta materia; de " la evolución de las escuelas en los distintos congresos y estu- " dios universitarios hechos en Europa, y la producción científica " de otros países.

" Todo esto ha tenido en cuenta la comisión en su nuevo " estudio. Y, por otra parte, no ha podido hacerlo en el sentido " de una reforma general del Código, tal como lo desearan algunas " personas que han intervenido en estas conferencias. Esta re- " forma general del Código no la podía hacer la comisión por dos " razones principales: la primera, porque ya está aprobado en " general el proyecto, en su estructura, en su método general, y " no podía, pues, cambiarlo. Y en segundo lugar, no se cambia " de raíz la estructura de un código por el solo afán de la novedad, " o porque resulte que en otros países consulten mejor los prin- " cipios generales de la materia; porque cada país tiene, además " de su deber de seguir la corriente evolutiva de las ciencias, el " deber de conservar en lo posible que es aquello obra de su " propia experiencia.

" El Código Penal, que es parte del derecho común, se ha " venido formando así y no es posible, sin causar una grave per- " turbación, introducir un cambio de método o de concepto fun- " damental, siendo, además, posible, dentro de esta estructura " general, incorporar las reformas más avanzadas que se creye- " ran aceptables, porque no es una estructura de hierro, que " obligue a hacer lo que en el famoso mito griego de Procusto, " de cortar lo que sobra y extender lo que falta. Los códigos, " como la Constitución, son elásticos en una cierta extensión, de " manera que permiten introducir los resultados de la evolución " y del progreso en la ciencia y la observación.

" En este sentido, no creo que la H. Cámara pudiera exigir " a la comisión que aceptara la adopción de proyectos novísimos, " como el recientemente presentado en el mes de febrero por la " comisión reformadora de Italia, que preside el ilustre criminá- " lista Ferri, porque este proyecto, como digo, cambia de una " manera fundamental el método del código argentino; y aun " así, con algunos años de espera, podría adoptarse. En este " momento no cree la comisión necesario este cambio fundamental " a introducirse en el cuerpo del Código.

" Por estas consideraciones, la comisión no ha tomado en " cuenta, en este sentido general, la necesidad que algunos ilus- " trados señores han sentido, y así lo han manifestado a la comi- " sión de adoptar este criterio, y entonces se ha limitado a escu- " char y tomar en cuenta las reformas parciales, de detalle, que " se han presentado en la estructura actual del Código, tal como

" lo ha despachado la comisión de la Cámara de Diputados y lo ha
" reformado en detalle la comisión del Senado."

Las palabras anteriores, inspiradas en una elemental prudencia, dan por anticipado la respuesta a críticas provenientes de buenos deseos, pero tendientes a embarcarnos en teorías aun no experimentadas o en demoras injustificables ante el estado de nuestra legislación represiva, antes de la sanción del código en vigor.

II

43 Fundamentos verbales del despacho de la comisión especial de legislación penal y carcelaria en la cámara de diputados.

* * *

44. Como complemento de los antecedentes reunidos en el capítulo anterior, considero de utilidad insertar el discurso que pronuncié en la Cámara de Diputados en la sesión del 21 de agosto de 1917, fundando el despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

Dije en esa oportunidad (1):

" Aun cuando la exposición de motivos del proyecto de Código
" Penal que ha presentado la Comisión Especial de Legislación
" Penal y Carcelaria, está impresa y es conocida por los señores
" diputados, considero indispensable hacer un breve informe acer-
" ca del Código, no sólo por la importancia que tiene la materia,
" sino para llevar a conocimiento de todo el país las razones que
" lo han informado.

" Es sabido, señor presidente, que el 1.° de marzo de 1887
" entró en vigor el Código Penal que nos rige, sancionado por la
" ley número 1920, de 7 de diciembre de 1886; y es también de
" pública notoriedad que desde su vigencia se sintió y se insinuó
" la necesidad de la reforma.

" El Código había sido elaborado después de una cantidad de
" ensayos, unos sin resultado, los primeros, y otros con él, hasta
" que pudieron concretarse en un proyecto y en la ley actual-
" mente en vigor.

(1) Diario de Sesiones de 1917. Tomo IV, página 109.

" Aquel decreto de Urquiza del año 52, por ejemplo, no tuvo " eficacia, porque no se tradujo en un proyecto y enunció sólo un " deseo. Vino la Constitución del 53, y con la imposición al " Congreso de que sancionara los códigos, obligó a nuevas leyes " y nuevos decretos, nombrándose comisiones para que prepararan " todos los códigos destinados a regir en la Nación. Así le llegó " el turno al Código Penal, que fué preparado por el doctor Carlos " Tejedor y presentado el año 1863.

" Ese código, señor presidente, tenía un carácter eminente- " mente preceptivo, carácter que derivaba del que presentaban en " general casi todas las leyes antiguas. Al que haya abierto alguna " vez un volumen de las leyes de Partida o de cualesquiera de las " recopilaciones españolas, le habrá llamado la atención encon- " trar, no sólo el precepto jurídico que ordena y determina, como " lo hacen las leyes actuales, sino la definición, la explicación. y " a veces el comentario del artículo, que pretendía fijar una regla " o una conducta jurídica cualquiera. Y nuestro código primitivo " no se pudo substraer a esa influencia, como no se substrajo el " código mismo de Vélez Sársfield, a pesar de haber suprimido " una cantidad de las definiciones y de los preceptos que contenía " su modelo, el proyecto de Freitas.

" Bastaría recordar, señor presidente, que la obra del doctor " Tejedor se ocupaba en la complicidad de señalar tres grados, " que éstos fueron reducidos a dos por el proyecto subsiguiente " y que se mantuvo esta calificación en el Código hasta la ley de " reformas del año 1903, que los suprimió. Todo esto marca una " evolución de lo complicado y abigarrado de los primeros con- " juntos, a lo sencillo y elástico que caracterizan a los de hoy.

" Había tomado aquel código sus inspiraciones en el de Ba- " viera y en el primitivo español, y como tenía una ampulosidad tan " grande, se consideró que era inconveniente traerlo a la discu- " sión legislativa en esos términos. Entonces, el Poder Ejecutivo, " debidamente autorizado, designó una nueva comisión, que " presentó un despacho el año 1881, firmado por los doctores " Villegas, Ugarriza y García.

" Vinieron los dos proyectos a la Cámara de Diputados, y ésta, " tomando como base el de Tejedor, no obstante lo manifestado, " verificó modificaciones y elaboró el código vigente. Pero fué tan " ineficaz el conjunto que se había sancionado, que inmediatamen- " te de entrar en vigor se sintió de nuevo la necesidad de refor-

" marlo; y así, tres años después de habernos regido, el Poder " Ejecutivo en el año 1890, designa una comisión para que pro- " yectara un nuevo Código Penal. Formaron esta comisión los " doctores Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Ma- " tienzo, quienes presentaron su despacho el siguiente año 1891, " en un proyecto acompañado de una larga exposición de motivos, " que se había inspirado en la obra de los nuevos estudiosos del " derecho penal, principalmente en los autores italianos y en los " preceptos del código holandés, que era en ese momento el con- " junto más adelantado que se presentaba en esa materia. Cuando " ese proyecto se redactó, se iniciaba lo que se ha llamado el " renacimiento de los estudios penales.

" Este articulado no llegó a la discusión legislativa. Aquí, " en la Cámara de Diputados, donde se radicó, se produjo un " despacho de la Comisión de Códigos, que firmaron el doctor " Mariano Demaría (padre), el doctor Francisco Barroetaveña y " los doctores Luque y Carol, que aconsejaron la sanción de " aquel proyecto de 1891, con algunas modificaciones; pero la " Cámara no se preocupó de él, y cambiada la Comisión de Có- " digos, encontró ésta que no era oportuno sancionar un nuevo " conjunto, sino hacer reformas parciales. Y viene, señor presi- " dente, con las reformas parciales, lo que se llama todavía hoy " la ley de reformas.

" Yo no voy a hacer una crítica de la ley 4189, promulgada " en el año 1913; pero voy a señalar, sí, algunos puntos, con el " objeto de que la Cámara perciba que es inconveniente en estas " materias librarse a la improvisación, y que se impone en cuestión " de códigos, verificar las sanciones a libro cerrado, porque aun " cuando tengan errores e inconvenientes en el conjunto perfec- " tamente organizado, es peor que a ese conjunto se le introduz- " can preceptos de otro origen o provenientes de una impresión " del momento, porque entonces sí que son incovenientes los " resultados.

" Y esta evolución que se ha hecho, injertando en el código " actual el proyecto del año 1891, por medio de la ley 4189, es lo " que nos da la comprobación más exacta de lo que acabo de " afirmar.

" Algún tiempo después—vale la pena señalar casos prácti- " cos, pues es lo que se toca mejor—de sancionada la ley de " reformas, se percibió que se aplicaban condenas monstruosas por

" delitos insignificantes. Por ejemplo: un menor había hurtado " cincuenta centavos del cajón de un almacén y se le condenaba " a dos años de penitenciaría. Un obrero había hurtado un sifón " de soda de la fábrica en que trabajaba y se le condenaba, " igualmente, a dos años de penitenciaría; y en este caso, que " también ha ocurrido, el juez, que era un actual y distinguido " colega nuestro, el doctor Veyga, inventaba, por así decir, una " nueva circunstancia atenuante para no aplicarle una pena " mayor, procediendo quizá con un criterio extraño a la ley, pero " siguiendo las máximas de aquel a quien se llamaba en Francia " el buen juez: el juez Magnaud.

" Una sirvienta, un menor cualquiera empleado en una casa, " hurtaba una pieza de ropa usada, un pañuelo generalmente, y " también era condenado a penitenciaría por dos hasta seis años. " Ha habido casos en que los propios jueces, después de haber " impuesto la condena y después de haber pasado ésta en autori- " dad de cosa juzgada, se dirigieron al Poder Ejecutivo para " pedirle que hiciera uso de la facultad de conmutar, porque si " bien la ley era inexorable para ellos, como hombres considera- " ban que era profundamente repugnante mantener en la cárcel " a individuos condenados por delitos que en realidad eran in- " significantes, o, por lo menos, que no estaban de acuerdo con " la pena que se les había aplicado.

" ¿Y cuál era, señor presidente, la causa de todo esto? Pre- " cisamente ese remiendo a que antes me he referido, de dos leyes " perfectamente discordantes. Así, en el proyecto del año 1891, " había una disposición general que regía todos los delitos contra " la propiedad, disposición que disminuía la pena desde presidio " o penitenciaría hasta arresto, cuando el valor de la hurtado o " de lo robado era insignificante, de modo que, naturalmente, no " se podían producir esas consecuencias cuando se trataba de " objetos de pequeño valor. Pero la ley de reformas, que tomó " una parte del proyecto y no la otra, no hizo la correlación, y " entonces quedaron los casos de hurto calificado sin correspon- " dencia, con el precepto que disminuía la pena por razones de " la cantidad, y todo caso de hurto en estas condiciones era san- " cionado con la pena genérica de 2 a 6 años de penitenciaría.

" Análogas contradicciones aparecen en la legislación sobre " los robos, por razones idénticas, tanto que había casos en que " era más conveniente para el autor del hecho robar, es decir,

" ejercitar fuerza en las cosas o violencia en las personas, que " hurtar, siendo la pena menor en el delito más grave y mayor " en el delito más leve. Estas mismas contradicciones se han " notado en la participación criminal, donde el juez no sabe en " realidad qué disposiciones aplicar, porque el Código para casos " determinados dice unas cosas, y la ley de reformas dice otras " perfectamente diferentes.

" Era natural, señor presidente, que se llegara a estos resul- " tados. El proyecto de Tejedor, que sirvió para la elaboración " del código actual, obedecía a un sistema, a un punto de vista " directivo, era un conjunto que estaba inspirado en una escuela " y en una teoría y el proyecto del año 1891 era otro conjunto " que estaba inspirado en otras ideas y en otros principios direc- " trices. De ahí, entonces, que sacando parte del uno para enca- " jarlo en el otro, se producían estas consecuencias enteramente " inconvenientes para nuestra legislación.

" Puede decirse que el proceso de nuestra legislación penal " ha sido hecho en los expedientes criminales, donde se han pro- " cesado, repito la palabra, a los delincuentes y al Código. Y " bastaría observar, entre otras tantas cosas que tiene nuestra " legislación referida, algunas de este calibre. En el título sobre " revelación de secretos, se encuentra la regla general sobre " reparación de perjuicios. La regla general sobre la reparación " de perjuicios debe estar en la parte general del Código, porque " rige a todos los delitos; pues bien: en el nuestro se encuentra " repetida con ese carácter general en la revelación de secretos, " lo que hace decir al doctor Rivarola en su crítica, que este es, " probablemente, el único secreto que nos revela nuestro Código " Penal. Basta decir, además, que hay aun en nuestra legislación, " un artículo que castiga ciertos delitos con la pena del servicio " de las armas de tal manera, que ahora, en plena época de cons- " cripción, en que se considera un deber ciudadano servir en el " ejército, todavía en nuestro código, no en la ley del 63 solamen- " te, sino en el Código Penal vigente, existe como represión para " algunos delitos, el servicio de las armas por dos o tres años y " otra serie de incongruencias en las cuales no me voy a detener, " porque sería inadecuado, dada la hora y probablemente el can- " sancio de la Cámara.

" La ley 4189 agravó. por consiguiente, el problema penal " y lo agravó trayendo todas estas discordancias y omitiendo una

" serie de previsiones. Tan lo consideró así el Congreso, que se " han dictado después de la sanción de aquella ley, una serie de " disposiciones penales que han tendido a corregirla o a incorpo- " rar las nuevas previsiones que impone el movimiento social que " hemos seguido. Así, hemos incorporado al conjunto de nues- " tras leyes represivas, una ley sobre falsificación de moneda, " otra ley que se ha llamado social y que es probablemente la " más antisocial de las leyes que haya podido dictar el Congreso " argentino; otra sobre represión de la trata de blancas, que no " ha resuelto el problema por cierto, y otra sobre cheques dolosos, " que fué derogada por la jurisprudencia de los tribunales al no " aplicarla, y que dió lugar a que su autor, el señor diputado del " Valle, presentara un nuevo proyecto que ha estudiado esta " comisión especial.

" Pero además de esa serie de leyes, tenemos la ley básica " del año 1863, que trata de los delitos y crímenes contra la " Nación, y aparte de ésta, otra serie de disposiciones dispersas " contenidas en un conjunto de leyes que son de carácter penal " y que deben aplicar los jueces en lo criminal y correccional de " la República.

" De manera que puede afirmarse que, a pesar de todo lo " que hemos marchado en nuestra vida institucional, el Congreso " argentino no ha cumplido aún con el deber que le atribuye la " Constitución, al imponerle la obligación de dictar un Código " Penal, pues no tenemos código; existen, en rigor, una serie de " disposiciones dispersas, perdidas y que no constituyen una uni- " dad legislativa como lo ha querido y lo ha impuesto un pre- " cepto expreso de la Constitución argentina.

" Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, presenté en " una de las primeras sesiones del año pasado, un proyecto de " Código Penal, que no era otra cosa que la base para la discusión " y para la elaboración de un código definitivo. Presenté el pro- " yecto de 1906, compuesto por aquella comisión de la que forma- " ron parte Rivarola, Piñero, Saavedra, Beazley, Moyano Gacitúa " y Ramos Mejía. Y lo presenté incluyendo como agregado las " leyes que se habían sancionado con posteridad por el Congreso, " a los efectos de promover la unidad legislativa en esta materia. " Promoví inmediatamente de hecha la presentación del proyecto, " una encuesta entre magistrados y profesores, a fin de que, re- " uniendo todo un caudal de opiniones, pudiera una comisión es-

" pecial de la Cámara, que se nombró oportunamente, tener los " elementos necesarios para redactar el proyecto de Código Penal " definitivo.

" No solamente se requirieron opiniones que están contenidas " en la encuesta, sino que la comisión debió recabar también la " colaboración de algunos jurisconsultos, que se prestaron con " toda buena voluntad para la obra. El doctor Rivarola, coautor " del proyecto de 1906, nos prestó esa colaboración y lo hizo " también en forma especialísima, el doctor Julio Herrera, ex " senador de la Nación, quien se costeó desde su provincia espe- " cialmente, para concurrir a nuestras reuniones, trabajando con " nosotros no menos de cinco veces, durante largas sesiones, y " examinando por completo la parte general del proyecto y tam- " bién la parte especial, aunque esta última con menos detención.

" Dejo constancia de esa colaboración, porque ha sido real- " mente interesante para la comisión que he presidido, y porque " no quiero ni deseo adornarme con el fruto del trabajo ajeno, " sino anotar, como consta en el volumen impreso, los elementos " diversos que se nos han allegado.

" Expresada la forma de trabajo que ha tenido la comisión " y que ha debido contar como ha contado, con la colaboración " decidida e inteligente de la secretaría de la Cámara, que la " ha ayudado en todo lo relativo a impresiones y correcciones, lo " mismo que el jefe de división señor Da Rocha y el encargado " de la misma doctor De la Vega; quiero dar también, de una " manera muy breve, los puntos de vista que ha tenido al presen- " tar el proyecto, en términos generales, porque creo que en una " reforma de esta importancia, conviene que todo el país se dé " cuenta de los puntos de mira que la comisión ha tenido en " consideración.

" Desde luego, hemos querido presentar una ley eficaz, que " sea susceptible de aplicación entre nosotros, sin enamorarnos " de teorías, que a veces son halagadoras, pero que no se pueden " llevar a la práctica en nuestro país por una cantidad de razones " de hecho. Hemos tomado así los elementos científicos cuando " han sido susceptibles de aplicación, porque hemos considerado " que las teorías y los ensayos no convienen en las leyes, expli- " cándose en los libros y en las controversias.

" Un movimiento generalizado entre todos los que se han ocu- " pado de derecho penal, es el relativo a la individualización de

" las penas. Cada caso en esta materia es distinto del anterior, y " es preciso que demos a los jueces instrumentos flexibles para " que puedan medirlo de acuerdo con todos los antecedentes " personales y sociales, y hacer realmente justicia. Este no era el " criterio de las leyes antiguas que, al contrario, ceñían al juez " de una manera tal que éste se encontraba muchas veces en la pre- " cisión de absolver, cometiendo una injusticia, o de condenar a " una pena severa, cometiendo otra injusticia; y tenían en cuenta " mucho más que las condiciones del sujeto y del medio y las " conveniencias de la represión: el hecho mismo material, descar- " nado, criterio del que puede ser modelo aquella ley de Fuero " Juzgo que daba una pena, en el delito de lesiones, para la herida " en cada uno de los dedos de la mano o pie, estableciendo una " represión diferente, según cuál fuere la parte del órgano que " había sido afectada por la lesión.

" Ahora, señor presidente, ¿cuál era la manera práctica de " llegar a ese ideal de la individualización de la pena, a ese ideal " que lo hacía decir a Tarde, sociólogo, jurisconsulto y magistrado, " que en el orden penal, lo más conveniente sería hacer para cada " sujeto delincuente una condena especial, que surgiera de todos " los antecedentes del individuo y del hecho, así como los sastres " hacen para cada hombre un traje de acuerdo con su medida? " ¿Cuáles eran, entonces, los medios de que podía disponer una ley " para llegar realmente a la individualización? Nosotros, que " hemos aceptado el criterio, para desenvolverlo hemos llegado " a las conclusiones que voy a enunciar.

" En primer lugar, se han consignado, de acuerdo con la " doctrina científica indiscutida, penas flexibles, con un máximum " y un mínimum lejanos, que permitan al juez, estimando las " circunstancias de cada caso, dar la sentencia acertada, pu- " diendo apreciar y juzgar con criterios amplios y no rígidos.

"En segundo lugar, cambiando el punto de vista en la teoría " de las atenuantes y de las agravantes, también de acuerdo con " los criterios científicos modernos, y de conformidad con todos " nuestros publicistas, que aconsejan no hacer enumeración de " circunstancias sino dar normas generales. Además, no estable- " cer como medida de la penalidad el término medio del castigo " elástico, sino autorizar a los jueces para que se muevan entre " el máximum y el mínimum, para dar la condena más acertada " en cada caso particular.

" Y, en último término, establecer para los delitos graves la " pena paralela, es decir, un castigo que el juez elija entre dos " que se colocan altenativamente, para aplicar lo que más con- " venga al caso al cual se dirige.

" Esta dirección se acepta en la parte especial, donde se pres- " cinde de las penas fijas, autorizándose una u otra de las con- " signadas para cada delito.

" Hemos introducido, también, instituciones nuevas, de acuer- " do con el proyecto de 1906. Así, hemos reglamentado la con- " dena condicional, o sea la suspensión de la pena en los delitos " de poca importancia, la cual se mantiene y no se aplica sino " en el caso de alguna reincidencia, a los efectos de amenazar a " los delincuentes primarios y no poblar con ellos las cárceles.

" Y aquí, señor presidente, otra incongruencia de estas im- " provisaciones en materias tan serias. La ley anterior, el Código, " en una palabra, había establecido la posibilidad de substituir " las penas corporales con dinero: pagar la pena, se llamaba " entonces a esa operación.

" El proyecto del año 91, había variado ese criterio, pero " introducía la condena condicional. La ley de reformas no acep- " tó la condena condicional e impidió la substitución. De aquí, " entonces, que en muchos casos, delincuentes primarios por de- " litos insignificantes, tenían y tienen fatalmente que ir a cum- " plir su pena de encierro, porque no hay en la ley ningún resorte " para salvarlos de esa situación; es decir, la ley de reformas " vino a agravar la situación, suprimiendo una institución mala, " pero sin crear la superior, que se había proyectado en substitu- " ción de la misma.

" Hemos reemplazado la gracia por la libertad condicional. " La gracia se otorga cuando se supone la reforma positiva del " penado; pero se acuerda de una manera definitiva. ¿Y si el " penado no se hubiera reformado? ¿Si cometiera al día siguiente " de salido de la cárcel un delito nuevo? No habría para él nin- " guna clase de medida, ni de represión, sino en cuanto al nuevo delito.

" Hemos considerado, por eso, que esa gracia debe darse de " una manera condicional; esto es: si el penado cometiera dentro " del tiempo que le falta para cumplir la condena otro delito, " deberá volver a la cárcel a integrar la pena. La gracia, entonces, " se acordaría como un premio real a la buena conducta compro- " bada y no con el alcance que tiene en la ley actual.

"Hemos reglamentado la reparación de los daños; hemos "cambiado el criterio en materia de tentativa, de participación, "de concurso de delitos, de encubrimiento; nos hemos ocupado "de reglamentar las acciones, la extinción de éstas y de las penas, "y nos hemos detenido cuidadosamente en el criterio de la res- "ponsabilidad, punto sobre el que quiero decir algunas palabras "para que los señores diputados perciban todo el alcance de la "reforma.

"En la actualidad, nuestra ley, como la casi totalidad de las "que rigen en otros Estados, sancionan la falta de castigo para "el que realiza el hecho en un momento particular de perturba- "ción; por ejemplo, en los casos de locura; pero nuestra ley no "toma medida alguna contra la persona que ha realizado el hecho "en esas condiciones. De manera que un ebrio que asesina, com- "probada la ebriedad total e involuntaria, sale a la calle a repe- "tir el caso de ebriedad, y, probablemente, el de asesinato, y lo "mismo, señor presidente, el loco o cualesquiera de los otros per- "turbados que son absueltos por esos motivos.

"Todo esto ha ocurrido porque la ley ha tenido en cuenta "criterios expiatorios, criterios antiguos, que se relacionan, más "que con las sanciones jurídicas, con las sanciones religiosas que "se dan para los pecados, y no con las que debe conferir la socie- "dad para los delincuentes. Hemos transformado, por eso, el "criterio, y hemos establecido que a estos individuos peligrosos "se les debe recluir hasta que cese la situación y el estado de "peligro, debidamente comprobado.

"La legislación en materia de menores es tan atrasada y "tan anacrónica, que merecerá, seguramente, calificativos duros "a todo aquel que la estudie. Baste decir que cuando comete "el hecho un menor de edad, el juez se limita a averiguar cuán- "tos años tiene. Si es menor de doce años, no estudia el peligro "posible de que pueda volver a reincidir en el hecho. Y si es "mayor de doce y menor de quince, averigua sus condiciones de "discernimiento; si lo tiene, lo castiga lo mismo que a un mayor; "si no lo tiene, lo pone en libertad, sin tomar sobre él ninguna "medida tutelar. Es, señor presidente, el código criminal en "esta parte, un código realmente criminal.

"La comisión especial se ha preocupado de terminar con "esta situación inconveniente, proyectando disposiciones que

"amparen a la sociedad y a los menores, pero autoriza a los "jueces o a los tribunales, a que tomen medidas tutelares contra "los mismos y hasta que los encierren en establecimientos espe- "ciales, teniendo en cuenta que puede ser inconveniente la liber- "tad de esos sujetos.

"Además, no adopta estos criterios rígidos de que cuando "el menor tiene quince años carece de penalidad si no tuvo dis- "cernimiento, y cuando tiene quince años y un día, el hecho "solo de la edad lo coloca en las mismas condiciones que a un "hombre de treinta o de cuarenta años. Se hacen escalas y se "establecen proporciones, para colocar, según los casos, una "penalidad más leve o la penalidad completa. Y, por último, "toma medidas contra los padres, tutores o guardadores, en "salvaguardia del pequeño delincuente, mañana hombre peligroso "si la sociedad lo descuida.

"En la parte especial la comisión se ha preocupado no sola- "mente de los delitos, sino de la penalidad que corresponde, "tratando de adaptarla a los principios que rigen actualmente, "pero conteniendo todas las previsiones que son necesarias para "una buena defensa social.

"Esta obra, señor presidente, que esbozo así, de una manera "muy ligera, porque la exposición impresa contiene la totalidad "de los fundamentos, tiene que completarse por la comisión y "por la Cámara. Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una "ley en que se establezca el régimen de la penalidad en primer "término, pero el régimen de la penalidad en toda la República "y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en "cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar, se cumplen las "penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir, "que habiendo o debiendo haber un solo Código Penal, la aplica- "ción de las represiones se hace de una manera totalmente dife- "rente en unos y en otros lugares, como si no pertenecieran todos "al mismo país.

"Es necesario crear, además, la dirección de prisiones, que "establezca la fiscalización sobre todas las cárceles y que ase- "gure el mantenimiento del régimen penal dentro de todo el "territorio de la Nación.

"Es necesario que se cree la oficina central de identificación, "a los efectos de comprobar la reincidencia en toda la República, "reincidencia que forma parte de un capítulo especial del Código;

" y a los efectos también de acordar o denegar la condena con-
" dicional, porque si ésta no ha de aplicarse a los reincidentes,
" quiere decir que el que comete un delito en la misma provincia
" o en el mismo Estado las dos o más veces no obtendría la sus-
" pensión de la pena, y si lo cometiera en Estados diversos sí,
" por falta de comunicación y la ausencia de canje de fichas entre
" unas y otras oficinas.

" Además, señor presidente, esta ley debiera preocuparse de
" la construcción de establecimientos carcelarios, a los efectos de
" poder cumplir bien las disposiciones de la Constitución y del
" Código Penal; y por último, del patronato de excarcelados. Con
" esto, que formaría la segunda parte del trabajo de esta comisión
" especial, la labor quedará completa y habremos realizado una
" obra realmente constructiva y civilizadora.

" La comisión no ha procedido en esta materia con criterio
" propio ni personal; ha tratado de ser exponente de las necesi-
" dades nacionales, haciendo obra práctica, científica, humana y
" eficaz. Entrega su trabajo a la Cámara y al país, convencida
" de que ha cumplido con su deber y en la esperanza de no haber
" defraudado la confianza de que fuera objeto, cuando le cupo el
" honor de ser designada para realizarlo. Ha tenido como punto
" de mira los fines más elevados, y ha demostrado con su acción,
" a la cual han concurrido hombres de todos los partidos políticos,
" que todos sabemos unirnos en propósitos sanos y patrióticos cuan-
" do es necesario propiciar el bien general y el adelanto colectivo."

III

Los principios penales en la Constitución

45. Las garantías constitucionales. — 46. Definición de delito en la constitución. — 47. Abolición de los fueros. — 48. Supresión de penas determinadas. — 49. Delitos previstos por la constitución para que sean penados por el código. — 50. Facultades del poder ejecutivo cuando se suspenden las garantías constitucionales. — 51. Puntos que comprende la constitución.

*

* *

45. Las garantías constitucionales. — La Constitución, al establecer en el inciso 11 del artículo 67, que el Congreso dictará los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no ha entregado al Poder Legislativo facultades omnímodas. Dentro de su articulado la carta fundamental ha consignado las garantías básicas a que deben sujetarse las leyes.

Los principios de la Constitución se refieren a todas las ramas del derecho y están formados por aquellas normas de carácter general que se consideran como inherentes a la humanidad y que forman el cimiento de las instituciones de los países civilizados. Esos principios, como todos los lemas jurídicos, son variables, pero su permanencia es mayor que la de aquellos que se consagran en las leyes. Son menos oportunistas, son más permanentes y se aumentan con la incorporación de preceptos nuevos, cuando un postulado cualquiera, impreso en la legislación o consagrado por la costumbre, se considera por sus caracteres lo suficientemente

fundamental como para ser sustraído a las contingencias de la legislación ordinaria más susceptible de variaciones y ser erigido en regla más definitiva.

En materia de derecho penal, la Constitución argentina contiene una serie de preceptos que conviene destacar, porque ellos, en algunos casos, evitan disposiciones dentro del Código y en otros las imponen.

* * *

46. Definición de delito en la Constitución.—Los códigos de casi todos los países definen el delito como toda acción u omisión prohibida por la ley. Ese enunciado importa una garantía, desde que nadie podría ser castigado si no existiese en el momento de su acción u omisión una ley que fijase una pena para lo que hizo o dejó de hacer. Ese principio precave contra la arbitrariedad personal e impide la retroactividad de la ley.

La Constitución ha entendido que una norma de esa clase no debía dejarse librada a la ley, y en el artículo 18 dice:

"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio "previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado "por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por "la ley antes del hecho de la causa."

La regla es de fondo y de forma, se refiere a la incriminación y al juzgamiento, al Código Penal y al de Procedimientos.

La explicación de la misma se encuentra en los antecedentes tanto nacionales como extranjeros, y en la necesidad de desterrar para siempre la incertidumbre y los abusos.

En el artículo 19 se complementa el pensamiento cuando se dice:

"Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo "ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un ter-"cero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de "los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a "hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohibe."

Estas disposiciones tienen largos antecedentes en la historia de nuestro derecho, no sólo porque preceptos análogos fueron colocados en estatutos constitucionales o declaraciones de los primeros gobiernos patrios, sino por cuanto rigieron en determinados

momentos principios diferentes sobre los cuales se quería reaccionar.

En nuestro Código Penal no es, así, necesario insistir en la garantía referente a los efectos de la ley, desde que la carta fundamental ha elevado el principio colocándolo en su articulado, como garantía básica de nuestra organización.

Nuestro antiguo código, en el primero de sus artículos definía el delito o falta diciendo que era toda acción u omisión penada por la ley. Dividía los delitos en consumados y frustrados, y definía cada uno de ellos en los artículos 2 y 3, respectivamente, ocupándose en el 4 de las relaciones entre la resolución y la acción; en el 5 del error o ignorancia; en el 6 de la voluntad criminal como presunción genérica; y en el 7 de los efectos del acto realizado.

La ley de reformas del año 1903, inspirada en el proyecto de 1891, suprimió los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7, terminando con las definiciones y con esas reglas preceptivas que no tenían, en rigor, ninguna aplicación.

El código anterior, no solamente traía la definición del artículo 1, sino que en la sección segunda encabezaba el título de las penas diciendo en el artículo 46:

"No serán castigados otros actos u omisiones que los que la ley "con anterioridad haya calificado de delitos."

En muchos códigos, ese principio, según el cual sólo se podrán castigar los hechos calificados de delitos con anterioridad al acto u omisión incriminado, se ha colocado como una garantía tendiente a impedir más que una posible arbitrariedad judicial, la irregularidad legislativa, la que podría presentarse si se pretendiera dar a la ley efectos retroactivos.

El proyecto de Tejedor contenía el principio en el artículo 4 del libro 2.°, título primero, al tratar de las penas, y en la nota colocada al pie del mismo se expresaba que tal artículo comprendía uno de los preceptos más fundamentales de la ley penal. "La dis-"posición—agregaba—no es, en efecto, más que la aplicación al de-"recho penal del principio de legislación universal, sobre que las "leyes no tienen efecto retroactivo y una consecuencia de la re-"gla consignada en nuestras antiguas leyes y en el artículo 18 de "la Constitución Federal. Nada más conforme—dice Vicente y Ca-"ravantes—a la libertad y seguridad de los ciudadanos, que el no "penarse los actos que al tiempo de su ejecución constituían un "hecho lícito a los ojos del legislador, aun cuando se califiquen

" de criminales por una ley posterior; porque la libertad civil con-
" siste en el derecho de hacer lo que la ley no prohibe y nadie pue-
" de ser castigado por un acto u omisión que pudo considerar co-
" mo indiferente cuando la ley no lo prohibía."

En la misma nota se transcriben palabras de Pacheco, se señalan concordancias, se cita la opinión de Adolfo Chauveau y se insiste en la precisión de que la ley penal sea clara, rechazando las aplicaciones por analogía.

La determinación del principio dentro de nuestro código, es así perfectamente innecesaria, desde que en la ley fundamental se consigna de una manera clara y las repeticiones no conducen a nada útil.

La Constitución, como conjunto de preceptos generales que comprenden el derecho público y el privado, ha colocado todos aquellos principios que se consideran garantías fundamentales y los consigna como disposiciones superiores a las leyes que dicta el Congreso, el que debe sujetarse a ellos cuando desenvuelve las normas básicas.

*
* *

47. Abolición de los fueros.—La Constitución se refiere también a la cuestión de los fueros. En la antigua legislación, como hemos podido notarlo, las penas eran desiguales, teniéndose en cuenta la calidad y situación de las personas. Los fueros no sólo se referían a los castigos, sino a los tribunales, que eran distintos según los individuos.

Al examinar los antecedentes históricos, hemos hecho esas comprobaciones, habiendo percibido también los esfuerzos de los gobiernos nacionales para desarraigar esa preocupación aristocrática.

La Constitución, en el artículo 16, concluye con ese sistema, diciendo:

" La Nación Argentina no admite prerrogativas de san-
" gre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales, ni títu-
" los de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley."

El principio es de carácter general; rige para todas las materias y tiene una acentuación interesantísima en derecho penal, por los antecedentes a que antes he hecho referencia.

*
* *

48. Supresión de leyes determinadas.—Con respecto a penas, la Constitución también ofrece determinados principios. Así, en el artículo 18 se declara abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Y en el artículo 17 se establece que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino.

La carta fundamental, entonces, suprime: a) La pena de muerte por causas políticas; b) La pena de azotes; y c) La confiscación. Suprime también el tormento, en general, lo que quiere decir que no podrá aplicarse ni como recurso de procedimiento para arrancar confesiones, ni como agravante de la condena que se haga sufrir a los penados.

Pero no solamente hace lo que hemos comprobado, sino que fija el criterio que debe tenerse en relación al régimen carcelario, desde que establece en el mismo artículo 18 que "las cárceles de
" la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para casti-
" go de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto
" de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aqué-
" lla exija, hará responsable al juez que la autorice."

*
* *

49. Delitos previstos por la Constitución para que sean penados por el Código.—Algunos delitos se encuentran establecidos en la Constitución. El artículo 15 de la misma, dice:

" En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy
" existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una
" ley especial reglará las indemnizaciones a que da lugar esta decla-
" ración. Todo contrato de compra y venta de personas es un cri-
" men de que serán responsables los que lo celebrasen y el escribano
" o funcionario que lo autorice."

Ese crimen, para el cual no se establece una pena, debe ser castigado por el Código, en cumplimiento de la previsión constitucional.

"Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni " arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad compe- " tente"—consigna el artículo 18.

La ley, en consecuencia, debe castigar a los que contraríen ese precepto, aplicándoles penas, según el caso, por abuso o usurpación de autoridad.

"El domicilio es inviolable, como también la correspondencia " epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué " casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamien- " to y ocupación"—dice el artículo 18.

De donde se desprende que la violación de domicilio y la de correspondencia o papeles privados, constituyen delitos que deben ser penados en el código respectivo por disposición constitucional.

El artículo 22 establece que "el pueblo no delibera ni gobier- " na sino por medio de sus representantes y autoridedes creadas " por la Constitución." Y agrega: "Toda fuerza armada o re- " unión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peti- " cione a nombre de éste, comete delito de sedición."

La Constitución califica así un hecho y deja a la ley la represión correspondiente.

Sobre análogo delito, el artículo 109, dice:

" Ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra " provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de " Justicia y dirigidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos " de guerra civil, calificados de sedición y asonada; que el gobierno " federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley."

En dos partes, se ocupa la misma Constitución del delito de traición. En el artículo 29, diciendo:

" El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las " legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *faculta-* " *des extraordinarias,* ni la *suma del poder público,* ni otorgarles " *sumisiones o supremacías,* por las que la vida, el honor y las fortu- " nas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona " alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insa- " nable, y sujetarán a los que las formulen, consientan o firmen, a " la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria."

Y en el artículo 103, que establece:

"La traición contra la Nación consistirá únicamente en to- " mar las armas contra ella o en unirse a sus enemigos prestándo- " les ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la

" pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del de- " lincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes " de cualquier grado."

El primero de esos preceptos tiene un origen político y propio, pues se refiere a las atribuciones acordadas a Rosas por la Junta de Representantes de Buenos Aires.

El artículo 32, por último, se refiere a la prensa, y se ha discutido mucho cuando se ha tratado de los delitos de imprenta. Dice así:

"El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la liber- " tad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal."

*

* *

50. Facultades del Poder Ejecutivo cuando se suspenden las garantías constitucionales.—La Constitución prevé la posibilidad del estado de sitio, o sea la suspensión por motivos extraordinarios de algunas garantías individuales. Para evitar la anarquía, aunque fuera por un momento, se ha consignado el artículo 23, que dice:

"En caso de conmoción interior o de ataque exterior, que pon- " ga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autorida- " des creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provin- " cia o territorio en donde exista la perturbación del orden, que- " dando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero duran- " te esta suspensión no podrá el presidente de la República con- " denar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, " respecto de las personas, a arrestarlas, o trasladarlas de un pun- " to a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del te- " rritorio argentino."

Como puede verse, las facultades del presidente de la República se limitan y se le prohibe expresamente la aplicación de penas.

*

* *

51. Puntos que comprende la Constitución.—En materia penal, la Constitución se refiere, por tanto: 1.° A delitos en general; 2.° A la abolición de los fueros y a la igualdad ante la ley;

3.° A la supresión de ciertas penas; 4.° Al régimen carcelario; y 5.° A la previsión de ciertos hechos declarándolos delitos.

Todos los preceptos tienen antecedentes en el derecho colonial y en las normas jurídicas de los primeros gobiernos patrios.

También se contienen diferentes reglas procesales, que se vinculan íntimamente al derecho penal, y que proporcionan las más sólidas garantías.

IV

El complemento del Código Penal

52. La ley carcelaria. — 53. Procesados y condenados. — 54. La pena y el régimen de su aplicación. — 55. El criterio dominante en el congreso al sancionarse el código. — 56. El registro nacional de reincidentes. — 57. La ley de extranjeros. — 58. Las reformas procesales. — 59. Repetición de estas ideas en diversas oportunidades.

* * *

52. La ley carcelaria.—Para obtener en la práctica el mayor orden, es preciso que éste domine en las leyes a las cuales aquélla ha de sujetarse.

El Código Penal debe ser un conjunto destinado a usarse por los jueces y a regir únicamente en los tribunales. El Código Penal es inseparable del de Procedimientos, desde que el primero se aplica a través de las garantías y de las formas prescriptas por el segundo.

La misión de uno y otro termina con la sentencia definitiva, que es el último acto del proceso. Si la sentencia es absolutoria todo ha concluído en el Poder Judicial, salvo los casos excepcionales, y el acusado recupera su situación anterior. Si aquélla es condenatoria, los jueces que carecen de los elementos materiales para hacer cumplir sus resoluciones, entregan al condenado al Poder Ejecutivo, para que éste proceda por medio de sus empleados a disponer la ejecución.

Como nosotros carecemos de un sistema carcelario definido,

y como no existe al respecto ninguna ley, las personas detenidas en los establecimientos respectivos, tienen o pueden tener situaciones distintas y estar sometidas a diversas autoridades. Para observarlo mejor, examinaremos el punto a través de casos prácticos. Se comprueba una infracción. La policía se pone en movimiento y detiene al autor. Este es sometido a la justicia, la que se atiene el procedimiento siguiendo las etapas marcadas por la ley. Si el delito no autoriza la excarcelación, el sujeto es privado de su libertad y durante el proceso se encuentra a la orden y disposición del magistrado que entiende en el mismo. El Poder Judicial no ha pronunciado aún la palabra definitiva y el individuo está sometido a esa jurisdicción.

Sabemos que sólo los jueces pueden aplicar penas en vista de lo prescripto por el artículo 18 de la Constitución y ante el hecho de no haberse consagrado el juicio por jurados, y de haber creado el Congreso tribunales letrados, de acuerdo con la facultad que le acuerda el artículo 67, inciso 17 de la misma carta fundamental.

De manera que sobre los acusados no condenados, que se encuentren detenidos preventivamente, sólo los magistrados ejercitan jurisdicción. Los empleados de las cárceles, con referencia a esos detenidos, deben encontrarse a las órdenes de los jueces. La dualidad es análoga a la que se presenta con relación a la policía, que es una institución administrativa, pero que se considera respecto a determinados asuntos, como un auxiliar de la justicia.

* * *

53. Procesados y condenados.—En la provincia de Buenos Aires, la diferencia entre las dos clases de establecimientos carcelarios se ha hecho en la Constitución.

El artículo 28 se refiere a las penitenciarías, que deberán ser reglamentadas para que se cumplan propósitos de seguridad y no de mortificación, que la ley tiene en vista, y el 157, inciso 8.°, confiere a la Suprema Corte la jurisdicción exclusiva en el régimen interno de las cárceles de detenidos.

La Constitución ha querido que no se incurra en confusiones y que las cárceles de detenidos sean reparticiones dependientes de la justicia, adonde se alojan los individuos sometidos a prisión

preventiva. Los empleados de estos establecimientos, se designan por la Suprema Corte y los reglamentos internos de los mismos los aprueba ese tribunal.

Los condenados, en cambio, esto es, los que salen de la jurisdicción judicial, deben ser recluídos en establecimientos especiales dependientes del Poder Ejecutivo, el que nombra sus empleados y aplica las leyes reglamentarias.

En la práctica, el sistema se encuentra alterado, pues en las cárceles de detenidos hay penados y en el Departamento de Policía procesados a la orden de jueces. En cuanto a los departamentos judiciales, las cárceles contienen a unos y otros, ya sea que dependan de la Suprema Corte o del Poder Ejecutivo. Pero el desorden en los hechos no quita mérito a la distinción doctrinaria que hicieron con verdadera clarovidencia los constituyentes de la provincia de Buenos Aires.

Así como producido un delito la autoridad administrativa encargada de la función policial detiene al autor y lo somete a los jueces para el juicio correspondiente, cuando el proceso concluye y se dicta sentencia definitiva condenatoria, el magistrado manda copia del fallo al Ministerio de Justicia y pone al penado a la disposición del Poder Ejecutivo. Desde entonces el delincuente sale de la potestad judicial y pasa a depender de las autoridades ejecutivas. En las provincias se procede del mismo modo, poniendo los penados a la disposición y orden del Poder Ejecutivo.

Las cárceles dependen también de este poder, sus empleados los designa el mismo y los reglamentos internos los dicta idéntica autoridad.

De manera que en nuestro sistema: 1.° La ley de fondo o sea el Código Penal debe dictarse por el Congreso; 2.° Las leyes de forma, o sean los códigos de procedimientos, los sancionan las provincias, y para la Capital Federal y Territorios Nacionales, el Congreso, como legislatura local; 3.° Los acusados se encuentran sometidos a la autoridad judicial mientras dura el proceso y la prisión preventiva; y 4.° Los condenados se entregan a la autoridad ejecutiva, la que hace cumplir las penas de acuerdo con la sentencia y de conformidad a las leyes reglamentarias que debe dictar el Congreso, diferenciando los castigos y dando los rasgos generales del régimen de cada uno.

Todo esto demuestra que el Código Penal debe limitar sus disposiciones a lo que es propio del juicio, dejando para una ley

especial lo relativo a las formas y detalles del cumplimiento de la penalidad.

El Código señala las penas, las que tienen un significado y responden a un concepto. La ley deberá fijar las condiciones de su aplicación.

*

* *

54. La pena y el régimen de su aplicación.—Los preceptos del Código Penal, definiendo las penas y dando sus características, son siempre incompletos. Una ley carcelaria tiene que decir en qué consiste la pena y tiene que porporcionar el sistéma aplicable al delincuente, y debe dar reglas claras para que sirvan a los funcionarios encargados de los establecimientos respectivos.

De ese régimen y del cuidado que se tenga al ponerlo en práctica, dependerán, seguramente, los resultados que se obtengan en el sentido del mejoramiento o de la regeneración del delincuente.

El doctor Herrera, en su citada obra, se refiere, al criticar el proyecto de 1906, a deficiencias del mismo en relación con el sistema carcelario. Sus observaciones deben ser recogidas para tenerlas en cuenta al redactar aquella ley, ya que esa materia se ha suprimido del Código.

*

* *

55. El criterio dominante en el Congreso al sancionarse el Código.—El Congreso, al sancionar el Código Penal, ha aceptado el criterio señalado antes, no solamente porque el proyecto ha hecho la separación de materias, sino porque así se expresó por la comisión especial encargada de estudiar la reforma en la Cámara de Diputados.

En la exposición de motivos presentada a esa Cámara, se dijo:

"Es indispensable reglamentar por medio de una ley espe-
" cial complementaria del Código Penal, el cumplimiento de las
" penas, prescribiendo el régimen carcelario.

"No hay objeto en incorporar esos preceptos al Código, por-
" que la penalidad y el sistema para el cumplimiento de la misma
" son cosas diferentes. El Código prevé los delitos y fija las re-
" presiones, debiendo ser aplicado por los jueces que absuelven
" o condenan.

" El régimen penal depende de la autoridad administrativa y
" se hace efectivo sobre los condenados que es a quienes se aplica.
" Es, así, extraño a los magistrados y al Poder Judicial.

" Es indudable, sin embargo, que los fines perseguidos al im-
" poner penas para los delitos, pierden eficacia si el régimen carce-
" lario no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvieron
" en vista al fijar las represiones. Por eso conviene establecerlo
" en una ley especial, como lo dejamos manifestado."

Esas ideas fueron afirmadas en el informe verbal que produje en la Cámara de Diputados en la sesión del 21 de agosto de 1917, fundando en general y como presidente de la comisión especial, el proyecto de código sancionado.

Dije en esa oportunidad:

" Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en que
" se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero
" el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema
" progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada
" provincia y en cada lugar se cumplen penas como les parece opor-
" tuno a los gobiernos locales, es decir, que habiendo o debiendo
" haber un solo Código Penal, la aplicación de las represiones se
" hace de una manera totalmente diferente en unos y otros lugares,
" como si no pertenecieran todos al mismo país."

El sistema seguido por el Código, en cuanto al contenido sobre el cual legisla, es bien claro. El código mismo que se ha sancionado se limita a indicar la pena y a definirla en términos generales, dejando para una ley, que todavía no se ha dictado, todo lo relacionado con la aplicación de aquéllas.

La ley carcelaria es motivo de estudio, habiéndose presentado varios proyectos respecto a ese asunto.

El criterio que dominó en la Cámara de Diputados fué aceptado por el Senado. El doctor Rojas había proyectado la inclusión en el título de las penas de preceptos relacionados con su reglamentación.

La Comisión de Códigos no los aceptó, y explicando las ra-

zones del rechazo, dijo en la exposición de motivos, después de repetir las opiniones de la comisión de la Cámara de Diputados, lo siguiente:

"De acuerdo con este criterio, que nosotros compartimos, la "Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó "un proyecto sobre régimen carcelario en toda la República, el "cual figura en una de las órdenes del día de la Honorable Cá-"mara de Diputados. El doctor Rojas tomó de ese proyecto al-"gunas disposiciones sobre el régimen de las penas para incor-"porarlas al Código Penal; pero consideramos que, por los fun-"damentos transcriptos, no corresponde aprobar las modificacio-"nes indicadas en su informe.

"La comisión ha creído conveniente, en cambio, aceptar las "indicaciones señaladas en el mismo informe, en el sentido de "determinar en la parte general del Código la duración de las "penas temporarias privativas de la libertad. En este punto no "comparte las opiniones de la Comisión Especial de Legislación "Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados, según la "que, en la parte general, no debe consignarse sino la calidad "de las penas, debiendo quedar la determinación de la cantidad "para la parte especial.

"Los proyectos más modernos, como el sueco y el suizo, fi-"jan en la parte general la calidad y la cantidad de las penas. "Así, el anteproyecto de Código Penal para Suecia, preparado "por Thyren, dispone en el capítulo II, de las clases de penas: "La reclusión durará perpetuamente, o bien un tiempo determi-"nado, que no sea inferior a seis años, ni superior a veinte, fuera "de los casos mencionados en el Capítulo X." (Art. 5.°).

"El anteproyecto suizo, en cuya redacción tanta parte ha "tenido el insigne criminalista Stoos, dispone en la parte gene-"ral, capítulo III. Penas, medidas de seguridad y otras medidas: "1.° La reclusión es la más grave de las penas privativas de la "libertad. La duración de la reclusión es de un mínimum de un "año y de un máximum de quince años; en los casos especial-"mente previstos por la ley, la reclusión es perpetua (art. 36). "La duración de la prisión es de ocho días, como mínimum, y "de un máximum de dos años, salvo disposición en contrario y "expresa de la ley." (Art. 37).

"En vista de estas consideraciones y antecedentes, la comi-"sión aconseja un agregado a los artículos 6.° y 9.°, del proyecto

"en revisión, los cuales quedarían redactados en la siguiente "forma:

"Art. 6.°—La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cum-"plirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados "al efecto. Los recluídos podrán ser empleados en obras públi-"cas de cualquier clase, con tal que no fuesen contratadas por "particulares. La reclusión temporal no será inferior a un año "ni superior a veinticinco años.

"Art. 9.°—La pena de prisión, perpetua o temporal, se cum-"plirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de "los destinados a los recluídos. La prisión temporal no será in-"ferior a cuatro días ni superior a veinticinco años." (1).

El Senado sancionó la modificación, pero la Cámara de Diputados la rechazó, triunfando en la ley este último criterio, de manera que se acentuó aún más el propósito de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

* * *

56. El registro nacional de reincidentes.—El Código Penal necesita completarse también con la creación del registro nacional de reincidentes.

La condena condicional, que es una de las nuevas instituciones creadas, no se aplica a los reincidentes. Es necesario, entonces, para concederla o denegarla, conocer la situación de la persona a quien se refiere la sentencia. Hoy no tenemos un registro que pueda informar, de donde resultaría que sería preciso, o bien pedir el dato a la Capital, a las catorce provincias y a los diez territorios, o solicitarlo únicamente a la autoridad correspondiente del lugar donde se juzga. Si se procediera del primer modo, la institución no daría resultados, pues sería casi imposible aplicarla, no sólo por las dificultades, sino por las demoras. Y si se procede del segundo modo, se expone el magistrado a conceder los beneficios de la condena a un reincidente. Volveremos sobre este punto, pero entretanto conviene dejar constancia de la importancia de la ley complementaria.

Para poner en ejecución ese pensamiento, en la sesión del 26

(1) La reforma penal en el Senado, página 88.

de junio de 1918 presenté un proyecto sobre "Oficinas de identificación y reincidencia". Tenía por objeto, según el art. 5.°: a) Identificar en la capital de la República, a los prevenidos, después que contra éstos se haya dictado auto de prisión preventiva; b) Formar un registro general de todos los procesados y condenados de la República, a los efectos de la reincidencia y de la estadística criminal, conforme al sistema de Vucetich y en el modo y forma que lo reglamente el Poder Ejecutivo; c) Suministrar a todos los jueces nacionales y oficinas seccionales, dentro del término de 48 horas, los informes que le requieran sobre los antecedentes que obren en su archivo respecto a las personas procesadas; y d) Mantener relaciones con las oficinas similares del exterior, promoviendo el canje de informaciones útiles a los fines de su creación.

Para la identificación se adoptaba el sistema dactiloscópico de Vucetich, y se establecía que "al dictarse auto de prisión " preventiva contra una persona acusada de un delito, los jueces " ordenarán en la capital de la Nación a la oficina central; en las " provincias a las seccionales y en los Territorios Nacionales a la " policía, que procedan a tomarle las impresiones digitales, debien- " do expresar, además, los datos referidos en la ficha del canje."

Los fundamentos (1) explicaban el alcance del proyecto, diciendo:

" El año pasado, durante el período de sesiones ordinarias, " la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, presentó " a la consideración de la Honorable Cámara un despacho, con " el cual se proponía iniciar la solución de una de las cuestiones " que más han preocupado a nuestros penalistas. Me refiero a " la cuestión carcelaria. El despacho comprendía el régimen de la " penalidad, la estadística criminal, el censo carcelario, el regis- " tro de reincidentes, la escuela de celadores y guardianes y el " patronato de liberados."

El Poder Ejecutivo debía, por su parte, con los antecedentes que se reunieran como consecuencia de la ley, someter al Congreso el plan de construcciones que fueran necesarias, y para lo cual era preciso, primero, contar con el censo carcelario. Se pensaba, además, que esa ley debía ser complementaria del Código

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1918. Tomo I, página 670.

Penal, y que ese cuerpo legislativo, sancionado ya por la Cámara de Diputados, se sancionaría en breve por la de Senadores.

El proyecto creaba, asimismo, a los efectos de la unidad, siempre necesaria, la dirección general de establecimientos penales. Se trataba de un conjunto orgánico tendiente a solucionar de una vez el arduo problema del cumplimiento de las penas en las condiciones establecidas por la Constitución.

El despacho presentado el año anterior caducó, pero en el corriente período se formó de nuevo la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, para estudiar los problemas pendientes y presentar a la Cámara los proyectos del caso.

No habiendo aún concretado su trabajo en los despachos correspondientes, el Poder Ejecutivo presenta un proyecto nuevo sobre creación de un registro de reincidentes.

La prioridad de la iniciativa no corresponde, por consiguiente, al Poder Ejecutivo, sino a la comisión especial antes mencionada, la cual consultó al señor ministro de Justicia e Instrucción Pública antes de presentar sus conclusiones, obteniendo del representante del Poder Ejecutivo asentimiento pleno a las mismas.

*
* *

57. La ley de extranjeros.—Es preciso, también, dictar la ley de extranjeros, a que me referiré más adelante, y derogar la ley N.° 4114, llamada de residencia.

*
* *

58. Las reformas procesales.—Y será necesario, por fin, afrontar la reforma de la ley procesal para ponerla en concordancia con los adelantos del momento. La demora en los procesos es un defecto nacional, del que debemos curarnos dando el remedio consistente en un buen Código de Procedimientos, moderno, flexible y que acelere la sustanciación de las causas.

*

* *

59. Repetición de estas ideas en diversas oportunidades.—En diferentes oportunidades he repetido estas ideas, como lo comprueba el discurso antes transcripto, en que fundé el despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria en la Cámara de Diputados.

En el final de la exposición que hice, fundando el proyecto sobre represión de la vagancia y mendicidad, también toqué el punto, diciendo (1):

"Se ha sancionado hasta ahora el Código Penal. Falta la "ley carcelaria, pendiente de despacho de la comisión especial; la "ley sobre libertad bajo caución, complemento de forma de la li- "bertad condicional, y la ley sobre expulsión de extranjeros, cuyo "proyecto presenté el año pasado y está hoy en la Comisión de "Negocios Constitucionales.

"Es necesario prestar atención a la entrada de extranjeros "al país. La guerra, con todas sus calamidades locales, representa "para nosotros peligros económicos y sociales. Y entre estos úl- "timos se encuentra el relacionado con la afluencia de individuos "defectuosos, inválidos por la pérdida de órganos o sentidos, que "gravitarán, si vienen, sobre nuestro país, que no es el culpable "de la conflagración.

"Se requiere ahora, más que nunca, preocuparse de sanear "socialmente a nuestro pueblo y aprestarse a su defensa."

(1) Diario de Sesiones de 1917. Tomo V, página 12.

V

Derecho Penal y Delito

60. Fundamento de las leyes. — 61. Limitaciones para la libertad individual. — 62. Derecho público y privado. — 63. La defensa social y el derecho represivo. — 64. Noción del derecho penal. — 65. El delito, concepto legal y sus garantías. — 66 Diversas definiciones del delito. — 67. El delito según Carrara. — 68. Opinión de Franck. — 69. El concepto de Rossi. — 70. Opiniones de Moyano Gacitúa. — 71. La teoría positiva de Garófalo. — 72. El pensamiento de Rivarola. — 73. Noción y síntesis.

*

* *

60. Fundamento de las leyes.—Un Estado es un pueblo organizado dentro de los límites de un territorio. La vida social exige una serie de reglas de convivencia, pues si cada uno se manejase de acuerdo con su voluntad, sus impulsos o sus apetitos personales, se crearían situaciones de guerra o de disolución contrarios a la existencia del organismo. Las reglas impuestas por la vida común se traducen en leyes, siendo el conjunto de éstas el orden jurídico en un Estado cualquiera.

Las leyes se refieren a distintos intereses, desde que los aspectos de las actividades humanas son diversos. Cada una de esas normas se dicta teniendo en cuenta el conjunto, pero algunas interesan de manera más esencial a los individuos en particular, que al organismo en general. Así, las reglas que rigen los contratos, tienen carácter genérico y uniforme, pero el convenio concluído de acuerdo con las mismas afecta solamente a las personas que

lo realizaron. En cambio, las leyes que castigan el homicidio tienen el mismo alcance general, pero producido el hecho delictuoso, no se afecta sólo a la víctima, sino a todo el organismo, el que se siente en peligro ante el ataque sobrevenido.

De aquí la división del derecho en público y privado.

El derecho, como dice Von Liszt, es la ordenación de la sociedad organizada en Estado; se manifiesta en una serie de normas coercitivas que ligan a los particulares como a la comunidad, y que garantizan la consecución de los fines comunes.

El derecho protege los intereses, los que se consideran como bienes jurídicos. La vida en común crea esos intereses, y el derecho, al protegerlos cuando son legítimos, los transforma en bienes jurídicos.

Las leyes se dictan teniendo en cuenta en primer término el interés general, desde que los individuos al asociarse declinan de lo propio en homenaje a las ventajas de la vida social. La voluntad general debe, así, dominar las voluntades particulares.

*
* *

61. Limitaciones para la libertad individual.—Toda regla jurídica coarta la libertad individual, desde que limita facultades o posibilidades personales. Una norma siempre establece prohibiciones y confiere autorizaciones, de manera que señala en algún orden, límites a las expansiones individuales.

La libertad absoluta sólo se podría concebir para el hombre solo, aislado, el que no se encontraría limitado sino por la naturaleza. Un sujeto en esas condiciones no tendría derechos ni deberes, desde que esas nociones, derivadas de la vida social, carecerían de existencia no concurriendo aquélla. Un hombre así no podría cometer delitos, y solamente en caso de profesar creencias religiosas, cometería pecados y tendría deberes. Los conceptos jurídicos, lo mismo que los morales y religiosos, son nociones derivadas de una relación existente o supuesta, con otros seres humanos o con la divinidad.

El origen de las leyes, no con el concepto actual de preceptos escritos dictados para sociedades organizadas con una serie de formalidades, sino el de las normas jurídicas, el de las reglas derivadas de la convivencia, no puede comprobarse, sino suponerse, desde que las primeras sociedades no se conocen en su formación y desarrollo, escapando a las investigaciones históricas. Las teorías se crean tomando los hechos actuales y los demás conocidos, y sacando de ellos consecuencias lógicas.

El derecho, hoy, lo apreciamos y estudiamos como un hecho constante en todas las sociedades e indispensable para el mantenimiento de las mismas.

*
* *

62. Derecho público y privado.—El derecho, según la naturaleza de los intereses amparados, se divide en público y privado. El primero tiene principalmente en cuenta el conjunto; el segundo los individuos.

La división no es absoluta porque los términos se encuentran sumamente vinculados y las líneas de separación no pueden tenderse. Todos los intereses, por sociales que sean, reposan en los individuos, y todos los intereses personales tienen ligaduras con la sociedad.

*
* *

63. La defensa social y el derecho represivo.—La función más esencial de las sociedades organizadas es la de defenderse. Los individuos, lo mismo que todos los seres organizados, tienen instintos entre los cuales el de conservación aparece como primordial. Las sociedades, como que son conjuntos de personas, necesitan llenar también esa misión fundamental.

La defensa del orden jurídico se verifica por medio del castigo. El Estado, por conducto de las autoridades correspondientes, dice cuáles son los hechos que atentan contra su estabilidad o desenvolvimiento y fija las penas para los infractores.

El derecho penal debe ocuparse, por tanto, del delito, de la pena, del reo, de la víctima y del derecho violado, para fijar reparaciones personales.

En sentido objetivo, el derecho penal, según Impallomeni, es

el conjunto de las normas jurídicas con las cuales el Estado somete á los autores de una determinada violación de las leyes llamada delito, a una pérdida o disminución de derechos personales llamada pena. En sentido subjetivo, el derecho penal se refiere a la facultad del Estado para castigar.

El derecho penal es abstracto y concreto. Es abstracto en cuanto estudia el derecho de castigar y a las leyes que deben sancionarse, teniendo bajo ese aspecto que hacerse investigaciones científicas, estudios de legislación comparada, de sociología, antropología y demás ciencias relacionadas con el mismo. Es concreto en cuanto expone los principios punitivos que rigen en un país determinado.

*
* *

64. Noción del derecho penal.—Casi todos los autores de derecho dan nociones o definiciones propias acerca de derecho penal, las que en el fondo reflejan los mismos pensamientos.

Derecho penal—dice Haus (1),—es el conjunto de las leyes que reglan el ejercicio del derecho de castigar.

La palabra leyes, empleada en esta definición, no se aplica exclusivamente a las prescripciones del Poder Legislativo. Tomada en el sentido más extenso, esta expresión designa las reglas de conducta generales y obligatoria; ella comprende entonces las leyes naturales y las leyes positivas, que son: o leyes propiamente dichas o reglamentos, ordenanzas, decretos o edictos, estableciendo penalidades.

El derecho penal—concluye—es el conjunto de las leyes que determinan los delitos y las penas, es decir, los hechos punibles y los medios de reprimirlos.

Pessina (2) dice que la reunión de los principios relativos al castigo del delito es lo que se llama derecho penal, el que forma parte de un organismo mayor o sea el derecho. El derecho penal se compone de tres elementos: 1.° El que hace necesaria la punición, esto es, el delito, la transgresión de los dictados que forman el contenido positivo del derecho; 2.° El remedio que la

(1) Principes Généraux du Droit Penal Belge, página 1.
(2) Elementos de Derecho Penal, página 1.

sociedad humana suele poner a aquél, esto es, la pena; y 3.° El conjunto de medios necesarios para conseguir que el delito no escape a la punición y ésta caiga exclusivamente sobre el delito.

Civoli (1), expresa que las pasiones inherentes a la naturaleza humana generan deseos y apetitos que se traducen en hechos incompatibles con la existencia social. Esos hechos son los delitos. La pena es el mal que el Estado irroga a los autores de tales acciones. El conjunto de las reglas que deben observarse al proceder al castigo de los autores del delito constituye el derecho penal.

Mecacci (2) manifiesta que el derecho penal es la ciencia del delito y de la pena, extendiéndose en la explicación del concepto largamente.

Para Groizard (3), el derecho penal gravita sobre tres principios fundamentales: la noción del delito, la noción de la pena y la noción de la responsabilidad. La materia penal está determinada, según el mismo, por la concurrencia de esos tres factores.

Impallomeni (4), como lo hemos visto antes, expresa que el derecho penal en sentido objetivo es el conjunto de las normas jurídicas con las cuales el Estado somete a los autores de una determinada violación de las leyes, llamada delito, a una pérdida o disminución de derechos personales, llamada pena.

Garraud (5) dice que el derecho penal tiene por dominio y por objeto el derecho de castigar. Ese derecho no pertenece solamente al Estado y no se ejerce solamente en su nombre: puede pertenecer a individuos, a corporaciones, a asociaciones o asambleas, a las cuales el Estado reconoce la existencia protegiendo sus actividades.

El hecho de la represión se produce en todos los tiempos y en todas partes. Un padre castiga a sus hijos; un maestro a sus alumnos; un jefe a sus soldados, y esto desde que hay hombres sobre la tierra. Pero ese hecho se ha manifestado siempre con tres caracteres que parecen serles esenciales: 1.° La facultad deriva del derecho de mandar; 2.° Tiene por objeto sancionar una defensa o un orden; 3.° Tiende a retribuir una falta y a prevenir su repetición. Es siempre en estas condiciones que la penalidad

(1) Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 4.
(2) Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 110.
(3) El Código Penal de 1870. Tomo I, página 1.
(4) Istituzioni di Diritto Penale, página 1.
(5) Traité Théorique et Practique du Droit Penal Français. Tomo I, págs. 3, 4 y 5.

interviene, cualquiera que sea el que la inflige, individuo o colectividad.

En las sociedades modernas, el Estado monopoliza la represión, ejercitándose el derecho de castigar de los individuos o de las corporaciones, con su consentimiento o su tolerancia. El Estado ejercita ese derecho en las condiciones que él mismo se traza de antemano por medio de su legislación. De manera que el derecho de castigar es el derecho de castigar del Estado, limitado por el derecho. Se llama derecho penal o derecho penal positivo, el conjunto de leyes establecidas y promulgadas según las formas constitucionales de cada Estado, que reglan el ejercicio del poder de castigar.

Ese conjunto de leyes comprende necesariamente tres partes: 1.° El precepto, es decir, la determinación de los hechos punibles y de las penas aplicables; 2.° La organización de las autoridades encargadas de perseguir los hechos punibles, de juzgar a los autores, de pronunciar las penas y de hacerlas ejecutar; 3.° El procedimiento, es decir, la marcha a seguirse para llegar a tales resultados.

Según Merkel (1), el derecho penal en amplio sentido, comprende aquellas prescripciones del derecho del Estado que tienen por objeto las acciones punibles, los delitos en su amplia acepción y el castigo de las mismas.

Vidal (2) dice que la sociedad es un estado natural y necesario al hombre, el cual reducido a sus propios recursos individuales, se encontraría en la imposibilidad de subvenir solo a la satisfacción de sus distintas necesidades: físicas, materiales, intelectuales y morales. Pero la vida en común no es posible sino al precio de sacrificios recíprocos, de concesiones mutuas y de una sabia limitación en la libre actividad de cada uno. Las leyes están destinadas a fijar los derechos del individuo y del Estado y a hacer reinar el orden en cada sociedad, asegurando a cada uno el libre ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades de distinta naturaleza. Entre esos diversos derechos y las leyes que organizan la sanción, hay algunos más importantes y más esenciales, cuya violación significa un quebranto serio para las relaciones sociales, y cuyos efectos no sólo se producen respecto al individuo afectado, sino con relación a los demás, que se

(1) Derecho Penal. Tomo I, página 6.
(2) Cours de Droit Criminel et de Science Penitenciaire, página 1.

sienten inquietos en sus personas, en sus bienes o en sus derechos amenazados.

El derecho penal tiene por objeto restablecer la tranquilidad en los espíritus y asegurar más enérgicamente el respeto por esos derechos esenciales y la observación de esas leyes fundamentales, amenazando con penas y castigos a aquellos que los desconocen y violentan. El derecho penal y la pena se encuentran por todas partes y siempre.

El derecho penal—dice González (1)—es el conjunto de disposiciones legales que, según su Constitución, dicta cada Estado, para regular el derecho de castigar que tiene la sociedad. Estudia esa rama jurídica las violaciones de los derechos individuales y sociales conocidas con el nombre de delitos, y los medios más eficaces para prevenirlos y castigarlos. El estudio del derecho penal es, en consecuencia, el de los delitos y las penas, sin descuidar el de los delincuentes, o sea los que cometen las infracciones y sufren los castigos.

Para Brusa (2), el derecho penal en sentido subjetivo, es el *jus puniendi*. Punir es propiamente un acto de la potestad exterior humana. En otro sentido, cuando se llama pena al remordimiento, se trata de un acto íntimo, de naturaleza moral, y cuando se dice que son penas las consecuencias de los vicios y delitos (enfermedades, muerte, pérdida de otros bienes), se trata de un efecto de las fuerzas fatales de la naturaleza mecánica y física. La pena se dirige contra las acciones antijurídicas; es un mal aplicado con fuerza o sin ella después de un juicio.

En sentido objetivo, el derecho penal es para la filosofía del derecho, el conjunto de los principios racionales que justifican el poder punitivo y determinan los modos y límites dentro de los cuales debe ejercitarse (jus paenale); y para el derecho positivo, el conjunto de reglas jurídicas vigentes con relación a los delitos y sus castigos.

Manzini (3) dice que un pueblo organizado políticamente en su territorio para la actuación de los propios intereses, forma un Estado. Cuando el Estado libre define y regula por medio de normas jurídicas todas las relaciones que se desenvuelven en su seno,

(1) Teodosio González.—Lecciones de Derecho Penal. Tomo I, página 5.
(2) Emilio Brusa.—Prolegómenos de Derecho Penal, página 9.
(3) Trattato di Diritto Penale. Tomo I, páginas 54 y siguientes.

el Estado se encuentra ordenado jurídicamente, esto es, conforme al derecho.

La legislación establece normas generales y obligatorias para los individuos, emanadas del poder legislativo o de los órganos expresamente autorizados. El conjunto de estas reglas de conducta que disciplinan las distintas actividades, forma el orden jurídico.

El derecho penal, en relación al susodicho sistema de normas, debe contemplarse bajo dos aspectos: en el primero aparece como parte constitutiva del orden jurídico, en cuanto convierte en jurídicos mediante sus normas, a intereses que de otra manera tendrían carácter puramente social y moral, como por ejemplo las represiones establecidas contra los que maltratan animales; en el segundo se presenta con funciones meramente o prevalentemente *sancionatorias* de una particular esfera del orden jurídico, constituída por normas no penales, como por ejemplo el castigo de la bigamia.

En los dos casos la sanción penal se dirige a tutelar los intereses sociales, aun cuando se refiera a la protección de intereses individuales. El derecho penal pertenece a la clase del derecho público.

Cuando se dice que el derecho penal tutela el orden jurídico, no debe considerarse que establece sanciones para todas las normas de aquel orden, sino de aquellas que el Estado ha entendido indispensables para el mantenimiento del orden jurídico general.

Los preceptos penales se justifican por la necesidad de mantener el orden social, constituyendo en ese sentido un medio de defensa.

Las opiniones de los autores coinciden en los conceptos sobre la noción del derecho penal. Acerca de los fundamentos existen diferentes teorías, vinculadas a estudios de sociología y psicología.

* * *

65. El delito. Concepto legal y sus garantías.—La noción del delito ha dado lugar a discusiones, teorías y proyectos diversos de definiciones, aceptadas por unos y rectificadas por otros.

Dos puntos de vista se han planteado en el asunto. Los que buscan un concepto legal, se consideran satisfechos cuando dicen que es delito o falta toda acción u omisión penada por la ley.

Esta definición encierra para la norma jurídica y para los individuos sometidos a la misma una serie de garantías que conviene examinar.

Al decirse que es delito o falta toda acción u omisión penada por la ley, se reconoce que únicamente se pueden castigar aquellos hechos u omisiones previstos y penados con anterioridad a la comisión. La calificación *ex post facto,* no resulta posible, y la arbitrariedad derivada de una voluntad o de un poder, no pueden concurrir.

La ley penal, según ese concepto, rige para lo futuro, y sus preceptos no tienen ni pueden tener efecto retroactivo.

El principio, al decir de manera tan terminante que sólo se consideran delitos a los hechos u omisiones previstos y castigados, impide también la posibilidad de que se apliquen penas por vía de interpretación. Para que éstas concurran es indispensable la previsión terminante con referencia a determinados hechos u omisiones, erigidos en infracción.

* * *

66. Diversas definiciones del delito.—Para tener en este asunto, considerado como primordial por los sociólogos y como secundario por los juristas, para quienes basta la definición legal, examinaré algunas de las opiniones que se han vertido al respecto por distintos autores.

Beccaria, en su conocido libro "Del delito y de la pena" no define el delito, pero explica su concepto, diciendo (1):

" Las leyes no son otra cosa que las condiciones mediante las " cuales se asociaron los hombres independientes, cansados de " vivir en continuo estado de guerra y de gozar una libertad que " resultaba inútil por la inseguridad de conservarla; y así sacri- " ficaron una parte de aquélla para vivir menos libres, es cierto, " pero más seguros y tranquilos. La suma de todas estas porcio- " nes de libertad individuales, sacrificadas por el bien de cada " uno, constituyó la soberanía de una nación, y el soberano era " el legítimo depositario y administrador de aquéllas. Pero no " bastaba formar este depósito; era preciso defenderlo contra las

(1) II Origen de la pena. — El derecho de castigar, página 9.

" asechanzas y usurpaciones de cualquier hombre en particular, " pues los hombres no se conforman con tratar de recuperar del " depósito común la parte que les corresponde, sino que aspiran " a usurpar la parte de los otros. Se requería, pues, algún motivo " sensible que bastara para contener la despótica voluntad de ca- " da uno; y este motivo sensible lo constituyen las penas estable- " cidas contra los infractores de las leyes."

En otra parte, dice:

" Dada la necesidad de la reunión de los hombres, dados los " pactos que necesariamente resultan de la oposición de intereses " privados, hallada la escala de los desórdenes, de los cuales el pri- " mer grado consiste en aquellos que destruyen inmediatamente la " sociedad, y el último a la mínima injusticia posible hecha a los " miembros particulares de la misma: entre estos extremos están " comprendidas todas las *acciones opuestas al bien público,* que se " llaman *delitos.*"

El autor sostiene la necesidad de la ley, explica su origen y dice que la infracción de la misma se castiga con penalidades adecuadas. Su concepto fundamental es contractualista.

Groizard (1) se concreta a la definición legal, diciendo que es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

Recuerda en su extenso comentario la definición del delito contenida en el proemio de la séptima partida, donde se dice que es un acto de soberbia ejecutado con voluntad, en daño de una persona, contra lo preceptuado por la religión, la moral y las leyes.

El concepto legal se confunde con el moral y religioso, lo que se explica por las modalidades jurídicas que tenía España en la época de la sanción de las leyes de don Alfonso el Sabio.

Impallomeni (2) expresa que delito es un hecho prohibido por la ley con la amenaza de una pena, para la seguridad del orden social constituído en el Estado.

Es un hecho que consiste en una acción o en una omisión, y en el efecto posible de la una o de la otra. La acción es un movimiento voluntario; la omisión un retraimiento de la misma especie. El efecto es la modificación producida en el mundo exterior como consecuencia de la acción o la omisión.

Civoli (3) dice que toda la materia penal gira alrededor de delitos y penas. La característica del delito es la de sujetar a su

(1) El Código Penal de 1870. Tomo I, página 11.
(2) G. B. Impallomeni.—Istituzioni di Diritto Penale, página 68.
(3) Césare Civoli.—Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 44.

autor a una pena, esto es, a uno de aquellos males que el legislador considera como castigo.

Para Maus (1), toda la teoría penal se resume en la definición de la pena, que es el centro y la clave. El delito es el hecho punible. El delito, el mal acto, es anterior a la pena y la justifica, siendo ésta una consecuencia de aquél. Un acto se castiga porque merece serlo, y lo merece porque es reprensible o malo. Que un hecho sea castigado por la ley, significa, simplemente, que, a juicio del poder social, es digno de ser erigido en delito.

Prácticamente el delito debe considerarse como un hecho socialmente punible.

Según Pessina (2), la rebelión de la individualidad humana contra el derecho, en virtud de la cual tiene que aparecer la acción reparadora de la justicia penal, debe ser designada con un nombre que fije sus caracteres generales. Esos nombres son varios, siendo de preferencia empleados los términos crimen y delito. El delito es, así, el hecho punible.

Merkel (3), dice:

" Las acciones punibles, o sea los delitos en su sentido amplio, " son aquellas acciones (cuando empleamos esta palabra ha de en- " tenderse que con ella abarcamos también las omisiones, a menos " que del contexto resulte lo contrario) que el derecho del Estado " prohibe bajo la amenaza de una pena, por ser incompatibles con " determinados intereses."

Mecacci (4) sostiene que el delito en general es una acción que daña la sociedad política, ya sea que se haga lo que la ley prohibe como dañoso, o que no se haga lo que ordena como necesario, bajo la amenaza de una pena.

Bentham manifiesta que es delito cualquier acto que se crea deber prohibir en razón de cualquier mal que produce o tiende a que se produzca.

Garraud (5) entiende que la infracción es una acción o una omisión realizada en violación de las leyes, que tienen por objeto el mantenimiento del orden social y de la tranquilidad pública. El carácter esencial de la infracción, es el de estar en oposición con las condiciones fundamentales de la vida social, y es solamente

(1) Isidore Maus.—De la Justice Penale, páginas 44, 45 y 46.
(2) Enrique Pessina.—Elementos de Derecho Penal, página 165.
(3) A. Merkel.—Derecho Penal. Tomo I, páginas 17 y 18.
(4) Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 215.
(5) R. Garraud.—Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français. Tomo I, páginas 166 y 167.

en razón de ese carácter y de los peligros que entraña para el orden y la tranquilidad públicos, tal acción o tal inacción, que la ley la prohibe u ordena bajo la amenaza de un castigo.

Chauveau y Helié (1) aceptan igualmente el concepto legal, y se refieren a la clasificación del código francés, en crímenes, delitos y contravenciones.

Para Manzini (2), el delito considerado en su noción formal (concepto), es el hecho individual con el cual se viola un precepto jurídico munido de aquella sanción específica, que es la pena en su sentido propio. Considerado en su noción sustantiva (contenido), es una acción o una omisión, imputable a persona dañosa o peligrosa para un interés penalmente tutelado, constituída por determinados elementos y eventualmente integrada de ciertas condiciones y acompañada de circunstancias previstas en las leyes.

El mismo autor, dice:

" Delito en sentido formal es el hecho para el cual se ha esta-
" blecido una pena; en sentido material es la lesión, o la puesta en
" peligro, imputable, de un interés penalmente tutelado."

Moyano Gacitúa (3) dice que, en sentido legal, delito es toda acción u omisión penada por la ley. Considera, sin embargo, el autor, que la definición es incompleta, porque no proporciona la idea del delito en su esencia. Por eso pasa a estudiar lo que considera delito sociológico o natural, dando las opiniones que veremos más adelante.

Otra gran cantidad de autores, adoptando palabras iguales, semejantes o diferentes, aceptan lo que se llama definición legal, la que se encuentra también repetida en una serie de leyes.

Por lo demás, hemos visto ya cuál es el alcance de esa definición dentro de las leyes, y las razones por las cuales no es necesaria en nuestro código, desde que se inserta en la Constitución como una garantía fundamental.

Muchos autores no se consideran satisfechos con la definición legal. Esta tiene eficacia dentro de la ley, observan, pero lo que se trata no es de comprobar que se castiga lo que aquélla incrimina, sino de establecer cuáles son las acciones o las omisiones que deben ser erigidas en delitos y ser prohibidas, estableciéndose represiones para quienes violen sus preceptos.

De aquí, diferentes conceptos y teorías.

(1) Théorie du Code Penal. Tomo I, página 34.
(2) Vincenzo Manzini.—Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 408.
(3) Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino, página 51.

*
* *

67. El delito según Carrara.—Carrara (1) define el delito diciendo que es la infracción de las leyes del Estado, promulgadas para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo; moralmente imputable y políticamente dañoso.

En seguida explica su concepto, examinando la definición en sus distintas partes:

" **Infracción de la ley.**—La idea general del delito es la de
" una violación de la ley, porque ningún acto del hombre puede
" serle reclamado si una ley no lo prohibe. Un acto puede ser da-
" ñoso, puede ser malvado, pero si la ley no lo prohibe no puede
" ser considerado como delito. De otro modo, el pecado que se co-
" mete cuando se violan las leyes divinas, se confundirá con el
" delito.

" **Del Estado.**—Agregando esta restricción, nos acercamos a
" la idea especial del delito, limitando el concepto a la violación
" de las leyes dictadas por los hombres.

" **Promulgada.**—Las leyes morales se revelan al hombre por
" la conciencia. Las leyes religiosas son reveladas por Dios. Las
" leyes civiles deben ser promulgadas para que tengan carácter
" obligatorio. Sería injusto y absurdo que nos sujetáramos a le-
" yes no sancionadas, no conocidas, no publicadas. Después de la
" promulgación concurre la presunción de conocimiento, y, por
" tanto, la ley rige y obliga.

" **Para proteger la seguridad.**—Esto proporciona la última
" luz acerca de la idea especial de delito, que consiste, precisa-
" mente, en la violación de aquellas leyes humanas que tienden
" a proteger la seguridad pública y privada. No todas las viola-
" ciones de las leyes son delitos. Las leyes que protegen intereses
" patrimoniales pueden ser infringidas, como ocurre cuando no
" se cumple con una obligación civil. Pueden violarse las leyes
" que promueven la prosperidad del Estado y se incurrirá en una
" transgresión, pero no en un delito. La idea especial del delito
" se encuentra en la agresión a la seguridad, y no puede recono-

(1) Francesco Carrara.—Programma del corso di diritto criminale. Tomo I, páginas 61 y siguientes.

" cerse sino en aquellos hechos con los cuales se lesionan las leyes
" que la tutelan.

" **De los ciudadanos.**—En esta fórmula se comprenden la se-
" guridad pública y la privada. Para expresar la idea de la segu-
" ridad pública se dice "de los ciudadanos" y no de un ciudada-
" no, pues el hecho de dañarse a un solo individuo sin atacar la
" seguridad de los otros, según la opinión general, no podría de-
" clararse delito.

" **Resultante de un acto externo.**—El ejercicio de la justicia
" es delegado, en virtud de las leyes del orden, a la autoridad so-
" cial, para que sean tutelados los derechos del hombre con una
" coacción eficaz. Pero los derechos del hombre no pueden ofen-
" derse por medio de los actos internos; en consecuencia, la auto-
" ridad social no tiene el derecho de perseguirlos.

" **Del hombre.**—El sujeto activo y primario del delito no pue-
" de ser sino el hombre, que tiene entre los seres creados voluntad
" racional.

" **Positivo o negativo.**—Para la tutela de los derechos del hom-
" bre, puede ser necesario que se prohiban algunos actos y que
" se impongan otros en determinadas circunstancias. La ley que
" prohibe, se infringe actuando; la ley que ordena, se viola no
" haciendo. De aquí que puedan ser delitos las acciones y las omi-
" siones.

" **Moralmente imputable.**—El hombre se encuentra sujeto a
" las leyes criminales por su naturaleza moral; en consecuencia,
" nadie puede ser políticamente responsable de un acto del cual
" no sea responsable moralmente. La imputabilidad moral es el
" precedente indispensable de la imputabilidad política."

Agrega Carrara, que el delito como hecho tiene su origen en las pasiones humanas, las cuales arrastran al hombre a dañar el derecho de sus semejantes, malgrado las leyes que prohiben hacerlo. Y como ente jurídico tiene origen en la naturaleza de la sociedad civil. La asociación impuesta en las leyes como medio de conservación y progreso, no subsistiría si todos tuvieran libertad para hacer lo que quisieran, aun dañando a los demás. De aquí la necesidad de prohibir ciertos actos que turban el orden y que se consideran delitos. Esta necesidad, llamada política, reposa en la naturaleza humana.

El delito no es, así, una acción, sino una infracción, y se produce cuando se presenta el conflicto entre la ley y el acto del su-

jeto. La idea del delito es, así, una idea de relación, de la relación contradictoria entre el acto del hombre y la ley.

Como puede comprobarse, el concepto del sabio autor coincide en definitiva con el principio legal, puesto que delito equivale a la infracción de una norma jurídica derivada de una necesidad humana.

*

* *

68. Opinión de Franck.—" En su acepción más común—dice
" Franck (1), que refuta a Carrara, quien a su vez lo rectifica en
" una nota de su Programa,—el delito es una infracción a la ley
" penal; en otros términos, es una acción que la ley no solamente
" ha prohibido, sino que ha impuesto un castigo para quienes la
" cometan."

El delito consistiría, así, en desobedecer la ley.

La definición es insuficiente para el que busca una regla basada en la naturaleza de las cosas. Dar el nombre de delito a toda infracción de la ley penal, es un círculo vicioso, equivale a decir que acción punible o digna de castigo es aquella que en efecto castiga la ley; es lo mismo que decir que el opio hace dormir porque tiene una virtud dormitiva.

La verdadera cuestión no está en decir que delito es lo que la ley castiga, sino en establecer qué es lo que la ley debe prohibir y castigar. De otro modo nos encontramos frente a conceptos vacíos de sentido, como son los que expresan ser castigables las acciones que están castigadas.

La sociedad no tiene otro derecho que hacer valer contra sus enemigos interiores o exteriores, contra sus propios miembros o las potencias extranjeras, que el de su propia conservación, y a este principio debe referirse toda medida de represión o intimidación.

No basta para caer bajo el dominio de la ley penal con que una acción sea culpable en sí o sea condenada por la ley moral; es necesario que ella sea contraria al orden social, esto es, que importe un atentado a la seguridad y a la libertad, sea de la sociedad entera o de los individuos de que ella se compone. Una acción no puede ser legítimamente perseguida y castigada por la socie-

(1) Ad. Franck.—Philosophie du Droit Penal, página 93.

dad, sino cuando viola, no un deber, sino un derecho individual o colectivo, fundado como la sociedad misma, en la ley moral.

Hay muchas acciones prohibidas que escapan al imperio de la ley penal y de la ley civil. Tal sucede con las transgresiones religiosas, o sea la violación de nuestros deberes con relación a Dios. Lo mismo ocurre con los deberes que tenemos que cumplir respecto a nosotros mismos, pues si nos entregamos a la ociosidad. o a cualesquier género de vicio, violaremos deberes morales, pero no derechos exigibles.

Hay otros derechos cuya violación escapa a toda penalidad porque son de una naturaleza particular. Así, estamos obligados a la gratitud respecto a quienes nos prestaron beneficios o con relación a grandes benefactores colectivos. Sin embargo, no reconocerlos y ser ingrato o descortés, no equivale a cometer delitos.

Es que hay dos clases de derechos: aquellos encerrados en una medida precisa que son exigibles por la fuerza, por ser absolutamente necesarios para el cumplimiento de los deberes a los cuales corresponden; y aquellos que no son susceptibles de una determinación precisa, que no están circunscriptos en límites invariables y que no son por su naturaleza exigibles por la fuerza, porque no son indispensables para el cumplimiento de nuestros deberes, sean generales, sean particulares. Sólo la violación de los primeros constituye un delito. Los otros se encuentran bajo la protección, no de las leyes, sino de las costumbres.

Tal es la noción de Franck, que ha ensayado, como puede verse, un concepto filosófico.

En el fondo de ese concepto, el delito es una acción humana contraria a derechos exigibles.

*

* *

69. El concepto de Rossi.—Rossi (1), a quien se refiere el autor antes citado, y que ha sido frecuentemente discutido al estudiarse la noción del delito, dice que el poder social no puede considerar como delito sino la violación de un deber hacia la sociedad o hacia los individuos, deber exigible y útil a la conservación del orden político.

(1) Traité du Droit Penal. Tomo 4, página 132.

Franck lo refuta, diciendo que, sin ninguna duda, la violación de un derecho es al mismo tiempo la violación de un deber hacia nuestros semejantes, porque cada uno de nuestros derechos importa para los otros la obligación de respetarlos. Pero hay deberes aún hacia la sociedad, que no llenan esta condición y que no responden estrictamente a un derecho, a menos que no se prefiera admitir para el hombre un principio de acción superior al deber. Ya sea que domine un principio u otro, estamos obligados a consagrar a nuestro país, y a la humanidad en general, todo lo que tenemos en fuerza y en inteligencia. Y no se podría decir que aquel que no se eleve a esta altura de la vida moral cometa un delito y deba, por tanto, ser castigado por las leyes. Hay ciertas acciones, ciertas virtudes, que nuestra conciencia nos ordena ejercitar, por ejemplo, las obras de caridad o el perdón de las injurias. Entretanto, no se podría sostener que la ausencia de esas virtudes, aun cuando se cause con ella un perjuicio a los otros, sea un delito en el sentido jurídico de la palabra, esto es, un hecho que imponga la represión de la justicia.

Rossi cita en apoyo de su definición los castigos que las leyes infligen a las acciones que ellas califican de ultrajes a las costumbres, a la decencia, al pudor. El hombre que ha faltado a esas exigencias, como por ejemplo el que se ha paseado desnudo en público, ha violado un deber, pero no ha desconocido ningún derecho a sus semejantes. Y, sin embargo, la ley que lo castiga es justa y existe en todos los pueblos civilizados. Franck le contesta, diciendo que el hombre en esas condiciones no sólo ha faltado a un deber, sino que ha violado un derecho, el que tiene todo hombre honesto a poder salir acompañado de su familia sin comprometer sus costumbres. Y agrega que la violación de uno de esos derechos circunscriptos e indispensables al cumplimiento de deberes que les corresponden, no basta siempre para constituir un delito; es necesario que la sanción penal sea posible y eficaz, y que ella no sea por sí misma un mal moral tan grande como el delito, y que no sea de naturaleza tal que dañe las costumbres. Así, una mujer que negara a su marido el cumplimiento de los fines matrimoniales, escaparía a todas las medidas de rigor que se pudieran imaginar, porque esos rigores serían más dañosos para las costumbres que el delito mismo, desde que la comprobación de la infracción no sería posible sin graves inconvenientes.

*

* *

70. Opiniones de Moyano Gacitúa.—Moyano Gacitúa, después de ocuparse de diferentes opiniones y de verificar comprobaciones acerca de la variabilidad del criterio humano para apreciar los hechos y calificarlos, adopta la siguiente definición:

"Delito es la violación por un acto inmoral y dañoso al hombre "o a la sociedad de aquellas normas de conducta necesarias para la "convivencia social amplia, y de la cual no es posible la defensa "individual.

"Los pueblos han incriminado siempre algunos actos huma-"nos; ninguno de éstos puede decirse incriminado en todos los "tiempos y lugares, siendo el delito el resultado del modo de ser "colectivo de cada pueblo y cada época. El delito natural no es "ninguna acción determinada, pero existe necesariamente en to-"das partes."

El mismo autor expresa que para definir el delito en su forma permanente es menester darse cuenta del fin de la pena y de la naturaleza del delito. Suponiendo una sociedad determinada sin ley penal, los ataques individuales sobre los derechos o la persona de otro, empiezan, desgraciadamente, a hacerse sentir muy luego. Todos tienden a atacar, sin duda, la existencia de la sociedad, pero no en el mismo grado y con la misma fuerza. De muchas de estas transgresiones se defiende el hombre mismo con su diligencia, atención y celo; por consiguiente, el Estado o la autoridad tiene sólo una intervención muy limitada, que consiste en la administración de la justicia distributiva, *jus suum quique tribuendi,* como decían los romanos. Pero hay otra clase de transgresiones, ataques a los derechos de los demás, que trascienden y afectan el orden público, no sólo por la violación moral que contienen, sino también por el que producen y por la intranquilidad social que traen aparejadas, y son aquellas en las cuales por más grande que sea el celo y la actividad individual para evitarlo, ello no se puede conseguir; de ahí porque la sociedad teme y se conmueve, se siente herida a la vista de una deuda que no se paga. En aquella violación se ve recién el delito, y la pena surge para suplir la deficiencia individual, para defenderse de estos ataques; deficiencias que no existen para defenderse de los otros. Se comprende, pues, que el delito es la violación, no de todas las normas sociales, y sí de *ciertas* normas sociales; estas normas no pueden ser otras que las que en cada época y lugar se juzgan *necesarias para la convivencia social,* o sea para el desenvolvimiento armónico de los derechos de los asociados en la extensión variable que tienen. Se comprende, pues, que esta violación no es sólo la que priva a los asociados de la vida, es decir, la que ataca ésta, sino que va más allá: comprende el derecho a la libertad, el derecho a la propiedad y otros derechos naturales, y comprende también otras violaciones de derechos más complejos, de reconocimiento posterior, como ser el del uso de la palabra y de la imprenta; el de reunión; el de seguridad en los transportes; el de elegir los mandatarios políticos, etc., etc., lo cual prueba que la norma de conducta se ha ido ampliando a medida que el progreso avanza, y modificándose de un modo notable.

El delito debe, además, comprender un acto dañoso, pues de lo contrario su concepto se trastornaría, y ese daño puede ser contra los individuos, contra las instituciones, o contra la sociedad, como ser colectivo; pues son todos estos sujetos pasivos del delito y, por consiguiente, debe ser consistente en un acto inmoral.

Entran, pues, como esenciales en este concepto: el acto dañoso, el sujeto humano o legal, como sujeto activo y pasivo del delito, y la violación de aquellas normas de conducta sin las cuales no sea posible la convivencia. Es esto lo único característico y permanente en todas partes y tiempos, y si bien no puede decirse que una acción lo haya sido en todos los tiempos y países, el concepto es permanente, el marco es igual para todas partes. Y así como no puede decirse que un morbo determinado haya existido en todas partes y tiempos, puede decirse, sin embargo, que el morbo ha sido siempre lo que atacaba la salud.

*

* *

71. La teoría positivista de Garófalo.—Garófalo (1) se ha ocupado de buscar la noción del delito natural, expresando que los naturalistas hablan del delincuente, pero han descuidado decir qué entienden por la palabra delito. Esa tarea se ha dejado a los ju-

(1) R. Garófalo.—La Criminología. Páginas 51 y siguientes.

ristas, pero puede preguntarse si la criminalidad bajo el punto de vista jurídico tiene límites más amplios o más estrechos que la criminalidad bajo el punto de vista sociológico. El punto de partida debe ser la noción sociológica del delito, fijando el concepto del delito natural. Pero, ante todo, se pregunta: ¿hay un delito natural, o lo que es lo mismo, es posible reunir un cierto número de acciones que en todos los tiempos y en todos los países hayan sido consideradas como delictuosas? ¿Puede formarse un criterio tocante al delito sirviéndose del método inductivo, único del que debe hacer uso el positivista?

No indagará si todo lo que es delito en la actualidad lo ha sido siempre y en todas partes, porque eso sería infantil, desde que se sabe que han habido criterios variables, y que en muchas partes, el homicidio, por ejemplo, ha sido tolerado. Su investigación se dirigirá a saber si entre los crímenes y delitos de nuestras leyes contemporáneas los hay que hayan sido considerados como acciones punibles en todos los tiempos y en todos los países. Cuando se piensa en ciertos crímenes horribles, nos inclinamos a dar una contestación afirmativa; tal sucede, por ejemplo, con el parricidio, el asesinato con alevosía, el robo con homicidio o el homicidio por mera brutalidad. Pero se encuentran hechos que parecen contradecir esta idea. Las descripciones de los viajeros antiguos y modernos acerca de las costumbres de los salvajes nos enseñan que el homicidio ha sido una costumbre religiosa en ciertas partes. Hay leyendas de canibalismo por glotonería; y el homicidio para robar a la víctima ha sido practicado por los salvajes de una tribu sobre los individuos de una tribu vecina.

Es así necesario renunciar a la posibilidad de formar un catálogo de hechos universalmente odiosos y castigados en todo tiempo y lugar. Pero ¿es asimismo imposible adquirir la noción del delito natural? Entiende que no, pero para conseguirlo es preciso cambiar de método, abandonar el análisis de los actos y acometer el análisis de los sentimientos. El delito es siempre una acción perjudicial que, al propio tiempo, hiere algunos de los sentimientos que se ha convenido en llamar el sentido moral de una agregación humana. El sentido moral se ha desarrollado lentamente en la humanidad y ha variado y varía continuamente en su desarrollo, según las razas y las épocas. De aquí, enormes variaciones en las ideas de la moralidad o inmoralidad. Lo que se trata de averiguar es si a pesar de la inconstancia de las emociones provocadas por ciertos actos diferentemente apreciados por las distintas agregaciones, hay un carácter constante en las emociones provocadas por los actos que son apreciados de una manera idéntica.

Trata Garófalo de determinar el sentido moral medio de la comunidad entera, y después de descartar el honor, el pudor, la religión y el patriotismo, por considerar a esos sentimientos poco firmes, dice que el sentido moral de una agregación humana no puede consistir más que en el conjunto de los instintos morales altruistas, es decir, de los que tienen por objeto directo el interés de los demás, aunque, indirectamente, pueda esto redundar en beneficio nuestro.

Los sentimientos altruistas que se encuentran en un grado muy diferente de desarrollo en los distintos pueblos y en las diferentes clases de un mismo pueblo, pero que existen en todas partes, pueden reducirse a dos instintos típicos: el de la benevolencia y el de la justicia.

Examina prolijamente el instinto de la benevolencia y sus diferentes grados de desarrollo, que son: la piedad que sirve para prohibir los actos por medio de los cuales se inflige un dolor físico; la piedad que prohibe los actos que pueden originar un dolor moral; la piedad que nos lleva a endulzar los dolores de que somos testigos; la beneficencia, la generosidad, la filantropía, que hacen que nos ocupemos con gusto de lo que pueda calmar dolores actuales y prevenir dolores futuros. Las dos primeras manifestaciones de la piedad son negativas, porque consisten en abstenerse de ciertos actos; las otras no implican una omisión, sino una acción.

Podría observarse—dice el propio autor—que los actos criminales se reconocen por el hecho de ser al mismo tiempo inmorales y perjudiciales a la comunidad. Este doble carácter se advierte en la falta de piedad positiva. Puede causarse mucho perjuicio rehusando aliviar a un enfermo o socorrer a un pobre, y, sin embargo, la opinión pública de ningún país designaría como criminales a estos individuos. Y esto ocurre porque la idea del delito va asociada a una acción que no sólo es perjudicial e inmoral, sino que acusa la inmoralidad más saliente, la menos ordinaria, o sea la violación de los sentimientos altruistas en la medida media en que los posee todo un pueblo.

Afirma, después de un examen detenido, que existe un sentimiento de piedad que lo posee toda la especie humana, bajo una

forma negativa, es decir, de abstención de ciertas acciones crueles, y que la opinión pública ha considerado siempre como delitos las violaciones de este sentimiento perjudiciales a la comunidad.

Estudia después el sentimiento de justicia, el que también tiene distintas gradaciones. El más elevado sería la delicadeza y el más difundido la probidad, la cual significa el respeto de todo lo que pertenece a los demás.

El elemento de inmoralidad necesario para que un acto perjudicial sea considerado como criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea la piedad y la probidad. Es, además, necesario que la violación hiera no ya la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esto es, concluye Garófalo, lo que nosotros llamaremos crimen o delito natural, comprendiendo que no importa una verdadera definición del delito, pero sí una determinación muy importante.

Estos conceptos han sido también objeto de discusiones y refutaciones.

*

* *

72. El pensamiento de Rivarola.—Rivarola (1) expresa que los escritores de derecho penal y cuantos se han ocupado de esta materia, en la cátedra, en el foro, magistratura y parlamento, han dado, por lo general, alguna definición del delito. El carácter común de esas definiciones es la de apartarse del concepto práctico que refiere el delito a la acción penada por la ley, buscándolo como anterior a la ley o externo a la misma.

La ley no es, ni puede ser, una expresión arbitraria del legislador. Para que pueda ser cumplida, debe estar de acuerdo con un algo procedente de una infinita variedad de orígenes, pero que denote su conformidad con los hechos exteriores a ella misma.

Las definiciones se intentan por dos caminos: uno, puramente racional, busca sus elementos en la inteligencia o en la razón; otro, experimental, comprueba hechos y verifica generalizaciones.

(1) Derecho Penal Argentino, páginas 47 y siguientes.

Rivarola recuerda algunas definiciones del primer tipo y las critica, diciendo:

" Todas estas definiciones, y muchas más que procuran com-
" prender el concepto del delito como independiente de la ley penal,
" incurren en el mismo vicio de lógica. Repito que la necesidad
" de la definición sólo se justifica cuando dado el término no se
" conoce la cosa a que él se refiere. Si se define el delito es porque
" se cree que no se conocen los hechos que lo constituyen, indepen-
" dientemente de que una ley los haya declarado o no. La ley
" podrá darnos el criterio del delito *que es* como cuando decimos
" es delito toda acción u omisión penada por la ley. Pero no nos
" da noción del delito que *debe ser.*"

Para definir un concepto que necesita ser definido, tenemos que valernos de otros que *no deben* ser definidos, o que, si se quiere, puedan serlo con toda precisión. Si los términos a que acudimos para explicar un concepto, son ellos mismos tan vagos que ninguna definición pueda considerarse lógicamente suficiente, no será razonable presentar la definición. ¿Qué concepto preciso puede verse en los términos *bien público;* acto *injusto; deber hacia la sociedad;* conservación del *orden social;* acción *contraria a la moral?* Se pondrá como ejemplos tales o cuales hechos que por concepto unánime pueda presentar aquellos carecteres; pero a medida que los ejemplos se alejen del extremo; se advierte la falta de precisión de los términos; y la consiguiente vaguedad de la definición.

Se refiere después al segundo método, y en especial a la doctrina de Garófalo antes expuesta, examina en seguida algunas definiciones legales, y dice:

" Los escritores modernos de derecho penal han abandonado
" y aun repudiado toda pretensión de definir el delito fuera de los
" términos que lo refieren a la ley penal, definición útil cuando se
" trata de aplicar la ley. La preocupación de definir el delito na-
" tural como fenómeno social, no tiene ningún interés jurídico.
" Basta la definición como fenómeno jurídico, que se caracteriza
" por la sanción penal."

*

* *

73. Noción y síntesis.—En todas las definiciones del delito, ya sean las que se basan en la observación de los hechos, en los

principios filosóficos o en los rasgos sociales, se notan caracteres comunes.

El delito requiere, para existir, un sujeto activo y una norma social. Al decir sujeto activo, entiendo individuo que actúa o que se retrae, que incurre en acción u omisión, pues la violación puede consistir en hacer o en no hacer aquello que ha debido verificarse.

Al expresar que el delito requiere un sujeto activo y una norma social, compruebo que necesita la concurrencia de un hombre en sociedad, desde que para la existencia de normas de aquel carácter, es indispensable que los hombres vivan agrupados.

Sin hombres conviviendo en sociedad y sin reglas establecidas en el seno de la misma, para asegurar esa convivencia, la infracción no existe ni se concibe.

Concurriendo los dos elementos a que me he referido, la transgresión tiene lugar cuando el sujeto viola la norma. Pero como estas normas pueden tener diferentes caracteres, no estaríamos con estas solas expresiones dentro del concepto jurídico de delito.

Las reglas sociales de convivencia pueden ser morales, religiosas y puramente jurídicas o sociales. La infracción de las primeras y segundas, salvo el caso de tratarse de un Estado teológico, sería un pecado y no un delito. Este sólo concurre cuando se violan normas consideradas como indispensables para la existencia del núcleo político, esto es, del Estado.

La noción de delito es, así, inseparable de la concurrencia de un sujeto, de un Estado organizado, de una norma jurídica y de una infracción de la misma.

Ahora bien, la norma se dicta y el hecho o la omisión se erigen en delito y se castigan cuando lo exige el estado social, y esto se produce de acuerdo con una serie de factores que se exteriorizan por medio de la opinión general, que reclama leyes o sean reglas de convivencia, conformes a la manera de pensar de los componentes del núcleo.

VI

La legislación de faltas

74. La legislación de faltas, el código en vigor y el sistema federal de gobierno.—75. Clasificación de los hechos punibles.—76. La división tripartita en la ley francesa.—77. La división tripartita en otras leyes.—78. Críticas hechas a la división.—79. El sistema tripartito del código tejedor.—80. La división bipartita.—81. El sistema del código italiano.—82. Concepto de fondo de la clasificación.—83. Diversas opiniones acerca de la clasificación de los delitos.—84. La noción de falta independiente del concepto intencional.—85. Otras opiniones acerca de la diferencia esencial entre los delitos y contravenciones.—86. Los estudios de Manzini.—87. La opinión de este autor.—88. La clasificación en el proyecto Villegas, Ugarriza y García.—89. El proyecto de 1891 y sus fundamentos.—90. El proyecto de 1906.—91. La discusión parlamentaria de 1900.—92. El proyecto de código penal, base de la reforma y los fundamentos dados respecto a legislación de faltas. — 93. Los fundamentos de la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—94. La sanción de diputados y la opinión de la comisión de códigos del senado.—95. Delitos y contravenciones. El criterio cualitativo y cuantitativo para la calificación de los hechos. — 96. Autoridades a quienes corresponde legislar sobre delitos y faltas. — 97. Las faltas y el sistema carcelario. — 98. Opiniones que sostienen la incorporación de la legislación de faltas al código penal. — 99. Refutación relativa a las leyes electorales. — 100. Otras opiniones. criterio respecto a las faltas de mendicidad y embriaguez. — 101. Proyecto de código de policía. — 102. El límite impositivo de las provincias. antecedentes y controversias.

*
* *

74. La legislación de faltas, el código en vigor y el sistema federal de gobierno.—El código vigente no se ocupa de las faltas. El artículo 1.° establece que se aplicará solamente por delitos, y el artículo 4.° se refiere igualmente a los mismos. El proyecto de 1891, en cambio, tenía un libro especial, destinado a faltas, y el de 1906 coincidía con aquel punto de vista, y lo hacía efectivo en análoga forma.

Las divergencias legales responden a distintos conceptos doctrinarios, siendo materia de amplia discusión entre nosotros la relativa a la conveniencia o inconveniencia de que el Código Penal legisle sólo sobre delitos o sobre éstos y faltas.

Desde luego, cabe observar que la cuestión no tiene aquí los mismos caracteres que presenta en otros países, por motivos particulares que se relacionan con nuestra forma de gobierno.

En los Estados europeos se trata este asunto bajo un aspecto teórico y práctico; se investigan las diferencias entre los distintos hechos punibles y se hacen clasificaciones que influyen sobre todo para establecer a qué autoridades corresponde la aplicación de las distintas represiones, siendo el objeto inmediato fijar la jurisdicción.

Pero aquí, fuera del interés puramente científico y del relacionado con los jueces o con las entidades administrativas facultadas para imponer castigos, existe otro factor, derivado de nuestro federalismo, que al dar a las provincias el derecho a dictar leyes, le ha conferido implícitamente el de tomar todas las medidas precisas para asegurar su ejecución. Las provincias, como las municipalidades en su caso, deben estar armadas del derecho de reprimir en la medida necesaria para que sus respectivas disposiciones no sean enunciados sin valor.

Podría, por tanto, reducir la cuestión y ocuparme del asunto bajo la última faz, porque siendo su importancia decisiva en la solución, los otros factores sólo tendrían acción complementaria. Prefiero, no obstante, tocar los diferentes aspectos del problema, pero haciendo notar cómo no sólo en la faz general sino en la

particular y práctica, tienen las instituciones federales que nos rigen, una terminante gravitación.

Así, en los países de régimen unitario, el Poder Legislativo, no solamente proporciona los códigos de fondo, sino los de forma. Los jueces de todo Estado son nacionales, se rigen por las mismas leyes, son designados por la misma autoridad y obedecen a una organización uniforme. En esas naciones no sólo hay una ley procesal para todo el territorio, sino una ley orgánica de tribunales. Los magistrados, por fin, actúan sujetos a reglas idénticas; sus jerarquías son iguales y no equivalentes, o parecidas las unas a las de los otros, y los tribunales de que forman parte, son todos del mismo tipo.

En esos Estados, una ley de fondo que divida las infracciones punibles puede tener una gran importancia en los hechos, desde que está en condiciones para servir de base a la organización de la justicia y al deslinde de las jurisdicciones.

La división de aquellas infracciones puede determinar la distinción entre jurisdicción criminal, correccional, de faltas y de policía. A base de la misma se puede ampliar o reducir el número de magistrados y sentarse un sistema judicial orgánico de tipo determinado. En la República Argentina eso no es materia de legislación general, desde que la facultad del Congreso de dictar los códigos, no altera las jurisdicciones locales. Las provincias elaboran sus leyes procesales, organizan su justicia y proveen a los preceptos que deben regirla. La ley nacional de fondo se aplica, pero por tribunales locales, designados por los gobiernos, también locales, y distribuídos y organizados en la forma que la legislación provincial haya entendido conveniente.

Una ley nacional de fondo, puede influir, pero no necesariamente sobre esas organizaciones. De manera que el legislador nacional no tiene el imperio necesario para imponer como consecuencia de un pensamiento triunfante en la ley de fondo, formas iguales en todas las provincias, jurisdicciones, idénticamente divididas y tribunales organizados de la misma manera.

La legislación de faltas en la ley penal nacional no tendría así, entre nosotros, el mismo alcance que puede ofrecer en los Estados organizados con un gobierno centralizado, con un solo Poder Legislativo, un solo Poder Ejecutivo y un solo Poder Judicial

*

* *

75. Clasificación de los hechos punibles.—En materia de división de los hechos punibles no hay uniformidad ni en el concepto ni en la clasificación.

Para algunos, las infracciones deben separarse de acuerdo con la pena aplicable; para otros no es el castigo lo que fija las diferencias, sino determinados caracteres, y para otros todas las infracciones tienen rasgos comunes y la represión debe ser afrontada con el mismo criterio.

Aparte del fondo, o sea del motivo que debe llevar a las distinciones, éstas no se concretan uniformemente, pues hay quienes dividen los hechos punibles bajo este punto de vista en dos secciones, otros en tres y otros en más.

La dilucidación teórica es, así, difícil, y la fijación de reglas precisas no es posible.

*

* *

76. La división tripartita en la ley francesa.—Los autores franceses, siguiendo al Código, dividen los hechos punibles en tres clases: los crímenes, los delitos y las contravenciones.

Delito es, en términos genéricos, toda acción u omisión reprimida por la ley con una pena. La infracción se llama crimen cuando la ley la castiga con una pena aflictiva o infamante; se llama delito cuando la ley la reprime con una pena correccional, y se llama contravención cuando le corresponde una pena de policía.

La distinción que se encuentra hecha en el artículo 1.° del Código Penal de Francia, se apoya en la clase de la pena que debe aplicarse a los distintos hechos u omisiones punibles. Se trata, así, de una clasificación legal, que no tiene un fundamento científico, pero que encierra propósitos prácticos.

Desde luego, a esa división de los hechos punibles, derivada de la naturaleza y gravedad de las penas, deben corresponder tres clases de éstas.

"La división tripartita se complica, sin embargo—dice Vi-
" dal (1),—porque a causa de excusas legales atenuantes, o de
" declaraciones por el jurado o por los jueces de circunstancias
" atenuantes, ciertos hechos que la ley castiga con penas crimi-
" nales y que son, por su naturaleza, crímenes, se encuentran en
" la práctica castigados con penas correccionales. Por ejemplo,
" el homicidio, que es un crimen, al que corresponde la pena de
" muerte o de trabajos forzados, es castigado con una prisión co-
" rreccional cuando la víctima lo provocó. El mismo homicidio,
" cuando el autor es un menor de 16 años, tiene también pena
" correccional. El abuso de confianza cometido por un oficial pú-
" blico y el robo realizado por un sirviente, tienen pena criminal,
" pero ésta se transforma en una correccional cuando concurren
" circunstancias atenuantes."

Si nos atenemos, entonces, a la pena, puede resultar que un crimen conserve en algunos casos su calidad de tal, y sea en otros un delito correccional.

"Al mismo tiempo—continúa diciendo el autor citado,—un
" delito correccional en caso de existir circunstancias atenuan-
" tes puede ser castigado con una simple pena de policía." ¿Deben, entonces, ser considerados como delitos, o como simples contravenciones?

La solución que se acepte tiene consecuencias muy serias bajo diferentes aspectos. Así, la prescripción tiene plazos distintos, tanto para el derecho de acusar como para la pena, según que se trate de crímenes o delitos.

Para la declaración de reincidencia, también tiene importancia, pues no es lo mismo haber sido condenado por crimen que por delito o contravención.

Estas y otras razones han hecho que los comentadores del Código Penal francés discutan el asunto y presenten diferentes opiniones para establecer en qué categoría debe considerarse al autor cuando el acto es un crimen o un delito y la pena no corresponde sino a una clase inferior.

Con todo, y a pesar de las críticas hechas, se reconoce que la división tripartita en Francia ofrece una gran utilidad práctica, reposando en ella, no sólo la legislación penal, sino el procedimiento criminal. Los tribunales se dividen allí en tres categorías, que

(1) Georges Vidal.—Cours de Droit Criminel. Página 92, número 72.

corresponden a la división de las penas y de los hechos punibles. La Corte de Asises juzga los crímenes; los tribunales correccionales los delitos correccionales, y los tribunales de policía las simples contravenciones. El procedimiento para las diferentes infracciones varía también, siendo tanto más simple cuanto menos importantes sean aquéllas.

*

* *

77. La división tripartita en otras leyes.—La división en tres partes no es exclusivamente francesa, desde que la consagran también el Código Penal alemán y otras legislaciones.

Merkel (1) dice que en el derecho penal alemán, de acuerdo con numerosas legislaciones extranjeras, las acciones punibles se dividen en tres grupos: crímenes en sentido estricto, delitos en sentido estricto y faltas o contravenciones en sentido estricto.

La clasificación atiende al diferente contenido de las penas con que se hallan incriminadas las distintas acciones. Los crímenes son las acciones punibles castigadas con pena de muerte o con reclusión en una fortaleza por más de cinco años; los delitos son las castigadas con detención inferior a cinco años, prisión o multa de más de 150 marcos; y las faltas o contravenciones las castigadas con penas de arresto o multa inferior a 150 marcos. Las penas más graves, las menos graves o las leves determinan, según el caso, la categoría del hecho punible.

El criterio para resolver si la acción debe ser incluída en uno o en otro de los tres conceptos referidos, es la pena más alta que se permita corresponder a la especie o subespecie de delitos, y no la pena que efectivamente se haya impuesto o decretado en el caso de que se trate.

Von Liszt (2) también se ocupa de esta división, expresando cómo pasó de Francia a Alemania a través de varios de los códigos de los Estados de la Confederación Alemana, y marca las diferencias entre las legislaciones de uno y otro país. En Francia se producen discusiones acerca de las distintas categorías, cuando la pena del crimen o del delito se ha reducido por circunstancias

(1) A. Merkel.—Derecho Penal. Tomo I, página 70.
(2) Franz Von Liszt.—Tratado de Derecho Penal. Tomo II, página 256.

especiales, y de acuerdo con ésta, la acción perdería el carácter que el código mismo le atribuye. En Alemania la discusión no cabe porque la pena conminada y no la aplicada, es la que determina la categoría de la infracción.

*

* *

78. Críticas hechas a la división.—La observación principal que se ha hecho a la división en tres partes de los hechos punibles, es que ella se refiere tan sólo a la pena y no a una diferencia esencial entre las distintas categorías. La clasificación es, así, puramente ficticia.

Debemos tener presente que esa división en crímenes, delitos y contravenciones de policía, no se adapta a nuestras modalidades jurídicas. Nadie discutiría, desde luego, que los crímenes y los delitos deben ser materia legislada por el Código Penal y que las contravenciones policiales deben ser objeto de reglamentos de policía o de una jurisdicción especialísima, aunque de menor cuantía. Aquí se controvierte sobre delitos y faltas, y la categoría correspondiente a estas últimas no está comprendida en la división.

A estos resultados se llega cuando se invocan o se quieren aplicar precedentes que sólo pueden servir para otros países, con instituciones, características y modos de ser diferentes. En materia legislativa hay que estar en primer término a lo propio, buscando en otras partes elementos de adaptación, pero nunca pretendiendo explicar lo nacional con elementos exóticos que no pueden proporcionar ningún antecedente útil.

La división en la ley de fondo obedece a los caracteres que deben imprimirse a las leyes de forma, de manera que aquí, donde un poder federal dicta la primera y poderes provinciales las segundas, la clasificación que no tiene base científica, sino práctica, carecería del último objeto, que es el único que la explica.

Debo expresar, por fin, que dentro de la división tripartita no se comprenden las infracciones disciplinarias, las que se consideran faltas reprimidas por leyes y reglamentos particulares (1).

(1) E. Garçon.—Code Penal, página 2.

*

* *

79. El sistema tripartito del código Tejedor.—La división tripartita tiene entre nosotros un antecedente importante. El código de Tejedor, en el artículo 1.°, estableció (1):

"Las infracciones de la ley penal, son de dos clases: unas "más graves, que se llaman crímenes; otras menos graves, que "se dividen en delitos y contravenciones."

En la nota se dice:

"Esta división sirve en el derecho francés para determinar "la competencia de los tribunales y clasificar los hechos ilícitos "por su valor intrínseco. Entre nosotros, que no tenemos el ju-"rado, sólo puede servir para lo segundo. Pero asimismo la juz-"gamos conveniente. Los tribunales correccionales tienen que ge-"neralizarse y los criminales admitir más o menos tarde el jurado "prometido en la Constitución nacional."

Ese código no se limita a la división del artículo 1.°, sino que en el segundo define las distintas clases de hechos punibles, diciendo:

"Se reputan delitos graves o crímenes, los que la ley castiga "con penas aflictivas.

"Se reputan delitos menos graves, o simplemente delitos, los "que la ley reprime con penas correccionales.

"Son contravenciones, las faltas a que la ley señala penas "de policía."

En la nota se expresa:

"Según Rossi, definir el delito por la naturaleza de la pena, "y no por la inmoralidad del acto, es mostrar mucho desprecio "por la especie humana y una gran pretensión al despotismo "en todo, aun en moral. Pero esta crítica es infundada. Propia-"mente este artículo, tomado también del derecho francés, no "se propone definir ni clasificar las infracciones, sino dar la me-"dida de la culpabilidad de los actos. Por él sólo se quiere de-

(1) Cuando cito el proyecto del doctor Tejedor, tomo en cuenta la edición oficial, impresa por disposición ejecutiva a raíz de la presentación del trabajo. La numeración no es correlativa, sino que se cambia en cada capítulo, como se hizo en el primitivo proyecto de Código Civil, presentado por el doctor Vélez Sársfield. Generalmente, se cita como proyecto de Tejedor, al código sancionado para la provincia de Buenos Aires, por ley de 3 de noviembre de 1877, lo que es un error, pues tiene diferencias con el originario. La numeración de este último es corrida.

"cir que no todas las infracciones están sujetas a la misma pena. "La clasificación del artículo se encuentra, por lo demás, en casi "todos los códigos: francés, art. 1.°; belga, art. 1.°; Baviera, ar-"tículo 2.°; Holanda, art. 1.°; Valaquia, art. 1.°; Cerdeña, art. 2.°; "Dos Sicilias, art 1.°; Prusia, art. 1.°; Nápoles, art. 6.°; perua-"no, art. 1.°; boliviano, arts. 1.° y 2.°, y el español, art. 6.°; sólo "distinguen delitos y faltas o culpas, si bien el último subdivide "los delitos en graves y menos graves. Sobre la razón de decir "en un caso *son* y en otro *se reputan*. (Véase Pacheco, t. I, p. 115)."

El artículo 3.° fija la jurisdicción de los tribunales, acreditando el objeto práctico de la clasificación y señala en la nota una concordancia con el código de Baviera. Y el 4.° establece que no se ocupa la ley de las contravenciones de policía, dando en la nota los motivos de la exclusión, en los términos siguientes:

"Si es cierto que la justicia y la policía deben unirse para "afirmar la seguridad común del Estado y para prestarse mutuos "y continuos socorros, no es menos cierto que, bajo el punto de "vista de su objeto particular, son dos instituciones profunda-"mente diferentes.

"Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden ex-"terior del Estado, que encierran un ataque a los derechos del "Estado, o de los particulares, o que según su carácter extrín-"seco y la intención del agente, tienden a la realización de ata-"ques de esta naturaleza, o a la violación de derechos análogos. "Pero hay también actos que, sin encerrar directamente la vio-"lación de un derecho, no son, sin embargo, indiferentes al le-"gislador, a causa de sus consecuencias desagradables para el "orden público, o de su influencia directa sobre la seguridad, la "moralidad y el bienestar del Estado; por lo que deben ser san-"cionados o prohibidos con una pena.

"Los actos de la primer especie, son ilícitos por motivos de "justicia absoluta, lo son en todo tiempo y en todos los lugares; "su prohibición está escrita en caracteres indelebles en el cora-"zón de todo hombre racional. Los actos de la segunda son mu-"chas veces considerados en sí mismos indiferentes para el de-"recho, que sólo los prohibe por motivos de utilidad relativa, y "dependen de los tiempos, de las circunstancias, del carácter y "costumbre de las naciones, como de las instituciones particu-"lares y otras circunstancias accidentales.

"Los actos ilícitos de la primera clase, por lo mismo que

" ofenden directamente un derecho, forman el objeto del Poder " Judicial, mientras que las acciones u omisiones de la segunda, " pertenecen al dominio de la policía. Esta diferencia, sacada de " la substancia misma de los actos en cuestión, debe manifestarse " en la naturaleza de las penas, en sus consecuencias legales, en " el procedimiento, etc., por desemejanzas tan considerables que " toda legislación que no quiera mezclar cosas distintas entre sí, " y que tema confundir el sentido moral del pueblo, debe separar " también las dos clases por códigos especiales y distintos." (Introducción al Código Penal de Baviera).

Como puede verse, el sistema del código Tejedor, inspirado en el francés, aun cuando el propio autor reconoce las diferencias institucionales entre aquel país y el nuestro, que no permiten adaptarlo con todas sus consecuencias, tiene sus caracteres propios.

Desde luego, no acepta de lleno la división tripartita, sino que clasifica las infracciones de la ley penal, como las llama, en dos clases: las más graves y las menos graves; a las primeras les llama crímenes y a las segundas las divide en delitos y contravenciones.

Pero las contravenciones del código Tejedor, no son faltas de legislación provincial. El capítulo correspondiente a éstas queda en blanco, probablemente porque pensó el autor que no era necesario decir que las provincias quedaban autorizadas para preverlas y reprimirlas. Las contravenciones que menciona y de que no se ocupa, son las infracciones meramente policiales y ajenas totalmente al Poder Judicial, como lo dice de manera expresa en la nota puesta al pie del artículo 4.°. Esas contravenciones pertenecen a la competencia policial.

Es bueno tener en cuenta estos matices, porque, cuando se controvierte la cuestión, suelen olvidarse, invocándose precedentes que no son tales y verificando observaciones equivocadas.

*

* *

80. La división bipartita.—La división de los hechos punibles en tres partes, no cuenta con el consenso general. Otras leyes y otros autores, los clasifican en dos grupos: los delitos y las contravenciones. Delitos son todas las infracciones inspiradas por

una mala intención y que dañan directamente derechos individuales o colectivos, llevando un ataque al derecho social y cuyo carácter dañoso y peligroso es reconocido en todos los países civilizados; contravenciones son hechos inocentes, indiferentes por ellos mismos, realizados quizás sin intención criminal, que no causan ordinariamente daño a otro, y que se castigan únicamente a título preventivo, para impedir daños individuales o colectivos futuros. Estas infracciones deben ser previstas y castigadas por el derecho de policía y la reglamentación local (1).

Algunos autores franceses critican esta clasificación, que a pesar de ser más satisfactoria bajo el punto de vista teórico y científico, ofrece serias dificultades de carácter práctico. Así, no se puede adaptar a la división tripartita de las jurisdicciones y no permite determinar a qué clase, delitos o contravenciones, corresponderán los casos de imprudencia grave, tales como los delitos de homicidio o de lesiones por culpa.

*

* *

81. El sistema del código italiano.—El código italiano, que ha servido de ejemplo a muchas otras legislaciones, usa para designar las infracciones punibles, un término genérico. Esa palabra es *reato*. Los *reati* se dividen en delitos y transgresiones, siendo, así, la clasificación, bipartita. Antes, para designar los hechos punibles, se usaban términos generales, como ser: delito, crimen, ofensa, injuria, exceso, culpa. Pero después de aceptada por el código francés una clasificación, la ley penal de Toscana adoptó la bipartita, tomada en definitiva por el código del reino.

El código no define, limitándose a decir en el artículo 1.° que los *reati* se distinguen en delitos y contravenciones. El libro 1.° se ocupa de los *reati* y de las penas en general; el segundo de los delitos y el tercero de las contravenciones.

Pero en el artículo 20 de las disposiciones ejecutivas para la aplicación del Código Penal, capítulo titulado disposiciones de coordinación, se dice que en todos los casos, cuando las leyes, decretos, reglamentos, tratados y convenciones internacionales hablan de penas criminales, correccionales y de policía, debe consi-

(1) Vidal.—Obra citada, página 106, número 74 (bis).

derarse que corresponden: 1.° A las penas criminales, las de ergástula, inhabilitación perpetua para empleos públicos y reclusión o detención por un término no inferior a un mínimum de tres años. 2.° A las penas correccionales, las que no correspondan a los números primero y tercero; y 3.° A las penas de policía la de arresto no superior de cinco días y multa que no pase de cincuenta liras.

El artículo 21 agrega que cuando las leyes, decretos, reglamentos, tratados y convenciones internacionales hablan de crímenes, para distinguirlos de los delitos, se entenderán por crímenes los *reati* que tengan pena de ergástula, inhabilitación perpetua y reclusión o detención no menor de tres años. Para determinar si un *reato* previsto en las leyes, decretos, reglamentos, tratados y convenciones internacionales, es un delito o una contravención, no se debe tener en cuenta la pena, sino el carácter del *reato,* según la distinción hecha en el Código Penal entre delitos y contravenciones (1).

Como puede verse, con un criterio estrictamente legal, la clasificación de las acciones punibles, dentro del sistema italiano, tiene un propósito práctico y tiende a que las distintas infracciones se distingan por la pena o por el carácter del acto, según el caso.

Según Ravizza (2), la escuela antigua italiana, a la que pertenecieron Carrara, Rossi, Carmignani, Canónico, Bucellatti, Tolomei, Lucchini, Impallomeni y Brusa, sostenía que para dividir los *reati* era preciso tener en cuenta su naturaleza ontológica y clasificarlos en delitos y transgresiones o contravenciones, según se trate de hechos que revelando mala intención, ataquen u ofendan el derecho de otro; o de hechos que aun cuando sean por sí inocentes o indiferentes o cometidos sin un propósito malvado y sin haber causado daño, estime el legislador en su prudencia oportuno castigarlos, para evitar peligros de daño individual o social.

*

* *

82. Concepto de fondo de la clasificación.—En rigor, ya sea que la clasificación se apoye en la naturaleza y clase de la pena o en la calidad de la infracción, el concepto de fondo viene a ser

(1) Manuele D'Udienza.—Codice Penale, página 122.
(2) Il Digesto Italiano. Tomo XX, 1.ª parte, página 305.—Palabra Reato.

el mismo. En efecto, ¿en qué se basa la mayor o menor cantidad de pena? Evidentemente en los caracteres de la infracción, en su esencia, en sus resultados, en el conjunto, en fin, de elementos que la constituyen y caracterizan. Y, por otra parte, de la naturaleza de la infracción, de su gravedad, de las condiciones del agente, del peligro que representa; en fin, de lo que podríamos llamar en síntesis la importancia del acto criminal, surge la mayor o menor cantidad de pena, lo mismo que su clase.

Los conceptos son así correlativos y no separables, correspondiéndose proporcionalmente la pena y la infracción. De modo que, examinado el asunto con este criterio, la clasificación científica no tiene mayor objeto, siendo su importancia puramente práctica y relacionada con las características de cada país y su organización judiciaria propia.

*

* *

83. Diversas opiniones acerca de la clasificación de los delitos.—Las contravenciones se distinguen de los delitos, dicen algunos, por la pena que corresponde a unas y a otras infracciones. La diferencia no reposa en ese basamento, sino en la naturaleza de la infracción, dicen otros. El delito y la contravención se afirma, por fin; son acciones u omisiones antisociales, prohibidas por la ley y, por consiguiente, antijurídicas. Ferri, sostenedor de esa opinión, dice que tanto los delitos como las contravenciones pueden o no producir daño, constituyendo violaciones efectivas o posibles de las condiciones de existencia social. A los unos y a las otras los prohiben las leyes (1).

Para el mismo Ferri (2), delitos y contravenciones son acciones antijurídicas, porque violan una ley, y antisociales porque contrarían una norma establecida para tutelar el orden. Ambas conducen a la violación efectiva o substancial de las condiciones indispensables para asegurar una regular existencia social. Ninguna diferencia substancial existe entre delito y contravención, desde que puede haber contravenciones dolosas y culpables y delitos de índole contravencional.

(1) La cosidetta volontarietá nella contravenzioni in Difese penali e studi di giurisprudenza, página 406.
(2) In torno al nuovo Codice Penale.—Foro Penale. Tomo I, página 157.

Por lo demás, afirma el mismo autor, tanto en los delitos como en las contravenciones se presentan casos en que no existe la intención delictuosa.

Rivarola acepta también esta opinión, cuando dice (1):

"La dificultad para la solución de estas cuestiones estriba "en la imposibilidad de establecer una distinción precisa entre "la naturaleza del delito y de la falta. Los códigos que adoptan "la clasificación tripartita de la infracción, en crímenes, delitos "y contravenciones, refieren estas distinciones a la competencia "de los tribunales; los que legislan sobre delitos y faltas, com-"prenden en la misma definición el delito y la falta, dando la "única definición que puede dar la ley, una definición práctica "con respecto a la ley positiva; es delito o falta toda acción u "omisión penada por la ley.

"Sería también inútil buscar la distinción en las soluciones "doctrinarias. Cuando las escuelas diversas no pueden ponerse "de acuerdo sobre la definición del delito, sería vana empresa "la de buscar la distinción doctrinaria precisa entre el delito y "la falta, sin repetir principios discutibles o iniciar nuevos siste-"mas, tan discutibles como los demás. Más cuerdo será admitir "que la naturaleza del delito es idéntica a la de la falta, y que "la única distinción que debe buscarse es la de grado. Puede "comprenderse, en general, que la falta es una infracción a "reglas de conducta mucho menos importantes para la conserva-"ción del orden social, que las reglas de conducta cuya infrac-"ción constituye el delito. El límite preciso es inapreciable, por-"que en esta materia la gradación más se asemeja a un plano "inclinado que a una escala."

Hemos podido ver hasta este momento que la determinación científica de una línea divisoria entre las distintas especies de infracción científica punibles de los "reati", según la expresión sintética de la legislación italiana, es, sino imposible, por lo menos sumamente difícil.

Veamos ahora, para completar la información, algunas opiniones de distintos autores, acerca de las diferencias entre delitos y contravenciones, entendiéndose que dentro del primer vocablo se comprende a los crímenes. Las infracciones serían, así, como decía Tejedor, más graves y menos graves.

(1) Derecho Penal Argentino, página 159.

Beccaria (1), que es uno de los primeros en ocuparse de este asunto, dice:

"Hay delitos que destruyen inmediatamente la sociedad o "a quien la represente; los hay que ofenden la seguridad de un "ciudadano, en el honor, la vida o en la hacienda de éste; y "hay otros que son acciones contrarias a lo que cada uno está "obligado a hacer o no hacer, ateniéndose al bien público. Cual-"quier hecho no comprendido entre los indicados límites, no "puede calificarse de delito, ni ser castigado como tal, a no ser "por individuos que tienen interés en llamarle de este modo."

En esas expresiones, aun cuando no se señalan los nombres de las distintas acciones punibles, está perfectamente separado el delito de la contravención.

Carrara, que hace un estudio muy extenso sobre el delito, se ocupa poco de las diferencias entre éste y las contravenciones. Dice que la esencia del delito, entendiendo siempre que esta palabra significa el delito verdadero y propio, bien distinto de las transgresiones de policía, está en la violación de un derecho protegido por la ley penal. Para definir bien la calidad del delito y clasificarlo, hay que tener en cuenta la diversidad del derecho lesionado (2).

En la nota que pone al pie del parágrafo, dice que las transgresiones son las violaciones de las leyes que protegen la prosperidad y no el derecho; leyes que tienen su fundamento en el solo principio de la utilidad. Estas se clasifican según los diferentes bienes que se protegen al prohibirlas. La concurrencia del dolo no es indispensable en las contravenciones.

La opinión de Lucchini, periodista y parlamentario, es muy interesante (3):

"La contravención—dice—debe estar constituída por una le-"sión potencial indeterminada. No hay delito sino contravención, "cuando el objetivo del hecho incriminado por la ley, sea, no un "derecho específico de pertenencia privada o pública, sino una "condición o norma de conducta de la cual dependa la tutela de

(1) César Beccaria.—Del delito y de la pena. Capítulo XXV, página 90.
(2) Francesco Carrara.—Programma del Corso di Diritto Criminale. Tomo I, página 161.
(3) Tomo estas referencias de Il Digesto Italiano. Tomos XX, primera parte y VIII.—Tercera parte.—Palabras Reato y Contravvenzioni in generale.

"un derecho o de una esfera genérica del derecho. La potencia-
"lidad de la lesión depende de la objetividad del hecho. La le-
"sión que distingue y caracteriza al delito no es meramente vir-
"tual, sino relativa, siempre a una determinada expectativa ju-
"rídica directa y concretamente tomada como objetivo." (1).

Cuando se discutió en 1887, el proyecto de Código Penal italiano, la comisión de la Cámara observó que se distinguía entre delitos y contravenciones, pero sin indicarse el criterio que servía de base para esa distinción. Se proyectó decir que los "reati" se distinguían, según su esencia, en delitos y contravenciones, pero se observó en el Senado que la indicación era inútil, pues con decir que se caracterizan por su esencia los delitos y contravenciones, no se expresa en qué consiste dicha esencia.

En el seno de la Junta Real de Revisión, se redactó el precepto, diciendo que los delitos y las contravenciones se distinguían por las diferentes categorías de pena, y el relator Lucchini justificaba la propuesta diciendo que la comisión de la Cámara habría deseado se declarase que la distinción entre delitos y contravenciones derivaba de la esencia de uno y otra. Pero eso emerge de la distinción misma verificada en el código, y establecerlo hubiese sido una repetición del pensamiento legislativo. Decir, por lo demás, que los delitos y las contravenciones se distinguen por la diversa categoría de penas, equivalente a diferenciar la esencia de una y otra infracción, desde que el castigo depende de aquélla. En su opinión, por tanto, todas esas acentuaciones son superfluas.

Para Del Lungo (2), contravención es la infracción de un precepto por medio del cual las leyes políticas exigen la observancia de un deber a los ciudadanos, con el objeto del mayor beneficio público, resultante de un acto externo positivo o negativo, independientemente de la intención de violar la ley misma.

Marchetti (3) define las contravenciones diciendo que son las acciones u omisiones voluntarias, contrarias al precepto de la ley penal, las cuales aun acompañadas de mala intención, constituyen un peligro eventual para un derecho, sin lesionarlo, ni amenazarlo actualmente.

(1) Rivista Penale.. Tomo XXII, página 437.—Nota a la sentencia de la Corte de Casación de 20 de mayo de 1890.
(2) Dei reati di mera crenzione politica, número 17.
(3) Teoría generale delle contravvenzioni, página 28.

84. La noción de falta independientemente del concepto intencional.—El concepto intencional no se coloca en otros publicistas. Así, para Lanza (1), contravención es la violación potencial del derecho, resultante de un acto positivo o negativo que con presunción *juris et de jure*, mantiene el derecho en peligro eventual, sin que lo ataque de manera específica. Esa violación produce alarma social y está sujeta a una sanción penal conminada por las leyes del Estado precedentemente promulgadas.

Pessina (2), después de referirse a las dos divisiones, la tripartita y la bipartita, dice que en la primera los crímenes, los delitos y las contravenciones se distinguen por la cantidad y clase de pena, y en la segunda por la índole criminosa o no criminosa de los hechos.

Chauveau y Helié (3) empieza por recordar la división tripartita del código francés y transcribe en seguida la opinión de Rossi, a quien considera exagerado en su crítica. Esa división es más que de principios, de orden, de tal manera que muchas veces es necesario poner de lado las definiciones, desde que se podrían citar casos de hechos que tienen el carácter de contravenciones y que la ley comprende entre los delitos.

Pero, no obstante las confusiones, la palabra crímenes se refiere a los atentados contra la sociedad que deben juzgar las cortes criminales; la palabra delito a los desórdenes menos graves, que son del resorte de la policía correccional; y la palabra contravención a las faltas contra la simple policía. Y agrega: el legislador no ha entendido al pronunciar la palabra delito, un delito exclusivamente moral, sino un hecho pasible de una pena que solamente los tribunales correccionales pueden pronunciar. Hay, así, al lado de los crímenes que son los hechos castigados por una pena aflictiva e infamante, y de las contravenciones de policía, dos clases de delitos: los delitos morales, en los cuales la intención del culpable es uno de los elementos, y los delitos materiales, que son castigados independientemente de toda intención culpable, con penas correccionales.

(1) Studi sulle contravvenzioni.—Rivista Penale. Tomo IV, página 848.
(2) Enrique Pessina.—Elementos de Derecho Penal, página 167.
(3) Théorie du Code Penal—Nota al final del No 19. Tomo I, página 36.

Esta clasificación, que distingue entre delitos morales y materiales, tomando en cuenta la intención del sujeto, no es conforme, según el propio autor, a la teoría del código (1).

* * *

85. Otras opiniones acerca de la diferencia esencial entre delitos y contravenciones.—La diferencia esencial entre las acciones que dan lugar a las penas disciplinarias, domésticas, contractuales y los delitos, está, según Cívoli (2), en que las primeras perturban solamente el orden de una administración pública, de una familia, de una sociedad privada, mientras que las segundas lesionan los intereses de todo el cuerpo social.

Mecacci (3) se ocupa de las distinciones científicas y prácticas del delito, y dice que en Italia, el término "reato" es comprensivo de todas las infracciones. Estas se dividen, según su gravedad, en crímenes, delitos y contravenciones o transgresiones, clasificación que se relaciona con la competencia de los tribunales. Los crímenes corresponden a la Corte de Asises; los delitos a los tribunales criminales o correccionales que aplican penas de esta última clase; y las contravenciones o transgresiones a los pretores, que aplican penas correccionales o menores, aun como ser las de policía. Expresa el origen de la división, se refiere a las críticas provocadas por el sistema, y dice que la distinción entre los "reati", teniendo en cuenta su gravedad, es muy difícil de establecer, como lo es asimismo determinar en qué categoría deben colocarse determinadas infracciones. Este autor es partidario de la división bipartita, o sea del sistema dominante en su país.

Respecto a las diferencias entre delitos y contravenciones, dice (4) que el delito es la acción humana contraria a la seguridad, lesionadora de un derecho concreto, imputable y castigable por la concurrencia del elemento moral, conciencia y libertad. La contravención o delito de policía es la acción humana contraria a la prosperidad, que puede poner en peligro el derecho indivi-

(1) Chauveau y Helié.—Obra y lugar citados.
(2) Césare Cívoli.—Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 44.
(3) Ferdinando Mecacci.—Trattato di Diritto Penale. Tomo I, página 238.
(4) Obra citada.—Tomo I, página 266.

dual o lesionar un derecho abstracto, sujeto a otro examen. Los caracteres del uno son diversos de los del otro, pero el criterio diferencial no es claro y preciso.

* * *

86. Los estudios de Manzini.—Manzini (1) expresa que la distinción entre delitos y contravenciones es de grandísima importancia, especialmente en relación a la aplicabilidad de las reglas de la parte general del Código Penal, a la concesión de determinados beneficios y a otras consecuencias. Estudiando las diferencias existentes entre delitos y contravenciones, expone varias teorías, que considera las principales.

a) **Teoría de la lesión jurídica y del peligro en relación al derecho penal vigente.**—La exposición ministerial sobre el proyecto de 1887, al dar cuenta del criterio adoptado para distinguir los delitos de las contravenciones, analizando la naturaleza íntima, afirma que son delitos aquellos hechos que producen una *lesión jurídica;* y son contravenciones aquellos otros hechos que, si bien pueden ser innocuos por sí mismos, *presentan todavía un peligro para la tranquilidad pública o para el derecho de otro.* El precepto de la ley en los delitos, dice, por ejemplo: "No matar"; y en las contravenciones: "No hacer nada que pueda exponer a un peligro la vida de otro". En el primero dice: "No dañar la propiedad de otro"; y en el segundo: "No hacer nada de lo cual pueda desprenderse un daño a la misma."

El autor sostiene, con razón, que las teorías expuestas en las relaciones que acompañan a los proyectos de códigos en las labores preparatorias, tienen importancia cuando responden a la realidad del derecho positivo, cosa que no sucede, en su concepto, en el caso. Todo "reato" representa una lesión jurídica, no siendo esa característica sólo propia de los delitos en sí. La lesión jurídica producida con la violación de una ley concurre en las contravenciones.

Si la lesión jurídica no se quiere referir a los intereses generales tutelados por la ley penal, sino a los derechos o intereses

(1) Vincenzo Manzini.—Trattato di Diritto Penale Italiano. Tomo I, páginas 439 y siguientes.

particulares, la afirmación de que el delito importa una lesión jurídica y la contravención un mero peligro, es igualmente falaz, pues hay delitos que no producen ninguna lesión jurídica en ese sentido, y hay contravenciones que representan daño efectivo y no sólo un peligro.

b) **Teoría de Feuerbach.**—La precedente doctrina no es sino una aplicación de la teoría de Feuerbach, según la cual, las contravenciones son violaciones del derecho objetivo (ley); y los delitos lesiones del derecho o de los intereses subjetivos.

Pero el derecho objetivo—agrega—puede existir sólo en cuanto tutele intereses o derechos subjetivos, desde que cualquier conducta contraria al derecho objetivo es siempre y necesariamente lesionadora de un derecho o de otro interés subjetivo. Todo "reato" lesiona el interés subjetivo del Estado para el mantenimiento del orden jurídico. El hecho de que las contravenciones ataquen un interés más general y menos determinado que los delitos, lo que no sucede siempre, no basta para negar que produzcan daño social y que violen intereses subjetivos.

c) **Otras teorías insuficientes.**—Es también inadecuado el criterio, según el cual las contravenciones, no diferenciándose substancialmente del delito, representan un grado de inmoralidad menor o causen un mayor o menor perjuicio.

Hay contravenciones más inmorales y cuyo daño se puede considerar mayor que el de ciertos delitos.

d) **Teorías más completas.**—Son sin duda superiores aquellas teorías que tienen en cuenta, tanto el elemento objetivo como el subjetivo de las contravenciones, en relación al fin social de esta incriminación. Afirmar que son contravenciones las infracciones de todas las normas penales, así de orden preventivo como económico-administrativo, es decir poco, aunque se agregue que no deben ser declarados imputables únicamente por dolo.

Otros dicen que en sociedad se producen dos clases distintas de hechos atentatorios; unos ofenden las condiciones permanentes y fundamentales de la existencia y la convivencia civil; otros se presentan en oposición a las condiciones secundarias y complementarias de convivencia. Los primeros son los delitos; los segundos las contravenciones. Hasta aquí el autor citado, que expone en seguida sus puntos de vista propios.

* * *

87. La opinión de Manzini.—Se puede decir genéricamente que las contravenciones con relación a los delitos, son aquellas incriminaciones que tienen por objeto la protección de las condiciones consideradas indispensables o favorables a la energía o a los estados útiles de la sociedad, o que se refieren al orden financiero del Estado, y que miran a la represión de una conducta individual contraria a tales condiciones en relación, no sólo a la necesidad de la vida social, sino al carácter de la voluntad expresada del sujeto.

Para verificar la distinción, dice Manzini que deben tenerse en cuenta todas las disposiciones del derecho vigente, y alude al artículo 21 del decreto a que antes me referí, dictado para la aplicación del Código Penal.

En las contravenciones de cualquier clase, se distinguen dos elementos diferenciales y específicos: uno objetivo y el otro subjetivo.

El elemento objetivo es considerado de la particular naturaleza del interés protegido, el cual consiste en la necesidad de asegurar las condiciones indispensables o favorables al ejercicio de la energía útil que se desenvuelve en el seno de la sociedad o al mantenimiento de estados socialmente convenientes (contravenciones de policía), o al normal funcionamiento de la recaudación y del contralor tributario (contravenciones de finanzas). Se trata de la protección de las condiciones de ambiente, mientras que en los delitos comunes, como en los de policía y finanzas, especialmente se tiene en vista la represión de las violaciones de otros intereses. Las clasificaciones del derecho positivo, en cuanto al carácter objetivo del delito, se apoyan en motivos de política criminal.

En la apreciación del elemento subjetivo, debe tenerse en cuenta que en las contravenciones no se considera el hecho del agente como una manifestación voluntariamente antijurídica de su individualidad aislada, como en los delitos, sino como una explicación nociva de su individualidad social, en relación a la susodicha energía y a los estados del ambiente social o a los que son inherentes a la organización financiera del Estado.

Como puede notarse, ahondar el estudio de la cuestión es percibir la serie de dificultades y de desarmonías teóricas.

*

* *

88. La clasificación en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—Volvamos, después de haber dejado constancia de las nociones más corrientes, a los antecedentes nacionales, antes de pasar a la discusión del asunto bajo nuestro punto de vista local y propio.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, se apartó del código Tejedor, que aceptaba como lo hemos visto antes, la división tripartita. En el artículo 1.° se define el delito en general como la infracción voluntaria de la ley penal. Cuando esa infracción se comete con dolo, toma especialmente el nombre de delito; si se realiza sin dolo, se llama culpa. En el inciso 1.° del artículo 2.° se dice que el Código no se aplicará por contravenciones a las disposiciones de policía, municipales o de los gobiernos locales.

En la nota elevada al Ministerio de Justicia, con los fundamentos del caso, los redactores decían a este respecto:

" En el título preliminar se ha suprimido la división que se " establecía entre crímenes, delitos y contravenciones, reuniéndose los actos punibles bajo la clasificación genérica de delitos. " Los nombres de crímenes, delitos y contravenciones, no sólo eran " considerados sinónimos en códigos anteriores, sino que no tienen esa división muchos de los que últimamente han sido sancionados. La división de los actos punibles en tres categorías, " tomando por base la gravedad de la pena, fué establecida por " el código francés, y seguida después por algunos de los códigos " de Alemania, por el nuevo de los Países Bajos, por los códigos " italianos, calcados sobre el primero, y últimamente por el de " Bélgica, pero ha sido objeto de fundadas censuras en Alemania, " por parte de varios criminalistas distinguidos, y en Francia muy " especialmente por Rossi, en su tratado de derecho penal.

" La comisión ha creído que debía desechar esta división " adoptada en el proyecto en revisión, desde que ella en nada contribuía a la clasificación metódica, ni a la claridad en la exposición de las materias; por el contrario, introducía confusión " y daba lugar a incertidumbres. Por lo que respecta, a lo menos, " a la diferencia entre los crímenes y los delitos, en los que entra " el dolo como elemento constitutivo, esa división no puede ser

" siempre aplicada con exactitud. El mismo hecho, que considerado en abstracto reuna todos los caracteres de un crimen grave, por el concurso de circunstancias atenuantes, puede degenerar en un delito leve y viceversa; las circunstancias agravantes pueden elevar a crimen un delito en sí menos grave. Los " principios que tiene el primer libro del Código se aplican también a las infracciones que, aunque no contenidas en él, sean " la creación de otras leyes o reglamentos. Inútil sería, pues, hacer en el Código una clasificación metódica de las infracciones, " bajo las denominaciones de crímenes, delitos y contravenciones, " desde que las nuevas leyes o reglamentos vendrían a echar por " tierra la aparente armonía de estas combinaciones.

" El más caracterizado sostenedor de la división tripartita, " J. J. Haus, la defiende en los términos siguientes, en la exposición de los motivos del código de Bélgica: "No puede hacerse objeción seria a la división establecida por el artículo 1.° del " Código Penal: división práctica tan íntimamente ligada con nuestras instituciones judiciales que es imposible borrarla de nuestra legislación penal. Desde luego, los códigos que nos rigen y " muchas leyes políticas, atribuyen ciertos efectos a las condenaciones a penas criminales. Además, esta clasificación determina la competencia y forma del procedimiento de los tribunales de represión y sirve, finalmente, de fundamento a una " excepción perentoria, estando formalmente consagrada esta división por la Constitución en su artículo 98, que dice: "El jurado se establece en toda materia criminal y para los delitos " políticos y de la prensa."

" Ninguna de las razones expresadas por el sabio profesor " tiene aplicación entre nosotros, y más bien nuestro sistema judicial y político se halla en contradicción con ellas. Nuestras leyes no atribuyen efecto determinado a las penas en lo criminal, que no pueda serlo igualmente a las de los delitos. La competencia y forma del procedimiento no es materia del Código " Penal, y su reglamentación está abandonada a la acción legislativa de cada provincia. En todas nuestras leyes reglamentarias, y en la Constitución misma, cuando ocurren las palabras " crimen o delito, como sucede en los artículos 15 y 22, es en sentido genérico, comprendiendo indistintamente lo que el proyecto en revisión clasifica como casos diferentes.

" Entre las infracciones de que no se ocupa este código, a más

" de las enumeradas por el proyecto primitivo, se han compren-
" dido los actos administrativos de los gobiernos de provincia,
" que representan su autonomía y las ordenanzas municipales,
" porque, como los edictos de policía, la facultad de prescribir el
" cumplimiento o abstención de determinados actos importa el
" derecho de imponer la represión, que asegura el cumplimiento
" del mandato."

* * *

89. El proyecto de 1891 y sus fundamentos.—Hemos podido observar que los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García, no se ocupaban de faltas o contravenciones. El código sancionado en 1886, tampoco las legisló, pues a pesar de referirse a ellas en la definición del artículo 1.°, donde se decía: " Es delito o falta toda acción u omisión penada por la ley", sus disposiciones sólo se referían a los delitos.

La novedad fué introducida por el proyecto de 1891, el cual decía en el artículo 1.° que se aplicaba a delitos y faltas. El artículo 5.° establecía que el Código no se aplicaba a los delitos del fuero militar, ni a las infracciones de las leyes aduaneras y de impuestos, y el artículo 6.° traía la siguiente regla:

" Las infracciones de las leyes y disposiciones locales de las
" provincias, municipios y territorios federales, que no tuvieren
" pena señalada en este código, serán reprimidas, como faltas,
" con las penas que en ellas mismas se determine, siempre que no
" impongan multa mayor de mil pesos, ni establezcan otra inha-
" bilitación que la de ejercer cargos públicos locales o profesiones
" dentro de la jurisdicción territorial, ni restrinjan la liber-
" tad de locomoción, sino en caso de falta de pago de la multa."

El libro 3.° del proyecto legislaba sobre las faltas, y estaba dividido en seis títulos con los siguientes encabezamientos:

Disposiciones generales; faltas contra la seguridad general; faltas contra el orden público; faltas contra la autoridad y administración pública; faltas contra las buenas costumbres; faltas contra la propiedad.

La exposición de motivos explicaba las razones que tuvieron sus redactores para la innovación en los términos siguientes:

"La aplicación de la ley a los delitos o faltas cometidos en el

" territorio de la República no es materia que pueda ser suscepti-
" ble de discusión entre nosotros, siendo un principio general en
" nuestra legislación la igualdad ante la ley de todos los habitan-
" tes de la República, nacionales o extranjeros, domiciliados o
" transeuntes, con excepción de lo pertinente al orden exclusiva-
" mente político." (1).

Más adelante, agrega la misma exposición:

" La potestad de legislar implica la de hacer efectivas con san-
" ciones penales ciertas disposiciones legales para cuyo cumplimien-
" to no hay otro medio coercitivo. Si las provincias tienen tal po-
" testad dentro de los límites de su soberanía respectiva, y el Con-
" greso la de dictar el Código Penal, esto es, la de ser la única fuen-
" te legítima de autoridad en la imposición de penas, la potestad de
" aquéllas quedaría reducida a algo como una jurisdicción sin *impe-*
" *rium*, que importaría la anulación de su relativa soberanía. Por
" otra parte, si debiera entenderse que a la potestad de legislar
" corresponde una amplia facultad de elección de las penas que
" servirán de sanción a las leyes, resultaría una multiplicidad de
" códigos penales, abiertamente contraria a la prescripción cons-
" titucional que reclama la existencia de un solo Código Penal en
" toda la Nación. Quizás el proyecto del Dr. Tejedor, preveía en
" parte esta cuestión, al definir como *contravenciones* las faltas
" a que la ley señala penas de policía y excluir luego del Código
" las *contravenciones de policía*. Esta no era una solución clara;
" pero el Código Penal, lejos de resolver expresamente la dificul-
" tad, guardó silencio sobre ella sin atender a las consecuencias
" que de ese silencio derivaban. La comisión piensa que lo pru-
" dente y necesario en este asunto es fijar el límite de represión
" de que harán uso las provincias. Las transgresiones que impor-
" ten un delito o falta en todas partes, que lo mismo afectarían
" los derechos del individuo y el interés de la sociedad si se co-
" metieran en un punto, que si se realizaran en otro, estarán pre-
" vistas en el Código Penal y no podrá ingerirse en ellas la le-
" gislación provincial. Las que sólo afecten intereses inmediatos
" y directos de una localidad particular, siendo a las demás in-
" diferente que estén previstas o no, no formarán en el cuerpo
" del Código Penal; pero como la imposición de penas de cierta

(1) Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto de 7 de junio de 1890, por los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo, página 11.

" medida es un hecho que afecta a la comunidad entera, el Có-
" digo fijará el máximum de penalidad que deba adoptarse. La
" misma cuestión que resolvemos en este artículo tiene que presen-
" tarse en cualquier país de organización federal y de código uni-
" tario; y así, en Alemania, en la ley de 31 de mayo de 1870, que
" declaró vigente el Código Penal de la Confederación de la Ale-
" mania del Norte, se lee el siguiente artículo: 5.° En lo que res-
" pecta a las materias que no son objeto del Código Penal, no po-
" drán imponerse por las leyes de los diversos Estados, sino las
" penas siguientes: prisión por dos años a lo sumo, arrestos, mul-
" tas, la confiscación de objetos determinados y la pérdida del
" destino o de las funciones públicas, solución análoga a la que
" proyectamos."

*

* *

90. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 adoptó el mismo sistema, pero sin contener un artículo que fijase límites al derecho de las provincias para penar las faltas. En el artículo 1.° se establecía que la ley se ocupaba de delitos y faltas, pero no se contenían preceptos análogos a los artículos 5.° y 6.° del proyecto anterior.

El libro 3.° de ese proyecto se ocupaba de las faltas y contenía preceptos referentes a las siguientes infracciones: contra la seguridad general; contra el orden público; contra la autoridad y administración pública y contra las buenas costumbres. En cada título se ponían acápites para los distintos artículos, indicando la falta que se trataba de reprimir con el mismo.

La exposición de motivos, decía al respecto (1):

" Hemos agregado también, con el mismo propósito de uni-
" formar todas las leyes de carácter penal, un libro sobre faltas,
" siguiendo en esto a la mayoría de los códigos modernos, incluso
" el de Alemania y el proyecto para la Suiza, cuyas instituciones
" federativas no han sido obstáculo para que la nación se ocupe
" de ellas como materia de legislación general.

" Sin embargo, si esta parte del proyecto suscitara escrúpu-

(1) Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado por la comisión de reformas legislativas, constituída por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1894.

" los de orden constitucional y se piensa que invade el dominio
" de las autonomías provinciales, su eliminación en nada alteraría
" la economía del Código. La comisión tiene, no obstante, la creen-
" cia de que tales escrúpulos no se han de manifestar, porque pien-
" sa que si el Congreso tiene por la Constitución la facultad de
" dictar el Código Penal de la Nación, en dicha facultad está for-
" zosamente comprendida la autoridad necesaria para incluir en
" ese código todos los actos u omisiones que en cualquier parte
" del territorio de la Nación se consideran ilícitos y merecedores
" de una pena. Las provincias conservarán siempre el poder de
" crear y reprimir faltas de carácter local, y como es este poder
" el único que constitucionalmente les corresponde en esta mate-
" ria, es evidente que sus autonomías no sufren cercenamiento al-
" guno porque el Congreso legisle sobre faltas de carácter
" general."

*

* *

91. La discusión parlamentaria de 1900.—En la discusión parlamentaria de 1900, uno de los puntos en que más se atacó el proyecto de 1891 fué el relativo a la legislación de faltas que aquél incluía.

A mi juicio, las razones que se dieron en ese debate son concluyentes. La legislación sobre faltas debe ser local y no nacional, y esto se deriva de la propia naturaleza de los hechos.

Los delitos son acciones que hieren el sentido moral medio de una sociabilidad, que repugnan a la conciencia pública, y que son tenidos por tales, no por creación de la ley, sino como un resultado de la naturaleza misma del medio social.

" Las faltas son otra cosa; son la creación de la ley. Una or-
" denanza municipal que prohibe a un tranvía que pase por de-
" terminadas calles y la compañía de tranvías falta a esa orde-
" nanza municipal, a esa ley, incurre en una falta; pero no era
" una falta que preexistía a la penalidad, no era una falta que
" preexistía a la conciencia pública. No, es una falta creada por
" el legislador, sea el legislador municipal, provincial, nacional
" o de cualquier otro orden. Y lo mismo se puede decir de todas
" las demás faltas; las faltas son creaciones de la legislación, de

" las leyes, mientras los delitos son la violación de los principios " que se consideran dogmas sociales, y que constituyen las creen- " cias fundamentales de la sociedad." (1).

Las faltas no pueden ser legisladas de la misma manera en los distintos puntos de la República, porque son muy diferentes sus necesidades y sus grados de adelanto. No pueden dictarse las mismas reglas sobre viabilidad, para una ciudad cruzada por tranvías eléctricos, que para una aldea, donde sólo se conoce la carreta y el caballo.

Para evitar dificultades, el Código debía deslindar lo que correspondiera a las provincias y las penas que podría imponer, pudiendo éstas, a la vez, delegar ese poder en las municipalidades (2).

*

* *

92. El proyecto de Código Penal, base de la reforma y los fundamentos dados respecto a la legislación de faltas.—Cuando presenté a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906, como base de encuesta, suprimí del artículo 1.° las palabras: "y faltas cometidas", extendiendo la vigencia del Código nada más que a los delitos. El libro 3.°, por lo tanto, que trataba de aquellas infracciones, fué suprimido (3).

En los fundamentos, y después de transcribir la parte de la exposición de motivos del proyecto de 1906, en lo referente a faltas, decía (4):

" Como puede notarse por estas palabras, la comisión de 1906 " se hizo cargo de la dificultad que presentaría para la sanción " del proyecto la inclusión de un libro sobre faltas, y para que " eso no hiciera fracasar el conjunto de aquél, se redactó el libro " referido con independencia completa del Código."

Eso solo probaría que los autores de aquel proyecto no estaban completamente persuadidos de la bondad del sistema que propiciaban.

(1) Discurso del diputado Sánchez. Diario de Sesiones de 1900. Tomo I, pág. 314.
(2) Rodolfo Moreno (hijo).—La Ley Penal Argentina. 2ª edición, páginas 76 y 77.
(3) Proyecto de Código Penal para la República Argentina, presentado por el diputado Rodolfo Moreno (hijo). Páginas 3 y 6.
(4) Proyecto Moreno antes citado. Páginas 15 y siguientes.

*

* *

93. Los fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó la doctrina y dijo en la exposición de motivos:

" Hemos creído oportuno suprimir el libro sobre faltas, de " acuerdo con las ideas sostenidas por el diputado que presentó " el proyecto. Diferentes razones han pesado para eso en el ání- " mo de los miembros de esta comisión.

" Desde luego, cuando no hay motivos fundados para variar " una costumbre, esta puede invocarse con fuerza análoga a la " de un artículo de ley. Y ese sería el caso con respecto a la le- " gislación sobre faltas. Nunca, desde la organización nacional, " el Congreso ha legislado sobre esa materia con carácter general. " Ella se ha dejado a los gobiernos de provincia, y en todas éstas " se han dictado leyes diversas acerca de tales infracciones. El " Congreso, tácitamente ha aceptado esa doctrina, porque ha dic- " tado leyes creando y castigando faltas, pero como legislatura " local para la capital de la República y para los Territorios Na- " cionales.

" El proyecto de 1891 incluyó también en su articulado un " libro de faltas, y en un capítulo especial de la exposición de " motivos estudió las razones para la inclusión de aquéllas en el " Código Penal. El proyecto de 1906, que insistió en la misma te- " sis, quince años más tarde, no trajo sobre el asunto nada más " que las palabras antes transcriptas, pareciendo haber disminuí- " do, si se tiene en cuenta sus términos, la mayor seguridad con " que se mantiene ese propósito en el primero de los referidos pro- " yectos.

" Conviene, ya que es esta una cuestión debatida y que se " ha planteado como punto principal en los debates hechos alre- " dedor de este código, examinar brevemente nuestros antecedentes " tes doctrinarios.

" El proyecto del doctor Carlos Tejedor, de acuerdo con la " modalidad preceptiva y a veces didáctica de los códigos anti- " guos, dividía en el artículo 1.° las infracciones de la ley penal " en dos clases: unas más graves, que se llaman crímenes, y otras " menos graves, que se dividen, a su vez, en delitos y contraven- " ciones. En la nota puesta al pie del artículo se observa que esa

" división sirve en el derecho francés para determinar la com-
" petencia de los tribunales y clasificar los hechos ilícitos por su
" valor intrínseco, agregando que como nosotros no tenemos el
" jurado, aquí sólo puede servir para lo segundo.

" En el artículo 2.° define los crímenes, los delitos y las con-
" travenciones, entendiendo que tienen este último nombre las
" faltas a las que la ley señala penas de policía. Pero de ellas no
" se ocupa el proyecto, porque en el artículo 4.°, inciso 1.°, se es-
" tablece que las disposiciones del mismo no corresponden a las
" contravenciones de policía. La nota tomada de la introducción
" al Código Penal de Baviera, explica en los términos siguientes
" la diferencia entre delitos y faltas, y las razones por las cuales
" el proyecto de código no se ocupa de las segundas. Dice así:
" Si es cierto que la justicia y la policía deben unirse para afir-
" mar la seguridad común del Estado y para prestarse mutuos
" y continuos socorros, no es menos cierto que, bajo el punto de
" vista de su objeto particular, son dos instituciones profunda-
" mente diferentes.

" Hay actos ilícitos que perturban directamente el orden ex-
" terior del Estado, que encierran un ataque a los derechos del
" Estado o de los particulares, o que, según el carácter extrín-
" seco y la intención del agente, tienden a la realización de ata-
" ques de esta naturaleza o a la violación de derechos análogos. Pe-
" ro hay también actos que si encierran directamente la violación
" de un derecho, no son, sin embargo, indiferentes al legislador a
" causa de sus consecuencias desagradables para el orden público
" o de su influencia directa sobre la seguridad, la moralidad y
" el bienestar del Estado; por lo que deben ser sancionados o
" prohibidos con una pena. Los actos de la primera especie son
" ilícitos por motivo de justicia absoluta; lo son en todo tiempo
" y en todos los lugares: su prohibición está escrita en caracte-
" res indelebles en el corazón de todo hombre racional. Los ac-
" tos de la segunda son muchas veces considerados en sí mismos
" indiferentes para el derecho, que sólo los prohibe por motivos
" de utilidad relativa, y dependen de los tiempos, de las circuns-
" tancias, del carácter y costumbre de las naciones como de las
" instituciones particulares, y otras circunstancias accidentales.

" Los actos ilícitos de la primera clase, por lo mismo que
" ofenden directamente un derecho, forman el objeto del Poder
" Judicial, mientras que las acciones u omisiones de la segunda

" pertenecen al dominio de la policía. Esa diferencia sacada de
" la substancia misma de los actos en cuestión, debe manifestarse en
" la naturaleza de las penas, en sus consecuencias legales, en el pro-
" cedimiento, etc., por "desemejanzas tan considerables, que to-
" da legislación que no quiera mezclar cosas distintas entre sí,
" y que tema confundir el sentido moral del pueblo, debe separar
" también las dos clases por códigos especiales y distintos."

" Sin compartir las ideas sobre inmoralidad del delito y so-
" bre la universalidad del criterio de apreciación a que se hace
" referencia, pues ellas han sido desestimadas por los pensadores
" modernos, hemos transcripto la nota, como un antecedente ilus-
" trativo acerca de la materia examinada.

" En el proyecto presentado por los doctores Sixto Villegas,
" Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, designados para exa-
" minar el código del doctor Tejedor, por disposición de la ley de
" 16 de octubre de 1868, se suprime, como lo dice el informe de
" la comisión mencionada, la división, teniendo en cuenta espe-
" cialmente la opinión vertida por Rossi en su tratado de dere-
" cho penal, por considerar que ella no contribuiría a la clasifica-
" ción metódica y a la claridad en la exposición de las materias,
" ocasionando, por el contrario, confusiones e incertidumbres.

" Con respecto a las faltas, se dice en términos concretos,
" que el Código no se ocupa de los actos administrativos de los
" gobiernos de provincia que representan su autonomía, y las
" ordenanzas municipales, porque, como los edictos de policía, la
" facultad de prescribir el cumplimiento o abstención de deter-
" minados actos importa el derecho de imponer la represión, que
" asegura el cumplimiento del mandato.

" Como consecuencia de esas opiniones, el proyecto declara
" en el artículo 2.° que no comprende las contravenciones a las
" disposiciones de policía, municipales o de gobiernos locales.

" El Código Penal modificó las definiciones de los dos pro-
" yectos a que nos hemos referido, pues se limitó a decir en el
" artículo 1.° que era delito o falta toda acción u omisión pe-
" nada por la ley. Sin embargo, aun cuando empleaba el término
" falta como equivalente al de delito, en ninguna parte del ar-
" ticulado se ocupó de faltas, reprimiendo solamente los delitos.

" El proyecto de 1891 fué el primero en quebrar esas tradi-
" ciones, pretendiendo que se legislara sobre faltas, y el de 1906
" lo siguió en esos propósitos, como lo hemos recordado antes.

" Por lo demás, debe tenerse presente que la definición del " artículo 1.°, del código en vigor, fué suprimida por la ley de " reformas, que eliminó ese precepto.

" En la exposición de motivos del proyecto de 1891, se re- " conoce que ciertos hechos punibles presentan particularidades " que los separan, si no los distinguen, de los delitos, y que esos " hechos se encuentran previstos bajo la denominación genérica " de faltas. Y después de referirse a antecedentes, se sostiene que " es conveniente incluirlas en el Código Penal, sin desconocer a " las provincias el derecho a usar como sanción de sus disposicio- " nes, leyes o reglamentos, la penalidad necesaria para hacer " coercitiva su observancia.

" El proyecto entendía, por consiguiente, que las faltas de- " bían ser objeto de dos legislaciones: la nacional, contenida en " el Código, y la provincial, emanada de las respectivas legisla- " turas. Sin embargo, no dejaba a las provincias una gran am- " plitud, porque el artículo 6.°, solamente las autorizaba para cas- " tigar con multa hasta mil pesos e inhabilitación para el ejerci- " cio de cargos locales o profesiones dentro de la jurisdicción. Se " privaba, asimismo, del derecho de restringir la libertad, con " excepción del caso en que no se pagara la multa.

" El proyecto de 1906, que como ya se ha notado, es menos " resuelto en esta materia que el de 1891, pues no contenía la li- " mitación, pareciendo de acuerdo con el mismo que la autoridad " nacional y la provincial pueden legislar sobre faltas sin tener " restricción de ninguna clase.

" Nadie desconoce que las provincias necesitan como condi- " ción del cumplimiento de las leyes que dictan en ejercicio de " derechos, imponer sanciones, es decir, erigir la infracción en " falta. Si tal infracción, consistente en hacer lo que se prohibe " o en no hacer lo que se ordena, careciera de una sanción, no " fuere una falta, las leyes provinciales tendrían el alcance de " consejos que los habitantes de dichos Estados aceptarían o no. " Todos estamos de acuerdo en ese enunciado, pero se dice que " habiendo faltas de carácter general y otras de carácter local, " el Código puede ocuparse de las primeras y las provincias de " las segundas.

" La separación en la práctica es muy difícil. La legislación " local depende de los intereses y necesidades locales, de los ca- " racteres especiales del comercio y de la producción en cada

" núcleo, del grado de cultura de la población y de la distribu- " ción de la misma; de factores, en fin, que son particularísimos " a cada región del país. Las faltas son las infracciones a esa " legislación, que es variable y que no hay objeto ni ventaja en " unificar.

" Además, desde el momento que no se discute el derecho de " las provincias para legislar sobre la materia, nos expondríamos " a tener dos clases de faltas, las nacionales y las provinciales; " y las dos podrían ser contradictorias, lo que es, por cierto, in- " conveniente.

" El libro del proyecto de 1906, sobre faltas, contiene un con- " junto de enunciados, los que se dejan muchas veces sin sanción " porque se refieren, a pesar de fijar pena, a los reglamentos lo- " cales, que serían en definitiva los llamados a establecer si de- " berían o no aplicarse, o en qué forma las represiones consagra- " das en una ley nacional.

" Hemos preferido, por eso, de acuerdo con nuestra costum- " bre en esta materia, la que no hay objeto en contrariar, no " legislar sobre faltas.

" Entendemos, sin embargo, que no debe mantenerse la ac- " tual situación. La práctica hace que las provincias, en virtud " del ejercicio de los derechos no delegados, teniendo en cuenta " que el Código Penal se ocupa sólo de delitos, legislen sobre " faltas con toda amplitud. Eso puede dar lugar a que los Estados " particulares repriman las faltas con penas que, en ciertos casos, " podrían ser superiores a las fijadas para los delitos. Conviene, " en consecuencia, limitar a las provincias el derecho de imponer " penas fijando un máximum. A esos efectos se introduce en el " proyecto el artículo 5.°."

Hasta aquí los fundamentos contenidos en la exposición de motivos.

* * *

94. La sanción de diputados y la opinión de la Comisión de Códigos del Senado.—La Cámara de Diputados sancionó el proyecto, sin que se hubiese hecho observación alguna al punto de vista de la comisión especial y en el Senado, ni el senador Rojas, autor del primer estudio, ni la Comisión de Códigos, tocaron el

asunto, al que no se refirieron tampoco en los fundamentos. Sólo se introdujo, por iniciativa de la segunda comisión, la modificación que veremos después, relacionada con el límite fijado a las provincias para imponer castigos como consecuencia de su facultad para prever faltas y fijar penalidades.

* *

* *

95. Delitos y contravenciones. El criterio cualitativo y cuantitativo para la clasificación de los hechos.—Las opiniones de los distintos autores acerca de crímenes, delitos, faltas, contravenciones, transgresiones y violaciones de reglamentos policiales o económicos, han demostrado, no solamente la inexistencia de uniformidad científica, sino la imposibilidad de establecer conceptos diferenciales netos, entre acciones que poseen análoga naturaleza y atacan en definitiva derechos fijados en las leyes para garantías de la sociedad.

El delito, como la contravención, requieren para existir un sujeto, y la violación por parte de ésta de una norma social traducida en una ley. El sujeto puede incurrir en aquella violación por acción o por omisión, esto es, haciendo lo que está prohibido y castigado, o no haciendo lo que tiene obligación de realizar bajo apercibimiento de una pena. Es infractor el que se apodere de la cosa de otro contra la voluntad del dueño, y lo es el que no se presenta a prestar servicio militar; en el primer caso porque hizo una cosa, en el segundo porque omitió hacerla.

El delito y la contravención existen independientemente del motivo de la acción. Es cierto que, en general, para la apreciación del delito se tiene en cuenta el factor intencional y no el hecho solo; pero si bien eso es lo corriente, existen delitos cometidos sin intención que son castigados y contravenciones realizadas intencionalmente que se incriminan lo mismo que las otras. Los rasgos son comunes y las diferencias no concurren cuando se examina este aspecto.

La cantidad de perjuicio tampoco puede ser un criterio diferencial, si nos atenemos a los hechos que deben servirnos de base. Así, en el delito de disparo de arma, no existe perjuicio si no se causó lesión, mientras que en el hecho de dejar sin las señales del caso, una obra en los pavimentos de una ciudad, por

ejemplo, dando lugar a que ocurra un accidente en que se lesionen una o varias personas, el perjuicio ocasionado es grande. En el primer supuesto, sin embargo, hay delito, y en el segundo solamente contravención.

Los delitos podrían distinguirse de las contravenciones por la cantidad de la pena, o sea por la importancia de la infracción, ya que una y otra cosa deben ser correlativas, pero la posibilidad de separaciones absolutas, dentro de un sistema moderno, no puede concurrir. Para que eso fuere susceptible de realización, sería preciso que los delitos y las faltas, sobre todo las que se refiriesen a infracciones que no tuviesen grandes diferencias, estuvieran incriminadas con penas fijas. De lo contrario, se podrían presentar casos en que la contravención tuviese más pena que el delito, o éste menos que aquélla.

Es necesario, entonces, convenir en que las clasificaciones pueden tener un objeto práctico y jurisdiccional, pero no un fundamento científico.

Groizard, comentando el artículo 1.° del código español, que define los delitos o faltas como las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley, se ocupa del asunto.

Dice que si toda acción u omisión voluntaria penada por la ley, es delito o es falta, la primera y más natural consecuencia de la definición es que la naturaleza de ambos es una misma, y, por tanto, lo que en términos generales de aquél se diga o pueda decirse, debe tenerse por dicho o puede propiamente decirse de esta otra también, mientras no haya en la ley cosa en contrario; siempre entonces que se afirme o niegue algo acerca de la palabra delito, se tendrá por afirmado o negado respecto de la falta (1).

Delito y falta son infracciones, vale decir, violaciones de un principio. El sujeto que realiza el ataque salvando la valla de la ley, infringe reglas de una clase determinada y en una cierta intensidad. Su acción tiene una calidad y una cantidad.

Para que se castigue, es preciso que su calidad sea antijurídica y que su cantidad sea suficiente para que se considere perjudicial o reveladora de peligro. Sólo los actos o las omisiones de determinada clase se incriminan, cuando tienen cierto *cuantum*. Las líneas de separación son relativas, no siendo posible fijar una división absoluta por la variabilidad de los matices.

(1) El Código Penal de 1870. Tomo I, página 11.

En principio, engañar a otro, causándole un perjuicio que se refleja en un beneficio para el autor, importa una infracción digna de castigo. Sin embargo, en los hechos, observamos cosas distintas, debido a los matices a que antes me refería.

Así, un individuo simulando ser cobrador de una casa de comercio, entrevista a un deudor de la misma y obtiene el pago de la cuenta. El sujeto en cuestión, con un título falso, ha engañado a otro, lo ha perjudicado y se ha beneficiado. Ha cometido un delito de estafa y ha caído bajo el influjo de preceptos represivos, que le imponen una condena de carácter criminal.

Otro individuo, deseoso de vender una propiedad, sostiene que aquélla posee condiciones determinadas que no tiene. El contrato se realiza merced a esas condiciones supuestas, perjudicando al comprador y beneficiando al vendedor. El primero, en un caso de esa naturaleza, puede requerir la nulidad de la operación ante los tribunales civiles, pero no correspondería una pena para el enajenante.

Y por fin, otra persona, anuncia en los diarios un específico maravilloso que cura determinadas enfermedades. El vendedor o fabricante sabe que su producto no tiene los méritos que le atribuye, sabe que no conseguirán quienes lo compren el objeto perseguido, y, sin embargo, lo propaga, ofrece y vende, obteniendo beneficios a costa del perjuicio de los adquirentes. En este caso, el vendedor no podría ser condenado por la justicia del crimen, ni accionado ante la justicia civil por resolución de un contrato de compraventa de un objeto consumido.

En los tres casos existe dolo; en los tres perjuicio; en los tres engaño y maniobra desleal, y, sin embargo, las consecuencias son distintas, pues oscilan entre la justicia del crimen, la civil y la impunidad.

Por eso decía antes que es preciso tener en cuenta, no sólo la calidad de las acciones u omisiones, sino la cantidad, el criterio cualitativo y el cuantitativo.

Lo dicho sirve para mostrarnos los escollos de una clasificación y los inconvenientes de las teorías, pero lo que interesa saber en concreto es si entre nosotros conviene legislar sobre faltas dentro del Código Penal o no; en una palabra: si el criterio de los proyectos de 1891 y 1906, es superior o no al de los proyectos de 1916 y 1917.

*

* *

96. Autoridades a quienes corresponde legislar sobre delitos y faltas.—En la exposición de antecedentes se han acumulado datos y argumentos que permitirían acortar esta parte de la exposición.

Debemos reconocer, desde luego, la existencia de hechos y omisiones que dentro de una civilización, de un estado social y de una época, se consideran como atentatorios y que son en todas partes incriminados de manera análoga. Esas infracciones son los delitos. Al lado de las mismas existen otras que no se castigan principalmente por su carácter moral o material, sino simplemente como un medio de hacer respetar ciertas normas de detalle, necesarias para la convivencia, o de impedir que las leyes ordenatorias de diferentes condiciones de vida, sean violadas y queden reducidas a consejos sin eficacia jurídica.

Bajo este punto de vista, la legislación sobre delitos corresponde a la autoridad central, que ejercita su tutela sobre todo el país, y la relativa a infracciones a las autoridades locales que tienen la facultad de legislar y, por consiguiente, de defender sus estatutos, sean ellos leyes u ordenanzas.

*

* *

97. Las faltas y el sistema federal.—Las faltas no pueden ser legisladas de la misma manera en los distintos puntos de la República, porque son muy diferentes sus necesidades y sus grados de adelanto. No pueden dictarse las mismas reglas sobre viabilidad, para una ciudad cruzada por tranvías eléctricos, que para una aldea, donde sólo se conoce la carreta y el caballo.

Esa clase de infracciones tiene relación directa con el lugar en el cual se realizan, pues no dependen de un ataque a la moralidad general del país, al sentimiento reinante, sino que constituyen contravenciones contra ciertas reglas de orden, de reglamento, necesarias para la coexistencia cómoda de todas las agrupaciones.

Ese mismo concepto se desprende de la lectura de los artículos 347 y 352 del proyecto de 1891, y de lo manifestado en la exposición de motivos (página 223 del mencionado proyecto). Idénticas observaciones pueden hacerse apoyadas en el último proyecto y en los párrafos del informe relativos a este punto.

En las enumeraciones contenidas en los recordados artículos, se nota que muchas de las indicaciones que contienen son aplicables a las ciudades populosas, y que los mismos hechos consignados como faltas lo serían realmente en tales agrupaciones, pero no fuera de ellas.

Además, todos esos artículos son enumerativos y contienen la enunciación limitada de una serie de contravenciones. Si se estableciera el principio exclusivo de la legislación nacional de faltas, ésta quedaría incompleta y las necesidades locales sufrirían. Si se acordase la facultad concordante, tendríamos un código nacional de faltas, incorporado al penal y otro provincial en cada Estado, posiblemente contradictorio con el nacional.

La inmovilidad de las pequeñas transgresiones, equiparándolas al delito está muy lejos de ser conveniente, porque a medida que el progreso imprime nuevos rumbos a la sociedad, toda esa materia se modifica, surge en cada punto la necesidad de reglamentar detalles nuevos y consignar penalidades para la infracción de los mismos, siendo tal cosa tanto más necesaria entre nosotros, que avanzamos tan rápidamente en materia de adaptación y progresos materiales.

La tradición debe igualmente tenerse en cuenta. Entre nosotros las provincias han legislado siempre sobre faltas; tienen actualmente una legislación acerca de la materia, y dictar preceptos nuevos de orden nacional importaría contrariar todo el sistema.

*

* *

98. Opiniones que sostienen la incorporación de la legislación de faltas al Código Penal.—Los defensores de la inclusión de la legislación de faltas en el cuerpo del código federal, sostienen el pensamiento de los proyectos de 1891 y 1906.

Rodolfo Rivarola (1) decía que debían ser bases fundamentales del proyecto, y entre otras "la ordenación de un Código "Penal único para todo el país, como lo requiere la dispo- "sición constitucional. Comprenderá en consecuencia la repre- "sión de los delitos y faltas, así de la jurisdicción ordinaria "como de la federal. Si pueden aducirse razones para la subsis- "tencia de las dos jurisdicciones, no pueden alegarse para man- "tener los dos códigos penales que tiene el país, el que lleva el "nombre y la ley federal, que contemplan con distinto criterio "los delitos del mismo género y les imponen penas diversas en "especie y duración."

(1) Bases y anteproyecto de un Código Penal argentino. Parte general, 1905, pág. 8.

En otra obra, el mismo doctor Rivarola (1) se refiere especialmente a los delitos contra el sufragio, y dice que la pena contra ese atentado debe fijarse en el código de la Nación y no dejarse librada a las leyes de las provincias. Después se ocupa de los antecedentes, tocando algunos de los que he anotado, y dice en concreto:

"¿Debe un Código Penal contener todos los grados de la "penalidad de las infracciones, cualquiera que sea su importan- "cia? Puede haber motivos para que los grados inferiores, no "correspondan al Código Penal. Cuanto menos importante es una "infracción a las reglas del orden social, más varía su apreciación de un lugar a otro. El hecho interesa menos a la humanidad y más a la costumbre local. El homicidio, el robo, la violación, las lesiones corporales, son indiscutiblemente reprimidas "en todos los países civilizados, y esa represión es indispensable "para la conservación de la sociedad. No puede decirse otro "tanto del hecho de interpretar los sueños, o hacer pronósticos "o adivinaciones, o faltar a las reglas establecidas para el alumbrado público, hechos que han preocupado al legislador español, que los ha colocado bajo la sanción del Código Penal. Otras "veces la penalidad se refiere a instituciones o materias especiales, como las referentes a la salud o higiene públicas; al ejercicio de la medicina, cirugía o farmacia; a los pasaportes; a "los reglamentos de ferrocarriles, etc.; y debe variar según las "exigencias de aquellas instituciones o materias. Puede, pues, un "Código Penal, sin dejar de ser tal, no contener la penalidad de "los grados inferiores de la infracción o de las infracciones a "estatutos especiales. Hay muchos códigos que lo hacen así.

(1) Derecho Penal Argentino. Páginas 151, 152 y siguientes.

" El Congreso ha podido entender que había verdadera con-
" veniencia en dejar a la legislación local lo que interesaba a la
" costumbre o a la necesidad local, y en dejar a la ley especial
" lo que conviniera para sanción de sus disposiciones. Ha podido
" limitar la acción del Código Penal a los delitos o faltas penadas
" en el interés general de la República y abandonar los grados
" inferiores de la penalidad a la legislación provincial.

" Pero ni ha dicho esto expresamente ni ha marcado el límite
" de los medios represivos de las provincias. Este límite no lo
" pueden determinar por sí mismas las provincias, porque la fa-
" cultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso.

" Sin embargo, considerando que las provincias, para los fi-
" nes de sus propias instituciones; que las municipalidades para
" sanción de sus reglamentos; que las leyes especiales para el
" cumplimiento de sus mandatos, necesitan disponer de medios
" coercitivos, podrá considerarse a las provincias y municipali-
" dades habilitadas para usar de los medios ínfimos de penalidad
" no usados por el Código, que serían el arresto menor de un mes
" y la multa equivalente.

" Esta penalidad aparecerá insuficiente en algún caso; pero
" esto demostrará al Congreso la necesidad de hacer alguna de-
" claración respecto del máximum de los medios coercitivos de
" que las provincias harían uso.

" No es indispensable que la penalidad de que puedan hacer
" uso las provincias sea menor que la ínfima pena que imponga
" el Código Penal. Puede haber faltas o contravenciones que
" merezcan mayor pena que algunos delitos leves. Pero si el
" máximum de la represión de las faltas no fuera fijado, o no se
" dedujera de la ley penal nacional, los provincias podrían cas-
" tigar simples faltas con las penas más atroces, y llegaríamos a
" tener en el país multitud de códigos penales, contra el mandato
" terminante de la Constitución.

" En las consideraciones que preceden, me he referido a la
" vez a lo que está resuelto y a lo que debe resolverse, o sea al
" derecho constituído y al derecho constituyente.

" Con ellas creo poder contestar las tres primeras cuestiones
" indicadas:

" 1.° El Código no comprende las contravenciones de poli-
" cía, cuyas penas son inferiores a su mínimum penal.

" 2.° Esas contravenciones pueden ser legisladas por las pro-
" vincias, mientras esté vigente el código actual.

" 3.° El Código no comprende las faltas distintas de la con-
" travenciones de policía, pero la pena que se les imponga no
" podrá ser mayor que el mínimum penal del Código."

* * *

99. Refutación relativa a las leyes electorales.—El caso de las leyes electorales, traído en primer lugar, no encierra un ejemplo oportuno.

Los delitos susceptibles de cometerse con motivo de una elección, pueden ser comunes y especiales. Los primeros son los que atacan las reglas generales de la ley represiva, son las infracciones que tienen su nombre en el Código Penal, y que se cometen con el propósito determinado de alterar los resultados de un comicio. El que mata o roba para evitar determinados efectos comete un delito común. Asimismo, el que altera la verdad en los instrumentos públicos de la elección, incurre en el delito común de falsedad, independientemente de lo que pueda disponer la ley local de elecciones.

El sufragio se encuentra garantizado en general y contra los delitos comunes que puedan cometerse para alterarlo, en la forma en que están tuteladas todas las instituciones y todas las personas.

En cambio, las faltas derivadas de la ley electoral, dependerán, exclusivamente, de las características que tengan los respectivos sistemas locales, y como las provincias los establecen en la forma que lo estimen conveniente dentro de sus jurisdicciones respectivas, son aquéllas las que deben determinar el alcance de las infracciones. Así, en un Estado que adopte el voto secreto, violarlo puede ser una falta; en otro que mantenga el voto público, es lícito lo que en el primero es infracción. Las provincias que se pronuncien por el voto obligatorio, castigarían a los infractores, o sea a los ausentes del comicio. Las provincias, en las cuales el voto fuera voluntario, no establecerían penas para los que no votasen.

¿Cómo, entonces, puede ser oportuno lo que se propone? Si todos los ejemplos fueran lo mismo, el fracaso de la tesis sería visible.

*

* *

100. Otras opiniones. Criterio respecto a las faltas de mendicidad y embriaguez.—El doctor Ramos (1) se declara partidario también de la inclusión de la legislación de faltas dentro del Código Penal.

Reconoce las distintas necesidades y los diferentes grados de adelanto de las diversas regiones del país, pero expresa que hay faltas de carácter general, como ser, por ejemplo, la embriaguez y la mendicidad. Y agrega que después de haberse aprobado el proyecto de Código Penal que excluía las faltas, presenté yo mismo, defensor del sistema, un proyecto sobre represión de la vagancia y mendicidad, en el que no decía si debía regir para toda la República o solamente para la Capital y Territorios Nacionales.

Es sensible que no se haya tenido la precaución de leer los fundamentos del proyecto al mismo tiempo que su texto, pues si se hubiera hecho, no se habría, seguramente, incurrido en la aseveración, ni planteado duda alguna.

En el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación (2), puede comprobarse lo que expresé en oportunidad. Dije entre otras cosas:

"El Código Penal, como no legisla sobre faltas, no ha podido ni debido ocuparse de reprimir la vagancia. En el proyecto de 1891, que las comprendía, se castigaba en el título destinado a reprimir las faltas contra el orden público, al que mendigare y al que permitiere que un menor de catorce años sujeto a su potestad, guarda o vigilancia, mendigare o se sirviera de él a esos efectos. El artículo decía textualmente: "Sufrirá penitenciaría por cuatro a ciento veinte días: 5.° El que mendigare en público; 6.° El que permitiere que una persona menor de catorce años, sujeta a su potestad, guarda o vigilancia, se dedicare a mendigar, o que otro se sirva de ella para mendigar."

No se hablaba, como puede notarse, de vagancia, aun cuando la mendicidad se encuentra casi siempre confundida con aquélla. Me refería en seguida a los fundamentos, al proyecto de 1906 y

(1) Concordancias del proyecto de Código Penal de 1917. Introducción, pág. XXIX.
(4) Año 1917. Tomo V, páginas 9 y siguientes.

a sus diferencias con el de 1891, y pasaba después a examinar la legislación extranjera, deteniéndome en las características de las leyes españolas, francesas, alemanas, inglesas, holandesas, italianas, portuguesas, rusas, brasileñas, chilenas y uruguayas. Me ocupaba después de criterios doctrinarios, para pasar a detalles relacionados con la aplicación de la ley. Dichas referencias se concretaban a la Capital Federal y a los jueces correccionales de la misma. Desde el momento que se había sacado del Código Penal la legislación de faltas, y que se presentaba un proyecto destinado a reprimir ciertas faltas, por el propio autor de la tesis, según la cual el Código sólo debía ocuparse de delitos, era evidente que ese proyecto solamente tendría alcances locales, destinándose a regir en la Capital Federal y Territorios Nacionales.

La represión de la mendicidad, de la vagancia y de la ebriedad, dependen, no sólo de las necesidades, de los hechos, y de las características de las provincias, sino de la organización de las mismas y de sus recursos. Así, para prevenir, reprimir y corregir a esos infractores, se necesitan establecimientos especiales, régimen especial y probablemente pronto en la capital de la República, tribunales especiales.

La ley con alcance local puede ser completa en la materia, porque puede tener en cuenta todos los factores. La ley nacional, para todo el país, no, desde que no está en condiciones de fijar obligaciones a las provincias y se expone a contener preceptos teóricos que no se aplicarán ni resolverán dificultades.

*

* *

101. Proyecto de Código de Policía.—Puede anotarse, por fin, en esta materia, otro antecedente nacional de cierta importancia. El 11 de febrero de 1911, el general don Luis J. Dellepiane, jefe de policía de la Capital, instituyó una comisión compuesta de los señores doctor Gabriel Goñi, Manuel A. Díaz y Pedro R. Casco para que redactasen un Código de Policía. Esta comisión se expidió en agosto del mismo año 1911, presentando un proyecto de más de mil artículos, en el que se legislaba sobre todos los detalles de la organización policial.

El libro 3.° de ese trabajo se dedica a las contravenciones, empezando con el artículo 532 y terminando con el 756.

Las reglas generales consignadas en los artículos 532 y siguientes, dicen así:

" Se consideran contravenciones, en general, las transgresio-
" nes por actos u omisiones, que sin tener la calificación legal de
" delitos, atacan las reglas del orden social, ocasionando un peligro
" potencial indeterminado para la seguridad individual, la morali-
" dad, el bienestar colectivo o la tranquilidad pública.

" Sólo darán lugar al procedimiento coercitivo establecido en
" el presente código, aquellas contravenciones expresamente enun-
" ciadas en el mismo y en los edictos policiales, como también las
" demás, previstas y penadas en disposiciones emanadas de los
" poderes nacionales o municipales, con autoridad legal para ello.

" La consumación de la contravención lleva implícita la pre-
" sunción intencional del agente, pero no excluye la prueba con-
" traria.

" La ignorancia de la ley, no excusará al agente de la res-
" ponsabilidad que le incumbe como contraventor.

" La tentativa, por sí sola, no está sujeta a pena en materia
" de contravenciones.

" Si la contravención cometida no constituyera, en sí, sino el
" principio de ejecución de otra que estuviere castigada con ma-
" yor pena, se impondrá la que corresponde al hecho consumado,
" agravada por el mayor daño intentado, pero sólo hasta el límite
" mínimo que hubiere correspondido al hecho, intentado en caso
" de haberse consumado.

" En materia de contravenciones, no sólo se consideran auto-
" res a los que directa o personalmente cometieran actos o incu-
" rrieran en omisiones incriminadas por la ley, sino a todos aque-
" llos copartícipes mediatos, que en cualquier forma indujeren o
" determinaren a otros a la ejecución o abstención por medio de
" órdenes, comisiones, dádivas, recompensas o prestándoles auxilio
" para asegurar sus propósitos; induciéndoles en error o confir-
" mándoles en el que se hallaban."

En la parte general se ocupa el proyecto de eximentes, agravantes, atenuantes y reincidencia. Las contravenciones de que se ocupan los distintos títulos y capítulos del libro, son las de desobediencia legal; ultraje a la autoridad; desorden y escándalo; referentes a la moneda; ofensa al pudor; ebriedad; juegos prohibidos; vagancia; mendicidad; maltrato a los animales; portación y uso de armas; seguridad real y seguridad industrial.

Las contravenciones las deben juzgar, según ese proyecto, los comisarios, con apelación ante un tribunal de policía.

En la nota en que la comisión redactora elevó su proyecto al jefe de policía, manifestaba respecto a este asunto y después de referirse a los antecedentes nacionales, que (1):

" El libro III está consagrado a la difícil materia de las
" contravenciones", cuya legislación viene a llenar un vacío, com-
" plementando nuestro fragmentario Código Penal.

" Según hemos visto anteriormente, en este último se ha in-
" currido en la misma inadvertencia contenida en el proyecto del
" doctor Tejedor, calcado a su vez en el de Baviera, que admi-
" tiendo la clasificación en crímenes, delitos y contravenciones
" reservaba para estas últimas las penas de policía, formando con
" ellas la tercera y última parte de la legislación criminal.

" El reglamento de policía de 1863, dictado en virtud de la
" ley de supresión de los cabildos, estatuyó que el jefe de policía
" era el juez de las contravenciones, y que la calificación y pe-
" nalidad de las mismas quedaban a su arbitrio.

" Sancionado el Código de Procedimientos en lo Criminal.
" dicho principio fué confirmado, ampliándose la jurisdicción po-
" licial hasta la aplicación de treinta días de arresto o cien pesos
" de multa (artículo 27), y reglándose el procedimiento en los
" casos de apelación (artículos 585 a 590).

" En esta forma quedó legalizada, diremos así, la potestad
" policial que fué ejercitándose por medio de edictos promulgados
" a medida que era necesario fijar el criterio represivo de cada
" contravención.

" Se formó, así, un cuerpo heterogéneo de disposiciones, de
" acuerdo con las cuales el personal de policía ha debido regular
" su acción hasta ahora.

" Comprendiéndose las dificultades que entrañaba esta si-
" tuación anormal, el proyecto de Código Penal, formulado por
" los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo en 1891, incluyó la
" legislación sobre faltas como parte integrante de dicho código.

" No obstante ello, las dificultades surgieron al relacionar la
" represión de estas últimas con las facultades del gobierno na-

(1) Proyecto de Código de Policía para la capital de la Nación. Página XX.

" cional y de las autoridades provinciales, dentro de nuestro ré-
" gimen federativo.

" Para resolver la cuestión, y partiendo de la base de la
" distinción entre las contravenciones de policía y las demás fal-
" tas, se estableció que las primeras quedaban comprendidas en
" el Código Penal, y las segundas correspondían a las autorida-
" des locales, mientras no excediera su penalidad del límite legal.

" La fórmula implicaba algunas dificultades de orden cons-
" titucional que se suscitaron nuevamente en el proyecto de 1906,
" puesto que podía creerse que se invadía el dominio de las au-
" tonomías provinciales, y, por otra parte, se hacía necesario que
" el Congreso deslindara previamente los poderes de sanción pe-
" nal correspondientes a las provincias, fijando el límite de la
" penalidad que estaban autorizados a imponer.

" Ninguno de los dos proyectos obtuvo la sanción legislativa,
" como tampoco el del código policial para la Capital Federal,
" presentado en 1894 por los doctores Weigel Muñoz, Durao y
" Salterain, que indudablemente, atendiendo a la época, constitu-
" ye un excelente trabajo que en algunos puntos ha servido de
" base al presente.

" Por último, en 1898 la jefatura de policía elevó a la Hono-
" rable Cámara de Diputados un proyecto de "Ley de Contra-
" venciones", que tuvo el mismo resultado de los anteriores, a
" pesar de los sólidos fundamentos que lo informan.

" Tales son los antecedentes de nuestra legislación patria en
" la materia que nos ocupa.

" La cuestión constitucional, planteada ante los señores miem-
" bros de las comisiones de 1891 y 1906, no ha tenido razón de
" ser en nuestro caso, puesto que se trata simplemente de pro-
" yectar un código para la capital de la Nación.

" Se ha pensado, sin embargo, en la posibilidad ulterior de
" que, sino todo el código, por lo menos el libro referente a
" contravenciones", se convierta en ley general para toda la Re-
" pública, quedando incorporada al Código Penal; pues entiende
" la comisión, que la legislación represiva de tales contravencio
" nes está virtualmente comprendida entre las facultades que el
" artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, acuerda al
" Honorable Congreso.

" La circunstancia de que dicha ley quede o no separada del

" Código Penal, carece, a nuestro juicio, de la importancia que
" se le ha pretendido atribuir.

" Es cierto que, a excepción de los códigos de Baviera y de
" Hungría, casi todos los demás de Europa contienen la legisla-
" ción en materia de delitos y contravenciones dentro de un solo
" código; pero este antecedente carece de exactitud lógica, desde
" que es distinta la autoridad llamada a entender en unas y otras,
" como también son diversos los criterios que sirven de norma
" para su calificación legal respectiva.

" Por lo demás: ¿la contravención constituye sólo una forma
" especial distinta del delito o, por el contrario, la diferencia es-
" triba exclusivamente en el criterio de la pena sancionada o
" impuesta?

" En el campo doctrinario, es esta una de las cuestiones más
" ampliamente debatidas, y ella afecta al fondo de la materia
" misma.

" Ante todo, cabe criticar esas tituladas "definiciones", que
" no son sino simples "referencias" empíricas, según las cuales
" la contravención es una infracción castigada con pena de poli-
" cía, como establece el código francés (arts. 1 al 767), o con arres-
" to (haft) o multa inferior a 50 thalers, según lo dispone el có-
" digo alemán (artículo 1.°, párrafo 3.°), o bajo una forma más
" vaga aún, considerándola como una infracción a las disposicio-
" nes de la propia ley que las califica. (Proyecto presentado por
" la jefatura en 1898).

" El criterio objetivo de la pena jamás puede constituir un
" elemento de diferenciación intrínseca, desde que la sanción no
" es sino una mera *consecuencia relativa.*

" La teoría de las contravenciones constituye hoy una im-
" portante rama del derecho penal que abarca todo un vasto pro-
" grama de estudio: desde el criterio respecto al origen mismo
" de las contravenciones hasta el fundamento y carácter de la pe-
" na, y desde su íntima naturaleza jurídica hasta las condiciones
" necesarias para la imputabilidad.

" Tal teoría, que tuvo por precursor a Blackstone y por ex-
" positor a Beccaria, ha sido objeto de largos debates, especial-
" mente en Italia, donde esa materia ha llegado a convertir en
" un torneo científico al mismo Parlamento.

" Los estrechos límites de esta nota-exposición, nos impiden

" tratar *in extenso* este interesante tema, por lo cual nos limitare-
" mos a consignar:

" Primero.—Que ha sido rechazada la idea de considerar las
" contravenciones como delitos de mera creación política, con nor-
" mas singulares distintas de los delitos propiamente dichos, en
" cuanto a la imputabilidad, el concurso de varias personas, la
" reincidencia, etc., etc.

" Segundo.—Que entre la contravención y el delito existe una
" triple diferencia: ontológica, objetiva y subjetiva, considerán-
" dose, sin embargo, ambas, como dos formas del delito en su
" acepción legal.

" Tercero.—Que las reglas del derecho penal son, *en general,*
" aplicables a las contravenciones, salvo ciertas excepciones de-
" rivadas de la naturaleza y modalidad de estas últimas.

" Estas dos últimas conclusiones bastarían, por sí solas, para
" justificar la necesidad de legislar las contravenciones separa-
" damente de los delitos.

" La comisión, siguiendo las ideas de Lucchini, ha creído en-
" contrar la fórmula diferencial entre el delito y la contra-
" vención:

" Primero.—Bajo el punto de vista ontológico, en que la ma-
" teria punible en la contravención es el peligro potencial *inde-*
" *terminado* de la lesión jurídica, mientras en el delito esta última
" se presenta *determinada.*

" Segundo.—Bajo el punto de vista objetivo, la diversidad
" consiste en la determinación del derecho que el acto del culpa-
" ble pone en peligro de lesión.

" Tercero.—Bajo el punto de vista subjetivo, en que el delito
" no es perfecto si no concurren en él o dolo o culpa del agente,
" mientras que la contravención subsiste aún, fuera del concurso
" de tal extremo.

El proyecto se refería sólo a la Capital Federal, no obstante lo que pudiera desprenderse de los fundamentos.

De todo lo expuesto se deduce que lo único a hacerse en esta materia, es que el Congreso dicte un código de faltas para los lugares sujetos a su jurisdicción inmediata, o sean la Capital Federal y los Territorios Nacionales.

* * *

102. El límite impositivo de las provincias. Antecedentes y controversias.—En diferentes oportunidades he sostenido (1) que, si bien las provincias deben legislar sobre faltas, sin que el Congreso de la Nación se ocupe de las mismas, salvo el caso de actuar como legislatura local para la Capital y Territorios, no conviene dejar en el asunto una libertad completa a los Estados federales.

Desde luego, si las provincias tienen la facultad de dictar leyes sobre faltas, el derecho de las mismas se concreta a señalar los hechos y las omisiones que se consideran como transgresiones y a fijar penas para las mismas. El derecho para legislar es amplio, de manera que los Estados federales, pueden erigir en falta cualquier hecho u omisión contrario a los preceptos de sus leyes locales, y en cuanto no choquen con el derecho federal.

Las penas que pueden imponer son las que estimen convenientes, de tal manera que, si no se establece una limitación cualquiera, las provincias podrían castigar las faltas con represiones, como las establecidas por el Código para los delitos.

Con el propósito de que no se llegara a extremos inconvenientes, en el proyecto de 1891 se consignó el artículo 6.°, el que dice:

" Las infracciones de las leyes y disposiciones locales de las
" provincias, municipios y Territorios Federales, que no tuvieren
" pena señalada en este código, serán reprimidas como faltas, con
" las penas que en ellas mismas se determine, siempre que no im-
" pongan multa mayor de mil pesos, ni establezcan otra inhabi-
" litación que la de ejercer cargos públicos, locales o profesiones,
" dentro de la jurisdicción territorial, ni restrinjan la libertad de
" locomoción, sino en caso de falta de pago de la multa."

En la exposición de motivos, y al tratarse de las faltas, como antes hemos visto, se fundó el precepto, dándose razones perfectamente sensatas.

El proyecto de 1906 no trajo un artículo análogo, pero la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, incluyó en el proyecto de 1917 un artículo, el 4.°, que decía así:

(1) La Ley Penal Argentina. 2ª edición, páginas 73 y siguientes.

" La represión de las faltas corresponde a las provincias, las " que podrán imponer penas de prisión hasta un año, inhabilitación " hasta tres años y multa hasta cuatro mil pesos moneda nacio- " nal."

En la exposición de motivos se dijo al respecto:

" Hemos preferido, por eso, de acuerdo con nuestra costum- " bre en esta materia, la que no hay objeto en contrariar, no " legislar sobre faltas.

" Entendemos, sin embargo, que no debe mantenerse la ac- " tual situación. La práctica hace que las provincias, en virtud " del ejercicio de los derechos no delegados, y teniendo en cuen- " ta que el Código Penal se ocupa sólo de delitos, legislen sobre " faltas con toda amplitud. Eso puede dar lugar a que los Esta- " dos particulares repriman las faltas con penas que en ciertos " casos podrían ser superiores a las fijadas para los delitos. Con- " viene, en consecuencia, limitar a las provincias el derecho a im- " poner penas, fijando un máximum. A esos efectos se introduce " en el proyecto el artículo 4.°."

La Comisión de Códigos del Senado no alteró el precepto ni se refirió al mismo en la exposición de motivos. Pero la segunda comisión de la Cámara de Senadores proyectó la supresión del artículo 4.°, conjuntamente con otra serie de modificaciones.

El Senado sancionó la supresión en la sesión del 27 de agosto de 1921, y la Cámara de Diputados no insistió, siendo esa una de las pocas reformas aceptadas.

La comisión de la Cámara de Diputados, que estudió la planilla de modificaciones del Senado, compuesta de los señores Parry, Pradére, del Valle, de Tomaso y Landaburu, dijo en su informe que se refería a las razones dadas en la Cámara de Senadores (1).

En la sesión del Senado del 27 de agosto, el senador Llanos, dijo:

" Yo he sido uno de los senadores que objetó el artículo 4.° " del proyecto, viendo en él un peligro al conceder semejantes fa- " cultades a las legislaturas de las provincias. Entiendo que el " Congreso debe legislar sobre las faltas de carácter general y,

(1) Ordenes del Día de la Cámara de Diputados. Año 1921, orden N.° 183, páginas 1813 y 1832.—Ordenes del Día del Senado. Año 1921, orden N.° 13, página 57.

" en esto, está de acuerdo el proyecto de Código Penal italiano, " que ha sido recordado tantas veces en esta cámara.

" En la página 3, en el informe con el que acompaña al pro- " yecto, su miembro informante, el periodista Jevrí, dice que, aho- " ra, la comisión presenta el proyecto de Código Penal, reservándose, para otra oportunidad, la legislación sobre faltas.

" Quiero que quede establecido que, al suprimirse el artícu- " lo 4.°, no se entienda, en manera alguna, que el Congreso no dic- " tará leyes represivas sobre las faltas de carácter general."

El senador Linares preguntó:

" Desearía saber si la Comisión de Códigos ha aceptado la " interpretación que el señor senador le ha dado, en el sentido de " ser facultativo del Congreso legislar sobre las faltas y poder " dictar, en adelante, una ley especial a este respecto, porque la " supresión podría entenderse de otra manera, es decir, que el " Congreso se declara incompetente para legislar sobre faltas y " que deja esa legislación exclusivamente librada a las legislaturas " locales de provincias."

El senador Garro expresó a continuación:

" Que en el proyecto se decía que la represión de las faltas " corresponde a las provincias; entonces, si la comisión ha dicho " que esta facultad corresponde a las provincias, ¿cómo le va a " poner límites a la represión que ellas puedan hacer?"

Y el senador Linares de nuevo agregó:

" Entiendo que a este respecto no hay uniformidad de opi- " niones; en mi concepto, la comisión entiende que esta puede ser " una legislación aparte; pero siempre de la incumbencia del Con- " greso Nacional, tratándose de imponer penas, y que será mate- " ria de una ley especial. Me parece haberle entendido así al se- " ñor presidente de la comisión."

Por fin, el senador Joaquín V. González, aludido por el doctor Linares, dijo al respecto:

" El Congreso no puede renunciar a su facultad de dictar " las leyes penales que crea conveniente incorporar al Código Pe- " nal, pero llamo la atención de los señores senadores sobre la " distinta calidad de esta legislación. El Congreso dicta el Códi- " go Penal para toda la Nación; pero no puede desconocer que " existe, como he dicho en las breves palabras que pronuncié an- " tes, que la sola condición de Estado le da una jurisdicción para " legislar dentro de lo que se llama poder de policía, acción po-

" licial, y es muy extenso este poder dentro de la vida propia de " los Estados, y la vida limitativa de este poder la establece el " Código Penal; de manera que, cuando el Congreso crea conve- " niente dictar una ley general la dictará, pero me parece inne- " cesario hacerlo ahora, dado que los principios generales no se " cambian, no se alteran con eliminar esta legislación de detalle, " dejando en libertad el desarrollo de la vida social de los Esta- " dos provinciales, para que estos legislen particularmente sobre " los casos que puedan producirse en la evolución que, natural- " mente, tienen estas cosas. Lo peligroso era, naturalmente, como " observó muy bien el señor senador por Santiago del Estero, la " cláusula expresa, autorizando esta legislación, porque eso bien se " comprende que podía dar lugar a muchos abusos y excesos de " legislaciones que complicarán naturalmente los procesos, y es " preferible dejar así a la libertad espontánea de cada provincia " y de los Estados nacionales, legislar cuando los casos se presen- " ten, y legislar más bien experimentalmente que anticipándose " a los sucesos, porque es imposible.

" Por estas razones, creo que se llegará mejor a este resul- " tado suprimiendo la autorización expresa del artículo 4.° y de- " jar lo demás a las legislaciones especiales y a la multiplicidad " de leyes que se dicten sobre distintas materias, sin que esto im- " porte invadir la jurisdicción del Código Penal y de la justicia " federal, la cual establecerá, por los medios fijados en las leyes " de procedimientos, la propia esfera de cada uno."

Después de esas palabras, quedó aprobada la supresión del artículo.

A mi juicio hubo error en esa supresión, no habiéndose dado razones satisfactorias ni expresado motivos que destruyesen los argumentos hechos con anterioridad.

Todo lo que resulta del debate acerca de ese detalle, es que se ha acentuado la tendencia federalista, frente a posibles preocupaciones de otro carácter; pero con salvedades que permitirán a los preopinantes volver sobre las doctrinas expuestas.

EL CODIGO PENAL

VII

Aplicación de la ley penal con relación al territorio

103. El antiguo código y la aplicación de la ley con relación al territorio.—104. Conveniencia de fijar el alcance de la ley.—105. Leyes nacionales que se han ocupado de fijar el alcance de la ley penal.—106. Aplicación de la ley y jurisdicción.—107. La extensión de la ley, su alcance territorial y las excepciones al principio.—108. Los antecedentes del precepto. El código tejedor.—109. El proyecto villegas, ugarriza y garcía.—110. El proyecto de 1891.—111. El proyecto de 1906.—112. La crítica del doctor herrera.—113. El proyecto presentado a la cámara de diputados en 1916.—114. El despacho de la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—115. Las modificaciones propuestas por el doctor rojas.—116. El texto de los fundamentos dados por el doctor rojas.—117. La redacción proyectada por la comisión de códigos del senado.—118. Nuevas modificaciones hechas en la cámara de senadores.—119. Crítica de la supresión hecha en el senado.

Artículo 1.° (1)

Este código se aplicará:

1.° Por delitos cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2.° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

(1) El texto del Código lo he tomado de la edición oficial.

CONCORDANCIAS.—Código Civil, artículo 1.º. — Tratado de Montevideo, 1, 2, 7, 9, 10, 11, 12 y 14.—Código holandés, 2, 3, 4, 5, 6 y 7.—Código italiano, 3, 4 y 6.—Código chileno, 5 y 6.—Código belga, 3 y 4.—Código alemán, 3 y 4.—Código de la República Oriental del Uruguay, 3, 4, 5, 6 y 7.—Código del Ecuador, 5 y 6.—Código japonés, 1.º.—Anteproyecto suizo de 1916, 3.º.—Proyecto alemán de 1909, 3.º.—Proyecto austriaco de 1909, 81.—Anteproyecto sueco de 1916, 3.º.—Proyecto peruano de 1916, 4.º.—Proyecto de Tejedor, título I, libro II, artículos 1.º y 2.º.—Proyecto argentino de 1891, 1.º 2.º y 3.º.—Proyecto argentino de 1906, 1.º.—Proyecto argentino de 1917, 1.º.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 44 y 45.

*

* *

103. El antiguo código y la aplicación de la ley con relación al territorio.—El antiguo Código Penal no contenía ninguna disposición referente a los efectos de la ley represiva con relación al territorio. En el primer título de la sección segunda y en el artículo 48, se consignaban reglas relativas a los efectos de la ley penal con relación al tiempo, habiéndose colocado el precepto en la parte destinada a reglamentar las penas.

El Código, con mayor acierto, destina su título primero a la aplicación de la ley penal, conteniendo disposiciones que se refieren a los dos aspectos, o sea al territorio y al tiempo.

*

* *

104. Conveniencia de fijar el alcance de la ley.—El código derogado no fijaba, así, el alcance de la ley penal respecto al territorio. Esa materia, según Rivarola (1), no se podía dejar en silencio.

El autor del Código Civil comprendió esa necesidad, y la prueba es que el artículo 1.º de su obra, dice:

"Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el "territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domi-"ciliados o transeuntes."

Ramos coincide con esta opinión, diciendo que la omisión en el código derogado de los principios referentes a la aplicación de la ley penal, constituía uno de sus defectos (2).

(1) Derecho Penal Argentino. Página 192.
(2) Juan P. Ramos.—Concordancias del proyecto de Código Penal de 1917, pág. 1.

La necesidad del principio consignado es indudable, y vamos a demostrar fácilmente la verdad de la aseveración.

Fijar las reglas relativas a la aplicación de la ley penal equivale a decir cuál es la extensión de su imperio. Corrientemente se sabe que la ley se aplica en el territorio del Estado para el cual se ha dictado, porque es dentro de sus límites donde se ejercita la autoridad que le ha dado nacimiento.

Pero las complicaciones de la vida jurídica, derivadas de hechos y circunstancias diversas, dan lugar a problemas que deben solucionarse dentro de lo posible, para evitar dificultades.

Así, se comete un crimen en un barco mercante de bandera argentina, en alta mar, en aguas jurisdiccionales nacionales o en aguas jurisdiccionales extranjeras; ¿qué ley se aplica?

Se comete un crimen en el extranjero por un argentino, y éste es aprehendido por las autoridades nacionales, que pueden o no entregarlo, según los compromisos internacionales contraídos; ¿qué ley se aplica?

El delito se prepara en un lugar fuera del país y se consuma o tiene sus efectos dentro de nuestro territorio; ¿qué ley se aplica?

Bastan estos supuestos para demostrar la necesidad existente de dilucidar la cuestión.

*

* *

105. Leyes nacionales que se han ocupado de fijar el alcance de la ley penal.—Una buena parte de los problemas que se presentan con motivo de la aplicación de la ley penal, deben ser planteados y resueltos en los tratados celebrados con las potencias extranjeras, pero otros, los de carácter interno, deben ser definidos por nuestro propio código, sin dejar la materia librada a la interpretación.

Rivarola, en la obra y lugar citados, recuerda que a pesar del silencio del Código, otras leyes se referían al problema de la aplicación de la ley. Y así, el artículo 3.º de la ley N.º 48, dice que los jueces de sección conocerán de todas las causas que competen a la justicia nacional, mencionando en el inciso 1.º a los crímenes cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros.

La ley penal argentina se aplicaba, así, a crímenes cometidos en barcos de bandera argentina fuera de las aguas jurisdiccionales, y a los reos del delito de piratería, aunque fueran extranjeros, y siempre que los aprehendiesen las autoridades nacionales.

El Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales, ha repetido el precepto en el inciso 1.° del artículo 23, atribuyendo en esos casos la jurisdicción a los jueces federales de sección.

El mismo código, en el inciso 2.° del artículo 25, ha dicho que los tribunales ordinarios de la Capital y de los Territorios Nacionales tienen jurisdicción para conocer de los delitos ordinarios cometidos en el extranjero en los casos determinados por las leyes, lo que demuestra que la ley argentina, aun dentro de la legislación vigente, puede aplicarse en ciertos casos a delitos cometidos fuera de nuestros límites territoriales.

El precepto recordado en el inciso 2.°, excluye del conocimiento de los tribunales ordinarios los casos exceptuados por los principios del derecho internacional.

Pero no solamente en las leyes que se ocupan de jurisdicción se contienen preceptos relativos a la aplicación de la ley penal. En nuestra ley general de extradición, o sea la N.° 1612, hay interesantes disposiciones al respecto.

Así, en términos genéricos, la ley dispone que el gobierno de la República Argentina podrá entregar a los gobiernos extranjeros, con la condición de reciprocidad, a todo individuo perseguido, acusado o condenado por los tribunales de la potencia requirente, siempre que se trate de un crimen o delito de aquellos que la misma ley consigna (artículo 1.°).

La extradición no se concederá (artículo 3.°, inciso 2.°) cuando el reclamado fuere un ciudadano argentino natural o naturalizado antes del hecho que motive la solicitud de extradición. Tampoco se concederá cuando los delitos hubiesen sido cometidos en el territorio de la República (inciso 3.°); y cuando los delitos, aun cuando hubiesen sido cometidos fuera de la República, hubiesen sido perseguidos y juzgados definitivamente en ella (inciso 4.°).

En los casos que el gobierno de la República—dice el artículo 5.°—no deba entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberán ser juzgados por los tribunales del país, aplicándoseles las penas establecidas por las leyes a los crímenes o delitos cometidos en el territorio de la República. La sentencia en ese caso deberá comunicarse al gobierno reclamante.

Como puede verse, la ley de extradición impone la aplicación del Código Penal argentino para ciertos casos de delitos cometidos fuera de nuestro territorio. La ley nacional saldría, así, en esas circunstancias, de los límites territoriales del Estado.

El Código de Procedimientos en lo Criminal, para la Capital y Territorios Nacionales, autoriza también la aplicación de nuestra ley de fondo, y como excepción para casos en que el delito se ha cometido en el extranjero. Así, si el reo fuese ciudadano argentino—dice el artículo 669,—y prefiriese ser juzgado por los tribunales argentinos, el gobierno de la nación requirente podrá suministrar a dichos tribunales todos los antecedentes y pruebas del delito, a fin de que sea juzgado con arreglo a las leyes de la República.

Como puede verse, la ley N.° 1612 establece que no se concederá la extradición, y el código procesal acuerda la opción al reo.

En el Tratado de Montevideo, en la parte referente a jurisdicción, se contienen también disposiciones referentes a la aplicación de la ley penal. El precepto genérico establece que los delitos se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación, en cuyo territorio se perpetran, cualesquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado.

Esa regla tiene sus excepciones. Así, los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último. Si el delito afecta diferentes Estados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país damnificado, en cuyo territorio fuere capturado el delincuente. Los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, sea a bordo de buques de guerra o mercantes, se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque.

Basta lo dicho para demostrar que es indispensable fijar en el Código el alcance de sus preceptos con relación al territorio.

*

* *

106. Aplicación de la ley y jurisdicción.—La jurisdicción, que es del dominio procesal, no puede confundirse con la determinación del imperio adonde se extiende la ley de fondo.

La aplicación se refiere a la ley; la jurisdicción al poder del magistrado.

La ley obliga dentro de determinado territorio, y aun para ciertos casos desarrollados fuera del mismo, como un principio al que se debe obediencia y que impone sus sanciones. Estas se pronuncian por los jueces que la aplican en los casos sometidos. El juez para proceder tiene que poseer jurisdicción e imperio, esto es, derecho y fuerza.

Todos los jueces aplican el mismo código, esto es, la ley nacional, a la cual deben obediencia, y cada uno dentro de los límites de su jurisdicción, de su poder, de sus facultades.

Pero esa regla tiene sus excepciones, y hay casos en que el juez argentino debe aplicar una ley extranjera.

Rivarola dice con mucha precisión (1):

" La materia de la jurisdicción no es idéntica con la fuerza " obligatoria de la ley penal. La jurisdicción determina el poder " del juez para juzgar el caso, y en el juicio podrá resultar que " la ley aplicable sea la nacional o la extranjera, la que por mo- " tivos excepcionales deba fundar la decisión. Ejemplo de esto " presentan los artículos 3.° y 4.° del mismo Tratado de Monte- " video. El primero declara la competencia del tribunal para juz- " gar en un caso que afecte diferentes Estados, y resuelve que " son competentes los tribunales del país damnificado en cuyo " territorio se capture al delincuente; si éste se refugiare en un " Estado distinto del damnificado, prevalecerá la competencia " de los tribunales del país que tuviere la prioridad en el pedido " de extradición. Hasta aquí, el Tratado se ocupa únicamente de " acordar autoridad al juez que deberá juzgar. El artículo si- " guiente declara la ley que deberá aplicar. En los casos del ar- " tículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar " un solo juicio, y se aplicará la pena más grave de las estableci-

(1) Derecho Penal Argentino. Página 194.

" das *en las distintas leyes penales infringidas.* Si la pena más " grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el " delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad."

*

* *

107. La extensión de la ley. Su alcance territorial y las excepciones.—El pueblo organizado políticamente, o sea el Estado, se manifiesta jurídicamente por medio de la ley. Esta refleja la voluntad de aquél y rige allí donde el Estado ejerce su autoridad soberana.

La ley, en consecuencia, se aplica allí donde manda la entidad que la dicta. La ley rige, por tanto, dentro del territorio del Estado. Pero si bien es esta la regla genérica, ella tiene sus excepciones, desde que la ley nacional no rige en determinados lugares del territorio y puede ser aplicada con relación a casos ocurridos fuera del espacio que ocupa o con referencia a personas ausentes de sus límites.

Así, en virtud de la ficción de la extraterritorialidad, el Estado no interviene con relación a determinados hechos ocurridos dentro de los locales de las legaciones extranjeras.

Considerándose a los barcos de guerra como porciones del país a cuya bandera pertenecen, los hechos ocurridos en su interior no son objeto de consecuencias jurídicas ni de juicios dentro del país en cuyas aguas territoriales o puertos se encuentre la nave extranjera. Y del mismo modo, el Estado que admite la ficción de la extraterritorialidad, beneficia de la doctrina, en cuanto a sus legaciones y también de la correspondiente a los barcos de guerra.

El Estado ejerce su dominio y aplica su ley a todo lo que se considera accesorio territorial, como ser las aguas de los mares que lo rodean hasta la distancia establecida en las convenciones corrientes.

El criterio para juzgar el espacio territorial es el del viejo concepto romano. El dominio se extiende hacia arriba y hacia abajo, comprendiendo el espacio aéreo y el subterráneo.

Todo lo que es materia de relación con los demás Estados, se rige por los tratados internacionales, los que fijan mediante concesiones mutuas las reglas destinadas a dominar en estos asuntos.

*

* *

108. Los antecedentes del precepto. El código Tejedor.—El artículo 1.° del código vigente, tiene largos antecedentes que explican su alcance en términos más precisos que cualesquier comentario. Ellos se encuentran en los diferentes proyectos nacionales y en la discusión parlamentaria a que diera lugar la reforma. Considero conveniente examinar esos antecedentes para la mejor comprensión.

Tejedor, en el título de las penas, consigna los artículos segundo y tercero, que se refieren a esta materia. El primero dice que al extranjero que dentro del territorio de la República cometiera algún crimen o delito, se le castigará con arreglo al Código, sin que pueda disculparse alegando ignorancia y salvo lo dispuesto en los tratados celebrados con otras potencias. El segundo dice que el argentino que con arreglo a los tratados o en los casos que prescriban las leyes fuera juzgado en la República, sobre delito que hubiere cometido en país extranjero, bien por habérsele aprehendido en nuestro territorio o bien por haberlo entregado otro gobierno, sufrirá la pena prescripta en el Código, salvo las excepciones estipuladas en los tratados.

Los dos artículos se refieren a los tratados internacionales y establecen en síntesis que las leyes penales se aplican a los habitantes extranjeros, y que se aplican también a los argentinos que habiendo cometido un delito en el extranjero debiesen ser juzgados por un tribunal nacional.

La primer nota dice que el derecho de castigar deriva de la soberanía que abraza todo el territorio, siendo los extranjeros residentes como súbditos temporales.

El siguiente artículo se funda en que el mandato del legislador habría sido violado por un agente que le debía obediencia.

*

* *

109. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García también se ocupaba del asunto.

El artículo 44 decía:

" Las penas se aplicarán en la Nación a todos los que en su " territorio ejecuten un hecho previsto y penado por la ley, y a " los que lo ejecuten en el extranjero con el propósito de que los " efectos del delito se realicen en la República.

Y el 45:

" Son aplicables también a aquellos a quienes con arreglo a " los tratados nacionales corresponda juzgarlos en el país por he- " chos ejecutados fuera de los límites territoriales."

Fundando esas disposiciones, la nota elevada al Poder Ejecutivo con el proyecto, expresaba:

" El proyecto en revisión limitaba la aplicación de las penas " a los actos punibles ejecutados en el territorio de la República. " Aceptaba, así, el principio antiguo de la legislación romana, que " reconocen también los ingleses y los norteamericanos, y que for- " ma la base de nuestra jurisprudencia vigente; y lo prefería al " principio jurídico que introdujo la legislación francesa, y que " han aceptado después, dándole más o menos extensión, la Di- " namarca, el Austria, la Hungría, la Italia y la Bélgica, según " el cual la legislación penal alcanza a los delitos cometidos en el " extranjero por sus nacionales o contra ellos. Los numerosos ca- " sos que se detallan en los libros de los expositores, manifiestan " las dificultades que se tocan en la aplicación de este último prin- " cipio, y bastarían a convencer de la conveniencia de acep- " tar el primero. Pero si, además de esto, se toma en consideración " que los mismos hechos no revisten igual grado de gravedad en " los diferentes países, por la diversidad de la legislación espe- " cial de cada uno de ellos, y que no es posible que tribunales ex- " tranjeros aprecien con exactitud estos diferentes matices, no se " dudará de que motivos fundamentales determinan también esta " preferencia.

" La comisión ha aceptado este principio, incorporándolo en " el artículo 44 del proyecto adjunto, y ha creído que debía darle " más ampliación que la que tenía en el proyecto en revisión, ha- " ciendo extensiva la aplicación de las penas a los que en el ex- " tranjero ejecuten hechos previstos y penados por la ley, con " el propósito de que los efectos del delito se realicen en el terri- " torio de la República. Esta extensión está, además, apoyada en " la jurisprudencia norteamericana. Story, en el párrafo 629 de " los "Conflicts of Laws", así lo establece; Livingston, en el "In-

" forme al proyecto de Código Penal de Luisiana", ocupándose " del artículo 26, dice: "El Estado tiene un derecho indudable " para prohibir y castigar cualesquier actos cometidos fuera de " su jurisdicción, si están calculados para producir una injuria " a su gobierno o a los derechos de sus ciudadanos." Esta juris- " prudencia la aceptó también expresamente una ley de los Esta- " dos Unidos, el 30 de enero de 1799, para el castigo de ciertos " crímenes.

" La comisión ha aceptado estos principios con todas sus con- " secuencias. Piensa que es necesario que la acción protectora de " la ley ampare a todas las personas y a todos los intereses legí " timos comprendidos dentro del territorio, y que castigue los de- " litos cometidos contra esas personas y esos derechos, aunque los " hechos punibles se cometan fuera del territorio. Los propósitos " de la justicia quedarían burlados si en tales casos fueran sólo " castigados los coactores o cómplices existentes en el territorio, " asegurándose la impunidad quizá de los autores principales, que " hubieran concurrido al hecho punible desde el extranjero, como " también cuando el delito quedase totalmente impune por no ha- " ber concurrido a él dentro del territorio sino agentes inocentes. " Tales han sido los motivos por los cuales la comisión ha redac- " tado la segunda parte del artículo 44 del proyecto adjunto."

Fuera de duda, el segundo de los artículos proyectados carecía de utilidad, desde que lo establecido en los tratados, que son ley, no necesitaba afirmarse en otra disposición legislativa. Pero el primer artículo se ocupaba de un asunto que no debió omitirse en la ley sancionada.

*

* *

110. El proyecto de 1891.—El título primero del proyecto de 1891 estaba encabezado como el código vigente, con el epígrafe: "Aplicación de la Ley Penal", y el artículo 1.° decía textualmente:

" Este código se aplicará a los delitos y faltas cometidos en " el territorio de la República, en los buques que lleven su ban- " dera y en los buques mercantes de bandera extranjera que se " hallen en aguas jurisdicionales de la República, cualquiera que

" sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado.

" Se considerará cometido en la República todo hecho puni- " ble cuyos efectos deban producirse dentro de su jurisdicción, " aunque el acto se haya ejecutado o preparado y el agente se en- " cuentre fuera de ella."

El artículo 2.° establecía:

" Serán asimismo juzgados por las leyes de este código los " delitos de piratería, siempre que los responsables cayeren bajo " el poder de la República."

Y el 3.° decía:

" También se aplicará este código a los hechos punibles co- " metidos en el extranjero por agentes o empleados de autorida- " des argentinas en el desempeño de las funciones de su cargo."

He transcripto los artículos 2.° y 3.° porque el proyecto de 1906, lo mismo que el despachado por la Cámara de Diputados, contenían en el primer artículo, reducido más tarde, los preceptos de los tres primeros del referido proyecto de 1891.

La exposición de motivos de este último proyecto daba extensamente las razones que informaban los artículos, diciendo:

" El proyecto comienza por establecer, en el título primero, " ciertas reglas que son indispensables para la solución de las " cuestiones que puedan suscitarse en razón del conflicto de le- " yes relativamente al territorio y con relación al tiempo y en " razón de las facultades respectivas del Estado nacional y de las " provincias. Respecto de este último punto, queda dicho lo ne- " cesario para la justificación de una declaración especial en la " ley. Los otros dos están legislados en la generalidad de los có- " digos penales y se les incluyó en los dos proyectos que prece- " dieron al Código; pero en éste no se ha conservado sino la dis- " posición relativa a la aplicación de la ley con relación al tiempo.

" Consideramos tan indispensable un pronunciamiento expre- " so en la ley sobre una materia como sobre la otra. Cuestiones " tan importantes no deben quedar expuestas a las soluciones va- " rias y contradictorias que les daría la doctrina que se aplicara " a los casos ocurrentes. Tampoco debe callar el Código sobre este " punto, por la consideración de que las reglas que al respecto se " den, tengan el carácter de jurisdiccionales. El proyecto no se " preocupa del alcance del poder del juez, sino de la extensión " del imperio de la ley, aunque la última implique el primero.

" El artículo 1.° del proyecto declara cuál es la extensión te-

" rritorial de la aplicación de la ley penal: 1.° A los delitos o fal-
" tas cometidas en el territorio de la República; 2.° A los cometi-
" dos en buques que lleven su bandera; y 3.° A los realizados en
" buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en aguas
" jurisdiccionales de la República; y, en los tres casos, "cualquie-
" ra que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del dam-
" nificado". Un párrafo complementario agrega que se considera
" cometido en la República todo hecho punible, cuyos efectos de-
" ban producirse dentro de su jurisdicción, aunque el acto se
" haya ejecutado o preparado, y el agente se encuentre en el
" exterior.

" La ley penal tiene por primordial objeto la defensa de to-
" dos los derechos que no pueden ser protegidos sino por el me-
" dio indirecto de la penalidad. Siendo la pena un acto de fuerza
" de la sociedad sobre el individuo que la ha ofendido, la facul-
" tad de imponer pena debe llegar hasta donde alcance la fuerza
" del Estado, órgano de la sociedad. La medida de esta fuerza se
" modifica por los tratados internacionales, y aun sin éstos, por
" los principios y reglas del derecho internacional, extendiendo
" y restringiendo, respectivamente, la potestad nacional por con-
" cesiones recíprocas con los demás Estados. El artículo no inten-
" ta legislar la materia bajo este aspecto. Los tratados interna-
" cionales celebrados por la República, están sobre la legislación
" particular y obligan antes que ésta. A falta de tratados, el Es-
" tado resuelve en cada caso a qué principios debe ajustar su
" conducta.

" No deberá entenderse, pues, nuestro artículo, como nega-
" torio de las reglas de exterritorialidad, y otras admitidas por
" el derecho internacional. El artículo no afirma ni niega cosas
" que son extrañas al objeto del Código; no deroga el derecho in-
" ternacional; afirma la extensión del derecho nacional.

" La primera de las disposiciones enumeradas, la aplicación
" de la ley a los delitos o faltas cometidos en el territorio de la
" República, no es materia que pueda ser susceptible de discusión
" entre nosotros, siendo un principio general en nuestra legisla-
" ción la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Repú-
" blica, nacionales o extranjeros, domiciliados o transeuntes, con
" excepción de lo pertinente al orden exclusivamente político.

" Declara también el artículo que la ley se aplica a todos los
" delitos o faltas cometidos en buques que llevan la bandera de

" la República. Son necesarias a este respecto algunas considera-
" ciones. Comprendemos en el proyecto a todos los buques de gue-
" rra, porque si los buques mercantes no pueden navegar sin es-
" tar nacionalizados y cubiertos por la bandera nacional, de la
" protección del derecho de su tripulación, equipaje y pasajeros,
" que nace de aquel hecho, surge el derecho de extender sobre
" ellos el imperio de la ley penal.

" La aplicación de este principio no puede encontrar obstácu-
" lo cuando el delito se ha cometido a bordo de un buque de gue-
" rra, aunque se halle en aguas jurisdiccionales de otro país, por-
" que se reconoce con toda generalidad que el buque de guerra
" representa la soberanía del país. Tampoco puede presentarlo
" cuando el delito se cometa a bordo de un buque mercante, en
" plena mar, por no estar ésta sometida a la autoridad de ninguna
" nación. Pero no ocurre lo mismo tratándose de delito cometido
" a bordo de un buque mercante que se encuentre en aguas de
" otro Estado. No reconociéndose en el buque mercante una re-
" presentación de la soberanía, el imperio de la ley territorial ba-
" jo la cual se encuentra el buque, no debe encontrarse limitado
" por el de la ley nacional de este último. El artículo mismo reco-
" noce este principio al establecer la aplicabilidad de la ley pe-
" nal a los delitos cometidos en buques mercantes de bandera ex-
" tranjera.

" Por otra parte, la República ha aceptado como regla de de-
" recho internacional que los delitos cometidos a bordo de los bu-
" ques mercantes son juzgados y penados por la ley del Estado
" en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiem-
" po de perpetrarse la infracción.

" La comisión ha creído, no obstante estas circunstancias, que
" el Código debe consignar la regla que proyecta, aunque sea apa-
" rentemente contradictoria con el otro principio admitido en el
" mismo artículo. Las dificultades de aplicación no serán tales si
" se considera la prelación en que el derecho internacional se en-
" cuentra respecto del derecho particular de cada Estado, en la
" solución de los conflictos internacionales. Si la disposición que
" proyectamos se hallara en pugna con un tratado o con prácti-
" cas recíprocas de otro Estado, prevalecería la ley o la costum-
" bre internacional. Pero si el país en cuyas aguas jurisdicciona-
" les se ha cometido el delito a bordo del buque mercante, renun-
" cia a juzgarlo, no puede quedar impune el hecho. Bélgica, por

" ejemplo, deja a la justicia extranjera la represión de los delitos " cometidos a bordo de un buque mercante por un hombre de " equipaje hacia otro del mismo equipaje.

" Nuestro artículo no se hallaría en conflicto con la ley bel- " ga; en cambio podría quedar sin pena el hecho criminal come- " tido a bordo del buque argentino en aguas belgas. El código " holandés sanciona en su artículo 3.° el mismo principio de que " tratamos, y como no declara expresamente la aplicación de la " ley penal holandesa a los delitos cometidos a bordo de buques " extranjeros, puede inducirse que tampoco habrá conflicto en- " tre dicha ley y la nuestra. Creemos, pues, dar con el artículo " que proyectamos una regla que evite la impunidad de ciertos " delitos, sin perjuicio de las excepciones que deba sufrir por el " derecho internacional.

" La tercera disposición, contenida en el artículo 1.°, declara " la aplicabilidad de la ley penal a los delitos cometidos en los " buques mercantes de bandera extranjera que se hallen en aguas " jurisdiccionales de la República.

" Siendo esta regla reconocida en el derecho internacional " con más generalidad que la precedente, dará lugar a menor nú- " mero de casos de conflicto que aquélla. Queda dicho que es la " reconocida por la República en el artículo 10 del Tratado de " Montevideo. No es, sin embargo, imposible, que los conflictos " se produzcan, pero por lo que se ha expuesto en el párrafo an- " terior será excusado el repetir que tales conflictos se resolve- " rán por el derecho internacional; en el proyecto nos limitamos " a dejar establecido que la República no renuncia a juzgar los " delitos que se cometan bajo su soberanía; el carácter y la na- " turaleza de la infracción, las circunstancias en que se haya pro- " ducido, y las relaciones con el Estado a que el buque pertenez- " ca, podrán dar lugar a excepciones a la regla que queda con- " signada.

" El artículo 2.° establece la aplicación de las leyes del Códi- " go a los delitos de piratería, siempre que los responsables caye- " ren bajo el poder de la República. Esta es también la regla ad- " mitida en el Tratado de Montevideo. Los buques piratas están " despojados de todo vínculo de nacionalidad, por lo que se les " considera fuera del derecho público. Siendo común a todos los " Estados los peligros de la piratería, del interés general de per- " seguir el delito ha nacido esta jurisdicción universal contra él.

" Los agentes o empleados de autoridades argentinas que se " encuentren en el extranjero en desempeño de sus funciones, es- " tán necesariamente ligados a la ley del país en cuanto se re- " fiere al ejercicio de aquellas funciones, y, en consecuencia, su- " jetos a ella por los delitos o faltas que en el mismo carácter " ejecutaran. Esta es la disposición del artículo 3.°.

" Al legislar esta materia, algunos códigos penales, conser- " vando la influencia del estatuto personal que liga el individuo " a las leyes del país de origen, han extendido el imperio de la " ley penal a los delitos que cometiera el nacional en territorio " extranjero. La comisión no acepta la doctrina sancionada por " aquellas leyes, pues la cree contraria a los fines que atribuye " a la ley penal y a los principios admitidos por la legislación ge- " neral. El habitante de la República, nacional o extranjero, do- " miciliado o transeunte, por el sólo hecho de pisar el territorio " de la misma, quedando amparado por sus leyes, está sometido " a la defensa que éstas pudieran oponerle si violara los derechos " de las demás personas que ellas protegen. Consecuente con este " principio, la Constitución declara la igualdad de todos los habi- " tantes de la República para el ejercicio de sus derechos, con ex- " cepción de lo referente al orden exclusivamente político; y el " Código Civil declara sometidos a las leyes civiles a todos los ha- " bitantes de la República, sin distinción. La calidad de ciudada- " no o extranjero nada importa para el goce de los derechos o la " sujeción a las restricciones; recíprocamente, ninguna aplicación " debe tener la ley respecto del que no es habitante, aun cuando " sea ciudadano. Es, pues, un principio aceptado por nuestra le- " gislación el de que la ley no tenga más alcance que el de la de- " fensa de la sociedad que protege y no la de una extraña. No es " esta una doctrina egoísta o mezquina, inspirada solamente en " la conservación exclusiva del Estado, sin preocuparse de la so- " ciedad general o de la humanidad, sino una doctrina de respeto " absoluto a la soberanía de todos los Estados."

*

* *

111. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 aceptaba el mismo pensamiento, pero daba al articulado una forma distinta,

presentando un solo precepto con las disposiciones de los tres primeros artículos del proyecto de 1891.

Ese primer artículo, cuyo título también se designa con el nombre de aplicación de la ley penal, decía así:

" Este código se aplicará:

" 1.° Por delitos y faltas cometidas, o cuyos efectos deban " producirse en el territorio de la Nación Argentina, en buques " que lleven su bandera, o en buques mercantes de bandera ex- " tranjera, que se hallen en sus aguas jurisdiccionales.

" 2.° Por delitos y faltas cometidas en el extranjero por " agentes o empleados de autoridades argentinas, en desempeño " de su cargo.

" 3.° Por delitos de piratería, cuando los responsables ca- " yeren bajo el poder de la Nación.

" No se aplicará por delitos cometidos a bordo de buques " mercantes de bandera argentina en aguas jurisdiccionales de " otro Estado, si fueren reprimidos por éste."

La exposición de motivos se limita a decir, para fundamentar el artículo, que el código vigente no contiene regla alguna sobre la aplicación de la ley con relación al territorio. La gran mayoría de los códigos modernos dedican, sin embargo, a este punto, su primer capítulo, y nosotros, siguiendo estos precedentes de la legislación universal, proponemos las disposiciones respectivas, porque consideramos indispensable que sea la ley misma la que fije con toda precisión su alcance jurisdiccional. A este fin responde el artículo 1.° del proyecto.

*

* *

112. La crítica del doctor Herrera.—El proyecto de 1906, como ha podido verse, declaraba aplicable la ley penal a los delitos y faltas, cometidos o cuyos efectos deberán producirse: 1.° En el territorio de la Nación, en buques de su bandera y en buques de bandera extranjera, pero en sus aguas jurisdiccionales; 2.° En el extranjero, por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo; 3.° Por delitos de piratería cuando los culpables cayeren bajo el poder de la Nación.

Se declaraba igualmente que el Código no se aplicaría por

delitos cometidos a bordo de buques mercantes de bandera argentina en aguas jurisdiccionales de otro Estado, si fueren reprimidos por éste. De esa disposición se desprende que si se comete el hecho en un barco de bandera argentina, y en aguas jurisdiccionales de un Estado que no castiga tal hecho, serían los tribunales argentinos, aplicando la ley nacional, los destinados a proceder, haciendo efectiva la represión.

El artículo del proyecto fué estudiado y criticado por el doctor Julio Herrera, quien propuso modificaciones al mismo (1).

Las observaciones se referían a la redacción y al contenido, y fueron verificadas extensamente.

En el primer inciso encontraba que habían términos superfluos, siendo innecesaria la especificación, desde que la materia relacionada con los buques de guerra o mercantes estaba regida por la ley internacional, de lo que resultaba que si el Código concordaba con aquélla la repetición era inútil, y si tenía divergencias no podría prevalecer desde que las reglas de los tratados predominarían.

Criticaba igualmente la redacción, y proponía una nueva, que consideraba más precisa para el caso de insistirse en ella, aun cuando creía más oportuna la supresión del primer inciso. Bastaría reemplazarlo con otro que estableciera que la ley se aplica a los delitos y faltas cometidos, o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación.

Manifestaba su conformidad con el inciso 2.°, con una sola reserva, pues si se aceptara lo que proponía después acerca de la exterritorialidad de nuestra ley penal en lo que se refiere a los delitos cometidos en el extranjero contra nuestra nación, como éstos comprenderían aquéllos por tratarse de ofensas contra la administración pública, el inciso carecería de objeto.

En cuanto al inciso 3.° entendía que correspondía su supresión por ser indudable el derecho del país a juzgar los delitos de piratería y a aplicarles la ley nacional. Los barcos piratas no tienen bandera, no tienen la protección de ningún Estado, y perseguirlos es un deber de civilización.

He señalado estas opiniones concretando un breve resumen, porque ellas tuvieron particular influencia en la elaboración par-

(1) La Reforma Penal. Páginas 1 y siguientes.

lamentaria, dando lugar a que el artículo del proyecto de 1906, reproducido por el diputado Moreno en 1916 fuera modificado hasta llegarse a la redacción definitiva del código vigente.

*
* *

113. El proyecto presentado a la Cámara de Diputados en 1916.—El diputado Rodolfo Moreno (hijo), en el proyecto que presentó a la Cámara de que formaba parte, introdujo en el artículo 1.° del proyecto de 1906 una sola modificación. Pensaba, por razones dadas en capítulo especial, que la legislación de faltas no debía ser comprendida dentro del Código Penal, por tener esas infracciones carácter local y corresponder su represión a las provincias. En consecuencia, modificó el primer inciso, para que el Código se aplicara sólo a los delitos cometidos y no a los delitos y faltas.

El artículo quedó redactado en los mismos términos, con sólo esa alteración.

*
* *

114. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La comisión especial de la Cámara de Diputados modificó el proyecto, manteniendo los tres primeros incisos, pero agregando uno nuevo: el cuarto.

El texto del artículo se redactó en la siguiente forma:

" Este código se aplicará:

" 1.° Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse " en el territorio de la Nación Argentina, en sus buques de guerra, " en los mercantes que tienen su bandera cuando naveguen en alta " mar o se encuentren en aguas jurisdiccionales de un Estado que " no los reprimiese, o en los buques mercantes de bandera extran- " jera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales;

" 2.° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o " empleados de autoridades argentinas, en desempeño de su cargo;

" 3.° Por delitos de piratería, cuando los responsables ca- " yeren bajo el poder de la Nación;

" 4.° Por delitos cometidos en el extranjero por argentinos " nativos; cuando fueren aprehendidos por las autoridades na- " cionales y la extradición fuese denegada, o no fuese requerida " dentro de los tres meses de la detención."

La exposición de motivos, para fundamentarlo, dijo lo siguiente:

" La legislación en vigor ha omitido el título sobre la aplica- " ción de la ley penal que traen casi todos los códigos, como lo " hacen notar los autores del proyecto de 1906. Hemos aceptado " ese título, teniendo en cuenta las observaciones de la exposi- " ción de motivos; pero introduciendo modificaciones, que eran " indispensables para completar y mejorar el conjunto del pro- " yecto.

" El contenido del artículo 1.° se conserva, variándose sus " formas para dejarlo redactado de manera más precisa. La co- " misión ha tenido en cuenta para las referidas modificaciones, lo " expuesto en "La Reforma Penal", del doctor Julio Herrera.

" En este artículo se ha agregado también el inciso 4.°, que " contiene nuevas previsiones.

" Puede presentarse el caso de un argentino que habiendo " cometido un delito en el extranjero no fuese aprehendido por " las autoridades del país en que delinquió y lo fuese en cambio " por las argentinas. En casos de esa índole, la extradición suele " denegarse, pues es general la tendencia a juzgar al nacional " por tribunales de su país. Nosotros hemos tenido el ejemplo " en el caso tan comentado hace algunos años del hombre des- " cuartizado. El delito se cometió en Buenos Aires, el delincuente " era francés y fué aprehendido por las autoridades francesas, " las que negaron la extradición y juzgaron al reo en su propio " país.

" El inciso a que se hace referencia, para no modificar los " tratados existentes y no introducir normas para los que puedan " celebrarse en adelante, se limita a establecer que si la extradi- " ción fuere denegada o no fuere requerida dentro de un cierto " término, el juzgamiento se hará por los tribunales del país.

" De esa manera no se atacan los principios del derecho in- " ternacional, no se complica nada de lo existente, y se contiene " una previsión de todo punto necesaria."

*

* *

115. Las modificaciones propuestas por el doctor Rojas.—La Comisión de Códigos del Senado encargó al ex senador por San Juan, doctor Angel Rojas, el estudio del proyecto sancionado por la Cámara de Diputados, y éste presentó un memorial que la comisión consideró, aceptando una buena parte de sus indicaciones.

El doctor Rojas propuso que el primer artículo se redactara en los siguientes términos:

" Este código se aplicará:

" 1.° A los delitos cometidos, o cuyos efectos deban produ-
" cirse en el territorio de la Nación;

" 2.° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o
" empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo."

Las modificaciones consistían, así, en la nueva redacción del inciso 1.° y en la supresión del inciso 3.° y del resto del precepto. El único inciso que se mantenía en toda su integridad era el 2.°.

Los fundamentos que daba el mencionado senador, estaban divididos en cuatro capítulos, que transcribiré para que se tenga el conjunto de los antecedentes.

*

* *

116. El texto de los fundamentos dados por el doctor Rojas.—

" Art. 1.°—Este código se aplicará:

" 1.° Por delitos cometidos, o cuyos efectos deban produ-
" cirse en el territorio de la Nación Argentina, en sus buques de
" guerra, en los mercantes que lleven su bandera cuando nave-
" guen en alta mar o se encuentren en aguas jurisdiccionales de
" un Estado que no los reprimiese, o en los buques mercantes de
" bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdiccionales.

I

" 1.° Pensamos que lo que está regido por el derecho de gen-
" tes no debe ser objeto de las leyes internas de un país. Si lo que
" éstas disponen se encuentra ya arreglado por aquél, esas leyes

" son superfluas; si contrarían el derecho de gentes, no son acep-
" tables; si omiten casos previstos por la ley de las naciones, la
" omisión no importa substraer esos casos al imperio de dicha
" ley. De acuerdo con estos conceptos, encontraríamos inoficioso
" el inciso 1.° del artículo 1.° del proyecto, y, como tal, creemos
" que debería suprimirse.

" 2.° La ley penal es territorial, y por excepción se repri-
" men ciertos delitos cometidos en territorio extranjero. Entién-
" dese por territorio de un Estado, no sólo el espacio encerrado
" por sus límites geográficos, sino también aquellos puntos en que,
" en virtud de la ficción de la exterritorialidad, la soberanía del
" Estado ejerce su dominio, su autoridad, su jurisdicción.

" 3.° ¿Qué ley se aplica cuando se comete un delito a bordo
" de un buque de guerra?

" Es obvio que cuando se comete en alta mar, el delito está
" sometido a la jurisdicción del Estado al cual pertenece el bu-
" que. Cuando el delito se consuma hallándose el buque de guerra
" en las aguas jurisdiccionales de una nación extranjera, el delito
" queda sujeto a la jurisdicción del Estado al cual pertenece la
" nave, por cuanto ella representa su soberanía y se halla libre de
" la jurisdicción civil y criminal del país en cuyas aguas se
" encuentra.

" 4.° Cuando el delito se ha cometido a bordo de un buque
" mercante en alta mar, no hay tampoco ninguna dificultad, por
" cuanto, considerándose el barco como una parte del territorio
" nacional, el delito cae bajo la jurisdicción de la nación cuya
" bandera lleva el buque.

" Ese principio no cesa de tener efecto completamente, por
" el hecho de penetrar el buque mercante en las aguas territoria-
" les de una nación extranjera.

" Un buque mercante puede ser considerado en su individua-
" lidad, tomado aisladamente y con abstracción de todo lo que le
" rodea, o bien, puede considerársele en sus relaciones exteriores
" con las personas y las cosas que se encuentran en las aguas te-
" rritoriales.

" Bajo el primer aspecto, queda siempre sometido a la sobe-
" ranía nacional, que, por sus leyes, rige las personas que están
" embarcadas, regla los actos practicados a bordo, provee y man-
" tiene su disciplina, del mismo modo que reprime los delitos co-
" metidos a bordo.

"Bajo el segundo punto de vista, al contrario, el buque se "encuentra sometido a la soberanía territorial que rige por sus "leyes todas las relaciones exteriores del buque.

"En consecuencia, y bajo el primer aspecto, el derecho del "soberano territorial no puede extenderse hasta el punto de atri-"buirse la facultad de inmiscuirse en los asuntos interiores del bu-"que, excepto en los casos de necesidad absoluta, en el interés de "la seguridad y de la tranquilidad del puerto." (Fiore, N.° 8 al 13 "y notas de dichos números).

"Calvo es más terminante que Fiore: "La jurisprudencia ma-"rítima francesa—dice—distingue los casos de pura disciplina interior de los buques, y aun los crímenes y delitos que se cometan entre los tripulantes, cuando no se altera la tranquilidad "del puerto; de los que se cometan aunque sea a bordo por personas extrañas a la tripulación, o contra éstas y los tripulantes "mismos, siempre que por tal causa se comprometa aquélla. Los "hechos correspondientes a la primera clase están absolutamente "exceptuados de la competencia de la jurisdicción local. Esta no "puede intervenir en tales casos, a menos que no se reclame su "auxilio o protección. En cuanto a los segundos, la legislación "francesa reconoce que su conocimiento se debe de derecho a las "autoridades del país; que la jurisdicción local es soberana en "todo lo que concierne a los intereses públicos del Estado, y que, "por tanto, los crímenes que cometan los tripulantes de un buque "extranjero contra personas extrañas a la tripulación o alternando la tranquilidad pública del puerto, serán justiciables ante "las autoridades de la localidad." (Pág. 198, tomo 1.°).

"5.° El inciso primero que analizamos expresa que el Código Penal se aplicará a los delitos cometidos a bordo de buques "mercantes con bandera argentina, cuando se encuentren en aguas "jurisdiccionales de un Estado y éste no los reprimiese.

"¿En qué casos puede y debe reprimirlos ese Estado? El de-"recho de gentes lo determina.

"Cuando ese Estado no puede castigarlo, según el derecho de "gentes, ¿quedaría impune el delito, si no existiera el inciso 1.° "que estudiamos? De ninguna manera, desde el momento que nues-"tro país no puede ni debe substraerse a los principios del dere-"cho internacional: la Nación reprimiría el delito, según dicho "derecho, cuya eficacia no deriva de la existencia de leyes inter-"nas que así lo declaren.

"Corresponde, pues, suprimir la parte del inciso que hemos "rápidamente analizado.

"6.° Si la Nación reprime los delitos cometidos a bordo de "las naves argentinas en aguas territoriales de un Estado extran-"jero, debería reconocer un derecho análogo a las naciones ex-"tranjeras cuando, a bordo de sus buques, en aguas argentinas, "se comete un delito. Sin embargo, la parte final del inciso pres-"cribe lo contrario.

"No obstante, aun cuando así lo establezca, lo cierto es que "la Nación no reprimirá ese delito sino en los casos autorizados "por el derecho de gentes.

"7.° Finalmente, el inciso contiene una enumeración incom-"pleta.

"¿En qué casos puede la Nación reprimir los delitos cometi-"dos en las casas de los ministros extranjeros acreditados ante "nuestro Gobierno?

"¿Cuándo castiga los delitos cometidos en las causas de nues-"tras legaciones en el extranjero?

"Cuando nuestros ejércitos ocupan un territorio extranjero "enemigo, ¿quién juzga los delitos cometidos en ese territorio?

"8.° En razón de lo que expresa y omite, el inciso 1.° debie-"ra corregirse y dejarse limitado simplemente a lo siguiente:

"Art. 1.°—Este código se aplicará:

"1.° A los delitos cometidos o cuyos efectos deban produ-"cirse en el territorio de la Nación.

II

"9.° Dejaríamos el inciso 2.° del artículo 1.° del proyecto tal "como se halla redactado.

III

"10. (Inciso 3.°, artículo 1.°). Por delitos de piratería, cuando "los responsables cayeran bajo el poder de la Nación.

"El delito de piratería está legislado en el proyecto: "he-"chos" que constituyen ese delito y "penas". ¿Para qué lo legis-"la? Para imponer al reo la correspondiente pena. ¿Cuándo la "impondrá? Cuando el reo caiga bajo el poder de la Nación, des-"de el momento que por nuestras leyes no se puede dictar sen-"tencia condenatoria, sino contra los culpables aprehendidos.

" Tanta razón hay para establecer que se castigará la pira-
" tería cuando el delincuente sea detenido, como para prescribir
" que se castigará la traición, la falsificación de moneda nacio-
" nal, etc., cometidos en el extranjero, cuando en esos casos el
" delincuente caiga bajo el poder de la Nación.

" No siempre castigará la Nación el delito de piratería, aun-
" que el responsable caiga bajo su poder.

" La piratería da lugar a la extradición del delincuente apre-
" hendido en la República. (Tratado de Extradición con Estados
" Unidos, artículo 2.°, inciso 11).

" Suprímase el inciso 3.°.

IV

" 11. (Inciso 4, artículo 1.°). Por delitos cometidos en el ex-
" tranjero por argentinos nativos, cuando fuesen aprehendidos por
" las autoridades nacionales y la extradición fuere denegada, o no
" fuese requerida dentro de los tres meses de la detención.

" Se trata de delitos que no han sido consumados con el pro-
" pósito de que produzcan efecto en la República, pues de eso se
" ocupa el inciso 1.°.

" Respecto de los delitos cometidos en el extranjero, el ciu-
" dadano nativo se encuentra en una situación más desfavorable
" que el naturalizado y el extranjero. ¿Por qué esa diferencia?

" Según el inciso, las autoridades nacionales pueden aprehen-
" der a un argentino nativo que ha cometido un delito en el ex-
" tranjero—cualquier delito,—aun cuando no haya denuncia o que-
" rella de parte, y aun cuando no exista solicitud de extradición.
" Cuando la hay, el ciudadano es entregado o no a la nación re-
" quirente, según se determine en el tratado de extradición res-
" pectivo; cuando no hay tratado de extradición, se procede con-
" forme a la ley de extradición a título de reciprocidad. (Ley nú-
" mero 1612).

" Cuando no se solicita la extradición dentro de tres meses
" de la detención, el argentino nativo es juzgado en el país—dice
" el inciso 3.°.

" Si se ha solicitado la extradición de un extranjero—según
" tratado,—y dentro de un plazo determinado no se formaliza la
" solicitud de extradición con todos los recaudos que prescribe el
" tratado, el requerido es puesto en libertad.

" Al argentino se le somete a juicio si no se requiere su ex-
" tradición. Resulta, pues, que al extranjero lo coloca el inciso en
" mejores condiciones que al argentino.

" 12. Respecto a los delitos cometidos en el extranjero y que
" no son de los que tratan los incisos 1.° y 2.°, tales como los acep-
" tamos, hay que tener en cuenta: 1.° Los tratados de extradición,
" y 2.° La ley nacional de extradición, a título de reciprocidad.
" (Ley número 1612).

" Cuando haya tratados de extradición, el inciso 4.°, aunque
" quedara en el Código, no podría prevalecer sobre los tratados:
" éstos son la ley suprema de la tierra.

" Según el tratado de extradición con Bélgica, la extradición
" no se acuerda cuando el requerido es ciudadano nativo o por
" naturalización, y, en todo caso, cuando el delito cometido tiene
" pena menor de un año de prisión.

" Si no se acuerda la extradición, al requerido se le pone en
" libertad o bien cuando la extradición se deniega por ser nacio-
" nal el requerido, se le somete a juicio en el país, si el delito impu-
" tado autoriza la extradición. (Art. 3.°, inciso 1.°. Art. 2.° y 4.°.
" Tratados con Holanda e Italia y España, análogos al con
" Bélgica).

" Tratados con los Estados Unidos.—Se acuerda la extradi-
" ción por los delitos previstos en el artículo 2.° y siempre que la
" pena sea superior a un año de prisión. La nacionalidad del reo
" no podrá impedir su extradición.

" Tratado con Inglaterra.—Sólo se acuerda la extradición en
" virtud de los delitos que enumera, y cada Estado se reserva el
" derecho de acordar o negar la extradición de sus propios ciuda-
" danos o súbditos.

" Tratado con Perú, Montevideo, Paraguay, Uruguay.—La
" extradición no la impide la nacionalidad del reo; se acordará
" cuando se trate de delitos reprimidos con pena que no sea me-
" nor de dos años de prisión. Además, hay delitos que no dan lu-
" gar a extradición.

" De lo anteriormente relacionado resulta que hay delitos que,
" cometidos en el extranjero, por extranjeros, no dan lugar a ex-
" tradición; y que, en esos casos, el extranjero detenido sería
" puesto en libertad.

" A estar a la generalidad de los términos del inciso 4.°, el

" argentino, en igualdad de condiciones, sería juzgado en el país, " lo que sería realmente injusto.

" 13. Cuando no hay tratado de extradición la entrega de " los delincuentes puede acordarse conforme a la ley número 1612. " Según dicha ley no se acordará la extradición cuando se trate " de un delito castigado en la República con pena que no alcance " a un año de prisión. En este caso, el requerido si es extranjero, " queda libre en la República, y no hay motivo para suponer que " el nacional, en el mismo caso, no haya de quedarlo igualmente. " Por dicha ley citada (art. 3.°, inciso 1.°), no se acordará la extra- " dición de los ciudadanos argentinos, naturalizados o nativos; " pero en los casos en que, con arreglo a dicha ley, no proceda la " entrega del delincuente reclamado, deberá ser juzgado por los " tribunales del país, aplicándosele la pena establecida por la ley " a los delitos cometidos en el territorio nacional.

" 14. Suprimiríamos, pues, el inciso 4.° del proyecto, creyen- " do que, a los fines de la represión de los delitos cometidos en " el extranjero cuando el autor es aprehendido por autoridades " nacionales, bastan los tratados de extradición y la ley 1612.

V

" 15. (Art. 3.°). Las disposiciones generales del presente códi- " go, se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especia- " les, en cuanto éstas no dispusieren lo contrario.

" Lo subrayado es un agregado que se explica por sí solo."

Hasta aquí lo expresado por el doctor Rojas.

*

* *

117. La redacción proyectada por la Comisión de Códigos del Senado.—La comisión del Senado aceptó las observaciones y redactó el artículo en la siguiente forma:

" Este código se aplicará:

" 1.° Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producir- " se en el territorio de la Nación Argentina;

" 2.° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o " empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo."

Como puede verse, modificó la redacción del doctor Rojas,

substituyendo en el primer inciso las palabras "a los" por la preposición "por", y agregando al final del mismo la palabra "argentina".

Los fundamentos de la comisión se dieron en los siguientes términos:

" En el libro I, título I, la comisión aconseja la supresión de " las siguientes palabras del artículo 1.°, inciso 1.°: " en sus buques " de guerra, en los mercantes que llevan su bandera cuando na- " veguen en alta mar o se encuentren en aguas jurisdiccionales " de un Estado que no los reprimiese, o en los buques mercantes " de bandera extranjera que se hallen en sus aguas jurisdic- " cionales."

" Aconseja también la supresión de los incisos 3.° y 4.° del " mismo artículo. De manera que éste quedaría redactado así:

" Art. 1.°—Este código se aplicará:

" 1.° Por delitos cometidos o cuyos efectos deben producir- " se en el territorio de la Nación Argentina.

" 2.° Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o " empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

" Las supresiones aconsejadas por este artículo lo fueron tam- " bién por las comisiones del H. Senado, que estudiaron el año " pasado el proyecto de Código Penal y las razones que las mo- " tivan están dadas detalladamente en el informe redactado por " el doctor Rojas, que esta comisión hace suyas."

*

* *

118. Nuevas modificaciones hechas en la Cámara de Senadores.—La segunda Comisión de Códigos del Senado, como consta en la orden del día N.° 13 del año 1921, introdujo otra modificación, agregando al final del inciso 1.° del artículo las palabras: "o en los lugares sometidos a su jurisdicción", y dando así la redacción que resultó definitiva.

En la sesión del 27 de agosto de 1921, y previo un informe del senador doctor Joaquín V. González, el artículo fué aprobado sin observación, y pasado a la Cámara de Diputados, la comisión especial aconsejó se aceptasen las reformas introducidas en el artículo 1.°, las que no alteraban la estructura del proyecto, ni te-

nían carácter fundamental. (Ver orden del día N.° 183 de 1921).

Ese despacho fué votado por la Cámara, quedando el artículo consagrado en esa forma.

Los antecedentes anotados constituyen la mejor explicación y el más completo comentario del precepto, el cual fija el alcance y la extensión del imperio de la ley penal, no dejando sujeto el asunto a interpretaciones, sino estableciendo en la misma ley las normas y el criterio.

Ha podido percibirse, por lo demás, que las distintas opiniones, salvo en lo relativo al suprimido inciso 4.°, se han referido más que al fondo a la forma, habiéndose tratado por todos de precisar para evitar contradicciones y desconciertos.

*

* *

119. Crítica de la supresión hecha en el Senado.—La supresión del inciso 4.° del proyecto que preparó la comisión de diputados en 1917, me parece desacertada. El senador Rojas, que la sostuvo, entendía que los tratados existentes y la ley general de extradición N.° 1612 bastaban al respecto.

La disposición no se proyectó para los casos en que hubiesen tratados. Concurriendo éstos son ley suprema de la Nación y rigen obligando a los jueces. Pero con relación a los países, con los cuales esos tratados no existen, se requería un precepto en la ley nacional que terminara con cualesquiera dificultad.

La ley de extradición no soluciona las dificultades, porque si bien como lo hemos visto declara que no se concederá la extradición de los ciudadanos argentinos reclamados por delitos cometidos en el extranjero, sino que serán juzgados por nuestros tribunales y por la ley nacional, el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital y Territorios Nacionales, dictado posteriormente, acuerda al reo de nacionalidad argentina, la opción en esas circunstancias. ¿Qué criterio predominaría en un caso práctico?

Las dificultades que pueden presentarse son visibles. El Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales, no rige en las provincias, desde que ha sido dictado por el Congreso como legislatura local. Como es posterior a la ley de extradición, la deroga en la parte en que la contradice. De donde resultaría que esa ley habría sido abrogada para una parte del país y estaría vigente en las provincias. En la Capital y Territorios predominaría el sistema de la opción y en los Estados federales el del juicio por los tribunales argentinos de acuerdo con la ley general.

El inciso que proyectó la comisión de diputados evitaba esas dificultades posibles, dejando las cosas perfectamente establecidas.

VIII

Expulsión de extranjeros

120. Los proyectos de 1890 y 1906 y la expulsión de extranjeros.—121. La opinión de Rivarola.—122. Los problemas planteados por la expulsión de extranjeros.—123. El proyecto sobre expulsión de extranjeros presentado a la Cámara de diputados.—124. La preocupación de poblar.—125. Los preceptos constitucionales sobre población y los intereses del país.—126. El derecho nacional a la defensa.—127. Los preceptos extraños y los límites sensatos de su adaptación.—128. Fundamentos del derecho de expulsión.—129. Antecedentes nacionales sobre expulsión de extranjeros.—130. Juicios sobre la ley de residencia.—131. La ley de residencia contraría la constitución.—132. Las iniciativas políticas para derogar la ley de residencia.—133. Críticas autorizadas contra la ley de residencia.—134. La defensa nacional contra los elementos extraños.—135. Antecedentes norteamericanos.—136. Otros precedentes extranjeros.—137. El proyecto presentado.—138. Transportes y violación de la expulsión.—139. La ciudadanía.—140. Necesidad de la ley.—141. Los principales preceptos de la ley en proyecto. La situación actual.

* * *

120. Los proyectos de 1891 y 1906 y la expulsión de extranjeros.—El proyecto de 1906, concordante con el de 1891, traía dentro del título destinado a legislar sobre aplicación de la ley penal,

un artículo que llevaba el número 2, y que fué suprimido por la comisión de diputados constituída bajo mi presidencia. El precepto se encontraba redactado en los términos siguientes:

" Salvo los casos del artículo precedente (se refería al 1.°), " los que hubiesen cometido en el extranjero hechos u omisiones " calificados de delitos por este código, sin haber sido juzgados y " cumplido su condena, serán expulsados del país si la autoridad " extranjera competente, requerida para su extradición, no la " verificare.

" Si quebrantaren la expulsión serán juzgados como si hu- " bieren cometido el delito en el país.

" No se comprenden en las disposiciones de este artículo a " los autores de delitos políticos."

La exposición de motivos del proyecto de 1891 dedica pocas palabras a fundar el artículo, el que se apoya, según la misma, en la conveniencia de defender al país contra los malos elementos extraños. El proyecto de 1906, que amplió el precepto, redactándolo como lo hemos transcripto, no dice nada al respecto en sus fundamentos.

El Dr. Herrera combatió la doctrina del artículo, sosteniendo que la expulsión de extranjeros debería reglamentarse por una ley especial, pero nunca contenerse en el Código (1).

La estructura jurídica del Código nada tiene que ver con una medida preventiva de alta política y de carácter político.

En los delitos cometidos por extranjeros, en territorio extranjero, la jurisdicción nacional no se justifica ni siquiera de manera suplementaria. El castigo en esas condiciones, esto es, cuando no hubiese mediado la extradición, no se justificaría por la necesidad de defenderse contra una agresión, ni por la de conservar el orden público amenazado, ni por el deber de proteger a los nacionales lesionados. Ninguna consideración atendible—concluye—justifica la disposición.

En la exposición de motivos de la comisión de diputados se consignan las razones por las cuales se suprimió del proyecto el artículo 2.° del de 1906.

Se dijo en aquélla (2):

" El artículo 2.° del proyecto (se refería al que presentó el

(1) La Reforma Penal. Páginas 31, 32 y siguientes.

(2) Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. Cámara de Diputados. Orden del Día N.o 63, página 30.

" doctor Moreno como base de encuesta, o sea el de 1906, modifi- " cado) se suprime. Desde luego, como se ha observado por el doc- " tor Herrera, y en algunas de las respuestas recibidas por la co- " misión, era erróneo disponer el juzgamiento del extranjero por " los tribunales nacionales, cuando en el otro país no lo hubieran " hecho. Pero hemos creído más oportuno no incorporarlo al Có- " digo, porque la materia relativa a expulsión de extranjeros for- " ma parte de una legislación especial que estudia en este momen- " to otra comisión de esta misma Cámara."

Antes de pasar a explicar mi criterio al respecto, dejaré constancia de los argumentos que ha hecho para sostener el precepto desechado, uno de los miembros de las dos comisiones redactoras de los proyectos de 1891 y 1906, o sea el doctor Rodolfo Rivarola.

*

* *

121. La opinión de Rivarola.—Dice el conocido autor en su citado libro "Derecho Penal Argentino" (1), que la materia tiene preciso interés práctico cuando se trata de autores de delitos cometidos en el extranjero que entrasen al país sin haber sido juzgados o sin haber cumplido su condena en el extranjero.

Recuerda que antes del Tratado de Montevideo, la única disposición de derecho argentino que tuviera en cuenta esa situación era el artículo 5.° de la ley número 1612, sobre extradición, según el cual, en los casos que el gobierno de la República no debiera entregar a los delincuentes solicitados, éstos deberían ser juzgados por los tribunales del país, aplicándoseles las penas establecidas por las leyes a los crímenes o delitos cometidos en el territorio de la República. El artículo 5.° del tratado mencionado, estableció:

" Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar con arre- " glo a sus leyes a los delincuentes asilados en su territorio, siem- " pre que después de requerir a las autoridades del país dentro " del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extra- " dición no se ejercitare por éstas acción represiva alguna."

Cuando el proyecto de 1891 se redactó, la ley número 4144 sobre residencia y expulsión de extranjeros no se había dictado,

(1) Páginas 200, 201 y 202.

puesto que se promulgó años después, o sea en 23 de noviembre de 1902.

Rivarola entiende que esa es una ley preventiva que no puede confundirse con la represiva, y agrega que el proyecto de 1906 se propuso, precisamente, rectificar el error del artículo 1.° de la ley de residencia, el que autoriza al Poder Ejecutivo para ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros, por crímenes o delitos comunes.

*

* *

122. Los problemas planteados por la expulsión de extranjeros.—En mi concepto, la expulsión de extranjeros plantea problemas preventivos y represivos a la vez. Es preciso empezar por tomar precauciones respecto a la entrada de los extranjeros, modificando la ley de inmigración, y es necesario fijar las atribuciones defensivas del país cuando ya los malos elementos se han introducido. Pero no sólo esto: los extranjeros *undesirables* o peligrosos, pueden, al amparo de nuestras leyes, haber adquirido derechos, obteniendo carta de ciudadanía. Conviene, entonces, armar a los jueces de facultades para que la calidad de nacional pueda serle revocada a los extranjeros inconvenientes. Y para esto es preciso contemplar la ley de ciudadanía.

Los extranjeros que vienen al país, o los que residen en el mismo, pueden ser inconvenientes por motivos diversos, desde que no sólo los delincuentes ofrecen ese carácter. Tocar el punto en el Código Penal, para sólo una clase de ellos, sería hacer obra incompleta y posiblemente contradictoria con otros preceptos. De aquí que se suprimiera el artículo del proyecto de 1906, teniendo en cuenta también las otras observaciones fundamentales que se han anotado.

Para desenvolver el asunto de la manera más completa, examinaré el estado de la legislación actual en cuanto a expulsión de extranjeros se refiere, y el proyecto a que alude la comisión de diputados en su exposión de motivos al fundamentar la supresión del artículo 2.°.

*

* *

123. El proyecto sobre expulsión de extranjeros presentado a la Cámara de Diputados.—El referido proyecto fué presentado por mí a la Cámara de Diputados en la sesión del 28 de agosto de 1916, y fué publicado en folleto especial por disposición del mismo cuerpo (1).

En los amplios fundamentos del mismo, se estudia el asunto y se fija nuestra situación jurídica con referencia a la expulsión de extranjeros. Transcribiré esos fundamentos, porque las cosas a ese respecto no han variado, a pesar de la sanción del Código Penal, si no es en los detalles que anotaré después.

" En la exposición de motivos con que acompañé el proyecto " sobre Código Penal, presentado en la sesión del 17 de julio de " 1906—decía,—expresé que redactaría oportunamente un proyecto " sobre expulsión de extranjeros, cuestión que a mi juicio se había " tratado de manera inadecuada, tanto por los defensores de nues- " tra llamada ley de residencia, como por parte de algunos de sus " impugnadores.

" Como se trata de un asunto fundamental, conviene consi- " derarlo con la atención que merece.

*

* *

124. La preocupación de poblar.—Los hombres que contribuyeron a cimentar la nacionalidad, vivían preocupados con el espectáculo del desierto. Alberdi, en el capítulo de sus Bases, que tituló: "En América, gobernar es poblar", decía con su elocuencia característica:

" ¿Qué nombre daréis, qué nombre merece un país com- " puesto de doscientas mil leguas de territorio y de una po- " blación de ochocientos mil habitantes? Un desierto. ¿Qué nom- " bre daréis a la Constitución de ese país? La Constitución de un " desierto. Pues bien, ese país es la República Argentina; y cuales-

(1) Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyectos a estudio. Página 5.

"quiera que sea su Constitución no será otra cosa por muchos "años que la Constitución de un desierto."

Creía el ilustre pensador que los gobiernos americanos no tenían otra misión seria que la de desenvolver la población, debiendo, para conseguirlo, fomentar la inmigración europea.

Pero, con la previsión del talento, Alberdi, a pesar de su preocupación del desierto, no creía que la misión de poblar consistía en obtener masas humanas de cualquier clase, sino en atraer poblaciones civilizadas. "Gobernar es poblar" — decía, — pero sin echar en olvido que poblar puede ser apestar, embrutecer, esclavizar, según que la población trasplantada o inmigrada, en vez de ser civilizada, sea atrasada, pobre, corrompida. ¿Por qué extrañar que en este caso hubiese quien pensara que gobernar es, con más razón, despoblar?

La visión dominante lo hace decir, sin embargo, que no se debe excluir al mal extranjero, porque eso nos puede llevar después a rechazar al bueno; pero en seguida reacciona y concreta su pensamiento diciendo que debe fomentarse la inmigración europea y distribuirse bien, pues poblar no es civilizar, sino embrutecer, cuando se puebla con chinos, con indios y con negros.

*

* *

125. Los preceptos constitucionales sobre población y los intereses del país.—Con esas ideas fundamentales, la Constitución incorporó al prólogo una invitación a gozar de sus beneficios a todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, y concretó sus propósitos en el artículo 25 de la misma, que impone al gobierno federal el fomento de la inmigración europea, y declara que no podrá restringirse, limitarse ni gravarse la entrada al territorio de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias y enseñar las ciencias y las artes.

La misma Constitución, al enumerar las atribuciones del Congreso, dice en el artículo 67, inciso 16, que el Poder Legislativo promoverá la inmigración.

Las ideas políticas, lo mismo que las ideas morales, no son estacionarias; varían por imposiciones de cultura, por motivos económicos y por razones de convivencia. Los principios de un pueblo en formación con el fantasma del desierto que reclama actividades, no son, no pueden ser los mismos que los de una nación formada, que ha dominado su propio territorio, ni que los de un Estado saturado en cuanto a la población.

Nosotros hemos resuelto el problema del desierto, puesto que el territorio se encuentra conquistado; estamos en camino de resolver el de la población; pero tenemos ahora el otro factor a que se refería Alberdi cuando hablaba de los malos elementos que al concurrir apestan y despueblan.

El problema se encuentra entonces planteado en términos bien precisos: debemos fomentar la inmigración europea, no debemos restringir la entrada del que venga para acrecer nuestro progreso; pero podemos y debemos rechazar al que tienda con su presencia e instalación a contrariar el desenvolvimiento nacional. Todo, sin embargo, dentro de los preceptos de la Constitución, que son fundamentales y que no pueden alterar las leyes del Congreso.

*

* *

126. El derecho nacional a la defensa.—El derecho del Estado contra los malos elementos que puedan venir de otras partes, es tan evidente como el derecho a defenderse de las epidemias o de las plagas. Nadie lo discute, y los mismos términos de la Constitución, amplísima en sus propósitos, contienen restricciones de acuerdo con la verdadera doctrina. El derecho, por consiguiente, a negar la entrada a los que puedan ser elementos inconvenientes en nuestro desarrollo, por causas personales congénitas o adquiridas, como por causas sociales, no se discute. Ya veremos, sin embargo, en qué condiciones de defensa nos encontramos con relación a este punto tan interesante, cuyos fundamentos jurídicos no se atacan.

El tema se presta, sin embargo, a la controversia, apasionada muchas veces, cuando se trata de la expulsión del extranjero incorporado al país, al cual se trata de poner fuera de las fronteras por causas de índole diversa.

Examinaré el asunto, que vale la pena ser estudiado, primeramente bajo el punto de vista doctrinario; en segundo término, a

través de nuestros antecedentes legislativos, y en tercer lugar, con referencia al proyecto que presento (1), donde concreto las ideas que supongo acertadas, teniendo en cuenta la ciencia y los precedentes nacionales que encuadran en la Constitución.

*

* *

127. Los preceptos extraños y los límites sensatos de su adaptación.—La expulsión es considerada por la generalidad de los autores europeos como una medida de administración que toma el poder ejecutivo o simplemente un ministro, cuando considera que un extranjero quebranta la tranquilidad o el orden público. No la consideran una pena, y por eso no atribuyen su aplicación al poder judicial.

Alexis Martini, en su libro "L'expulsion des etrangers", trata el asunto como si estuviera consagrado y no pudiera ser objeto de discusión, diciendo:

" La expulsión no es una pena; es una medida de policía co-
" mo lo declara la ley de 3 de diciembre de 1849 (art. 7), tomada
" respecto al extranjero que quebranta la tranquilidad y el or-
" den públicos."

La teoría que consagran las leyes de la mayor parte de los países del mundo, al sostener que la expulsión de extranjeros es una simple medida policial que debe ser aplicada por las autoridades administrativas, no puede ser aceptada entre nosotros. Cuando percibimos una dificultad o un problema social, tenemos la costumbre de buscar el precedente, lo que demuestra sensatez, porque aquél encierra la experiencia y a veces la sabiduría ajena. Pero el precedente no siempre es eficaz, porque nuestra organización democrática es particular, y tanto los fundamentos como los articulados de leyes extrañas son, en muchos casos, contrarios a los rasgos básicos de los preceptos que nos rigen. De aquí que, si bien es conveniente estudiar antecedentes extraños, es necesario no aceptar sin examen detenido, y en todos los casos adaptar, que es siempre mejor que copiar. En materia de expulsión de extranjeros hemos copiado, sin tener en cuenta que las leyes posibles en Francia, Inglaterra, Bélgica, Italia, Holanda, Rumania, Rusia, Suiza y Estados alemanes, pueden no ser susceptibles de vigencia entre nosotros, porque tenemos principios en la Constitución que las leyes del Congreso no pueden alterar ni modificar.

(1) Debe tenerse presente que estos párrafos repiten los fundamentos del proyecto que presenté a la Cámara de Diputados.

Pero antes de pasar al examen del asunto bajo el punto de vista argentino, examinaré lo relativo al derecho de expulsión en sí mismo.

*

* *

128. Fundamentos del derecho de expulsión.—La facultad de expulsar a los extranjeros deriva de la soberanía. Todo país puede constituirse y darse las instituciones que encuentre oportunas, dentro de ciertos principios impuestos por la convivencia de los Estados. Puede, en su legislación, impedir la entrada y reglamentarla; luego, a los que ya se encuentren puede obligarlos a salir, si contrarían su desenvolvimiento. El destierro es una pena que admiten los códigos del mundo entero, y que nadie discute. Lo que es y puede ser motivo de controversia, no es el derecho en sí, sino los motivos que pueden determinarlo y la forma de hacerlo efectivo.

Las críticas que se han levantado contra el derecho de expulsión, se dirigen casi siempre a los puntos referidos. Los que sostienen su improcedencia completa, son los que pretendiendo hacer triunfar ideas más avanzadas, que son ideales prematuros, sostienen la inconveniencia de las fronteras y de las divisiones políticas entre los pueblos.

Mientras haya Estados, mientras existan la guerra y la paz, mientras tengamos nacionales y extranjeros, el derecho de expulsión no podrá controvertirse y sólo se podrá disentir en las causas, formas, oportunidades y jurisdicciones dentro de las leyes de cada país.

*

* *

129. Antecedentes nacionales sobre expulsión de extranjeros.—Entre nosotros la expulsión de los extranjeros ha dado lugar a

dos leyes, a numerosos proyectos y a frecuentes disertaciones, tanto científicas como partidarias. Un partido político, el socialista, ha inscripto en su programa y como aspiración de su núcleo, la derogación de las leyes que reglamentan la expulsión de extranjeros; y ese sólo hecho, mantiene el asunto en el tapete de la discusión.

Conviene entonces, y para reunir los elementos que nos darán orientaciones, examinar los antecedentes nacionales.

En mayo de 1899, el senador doctor Miguel Cané presentó a la Cámara de Senadores un proyecto de ley sobre expulsión de extranjeros. En ese proyecto se autorizaba al Poder Ejecutivo para impedir la entrada de todo extranjero que pudiera comprometer la seguridad nacional, turbar el orden público o la tranquilidad social, lo mismo la de todo aquel que estuviere condenado o perseguido a causa de crímenes o delitos comunes.

Autorizaba asimismo para expulsar por decreto al extranjero condenado o perseguido y por decreto en acuerdo de ministros al que pudiera comprometer la seguridad, tranquilidad u orden públicos.

El doctor Cané fundó ese proyecto en consideraciones jurídicas y sociales de orden general y en la legislación extranjera. El proyecto en cuestión fué el primer paso dado en el sentido de la expulsión de extranjeros por decreto del Poder Ejecutivo sin distinciones de ninguna clase.

Ese proyecto fué estudiado por la comisión respectiva con la concurrencia de los ministros del Interior, Relaciones Exteriores y Justicia, conviniéndose después de varias conferencias, en que el primero de los nombrados daría forma al pensamiento dominante. En cumplimiento de esa promesa, el Poder Ejecutivo, con fecha 28 de julio de 1900 envió un mensaje al Congreso sometiendo a su consideración un proyecto de ley sobre entrada, residencia y expulsión de extranjeros.

En dicho proyecto, que tiene tres capítulos, se autoriza al presidente de la República para remover o expulsar a los extranjeros del territorio, estableciendo que podrá el presidente hacer uso de la medida sin dar motivos ni fundamentos.

La Comisión de Negocios Constitucionales del Senado estudió los proyectos del senador Cané y del Poder Ejecutivo, y aconsejó en substitución de aquéllos, uno muy simple, compuesto de cuatro artículos, por el cual se autoriza al Poder Ejecutivo a impedir

la entrada a extranjeros, a expulsarlos y a detenerlos hasta hacer efectiva la orden de expulsión.

El despacho se trató en la sesión celebrada el 22 de noviembre de 1902 y fué aprobado después de breve discusión. El senador Pérez, que fundó el despacho, aludió a las huelgas, que fueron en realidad las que motivaron la planteación del asunto, y dijo que todas las naciones estaban armadas de esa facultad de expulsión, la que no debía conferirse al Poder Judicial dados sus procedimientos lentos y tramitaciones morosas.

El senador Mantilla, que manifestó su conformidad con el derecho, aludió a los preceptos constitucionales que garantizan la defensa, dividen los poderes y colocan a los extranjeros en un pie de igualdad con los nacionales, para oponerse a la sanción en la forma que se pretendía. No obstante esa opinión, el proyecto se sancionó en la cámara referida, después de una exposición del senador Cané, que aludió a la jurisprudencia norteamericana, y de unas palabras vertidas por el ministro del Interior.

En la misma fecha en que se aprobó el proyecto por el Senado, o sea el 22 de noviembre de 1902, fué considerado en la Cámara de Diputados. El Poder Ejecutivo remitió un mensaje pidiendo se tratara en la noche de ese día la ley pendiente, invocando como causa para esa medida extraordinaria los sucesos que se estaban desarrollando en la Capital y en la provincia de Buenos Aires, con motivo de la huelga de numerosos gremios que amenazaban el orden público, los intereses del comercio y la navegación, y, por consiguiente, la riqueza pública.

El diputado doctor Gouchón se opuso a la sanción reclamada por encontrar que la ley en proyecto confería al Poder Ejecutivo facultades judiciales. El diputado Carbó se opuso también, y después de un debate rápido en que tomaron parte varios diputados, el proyecto quedó convertido en ley. Esa ley lleva el número 4144, y se conoce con el nombre de ley de residencia.

* * *

130. Juicio sobre la ley de residencia.—La sanción de la ley de residencia fué, sin duda alguna, precipitada. Fué obra de las circunstancias; se produjo a raíz de una huelga que comprometió

la seguridad pública, y la sanción, producida sin mayores contralores, se hizo en un día, por un congreso políticamente solidarizado con el Poder Ejecutivo que la reclamaba.

Se dictó sin mayor examen y sin verificar diferencias ni distinciones. Se colocó en la misma situación a todo extranjero por el hecho de serlo, sin distinguir entre los afincados y los no afincados; entre los solteros y los casados; entre los que tuvieren esposa argentina o extranjera; entre los que tuviesen residencia de pocos días o meses y los radicados en el país desde años atrás. No se consideró nada, no se tuvo criterio científico, no se consultaron siquiera otras leyes extranjeras, donde se hacen diferencias y se reglamentan las atribuciones. Se dictó lisa y llanamente con una autorización amplísima, y se dió por concluído el asunto.

La ley ha sufrido algunas modificaciones, más bien ha sido complementada por la ley número 7029, llamada de seguridad social; pero no lo ha sido para reconocer errores, sino por el contrario, para cimentarlos. Pero, antes de pasar al examen de la ley número 7029, hoy derogada, en cuanto es complementaria de la número 4144, conviene establecer, vistos ya los antecedentes a que antes me referí, cuál es la situación de la ley de residencia frente a nuestros preceptos fundamentales.

*

* *

131. La ley de residencia contraría la Constitución.—En mi concepto, la ley número 4144 al reglamentar un derecho derivado de la soberanía, como es el de expulsión, ha infringido la Constitución Nacional, porque ha atribuído a un poder facultades que corresponden a otro, y ha privado a los extranjeros de los derechos que aquélla les confiere.

Fácil será comprobar esta afirmación.

La ley número 4144 autoriza al Poder Ejecutivo para ordenar la salida de los extranjeros del territorio de la Nación, es decir, para expulsarlos, y usa el término expulsión en el artículo 4.°, cuando dice:

"El extranjero contra quien se haya decretado la expulsión tendrá tres días para salir del país, pudiendo el Poder Ejecutivo, como medida de seguridad, ordenar su detención hasta el momento del embarque."

El Código Penal, por su parte, en el artículo 71, decía que "el condenado a destierro será expulsado de la República y conducido por orden del gobierno hasta ponerlo fuera del territorio de la Nación."

Expulsar del territorio, es, por tanto, en nuestra legislación represiva, castigar, desde que el destierro, que es la expulsión, es una pena contenida en nuestro código. Decir que en unos casos es pena y en otros medida administrativa o de policía, es verificar una distinción sutil que sólo pone de manifiesto un sofisma.

La ley resulta atacable bajo el punto de vista de los preceptos que amparan al extranjero y bajo el de las disposiciones que se refieren a la división de los poderes.

Todos los habitantes de la Nación, es el enunciado del artículo 14 de la Constitución Nacional, cuando enumera derechos que comprenden a nacionales y extranjeros. Todos los habitantes son iguales, dice el artículo 16, gozando los extranjeros, como lo establece el artículo 20, de todos los derechos civiles del ciudadano en el territorio de la Nación.

La igualdad constitucional se refiere a los derechos, a su ejercicio y al juzgamiento. Los habitantes de la Nación no pueden ser penados sino previo juicio por sus jueces naturales, y previa defensa. Así lo dice el artículo 18.

De manera que dictar una ley de excepción que autoriza al Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros, sin dar cuenta a nadie, sin juicio previo, sin defensa, es, a mi entender, contrariar preceptos expresos de nuestra carta fundamental

El código vigente ha suprimido la pena de destierro, pero eso no destruye el argumento desde que el destierro es una pena. La ley de residencia autorizaría, así, al Poder Ejecutivo para aplicar una penalidad especial, que no está en nuestro código, pero que existe en otros sistemas represivos.

*

* *

132. Las iniciativas políticas para derogar la ley de residencia.—El partido Socialista, en diferentes oportunidades, en la Cámara de Senadores, por medio del doctor del Valle Iberlucea, y en la Cámara de Diputados por medio del doctor Palacios, ha re-

querido la derogación de la ley de residencia, verificando también movimientos populares tendientes a ese objeto. Pero los proyectos han pretendido la derogación y no el reemplazo. Han atacado la ley como inconveniente, pero no han indicado la manera de substituirla, ni el modo de hacer efectivo el derecho de expulsión, que es una defensa y que emana de la soberanía.

Por eso, en primer término, han fracasado las iniciativas tomadas, pues para triunfar sobre lo malo existente no basta con reclamar la demolición, sino que es preciso decir qué se coloca en el lugar donde antes estaba lo que quiere quitarse.

La salud pública, en su acepción más comprensiva, es una razón suprema que justifica las medidas legislativas tendientes a evitar se comprometa. La salud pública, personal y social, reclama la defensa contra los malos elementos extraños. Casi todos los países civilizados se han defendido, de manera que si uno no lo hiciera se convertiría en poco tiempo en el receptáculo de los desperdicios humanos de todas partes. Si no hubiera así, como la hay, una justificación jurídica para autorizar la defensa y el saneamiento del país, existiría la razón superior de la necesidad. Por eso he considerado que las iniciativas socialistas eran incompletas, pues tendían a dejarnos sin leyes de expulsión y de depuración inmigratoria, o sea en condiciones de inferioridad con relación a todos los otros Estados del globo. Pretendo, en consecuencia, conservar la facultad, hacer que la defensa sea más eficaz, si es posible, que la actual, pero que sea justa y se encuentre encuadrada dentro de los preceptos fundamentales que nos rigen. Pero antes de pasar a la planteación del asunto en términos concretos, debo concluir con el examen de los antecedentes nacionales.

*

* *

133. Los preceptos de la ley de seguridad social.—La ley número 4144, no sólo injusta sino incompleta, era contemplada como inconveniente por unos y otros. Los que entendían, como los socialistas, que la derogación era necesaria, sostenían simplemente su abrogación, haciendo el argumento de la injusticia y la inconstitucionalidad. Los que pensaban con un criterio ultraconservador y autoritario, aspiraban a completarla, haciéndola más eficaz. Reclamaban estos últimos la pena corporal para el que volviera al país después de haber sido expulsado; la pérdida de la ciudadanía que hubiesen obtenido algunos extranjeros, considerados susceptibles de la expulsión, y una mayor rigidez en cuanto a la selección de los inmigrantes.

Pero tampoco, esta vez, dominó el criterio científico, y así como hechos anormales dieron lugar a la ley número 4144, discutida y sancionada bajo la presión de los mismos, otros hechos, también anormales, movieron al Congreso a dictar la ley número 7029, llamada de seguridad social, y que era aún más anacrónica, más injusta y más atentatoria que la de residencia.

Esa ley, bajo el punto de vista penal, era el absurdo mismo, Se pensó en una ley de terror, pretendiendo intimidar con enunciados, y se atropelló contra el buen sentido. Se impuso la pena de muerte a las mujeres y a los menores; se repitió el Código inútilmente en algunas partes; se aumentaron las penas en otras y también se disminuyeron seguramente por no haberse tenido en cuenta aquel conjunto represivo. Se alteraron los principios de la legislación en vigor y se creó un articulado confuso, contradictorio e inaplicable. Se fijó para los delitos enumerados en la misma la jurisdicción federal, la que no correspondía como se declaró por los tribunales, y se fijaron plazos imposibles para substanciación de las causas, sin indicar procedimientos.

Pero como vivimos en el país de los hechos consumados, la ley sancionada, a pesar de que todos la reconocían como detestable, continuó rigiendo para escarnio de nuestras instituciones jurídicas. Pero, como era necesario reprimir nuevos aspectos de la delincuencia y es indispensable la defensa del Estado, la derogación simple no satisfacía y se hacía necesario dictar una ley adecuada.

*

* *

134. Críticas autorizadas contra la ley de residencia.—La ley de seguridad social tenía preceptos represivos que incorporé oportunamente a mi proyecto de Código Penal, y tenía también disposiciones relacionadas con la defensa del país respecto a los malos elementos extraños. En consecuencia, debo tenerla en cuenta, por

lo menos en los propósitos, al plantear las bases del proyecto sobre expulsión de extranjeros.

Jurisconsultos y publicistas que no se encuentran afiliados a partidos han elevado su voz en contra de nuestras leyes sobre expulsión de extranjeros. Rodolfo Rivarola, cuya autoridad en esta materia confiere verdadera importancia a su palabra, ha expresado su opinión adversa a la forma y al contenido de la ley. Los profesores Raimundo Wilmart y Jesús H. Paz también la han combatido, siendo igualmente contraria la opinión del doctor Carlos Rodríguez Larreta.

Lo que tiene nuestra ley de más chocante, es que entrega al Poder Ejecutivo y sin limitaciones, una facultad que sólo en ciertos casos puede ser administrativa; que no distingue entre diversas clases de extranjeros, y que coloca en la misma situación al que ha llegado al país recientemente para ejercer profesiones innobles y al que está radicado desde hace años. Para la ley es lo mismo el proxeneta extranjero, siempre despreciable, que el extranjero afincado con familia, esposa e hijos argentinos. Enunciar el hecho equivale a desear preocuparse de hacer cesar ese anacronismo e ir al estudio y a la reforma del sistema vigente. Debemos distinguir entre extranjeros y extranjeros; respetar a unos, traerlos, fusionarlos con nuestro medio y repeler a otros; pero todo dentro de las garantías ofrecidas por nuestra Constitución a todos los habitantes del país.

La palabra socialista, serena y científica, se encuentra bien de manifiesto en la exposición del senador doctor del Valle Iberlucea, publicada en el Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, en la página 55 del tomo correspondiente al año 1914. En sus fundamentos, el senador del Valle Iberlucea no dice si piensa que pueda un país hacer uso del derecho de expulsión; pero sus palabras se dirigen principalmente a combatir la expulsión, que llama arbitraria, o sea a la decretada por autoridades administrativas sin contralor.

El diputado doctor Alfredo L. Palacios, en 1904 y en 1905 pretendió reabrir el debate sobre las leyes números 4144 y 7029, pero proponiendo siempre la derogación y no la modificación. Dicho ex legislador, cuya labor es conocida, representaba también la opinión socialista, ilustrada y respetable. Ahora ha repetido su esfuerzo el diputado de Tomaso.

" El Congreso puede declarar el estado de sitio y aprobar el

" decretado durante su receso por el Poder Ejecutivo"—dice el inciso 26 del artículo 67 de la Constitución.—El estado de sitio, que suspende garantías fundamentales, autoriza al Poder Ejecutivo, según lo establece el artículo 23 de la Constitución, para arrestar a las personas y trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.

Los extranjeros, según las leyes 4144 y 7029, se hallan siempre en estado de sitio, puesto que el Poder Ejecutivo se encuentra autorizado para trasladarlos, expulsarlos y arrestarlos hasta hacer efectiva la expulsión. Basta el enunciado para comprender una vez más, que debe, por lo menos, afrontarse la discusión acerca de estas leyes inconvenientes. Rehuyendo ese debate, no es como contribuirá a prestigiarse el Congreso argentino.

Examinados los antecedentes, es necesario concretar las ideas que sustento, las que se refieren a tres puntos diferentes: la entrada al país de los extranjeros; la expulsión de los mismos del territorio nacional; y las cuestiones que se presentan cuando el destinado a ser expulsado tiene carta de ciudadanía. Esos tres puntos que examinaré separadamente, constituyen capítulos del proyecto presentado en oportunidad.

*

* *

135. Admisión de extranjeros.—La entrada de extranjeros a nuestro país se encuentra relacionada con la inmigración. La ley de 19 de octubre de 1876, se refiere solamente a ellos, y sólo la número 7029 emplea términos más generales, pues se dirige a los extranjeros sin perjuicio de lo dispuesto por la ley de inmigración. Es preciso para orientarse fijar los conceptos vigentes, antes de hablar de las reformas.

La ley de inmigración se refiere a los inmigrantes, a los que define en el artículo 12, diciendo que inmigrante es "todo extran-
" jero jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor, que
" siendo menor de sesenta años y acreditando su moralidad y sus
" aptitudes, llegase a la República para establecerse en ella, en
" buques a vapor o a vela, pagando pasaje de segunda o tercera
" clase."

" Los capitanes de buques conductores de inmigrantes, no po-

" drán transportar a la República en calidad de tales inmigrantes—
" dice el artículo 32 de la ley—a los enfermos de mal contagioso,
" a los que tuviesen un vicio orgánico que los hiciese inútiles para
" el trabajo, a los dementes, mendigos, presidiarios y criminales,
" lo mismo que a los mayores de sesenta años, a no ser jefes de fa-
" milia."

El Departamento General de Inmigración es el encargado de fiscalizar la entrada, de acuerdo con la ley y el decreto reglamentario de 4 de marzo de 1880. Posteriormente, un decreto de 28 de octubre de 1913 prohibe el desembarco de inmigrantes que tuvieren síntomas de tuberculosis, lepra o tracoma; y otro de 26 de abril del año 1916, establece cuáles son los inmigrantes considerados con un vicio orgánico que los haga inútiles para el trabajo, de acuerdo con el artículo 32 de la ley. Esas personas son, según el decreto, los ciegos, los sordomudos, los paralíticos, los inválidos de ambos brazos o del brazo derecho, los de ambas piernas u otro vicio o defecto que disminuya su capacidad para el trabajo; los dementes, idiotas, imbéciles, epilépticos y los afectados de cualquier forma de enajenación mental; los mendigos, las mujeres solas con hijos menores de diez años, los gitanos y otras personas que se presuma puedan caer a cargo de la beneficencia pública.

Esas disposiciones se refieren a los inmigrantes, es decir, a los pasajeros de segunda y tercera clase que pretenden acogerse a los beneficios de esa situación, pero no se dirigen a todos los otros extranjeros, es decir, a los que no requieren los beneficios de la calidad de inmigrante y a los que no viajen en segunda o tercera clase.

La ley número 4144 autoriza al Poder Ejecutivo para impedir la entrada de los extranjeros condenados o perseguidos por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes y a los que por sus antecedentes sean susceptibles de comprometer la seguridad nacional o perturbar el orden público.

Por su parte, la ley número 7029 establece en el artículo 1.° que, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley de inmigración, queda prohibida la entrada y admisión en el territorio argentino de las siguientes clases de extranjeros:

" 1.° Los que hayan sufrido condenas o estén condenados por
" delitos comunes que según las leyes argentinas merezcan pena
" corporal;

" 2.° Los anarquistas y demás personas que profesan o pre-
" conizan el ataque por cualquier medio de fuerza o violencia con-

" tra los funcionarios públicos o los gobiernos en general, o contra
" las instituciones de la sociedad;

" 3.° Los que hayan sido expulsados de la República mien-
" tras no se derogue la orden de expulsión."

Quiere decir, en consecuencia, que la admisión de extranjeros en el territorio argentino se encuentra regida por dos grupos de disposiciones: una referente a los inmigrantes, y otra a los extranjeros que se consideran peligrosos bajo el punto de vista social. El Departamento General de Inmigración, sólo fiscaliza la entrada de inmigrantes, es decir, la de los pasajeros de segunda y tercera clase que vienen al país en el carácter de tales. Los que no son inmigrantes, como los que viajen en primera clase, escapan a esa jurisdicción.

El Departamento General de Inmigración impide la entrada de los inmigrantes que tuvieren inconvenientes físicos o taras o defectos sociales, de acuerdo con la ley y decretos reglamentarios. El Poder Ejecutivo, según las leyes números 4144 y 7029 debe impedir la entrada de los extranjeros que tuvieren inconvenientes sociales, nada más, de manera que los extranjeros no inmigrantes, enfermos o perjudiciales, pueden entrar al país, sin que tenga restricción alguna el ejercicio de esa posibilidad. Basta para eso que viajen en primera clase o que no sean inmigrantes. Individuos nocivos por tener enfermedades contagiosas, rezagos sociales como los caftens y las prostitutas, tienen entrada libre al país. Muchos de estos sujetos perjudiciales, que conocen las leyes del país, o que se informan de las mismas vienen en clases inferiores hasta Montevideo, y allí hasta Buenos Aires se embarcan en vapores de la carrera y en primera clase. Así burlan toda vigilancia.

Las jurisdicciones en cuanto se refiere a la entrada de los extranjeros, sin contar los contralores sanitarios que se ejercitan con relación a enfermedades epidémicas, son dos: la que ejercita el Departamento de Inmigración sólo sobre los inmigrantes, y la que se refiere al Poder Ejecutivo en las leyes sociales. Esta última se hace efectiva por medio de la policía, que ocupa la sección investigaciones; y, generalmente, las medidas se toman de acuerdo con avisos de las policías extranjeras o de los agentes diplomáticos.

En esas dos jurisdicciones los preceptos vigentes son incompletos. En cuanto se refiere a la inmigración, porque no se han tenido en cuenta en la ley respectiva los inconvenientes de raza para prohibir ciertas inmigraciones exóticas; y en cuanto a las leyes so-

ciales, porque la preocupación del Congreso ha sido combatir a los anarquistas, y no en general a los individuos peligrosos o perjudiciales.

Entiendo, por eso, que deben completarse las leyes en vigor con disposiciones amplias que representen para el país una verdadera defensa.

*
* *

136. La defensa nacional contra los elementos extraños.—En el estado actual de la civilización y cualesquiera que sean los idealismos que se compartan respecto a organizaciones y solidaridades futuras, los pueblos se encuentran divididos en Estados, con organización, modalidades, idioma y gobierno propios. Cada país tiene la responsabilidad de sus actos y la carga al mismo tiempo que la ventaja de los individuos nacidos en su suelo. Todos los Estados se defienden contra los elementos extraños que consideran inconvenientes y aceptan como un lote molesto pero fatal a los elementos propios que contrarían su desarrollo. Se defienden de los nativos con el Código Penal y las cárceles, no habiendo creado hasta hoy la civilización mundial medios más humanos y científicos.

Pero como todos en esta convivencia de las naciones aceptan los principios enunciados, un país que no se defendiera cerrando las puertas, cargaría con todos los seres anormales, desgraciados y peligrosos del mundo, aumentando la población de sus hospicios, degenerando su raza y fomentando la mendicidad.

De aquí que cada uno, para equilibrar, cargue con lo que le pertenece, y que a esos efectos sea indispensable dictar la ley que permita colocar en la puerta, y por razones de salud pública, un centinela severo. Es una medida de previsión, de defensa social y de necesidad nacional.

Propongo que nos defendamos—decía—contra: a) Los inconvenientes de raza; b) Los estigmas personales congénitos y adquiridos; y c) Los vicios sociales. De esa manera depuramos el país y le incorporamos solamente elementos útiles, que impulsen su progreso.

Nuestra Constitución habla de fomentar la inmigración europea. Se refiere al usar esos términos a los hombres de la raza dominante en Europa, como lo dice Alberdi en sus "Bases". Excluye—como decía el ilustre pensador—a los negros, los indios y los chinos, es decir, a los individuos de color.

Dos países americanos, Estados Unidos en el norte y el Brasil en el sud, tienen planteado el problema del negro, que causa, sobre todo en el primero de los Estados nombrados, la preocupación de muchos de sus estadistas. El problema del negro es allí una consecuencia de la política colonial y de la que dominó en los primeros tiempos de la organización independiente. Esos negros son los descendientes de los esclavos que se importaron de Africa para los trabajos serviles, y que tomaron después su revancha con su acción de presencia como ciudadanos. Nosotros, que no hemos esclavizado pueblos ni personas, no tenemos porqué cargar con el lote amargo de los que cometieron ese error y llevaron a su suelo los exponentes de una raza inferior.

La República Argentina debe ser poblada, pero con los elementos con que quiere verse favorecida Australia, admirablemente previsora, es decir, con hombres civilizados y pertenecientes a una raza superior. Es preferible incorporar poco y bueno más bien que mucho y deficiente.

Debemos, por tanto, empezar como lo propongo, impidiendo la entrada al país de los inmigrantes de razas inferiores. Me refiero en esta parte sólo a los inmigrantes, porque se trata de cerrar la puerta a conjuntos exóticos que pretendan establecerse en el país, y no prohibir la concurrencia a los viajeros.

En segundo término, y con carácter general, entiendo que debe impedirse la entrada a los enfermos de enfermedades contagiosas, por motivos de salud pública perfectamente explicables; a los inválidos inmigrantes, porque no se viene a trabajar al país sin tener los medios de hacerlo y no tiene el Estado argentino porqué cargar con seres que pesarán sobre las instituciones de beneficencia. Esto último es de verdadera oportunidad, pues a la terminación de la guerra europea, habrán en el viejo continente lisiados de toda clase, muchos de los cuales buscarán la protección extraña, que sería agradable poder prestar, pero que no podemos pensar en proporcionarla.

En tercer lugar, sostengo que debe proscribirse la entrada al territorio de los individuos que fueren socialmente inconvenientes para nuestro desarrollo. Comprendo en esta clase a los que tuvieren profesiones contrarias a las buenas costumbres, como las pros-

titutas y los caftens; a los que no tuviesen profesión ni medios de vida; a los condenados y a los agitadores profesionales. No empleo el término anarquista, expresamente. Anarquista es una palabra que supone en los individuos a quienes se aplica una orientación intelectual determinada. Anarquista no es sólo el que arroja bombas o perturba el orden admitido; anarquista es también el pensador que teoriza en el más elevado orden de ideas, contra la organización existente. Por eso no uso la denominación para impedir la entrada de quienes la comparten, pues hay anarquistas cuya permanencia en el país no puede representar un peligro constitucional, y hay muchos que no lo son que conviene que se queden en su tierra y no concurran para perturbarnos.

Algunas de las prohibiciones son de carácter general y alcanzan a todos los extranjeros que pretenden entrar al país, y otras se refieren sólo a los inmigrantes. Las distinciones se explican con lo ya expuesto, por cuanto las generales se dirigen a los sujetos repugnantes a nuestro desarrollo, por su estado físico, mental o social, prescindiendo de las condiciones particulares; y las parciales afectan sólo a los inmigrantes, o sea a los que debiendo venir a trabajar no pueden por su situación personal llenar ese programa y amenazan pesar sobre nuestro país.

*
* *

137. Antecedentes norteamericanos.—Los antecedentes nacionales recordados brevemente y el ejemplo de los demás países, justifican el articulado del primer capítulo del proyecto.

Los Estados Unidos, país que nos sirve de antecedente y referencia en muchas de sus instituciones, han dictado una ley de inmigración muy completa, que conviene tener presente. Esa ley, de 20 de febrero de 1907, ha sido precedida de otras menos perfectas y que han dado lugar al estudio detenido de la cuestión. En ella, por demás se contiene todo lo necesario para la defensa del país contra los *undesirables*, es decir, los extranjeros que se desea no penetren al territorio.

El primer antecedente americano, la ley de 3 de marzo de 1875, dictada cuando ya se hacían sentir los inconvenientes de ciertos inmigrantes, impedía la entrada a los Estados Unidos de toda persona condenada y de las mujeres destinadas a las prostitución. Contenía penas para los que la violaban, y autorizaba la inspección de los navíos dedicados al transporte de pasajeros. Era una ley de policía, más que una ley de inmigración. La primera que puede recibir este último nombre, es la ley de 3 de agosto de 1882, que crea el fondo de inmigración, formado con un impuesto sobre todo pasajero que entre a los Estados Unidos, no siendo ciudadano. Esa ley tuvo una excepción en la de 26 de julio de 1884, relacionada con los pasajeros que penetrasen por tierra y los que provinieran de puertos americanos, de Canadá y de México.

Los trabajadores a jornal de los Estados Unidos reclamaron en diferentes oportunidades contra los que contrataban obreros en el extranjero, fijando allá los jornales, que siendo inferiores a los que se pagaban en el país, ocasionaban la baja de los salarios. La ley de 26 de febrero de 1885, para satisfacer a los trabajadores perjudicados por los empresarios, prohibió la inmigración de extranjeros que pretendieran entrar teniendo contratos de trabajo. Esa ley, que sólo exceptuaba a los artistas, cantores de profesión y conferencistas, se ha aplicado estrictamente, considerándose como de defensa nacional. La corte de circuito del distrito sud de Nueva York la juzgó aplicable al caso del contrato de un religioso, hecho por una asociación de ese carácter para que aquél se hiciera cargo de una iglesia. Por eso, la ley de 3 de marzo de 1891, extendió la excepción hecha a favor de los artistas para los ministros del culto, profesiones liberales y profesores de colegios.

La ley de 1891, para evitar el contrato de trabajo tácito, considera que se viola el estatuto de 1855 cuando se hace propaganda inmigratoria en el extranjero por medio de avisos en que se establecen precios. Al mismo tiempo, la ley referida de 1891, creó la superintendencia de inmigración, amplió la lista de personas que no podían entrar al territorio y autorizó al Gobierno para devolver al país de origen a todo extranjero que hubiere penetrado violando las leyes, dentro del año de su entrada al país.

Las disposiciones de esa ley, a pesar de que tenía una extensión considerable con relación a las anteriores, se consideraron insuficientes, y la de 3 de marzo de 1893 tomó medidas más severas respecto a la entrada de extranjeros. Estatutos posteriores aumentaron la tasa para la entrada de aquéllos e hicieron modificaciones en el Departamento de Inmigración, hasta que se dictó la ley general de 20 de febrero de 1907, actualmente en vigencia.

He señalado estos antecedentes antes de referirme a las disposiciones de la ley vigente en aquel país, para demostrar cómo los Estados Unidos, despreocupados de la defensa, cuando la nación estaba despoblada, se preocuparon de los *undesirables*, cuando la afluencia de los malos elementos se hizo sentir, tomando diferentes medidas, cada vez más rigurosas, para evitar la invasión de los que creían conveniente rechazar.

La sección 1.ª de la ley de 1907 no nos interesa, pues se refiere al impuesto de entrada, a las excepciones y al fondo de inmigración, es decir, trata de asuntos que no tienen relación con lo que pienso oportuno para nosotros.

La sección 2.ª enumera los extranjeros que no pueden entrar a los Estados Unidos, y que son los siguientes: las personas idiotas, imbéciles, débiles de espíritu, los epilépticos, los locos y las personas que han estado locas dentro de los cinco años anteriores; las personas que han sufrido dos o más ataques de enajenación mental en cualquier tiempo anterior; los indigentes; las personas que pueden llegar a ser una carga pública; los mendigos profesionales; las personas atacadas de tuberculosis o de enfermedad contagiosa, repugnante o peligrosa; las personas no comprendidas en las categorías enunciadas, pero en las cuales se comprueba con un certificado del médico examinador cualquiera insuficiencia mental o física que les impida ganarse fácilmente la vida; las personas convictas o confesas de haber cometido una falta contra el honor o cualquier otro crimen o delito de naturaleza infamante; los polígamos o personas que profesan la práctica de la poligamia; los anarquistas o las personas que profesen o preconicen la destrucción por la fuerza o la violencia del Gobierno de los Estados Unidos o de cualquier gobierno o de cualquier otra clase de leyes, o el asesinato de los funcionarios públicos; las prostitutas o las mujeres o menores que vengan a los Estados Unidos con el propósito de prostituirse o con otro fin inmoral; las personas que hacen profesión o que pretenden introducir prostitutas o mujeres o menores con el objeto de prostituirlas o con otro fin inmoral; las personas que en lo sucesivo se llamen "obreros contratados", que han sido traídos o estimulados a trasladarse a los Estados Unidos por medio de ofrecimientos o promesas de empleo, o por medio de contratos verbales, escritos o impresos, expresos o tácitos, con objeto de dedicarse al trabajo de cualquier género, que exijan o no pericia profesional; las personas que durante el término de un año, a contar de la fecha de sus pedidos de admisión en los Estados Unidos, han sido expulsadas por haber sido traídas o aconsejadas a trasladarse a los Estados Unidos en las condiciones antes enunciadas; toda persona cuyo billete o pasaje ha sido pagado por otra persona, o cuyo viaje se ha efectuado a expensas de otra persona, a no ser que se pruebe claramente que esa persona no pertenece a ninguna de las categorías de individuos excluídos y que el pasaje no ha sido pagado directa o indirectamente por ninguna corporación, asociación, sociedad, municipalidad, ni por ningún gobierno extranjero; todo niño menor de 16 años no acompañado de su padre y madre, o de uno de los dos, a juicio del secretario de Comercio y Trabajo, y en las condiciones previstas por los reglamentos.

La ley no se concreta a la enumeración, pues contiene penalidades como sanción de las infracciones y medidas previsoras relativas a los empresarios de transportes marítimos, fluviales y terrestres, relacionados con las prohibiciones. La misma ley dice en la sección 43, que no se derogan las disposiciones vigentes sobre inmigración de chinos o de personas de origen chino. A esos inmigrantes, de acuerdo con el tratado de 17 de noviembre de 1880, aprobado por ley de 6 de mayo de 1882, les está prohibido entrar a territorio americano. La ley de 1882, sancionada como he dicho a raíz de un tratado entre Estados Unidos y China, pues hubieron negociados diplomáticos largos para llegar a soluciones, autorizaba la suspensión de la inmigración chinesca por diez años, los que se ampliaron en veinte más por ley de 13 de septiembre de 1888, aprobatoria de un nuevo tratado de 12 de marzo de aquel año. El Gobierno americano debió verificar tratados para sancionar la prohibición, porque convenios anteriores con China autorizaban ampliamente la inmigración.

Una ley posterior de 1.º de octubre de 1888, prohibe totalmente la inmigración china en Estados Unidos, ley que dió lugar a negociados diplomáticos y a recursos antes los tribunales, pero que ha sido mantenida. Ella se dirige contra todos los "colies", y se basa en consideraciones de raza y de competencia en los salarios.

No considero oportuno sino enumerar antecedentes; por eso no toco con extensión el desarrollo del asunto en los Estados Unidos, el que ha dado motivo a que se escriban numerosos libros. Uno de los más completos es el de Salvy, titulado: "L'inmigration aux Etats-Unis et les lois fédérales".

*
* *

138. Otros precedentes extranjeros.—El Canadá, que menciono por su situación, prohibe también la entrada al territorio de una serie de personas, según lo establece su ley de inmigración. No pueden desembarcar en ese dominio: a) Los idiotas, imbéciles, débiles de espíritu, epilépticos, locos y aquellas personas que han padecido locura dentro de los cinco años anteriores al desembarco; b) Las personas atacadas de enfermedades repugnantes, contagiosas o infecciosas, o que puedan ser un peligro para la salud pública; c) Los mudos, ciegos o físicamente defectuosos, salvo que fueren acompañados por alguna familia que proporcione seguridades, o que vayan a reunirse a sus familias, que den seguridades o que tengan dinero suficiente, ocupación, comercio o empleo que aseguren no llegarán a ser carga pública; d) Las prostitutas, los que tengan provecho de ese negocio o pretendan entrar con propósitos inmorales; y e) Los mendigos de profesión, vagabundos o personas que puedan ser una carga pública. Tales son los *undesirables.*

México tiene una ley de 22 de diciembre de 1908, en la cual se contiene una lista de las clases de personas a las cuales les está prohibida la entrada al territorio. Dichas personas son las siguientes: enfermos, epilépticos, alienados, ancianos, raquíticos, lisiados, inútiles para el trabajo, niños menores de 16 años, condenados, perseguidos, mendigos y prostitutas. La ley detalla esas categorías de personas, cuidadosamente.

El Brasil tiene también una ley de 7 de enero de 1907, que es menos completa que las anteriores, pero que obedece a idénticos propósitos.

Puede anotarse, así, que todos los países de población escasa, que necesitan del inmigrante, se han preocupado de no comprometer la raza en elaboración con la entrada de sujetos inconvenientes.

Australia, que a pesar de su situación lejana y de su población reducida, podría haber evitado las restricciones tendientes a restarle inmigrantes, ha tenido la misma previsión y de manera bien absoluta. Quieren los naturales de ese dominio la "Australia blanca", y para eso se ha dictado la ley de 23 de diciembre de 1901. Se llama esa ley la "Inmigration restriccion bill", y se dirige especialmente a las razas inferiores.

Demuestran, así, los antecedentes y los ejemplos, que debemos ser previsores y cerrar las puertas del país a los *undesirables,* como dicen los americanos.

*
* *

139. El proyecto presentado.—El proyecto que acompaño—decía—se refiere en la primera sección a la entrada de extranjeros, prohibiendo el acceso a las personas antes referidas, con las distinciones necesarias. Así, se prohibe la entrada a todo extranjero, de manera absoluta, cuando es enfermo, peligroso o inadaptable a nuestro medio por razones sociales, cualesquiera que sea su situación pecuniaria, porque lo mismo contagia la lepra o la tuberculosis el banquero que el mendigo. En cambio, los inconvenientes de raza alcanzan sólo al inmigrante, esto es, al hombre que pretende incorporarse al país de manera permanente, y que quiere trabajar y establecerse. Excluyo al negro, al indio y al chino, porque la Constitución sólo propicia la inmigración europea, y porque no hay objeto de crear el problema nacional que representarían las colonias de esos elementos inferiores y extraños.

Atribuyo la vigilancia en la entrada a la Dirección de Inmigración, que hoy ejercita sus funciones con respecto a los inmigrantes de acuerdo con la definición de la ley de 1876, pero que no se extiende, como lo deseo, a todos los que quieran entrar al país. La Dirección podrá emplear a las policías como auxiliares.

La enumeración de las causas prohibitivas no es excluyente, pues el inciso m del artículo 2.° es amplio y subsana cualquier falta de previsión.

*
* *

140. Los preceptos relativos a la expulsión.—La segunda sección del proyecto se refiere a la expulsión de extranjeros. Las leyes números 4144 y 7029 han considerado a los efectos de la expulsión a todos los extranjeros en las mismas condiciones, y han autorizado el extrañamiento en todos los casos, armando al Poder Ejecutivo de la facultad de expulsar, sin limitaciones.

Hay en esa orientación un doble error: se incurre en él cuando se confiere al Poder Ejecutivo la facultad de expulsar lisa y llanamente, y cuando se autoriza la expulsión sin distinciones contra todo extranjero residente en el país.

Desde luego, cabe verificar una distinción fundamental entre las diferentes categorías de extranjeros habitantes de la República. Debemos atender, en primer lugar, a los que penetran al territorio infringiendo una ley, y en segundo, a los que entran haciendo uso de un derecho.

Los extranjeros que entran al territorio violando la vigilancia de las autoridades y contrariando preceptos legales, como ocurriría en el caso de sancionarse el proyecto, con los traficantes de mujeres por ejemplo, no habrían adquirido el derecho a estar en el país, puesto que no habrían podido penetrar. A estos extranjeros, es lógico que el Poder Ejecutivo, es decir, la autoridad encargada de cumplir las leyes, los expulse cuando compruebe la infracción y los capture. Pero a los extranjeros establecidos en el país, que han entrado con derecho, que están amparados por sus leyes y que gozan de todos sus beneficios, no se les debe someter a la jurisdicción excepcional del Poder Ejecutivo y dejarlos en permanente situación de estado de sitio sin alterarse principios fundamentales, que son conquistas de nuestra civilización. En estos casos, para expulsar, se requiere la intervención del Poder Judicial, el juicio, la acusación, la defensa y la sentencia.

Los extranjeros que entran violando una ley residen ilegalmente y pueden, en consecuencia, ser expulsados. La ley norteamericana de 1907, autoriza la expulsión de los que residen ilegalmente, dentro de los tres años de su llegada al país, por acción sola del Poder Ejecutivo; y la ley del Brasil, que también he citado, sólo confiere al Poder Ejecutivo la facultad de expulsar dentro de los dos años de la llegada del extranjero.

Considero, por tanto, que debemos autorizar al Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros que residen ilegalmente dentro de un término posterior a su llegada, que puede ser de dos años, y después de ese plazo, si el extranjero no ha sido expulsado, se encuentra en las condiciones del habitante del país, y sólo puede ser juzgado de acuerdo con sus leyes ordinarias.

El plazo tiende a impedir abusos y a evitar incertidumbres.

La expulsión puede ser juzgada por los tribunales federales, desde que el derecho a entrar en el territorio se encuentra regido por la Constitución y no forma la materia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 67 de aquélla. El juicio debe ser sumario y breve, autorizando el arresto, pero no haciéndolo indispensable.

De la manera propuesta se defiende al país y no se alteran los principios fundamentales que lo rigen.

Las causas en que se puede fundar la expulsión no pueden ser las mismas que autorizan a impedir la entrada. Las enfermedades, la invalidez, los defectos en general, no pueden autorizarla si han sido adquiridos en el país. En consecuencia, deben limitarse esas causales, como lo hago, reduciéndolas a los traficantes y prostitutas, condenados por tribunales extranjeros, y perturbadores del orden o la seguridad general.

Las disposiciones de detalle se explican por sí mismas.

*
* *

141. Transportes y violación de la expulsión.—De acuerdo con la ley número 7029, y teniendo en cuenta los principios de preceptos extranjeros, especialmente los norteamericanos, coloqué una serie de disposiciones tendientes a reprimir a los empresarios de transportes que infrinjan o propicien la infracción de la ley. Esos artículos no requieren mayor explicación.

Coloqué también un precepto en el cual se castiga al que viola la expulsión legalmente decretada; ese artículo podría, si se considera oportuno, incluirse en el Código Penal, relacionando así todos estos cuerpos de leyes de una manera adecuada.

*
* *

142.-La ciudadanía.—Me he referido, por fin, a la pérdida de la ciudadanía, la que deberá retirarse al extranjero a quien se expulsa del país, por sentencia de juez, en la misma sentencia en que se decreta la expulsión.

Como puede ocurrir que al dictarse sentencia en un proceso cualquiera que se tramite ante jueces nacionales o provinciales, se

aperciba el magistrado de que un acusado puede ser pasible de la expulsión, deberá establecer en su sentencia que, cumplida la pena o decretada la conmutación, el Poder Ejecutivo respectivo pondrá al penado a disposición del juez federal que corresponda, a sus efectos.

Excluyo, por último, de la expulsión, al extranjero que teniendo carta de ciudadanía se encontrase casado con mujer argentina o tuviese hijos argentinos. El extranjero en esas condiciones es un hijo del país, y no debe encontrarse ni hipotéticamente en condiciones diferentes a las de los nacionales.

*
* *

143. Necesidad de la ley.—La ley que permita vigilar la entrada al territorio es necesaria y es de defensa nacional. Es previsora y tiende a que incorporemos elementos útiles y evitemos serios problemas sociales para el futuro.

La ley de expulsión es también de defensa nacional, y, por consiguiente, igualmente necesaria; pero debe proporcionar garantías a los extranjeros, no dejándolos, como hoy ocurre, a disposición de cualquier autoridad de policía y sin la posibilidad de la defensa.

Debe, en consecuencia, no solamente derogarse lo existente, sino dictarse los nuevos preceptos acordes con la Constitución y tendientes a satisfacer nuestras necesidades.

Tal es lo que propuse, complementando el proyecto sobre Código Penal, al que incorporé las disposiciones represivas de la ley número 7029.

*
* *

144. Los principales preceptos de la ley en proyecto. La situación actual.—El proyecto empezaba, así, por afrontar la cuestión desde el principio. Todo extranjero que quiera entrar a la República debe sufrir un examen a los efectos de permitirse o denegarse su acceso.

Con examen, y si las autoridades son cuidadosas, el país se librará de los malos elementos extraños, no dejándose la admisión o el rechazo al criterio de los funcionarios, desde que la ley fijaría las condiciones en los artículos 2.° y 3.°.

Pero pueden presentarse otras circunstancias que obligan a la previsión legal, la que no sería completa con sólo impedir la entrada de determinados extranjeros. En efecto, pueden introducirse extranjeros, burlando la vigilancia de las autoridades, y pueden descubrirse y aun producirse los motivos que determinan la expulsión después de estar dentro del territorio.

La ley debía tomar en cuenta las dos posibilidades. Tratándose de extranjeros que hubieran entrado estando prohibido su acceso, el proyecto facultaba al Poder Ejecutivo, o sea a la autoridad administrativa, para la expulsión dentro de los dos años de su entrada. Pero cuando tuvieren más de dos años de residencia la expulsión no se podría decretar sino por los jueces. La ley fijaría el procedimiento y las formas de audiencia, ocupándose también de la cuestión cartas de ciudadanía y de las reglas relativas a los empresarios de transporte y capitanes.

Los fundamentos de estas disposiciones los he dado ampliamente en la transcripción anterior, o sea en los motivos expuestos ante la Cámara de Diputados.

El dicho proyecto fué pasado a estudio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, pero ésta se desprendió de su conocimiento, remitiéndolo a la de Negocios Constitucionales, por haberlo así resuelto la Cámara misma. Esta última comisión no lo despachó, lo que ha dado lugar, en mi concepto, a que haya quedado incompleto nuestro cuadro de leyes represivas.

Bastará observar que la ley de residencia deja todo en manos del Poder Ejecutivo, lo que puede dar lugar a la arbitrariedad en los dos sentidos, esto es, permitiendo que se expulse injustamente y sin admitir el reclamo o tolerando la permanencia de quienes no deben estar, pero que no pueden ser expulsados sino por el Poder Ejecutivo, sin que otra autoridad pueda hacerlo. Según el proyecto, los jueces podrían tomar la medida por denuncia de cualquiera, como ocurre con relación a todo delito.

Además, la ley de residencia no condenaba al que violase el destierro impuesto por el Poder Ejecutivo, lo que permitía el regreso de los expulsados. La ley número 7029, o sea la de seguridad social, completó la número 4144, castigando al que violaba el des-

tierro con confinamiento desde 3 hasta 6 años y una nueva expulsión. La ley número 7029 ha sido derogada por la ley número 11179, que promulgó el Código Penal, de manera que ahora estamos como antes, y la expulsión decretada por el Poder Ejecutivo puede violarse sin peligro alguno.

El Congreso deberá, pues, avocarse de nuevo al conocimiento de este asunto, para que la obra legislativa no tenga carácter fragmentario.

IX

Aplicación de la ley penal con relación al tiempo

145. El principio de la retroactividad benigna de la ley penal.—146. Antecedentes nacionales del precepto. El código derogado.—147. El código de Tejedor.—148. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—149. Proyecto de 1891 y sus fundamentos.—150. El proyecto de 1906.—151. La redacción de la comisión especial de diputados.—152. El principio consagrado en el código vigente.—153. El artículo 3.° y su origen.—154. Alcance del precepto.

Artículo 2.°

Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

Concordancias.—Código de Italia, artículo 2.—Código de Bélgica, 2.—Código de Portugal, 70.—Código de Holanda, 1.o—Código de Chile, 18.—Código del Uruguay, 1.o y 29.—Código de Venezuela, 41.—Código del Ecuador, 4.—Código de Noruega, 3.—Código de Alemania, 2.—Código de España, 23.—Código del Japón, 6.—Anteproyecto suizo de 1916, 2.—Proyecto alemán de 1909, 2.—Proyecto austriaco de 1909, 79.—Anteproyecto sueco de 1916, cap. I, art. 20.—Proyecto peruano de 1916, 7.o—Código argentino de 1886, 48.—Proyecto argentino de 1891, 7.—Proyecto argentino de 1906, 3.o.—Proyecto argentino de 1917, 2.o.—Proyecto de Tejedor, libro segundo, título primero, artículo 7.o.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 46.

*
* *

145. El principio de la retroactividad benigna de la ley penal. —Las leyes rigen desde la fecha de su promulgación. En materia represiva nadie puede ser penado sino en virtud de ley anterior al hecho de la causa. Esa regla, como lo hemos visto, es una garantía constitucional que no puede ser alterada por ningún estatuto legislativo.

El principio que tiende a evitar la arbitrariedad y el perjuicio, haciendo imposible la sanción de leyes tendientes a ser aplicadas a hechos ya producidos, no es como parece cuando se enuncia, de carácter absoluto. Por el contrario, reconoce excepciones, las que se producen cuando la ley nueva favorece a las personas acusadas o condenadas. La ley, en tales casos, tiene efecto retroactivo, designándose el principio que informa la regla con el nombre de retroactividad benigna de la ley penal.

El motivo que determina la retroactividad de la ley penal cuando los nuevos preceptos favorecen al encausado o condenado, es perfectamente lógico. Cuando una ley se modifica por medio de otra, el legislador reconoce que la ley derogada no es oportuna por haber variado las circunstancias que la determinaron, o que es errónea. En ambos casos sería absurdo hacer pesar las consecuencias del error sobre la persona que cometió el acto cuando dicha ley abrogada se encontraba en vigencia. De aquí que sea natural autorizar la aplicación de la ley nueva al encausado, y aun la revisión del proceso para el condenado.

El reconocimiento del legislador determina esa consecuencia.

No se podría observar el principio diciendo que el Parlamento pudo dictar la ley con un propósito tendencioso, desde que éste, para perdonar, no necesita modificar las leyes penales, bastándole con la amnistía o el indulto. Los ejecutivos, por su parte, pueden usar de la conmutación, y aun del mismo indulto, como lo veremos al estudiar lo relativo a la extinción de las penas.

*
* *

146. Antecedentes nacionales del precepto. El código derogado.—El artículo que nos ocupa es amplio en sus propósitos y fines.

Para fijar bien su alcance conviene estudiarlo a través de los antecedentes legislativos y doctrinarios.

El código derogado decía en el artículo 48:

" Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere dis-
" tinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo
" intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

" Si durante la condena se dictase una ley más benigna, la
" pena debe limitarse a la establecida por esa ley."

El precepto se refiere a encausados y condenados, y declara que en todos los casos procede aplicar la ley más benigna.

En algunas legislaciones el principio de la retroactividad benigna se aplica solamente a los procesados y no se extiende a los casos de condenados.

*
* *

147. El código de Tejedor.—Tejedor sostiene en su proyecto la misma doctrina. El respectivo artículo, que era el 7.° del título de las penas en general, decía:

" En el caso de ser distinta la pena establecida por la ley al
" tiempo del fallo y la que regía cuando se cometió el crimen,
" se aplicará siempre la más benigna; y lo mismo sucederá si
" entre el delito y el fallo se diese una ley penal más suave que
" la que existía en cualesquiera de esas dos épocas.

" Esta excepción se extiende también a las leyes de procedi-
" miento y competencia de los tribunales, siempre que los nuevos
" trámites sean mejores medios de encontrar la verdad, o los tri-
" bunales creados ofrezcan más garantías a la amplia y libre
" defensa, y el delincuente opte por ellos."

En la nota respectiva, el autor del proyecto se expresaba en los siguientes términos:

" Este artículo, en su primera parte, es el 60 del código na-
" politano. En la segunda, sigue la opinión más común. La teoría
" de esta excepción al artículo anterior se explica fácilmente.
" Cuando el poder social juzga que las penas de que se ha ar-
" mado la ley son muy severas, cuando piensa que la conserva-
" ción del orden social no estaba interesado en mantenerlas, no
" podría, sin una extraña inconsecuencia, continuar aplicando a

" hechos anteriores a sus nuevas prescripciones y no juzgadas to-
" davía, penas que el mismo proclama como inútiles y demasiado
" rigurosas. No es, pues, una especie de favor, como algunos es-
" critores lo han dicho, sino un estricto principio de justicia, lo
" que justifica esta excepción; pues sería de una soberana in-
" justicia aplicar penas que se declaran al mismo tiempo excesi-
" vas, o demasiado severas. (Chauveau Adolphe, tomo 1.°, pág. 35).

" Es de regla en materia criminal—dice Duvergier,—que debe
" adoptarse siempre la opinión más favorable a la humanidad,
" como a la inocencia. (Duvergier, tomo 12, pág. 246).

" Entre los romanos, la regla era la no retroactividad (L. I.
" D. de poenis), y sólo cuando existían dos leyes, una para los
" juicios públicos y otra para los privados, y no estaban bien
" ciertos bajo cuál caía el delito, se seguía la ley más suave.
" (L. 32, D. de poenis). " Todo ome—dice también una ley del
" Fuero Real—que alguna cosa ficiese por que debe aver pena en
" su cuerpo, recibe la pena que debe aver en el tiempo que fiso
" la culpa, no en el tiempo que es dada la sentencia." (L. I, tít. 5,
" libro 3). Las Partidas se expresan así: " Sobre yerro que fuese
" hecho, debe ser provado e librado el pleito por el fuero viejo e no
" por el nuevo... e esto, es por que el tiempo en que son cau-
" sadas e fechas las cosas debe ser siempre contado." (L. 15, tít. 14,
" pág. 3). Véase, además, la ley 8, tít. 31, pág. 7 y 200 del Estilo;
" y en el delito de sodomia la ley 9, tít. 21, libro 8, R. C. Según
" la Constitución de Buenos Aires "ninguna ley tiene fuerza re-
" troactiva". (Artículo 156). La federal es menos imperativa:
" Ningún habitante de la Nación—dice—puede ser penado sin jui-
" cio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni
" juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces, de-
" signados por la ley antes del hecho de la causa." Según el
" código peruano: "Cuando la ley varíe la pena, antes de pro-
" nunciarse la sentencia que cause ejecutoria, la variación apro-
" vechará al reo si le fuese favorable, pero no le dañará en caso
" de serle adversa. (Art. 26). En el código español. (Véase el
" artículo 20).

" Por lo demás—dice Pacheco,—si cuando se disminuye la
" pena ha de ser observada la nueva ley, la ley más favorable;
" cuando se suprime todo castigo *a fortiori*, es necesario seguir el
" mismo sistema. Quiere decir que ya no es delito lo que lo fué.
" Quiere decir que ésta no puede continuarse. No hay otro recur-

" so, no hay otro arbitrio que el sobreseimiento." (Pacheco, tomo
" 1.°, pág. 296).

" Y lo mismo sucederá.—La razón de esta decisión está en
" que hay derecho adquirido por el acusado a que la pena severa
" que lo amenazaba, sea reemplazada por una más suave. No
" puede aplicársele la primera según la regla que hemos des-
" envuelto hasta aquí, y no puede aplicársele tampoco la ley
" posterior, porque sería imprimirle un efecto retroactivo. (Cha-
" veau Adolphe, tomo 1.°, pág. 37).

" Esta excepción.—En general, la ley no dispone sino para
" el porvenir: *non placet Janus in legibus* (Bacon). Todas las
" leyes, cualesquiera que sea su naturaleza y su fin, están some-
" tidas a este principio tutelar, y si se introducen excepciones
" debe ser sólo en el interés de los acusados, o cuando ellos
" mismos reclaman el beneficio. La distinción que algunos
" han querido hacer entre el fondo del derecho y la forma de
" proceder, es quizá admisible en materia civil, pero en materia
" criminal la forma constituye una parte del derecho del acusado,
" porque es de ella que deriva su defensa. (Chauveau Adolphe, to-
" mo I, pág. 42). Siguiendo este principio, el Reglamento Provi-
" sorio para la administración de justicia (año 1817), decía entre
" nosotros: "Las causas criminales de toda clase que hasta la
" actualidad se hallan pendientes sin este nuevo método de de-
" fensa, seguirán en sus posteriores actuaciones el común de dere-
" cho." (Rec. de Leyes, tomo 1.°, pág. 115). Lo mismo resuelve,
" como se ha visto, el art. 18 de la Constitución federal. Pero
" estas disposiciones no obstan a la regla tal como se ha sentado
" en el artículo, ni a los principios de la ciencia."

*
* *

148. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García establecía en el artículo 46:

" La pena se impone con arreglo a la ley vigente al tiempo
" de cometerse el hecho que se castiga; pero las leyes penales
" tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan a los que deben
" sufrir la pena."

La exposición de motivos no traía fundamentos al respecto, probablemente porque se aceptaba la doctrina que consideraban corriente y sin mayor discusión.

*
* *

149. Proyecto de 1891 y sus fundamentos.—El proyecto de 1891, fijaba las reglas relativas a este asunto en el artículo 7.°, redactado en la siguiente forma:

" La ley penal tendrá efecto retroactivo en cuanto deje sin " represión un hecho reprimido por una ley anterior; y cuando " en virtud de esta última se hubiere impuesto condena, cesarán " su ejecución y sus efectos penales.

" Si la ley del tiempo en que se cometió el delito y las pos- " teriores fueren diversas, se aplicará aquella cuyas disposiciones " fueren más favorables al acusado.

" En cuanto al cómputo de la detención preventiva se ob- " servará separadamente la ley más favorable al procesado."

La exposición de motivos fundaba el artículo en los términos siguientes:

" La irretroactividad de la ley penal es un principio que la " comisión ha creído superfluo consignar en el Código Penal, " puesto que está consagrado en el artículo 18 de la Constitución: " Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin " juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proce- " so"; y cree que esta consideración es suficiente para justificar " la supresión del artículo 46 del código vigente. Pero la irretro- " actividad de la ley penal, fundada en consideraciones importan- " tísimas de justicia y equidad, no puede, por razones del mismo " orden, constituir una regla absoluta, y de aquí se sigue el prin- " cipio admitido con toda generalidad en la ciencia y en la legis- " lación, de la *retroactividad benigna de la ley penal.* Cuando una " ley posterior al hecho incriminado, suprime la represión del " mismo, atenúa la gravedad de la pena o cambia en un sentido " favorable al imputado las condiciones de la imputabilidad; la " sociedad reconoce un error en la ley antigua, y no debe hacer " pesar los efectos del mismo sobre el individuo que cayó bajo " su sanción. Es, pues, la retroactividad benigna de la ley penal,

" un principio tan justo como la regla general de la irretroacti- " vidad, a la cual forma excepción. La aplicación práctica de este " principio presenta, sin embargo, serias dificultades, en ciertos " casos. Ningún inconveniente hay en aplicar la ley posterior, " si es más benigna, cuando el hecho que motiva el proceso " no ha sido aún juzgado. Tampoco puede haber un inconveniente " serio en que si el legislador ha declarado inocente el hecho in- " criminado por la ley antigua, exima de toda pena a su autor, " aun cuando ya hubiera sido condenado y estuviera sufriendo " la condena. El Código Penal vigente no ha limitado a estos " casos la retroactividad benigna: *Si durante la condena*—dice el " segundo párrafo del artículo 48—*se dictase una ley más benig-* " *na, la pena debe limitarse a la establecida por la ley.* En el tiem- " po que lleva de vigencia el Código no se ha dado aplicación a " esta disposición, sea porque los tribunales han creído que no " debían proceder de oficio a la revisión de todos los procesos, " sea porque los defensores no han reparado en la disposición, " sea porque los interesados la han ignorado. Que dicho artículo " autoriza la revisión del proceso es cosa que no puede motivar " duda alguna. Una ley puede ser más benigna que otra, no sólo " porque imponga al mismo hecho delictuoso, sin distinción de los " elementos que lo constituyen una pena menor, sino porque es- " tos mismos elementos pueden variar, como varía en los delitos " contra la honestidad la calificación legal, según se cambie la " edad de la víctima, como han variado en el código vigente, res- " pecto del anterior, las calificaciones y criterios de gravedad del " homicidio, etc.; puede ser más benigna también en cuanto a las " condiciones del ejercicio de la acción penal, si se hace depender " de acusación o instancia privada la que antes procedía de ofi- " cio, o si reduce el término de la prescripción. Si, pues, se hu- " biera llevado a la práctica la aplicación de la segunda parte " del artículo 48, es indudable que debieran haberse revisado, bajo " todos estos aspectos, los procesos de los que están sufriendo " condenaciones impuestas por la ley anterior. Las dificultades " prácticas de la aplicación del principio, por justo que sea, son " de tal consideración que motivaron en Italia la supresión de una " cláusula del artículo 2.° del proyecto del ministro Zanardelli, " tomada de proyectos anteriores, al de Manzini entre ellos, y que " no tenía la amplitud que resulta de los términos del artículo 48 " de que nos ocupamos, pues se limitaba a establecer que si la

" pena se había infligido ya por sentencia irrevocable se substitu-
" yera por la pena más benigna en especie o duración, establecida
" por la ley vigente *para el delito definido en la sentencia.*" Man-
" zini no había dado mayor importancia en su exposición de
" motivos § III (edición española, pág. 29) al argumento de las
" dificultades prácticas, y creía "que cualesquiera que ellas fue-
" ran debían estimular a estudiar el modo de superarlas o dismi-
" nuirlas, sin que tuvieran eficacia para concluir de ellas a la
" anulación de un principio de justicia." Pero no todos los prin-
" cipios de justicia pueden hacerse prácticos, y es forzoso en más
" de una ocasión retroceder ante la imposibilidad material. "Cual-
" quiera ve, dice el informe de la comisión de la Cámara de Dipu-
" tados, sobre el proyecto de Zanardelli, como para saber si la
" nueva ley puede ser más favorable, es necesario descender al
" examen particular de los hechos, y ya que los hechos están ates-
" tiguados por la sentencia, someter los mismos a largos y proli-
" jos estudios; y como algunas sentencias están motivadas en los
" resultados de los veredictos, y otras sobre el de los debates, es-
" tudiar unas y otras para saber cuáles han sido los criterios re-
" guladores de la pena, considerar de nuevo qué valor hayan te-
" nido en la conciencia del juez, las circunstancias excusantes o
" atenuantes, el carácter de las personas, su condición social, en
" una palabra todo el cúmulo de los elementos que fueron ya
" apreciados y sobre los cuales la sentencia debía imponer per-
" petuo silencio. Y entonces es menester recurrir a la revisión de
" millares y millares de procesos; repetir, si no el juicio formal,
" un juicio que ponga de nuevo en examen los resultados de he-
" cho sobre los que se pronunció la sentencia; conmover con la es-
" peranza de la libertad o de más leves destinos, millares de des-
" graciados que están expiando su pena, y arrojar el país en el
" temor de que los malhechores incorregibles, cuyo nombre ha
" pasado a la leyenda popular de las audacias criminales, no lle-
" guen a recuperar la libertad, aunque fuera con la cautela pro-
" pia de una vigilancia especial.

" El ministro autor del proyecto aceptó la modificación y la
" disposición fué desechada.

" Por consideraciones análogas nos hemos limitado a proyec-
" tar el artículo 7.°, en el que se declara que si una ley posterior
" quita a un hecho el carácter de delito o falta que le atribuía la
" anterior, cesen la condenación y sus efectos; y que si la ley del

" tiempo en que se cometió el delito y las posteriores fuesen di-
" versas, se aplicará aquella cuyas disposiciones sean más favo-
" rables al acusado.

" Un párrafo final del artículo está destinado a salvar in-
" convenientes que se han presentado en la aplicación del actual
" código, cuando por la larga detención preventiva del procesa-
" do, el cómputo de la misma dificultaba la determinación de la
" ley más benigna, lo que dió lugar a interpretaciones contradic-
" torias en los tribunales."

* * *

150. El proyecto de 1906.—Por su parte, el proyecto de 1906, en el artículo 3.°, reproducido sin modificación por el diputado Moreno, decía:

" Si la ley vigente, al tiempo de cometerse el delito, fuere
" distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo
" intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

" Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la
" pena se limitará a la establecida por esa ley, si el penado lo so-
" licitare y las circunstancias invocadas constaren de autos.

" En el cómputo de la prisión preventiva se observará sepa-
" radamente la ley más favorable al procesado."

La exposición de motivos del referido proyecto de 1906, fundaba el artículo en los términos siguientes:

" Al artículo 48 del código actual, correspondiente al 3.° del
" proyecto, hemos agregado, para completar el principio de la
" retroactividad de la ley, en cuanto sea favorable al procesado
" y penado, la disposición que prescribe que en el cómputo de la
" prisión preventiva se observará siempre la ley más favorable
" para el procesado. La siguiente transcripción del acta respec-
" tiva de la comisión, revelará con toda claridad el concepto y
" el alcance del precepto agregado: " Se hace notar que de las
" dos leyes una puede ser favorable al procesado en un punto en
" la benignidad de la pena, pero desfavorable en el cómputo de
" la detención preventiva, y que en estas condiciones hay que
" aplicar las dos leyes, cada una en la parte favorable."

" La otra modificación que se observa al mismo artículo 48,
" responde al propósito de evitar la reapertura de los procesos

" en los casos en que se dicte una ley más benigna mientras se " cumple la condena. Esta ley debe aplicarse solamente cuando " consten en el mismo proceso las circunstancias que invoque el " reo como motivos de la disminución de pena."

* * *

151. La redacción de la comisión especial de diputados.—La comisión especial de la Cámara de Diputados modificó la redacción y el concepto del artículo, proyectándolo en los mismos términos en que fuera después sancionado. La comisión dividió el precepto dejando el artículo 2.° para fijar el principio de la retroactividad benigna, y dando en el 3.° las reglas relacionadas con la prisión preventiva.

La exposición de motivos dió las razones para la nueva redacción y se refirió a la novedad introducida o sea a la declaración relacionada con los efectos de la nueva ley, los que se operarían de pleno derecho. Esos fundamentos constituyen el comentario más adecuado para el artículo, desde que sintetizan los argumentos que pesaron en el ánimo de los redactores.

" En el artículo 3.°—expresa,— donde se acepta de acuerdo " con los principios en vigor el criterio de la ley más favorable " al procesado o condenado, se introduce una innovación. El pro- " yecto para hacer efectivas con relación al penado las conse- " cuencias de la nueva ley más benigna, requiere: que el penado " solicite su aplicación, y que las circunstancias invocadas cons- " ten en autos. Consideramos que ambas exigencias no son justi- " cieras, y por eso hemos proyectado la supresión de las mismas, " estableciendo que los efectos de la nueva ley se operarán de " pleno derecho.

" Cuando se dicta una ley nueva derogatoria de otra ante- " rior, o por lo menos modificadora de ésta, debe suponerse que " la abrogada o reformada era defectuosa. Si en la ley nueva " se disminuyen las represiones, para determinadas acciones, o " se declara que ciertos hechos antes reprimidos no son delitos, " es evidente que mantener bajo el peso de un castigo a quien " no ha cometido delito o conservarle la represión en la medida " antigua, no es justo. Pero desde el momento que la ley nueva

" importa un reconocimiento de errores y la consagración de la " justicia, es indudable que debe aplicarse, aun cuando los afec- " tados no la soliciten.

" El castigo se impone por razones de interés público y los " derechos fundamentales a la libertad, a la propiedad, y aun a " la vida, se limitan en la ley penal merced a ese factor básico. " De manera que si él desaparece, la limitación del derecho " debe desaparecer por ministerio de la ley misma, de pleno de- " recho y sin necesidad de requerimiento."

La Cámara de Diputados sancionó el artículo de la comisión, el que no fué modificado por el Senado. Por eso decía que los fundamentos de la exposición de motivos antes transcriptos forman el comentario más autorizado.

* * *

152. El principio consagrado en el código vigente.—El código argentino, aceptando la doctrina más corriente, ha consagrado el principio amplio de la retroactividad benigna de la ley penal, reconociendo el criterio de la ley más favorable al acusado pendiente el proceso, o al condenado producido el fallo definitivo. Se autoriza así la revisión de la causa terminada cuando se ha dictado una ley que favorece al reo.

La nueva ley—como dice Herrera—puede: 1.° Borrar del número de los delitos, hechos que antes eran considerados como tales; 2.° Manteniendo la calificación limitarse a sustituir la pena que antes tenía por otra más benigna; y 3.° Sin cambiar la pena, establecer diversa graduación en la penalidad o alterar los elementos constitutivos del delito, asignándole límites y condiciones distintas.

Cuando se trata del primer caso no hay dudas ni existen cuestiones. La derogación de la ley que castigaba el hecho por cuya comisión se está sufriendo una condena, quita al acto el carácter de delictuoso, y sería absurdo que estuviera en la cárcel un individuo cualquiera por haber realizado un acto lícito, desde que la ley no lo coloca en el cuadro de las acciones reprimidas.

No puede dudarse tampoco de que los efectos de esa ley deben producirse de pleno derecho, desde que no pueden mantener-

se por un solo día los efectos de una condenación por un hecho u omisión que no constituye un delito. Los efectos los produce la ley misma, *ipso jure*, y no se requiere que el interesado haga la solicitud.

Cuando la ley nueva se limita a disminuir la pena manteniendo la calificación, las dificultades tampoco se producen, desde que la doctrina es la misma y los hechos no permiten complicaciones. La pena se ha disminuído, el legislador rectifica su criterio y los efectos del error confesado no pueden continuar perjudicando al afectado con el mismo. El magistrado, en ese caso, y dictada la ley, no tiene sino que proceder a la aplicación del nuevo precepto, reduciendo los efectos de la condena en los términos establecidos.

En los dos casos antes supuestos, no se necesita hacer la reapertura del proceso concluído ni entrar en mayores exámenes. Basta con verificar los hechos y aplicar la ley.

No sucede lo mismo con el tercer caso, el que ha dado lugar a discusiones doctrinarias, presentando dificultades prácticas difíciles de ser solucionadas con reglas abstractas.

El punto se comprenderá mejor dando un ejemplo:

La ley número 4189 que modificó el Código Penal, castigaba el homicidio simple en el artículo 1.° del título "Delitos contra las personas", capítulo I, "Delitos contra la vida", con la pena de presidio desde diez hasta veinticinco años.

El nuevo código, en el artículo 79, castiga el homicidio simple con la pena de reclusión o de prisión, desde ocho hasta veinticinco años.

En el código anterior el mínimum era el de diez años de presidio, pena mucho mayor que la de ocho años de prisión que constituye el mínimum en el precepto del código vigente. En cambio, el máximum que en el código anterior era de veinticinco años de presidio, se mantiene en el nuevo con el mismo número de años y con la pena de reclusión.

Pero la fijación de la pena que tiene en el nuevo código límites amplios entre el máximum y el mínimum, depende de las circunstancias del hecho, las que gravitarán también para la fijación de la clase de castigo, debiendo el juez elegir entre las dos penas que alternativamente se colocan.

La ley nueva en el caso señalado, así como en otros que podrían presentarse, ni deja de incriminar el hecho, ni señala una pena más benigna, pero permite al juez, según las circunstancias,

aplicar una pena menor. Así, si el condenado por el código anterior lo hubiese sido al término medio del castigo señalado, o sea a diecisiete años y seis meses de presidio, es indudable que el penado podría alegar que era más benigno el castigo a prisión del término medio entre ocho y veinticinco, o sean dieciséis años y seis meses, según el nuevo código. En cambio, el juez, apreciando las circunstancias y sobre todo con el mayor margen que le confiere el código nuevo, podría encontrar que, lejos de ser procedente una reducción, correspondería un aumento.

Para estos casos no pueden darse reglas fijas, siendo el criterio del magistrado lo que determina la solución.

En los dos primeros casos estudiados, la consecuencia resulta del texto de la ley misma, que desincrimina o reduce. En el tercer caso la consecuencia *puede resultar* estudiado el proceso y apreciadas las circunstancias que determinan la graduación de la penalidad. Esto impondría, por consiguiente, la reapertura del proceso, no a los efectos de recoger nuevos hechos, sino para examinar otra vez los que se han acumulado y aplicarles la ley nueva, la que si fuera más benigna de acuerdo con los mismos debería dar lugar a una nueva sentencia o a una modificación de la anterior.

Herrera, después de referirse a la planteación del asunto en Italia cuando se discutió el proyecto Zanardelli (1), critica el de 1906, aun cuando acepta el principio del artículo y sostiene la amplia retroactividad benigna y la consumación de los efectos de pleno derecho. Las observaciones de ese autor se han tenido en cuenta al redactar el artículo definitivo.

Rivarola también plantea las dificultades a que nos hemos referido (2), y entiende que es difícil resolverlas en abstracto, dependiendo la solución de cada caso.

En mi concepto es perfectamente inútil extenderse en supuestos, desde que la solución dependerá de cada caso y deberá darla el juez con el mismo criterio con que dicta su sentencia (3).

(1) Página 39.
(2) Página 220.
(3) Garraud.—Droit Penal Français. Tomo I, páginas 241 y siguientes. Plantea una serie de casos posibles y los resuelve sin desconocer el principio que aceptamos.

Artículo 3.°

En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1891, artículo 7.o.—Proyecto de 1906, 3.o.—Proyecto de 1917, 2.o.

* * *

153. El artículo 3.° y su origen.—El artículo tiene su origen en el proyecto de 1891, el que en la disposición referente a la retroactividad benigna de la ley penal contenía un último párrafo redactado en términos análogos al presente.

La exposición de motivos expresaba que tenía por objeto salvar los inconvenientes presentados en la aplicación del Código, cuando por la larga detención preventiva del procesado, el cómputo de la misma dificultase la determinación de la ley más benigna, punto que dió lugar a dificultades en los tribunales.

En el proyecto de 1906, el último párrafo del artículo 3.° estaba redactado en los mismos términos del presente artículo.

En la exposición de motivos del mismo se transcribe la parte pertinente del acta de la comisión redactora que explica el alcance de la disposición.

Dicha parte de acta dice:

"Se hace notar que de las dos leyes una puede ser favora-
" ble al procesado en un punto, en la benignidad de la pena, pero
" desfavorable en el cómputo de la detención preventiva, y que
" en estas condiciones hay que aplicar las dos leyes, cada una en
" la parte favorable."

Este artículo aparece tanto en los proyectos de 1891 y 1906 como en el despachado por la comisión especial de diputados, no como un precepto independiente, sino como último párrafo del artículo sobre aplicación de la ley penal con relación al tiempo.

El Senado no introdujo modificación alguna en esta parte, haciéndose la separación para evitar los trastornos derivados del cambio completo de la numeración del Código, entonces en proyecto.

En la Cámara de Diputados, al aceptarse la supresión del artículo 4.° del proyecto, hecha por el Senado, se resolvió numerar como artículo especial, y a los efectos indicados, al último apartado del artículo 3.° (1).

* * *

154. Alcance del precepto.—El objeto del artículo resultará claro con un ejemplo. Un individuo, según el código anterior, ha sido condenado a presidio. De acuerdo con el artículo de aquella ley la prisión preventiva se le ha computado a razón de tres días de la misma por uno de la pena a que ha sido condenado. De manera que si el sujeto estuvo detenido preventivamente tres años, sólo se considera que ha cumplido uno de la pena impuesta.

Si se revisa la causa y la pena correspondiente al condenado es la de reclusión, por ejemplo, como ésta se computa a razón de dos días de prisión preventiva para uno de reclusión, tres años de detención en aquel carácter, implica un año y seis meses de pena cumplida y no solamente un año. Esta circunstancia tendría que ser considerada por la justicia.

(1) Ver Orden del Día N.o 183, páginas 1818 y 1839.

X

Aplicación del Código a los casos previstos por leyes especiales

155. El artículo y su origen.—156. Los fundamentos dados por la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—157. Agregado del senador Rojas sancionado por el Senado y aceptado por la Cámara de diputados.

Artículo 4.°

Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario.

Concordancias.—Proyecto de 1891, artículo 8.°.

* * *

155. El artículo y su origen.—El proyecto de 1906, que fué reproducido en esta parte por el diputado Moreno, no contenía un precepto análogo al presente. Este fué colocado por la comisión especial de diputados y sancionado con modificaciones de detalle, que le fueron introducidas en el Senado a la redacción primitiva. El antecedente se encuentra en el proyecto de 1891, cuyo artículo 8.° decía:

"Las disposiciones generales de este código serán aplicadas

" aún a las materias regidas por otras leyes penales, en cuanto " éstas no dispusieren lo contrario."

La exposición de motivos lo fundamentaba en los términos siguientes:

" El artículo 8.° declara aplicables las disposiciones genera- " les del Código a las materias regidas por otras leyes penales, " en cuanto éstas no dispusieren lo contrario. En virtud de un " principio de legislación conocido, las reglas generales o las le- " yes comunes, en un orden cualquiera de relaciones jurídicas, " se aplican a las materias regidas por preceptos especiales, en " todo lo que éstos nada han previsto y en cuanto no se oponen " a ello. De ahí que las disposiciones generales del Código Pe- " nal—que forma el conjunto de leyes penales comunes—puedan " y deban ser aplicadas a las materias regidas por otras leyes tam- " bién penales, siempre que no establezcan lo contrario."

*
* *

156. Los fundamentos dados por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La comisión especial de diputados redactó el artículo del siguiente modo:

" Las disposiciones generales del presente código se aplica- " rán a todos los delitos previstos por leyes especiales."

La respectiva exposición de motivos, decía al respecto:

" Es sabido que uno de los propósitos que se persiguen con " la sanción del Código Penal, es el de unificar todas las leyes dis- " persas de carácter represivo que existen sobre la materia. Los " proyectos de 1891 y 1906, y los fundamentos dados por el dipu- " tado Moreno al presentar el suyo, demuestran lo disperso y has- " ta contradictorio de nuestra legislación represiva, y acreditan " la precisión de modificar esa situación anómala.

" Por eso, en el proyecto se han incluído las disposiciones de " la ley federal que prevé los crímenes contra la Nación, las del " Código Penal y las de las diversas leyes que lo han modificado. " Pero no basta eso. Es necesario que toda la legislación actual " y la que se dicte en adelante conteniendo represiones, se vincule " al Código, el que debe fijar en esta materia la dirección y con- " tener los principios a los cuales se sujetarán todas las dispo-

" siciones que se dicten. Hoy nos encontramos con que el Código " tiene un criterio en materia de complicidad y de encubrimiento " y que él se modifica por la ley número 4189, en sentido gene- " ral; pero que más tarde se cambia de manera particular para " ciertos delitos en la ley número 7029, como lo hace también, en- " tre otros asuntos, en lo relativo a la pena capital para las " mujeres.

" Deseamos, así, una manera de legislar uniforme, y que si se " cita una ley cualquiera que contenga represiones, después de " la sanción del Código, esa ley pueda referirse al mismo. A esos " propósitos responde el nuevo artículo 4.°.

*
* *

157. Agregado del senador Rojas sancionado por el Senado y aceptado por la Cámara de Diputados.—El senador Rojas proyectó las palabras agregadas: "en cuanto éstas no dispusiesen lo contrario", diciendo que se explicaban por sí solas. Y la comisión del Senado, al aconsejar la modificación, dice que es de simple buen sentido.

El artículo tiene por objeto unificar la legislación penal e impedir la diversidad de criterios. Todas las leyes represivas deben aplicarse con las normas generales del Código, sobre atenuantes, agravantes, eximentes, participación, encubrimiento, etc.

El agregado, en mi concepto, es inútil, desde que el Código deroga o modifica las leyes anteriores que lo contradicen. Mientras no se dicten otras leyes, el código sancionado mantiene la supremacía. Y si se dictan otras que lo modifiquen regirán éstas y no aquél. Es tan evidente la regla que no valía la pena consignarla, desde que no puede surgir la duda.

XI

De las penas

158. Concepto de la pena.—159. Sanciones jurídicas que no son penas.—160. Fundamento de la pena.—161. Pena y juicio.—162. Noción positivista de las sanciones en general.—163. Objeto de la pena.—164. Clasificación de las penas.—165. Diversos conceptos sobre la pena.—166. Las penas en la doctrina y en la ley.

* * *

158. Concepto de la pena.—La pena se define generalmente como un mal impuesto a los que han incurrido en delito. La pena bajo este punto de vista implica un sufrimiento físico o moral que se aplica al delincuente.

Bajo otro aspecto, la pena es la medida de defensa que toma la sociedad contra la persona que ha demostrado, a causa de sus actos, condiciones de inadaptabilidad.

Los dos conceptos se encuentran vinculados a las escuelas penales fundamentales, pues el uno supone devolución de mal a causa del daño cometido y el otro simplemente medida de precaución. La pena, para quienes aceptan el criterio más moderno, implica defensa y prevención, desde que tiende a que se coloque al sujeto peligroso fuera de las condiciones en que pueda dañar.

En realidad, cualesquiera que sea el concepto que se prefiera, la pena implica un mal para el condenado, al que se le priva

de derechos, colocándolo en condiciones excepcionales, y una defensa para la sociedad, que se precave de futuros ataques.

La pena no se concibe sin el delito. Los males que reciben los individuos, aunque sean en muchos casos iguales a los que las leyes señalan como castigos, no se consideran penas. Para que tengan ese carácter se requiere el delito anterior, y el juicio terminado con el pronunciamiento que la establezca.

La pena es así correlativa del delito y la idea de la misma surge inmediatamente que se comprueba la existencia de la infracción. Los dos conceptos son inseparables y no se supone el uno sin el otro, cualesquiera que sean los principios que se sustenten o la escuela que se acepte.

La pena tiene, así—como dice Von Liszt (1),—dos caracteres esenciales: 1.° Es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; y 2.° Es, al mismo tiempo, una reprobación tangible del acto y del autor. En el primer carácter reside el efecto preventivo especial de la pena; en el segundo, el efecto preventivo general.

*

* *

159. Sanciones jurídicas que no son penas.—Un acto ilícito puede ser objeto de diferentes sanciones que no pueden confundirse con la pena.

Así, los delitos y cuasi delitos, lo mismo que los contratos, permiten acciones por daños y perjuicios. La reparación civil que emerge de los delitos es distinta de la pena, aun cuando en algunos sistemas procesales se autoriza la determinación del daño en la misma sentencia que fije el castigo.

Ciertos delitos dan lugar a la nulidad de los actos a los cuales ellos se han referido, debiendo el magistrado, para condenar, declarar esa nulidad, desde que si los actos fueran legítimos no habría existido infracción.

Las incapacidades, lo mismo que la pérdida de derechos, no

(1) Tratado de Derecho Penal. Tomo III, página 197.

se pueden confundir con las penas, careciendo también de ese carácter las medidas disciplinarias.

Dentro de los sistemas legislativos, y a los efectos de las consecuencias que ellos mismos establecen, no se consideran penas sino a los castigos determinados por ellos mismos para los hechos u omisiones que se incriminan.

*

* *

160. Fundamentos de la pena.—La pena debe tener un fundamento, desde que la privación de derechos que importa necesita estar justificada.

En el fondo ella obedece a una reacción que deriva de un instinto, el de la defensa, que se confunde con el de la conservación. El ataque prepara y apercibe para la defensa. Cuando las consecuencias no se han producido o no han tenido todo el alcance que pudieron tener, la víctima toma precauciones y trata, creando previsiones nuevas, de que no se repita. Cuando el mismo tuvo consecuencias irreparables, la víctima, si no se trata de ataques contra la vida, se rodea de esas precauciones, recurriendo, cuando esos efectos se produjeron y la víctima perdió la vida, a las mismas, los allegados y aun los indiferentes, preocupados de que el ejemplo no cunda y no se repitan los atentados en sus propias cabezas.

La pena obedece, así, a un movimiento instintivo de defensa que se encuentra en todos los órdenes de la naturaleza.

Pero no es ese solo el sentimiento que la informa. El ataque produce irritación, siendo ésta tanto mayor cuanto más injusto y más violento aparece. La medida de la reacción la proporcionan precisamente bajo el dominio de este último factor, esos dos elementos: la falta de justicia y de razón en el agente y la cantidad, la fuerza de su acción ilícita.

Esos movimientos derivan de la propia organización individual, de manera que se encuentran por encima de teorías o doctrinas. Estas podrán desenvolverse desprendiendo de los hechos básicos generalizaciones, y creando sistemas que en su origen se refieren en definitiva a las características derivadas del organismo y de sus necesidades.

*
* *

161. Pena y juicio.—Jurídicamente, el concepto de pena es inseparable del de juicio. La aplicación de un castigo por parte del que carece de autoridad social para ordenarlo no se puede considerar como una pena. Asimismo, los castigos impuestos en pueblos donde no rigen las reglas fundamentales del procedimiento acusatorio con defensa y sentencia, serán penas dentro de esos centros, pero el sistema se considera fuera del orden del derecho que informa el sentimiento y la práctica de los países civilizados.

La pena es, así, el castigo del delito establecida por ley anterior al acto o a la omisión producidos, y aplicada por la autoridad competente dentro de las garantías fundamentales.

*
* *

162. Noción positivista de las sanciones en general.—La pena es una sanción, esto es, una consecuencia. Las sanciones se producen lo mismo en la naturaleza que en la vida social, cada vez que se viola una ley y se altera el equilibrio regido por ésta.

Ferri, fundando su teoría positiva de la responsabilidad penal, dice que tanto el hombre como el animal, que inconsciente, voluntaria, involuntariamente o por fuerza viola las leyes naturales, encuentra en la naturaleza misma una reacción o sanción inevitable (1).

Las sanciones son de tres clases: físicas, biológicas y sociales.

Un hombre se inclina demasiado hacia fuera de una ventana, y aun cuando tenga la intención más moral, cae y se mata. La sanción física se ha producido porque se ha violado una ley de equilibrio.

Un sujeto come demasiado, se enferma y sufre o se muere; otro abusa en cualquier forma de su organismo y se expone a las mismas consecuencias que importan sanciones fisiológicas aplicadas por la naturaleza a los que infringen su reglas.

(1) Sociología Criminal. Tomo II, páginas 68 y 69.

Un transeunte, por distracción y sin el propósito de hacer daño, tropieza con otro y provoca una reacción de palabras o de actos. Si se demuestra su falta de intención la reacción será menos viva o se anulará, pero se mantendrá una opinión desfavorable por el descuido. Pero si la distracción es frecuente y los hechos continuos, se crea alrededor del individuo una atmósfera aisladora que le producirá humillaciones y otras consecuencias.

La sanción social concurre con independencia de la voluntad de la persona.

Todos los actos y todas las omisiones individuales que causan perjuicio a los demás son objeto de reprobación y de sanción. La calidad de ésta depende de la cantidad del perjuicio. Y así, en algunos casos, no se producen consecuencias, reduciéndose todo a una crítica que llega o no a conocimiento del interesado; en otros se limita a reclamos o amonestaciones que no ponen en movimiento la justicia social; en otros, las autoridades, que deben guardar el orden y que aplican castigos generalmente leves; y en otros, los más graves, la sociedad actúa por medio de sus jueces. Todo esto en el orden represivo, porque los actos producen también consecuencias jurídicas en otros órdenes del derecho.

Los actos antisociales y antijurídicos tienen, así, una calidad uniforme, dependiendo los efectos que deban producir en el terreno de la justicia, de la cantidad en que se ha desenvuelto la calidad antijurídica. Son, así, los dos elementos los que deben concurrir para que proceda la reacción social, o sean: una determinada calidad y una cierta cantidad.

*
* *

163. Objeto de la pena.—El objeto de la pena no se aprecia de manera uniforme por los diferentes sociólogos y jurisconsultos.

Para quienes sostienen sistemas teológicos, aquélla tiene por objeto principal la expiación del delito. Para algunos positivistas, es una simple medida de defensa. Para otros, clásicos, positivistas o eclécticos, es un medio de corrección.

La vida social encierra una serie de deberes aparejados a una cantidad de ventajas. Los hombres que viven la misma no pueden afrontar los problemas ni con criterio personal, ni con puntos de

vista de grupo, sino de conjunto. La sociedad tiene, así, que cargar con los inconvenientes producidos en su seno, los que no son sino efectos de una serie de causas elaboradas en su medio mismo.

De aquí que, producido un delito, la represión debe tener dos objetos: el primordial de la defensa y el más mediato de la corrección del delincuente, al que debe tratarse de devolver a la vida social una vez que se obtengan las mayores seguridades de que no se incorpora de nuevo un sujeto peligroso.

La pena debe ser, así, defensiva para la sociedad, y correccional, transformadora, si fuera posible, para el sujeto al cual se aplique.

Si el castigo sólo tuviera por objeto la defensa social, los sistemas carcelarios serían una cuestión de poca importancia, desde que las medidas colectivas debieran limitarse a inutilizar al individuo delincuente y nada más. Por eso decía que la sociedad tenía otros deberes y que estaba obligada a cumplirlos.

En cuanto a la causa y a la condición de la pena se encuentran en el delito, el que debe concurrir para que aquélla proceda.

* * *

164. Clasificación de las penas.—Las penas se clasifican de diferentes maneras, dependiendo, por lo general, las divisiones de las características de la legislación de cada país.

Dentro de los códigos, las clasificaciones se refieren a la clase de los castigos, al derecho o derechos de que privan y a la intensidad de aquéllos. Esta última característica, que se manifiesta en la importancia de la represión, se relaciona con la autoridad que la aplica, la cual es judicial en sus diferentes tribunales o administrativa cuando se trata de faltas de menor cuantía.

Las penas, bajo el punto de vista del derecho vulnerado, atacan la vida, la propiedad, la libertad, el honor. Considerándolas según su importancia, son criminales, correccionales o de policía.

Tissot dice (1) que en el antiguo derecho penal francés, las penas eran de tres clases: capitales, como la de muerte y presidio

(1) J. Tissot.—Introduction Phisolophique a L'Etude du Droit Penal et de la Reforme Pénitenciaire, página 277.

perpetuo; aflictivas, como las de presidio temporal o azotes; e infamantes, como la de multa.

Después de 1810 las penas se clasificaron en aflictivas e infamantes; infamantes y correccionales. Las distinciones derivaban de la importancia del castigo, no sólo en cuanto a su clase, sino a su intensidad.

Dice Manzini (1) que las penas, según el código italiano, se clasifican en penas para los delitos y penas para las contravenciones. Las primeras son las más graves, como la ergástula y la reclusión; las segundas las de menor importancia, como las de arresto e inhabilitación temporal.

Con relación a su naturaleza, las penas se clasifican en restrictivas de la libertad personal, de la capacidad jurídica y pecuniarias.

Casi todos los autores, contemplando el aspecto teórico, o teniendo en consideración las leyes de su propio país, formulan clasificaciones que no tienen para nosotros mayor interés.

En cuanto a los antecedentes nacionales y las características de nuestra ley, serán examinados al estudiar los artículos del Código concretamente.

* * *

165. Diversos conceptos sobre la pena.—Veamos ahora, y antes de entrar al examen del Código, algunas opiniones acerca del concepto de la pena. Para Vidal (2), la pena es un mal infligido a nombre de la sociedad y en ejecución de una condena judicial, al autor de un delito, porque es culpable y socialmente es responsable del mismo.

La pena es: o un medio de expiación del delito cometido, o un medio de defensa social destinado a evitar la repetición de delitos semejantes por parte del condenado y de los demás individuos.

La naturaleza, su gravedad y su intensidad, se miden según las diferentes escuelas, por la naturaleza y gravedad del delito;

(1) Vincenzo Manzini.—Trattato di Diritto Penale Italiano. Tomo III, página 4.
(2) Georges Vidal.—Cours de Droit Criminel et de Science Pénitenciaire, pág. 579

por el temperamento y condiciones del sujeto, o por unos y otros factores.

Dice Manzini (1) que la pena se justifica por la necesidad de asegurar la obediencia de determinados preceptos con las más enérgicas sanciones de la justicia. Se garantiza con ella el mantenimiento del orden jurídico del Estado. La función penal es esencialmente social y la pena es exclusivamente pública.

La pena—agrega—tiene un objeto preventivo y represivo, social e individual al mismo tiempo. Si las penas no existieran, los hombres de poca resistencia moral, que son la mayoría, delinquirían, mientras que hoy, también la gran mayoría, se abstienen por un cálculo de conveniencia. Si la pena conminada no fuese aplicada a quien violó un precepto penal, la desconfianza acerca de la eficacia de la tutela del Estado se haría carne entre los ciudadanos con todas sus inconvenientes consecuencias.

La pena—concluye—debe ser adecuada e idónea. La violación de un precepto penal importa una desobediencia a la voluntad jurídica superior; toda desobediencia es un abuso de la libertad; luego, pena adecuada e idónea, es aquella que amenaza y ataca la libertad individual del autor del abuso.

Según Merkel (2), los delitos originan relaciones jurídicas entre los culpables y determinadas personas revestidas de derechos, y en virtud de tales relaciones se imponen a aquéllos penas, y por regla general otras desventajas. Los culpables son sujetos de una obligación jurídica en virtud de la cual deben dejar recaer sobre sí y realizar en su caso estas consecuencias de los delitos. Existe, frente a ellos, una exigencia jurídica para que la obligación se cumpla.

La pena es, así, una exigencia jurídica derivada de la falta de cumplimiento a una obligación, y debe ser adecuada a los legítimos intereses que ha comprometido.

En todas las opiniones encontramos conceptos parecidos. La pena es una medida represiva y preventiva que aplica el Estado previo juicio a los que cometen infracciones contra sus leyes. Su aplicación deriva del derecho de castigar, y éste emerge de la necesidad de conservar el organismo social.

(1) Obra citada. Tomo III, páginas 1 y 2.
(2) Derecho Penal. Tomo I, página 245.

*
* *

166. Las penas en la doctrina y en la ley.—Debemos ahora entrar al estudio del Código y de sus antecedentes.

Cada ley tiene su sistema propio de penalidad. La doctrina ha discutido esos sistemas y ha confundido muchas veces la ley penal misma con el sistema carcelario.

Desaparecidas las penas antiguas, que tendían a producir sufrimientos físicos, los que se aplicaban por vía de castigo o como medio de obtener declaraciones, esto es, como auxiliares eficaces del procedimiento, el número de los castigos que pueden aplicarse es, en realidad, reducido.

Los adelantos jurídicos no permiten sino la supresión o suspensión de determinados derechos, y esto se hace evitando siempre el tormento material y procurando que la represión produzca efectos de carácter moral que tiendan a la mejora y a la regeneración del delincuente.

Conviene ahora establecer con claridad los límites dentro de los cuales se debe legislar en esta materia, distinguiendo entre el Código mismo y las reglas carcelarias para el cumplimiento de las penas.

El Código, como lo hemos visto antes, ha hecho la separación de manera que no pueda incurrirse en confusiones. La ley penal se aplica por los jueces y la misión de éstos termina con la condena o la absolución. En caso de absolución, el autor de la infracción nada tiene que hacer con las autoridades y es puesto en libertad, salvo los casos especiales de enajenación mental. En caso de condena, la jurisdicción del juez termina, debiendo entregarse el penado a las autoridades administrativas para que hagan cumplir los mandatos de la justicia.

Debe, por tanto, dictarse una ley destinada a ser aplicada en todo el país, en la cual se establezca lo que corresponde hacer por la autoridad ejecutiva una vez pronunciada la condenación. Esa ley debe fijar el régimen carcelario y está destinada a complementar el Código Penal.

XII

El régimen legal de las penas

167. Antecedentes del proyecto tejedor.—168. Reglas del proyecto Villegas, Ugarriza y García.—169. El código penal de 1886.—170. Las penas en la ley de reformas.—171. El sistema penal del proyecto de 1891.—172. El proyecto de 1906.—173. La cuestión penal llevada a la Cámara de diputados.—174. El criterio de la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—175. El proyecto en el Senado.—176. El punto de vista de conjunto acerca del sistema. Elasticidad de las penas.—177. Individualización de la pena.—178. Opiniones de profesores y magistrados acerca del sistema penal más conveniente.

Artículo 5.º

Las penas que este código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Concordancias.—Código Penal de 1886, artículo 54.—Ley de reformas número 4189, artículo 7.º—Proyecto de 1891, artículo 9.º—Proyecto de 1906, artículo 4.º—Proyecto de Tejedor, artículo único. Título segundo. Libro segundo.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 54.—Código de Noruega, 15.—Italiano, 11.—Holandés, 9.º—Francés, 6.º—Ruso, 2.º—Húngaro, 20.—Español, 26.—Japonés, 9.º—Alemán, no enumera las penas en un artículo especial, refiriéndose a las mismas en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 27, 31, 32, 38, 39 y 40.—Para los proyectos suizos de 1916, alemán de 1909, austriaco de 1909, sueco de 1916 e italiano de 1921, ver Ramos.—Concordancias del proyecto de Código Penal de 1917, páginas 20, 21, 22 y 399.

* * *

167. Antecedentes del proyecto Tejedor.—El proyecto Tejedor adoptó en materia de penalidad un sistema concordante con sus características. Después de fijar en el título primero del libro segundo una serie de reglas generales, se ocupa en el título segundo del mismo libro de las clases de penas, su duración, ejecución y efectos.

Considera la pena como un mal impuesto por la ley al que resulte culpable de una acción u omisión ilícita.

Estas son de diferentes clases, clasificándolas en tres grupos: las corporales, las privativas del honor y humillantes, y las pecuniarias.

Son penas corporales las siguientes: muerte, presidio, penitenciaría, destierro, confinamiento, prisión y arresto. Son privativas del honor y humillantes: la inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión. Y son pecuniarias: la multa, caución, comiso, costos y gastos.

Nada más diverso—dice en la nota—que el catálogo de las penas en las diversas legislaciones. Para comprobarlo cita diferentes códigos y alude a lo establecido en el derecho romano y en las leyes de Partida.

La necesidad de las penas depende de su eficacia, la que forma con la criminalidad moral del delito o el peligro social derivado del mismo, las tres condiciones de la justicia penal. Las penas son eficaces cuando alcanzan el fin que la justicia humana se ha propuesto. Respecto a ese fin no hay uniformidad de opiniones. Unos piensan que es la prevención de los delitos o la intimidación; otros la regeneración del culpable, y otros la expiación. La pena, para alcanzar el fin social, debe producir diversos efectos.

En los distintos capítulos del título mencionado antes, el proyecto se ocupa de cada una de las penas que contiene, indicando en qué consisten, y presentando explicaciones en las notas respectivas.

El proyecto era excesivamente teórico y se presentaba más que como un código con el carácter de un tratado de derecho, en el cual debiesen estudiarse nociones jurídicas.

* * *

168. Reglas del proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García fué todavía más preceptivo.

En el artículo 54, que desenvuelve su sistema divide las penas en dos clases: las "Penas generales de escala" y las "Penas especiales para ciertos delitos".

Las penas generales de escala son quince, que el proyecto enumera en la siguiente forma:

1.° Muerte;
2.° Presidio mayor, de 16 años y un día a 20 años;
3.° Presidio menor, de 12 a 16 años;
4.° Penitenciaría mayor, de 15 años y un día a 20 años;
5.° Penitenciaría media, de 10 años y un día a 15 años;
6.° Penitenciaría menor, de 5 a 10 años;
7.° Prisión mayor, de 4 años y un día a 6 años;
8.° Prisión media, de 2 años y un día a 4 años;
9.° Prisión menor, de uno a 2 años;
10. Arresto mayor, de un año y un día a dos años;
11. Arresto medio, de 6 meses y un día a 12 meses;
12. Arresto menor, de 1 a 6 meses;
13. Multa mayor, de 1001 a 2000 pesos fuertes;
14. Multa media, de 50 a 1000 pesos fuertes;
15. Multa menor, de 4 a 500 pesos fuertes.

Las penas especiales para ciertos delitos eran nueve, que se enumeraban sin numerarlas como las anteriores, en la forma siguiente:

Destierro mayor, de 1 año y 1 día a 3 años;
Destierro menor, de 6 meses a 1 año;
Inhabilitación general, de 4 a 6 años;
Inhabilitación especial mayor, de 4 años y un día a 6 años;
Inhabilitación especial menor, de 2 a 4 años;
Destitución;
Suspensión mayor, de 3 años y un día a 5 años;
Suspensión menor, de 1 a 3 años;
Vigilancia de la autoridad.

En los 37 artículos del respectivo título, se legislaba acerca de las características de esas distintas penas.

En el informe elevado al P. E. se fundaba el sistema del proyecto, diciéndose al respecto:

" El título 2.° se ocupa de la designación de las penas. Es " esta, indudablemente, la parte más importante y difícil de un " Código Penal. La comisión se ha preocupado muy seriamente " de este punto, consultando las disposiciones de todos los códigos " vigentes, las doctrinas establecidas en los proyectos de código " en discusión, la índole del pueblo donde el presente código va " a regir y los medios de represión de que pueden disponer los " gobiernos. Estos puntos ocuparon muchas sesiones y formaron " una parte principal de sus estudios.

" La designación de las penas domina todo el sistema del " Código, y era indispensable tomar en consideración esta materia, " no sólo en su conjunto, sino también en sus detalles. Debían " preverse los diversos casos que podían presentarse en la aplica- " ción práctica, para que la pena pudiera siempre corresponder " a la naturaleza y circunstancias especiales del delito, y fuese, " además, proporcionada a su gravedad, sin que fuera indispensa- " ble, para obtener este resultado, ocurrir al arbitrio del juez, que, " en último análisis y en la mejor de las hipótesis, es la arbitrarie- " dad de las opiniones privadas disponiendo de la suerte de los " acusados.

" Con este propósito, siguiendo el ejemplo de los nuevos códi- " gos y las opiniones que han prevalecido en el derecho penal " moderno, la comisión dividió las penas en dos categorías: penas " generales de escala y penas especiales para ciertos delitos.

" En la primera clasificación se han comprendido las penas " que forman la base del sistema y que son aplicables a la mayor " parte de los delitos clasificados en el proyecto de código. Estas " penas son semejantes a las que estatuía el proyecto en revisión " y concuerdan con las establecidas en todos los códigos modernos.

" La segunda clasificación comprende las penas destinadas " para la represión de ciertos delitos, cuya naturaleza especial re- " quiere castigos apropiados.

" A esta clase pertenecen los delitos llamados políticos, sujetos " a un criterio excepcional, y cuyos móviles no pueden confundir- " se en la mayor parte de los casos con los que determinan los " delitos comunes. Para delitos tales deben señalarse penas que, " como el destierro, alejando al culpable de su centro de influen-

" cia, al mismo tiempo que reparan el mal, garante la sociedad " contra nuevos ataques.

" Las penas de inhabilitación, de destitución y de suspensión, " son apropiadas a los delitos de los empleados públicos; ellas " satisfacen las exigencias de la justicia y son consecuencia directa " de los delitos por los cuales se aplican.

" Al determinar las penas en las dos categorías indicadas, se " ha fijado para cada una el tiempo que debe durar, dentro de un " máximum y un mínimum, entre cuyos extremos queda circuns- " cripto el peligro de la arbitrariedad, y se deja al mismo tiempo " la amplitud necesaria para que el magistrado pueda proceder " según lo determinen las circunstancias atenuantes o agravantes, " cuya influencia no es posible reducir a principios fijos, sino hasta " cierto punto.

" La comisión ha consignado, además, en el libro primero, los " principios generales que afectan la designación de la penalidad " en todos los delitos. Al proceder así tuvo en vista no solamente " el mejor método, sino también facilitar el estudio del Código y " evitar repeticiones de los mismos principios al tratar de cada uno " de los delitos que se clasifican y prevén en el libro segundo, el " cual queda de este modo reducido a una nomenclatura de los " delitos y las penas, que sólo da mérito a observaciones especiales, " y cuando la doctrina establecida se separa de la regla general."

*
* *

169. El Código Penal de 1886.—El Código Penal sancionado en 1886 no siguió el método empleado en los proyectos anteriores, por cuanto no se ocupó de clasificar las penas ni de fijar puntos de vista más propios del tratado de derecho que de la ley. En el título 1.° de la sección 2.ª se ocupó de las penas en general, dando reglas de ese carácter, y en el título 2.° legisló sobre clases de penas, su duración, ejecución y efectos.

Las penas establecidas, según el artículo 54, eran las siguientes:

1.° Muerte;
2.° Presidio por tiempo indeterminado;
3.° Presidio desde tres a quince años;
4.° Penitenciaría por tiempo indeterminado;

5.° Penitenciaría desde tres a quince años;
6.° Prisión de uno a tres años;
7.° Arresto de un mes a un año;
8.° Destierro de uno a seis años;
9.° Inhabilitación absoluta, perpetua y temporal;
10. Especial, perpetua y temporal;
11. Multa.

Las penas eran, por tanto, la de muerte; las de encierro; la de destierro; las de inhabilitación y la de multa.

Pero, no obstante el enunciado, que parecería estar destinado a regir sobre todo el conjunto, el Código mismo contenía otros castigos, que no se encuentran en la enumeración general.

Así, el artículo 151 castigaba a los sujetos que alteran el estado civil de las personas, con prisión desde uno hasta tres años, y el artículo 154 reprime a los individuos de la familia que hubiesen cometido el delito para perjudicar al pariente, con la pérdida de las ventajas legales derivadas del parentesco. La pena en ese caso sería la de desheredación y la de pérdida del derecho a pedir alimentos.

El artículo 170 castigaba a la pena de vigilancia de la autoridad a los autores de amenazas; el artículo 232 castigaba a los empleados que no combatieran la sedición, a la pena de destitución; y el 233 a los ejecutores del delito de sedición mencionado, al servicio de las armas.

Esas penas estaban fuera del cuadro, pero figuraban, como lo compruebo, en la parte especial.

* * *

170. Las penas en la ley de reformas.—La ley N.° 4189, de reformas al Código Penal, derogó el artículo 54 del Código, reemplazándolo con el 7.°. En éste enumeraba las penas en el siguiente orden: muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, deportación, destierro, inhabilitación, multa. Las penas no se reducían, sino que se aumentaban, puesto que se conservaban todas las anteriores y se creaba la de deportación. Lo que se modificaba era lo relativo a los términos fijados antes de la reforma, pues en la ley

nueva solamente se enunciaban las penas en cuanto a su clase, sin decirse por cuánto tiempo correspondía su aplicación.

En la parte especial se introducían modificaciones, pero se dejaban subsistentes las penas de servicio de las armas, destitución y pérdida de los derechos derivados del parentesco.

En la discusión parlamentaria de 1900 se debatió acerca de las penas y se comparó el Código con el proyecto que se sancionó. No me detengo, sin embargo, en el examen detallado de aquella controversia, porque los puntos pertinentes serán examinados al considerar cada pena en particular.

* * *

171. El sistema penal del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 fijaba en el artículo 9.°, las siguientes penas:

1.° Muerte;
2.° Presidio;
3.° Deportación;
4.° Penitenciaría;
5.° Multa;
6.° Inhabilitación;
7.° Destierro;

La pena de presidio—decía el artículo 15—se cumplirá con trabajos forzados en un establecimiento destinado especialmente al efecto, y situado a la mayor distancia posible de los centros poblados. El gobierno de la Nación fundará en alguna de las islas del sud de la República, un presidio, al que deberán ser destinados los condenados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual podrán ser remitidos los condenados por los tribunales provinciales.

Según ese mismo proyecto, los condenados a presidio estaban sujetos a reclusión celular en las horas destinadas al sueño y a la alimentación.

La pena de penitenciaría se debía cumplir, según el artículo 30, en establecimientos destinados al efecto y distintos de los presidios, con reclusión celular durante las horas no destinadas al trabajo y a la instrucción.

En la exposición de motivos se decía que, establecidas las

reglas generales relativas a la aplicación de la ley penal, el proyecto pasa inmediatamente a la determinación de las penas y de la forma de ejecución de cada una de ellas. Esta alteración respecto del plan del código vigente, no afecta las disposiciones de la parte general o especial, y si la comisión la proyecta, es porque tiene por mejor consejo, en la preparación de un Código Penal, el de colocar en primer término las leyes relativas a las clases de pena y sus efectos, desde que toda la materia del Código que sigue a continuación, se refiere general o particularmente a la aplicación de esas penas. Es este el método observado en los códigos francés, alemán, bávaro, belga, holandés, húngaro, italiano, etc.

" De las penas enumeradas en el artículo 54 del Código Penal " —agrega,—nuestro proyecto conserva las de muerte, presidio, " penitenciaría, destierro, inhabilitación y multa, aunque modi- " ficadas, con excepción de la primera, en su forma y extensión, " según explicaremos en seguida, al tratar en particular de cada " una de ellas.

" El proyecto no adopta las penas de "prisión" y "arresto", " porque debiendo cumplirse las dos en cárcel, como dicen los " artículos 68 y 70 del Código Penal, no pueden considerarse " penas esencialmente distintas entre sí, porque aún reducidas " a una sola, la detención de los individuos en cárceles, sin suje- " ción al trabajo reglamentario que pudiera mantener al conde- " nado en sus hábitos morales, si los tuviera, o inclinarlo a ellos " en caso contrario, se convierte en una escuela de holgazanería " y de vicios, que es con frecuencia fuente de mayores delitos.

" En la lista de penas sólo agregaremos la de deportación."

Más adelante agrega la misma exposición de motivos:

" Es indispensable que la pena de presidio sea seria y esen- " cialmente distinta de la pena de penitenciaría, con la cual ha " permanecido confundida hasta hoy, cumpliéndose en los mis- " mos establecimientos, donde los hay, según el artículo 60 del " Código Penal, la pena de presidio debe cumplirse trabajando " los sentenciados en trabajos duros y penosos y sin recibir auxi- " lio alguno. Dejando por el momento de ocuparse del destino " que deba darse al trabajo de los condenados, la comisión ob- " serva que los términos *duros* y *penosos* indican un rigor que " excede a las necesidades de la pena; basta decir que el trabajo " sea *forzado*. Debe ser condición esencial de esta pena que se

" cumpla en establecimiento especialmente destinado al efecto y " situado a la mayor distancia de los centros poblados. Debiendo " aplicarse aquélla a los condenados que hayan revelado tenden- " cias más opuestas a la convivencia social, por la ejecución de " los delitos más graves, deben estar sujetos a un régimen dis- " ciplinario riguroso que no podrá hacerse ampliamente efectivo " si no se substrae al presidiario a la proximidad de parientes y cama- " radas que siempre encuentran el medio de burlar la más severa " vigilancia."

Se ocupa más adelante de establecimientos carcelarios y de reglamentaciones internas, dedicando también algunos párrafos a las condenaciones accesorias.

Con respecto a la penitenciaría, dice:

"La pena de penitenciaría no se conoce con este nombre en " los códigos extranjeros, excepto el uruguayo. La penitenciaría " no es una pena, sino un régimen penal. La denominación está, " sin embargo, consagrada en nuestros códigos y proyectos, y " hemos creído útil y aun necesario conservarla en su acepción " nacional. La penitenciaría como pena, es análoga a la que en el " código de Baviera se llamaba casa de trabajo penal; a la *deten-* " *ción*, del código italiano, a la *reclusión*, del húngaro, etc.

" Conservamos para la penitenciaría las condiciones fijadas " por el actual artículo 65 del Código Penal; cumplimiento de " la pena en establecimientos distintos de los presidios; sujeción " al trabajo dentro de los mismos. Pero de acuerdo con las más " acertadas indicaciones recogidas de la experiencia, hemos con- " servado la reclusión celular durante las horas que los reglamen- " tos no destinen al trabajo y la instrucción. Aun para las penas " de corta duración es conveniente la reclusión celular, porque si " aquéllas se han de aplicar a los autores accidentales de delitos " de corta entidad, que pueden ser cometidos aún por las perso- " nas de mejor conducta, ningún beneficio mayor se puede pro- " curar a éstas que evitarles la afrenta del contacto y de la so- " ciedad de los penados."

El proyecto, no solamente fijaba las penas, sino que daba los rasgos generales de la reglamentación carcelaria, sistema que no siguió el proyecto de 1906 y que tampoco se ha adoptado en el código vigente.

*

* *

172. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, decía en el artículo 4.°:

"Las penas que este código establece son las siguientes: "muerte, presidio, detención, deportación, multa e inhabilitación."

La pena de presidio debía cumplirse con trabajos forzados en establecimientos destinados al efecto; y la de prisión en establecimientos distintos de los presidios, con reclusión celular en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción.

En cuanto a la deportación consistía en la relegación por tiempo indeterminado en un paraje adecuado que designaría el Poder Ejecutivo.

Por fin, la detención debía cumplirse en cualquier cárcel, sin sujeción al trabajo reglamentario.

Acerca de estos asuntos, la exposición de motivos se refería en primer término a la falta de cumplimiento en la práctica de las penas privativas de la libertad que consignaba el código entonces vigente. Se afirmaba que no valía la pena mantener castigos que no se cumplían, y que no había ninguna razón científica ni de conveniencia para persistir en el sistema de aquella ley. La tendencia moderna, por lo demás, tiende a la unificación de las penas privativas de la libertad.

Añadía la misma exposición:

"El porqué de esta tendencia es muy fácil de comprender. "La ciencia no respeta lo artificioso, lo que no descansa sobre ba- "ses estables, y si hay algo que pueda reputarse mero artificio "es esta múltiple división de la misma pena, fundada en detalles "sin importancia de su ejecución.

"La ciencia no ve en el régimen de esta clase de penas, sino "lo que es esencial del régimen mismo, esto es, la privación de "la libertad y la obligación del trabajo; ella no toma en cuenta "lo que es puramente arbitrario, lo que no obedece a principio "fijo alguno, lo que sólo importa un simple accesorio en lo fun- "damental del sistema.

"Y este procedimiento, tan propio de la ciencia en todas sus "manifestaciones, conduce lógicamente a la conclusión de que la "pena que descansa sobre la doble base de la privación de la liber-

"tad y de la obligación del trabajo, y cuya acción y eficacia estri- "ban solamente en esas condiciones, debe necesariamente ser una, "porque en cualquier forma que se aplique, siempre resulta idén- "tica en su esencia: priva de libertad y obliga al trabajo.

"El tratadista Van Swinderen, en su excelente obra "Ex- "quise du Droit Penal actuel dans les Pays Bas a l'etranger", "llamado a ocuparse de esta cuestión, se pronuncia por la uni- "formidad de las penas privativas de la libertad en estos térmi- "nos: "Yo no vacilo en responder afirmativamente, pues todo "sistema penitenciario reposa sobre la doble base de la privación "de la libertad y de la obligación del trabajo, lo que conduce na- "turalmente a la aplicación de un régimen uniforme, a aquel en "que estos dos elementos se encuentren mejor combinados; y "aunque el objeto de la pena no sea la mejora, la corrección, ni "la regeneración, es reprochable todo sistema penitenciario que "pierde de vista que toda pena debe tender al noble objeto de "hacer nacer en el corazón del preso el arrepentimiento y la vir- "tud, y que este objeto, que constituye un deber, el Estado no lo "cumple, aplicando a los unos un sistema más moralizador que "a los otros. ¿Por qué clasificar las penas? No se las puede cla- "sificar sino de la siguiente manera: 1.° En más o menos aflicti- "vas; pero la disciplina de toda prisión debe ser de una severi- "dad tal, que no pueda llegar a mayor rigor, sin degenerar en "crueldad; no es posible, pues, ni disminuirla, ni agravarla; "2.° En más o menos infamantes; pero ninguna debe tener ese "carácter; 3.° En su mayor o menor poder de intimidación; pero "ellas deben tenerlo todas en el mismo grado y sin que jamás la "intimidación pueda ser obtenida con sacrificio de la justicia; y "4.° En más o menos reformadoras; pero la ciencia penitenciaria "debe siempre, sin excepción alguna, usar de todo su poder para "corregir un condenado. No se puede, pues, clasificar las penas "sino según su duración; única clasificación lógica. Si la pena, "en efecto, intimida, es reformadora y aflictiva, su acción será "tanto más eficaz cuanto más larga sea su duración. Por este sis- "tema, la opinión pública no rechazará a aquel que haya sufrido "una pena privativa de la libertad de carácter más grave, sino "que colocará en la misma línea a todos los que hayan sufrido "una encarcelación, con lo cual ganarán la seguridad y la moral "pública. Por consecuencia, la sola pena privativa de la libertad

" que deben adoptar las legislaciones modernas, es la de prisión " con trabajo obligatorio."

" Tarde, en su "Philosophie penale", dice: "No menos que la " dulcificación de las penas, su simplificación parece ser una con- " secuencia de la civilización. Comparad la extravagante colec- " ción, el atroz museo de los antiguos instrumentos de barbarie, " de suplicios y de tormentos sin número que llenan los anales del " derecho penal, con la simplicidad, con la uniformidad de nues- " tros medios represivos, que van siempre simplificándose y uni- " formándose: la muerte pura y simple, sin agravación, la mul- " ta, la prisión, el trabajo."

" Justificada así la solución negativa de la segunda cuestión " que indicamos al principio de este capítulo, y teniendo presen- " te, por otra parte, la imposibilidad práctica de aplicar en nues- " tro país tantas penas diferentes de una misma clase, la comisión, " procediendo siempre prudentemente y colocándose, en todos los " casos, en un término medio razonable, propone sólo la disminu- " ción de las penas privativas de la libertad, no obstante recono- " cer que la unificación está más en las tendencias modernas y " reune mayor número de ventajas.

" Las penas que el proyecto suprime son las de arresto y pe- " nitenciaría, dejando subsistentes el presidio y la prisión—ésta " con un término y consecuencias diferentes de la actual,—y agre- " gando la de detención."

*

* *

173. La cuestión penal llevada a la Cámara de Diputados.—Cuando presenté a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 como base de encuesta y para elaborar sobre el mismo la ley definitiva, no alteré su sistema de penas sino en una parte, o sea en lo relativo a la pena de muerte cuya supresión propuse.

El artículo 4.° quedaba, por tanto, redactado en los siguientes términos:

" Las penas que este código establece son las siguientes: pre- " sidio, prisión, detención, deportación, multa e inhabilitación."

En mis fundamentos sólo me referí a la supresión de la pena de muerte, limitándome, en lo demás, a la exposición de motivos del proyecto de 1906.

*

* *

174. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria introdujo en esta parte novedades de importancia.

Las penas se redujeron a cuatro: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Las dos primeras, que son las de encierro, pueden ser perpetuas o temporales. En cuanto a la inhabilitación, puede ser absoluta o especial.

La pena de muerte y la de destierro se suprimen, conservándose dos penas de encierro: la multa y la inhabilitación.

Sobre el sistema penal del proyecto, la exposición de motivos dice:

" El código vigente enumera cuatro clases de penas de encie- " rro: presidio, penitenciaría, prisión y arresto. Dichas penas se " diferencian poco o nada, si se tiene en cuenta la manera de cum- " plirlas. En casi todas nuestras cárceles se encuentran juntos los " condenados a presidio, penitenciaría, prisión y arresto, y, en mu- " chos casos, juntos con los penados se colocan los procesados y " aun los infractores. Estos inconvenientes se deben a la falta de " establecimientos y la circunstancia de ser las cárceles de juris- " dicción provincial, no teniendo muchos de los Estados federales " elementos para construirlas, ni conveniencia de hacerlo, por el " escaso número de penados destinados a ocuparlas.

" Desde el momento que esas penas no se cumplen, y desde " que esa situación se mantiene a pesar del Código y a contarse " desde su vigencia, parece inadecuado insistir en ellas, pues co- " mo dice la exposición de motivos de 1906, no hay objeto en man- " tener cosas inútiles. Sin embargo, si tales penalidades fueran " convenientes y si la doctrina y el ejemplo extraño, ya que el " nuestro no lo podemos invocar, nos demostrara que era necesa- " rio conservarlas, sería preciso hacer el esfuerzo y crear los es- " tablecimientos requeridos. El movimiento científico y la expe- " riencia ajena, nos dicen que esas divisiones de la pena de encie- " rro con nombres diferentes, no representan ninguna ventaja, " tendiéndose a la reducción de las mismas en todas partes.

" La exposición de motivos de 1906, recuerda que el código " de Holanda y el proyecto francés reducen las penas privativas

" de la libertad a dos: prisión y detención. Y recuerda acertada-
" mente otros antecedentes doctrinarios que se pronuncian en el
" mismo sentido.

" La ciencia y la práctica del momento repudian los artifi-
" cios, tendiendo a cimentar las instituciones en bases serias que
" respondan a propósitos definidos.

" El código de Noruega, promulgado en 1900, contiene tam-
" bién dos penas privativas de la libertad, que son la reclusión y
" la prisión, como puede verse en el artículo 15.

" El proyecto alemán de 1909, acepta en los artículos 14, 15
" y 19 las penas de reclusión, prisión y arresto.

" El proyecto suizo de 1903 admite las penas de reclusión y
" prisión en los artículos 26 y 27, y el proyecto también suizo
" de 1908 conserva la reclusión, la prisión y el arresto.

" Debe advertirse que los proyectos referidos que conservan
" el arresto, lo hacen porque castigan dentro del Código Penal
" las simples contravenciones.

" Se observa, así, que la tendencia general se encamina a la
" reducción de las penas privativas de la libertad, como lo hemos
" afirmado. No tenemos, por tanto, para mantener el sistema ac-
" tual, ni razones doctrinarias ni precedentes nacionales, ni impo-
" siciones de la práctica, desde que en el hecho, las cuatro penas
" de nuestro código se reducen a dos y en algunos casos a una.

" Hemos pensado, por eso, que deben mantenerse nada más
" que dos penas privativas de la libertad: la reclusión y la prisión.

" La diferencia entre una y otra está en la clase de trabajo
" y en la disciplina carcelaria. Los condenados a reclusión podrán
" ser empleados en toda clase de trabajos públicos, mientras que
" los condenados a prisión sólo podrán ser empleados en labores
" dentro del establecimiento.

" Lo esencial en materia carcelaria es que los penados traba-
" jen y que aquél se imponga de manera obligatoria.

" Es indispensable reglamentar por medio de una ley espe-
" cial, complementaria del Código Penal, el cumplimiento de las
" penas, prescribiendo el régimen carcelario.

" No hay objeto en incorporar esos preceptos al Código, por-
" que la penalidad y el sistema para el cumplimiento de la mis-
" ma son cosas diferentes. El Código prevé los delitos y fija las
" represiones, debiendo ser aplicado por los jueces que absuelven
" o condenan.

" El régimen penal depende de la autoridad administrativa,
" y se hace efectivo sobre los condenados, que es a quienes se apli-
" ca. Es, así, extraño a los magistrados y al Poder Judicial.

" Es indudable, sin embargo, que los fines perseguidos al im-
" poner penas para los delitos pierden eficacia si el régimen car-
" celario no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvie-
" ron en vista al fijar las represiones. Por eso conviene estable-
" cerlo en una ley especial, como lo dejamos manifestado.

" El sistema debe ser uno para toda la Nación. De lo contra-
" rio, el mismo delito sería castigado de manera diferente, según
" la provincia en que se hubiere cometido, lo que es contrario al
" sistema de la unidad, preconizado por la Constitución.

" No basta, sin embargo, unificar el sistema penal y exigir a
" las provincias determinados requisitos para los establecimientos
" carcelarios, porque los gobiernos podrían alegar, para no cum-
" plir con la ley, imposibilidades materiales que no podrían ser
" cubiertas por los preceptos reglamentarios. Es necesario, por eso,
" autorizar, como lo dice el proyecto de 1906, a las provincias,
" para que manden sus penados a los establecimientos nacionales
" y obligarlas a su envío cuando no estuviesen en condiciones de
" cumplir el régimen legal en establecimientos propios.

" El proyecto de 1906 contenía sólo la autorización. En el
" Congreso Penitenciario de 1914, el doctor Julio Herrera sostuvo
" que debía obligarse a las provincias a mandar los condenados
" por sus tribunales a los establecimientos nacionales, cuando no
" los tuvieran, para que el Código Penal se cumpliera por igual
" en todo el país.

" La unidad, que es de justicia, había sido sancionada por el
" Congreso Penitenciario de Wáshington, en el voto siguiente:
" Todos los establecimientos de orden penal, incluso las casas de
" detención y las cárceles y prisiones locales, deberán estar bajo
" el contralor de una autoridad central."

" En los Estados Unidos, donde los Estados se dan sus pro-
" pias instituciones en materia de fondo y forma, el problema es
" más difícil de solucionar que aquí, donde el Código Penal es
" uno para toda la Nación y donde basta dictar la legislación ade-
" cuada. Sin embargo, allí se siente también la necesidad y se ex-
" presa la aspiración.

" Es innecesario abundar en más consideraciones. Estas fue-

" ron, por otra parte, desenvueltas en el informe antes referido
" del doctor Julio Herrera, relativo al Congreso Penitenciario,
" celebrado en Buenos Aires en el año 1914."

*

* *

175. El proyecto en el Senado.—El sistema penal del proyecto remitido por la Cámara de Diputados en revisión al Senado, fué objeto en esa Cámara de un detenido estudio. El doctor Rojas, en su informe, se ocupó más que del sistema penal en términos generales, de las penas en particular, de manera que sus observaciones las estudiaremos cuando tratemos de los castigos especialmente.

Pero en la exposición de motivos de la Comisión de Códigos se formularon argumentos de los que debo dejar constancia, porque tienen verdadera importancia para la explicación del código en vigor. La comisión empezó diciendo que había estudiado muy especialmente el título relativo a las penas, porque era una de las cuestiones fundamentales de la reforma penal, y agrega que coincide con la comisión especial de la Cámara de Diputados, manteniendo el sistema del proyecto e introduciendo modificaciones que no alteran su estructura.

Se ocupa en seguida: a) De la simplificación de las penas; b) De la conveniencia de la simplificación; c) De la tendencia moderna hacia la unificación de las mismas; y d) Del sistema penal del proyecto en revisión sancionado posteriormente.

Dijo al respecto:

" El proyecto en revisión simplifica el sistema represivo de
" acuerdo con las orientaciones de la ciencia penal moderna. La
" simplificación de las penas fué una de las bases fundamentales
" del proyecto de 1906. Conviene, entonces, recordar lo que sobre
" este punto dijo la comisión redactora.

" El código vigente—dice el informe elevado por la comisión
" al señor ministro de Justicia e Instrucción Pública, con fecha
" 10 de marzo de 1906—establece, entre las penas privativas de
" la libertad, el presidio, la penitenciaría, la prisión y el arresto.

" Por causas que todos conocen, y que en realidad provienen
" de que en un país nuevo no es posible, por falta de elementos,

" hacer en un día lo que es obra del tiempo, dichas penas, hasta
" hace muy poco, estaban reducidas en el hecho a sólo una: la
" de penitenciaría. En el establecimiento destinado al cumplimien-
" to de esta pena, estaban aglomerados desde los condenados a
" presidio hasta los que sólo debían sufrir arresto.

" Esta situación se ha modificado en algo, es verdad, en los
" últimos tiempos, en cuanto a los establecimientos penales
" de la Nación; pero todavía estamos muy distantes de te-
" ner todos los que son necesarios para que cada una de las pe-
" nas que establece la ley se cumplan en los lugares y en las con-
" diciones que ella quiere.

" Si esto ocurre en la Nación, fácil es comprender las difi-
" cultades con que tropiezan las provincias, especialmente algu-
" nas, para hacer efectivas las distintas clases de penas que se
" acaban de enumerar."

" El informe agrega que la comisión se planteó como primera
" cuestión la de saber si era conveniente mantener penas que no
" se cumplen en la práctica, resolviéndola negativamente. Exa-
" minó, después, la cuestión de si existían razones de orden cientí-
" fico o simplemente de conveniencia para mantener la diversi-
" dad de penas, y también fué resuelta por la negativa, juzgán-
" dose que los efectos y fines de las penas privativas de la liber-
" tad, se consiguen ampliamente, sin necesidad de subdivisiones,
" que no hacen sino complicar el sistema, sin provecho alguno
" para nadie.

" El Código Penal de Holanda, que es la expresión más avan-
" zada de la ciencia del derecho criminal, según la frase de Gar-
" raud, y el proyecto de Código Penal francés, todavía en prepa-
" ración, no establecen sino dos penas de esta clase: la prisión y
" la detención.

" La tendencia moderna, revelada por estas dos recientes
" obras, que son el fruto de la ciencia y experiencia de jurisconsultos eminentes, es, pues, hacia la unificación de las penas pri-
" vativas de la libertad.

" El porqué de esta tendencia es muy fácil de comprender.
" La ciencia no respeta lo artificioso o lo que no descansa sobre
" base estable, y si hay algo que pueda reputarse mero artificio
" es esta múltiple división de la misma pena, fundada en detalles
" sin importancia de la ejecución.

" La ciencia no ve en el régimen de esta clase de penas, sino

" lo que es esencial del régimen mismo, esto es, la privación de " la libertad y la obligación del trabajo; ella no toma en cuenta " lo que es puramente arbitrario, lo que no obedece a principio " fijo alguno, lo que sólo importa un simple accesorio en lo fun- " damental del sistema.

" Y este procedimiento, tan propio de la ciencia en todas sus " manifestaciones, conduce lógicamente a la conclusión de que la " pena que descansa sobre la doble base de la privación de la liber- " tad y de la obligación del trabajo, y cuya acción y eficacia es- " triban solamente en esas condiciones, debe necesariamente ser " una, porque en cualquier forma que se aplique, siempre resulta " idéntica en su esencia: priva de la libertad y obliga al trabajo.

" El proyecto de la H. Cámara de Diputados ha seguido de " manera más absoluta que el proyecto de 1906 la moderna y cien- " tífica tendencia a la unificación y simplificación de las penas. " Mientras éste establecía la pena privativa de la vida y las de " presidio, prisión, detención y deportación como restrictivas de " la libertad, aquél suprime la primera y reduce las otras cuatro " solamente a dos: reclusión y prisión. Esta comisión ha encon- " trado más lógico el sistema represivo incorporado al proyecto " en revisión, al mismo tiempo que considera ser el más justo y " de mayor conveniencia y utilidad social, y sin vacilaciones de " ningún género os aconseja que le prestéis vuestra aprobación.

" Entiende esta comisión, al contrario de lo que pensaba la " mayoría de las Comisiones de Códigos y Especial de Justicia " Militar del H. Senado, que el año último estudiaron el proyecto " de Código Penal, que no existe razón alguna para incorporar al " proyecto la pena de muerte abolida por la H. Cámara de Dipu- " tados."

*

* *

176. El punto de vista de conjunto acerca del sistema. Elasticidad de las penas.—El sistema penal del Código no se puede apreciar teniendo en cuenta solamente las clases de penas. Para tener un punto de vista de conjunto es preciso hacer un examen que contemple todos los preceptos.

El Código se propone llevar a la práctica dos pensamientos

doctrinarios fundamentales: la elasticidad de las penas y su individualización. Ambos conceptos son concordantes.

Para realizar lo primero, en la parte especial se señalan penas que fijan un mínimum reducido y un máximum elevado, de tal modo que a los mismos delitos se les puedan aplicar represiones muy diferentes, según los casos.

La evolución del derecho penal y la prédica constante de los que se han ocupado de la materia, sosteniendo que los casos son distintos, que los individuos son diferentes, que el peligro social no es el mismo en cada emergencia, y que el castigo tiene que variar según las circunstancias, ha alejado a los códigos cada vez más del concepto rígido reflejado en las leyes antiguas, con sus penas fijas, sistema incorporado entre nosotros al proyecto del doctor Tejedor.

El código derogado ya se había lanzado en esa corriente, conteniendo penas de límites amplios, aun cuando no tan extensos como los del código en vigor.

Pero no basta con señalar penas elásticas para que en la aplicación se pueda hacer un uso adecuado de la tal elasticidad. Los códigos, al legislar sobre las circunstancias que deben tenerse en cuenta para graduar la responsabilidad, se ocupan, además, de las eximentes, de las agravantes y de las atenuantes. Si éstas y aquéllas se enumeran rígidamente, si se dice que debe tenerse en cuenta el número de esas circunstancias para aplicar la penalidad, y si se fija el término medio de la pena para aumentarla o reducirla según las tales circunstancias calificativas, el margen es reducido, y en rigor el juez se encuentra ceñido y sin facilidades para hacer sentir el peso de su criterio en la apreciación del caso concreto.

De manera que para la eficacia del sistema deben adoptarse, como se ha hecho, reglas amplias, sin obligar al juez a considerar determinadas circunstancias, y sin reducirlo a tomar el término medio de la pena señalada con límites más o menos amplios. En el Código se deja un margen amplísimo y se da lugar a que todos los elementos, tanto los personales y los sociales como los que se refieren al caso en cuestión, puedan ser tenidos en consideración.

Al estudiar en particular los artículos, ampliaremos estas nociones.

*

* *

177. Individualización de la pena.—No basta que la pena sea elástica y que el juez pueda moverse dentro de límites más o menos extensos. Es preciso que se estudie, no sólo el asunto en sí, sino y muy especialmente el sujeto infractor, para determinar la pena aplicable, teniendo muy especialmente en cuenta sus condiciones. El mismo hecho puede y debe dar lugar a represiones diferentes, a causa de las condiciones personales del sujeto y al grado de peligro que ofrezca para la sociedad. La pena es una defensa y ésta debe ejercitarse con la intensidad necesaria y nada más. El exceso resultaría siempre abusivo y no puede propiciarse.

La individualización de la pena, como dice Saleilles (1), puede ser de tres clases: la legal, hecha de antemano por la ley; la judicial, hecha por el juez; y la administrativa, hecha mientras se ejecuta la pena por la autoridad encargada de hacerla cumplir.

La individualización legal no es posible. El Código, dictado antes de que los hechos se produzcan, sólo puede preverlos en general y señalar los castigos para infracciones determinadas. Es posible, sin embargo, tener en cuenta circunstancias diversas, las cuales apreciadas por el juez permiten hacer la individualización.

Saleilles cree que podría ensayarse a este respecto una clasificación de delincuentes, e indicar a qué criterio represivo corresponde cada uno de los tipos previstos.

Está admitido—agrega,—sin que necesite demostración, que el juez es el único capaz de conocer el agente y darse cuenta de lo que es. Reconoce que el arbitrio del juez suscita grandes dificultades, y dice que éste, dándosele un margen extenso de atribuciones, tendría que resolver acerca de la clase de pena aplicable y de su duración.

Hemos pensado, precisamente, cuando se redactó el proyecto, que admitido el principio según el cual ni los casos ni los individuos son iguales, era preciso llegar en lo posible a crear represiones adecuadas para cada emergencia. Pero como el caso se presenta después de creada la previsión legal, la individualización no es posible en la ley, que no podría nunca prever todos los casos nuevos y siempre inciertos. La ley puede, entonces, dar normas generales, y el juez individualizar, estudiando al sujeto y dándole la pena que crea corresponder.

(1) R. Saleilles.—La individualización de la pena.

Para esto era entonces preciso, no sólo los límites extensos en las penas fijadas respecto a los delitos, sino la autorización al magistrado para que elija entre distintas clases de pena la que encuentre más justa y oportuna. De aquí las penas paralelas consignadas en el Código, que confiere a los tribunales facultades amplias, que permitirán una justicia mucho más aproximada que la ejercitada antes, a las conveniencias sociales, a los intereses individuales y a las reglas dominantes de moral.

Con el código vigente, los jueces pueden individualizar la pena. Bastaría con observar que al autor del homicidio simple se le puede aplicar desde prisión por ocho años hasta reclusión por veinticinco.

La individualización administrativa, por fin, se relaciona con el régimen carcelario, esto es, con la aplicación del castigo por la autoridad encargada de hacer cumplir al reo la penalidad impuesta por los tribunales. El juez, en todos los casos, según el código vigente, deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho. Así estará en condiciones de individualizar con el conocimiento completo y personal del asunto. (Ver artículo 41 al final).

Veamos ahora las diferentes penas fijadas en la ley, las que se han suprimido y las discusiones hechas al respecto.

*

* *

178. Opiniones de profesores y magistrados acerca del sistema penal más conveniente.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria tuvo en cuenta también para reducir el número de penas, las opiniones vertidas por las personas que contestaron a la encuesta hecha sobre el proyecto de 1906. En éste se conservaban, como se ha visto, tres penas de encierro: el presidio, la prisión y la detención, reducidas en el código vigente a dos: la reclusión y la prisión.

El doctor Enrique B. Prack, profesor de derecho penal en la

Universidad de Buenos Aires, concretó sus opiniones diciendo (1):

"¿A qué crear tres penas privativas de la libertad, las de "presidio, prisión y detención, cuando bien sabemos que la dis- "tinción entre ellas ha de ser, en la mayoría de los casos, simple- "mente verbal? ¿Dónde están y dónde estarán por muchos años "los establecimientos distintos en que hayan de cumplirse bajo "regímenes diferentes esas diversas penas?"

Agrega que las penas de presidio y prisión se confunden, y que la detención es inconveniente, sobre todo porque pudiendo extenderse hasta diez años no impone el trabajo como condición de cumplimiento. Nada hay más enervante y contrario a las modernas reglas científicas que el encierro en la ociosidad. Se dirá, quizás, que el artículo proyectado no impide que trabaje el condenado que lo desee; pero ¿qué orden puede haber en un establecimiento carcelario en que trabajen quienes quieran y cuando les plazca? Fuera de que la sociedad tiene interés en infundir hábitos de trabajo a los recluídos y, en consecuencia, no puede dejar librado a su voluntad el que los adquieran o no. En consecuencia—concluye,—es más conveniente y lógico establecer una sola clase de pena privativa de la libertad. En cuanto al nombre, prefiere el de penitenciaría, y entiende que debe extenderse desde un mes hasta por tiempo indeterminado.

El doctor Octavio González Roura, vocal de la Cámara Criminal de la Capital Federal y profesor de derecho penal en la Universidad de La Plata, dijo que debían introducirse modificaciones al proyecto de 1906, las que expuso concretamente (2).

De ellas resulta que no encuentra inconveniente mantener las penas de presidio, prisión y detención. Considera que en las penas divisibles no debe fijarse mínimo, siguiendo el sistema del código de Holanda, y si no se aceptase éste en toda su extensión, cree que deben establecerse mínimos muy bajos. Encuentra, por fin, que debe insistirse en el sistema de las penas paralelas.

El doctor Jorge E. Coll, agente fiscal de la Capital Federal, cree, como el doctor González Roura, que debe mantenerse la pena de muerte, y formula algunas observaciones respecto a las pe-

(1) Cámara de Diputados de la Nación.—Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. Orden del Día N.º 63, de 1917, página 207.

(2) Orden del Día citada, páginas 301 y 304.

nas de presidio y prisión, insistiendo en la [illegible] durante las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción (1).

El doctor Adolfo S. Carranza, juez de la provincia de Tucumán, sólo se refirió en la pena de presidio al calificativo de forzado (2).

Consultado el doctor Ricardo Seeber, presidente de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, envió copia del acta de la reunión celebrada en la Cámara de Senadores en 28 de julio de 1914, con los miembros de la Comisión de Códigos de ese cuerpo y con el presidente de la comisión correspondiente de la Cámara de Diputados. En esa oportunidad, el referido magistrado formuló diversas observaciones, las que respecto al sistema penal se concretaban principalmente a la reglamentación de la pena de presidio y a las circunstancias calificativas (3).

(1) Orden del Día citada, página 335.

(2) Idem, página 384.

(3) Idem, página 427.

XIII

De la pena de muerte

179. La cuestión de la pena de muerte. — 180. Conceptos antiguos y modernos acerca de la penalidad. — 181. La opinión de Beccaria sobre la pena de muerte y la legislación represiva de su tiempo. — 182. Argumentos hechos a favor y en contra de la pena de muerte. — 183. La palabra de los positivistas. Garófalo, Lombroso, Ferri. — 184. Crítica de la opinión positivista. — 185. La pena de muerte y el sentimiento nacional. Argumentos abolicionistas. — 186. Restricciones colocadas en el código anterior con respecto a la pena capital. — 187. El código de Tejedor y sus fundamentos en la materia. — 188. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García. — 189. El código de 1886 y la ley de reformas. — 190. La ley de seguridad social. — 191. El proyecto de 1891. — 192. El proyecto de 1906. — 193. El proyecto de 1906 presentado en 1916 a la Cámara de diputados y los fundamentos dados por el autor al suprimir la pena de muerte. — 194. El despacho de la comisión especial de legislación penal y carcelaria. — 195. La cuestión en la Cámara de diputados y en el Senado. — 196. La sanción definitiva. — 197. Opiniones de la encuesta.

*
* *

179. La cuestión de la pena de muerte.—El código en vigor suprimió la pena de muerte, reaccionando sobre los antecedentes legales, pero afirmando los sentimientos nacionales que revelan la voluntad del país.

La cuestión de la pena de muerte es una de las que ha provocado más discusiones entre filósofos, sociólogos y juristas, apasionando a la opinión pública, que discute el asunto con ardimiento. Una síntesis de las opiniones vertidas al respecto obligaría a un estudio largo y detenido que carecería de objeto, desde que los puntos fundamentales de la discusión son, en definitiva, los mismos, presentados, argüidos y vueltos a presentar por los defensores e impugnadores.

No hay en la materia ni siquiera uniformidad de escuela, desde que clásicos, positivistas y eclécticos se dividen en cuanto se refiere al punto, declarándose dentro de cada grupo por el mantenimiento o la abolición, sin declinar de sostener las doctrinas generales que caracterizan a unos y a otros.

El asunto se puede considerar desde diferentes puntos de vista. Desde luego, tendríamos el aspecto religioso y el jurídico. Los que se colocan dentro del primer orden de ideas discuten dentro de su propio campo teológico, yendo a los principios para considerar si el hombre tiene derecho para ordenar la muerte de un semejante. Dentro del cristianismo se presenta frente al mandamiento "no matarás" una práctica para la cual se han formulado doctrinas que admiten y justifican el empleo de la pena capital.

Los juristas discuten de otra manera y aprecian la cuestión relacionándola o con principios teológicos, que aceptan como fundamento de la organización jurídica, o con normas de convivencia social.

Esto da lugar a que la cuestión se presente también bajo otros dos aspectos: el teórico y el práctico; el primero se refiere a la doctrina, al fondo mismo del asunto, y se relaciona con trascendentales cuestiones filosóficas y con el derecho de castigar. El segundo atiende a la conveniencia y se ocupa de discutir si es o no necesario establecer la pena de muerte de acuerdo con las condiciones sociales del núcleo donde puede ser eficaz o inútil. El primer criterio es más bien moral; el segundo tiene carácter jurídico.

Los que discuten el derecho mismo de castigar se preguntan si el hombre tiene o no el derecho de aplicar esa clase de pena, y para ello se extienden en largas elucubraciones que deben referirse al origen de las sociedades, a los principios que las informan y a la precisión de su mantenimiento.

Los que se refieren a la faz práctica, toman los hechos, observan el Estado constituído, tienen en cuenta la precisión de su defensa y se pronuncian apreciando principalmente el factor necesidad. Si la pena se precisa, debe implantarse; si no fuera necesaria, no hay objeto en mantenerla.

La difusión del tema y el hecho de haberse escrito mucho al respecto, hace que algunos autores modernos no se extiendan en el estudio de los argumentos, dejando sólo la constancia de la controversia y refiriéndose a los motivos más destacados para fundar después la opinión propia.

* * *

180. Conceptos antiguos y modernos acerca de la penalidad.— La pena de muerte se encontraba prodigada en los sistemas penales de todas las sociedades antiguas. Así como el delito se castiga hoy con la privación de la libertad, antes se reprimía por medio de la pena capital. La pena, entonces, tenía por principal objeto producir en el delincuente un sufrimiento físico, y por eso los castigos se calculaban teniendo en cuenta esa finalidad. La pena de muerte misma se ejecutaba de diferentes maneras y era muchas veces precedida de tormentos (1).

Entre otras penas destinadas a producir sufrimiento físico y afrentar, se cuentan las de azotes; pérdida de miembros; marca a fuego; exhibiciones públicas en determinadas condiciones, etc.

Las viejas legislaciones abundan en la enumeración, dando la impresión las leyes y, sobre todo las prácticas, de que se hubiera aguzado el ingenio para tratar de producir en los delincuentes sufrimientos atroces. Es de tenerse en cuenta también que esas penalidades se aplicaban, no sólo a los delincuentes comunes, sino también a los políticos, y en muchos casos especialmente a éstos.

El cuadro de esa penalidad bárbara y los hechos del mismo carácter dominantes en los procesos, provocó la reacción, y junto con ella el movimiento humanitario. Las penas fueron perdiendo poco a poco los rasgos antiguos, reduciéndose a los límites de la necesidad.

(1) Sobre todos estos asuntos puede consultarse la obra de Hippolyte Laurent, Les Chatiments Corporels.

La corriente transformadora influyó sobre los procedimientos, sobre la penalidad y sobre los regímenes carcelarios. Sobre los procesos con la supresión del tormento que representaba la pena y el sufrimiento físico antes de la condena; sobre el sistema penal por la supresión de los castigos atroces y expiatorios; y sobre los regímenes carcelarios transformando las prisiones que eran lugares destinados al padecimiento físico de los recluídos, en sitios de simple seguridad.

Pero la evolución no se limitó a suprimir la crueldad y el sufrimiento, sino que se planteó de manera concreta la cuestión de la pena capital. Se consideraba ya como una conquista lo relativo a la abolición de tormentos para la aplicación de ese castigo, pero se combatía la pena misma en sí, y no el sufrimiento personal que pudiera representar.

*

* *

181. La opinión de Beccaria sobre la pena de muerte y la legislación represiva de su tiempo.—Beccaria (1), basado en sus principios contractualistas, combatió la pena de muerte con argumentos lógicos e irrefutables dentro de sus normas fundamentales relacionadas con el origen de la sociedad.

Entre otras cosas, dice:

" ¿Con qué razón se atribuyen los hombres el derecho de ma-
" tar a sus semejantes? ¿Qué derecho es ese? No será, indudable-
" mente, el que da origen a la soberanía y a la ley, pues éstas no
" son sino la suma de mínimas porciones de la libertad privada
" de cada uno y representan la voluntad general que es el agre-
" gado de todas las particulares. Y ¿quién es el que haya queri-
" do dejar a otros hombres el arbitrio de matarlo? ¿Cómo puede
" caber, en el mínimo sacrificio de la libertad individual, el ma-
" yor sacrificio de todos los bienes: la vida? Y si esto fuera ver-
" dad, ¿cómo se armoniza este principio con el que niega al hom
" bre el derecho de matarse a sí mismo? Si el individuo ha dado
" a otro individuo, o a la sociedad entera, un derecho semejante,
" es indiscutible que también lo tiene para suicidarse.

" La pena de muerte no es, pues, un derecho, pues he demos-

(1) Del Delito y de la Pena. Página 59, capítulo XVI.

" trado que no puede serlo; es, únicamente, una guerra que la
" nación declara a un ciudadano, cuya destrucción supone aquél-
" lla necesaria o útil. Pero si demuestro que tal muerte no es útil
" ni necesaria, habrá vencido la causa de la humanidad.

" La muerte de un ciudadano no puede suponerse necesaria
" sino por dos motivos. El primero se funda en que aquél, aun
" privado de libertad, conserve tales relaciones y tal fuerza, que
" peligre la seguridad de la nación, es decir, cuando su existen
" cia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de go-
" bierno establecida. De modo que la muerte de un ciudadano es
" necesaria cuando la nación recupera o pierde su libertad, o cuan-
" do, en épocas de anarquía, se impone a todos los desórdenes. Pe-
" ro cuando reina sosegadamente la ley; en una forma de gobier-
" no elegida por los votos reunidos de la nación, bien protegida
" por la fuerza y por la opinión, acaso más eficaz que la fuerza
" misma; en un gobierno, en fin, donde el poder se ejerce por el
" soberano y en que la riqueza sirve para comprar satisfacciones
" y no autoridad, la necesidad de destruir a un ciudadano está
" únicamente determinada por la circunstancia de constituir un
" freno de la criminalidad; segundo motivo, porque puede creerse
" justa y necesaria la pena de muerte.

" Para sentir la verdad de mis afirmaciones, basta consultar
" un poco la naturaleza humana, pues ni el ejemplo de los ciu-
" dadanos romanos, ni la experiencia de tantos siglos, en que la
" última pena no ha evitado que los hombres ofendan la sociedad;
" ni veinte años de reinado de la emperatriz Isabel de Moscovia,
" durante los cuales dicha soberana dió a los padres del pueblo
" este ilustre ejemplo, que equivale, por lo menos, a muchas con-
" quistas compradas con la sangre de los hijos de la patria, no
" llegaron a persuadir a los hombres, para quienes siempre es sos-
" pechoso el lenguaje de la razón y eficaz el de la autoridad.

" Lo que produce mayor efecto en el ánimo de los hombres
" no es la intensidad de la pena, sino su extensión, porque nuestra
" sensibilidad se mueve más fácil y establemente por mínimas y
" repetidas impresiones que por vigorosos y pasajeros movimien-
" tos. El imperio de la costumbre es universal; influye sobre todo
" ser sensible; y así como el hombre habla y anda y satisface sus
" necesidades con el auxilio de aquélla, así las ideas morales no se
" estampan en la mente sino por duraderas y reiteradas sacudi-
" das. El freno más eficaz contra el delito, no es el terrible y fu-

" gitivo espectáculo de la muerte de un criminal, sino el prolon-
" gado y penoso ejemplo de un hombre privado de la libertad, el
" cual, hecho bestia de carga, recompensa con sus fatigas a la so-
" ciedad injuriada. El edificante "yo mismo, si cometo un cri-
" men análogo, me veré reducido a esa inacabable y tristísima
" condición", que tan a menudo suena dentro de nosotros, es mu-
" cho más poderoso que la idea de la muerte, que los hombres ven
" en cierta nebulosa lejanía.

" La pena de muerte produce una impresión que borra pron-
" to el olvido, tan natural en el hombre, aun para las cosas más
" esenciales, y que acelera el tumulto de las pasiones. Puede con-
" siderarse, como regla general, que las pasiones violentas sor-
" prenden a los hombres por poco tiempo; pero pueden originar
" aquellas hondas revoluciones que truecan al hombre ordinario
" en un persa o un lacedemonio. Pero en un gobierno sosegado y
" libre las impresiones deben ser más frecuentes que violentas.

" La pena de muerte es un espectáculo para la mayoría de
" las gentes, y para otros es objeto de compasión mezclada de
" desdén; y tales sentimientos ocupan él ánimo de los espectado-
" res más que el saludable terror que pretende inspirar la ley.
" Pero en las penas moderadas y continuas, el sentimiento domi-
" nante es el segundo, porque es el único. El límite que debería
" fijar el legislador para el rigor de las penas parece fundarse en
" el sentimiento de la compasión."

El autor se extiende en seguida en otras consideraciones y se declara partidario de la pena de reclusión perpetua en substitución de la de muerte, sosteniendo que es más justa y ejemplarizadora.

He dado especial importancia a esta opinión, porque casi todos los argumentos hechos por los abolicionistas se afirman en los juicios de Beccaria, quien fué, como es sabido, el apóstol del humanitarismo en materia penal. Su libro es el mejor alegato a favor de sus ideas civilizadoras.

*
* *

182. Argumentos hechos a favor y en contra de la pena de muerte.—Los argumentos que se hacen corrientemente a favor y en contra de la pena de muerte, pueden sintetizarse con facilidad.

La pena de muerte—dicen los abolicionistas—implica un mal irreparable, y la sociedad en caso de un error judicial, siempre posible, no podría ofrecer la reparación debida a la víctima; es ineficaz porque la criminalidad no disminuye en los países que la mantienen; y no es necesaria porque hay otros medios que permiten defenderse del criminal mientras dure su vida.

Los sostenedores dicen que la pena de muerte es eficaz, porque se la teme, y representa, por tanto, un freno contra las malas pasiones. Es irreparable, es cierto, pero los errores judiciales son cada día menos frecuentes, debiendo tenerse también en consideración que en rigor ninguna pena aplicada por error es reparable.

La discusión gira alrededor de estos y otros tópicos, uniéndose a la misma las cuestiones fundamentales que dividen a los autores de derecho penal y a los sociólogos (1).

En esta materia—como dice acertadamente Garraud (2),—el movimiento abolicionista ha pasado por tres etapas sucesivas: 1.° La abolición gradual o sea la disminución de las ejecuciones; 2.° La abolición general de hecho; y 3.° La abolición general de derecho. El mismo autor dice que Francia está aún en la primera faz. En cuanto a nosotros, estábamos en la segunda antes de dictarse el Código Penal y nos hemos incorporado ahora a la tercera.

Laurent (3) resume muy bien los argumentos hechos a favor y en contra, del siguiente modo:

Argumentos contrarios:

1.° La irreparabilidad de la pena de muerte en caso de error;
2.° La inviolabilidad de la vida humana;
3.° La irresponsabilidad de los criminales (que son impulsivos o enfermos);
4.° La falibilidad de los jueces;
5.° La pena de muerte impide toda enmienda posible del condenado;
6.° Las penas de sangre ensangrientan las costumbres (la sangre llama a la sangre);
7.° La pena de muerte atenta contra la dignidad humana;
8.° La pena de muerte sirve de reclamo al criminal y excita el espíritu de imitación de los candidatos al crimen;

(1) Charles Lucas.—Du systeme penal et du systeme represif et de la peine de mort en particulier. Guizot.—De la peine de mort en matiere politique.
(2) Traité théorique et pratique du droit penal français. Tomo II, página 5.
(3) Les chatiments corporels. Páginas 193 y 200.

9.° Esta pena es contraria al progreso de las costumbres;
10. Esta pena es inútil, porque:
   a) Ella no es ejemplar: ningún asesino ha sido detenido en el camino del crimen por el pensamiento del castigo supremo;
   b) Ella no es bastante severa. (El gran criminal no carece de valentía y teme menos la muerte que la certeza de un castigo largo y penoso).

Argumentos favorables:
1.° La pena de muerte es un instrumento de defensa social al mismo tiempo que un instrumento de sanción moral:
2.° La crueldad o la insignificancia de toda pena propuesta para reemplazar a la pena de muerte hacen que esta última sea indispensable;
3.° Esta pena es justa, es decir, proporcionada al delito;
4.° Esta pena es necesaria:
   a) Es temida por los malhechores;
   b) Es temida por el público en general;
   c) Todo proyecto de supresión aumenta la audacia de los malhechores;
   d) Contradicción entre los actos y las teorías de ciertos abolicionistas, por ejemplo, Marat y Robespierre;
5.° Existencia inmemorial de la pena de muerte;
6.° Argumento lombrosiano sacado de la idea de la eliminación forzada de todo elemento peligroso para la seguridad social.

*
* *

183. La palabra de los positivistas. Garófalo, Lombroso, Ferri. —Podría parecer que los positivistas, desde que sostienen tan sólo el punto de vista social como fundamento del derecho de castigar y la necesidad como base de la pena, serían partidarios de la pena de muerte. Y, sin embargo, no es así en absoluto, demostrándolo la manera de pensar diferente de Garófalo, Lombroso y Ferri, o sean los tres evangelistas de las nuevas doctrinas, como han sido justamente llamados esos pensadores eminentes.

Garófalo (1) sostiene que a los grandes criminales instintivos, desprovistos de sentido moral y, por tanto, de sentimiento de piedad, a los cuales se les designa con el nombre de asesinos, se les debe eliminar en absoluto de la sociedad. El poder social no puede permitir que continúe subsistiendo una sola probabilidad de reincidencia por difícil que sea. El medio único es, así, la pena de muerte.

Y agrega:

"La casa de fuerza, no es, por tanto, un medio de eliminación absoluto e irrevocable; y aun cuando lo fuese, esto no sería una razón suficiente para darle la preferencia, puesto que no se ve cuál sea la utilidad de conservar la vida a seres que no deben volver a formar parte de la sociedad; no se comprende el objeto de la conservación de una vida puramente animal; no se explica por qué los ciudadanos, y, por consecuencia, las familias mismas de las víctimas, hayan de pagar un aumento de impuesto a fin de dar albergue y alimento a los enemigos irreconciliables de la sociedad.

"Aun prescindiendo de todas esas consideraciones, hay otra todavía más decisiva. Puesto que se trata de elegir entre dos medios de eliminación absoluta que se supone igualmente buenos, la muerte y el aislamiento perpetuo, ¿por qué razón ha de excluirse el primero, que tiene sobre el otro la inconmensurable ventaja de la intimidación?"

Dice, igualmente, que la pena de muerte no debe aplicarse a los alienados, a quienes corresponde someter a un tratamiento especial adaptado a la enfermedad, que es la causa de su delito (2).

"La pena de muerte no puede convenir al delincuente alienado, porque una condición indispensable para poder aplicarla, es que se haya roto todo vínculo de simpatía entre la sociedad y el criminal; ahora, una enfermedad no puede romper este vínculo, ni, por consiguiente, abolir la piedad; sino que, por el contrario, debe reforzarla, porque el enfermo puede ser socorrido y tiene derecho a serlo. Por cuya razón, la sociedad no debe reaccionar en este caso destruyendo al individuo; si la eliminación es necesaria, no debe llevarse a cabo sino por medio de la reclusión perpetua de los criminales de esta especie en un asilo."

(1) La Criminología. Páginas 388 y siguientes.
(2) Obra citada, página 269.

El autor se extiende largamente en argumentos justificativos de la pena capital y tiende a defenderse de la contradicción en que incurre, desde que si los criminales son anormales e irresponsables, no hay motivo para matarlos y salvar a los alienados, y si sólo corresponde tener en cuenta la defensa social, a unos y a otros se les debe eliminar si son peligrosos.

Lombroso (1) sostiene que la pena de muerte sólo debe aplicarse a los reincidentes. Dice al respecto:

"Cuando a pesar de la cárcel, la deportación, el trabajo forzado, reiteren los criminales sus delitos sangrientos, y amenacen por tercera o cuarta vez la vida de las gentes de bien, debería recurrirse a la extrema selección, dolorosa, pero cierta, de la pena de muerte. La pena de muerte, escrita, no sólo en el libro de la naturaleza, sino también en el de la historia, es, como todas las demás penas, de justicia puramente relativa.

"La pena de muerte puede admitirse entre pueblos bárbaros, a los cuales la cárcel no intimida; pero en los pueblos civilizados, el delicado sentimiento que aspira a su abolición es demasiado respetable para que se prescinda de él *a priori*, sin contar con que el prestigio singular de la muerte infligida a sangre fría por los jueces y sufrida con ostentación, a veces multiplica los delitos por imitación y engendra en el vulgo una especie de culto hacia la víctima."

Y Ferri, por fin, es abolicionista, habiendo hecho con la elocuencia que lo caracteriza, propaganda escrita y oral en apoyo de sus ideas.

Dice, en primer lugar (2), que la pena de muerte es ineficaz cuando se comete un crimen, o bien el hombre es arrebatado por un movimiento instantáneo de pasión y entonces no piensa en nada, o lo realiza con premeditación; y lo que le decide entonces, no es una comparación hipotética entre el suplicio capital y la reclusión perpetua: es la esperanza de la impunidad.

"No nos dejemos engañar por la contestación de algún condenado a muerte, que declara que siente miedo de morir; primero, esto significa sólo que cuando contesta está bajo la impresión del momento, sin que el mismo miedo haya sido capaz de apartarle del crimen, precisamente porque al cometerle se encontraba, en razón misma de su impulsividad psicológica,

(1) El Delito. Página 574.
(2) Enrique Ferri.—Sociología Criminal, página 100 y siguientes.

completamente dominado por la tentación criminal; después, si es cierto que todo culpable, "cuando está preso y condenado", teme más la muerte que los trabajos forzados (a excepción, no obstante, de aquellos que se suicidan en prisión y de aquellos otros que se burlan cínicamente de la muerte hasta sobre el cadalso), no es menos cierto, como observa Carrara, que es preciso que los culpables hayan sido aprehendidos, y, desgraciadamente, esto es lo que no ocurre siempre.

"La estadística nos demuestra también que las variaciones en el número de los crímenes capitales son independientes de las que experimentan las condenas y las ejecuciones capitales, y que aquéllas dependen de factores bastante diferentes y más complejos, según se ve en Italia, donde la Toscana ofrece un número proporcional de crímenes capitales bastante inferior al de otras provincias, que a pesar de ello admiten la pena de muerte."

La pena de muerte—agrega—es una panacea cómoda que no resuelve el problema de la criminalidad. Es inútil y no se aplica en la medida que debiera prodigarse para producir la selección que persiguen quienes la preconizan. El autor se refiere después a los argumentos de Garófalo.

Si no bastaran los hechos anotados para poner de manifiesto las divergencias que existen respecto a este punto dentro de los partidarios mismos de determinadas escuelas penales, bastaría tener presente lo ocurrido en el Congreso Internacional de Antropología, reunido en Roma en 1885. En la sesión del 20 de noviembre (1), el señor Venturi propuso se declarase que la pena de muerte se conformaba en absoluto con los principios de las ciencias naturales y antropológicas, por cuanto la evolución procede por medio de la selección y la pena de muerte representa la eliminación del cuerpo social de los criminales vulgares, no susceptibles de adaptación a la vida de la sociedad. La proposición fué fundada ampliamente y la apoyó Garófalo, combatiéndola otros congresales. Después de una animada controversia se resolvió declarar que era improcedente discutir el asunto, por no encontrarse incluído en el cuestionario de las deliberaciones del Congreso.

(1) Rafael Garófalo.—El delito como fenómeno social, pág. 215.

*
* *

184. Crítica de la opinión positivista.—De las tres opiniones positivistas antes consignadas, la más débil es, en mi concepto, la de Garófalo. Este autor funda el derecho de castigar en la necesidad social de la defensa, de manera que en rigor la pena de muerte, como todas las otras, no puede estar medida sino por el criterio de la conveniencia. Las penas se deben establecer si es preciso hacerlo, y la sociedad debe eliminar de su seno a todos los seres que contraríen su desarrollo.

Con esta tesis, la sociedad no tendría porqué dejar de aplicar la pena de exclusión absoluta a los alienados incurables y aun a ciertos enfermos, desde que pudiendo sólo ocasionar perjuicios y abrigándose la seguridad de que no podrán producir beneficios, la doctrina debería aplicarse en toda su frialdad.

Garófalo, sin embargo, habla de reclusión y curación, de intención por parte del autor y de sentimientos de simpatía o antipatía.

La tesis aparece, así, con múltiples contradicciones, desde que la intención es un factor individual, psicológico y no social, debiendo, según la tesis general, servir su examen para apreciar el grado de peligro que para la colectividad ofrece el individuo. La intención buena o mala no se tendría en consideración ante el hecho de la temibilidad mayor o menor del delincuente.

La curación no puede afirmarse, y si cupiera la duda, lo mismo habría que decir respecto a los criminales que no fuesen locos.

Y en cuanto a los sentimientos de los demás, cabría observar que ellos se pronuncian con violencia contra los criminales, y con miedo o temor, sobre todo, contra los alienados, porque no se ha hecho carne la doctrina de los positivistas, que niegan la responsabilidad basada en el libre albedrío, y sostienen que el criminal procede en virtud de caracteres propios que lo llevan fatalmente al delito.

Si todos estuvieran persuadidos de esos hechos, el movimiento de repulsión no concurriría. El público manifiesta odio contra el criminal, porque cree que el delito es el resultado de una voluntad y una deliberación.

*
* *

185. La pena de muerte y el sentimiento nacional. Argumentos abolicionistas.—Entre nosotros la pena de muerte contraría sin duda el sentimiento nacional.

Es posible que algunos abolicionistas crean que en esta cuestión no puede haber criterio legal, y que todo debe subordinarse a la discusión psicológica. Si así fuera, se encontrarían en desacuerdo, no sólo con los principios, sino también con los mismos hechos. A nadie, ni aun a los más convencidos partidarios de la abolición, se les ha ocurrido que la pena de muerte debiera desaparecer de las legislaciones militares en caso de guerra, o que no debiese aplicarse en las épocas de revuelta, donde muchas veces una vida puede salvar muchas, cuando la muerte es una ley. En estos casos no se vitupera, porque deriva de una necesidad, y ésta se encuentra por encima de todas las teorías.

En las mismas relaciones privadas, no creo que los mismos sostenedores de la abolición dejarían de aplicarla, defendiéndose legítimamente de un ataque injusto o inmotivado que hiciera peligrar la propia vida.

En cambio, creo que bajo el punto de vista teórico es esta más que una cuestión de ciencia: una de creencia. La discusión, a su respecto, no se agota; los argumentos no convencen nunca a uno ni a otro, y los discursos que puedan hacerse no cambian las opiniones ya formadas, que siempre existen en una materia como esta que apasiona con calor a los espíritus.

Por mi parte, y en teoría, soy contrario a la pena de muerte.

El viejo razonamiento de Beccaria no ha sido destruído por los sostenedores de la última pena. ¿De dónde deriva, en efecto, el derecho que se atribuyen los hombres para matar a sus semejantes? Si lo hicieran emanar del mismo punto de donde emerge la constitución social, según las opiniones más autorizadas, la cuestión estaría muy lejos de ser clara.

Si la sociedad es el fruto del acuerdo mutuo, si en ella los derechos de la masa no importan otra cosa que la agrupación de una parte de las libertades individuales cedidas para la utilidad común, y formando un conjunto análogo al de tesoro público creado con la contribución de los peculios particulares, la duda del filó-

sofo italiano se presenta, y surge del espíritu la interrogación, resultando lógico preguntar a los legisladores: ¿quién es el que habrá querido dejar a otros hombres el derecho de matarlo?

Por lo demás, como expresa el mismo autor, si los hombres pudieran matar legalmente a sus semejantes, si la facultad de hacerlo pudiese haber sido cedida a las autoridades por la masa social de donde éstas emanan, no puede sostenerse que no haya derecho para el suicidio, puesto que para ceder una atribución es preciso tenerla, y quien la posee puede ejercitarla. Sin embargo, se observa que los partidarios mismos de la pena capital reprueban la muerte por la propia mano, exhibiéndose como pensadores que conciben la posibilidad de que un ser humano entregue a la comunidad un derecho que ellos le desconocen.

Pero no sólo en la filosofía, donde tanto se ha discutido, extremando las sutilezas del argumento, sino dentro del sistema legal que rige a las sociedades civilizadas, se encuentran elementos para rechazar la pena de muerte.

Los nuevos rumbos abiertos a la humanidad por la ciencia contemporánea, rechazan las infalibilidades; reconocen la fragilidad de la hipótesis y admiten la posibilidad de equivocaciones en las cosas que presentan mayores apariencias de solidez.

De aquí que los códigos inspirados por esos principios, se dobleguen ante esas verdades, y dentro de la cosa juzgada dejen un margen para el error, colocando preceptos que autorizan recursos de revisión con el objeto de que puedan, en ciertos casos, abrirse de nuevo los juicios concluídos y dictarse sentencias que pueden ser diferentes de las anteriores.

Como consecuencia de tales ideas, las penas no deben ser irreparables. La que destruye la individualidad contradice las enseñanzas de la ciencia, porque siendo irrevocable e imposible de enmendar, debe apoyarse en una base infalible que no existe, y desestimar de plano la posibilidad del error.

La ley no se forma con la opinión individual de un legislador. Debe ser el resultado de la sociedad a la cual se destina, reflejo de sus características, de su medio, de sus virtudes y hasta de sus vicios. Debe ser respetada antes que temida, y encontrarse apoyada y no combatida por el núcleo en el cual rige. Cuando un desacuerdo se ha producido entre la masa social y la ley, ésta debe desaparecer para que surja otra más en consonancia con las aspiraciones generales.

En nuestro medio hay tal armonía de opiniones respecto a la abolición de la pena de muerte, que la duda, respecto a la oportunidad de derogarla, puede decirse que no existía. Bastaba que se anunciase una ejecución para que la sociedad se pusiera en campaña y agotasen, sus diversos núcleos, con actividad febril, los trabajos tendientes a que la autoridad ejecutiva conmutara la pena. Los días que precedían al anuncio del fusilamiento eran de congoja para el público; los diarios se arrebataban de las manos de los vendedores; se seguía con interés creciente el desarrollo del drama y sólo se recobraba la tranquilidad cuando la pena se perdonaba, cosa que ocurría en la mayor parte de los casos.

Si la última pena se recibiera con indiferencia y el público no se detuviera ante el sepulcro del ajusticiado para escribir quizá un epitafio de martirio, podríamos sostener que la muerte, como castigo, era tolerada por nuestro medio, y que no lo repudiaba, como en realidad lo hacía, con el gesto airado de quien quisiera evitar una vergüenza.

La prensa, que refleja el estado social y las opiniones del mayor número, ha puesto siempre de manifiesto su opinión, mostrando que nuestro pueblo no quiere que se levanten más patíbulos en esta región de la tierra.

Algunos partidarios de la escuela nueva, esa que ha revolucionado el derecho penal, conmoviendo sus cimientos, sostienen que la sociedad puede autorizar ejecuciones capitales en defensa de sus intereses afectados. La sociedad, como organismo, debe eliminar todos los elementos que contraríen su desarrollo.

Esta doctrina, consecuencia de las opiniones sustentadas por Lombroso, Ferri y Garófalo, provoca, además de las objeciones antes recordadas, otras no menos serias y eficaces.

Para sustentarla sería preciso desprenderse del sentimiento, eliminando con la frialdad de una máquina que no siente y no varía, y aplicar la tesis para todos los casos en que la inutilidad del ser o el perjuicio que cause fueran manifiestos.

No bastaría con destruir al criminal manifestado por sus hechos; sería preciso extender la doctrina a todas sus consecuencias y eliminar al loco incurable, al enfermo contagioso, desahuciado o crónico; a los que tuvieren un defecto que los hiciere inútiles; a los menesterosos; en una palabra: a todos aquellos que no re-

presentaran para la sociedad sino un perjuicio, una erogación o un peligro, y conservar tan sólo los elementos útiles, capaces de defender e impulsar al organismo.

Se observa, sin embargo, llevando esa teoría a su verdadero terreno, que sus mismos partidarios retroceden y no se atreven a sustentarla en todas sus consecuencias, como lo hemos acreditado. Para nosotros, el punto es claro: o se acepta la doctrina defensiva en toda su extensión y se sostiene la eliminación sin excepciones de los elementos perjudiciales, o se rechaza, pues el término medio demuestra inseguridades y vacilaciones que no pueden autorizar, dada su propia duda, actos irreparables.

Por lo demás, ¿quién tendrá bastante ciencia para declarar que un ser es perjudicial y peligroso, inútil para la sociedad? La tesis misma de la criminalidad nata, tan pregonada por los nuevos autores, no aparece plenamente demostrada.

En muchísimos casos, individuos estigmatizados con la clasificación de perjudiciales, han probado que no lo son, dando vida al adagio de que "nada hay inútil en la naturaleza". El ejemplo de los alienados recluídos en celdas y causando erogaciones sin compensación, es uno de los más saltantes, pues esos seres transportados al "open-door" han resultado obreros utilísimos.

La pena de muerte se ha borrado del sentimiento nacional. Su conservación se opone al mismo, pues éste ha rechazado la ley que la consagraba. Nuestro pueblo se ha emancipado de la vieja ley del talión; no quiere matar a hierro al que a hierro mata, mostrando que nuestras leyes penales, al poner en vigor preceptos vetustos, copiaban instituciones ajenas que no armonizaban con el propio carácter.

Pero no obstante esas modalidades nacionales, se ha mantenido en la ley hasta la abolición definitiva a que hemos llegado con la sanción del código vigente.

*
* *

186. Restricciones colocadas en el código anterior con respecto a la pena capital.—El código anterior, a la última reforma mantenía la pena de muerte, pero contenía también una serie

de restricciones. Así, según el artículo 55, no podía imponerse cuando sólo hubiera pruebas de presunciones, por vehementes que fuesen. No se podía aplicar de acuerdo con el artículo 59, ni a las mujeres, ni a los menores de edad, ni a los mayores de 70 años.

En la parte especial se establecía que la pena de muerte no se podría aplicar sino en el caso de que no hubiera ninguna circunstancia atenuante, y en el artículo 83, inciso 8.°, se establecía que era circunstancia atenuante para los delitos que merecieran pena capital, la duración de la causa por más de dos años sin culpa del procesado o de su defensor.

Era también atenuante (inciso 9.° del artículo 83) la circunstancia de haber corrido la mitad del tiempo necesario para la prescripción del delito.

La ley de reformas número 4189 colocó la pena de muerte como pena fija, de manera que correspondía ser aplicada para los delitos que se castigaban con la misma, aun cuando hubiesen circunstancias atenuantes. No obstante eso, los tribunales, inspirados en el sentimiento nacional que gravitaba con mayor fuerza que la ley, continuaba considerando que no podía aplicarse la pena de muerte en los casos que hubieran pasado más de dos años en la tramitación de la causa.

Pero las limitaciones, no sólo se encuentran en la ley de fondo, sino en las de forma. El Código de Procedimientos de la Capital, establece en el artículo 11 que la pena de muerte no podrá imponerse sino por unanimidad de votos del tribunal íntegro que conozca de la causa en última instancia, siempre que su fallo fuese revocatorio del de primera instancia. La unanimidad no será requerida cuando el fallo del tribunal fuese confirmatorio y hubiese un solo voto disidente.

"La sentencia que imponga la pena capital y las que condenen a presidio y penitenciaría—dice el artículo 690 del mismo Código de Procedimientos,—no se considerará ejecutoriada aun cuando el defensor no la apele. La ley las considera recurridas de hecho."

En las diferentes provincias, los códigos procesales han colocado restricciones análogas, y algunas han ido más lejos, poniendo las cortapisas en la Constitución.

* * *

187. El código de Tejedor y sus fundamentos en la materia.— Tejedor, en su proyecto, mantenía la pena de muerte con las siguientes restricciones:

1.° No se aplica en virtud de presunciones, por vehementes que sean;
2.° No procede cuando el reo sea una mujer;
3.° No se ejecutará a más de un reo por el mismo delito, aunque dos o varios incurrieran en la pena de muerte. En este caso se recurrirá al curioso e injusto procedimiento del sorteo;
4.° No se aplica a los menores de 18 años;
5.° No procede cuando la tramitación de la causa dura dos o más años.

En la nota correspondiente a ese asunto, dice el doctor Tejedor (1):

" Nadie ignora las largas discusiones a que ha dado lugar el " empleo de esta pena. Beccaria, que fué el primero que las pro " movió, negaba el derecho de la sociedad a imponerla, porque a su " juicio la sociedad tenía por origen un contrato, y nadie podía " conceder a otro el derecho de quitarle la vida. Filangieri con- " testó con mucha razón que teniendo todos los hombres en el es- " tado de naturaleza el derecho de castigar la violación de las le- " yes naturales, y de quitar, por consiguiente, la vida al agresor, " este derecho se trasmitía a la sociedad misma, depositándose en " manos del poder social.

" Otros dijeron que la pena de muerte era ilegítima, porque " el hombre tenía derecho personal a la existencia, y este derecho " era inviolable. Pero este argumento fué contestado también vic- " toriosamente. La justicia social es un deber, y la pena es uno de " sus elementos, medio necesario, y, por consiguiente, legítimo. La " pena es un sufrimiento, la privación de un bien, y todo bien pue- " de ser materia de penalidad. El bien de que priva la pena capi- " tal es la vida corporal. ¿Por qué razones particulares sería ile

(1) Carlos Tejedor.—Proyecto de Código Penal, pág. 93.—Penas corporales. Artículos 1.o, 5.o y 6.o.

" gítimo este medio de castigo? Suponiendo—dice Rossi—que la " muerte de un hombre culpable sea el único medio de alcanzar " el fin que el deber impone a la justicia social, ¿cómo sostener " que no puede privarse del bien de la existencia a un asesino? " En segundo lugar, si el hombre tiene derecho a la existencia, un " derecho personal que fuese inviolable, ¿cómo conciliar esta teo- " ría absoluta, con el asentimiento unánime de los pueblos que en " todos los siglos y en todas las épocas, de civilización o de barba- " rie, no han vacilado en admitir la pena de muerte? Este hecho ha " resistido todas las tempestades políticas, todas las transforma- " ciones sociales. Ha seguido a los pueblos en sus emigraciones: " todos los cultos lo han reconocido sin combatirlo, y los progre- " sos de la inteligencia y el desarrollo moral de la humanidad no " lo han destruído. La pena de muerte nunca ha sido abolida en " ningún pueblo de una manera completa y permanente.

" Otros, finalmente, abandonando la doctrina de la ilegitimi- " dad, sostienen que aunque la sociedad tuviese el derecho de im- " poner la pena de muerte, debía abolirse por su ineficacia, y por- " que aunque fuese eficaz ha dejado de ser necesaria. " ¿Qué os " pedimos?—exclama M. Livinsgton.—Que abandonéis una expe- " riencia seguida hace cinco o seis mil años, modificada de todos " modos, y bajo todas las formas que ha podido inventar el genio " de la crueldad en todas las edades, y nunca ha conseguido su " objeto. Vuestro ensayo está ya hecho. Ha sido acompañado de " una devastación incalculable de la especie humana, siendo mu- " chas veces fatal a la inocencia, con frecuencia favorable a los " criminales y siempre impotente para reprimir el crimen. A vues- " tro gusto y sin obstáculo alguno habéis proseguido la obra de " destrucción, presenciando siempre el progreso de los crímenes, " y suponiendo siempre que una progresión de severidad era el " único medio de reprimirlo. ¿Cómo es, sin embargo, que no dis " minuyendo el número de los crímenes, a pesar de todo, no se " os ha ocurrido una vez que la suavidad podría dar el resultado " que no se había obtenido por la severidad?" Sin querer debili- " tar el efecto de estas elocuentes palabras, séanos permitido ha- " cer algunas explicaciones. Puede, sin duda, sostenerse con fun- " damento, apoyándose en los testimonios de la historia, que los " crímenes más atroces se manifiestan precisamente donde han " existido los suplicios más crueles. ¿Pero puede atribuirse a la " sola pena de muerte la progesión en los crímenes, progresión,

" por lo demás, que podría muy bien negarse? Semejante aserción " nos parecería aventurada. En general, los delitos no han varia- " do en razón de las penas, sino de las costumbres y de los tiem- " pos. Tampoco podemos adoptar la opinión del mismo publicista " sobre que la pena de muerte es despreciada de los criminales. " Los grandes criminales—decía Lepelletier de Saint Fargeau— " tienen de común con los héroes el desprecio a la muerte. Pero " los hechos aislados que se citan en apoyo de esta aserción, nos " edifican poco. Esta pena es la más temida, y debe serlo en efec- " to, porque es una ley de la naturaleza humana. Debe notarse, sin " embargo, que aunque esta pena es omnipotente cuando el in- " terés es el único móvil del crimen, su poder se limita mucho, " cuando el crimen es el fruto de las pasiones, y que todavía es " más débil cuando son las opiniones las que han hecho tomar las " armas, como en materia política. (Chauveau Adolphe, tomo I, " páginas 77 a 81).

" Cualesquiera que sean, por otra parte, las opiniones que se " tengan sobre la pena de muerte, nadie negará que ella es una ne- " cesidad actual de las costumbres y de la escasez de nuestros me- " dios de represión; y esto solo debe bastar a justificar entre nos- " otros su conservación para casos muy raros y con las pruebas " más evidentes. El legislador, antes de acordar la supresión defi- " nitiva, debe esperar a que ésta haya sido adoptada por las cos- " tumbres. El legislador no debe anticiparse, sino seguir a la so- " ciedad."

*

* *

188. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, también contenía la pena de muerte, no pudiendo aplicarse:

1.° A las mujeres;

2.° A los menores de 18 años;

3.° A los mayores de 70 años;

4.° A un número de condenados mayor que el de homicidios consumados. En estos casos, la sentencia establecerá quiénes deben ser ejecutados.

En los fundamentos, se decía al respecto:

" Los límites de este informe no permiten que la comisión se " ocupe extensamente de las razones por las que ha conservado " la pena de muerte entre aquellas que deben y pueden aplicarse, " según el proyecto de código que presenta.

" Desde Beccaria, que discutió el primero en los tiempos mo- " dernos la justicia de esta pena, esta cuestión ha llamado siempre " la atención de los filósofos y de los legisladores, y ha tenido sus " partidarios y sus adversarios, ya pretendiendo abolirla como un " resto de barbarie inútil, ya defendiendo la necesidad de su apli- " cación como un correctivo necesario de la perversidad humana.

" La comisión no ha dudado de la justicia y del derecho de " la sociedad para imponer una pena tan terrible, aunque piensa " que su aplicación debe limitarse a los crímenes atroces contra " las personas, que conmuevan por su enormidad a la humanidad " entera.

" La pena de muerte es una necesidad inevitable, dado el es- " tado de la civilización presente, y su abolición gradual será sólo " un resultado del adelanto en la educación del pueblo y de la " perfectibilidad de los medios de represión que la sociedad po- " sea. En nuestro presente estado social, debe conservarse, aunque " solamente como una pena de excepción, aplicable en raros casos.

" Es esta también la opinión que actualmente prevalece casi " en todas partes, y la comisión ha creído que era inútil recurrir " a las discusiones teóricas sobre la legitimidad y utilidad de esta " pena, y que bastaba constatar por hechos, que aplicada a los " atentados más graves contra las personas, ella tiene el asenti- " miento casi unánime de las naciones más civilizadas de nuestra " época.

" Ni nuestra propia historia, ni las manifestaciones de la opi- " nión ilustrada, autorizaban a la comisión a apartarse en este " punto de los ejemplos que le suministran los demás pueblos ci- " vilizados. El primer movimiento de la opinión contra la pena " de muerte se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Na- " cional, que se limita a proscribirla para los delitos políticos, pe- " ro conservándola en los demás casos, muy numerosos, en que la " imponía para los delitos comunes la antigua legislación vigente. " Desde entonces, en ninguna otra ocasión se ha tratado de abo- " lir directamente esta pena, aunque para armonizar nuestra le- " gislación con las exigencias del progreso de la época, y mien- " tras se dictaba definitivamente un Código Penal, se ordenaba

" en leyes posteriores que en la aplicación de las penas demasiado " severas de la antigua legislación se tuviese presente la práctica " más benigna de los tribunales. Este llamamiento a la jurisprudencia demostraba que, en el concepto de los legisladores, las " disposiciones penales deben armonizarse con el estado general " de la opinión."

Los fundamentos se extienden en un estudio de legislación comparada que no transcribo por carecer de interés en la actualidad, y que se refieren al derecho vigente en Francia, Inglaterra, Alemania, Dinamarca, Suecia, Noruega, Austria, Hungría, Italia, España, México, Brasil, Bolivia, Chile, Perú, Suiza, Bélgica y Estados Unidos. El derecho en Alemania, Italia y Estados Unidos se estudia teniendo en cuenta la legislación de los distintos Estados de tales países, que tenían legislaciones locales.

*
* *

189. El código de 1886 y la ley de reformas.—El código de 1886 mantuvo la pena de muerte, como hemos visto, conservando también las restricciones examinadas antes, para impedir la aplicación fuera de casos excepcionales.

La ley de reformas introdujo en esta parte algunas modificaciones. Desde luego, en el debate parlamentario de 1900 y en la Cámara de Diputados, la cuestión de la pena de muerte fué ampliamente debatida ante el despacho de la Comisión de Códigos, que extendía los casos de aplicación de dicho castigo capital.

Se pronunciaron especialmente a favor de la pena de muerte, los diputados Argerich y Olivera, y en contra de la misma el doctor Barroetaveña.

La modificación más importante de la ley de reformas fué la de colocar la pena de muerte para ciertos casos de homicidio como pena fija, inalterable e inevitable. Así, los homicidios calificados corrientemente de asesinatos, o sean: a) Los de ciertos parientes, como el padre, la madre, el hijo; b) Los realizados con alevosía o por precio; c) Los cometidos usando veneno, incendio o descarrilamiento; se castigaban en el Código con la pena de muerte, si no concurría ninguna circunstancia atenuante.

La ley de reformas, para estos casos, consignó la pena de

muerte, sin hablar de la concurrencia de circunstancias calificativas, de manera que si antes podía aplicarse por el juez la pena de muerte o una inferior en grado, según que hubiesen o no atenuantes, después de dictada la ley número 4189, el examen no era necesario, desde que, con circunstancias calificativas o no, cabía fulminar la pena de muerte, que era así fija e indubitable.

La práctica violó, sin embargo, el articulado legal, y los tribunales, al margen del Código, eludieron la sanción, contraria al sentimiento colectivo.

*
* *

190. La ley de seguridad social.—La ley número 7029, conocida con el nombre de ley de seguridad social, agravó esta situación teórica, transformando para ciertos delitos el criterio del Código y el de la ley de reformas.

Prodigaba, desde luego, la pena de muerte para todos los casos en que se cometiera homicidio por medio de explosión, usando bombas, máquinas infernales u otros instrumentos homicidas o de estrago. La pena debía aplicarse sin distinción de sexo, exceptuándose tan sólo a los menores de 18 años. La ley suprimía las atenuantes especiales relativas a la duración del proceso y al hecho de haber corrido la mitad del término para la prescripción; pero no obstante todo esto no se produjo ninguna ejecución capital basada en esa ley, a pesar de haberse cometido hechos que hubieran autorizado la condena.

*
* *

191. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 mantenía la pena de muerte con las restricciones siguientes: a) No podía aplicarse cuando la pena fuere sólo de presunciones; b) No se imponía a las mujeres; c) A los menores de 18 años; y d) A los mayores de 70.

Respecto a los fundamentos, la exposición de motivos decía:

" La mayoría de la comisión ha creído necesario conservar en

" el Código la pena de muerte. No creemos indispensable repro-
" ducir una vez más la discusión sobre tema tan debatido, pero
" haremos presente que teniendo en cuenta algunas de las más
" serias objeciones que se presentan en favor de la abolición, así
" como la adopción en nuestro proyecto del presidio perpetuo, he-
" mos adoptado un sistema, no presentado aún por ningún código
" o proyecto respecto de esta cuestión, y que, esperamos, sea un
" límite que pueda tenerse por justo y racional, o por lo menos
" admisible por abolicionistas y antiabolicionistas. La pena de
" muerte no se aplicará, según nuestro proyecto, por un solo de-
" lito; para éste, la seguridad social quedará satisfecha con la to-
" tal segregación del individuo por toda su vida, cuando el delito
" lo haga acreedor al presidio perpetuo; pero, si durante esta pe-
" na, el delincuente cometiera otro delito que también la merezca,
" los argumentos de la irreparabilidad o de la desigualdad de pe-
" nas, o cualesquier otros, deberán ceder ante la necesidad de la
" eliminación absoluta del delincuente.

" Una de las importantes ventajas de este sistema es el de
" que si el Congreso resolviera abolir la pena de muerte, la supre-
" sión de las disposiciones relativas en nada alteraría la economía
" del Código Penal."

El proyecto señalaba también los medios de ejecución.

Debe tenerse en cuenta que uno de los redactores de ese articulado, el doctor Rodolfo Rivarola, es abolicionista, de manera que se conservó la pena capital en el mismo por mayoría que formaron los doctores Piñero y Matienzo. Pero los miembros de la comisión no se mantenían en términos irreductibles, como lo prueba el hecho de que se ponían en el caso de que el Congreso la suprimiese y proyectaban las disposiciones teniendo en consideración esa posibilidad. El proyecto no castigaba ningún delito de la parte especial con la pena de muerte; pero en el título sobre reincidencia contenía un artículo, el 85, que decía así:

"El condenado a presidio perpetuo que reincidiere en un de-
" lito por el que merezca la misma pena, sufrirá la de muerte."

*

* *

192. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 mantenía también la pena de muerte, pero con más restricciones en la parte general que el de 1891. Ese castigo no podía aplicarse: 1.° Cuando el hecho o sus circunstancias calificativas resulten probados sólo por presunciones o por confesión; 2.° Cuando se trate de mujeres, menores de edad y mayores de setenta años. Para hacerla efectiva se necesitaba que concurriesen las siguientes circunstancias: 1.° Que la causa haya sido vista en todas las instancias que establezca la respectiva organización judicial; 2.° Que en todas las instancias se haya decidido la imposición de aquella pena; 3.° Que haya habido unanimidad de votos y tribunal pleno en los tribunales colegiados; y 4.° Que el reo haya sido oído personalmente en audiencia, por todos los jueces y tribunales que dictaren sentencia.

En la exposición de motivos, se decía:

" La pena de muerte, no obstante la disidencia de dos de los
" miembros de la comisión, doctores Rivarola y Beazley, fué acep-
" tada por la mayoría, pero limitada a casos muy excepcionales,
" y establecida en forma tal, que aun dentro de éstos, constituirá
" una excepción. La comisión propone, en efecto, para los homici-
" dios, que hoy se castigan con la pena de muerte, la aplicación
" de ella o la de presidio por tiempo indeterminado, de modo que
" esta opción que se deja a los jueces, conducirá seguramente a
" restringir más la aplicación de dicha pena, y reservarla sólo pa-
" ra algún crimen verdaderamente atroz."

La misma exposición explicaba después las restricciones antes mencionadas, expresando que se habían colocado las de carácter procesal para evitar desigualdades que rompiesen la uniformidad necesaria en la legislación del país.

Como puede verse, la abolición de la pena de muerte entre nosotros, no ha sido el resultado de una improvisación, sino la consecuencia de un movimiento que se ha ido acentuando paulatinamente en nuestro derecho.

*

* *

193. El proyecto de 1906 presentado en 1916 a la Cámara de Diputados y los fundamentos dados por el autor al suprimir la pena de muerte.—Cuando presenté en 1916 el proyecto de Código Penal, suprimí del de 1906 lo relativo a la pena de muerte. En los fundamentos, dije:

"Autores, jurisconsultos, sociólogos, poetas, discuten la pena "de muerte. Repetir argumentos sería hasta de mal gusto, porque "ellos se encuentran en todos los tratados. Bastaría, si se quie- "ren autores argentinos, mencionar a los doctores Rivarola y He- "rrera.

"En el seno de la comisión que redactó el proyecto de 1906, "las opiniones se dividieron en este punto, sosteniendo el crite- "rio abolicionista el doctor Rodolfo Rivarola, que era, en mi ma- "nera de ver, el más eminente en esta materia de todos los miem- "bros que la formaban.

"Al doctor Rivarola acompañó el doctor Beazley; pero siendo "adversa la mayoría se convino en dejar la pena, pero con tal nú- "mero de restricciones, que su aplicación era prácticamente difícil.

"La pena de muerte entre nosotros ha sido un enunciado de "la ley. Los tribunales la aplican poco, a pesar de que la reforma "la prodigó y los poderes ejecutivos, cuando se pronuncia, la con- "mutan, no dando curso a las ejecuciones.

"Mantenerla es, como antes decía, conservar un enunciado "que no tiene objeto y que contraría el sentimiento nacional.

"Por eso, concordante con lo que he sostenido en diversas "publicaciones, elimino del proyecto los artículos que la institu- "yen y reglamentan su aplicación, y modifico, suprimiendo las "palabras necesarias, los artículos que la mencionan.

"Las últimas ejecuciones producidas en la Capital, que son "las primeras que han tenido lugar en la República después de "veinte años, no proporcionan un argumento. Bastaría leer los "juicios de nuestra prensa, que con verdadera unanimidad se ha "pronunciado en contra de la justicia salvaje que reprime el cri- "men, contrario a la ley, con otro crimen que ella crea y hace eje- "cutar.

"Esperemos que esas condenas, demostrativas de la existen- "cia de una pena olvidada, sean las últimas, y sirvan, en este "momento, para recordar el anacronismo del Código."

*

* *

194. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Pe nal y Carcelaria.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó el criterio, y por unanimidad de sus miembros

rechazó la pena de muerte, habiendo sido ese punto considerado especialmente e incluído entre los que sometí en particular a la consulta de todos.

En los fundamentos expresé:

"La supresión de la pena de muerte, verificada en el pro- "yecto, tiene más carácter doctrinario que práctico, puesto que "en el hecho las ejecuciones capitales se encuentran fuera de nues "tro sistema represivo.

"Doctrinariamente, la cuestión de la pena de muerte es una "de las que más se debaten en el terreno del derecho y de la cien- "cia penal. No hay escuelas que la sostengan o la contraríen en "absoluto, puesto que en todas hay abolicionistas y antiabolicio- "nistas. Los apóstoles mismos del positivismo italiano, se encuen- "tran en desacuerdo, pues mientras Garófalo la sostiene, Ferri "la rechaza y Lombroso la proclama, pero sólo para los reinci- "dentes.

"La discusión de los argumentos y de los contraargumentos "acerca de un asunto que ha preocupado tanto a los diversos auto- "res, sería larga e inadecuada. Basta, por tanto, que la comisión "exprese, para fundamentar su despacho, el punto de vista en que "se coloca y los motivos en que se apoya.

"El viejo razonamiento de Beccaria, aun cuando parte de las "ideas contractuales de Rousseau, abandonadas por la ciencia, no "ha sido destruído. Este niega el derecho de matar al semejante, "sosteniendo que nadie ha investido a los gobiernos de semejante "facultad.

"Los hombres libres, al constituirse, no han delegado en nin- "guna autoridad el derecho de matarlos. Por lo demás, si ese de- "recho existiera y pudiera, por tanto, disponerse de la vida, ¿por "qué y con qué fundamentos habría de incriminarse el suicidio "o la ayuda para consumarlo? El que lo realizara y pidiera cola- "boraciones, haría uso de un derecho y nada más.

"Los códigos de todos los Estados civilizados admiten la po- "sibilidad del error en las decisiones judiciales, y, para repararlo, "reglamentan el derecho de revisión, esto es, el derecho de pedir "se juzguen de nuevo los actos y los hechos, cuando aparezcan "elementos antes desconocidos. Ese derecho permitió, en Francia, "la rehabilitación de Dreyfus.

"Pero es indudable que para usarlo es necesario que el su- "jeto exista, puesto que si éste desaparece como consecuencia de

" la pena, la reparación no se puede producir. ¿Cómo, entonces, " conciliaría el derecho estas dos situaciones tan precisas en su " contradicción: por un lado la ley reconociendo el error posible " y dando elementos para repararlo, y por otro la misma ley, ne " gando en absoluto la reparación por imposición de una pena " que suprime al sujeto?

" La irreparabilidad frente a la ausencia de infalibilidad no " se concibe en el terreno jurídico.

" La conclusión sería, y el absurdo se toca, que en los delitos " gravísimos, en los más serios, en los que intervienen más facto- " res y mayores complicaciones, no se deja margen para el error, " mientras que en todos los otros sí, pues en los únicos en que no " cabría la revisión sería en aquellos castigados con la última pena.

" El derecho penal moderno exige que el delincuente satis- " faga las responsabilidades civiles con su trabajo. Impone la asis- " tencia a la víctima con la labor del victimario que debe dedicar " el tiempo de su encierro a reparar con su obra el daño que cau- " só. En el único caso en que esa regla se quebraría, sería en aquel " en que se aplicara al delincuente la pena de muerte, pues desapa- " recería sin reparar, causando, quizás, con ese hecho, que ya no " dependería de él, nuevas víctimas y nuevos desamparos.

" El condenado debe vivir para reparar el perjuicio a la víc- " tima y a su familia, debe devolver el mal que causó con los bie- " nes que deriva de su acción y no imponérsele la deserción for- " zosa que significa su eliminación definitiva.

" El título sobre reparación de daños de nuestro código y de " todos los que aceptan la pena de muerte, carecería de signifi " cado cuando se tratase de los delitos más graves, es decir, de " aquellos en que es más necesaria la reparación. Esta sólo se da- " ría para los delitos de importancia menor. ¿No resulta absurdo " todo esto?

" La ciencia penal conviene en que hay sujetos más peligro- " sos que otros, y sostiene que existen algunos incorregibles o, " por lo menos, considerados como tales. Lo difícil es decir, sin " embargo, no en la teoría, sino en la práctica, cuáles son los in- " corregibles, o, más bien, cuándo se está en presencia de un su- " jeto que no podría, sometido a cualquier régimen, ser objeto de " modificación. El diagnóstico es científicamente imposible, de " manera que no puede afirmarse que sea necesario matar; lo que

" procede es tomar medidas para que el delincuente deje de ser " peligroso y cumpla con sus deberes sociales.

" Pero aparte de los motivos doctrinarios, más o menos ge- " nerales, es necesario en materia jurídica tener en consideración " las razones que se refieren al país para el cual van a dictarse " las leyes. Nuestro Código Penal menciona la pena de muerte, y " no obstante haberse establecido para diversos casos de homici- " dio, las ejecuciones capitales se llevaron a cabo en contadísimas " ocasiones. La ley de reformas la prodigó, y a pesar de sus pre- " ceptos, después de su vigencia el número de ejecuciones no ha " crecido. El hecho es revelador de lo que ocurre en la práctica.

" Desde luego, las provincias, usando de la facultad de dic- " tar las leyes de forma, han colocado en los códigos de procedi- " mientos requisitos que dificultan la aplicación de la pena capi- " tal. Otros Estados han atribuído al asunto tal trascendencia que " tienen los preceptos limitativos en sus constituciones. De esta " manera, la aplicación de esa pena no es uniforme, con lo que se " contrarían los principios más elementales de la materia. Así, en " la Capital Federal no se requiere para la condena que exista una- " nimidad de opiniones en los jueces llamados a fallar, sino en " ciertos casos, mientras que ese requisito es esencial en algunas " provincias.

" Merced a estas dificultades, al esfuerzo de los jueces para " no condenar, ya que la mayoría es contraria a la pena de muer- " te, y la conmutación en último término, la ejecución no se pro- " duce. De manera que el mantenimiento de la pena en la ley tie- " ne el inconveniente de ser un enunciado que evita la existencia " de la pena que debe substituir a la de muerte. Entre nosotros, a " la persona a la cual, según el Código, deberá corresponderle es- " ta última, se le aplica la de encierro con los caracteres comunes, " puesto que en el hecho, presidio, penitenciaría y prisión, son la " misma cosa. Por eso también consideramos que debe eliminarse " la pena de muerte y reglamentarse de una manera más seria las " penas privativas de la libertad.

" Invocamos, también, como consecuencia de lo expuesto, ra- " zones de ambiente nacional.

" La legislación comparada demuestra que la tendencia actual " se encamina hacia la supresión de la pena de muerte. Grecia, Ru- " mania, Portugal, Holanda, Noruega, Italia, Venezuela, Brasil y " Uruguay, la han abolido, como asimismo diversos Estados de

" la Unión Americana y una gran parte de los cantones suizos.
" En Francia se reclama la abolición, y en Rusia, según las últi-
" mas noticias, se ha borrado de la legislación represiva. En Cuba
" acaba de iniciarse el mismo movimiento, y una cámara ha vo-
" tado ya la eliminación de la pena de muerte. En el proyecto de
" 1906 se mantiene, pero con restricciones que la dejan en condi-
" ción de simple precepto, y nunca como pena única, pues en to-
" dos los casos para los cuales se señala, se deja a los jueces la
" facultad de condenar a presidio. Se coloca como pena alterna-
" tiva. La comisión de 1906 contaba con dos abolicionistas, los
" doctores Rivarola y Beazley, habiendo presentado razones de
" peso para sostener su tesis el primero de los nombrados, tanto
" en el seno de la comisión como en su último libro "Derecho Pe
" nal Argentino".

" Esta comisión, por todos esos motivos, la ha suprimido."

*

* *

195. La cuestión en la Cámara de Diputados y en el Senado.— La Cámara de Diputados aceptó el pensamiento abolicionista, el que fué contradicho en el Senado.

La Comisión de Códigos de esta Cámara no propuso modificación alguna. Los senadores doctores del Valle Iberlucea, González y Garro, firmantes del despacho, estuvieron de acuerdo con la abolición, diciendo en la exposición de motivos:

" Desde el punto de vista de la *política criminal,* la pena de
" muerte debe rechazarse en absoluto, pues no responde a sus fines
" y tendencias. Por eso, la eliminan del sistema represivo los últi-
" mos y más adelantados proyectos europeos, como los de Suiza y
" Suecia. Y respondiendo a la tendencia moderna de la dulcifica-
" ción de las penas iniciada con Beccaria, la han eliminado de los
" códigos penales: Grecia, Rumania, Portugal, Holanda, Italia, los
" cantones suizos de Friburgo, Neufchatel, Ginebra, Zurich, Balle
" Ville, Balle Campagne, Tessino, Berna, Turgovia, Soleura, Vaud,
" Schafhose, Appenzell, Grisones, Argovia y Glaris; Brasil, Uru-
" guay, Venezuela y varios de los Estados Unidos de Norte Amé-
" rica. Thyren, el ilustre autor del proyecto de Código Penal sue-
" co, la rechaza por bárbara e innecesaria, creyendo que no pro-

" tege a la sociedad contra el delito y que puede substituirse con
" ventaja por la reclusión perpetua y por la custodia en estableci-
" mientos especiales.

" En los países que no decretaron su abolición, se suprimió
" de hecho o se pusieron grandes restricciones para su aplicación.
" En Francia se produjo en los últimos años este fenómeno, según
" lo hacía notar el ministro de Justicia, Guyot Dessaigne. 1.° Una
" progresión creciente siempre de declaraciones del jurado que ad-
" miten circunstancias atenuantes con objeto de evitar la aplica-
" ción de la pena capital; 2.° Una disminución del número de las
" ejecuciones por consecuencia del ejercicio de gracia que corres-
" ponde al jefe del Estado. La media anual de las ejecuciones, que
" era de 7.15 desde 1881 hasta 1900, ha descendido a 1.8 desde 1901
" hasta 1905.

" En nuestra república, la pena capital estaba abolida de he-
" cho hasta hace poco. Si bien los tribunales solían aplicarla algu-
" nas veces, el presidente de la Nación o los gobernadores de pro-
" vincia conmutaban la pena, haciendo uso de la facultad consti-
" tucional y respondiendo a nobles sentimientos de piedad y cle-
" mencia. La ley positiva no debe, por lo tanto, consignar una
" pena en pugna con la conciencia colectiva y rechazada por las
" costumbres y los sentimientos del pueblo argentino.

" La comisión juzga inútil entrar a fundamentar extensamen-
" te la necesidad y la justicia de la abolición de la pena de muerte.
" El debate sobre esta cuestión está agotado y la bibliografía es
" abundante. Pero debe afirmar que la pena capital no responde
" a la necesidad de la defensa de la sociedad amenazada por el
" crimen, y que, en verdad, no llena ninguno de los fines atribuí-
" dos a la represión de los delitos por las distintas escuelas. No
" es ejemplar, porque no intimida a los criminales perversos, pu-
" diendo decirse de ella lo que afirma el doctor González Roura:
" La pena de muerte no puede servir sino *para espantajo de su-*
" *puestos timoratos.* No es útil, porque segrega de la sociedad
" a ciudadanos que por malvados que sean pueden ser utilizados
" en el trabajo; es innecesaria, por cuanto la sociedad dispone de
" medios adecuados para evitar que los delincuentes más feroces
" puedan amenazarla de nuevo; es ineficaz, pues la estadística de-
" muestra que en los países donde ha sido suprimida, no ha aumen-
" tado la criminalidad; es injusta, porque traspasa los límites de

" la defensa social; y es, por último, irreparable, en los casos, no " tan raros por desgracia, de un error judicial."

"La ley de seguridad de las gentes honradas—ha escrito en " su "Derecho Penal Argentino" el doctor Rodolfo Rivarola, " quien durante más de un cuarto de siglo ha trabajado tenaz e " inteligentemente por la supresión de la pena de muerte de nues- " tra legislación represiva,—no debe estar en contradicción con " los sentimientos de las mismas, y es una violencia inútil y esté- " ril contra la conciencia individual, la que me obliga a mí, que " puedo decirme, como la mayor parte de mi pueblo, ciudadano " moral, honrado y justo, a costear con la parte de mi peculio que " corresponde a la administración del Estado, un centésimo para " pagar los instrumentos con que él mismo suprimirá una vida, " así sea del más perverso de los delincuentes. No ocurren estos " sentimientos si se trata de buscar la seguridad social e indivi- " dual, sea por todos los medios de prevención del delito, sea por " el perfeccionamiento de las instituciones policiales y judiciales, " sea por la seguridad y mejor ordenación de las cárceles."

En la sesión del 27 de agosto de 1921, el senador doctor Leo- " poldo Melo manifestó que pedía la palabra para hacer una in- " dicación referente a los artículos 5.° y 8.° del proyecto.

" El artículo 5.°—dijo—enumera las penas en la siguiente for- " ma: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

" Mi indicación en este artículo es la de que se agregue en la " enumeración, en primer término, la pena de muerte. Con rela- " ción al artículo 8.°, cuya primera parte dice que se aplicará re- " clusión perpetua en los casos que enumera, mi indicación con- " siste en redactar el primer apartado en la siguiente forma: "Se " aplicará pena de muerte, reclusión perpetua o prisión perpetua."

" Este artículo 8.° se refiere a los casos más graves de homici- " dios calificados, o sean, según lo dice el inciso primero, al que " matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que " lo son; el 2.° al que matare a otro con alevosía o ensañamiento " por precio; promesa remuneratoria; impulso de perversidad bru " tal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, ex- " plosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos; " y el inciso 3.° " al que matare a otro para preparar, facilitar, " consumar, ocultar otro delito; o para asegurar su resultado, la " impunidad para sí, o sus cooperadores; o por no haber obtenido " el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible."

" Basta enunciar los casos que comprende el artículo 8.° para " dejar patentizada la gravedad, y con ello fundada mi indicación, " que, por otra parte, ha sido llevada ya al seno de la comisión " por los magistrados y profesores que ella tuvo oportunidad de " escuchar.

" Encuadra la incorporación de la pena de muerte en la for- " ma que propongo con el mismo criterio que la comisión presti- " gia como el más moderno, o sea la individualización y su adap- " tación al delincuente más que al delito, dejando amplia facul- " tad a los jueces para esa adaptación de acuerdo con el peligro " y calidades de temibilidad del delincuente.

" Sería de mal gusto entrar en la disertación que la comisión " ha eludido elegantemente en su informe y que el señor miembro " informante de la misma, en su exposición, no quiso tampoco " desarrollar con relación a los argumentos en pro y en contra de " la pena de muerte. Son ellos demasiado conocidos y sería ofen- " der la ilustración de los señores senadores pretender repetirlos. " Recordaré, solamente, que las naciones que se señalan por su " cultura, tienen la pena de muerte incorporada a su legislación. " Así, la vemos en el Código Penal alemán vigente y en el proyec- " to de nuevo código; existe en Inglaterra y en la mayoría de los " Estados de la Unión Americana. De manera que nosotros no co- " locaremos nuestra ley en un pie de inferioridad, comparada con " las otras de las naciones más adelantadas, sino que al sancio- " nar la pena de muerte, concordaríamos nuestra legislación con " la de esas naciones que acabo de nombrar.

" La comisión invocaba como antecedente de la supresión, " que uno de los miembros de la comisión nombrada en 1904, que " redactó el proyecto de código de 1906, el doctor Rodolfo Riva- " rola, de indiscutible versación, había manifestado su opinión ad- " versa a la inclusión de dicha pena; pero debo hacer notar que " la autorizada opinión del doctor Rivarola, no fué la que predo- " minó en el proyecto de 1906, sino la opuesta, sustentada por ca- " lificados profesores de derecho, como Norberto Piñero y Moya- " no Gacitúa, sociólogos como Ramos Mejía y experimentados ma- " gistrados como Diego Saavedra, manteniendo la mayoría de esa " comisión, la pena de muerte. Por eso, en el proyecto que se re- " mitiera en 1906 por el Poder Ejecutivo, se incluía la pena de " muerte.

" Es, pues, por estas breves consideraciones, que voy a pedir

" al Senado, que atendiendo a las autorizadas opiniones, como las " que ha escuchado la Comisión de Magistrados y Profesores, y " a los antecedentes invocados, acepte la incorporación de la pe- " na de muerte, y en el artículo 8.º la incorpore con la reclusión " perpetua y prisión perpetua."

La propuesta se aceptó sin discusión, quedando incorporada la pena de muerte al proyecto de código.

* * *

196. La sanción definitiva.—La comisión especial de la Cámara de Diputados aconsejó el rechazo de la enmienda, diciendo:

" Vuestra comisión aconseja la insistencia en su anterior san- " ción, eliminatoria de la pena capital. Es una cuestión que debe " decidirse por simple votación, sin previo debate. La inclusión " de esta pena fué sancionada por el Honorable Senado sin escu- " char argumentaciones, que habrían resultado inconducentes dado " lo arduo del tema.

" La ley número 4189 prodigaba la pena de muerte en el títu- " lo del homicidio, a pesar de lo cual muy pocas ejecuciones han " tenido lugar, según lo hacía notar en su informe de 1917, la " Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, agre- " gando: " Los jueces, como si se hubieran puesto de acuerdo, " han evitado la aplicación de la pena capital, y en los contados " casos en que se ha pronunciado, los poderes ejecutivos de la " Nación o de las provincias, han concurrido con la salvadora " conmutación; lo que demuestra una vez más, que no basta san- " cionar una ley para resolver un problema, requiriéndose como " elemento esencial que ella se adapte a las necesidades y al pen- " samiento dominante en el medio al cual ha de aplicarse.

" No entra en nuestros propósitos abordar la cuestión. Nos " limitamos a reproducir las siguientes consideraciones del infor- " me de la Comisión de Códigos del Honorable Senado." Lo que hacía transcribiendo los párrafos que se han copiado antes al hacer referencia a aquella exposición de motivos.

La Cámara insistió en su sanción, y aun cuando el Senado insistió a su vez, triunfó la tesis de la Cámara iniciadora, y la pena de muerte quedó borrada del código argentino.

* * *

197. Opiniones de la encuesta.—He dicho con anterioridad, que uno de los puntos acerca del cual los miembros de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, hicieron un pronunciamiento antes de redactarse el proyecto definitivo, fué el relativo a la pena de muerte, opinando todos por la supresión.

En las contestaciones a la encuesta, diecisiete de las personas consultadas opinan al respecto, pronunciándose once por la abolición y seis por el mantenimiento.

Los que piensan que debió mantenerse la pena capital, son: doctor Manuel Carrillo, juez federal del Rosario, quien cree debe dejarse para casos excepcionales, como se proponía en el proyecto de 1906, y de manera que se elimine el peligro del error judicial; el doctor Jorge E. Coll, agente fiscal de la Capital, piensa lo mismo sobre el mantenimiento con restricciones, por entender que la pena capital es intimidatoria y de eficacia innegable para la inhibición de los sentimientos perversos; el doctor F. Díaz de Vivar, juez federal del Paraná, expresa que es un convencido partidario del mantenimiento y se refiere a las razones dadas por los antiabolicionistas; el doctor Ricardo Seeber, presidente de la Cámara Criminal de la Capital, opina, no sólo que no se debe suprimir la pena de muerte, sino que debe aplicarse de una manera menos restringida; el doctor José V. de la Vega, defensor ante la justicia federal del Rosario, cree que debe conservarse la pena capital, porque existe en la mayor parte de los países extranjeros, y dada nuestra población cosmopolita no convienen represiones más benignas que las existentes en los Estados que nos mandan población; y el doctor Manuel J. Beltrán, juez de Instrucción de la Capital, entiende que debe mantenerse con restricciones, para que se aplique solamente en los casos excepcionales (1).

En cambio, el doctor César Viale, defensor de pobres de la Capital, opina que debe suprimirse la pena capital, que importa un recurso bárbaro e ineficaz; el doctor Gómez Rodríguez, vocal de Cámara en el Departamento del Sud de la provincia de Buenos

(1) Orden del Día citada de la O. de Diputados N.º 68 de 1914. Páginas 285, 335, 394, 420, 449 y 456.

Aires, aplaude la supresión como altamente humanitaria; el doctor Nicandro M. Paiva, agente fiscal en Corrientes, cree que la pena de muerte está en pugna con el sentimiento público y que es desigual, porque en las distintas provincias se restringe de diferente manera, recordando que en Corrientes, y según la Constitución local, no se puede aplicar sino cuando la sentencia definitiva que la imponga sea confirmada por el voto unánime de los miembros del Superior Tribunal. Deja constancia de que en su provincia no se registra una ejecución capital desde tiempo inmemorial; el doctor Dalmiro E. Alsina, fiscal federal en La Plata, se refiere a los argumentos corrientes, y dice que si la sociedad reprime con penas severas al que mata, no tiene el derecho de matar alevosamente; el doctor Adolfo S. Carranza, juez de Instrucción en Tucumán, dice que la pena de muerte está suprimida en los hechos, debiendo derogarse la ley que la establece, pues dada nuestra creciente cultura y progreso de los estudios de ciencia criminal, será cada día más difícil cumplir esa penalidad; el doctor Marcos A. Figueroa, agente fiscal en la Capital, se adhiere a la abolición; el doctor Carlos Avellaneda, agente fiscal en la Capital, dice que la abolición es necesaria, no siendo preciso eliminar al delincuente en esa forma, proporcionando a la sociedad espectáculos de sangre, cuando tenemos campos de sobra para fundar colonias; el doctor J. A. Olmos, agente fiscal en la Capital, cree que la pena de muerte carece de efectos prácticos, y entiende que no se tiene derecho para imponerla; el doctor Miguel López Domínguez, juez de Instrucción en Tucumán, sostiene que suprimiendo la pena de muerte se respeta la voluntad popular que la repudia, y se respetan mandamientos y argumentos fundamentales; el doctor Juan Alvarez, juez federal del Rosario, manifiesta que no hay razón para conservar la pena de muerte, que de hecho ha dejado de aplicarse; y el doctor Luis J. Posse, fiscal en Córdoba, dice que la pena de muerte ha caído en desuso, repudiada por el sentimiento público, que huelgan los argumentos en su contra, y que su aplicación se ha hecho imprecisa y aleatoria (1).

(1) Orden del Día citada. Páginas 287, 318, 324, 384, 393, 407, 409, 412, 421 y 454.

XIV

Penas privativas de la libertad

198. Caracteres generales de las penas privativas de la libertad. — 199. Antecedentes nacionales. proyecto de tejedor. — 200. El proyecto de villegas, ugarriza y garcía. — 201. El código de 1886 y las penas de encierro. — 202. El sistema en la ley de reformas. — 203. El proyecto de 1891. — 204. El proyecto de 1906. — 205. Legislaciones extranjeras. Italia. — 206. España. — 207. Holanda. — 208. Francia. — 209. Noruega. — 210. Inglaterra. — 211. Alemania. — 212. Bélgica. — 213. Las tendencias antigua y moderna. — 214. Proyectos suizos de 1903 y 1916. — 215. El proyecto alemán de 1919. — 216. Anteproyecto sueco de 1916.—217. El sistema penal del proyecto germano de 1916.—218. El último proyecto italiano. — 219. El sistema del código vigente. —220. Las observaciones del doctor rojas en el senado. — 221. Las opiniones de la comisión de códigos de la cámara de senadores. — 222. La sanción del senado y la insistencia de la cámara de diputados. — 223. Diferencias entre las penas de reclusión y de prisión. — 224. El proyecto sobre régimen carcelario de la comisión especial de la cámara de diputados. — 225. El proyecto arancibia rodríguez. — 226. Propósitos del sistema penal del código.

Artículo 6.º

La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los recluídos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

Artículo 9.º

La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los recluídos.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 12, 13, 15 y 21.—Holandés, 9, 10, 11, 18, 19 y 20.—Alemán, 15, 16 y 18.—Español, 107, 110, 111, 113, 115, 118 y 119.—Noruego, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24.—Húngaro, 22, 23, 24, 25 y 39.—Belga 7, 12, 14, 16, 17, 25 y 26.—Francés, 6, 7, 9, 15, 18, 20, 21 y 40.—Anteproyecto suizo de 1903, 26, 27, 28, 29, 30 y 31.—Anteproyecto suizo de 1916, 36, 37, 39 y 42.—Proyecto alemán de 1909, 14, 15, 17, 18, 19, 22 y 23.—Anteproyecto sueco de 1916, 1, 2, 3 y 5.—Proyecto peruano de 1916, 11, 12, 14 y 15.—Proyecto de Tejedor, título segundo, libro segundo, cap. II, artículos 7, 15, 24 y 28.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 61, 64, 69 y 71.—Código Penal de 1886, 60, 65 y 68.—Ley número 4189 de reformas al Código Penal, 8 y 10; el 8 modifica el 60 del Código y el 10 deroga el 68.—Proyecto de 1891, 15, 16, 17, 18, 19 y 20.—Proyecto de 1906, 11, 12, 14 y 23.

* * *

198. Caracteres generales de las penas privativas de la libertad.—Los castigos privativos de la libertad se encuentran consignados en todas las leyes represivas de los diferentes países.

Las penas de esa clase, o sean las de encierro en locales más o menos amplios o en colonias, tienen distintos caracteres y se presentan con diversos nombres.

Esas penas ofrecen como rasgo común, el de privar de la libertad, que es su faz principal; pero presentan accesorios diversos relacionados con la pérdida o suspensión de otros derechos, y exigencias variables dentro de los establecimientos destinados al alojamiento de los condenados.

Son esas penas, más graves y menos graves. Las primeras duran mayor tiempo, privan de más derechos civiles o políticos y someten a un régimen más severo. Las segundas presentan esas condiciones en menor grado.

La pena tiene que consultar una serie de factores. Ella arranca a un sujeto de la vida social y lo segrega. Se procede así para defender a la colectividad de nuevos ataques; pero como el delincuente será o podrá ser devuelto a la vida libre, es preciso que

se tomen sobre él medidas que aseguren su adaptabilidad para el futuro. La pena debe ser, en consecuencia, correccional, y el régimen, educativo.

Mientras dura su cumplimiento, el individuo puede tener derechos que hacer valer en relación a su familia y a sus bienes, de manera que deben tomarse medidas que aseguren la custodia de esos intereses. Como consecuencia del delito, o por otras causas, el penado puede ser accionado para que cumpla obligaciones o contratos, para que responda de actos determinados, para que comparezca, en fin, ante la justicia civil; y todo esto tiene que ser tenido en cuenta por la ley, a fin de que no perjudique el sujeto que ha dejado de gobernarse para estar sometido a una especialísima potestad social.

Cuando la pena priva de determinados derechos o contiene ciertas exigencias, sin privar de la libertad, el castigo puede no tener más consecuencia que las derivadas de su propio cumplimiento. Así, el condenado a una multa, la paga y no tiene más que hacer con la justicia. El condenado a inhabilitación, se abstiene de ejercitar el derecho de que ha sido privado y nada más; pero el condenado a una pena de encierro, de suyo, por el hecho de la privación de la libertad, se encuentra en la imposibilidad de realizar una serie de actos para los cuales es necesario disponer de la propia persona. Por tanto, esta pena apareja consecuencias que implican condenaciones accesorias de carácter necesario.

Las penas privativas de la libertad son hoy las que dominan para los delitos graves, habiendo reemplazado con sus grados de mayor severidad a la pena de muerte, que ha sido: o abolida del todo o muy reducida en su ejecución en todos los países civilizados.

* * *

199.—Antecedentes nacionales. Proyecto de Tejedor.— Los antecedentes nacionales en esta materia son de importancia, siendo de notarse que las leyes han dispuesto con carácter preceptivo, y en la práctica sus mandatos han sido violados.

El sistema penal del código de 1886, así como el del proyecto de Tejedor, aplicado en las provincias que lo adoptaron como ley, no ha sido aplicado en la práctica, porque los autores de las leyes

preocupados con las teorías, la legislación comparada y el ejemplo de otros países, no tuvieron en cuenta las posibilidades nacionales. Remarco este punto, cuya comprobación haremos después, para contestar de antemano críticas tendenciosas de los que quieren implantar aquí sistemas extraños que no pueden hacerse efectivos, porque las circunstancias del país no lo permiten.

El proyecto de Tejedor enumeraba cuatro penas de encierro: presidio, penitenciaría, prisión y arresto. Además, instituía el confinamiento y el destierro, que eran más que privativas, limitativas de la libertad, desde que: ó impedían salir de un punto o vedaban la concurrencia a nuestro país.

Cada una de esas penas se encontraban definidas dentro de la ley.

Los sentenciados a presidio trabajarán públicamente, en beneficio del Estado; llevarán una cadena al pie, pendiente de la cintura, o asida a la de otro penado; serán empleados en trabajos exteriores, duros y penosos, como construcciones de canales, obras de fortificación, caminos, y no recibirán auxilio alguno fuera del establecimiento.

Si no hay trabajos públicos que ejecutar de la clase indicada anteriormente, el condenado se ocupará de los trabajos más duros del mismo establecimiento.

La nota explicativa, decía:

" Llevarán una cadena, etc. De esta circunstancia y de la de " destinar a los reos a trabajar en obras de fortificación, arsena- " les, etc., hacen otros códigos pena distinta la de cadena de la de " presidio.

" En la falta completa de tales establecimientos entre nos- " otros, y de las dificultades que se sentirán por mucho tiempo " para crearlos, hemos preferido hacer de las dos una.

" En España, los presidios eran ciertas ciudades o fortalezas " guarnecidas de soldados. De aquí vino el llamarse con el mismo " nombre el castigo que se imponía a los reos de servir en los " trabajos a que en ellos se les destinaba. Entre los romanos esos " trabajos eran las minas, y se dividían en dos clases: *dammatio* " *in metalhum, dammatio ad opus metulli* (L. 2, § 6 D. de poenis). " Si no tenían tiempo fijo, duraban diez años, pero comúnmente " eran perpetuas. L. 23 D. poenis). En las partidas V, la ley 4, " título 31, folio 17. "La segunda... En las Recop. la 8, título 40, " lib. 12 Novis. En el código español, artículo 94 a 96. En el francés,

" art. 15. En el austriaco, artículos 14 y siguiente. En el napoli- " tano, art. 8. En el brasilero, art. 44. En el boliviano, art. 60. El " peruano no la admite. Por el artículo de este código, el conde- " nado a presidio se ve sujeto a duros y penosos trabajos. " No " podía ser de otro modo—dice con razón Pacheco. —Si estas " penalidades no fuesen de las más altas, la consecuencia sería " multiplicar de un modo inconveniente la pena capital.. Los gran- " des crímenes es menester que con castigos proporcionados se " penen." (T. 1, pág. 462).

" La pena de presidio en la forma que se proyecta por este " código, ha sido objeto de críticas muy vivas; pero si no pueden " negarse los vicios muy graves que tiene, tampoco deben negarse " sus ventajas. La estadística ha disipado ya algunas preocupa- " ciones. Se creía que no había casi presidiario que no saliese " ávido de entregarse a nuevos crímenes. Pero esta alarma es " exagerada. "Por datos auténticos—dice Chauveau Adolphe— " está hoy averiguado en Francia, que el mayor número de rein- " cidentes no pertenecen a los presidiarios.

" La pena de presidio debe examinarse, pues, en sí misma, y " con prescindencia de los efectos un poco fantásticos que se le " atribuyen. Ella tiene, sin disputa, dos vicios principales. Es, en " primer lugar, desigual, porque no hay cómo medir la fuerza de " los individuos con los trabajos forzosos a que se les sujete. "Si " el peso de la cadena—dice Livinsgton—lo determina la ley, el " débil sucumbirá bajo el peso que el fuerte soportará sin difi- " cultad; y si este punto se deja a la discreción del carcelero, " será una causa inagotable de extorsiones y tiranías subalternas." " En segundo lugar, no es una pena reformadora. " En los tra- " bajos públicos—observa con mucha razón Bentham,—la infa- " mia de la publicidad tiende más a depravar los individuos " que lo que tiende a reformarlos el hábito del trabajo. Agréguese " a esto, que si los trabajos al aire libre favorecen el estado físico " de los condenados, producen también el efecto de corromperlos " por la facilidad de las comunicaciones que entre ellos se esta- " blecen.

" Pero esta pena es esencialmente ejemplar, y en esto consis- " te su principal ventaja. No sólo intimida, sino que inspira ho- " rror, y la opinión pública encuentra en ella una expiación sufi- " ciente para los más grandes crímenes. "Ella ofrece incesante- " mente—dice M. Scipion Bexon—el ejemplo de los males inhe-

" rentes al crimen, por el espectáculo repetido de las cadenas, de " las fatigas y de los signos vergonzosos de la esclavitud de los " culpables. Es quizá la única pena capaz de tranquilizar a la " sociedad, si algún día se suprime la pena de muerte." (Chauveau Adolphe, tomo 1, página 98).

Los sentenciados a penitenciaría—dice el mismo proyecto,—la sufrirán en las penitenciarías donde las hubiese, o en establecimientos distintos de los presidios, con sujeción a trabajos forzosos dentro de ellos mismos y sin cadena, exceptuando el caso de temerse seriamente la evasión.

El producto del trabajo se aplicará, en primer lugar, a indemnizar el gasto causado en el establecimiento; en segundo, a satisfacer la responsabilidad civil; y en tercero, a procurar a los condenados algún auxilio, y a formarles un ahorro, cuyo fondo se les entregará cumplida la condena.

La nota puesta al pie del artículo donde se da la anterior definición, decía:

" En el código de Baviera (véase el art. 10): Si los individuos " condenados a penitenciaría—dice el Com. Oficial—no se someten " a trabajos públicos, viene, no sólo de que los trabajos que el " Estado puede tener que ejecutar no basten para todos los con- " denados, sino también y principalmente porque cuando el legisla- " dor se decide a hacer trabajar en público a un condenado es " porque supone extinguido en él todo sentimiento de honor, " y que ya no hay esperanza de reformarlo. En el conde- " nado a penitenciaría, por el contrario, supone que hay " todavía esperanza de que vuelva al camino del bien, y aunque " la reforma del condenado no sea la base única del derecho " penal, debe, sin embargo, el Estado, organizar de tal modo las " prisiones, que ofrezcan al condenado la posibilidad de la en- " mienda."

" La reclusión es la base principal de un buen sistema penal; " es la pena de las sociedades civilizadas—dice Chauveau Adol- " phe.—Importa poco que el legislador la llame reclusión, deten- " ción o prisión. Su primera calidad es la de ser eminentemente " correccional, porque puede combinarse con el trabajo e impri- " mirle una tendencia moral. El sistema penitenciario no es más " que un modo de aplicación de esta pena.

" Las penitenciarías son nuevas en Europa, y la diversidad " de los procederes empleados, como también algunos ensayos in-

" fructuosos, les han suscitado adversarios. Unos han pensado que " la regeneración de los condenados no era más que un sueño " brillante de una crédula filantropía. Otros, después de exagerar " los efectos del sistema, lo han desdeñado cuando han visto que " no podían realizar sus locas esperanzas. No pocos, en fin, han " temido que la dulzura del régimen penitenciario no ejerciese " una represión suficiente, y que los condenados encontrasen en " la prisión demasiados agrados. La cuestión estaba mal sentada. " El fin del sistema penitenciario no ha sido nunca, ni podía ser, " el de regenerar radicalmente a los condenados, revestirlos de " una pureza primitiva, y hacer de ellos gentes honradas en toda " la extensión de la palabra... Su fin es impedir la reincidencia, " y si pudiera alcanzarse completamente, sería para la sociedad " una gran ventaja. Independientemente de los principios de mo- " ralidad que deben inculcarse al condenado, la misión principal " del régimen penitenciario es darle hábitos de orden y trabajo, " ilustrarlo sobre su verdaderos intereses, hacerle comprender y " seguir las reglas de esa honradez relativa, que consiste en abs- " tenerse de lo que prohibe la ley. Reducido a estas principales " proporciones, el problema deja de ser insoluble... La regenera- " ción moral no es más que una consecuencia y no el fin único.

" No carecerá de interés echar aquí una rápida ojeada sobre " los medios de ejecución.

" La primera regla de todo sistema penitenciario es la sepa- " ración de los criminales en el establecimiento. La experiencia " ha enseñado que la comunicación de estos hombres entre sí, hace " imposible toda reforma moral, y no pocas veces es necesaria- " mente la causa de una espantosa corrupción. En efecto, los de- " tenidos más consumados en el crimen inician a los más tímidos " en su funesta ciencia; vencen sus irresoluciones, los hacen aver- " gonzar de sus remordimientos y les imprimen en el alma la lepra " de la corrupción. La prisión se vuelve una escuela de crímenes " y desmoralización. Las clasificaciones de los criminales, basa- " das en la naturaleza de los crímenes, se han reconocido impo- " tentes para remediar el mal. Así, el aislamiento constituye el " principio y la base del sistema; y su primer ventaja, su ventaja " incontestable, es que los condenados no se vuelvan en las prisio- " nes peores que lo que entraron.

" La segunda regla de la institución es el trabajo. El fin de " esta regla es primero librar a los presos de los vicios que en-

" gendra la ociosidad, y en segundo lugar, imbuirles hábitos de " orden y trabajo, que los acompañen luego que adquieran su " libertad. Se ha agitado la cuestión de saber si la sociedad tenía " el derecho de obligar a los presos al trabajo, y se ha comparado " esta obligación a una nueva esclavitud. (B. Constant). Pero el " trabajo de las prisiones no tiene nada de común con la escla- " vitud. No se atenta a los derechos del hombre exigiendo que " repare el daño que ha causado, y si se admite que la sociedad " tiene el derecho de secuestrar al que ha abusado de su libertad, " debe tener también el derecho de corregirlo cuando sea posible. " La cuestión sería más delicada si se tratase de infligir castigos " corporales al que rehusase someterse al trabajo. Sin embargo, " pudiendo éstos ser de una reducción en los alimentos y una " prisión solitaria de día y de noche, sin trabajo, no veríamos " inconveniente en ello. El derecho de la sociedad a emplear todos " los medios de corregir al culpable nos parece incontestable. Un " trabajo regular contribuye a borrar los malos hábitos, da a la " existencia del condenado un fin útil y moral, despierta en su " alma ideas de orden, lo rehabilita a su propia vista, y asegurán- " dole un peculio a su salida y una profesión en la sociedad, le da " fuerzas contra sus propias inclinaciones, y le quita hasta la oca- " sión del crimen. (Chauveau Adolphe, t. 1, págs. 105 y siguiente).

" En el Código Penal del Perú, véanse los artículos 23, 35 y " 71. En el español, los artículos 104 y 105.

" El producto del trabajo, etc. (Art. 75 del código peruano)."

Agrega el proyecto que la pena de prisión se sufrirá en cárceles que no sean los presidios ni penitenciarías, expresando la nota que explica el precepto:

" Las leyes antiguas no conocían esta pena. El reo de un cri- " men, o era condenado a las obras públicas, o era puesto en liber- " tad. La prisión es demasiado incómoda—decían—para inocentes, " y demasiado severa para culpables. (V. la L. 7, tít. 29, P. A., y " código Theod., lib. 9, tít. 23, 1).

" Su introducción se debe al derecho canónico, que la encon- " tró eminentemente a propósito para reducir el culpable a la " penitenciaría, y de consiguiente a la enmienda. (J. Helue, Ins- " truc. crim. l. 1, pág. 378). La prisión acompañada de trabajo " forzoso como penal correccional, conmutable por igual tiempo de " servicio a las armas. Hay muchos delincuentes jóvenes—dice " Pacheco, comentando el art. 108 del código español,—de delitos

" que no manchan, los cuales podrían ser soldados útiles, ganando " al mismo tiempo mucho para sí. El servicio del ejército produce " tan buenos resultados como una penitenciaría; doma las pasiones, " acostumbra a la disciplina y realza, además, la parte de morali- " dad y pundonor. Seguro es que a un ladrón no debe vestirse la " casaca de nuestra milicia, ¿pero qué mal hay el que la lleve el " que fué procesado por una conjuración, nacida quizá de lo ufano " y brioso de su carácter?" (L. 1, pág. 480).

" En el código francés, véase el art. 40. En el de Baviera, ar- " tículos 27, 28 y 29. En el austriaco, art. 12 y 21. En el napolita- " no, art. 22. En el brasilero, artículos 46 y 48. En el español, " art. 106. En el peruano, arts. 72 y 73. En el boliviano, art. 67."

El condenado a arresto—según Tejedor—será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia, según los casos; pero esta prisión será siempre diferente de la de los acusados o procesados, pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico.

Esta pena no podrá bajar de quince días ni exceder de tres meses.

Como puede observarse, el código de Tejedor reclamaba en cada Estado federal, cinco clases de establecimientos carcelarios para el cumplimiento del régimen represivo. Se necesitaban locales para alojar a los que sufrían prisión preventiva y a los que fuesen condenados a presidio, penitenciaría, prisión y arresto.

Las diferencias entre presidio y penitenciaría se reducían a que los condenados a la primera pena debían llevar una cadena y ser ocupados en trabajos duros y penosos, mientras que los segundos no llevaban cadena y eran empleados en trabajos forzosos.

Los condenados a prisión podían trabajar o no, y los condenados a arresto, seguramente estaban en las mismas condiciones, aun cuando el proyecto nada decía, careciendo el artículo respectivo de nota explicativa.

El proyecto influyó, como podrá verse, después en el código vigente, hasta el presente año 1922.

*

* *

200. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García repitió más o menos los preceptos del código de Tejedor, diciendo:

"Los sentenciados a presidio trabajarán públicamente en be-
"neficio del Estado; llevarán una cadena al pie, pendiente de la
"cintura o asida a la de otro penado; serán empleados en traba-
"jos duros y penosos, y no recibirán auxilio alguno de fuera del es-
"tablecimiento. Si no hay trabajos públicos que ejecutar de la
"clase indicada, el condenado será ocupado en trabajos dentro
"del establecimiento.

"La condena de penitenciaría importa la prisión con traba-
"jos forzados en el interior de ella, pero sin grillete ni cadenas,
"y con sujeción a los reglamentos de esa clase de prisiones.

"La prisión se sufre en cárceles, que no son presidios ni pe-
"nitenciarías. Esta pena podrá substituirse por los tribunales por
"la de servicio de las armas, previo asentimiento del encausado.

"El condenado a arresto podrá ser puesto en cárceles, policía
"o cuerpo de guardia, según los casos; pero esta prisión será siem-
"pre diferente de la de los acusados o procesados."

La novedad en ese conjunto estaba en los enunciados de la enumeración, pues cada pena se dividía en mayor, menor y media, según el tiempo de duración.

Los fundamentos no traían nada digno de mención, limitándose a discutir, como lo hemos visto antes, la cuestión de la pena de muerte.

*
* *

201. El código de 1886 y las penas de encierro.—El código sancionado en 1886 adoptó el mismo sistema de los proyectos enunciados, admitiendo las cuatro penas de encierro, o sean: presidio, penitenciaría, prisión y arresto.

Cada uno de esos castigos fué definido, diciendo los artículos 60, 65, 68 y 70, lo siguiente:

"Los sentenciados a presidio trabajarán a beneficio del Es-
"tado, siendo empleados en trabajos duros y penosos, y no reci-
"birán auxilio alguno de fuera del establecimiento.

"Los sentenciados a penitenciaría sufrirán las penas en las
"penitenciarías, y donde no las hubiere, en establecimientos dis-
"tintos de los presidios, con sujeción a trabajos forzosos dentro
"de ellos mismos.

"La pena de prisión se sufrirá en cárceles que no sean pre-
"sidios ni penitenciarías.

"El condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuer-
"po de guardia, pudiendo ser arrestadas en sus propias casas, las
"mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias."

Según esa ley, los condenados a presidio serían empleados en trabajos duros y penosos; los condenados a penitenciaría, en trabajos forzosos; los condenados a prisión sufrirían la pena en otras cárceles; y los condenados a arresto, en cárcel, policía o cuerpo de guardia.

El Código no hablaba de cadena, como los proyectos anteriores, habiéndose acentuado el carácter humanitario de la represión.

Esas penas no se cumplían en ninguna parte, ni siquiera en la capital de la República, donde a causa de los mayores recursos y más grande cultura, pudo haberse hecho el ensayo.

Los condenados a presidio y a penitenciaría estaban sometidos al mismo régimen. En muchos casos se encontraban juntos con los condenados a prisión y a arresto, y aun con los procesados sujetos a prisión preventiva. En las provincias las deficiencias eran más generales, a causa de la falta de elementos, siendo la exigencia del trabajo un enunciado que no se practicaba generalmente.

*
* *

202. El sistema en la ley de reformas.—La ley de reformas modificó los preceptos relativos a la penalidad. Suprimió el artículo 60, que definía la pena de presidio, reemplazándolo con el 8.°, que decía así:

"La pena de presidio se cumplirá con trabajos forzados en
"establecimientos destinados al efecto."

Suprimió también el artículo 68, que se refería a la pena de prisión, e introdujo el artículo 10, que decía así:

"El condenado a prisión tendrá la obligación del trabajo de
"acuerdo con lo que dispongan los reglamentos carcelarios."

De manera que después de la reforma, la pena de presidio se caracterizaba por trabajos forzados en establecimientos especiales; la de penitenciaría por trabajos forzosos en otros estable-

cimientos; y la de prisión, por trabajos de acuerdo con los reglamentos carcelarios.

Forzado y forzoso equivale a obligatorio. Imponer el trabajo, simplemente, quiere decir obligar a ejecutarlo, de manera que los condenados a presidio, a penitenciaría y a prisión, estaban sometidos al régimen del trabajo en establecimientos distintos. La pena era, en realidad, la misma, sin más diferencias que las accesorias de cada una.

En los hechos, las distinciones no se hacían, y todos los penados se encontraban sometidos a un régimen análogo. De manera que la ley clasificaba los castigos de encierro en cuatro clases, reducidas en el hecho a dos: las tres primeras en las cuales se debía someter a los penados al trabajo obligatorio, y la última, o sea el arresto, donde no se colocaba esa exigencia.

La ley de reformas creó también la deportación, que consistía en la relegación del penado por tiempo indeterminado en un paraje adecuado que designaría el Poder Ejecutivo. Esa pena se aplicaba únicamente a los reincidentes.

*
* *

203. El proyecto de 1891.—En el artículo 9.°, el proyecto de 1891 enumeraba dos penas de encierro: el presidio y la penitenciaría, consignando también la pena de deportación, adoptada, como hemos visto, en la ley de reformas.

La pena de presidio debía cumplirse con trabajos forzados en un establecimiento destinado especialmente al efecto, y situado a la mayor distancia posible de los centros poblados. El gobierno de la Nación fundará en alguna de las islas del sud de la República—se expresaba—un presidio, al que deberán ser destinados los condenados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual podrán ser remitidos los condenados por los tribunales provinciales.

Los condenados a presidio estarán sujetos a reclusión celular en las horas destinadas al sueño y a la alimentación, reuniéndose durante el día en clases separadas, para el trabajo, dentro o fuera del establecimiento, con arreglo a los reglamentos que dicte la autoridad competente. Los reglamentos podrán imponer entre las correcciones disciplinarias, la reclusión absoluta por un término que

no exceda de treinta días, durante el cual los reclusos trabajarán en la celda.

La pena de penitenciaría se cumplirá en establecimientos destinados al efecto, distintos de los presidios, con reclusión celular durante las horas que los reglamentos respectivos no destinen al trabajo y la instrucción. Cada penado elegirá, con intervención de la dirección del establecimiento, el género de trabajos a que deberá dedicarse, designándolo la dirección, en su defecto. Cuando la pena no excediere de un año, se cumplirá en una sección especial de la cárcel de detenidos, siempre que el condenado no fuere reincidente.

La pena de deportación debía consistir en la relegación por tiempo indeterminado en la Isla de los Estados u otra que se destine al efecto.

El proyecto suprimió del sistema anterior las penas de prisión y arresto, porque no eran distintas entre sí y porque, aun reducidas a una sola, la detención de los individuos en cárceles, sin sujeción al trabajo reglamentario que pudiera mantener al condenado en sus hábitos morales, si los tuviere, o inclinarlo a ellos en caso contrario, se convierte en una escuela de holgazanería y de vicios, que es con frecuencia fuente de mayores delitos.

Con respecto a las dos penas de encierro que contiene, dice la exposición de motivos:

" Es indispensable que la pena de presidio sea seria y esen-
" cialmente distinta de la pena de penitenciaría, con la cual ha
" permanecido confundida hasta hoy, cumpliéndose en los mis-
" mos establecimientos, donde los hay. Según el artículo 50 del
" Código Penal, la pena de presidio debe cumplirse trabajando
" los sentenciados en trabajos duros y penosos, y sin recibir auxi-
" lio alguno. Dejando por el momento de ocuparse del destino que
" deba darse al trabajo de los condenados, la comisión observa que
" los términos *duros y penosos* indican un rigor que excede a las
" necesidades de la pena: baste decir que el trabajo sea *forzado.*
" Debe ser condición esencial de esta pena que se cumpla en es-
" tablecimiento especialmente destinado al efecto, y situado a la
" mayor distancia de los centros poblados. Debiendo aplicarse
" aquélla a los condenados que hayan revelado tendencias más
" opuestas a la convivencia social, por la ejecución de los delitos
" más graves, deben estar sujetos a un régimen disciplinario ri-

" guroso, que no podrá hacerse ampliamente efectivo si no se subs-
" trae el presidiario a la proximidad de parientes y camaradas,
" que siempre encuentran el medio de burlar la más severa vigi-
" lancia."

*
* *

204. El proyecto de 1906.—El catálogo de penas del proyecto de 1891, se aumenta en éste, que enumera las siguientes penas de encierro: presidio, prisión y detención.

El presidio se cumplirá con trabajos forzados, en establecimientos destinados al efecto. La prisión se cumplirá en establecimientos distintos de los presidios, con reclusión celular en las horas no destinadas al trabajo o a la instrucción.

La detención se cumplirá en cualquier parte, sin sujeción al trabajo reglamentario.

Si por falta de establecimientos en donde los condenados deban sufrir el presidio, o por falta de trabajo en que deban ocuparse, no pudieren cumplir su condena, serán destinados a obras públicas de cualquier género, con tal que no fueren contratadas por particulares.

La pena de deportación, también establecida, consistía en la relegación por tiempo indeterminado, en un paraje adecuado que designaría el Poder Ejecutivo.

La exposición de motivos contiene observaciones relacionadas con la falta de cumplimiento de las penas consignadas en el código anterior, y con la tendencia moderna hacia la unificación de las penas. Se refiere, además, a la supresión de la pena de arresto, porque el encierro, sin la obligación del trabajo, produce efectos contrarios a los que se buscan por medio de la pena. La conglomeración de delincuentes en una cárcel, donde se lleva una vida de holgazanería, no hace sino corromper y crear profesionales del delito.

Agrega:

" La prisión, tal como está organizada después de la ley de
" reformas, es decir, con la obligación del trabajo, no difiere de
" la penitenciaría que establece el código vigente, sino en cuanto
" a su duración y a otros detalles de menor importancia; y en el
" hecho, hasta se sufre en los mismos establecimientos penales.

" Teniendo en cuenta estas circunstancias, y que en realidad
" son penas completamente equivalentes, por cuya razón no hay
" objeto alguno en mantener las dos, hemos optado por la de pri-
" sión, dándole la extensión de la actual de penitenciaría, y pen-
" sando que ella es preferible por dos razones: 1.° Porque el tér-
" mino es más propio, desde que la penitenciaría no es una pena,
" sino un régimen penal, o el establecimiento donde ésta se cum-
" ple; y 2.° Por la preocupación vulgar de atribuir a la pena de
" penitenciaría un carácter infamante, que se avendría mal con
" la aplicación de esa pena, así entendida, a delitos de poca monta.

" Hemos agregado la pena de detención, teniendo especial-
" mente en cuenta ciertos delitos y cierta clase de delincuentes.
" No hemos creído, por ejemplo, que los delincuentes políticos,
" que los funcionarios públicos que cometen algunas infracciones
" sin mayor gravedad en el ejercicio de sus funciones, deban ser
" tratados como los delincuentes comunes, colocados a la par de
" ellos en los mismos establecimientos, y sometidos a la obligación
" del trabajo.

" Los motivos que imponen esta diferencia todos los cono-
" cen; se trata de delitos que no deshonran y de delincuentes que
" no necesitan ser reformados del punto de vista moral. La pena
" no debe, pues, ser igual a la de los demás delincuentes, como no
" es igual el concepto social que unos y otros inspiran.

" En resumen, el proyecto establece como penas privativas
" de la libertad, el presidio con trabajos forzados en estableci-
" mientos especiales, la prisión con trabajo obligatorio y reclu-
" sión celular en las horas no destinadas al trabajo o a la instruc-
" ción, en establecimientos también especiales, y la detención, que
" podrá sufrirse en cualquier cárcel y sin obligación de trabajo.

" De esta manera, damos un paso hacia la unificación, pero
" respetamos lo que está tradicionalmente arraigado en nuestra
" legislación, esto es, el trabajo forzado para el presidio; el tra-
" bajo común para las penas inferiores."

La falla principal del sistema se encuentra en que se crea la pena de detención, que puede durar hasta diez años, y no se somete a los condenados a la obligación del trabajo, no obstante lo dicho en la propia exposición de motivos al fundamentar la supresión de la pena de arresto por considerarla perjudicial, desde el momento que se ejecutaba sin imponer el trabajo obligatorio.

*
* * *

205. Legislaciones extranjeras. Italia.—Las penas de encierro se encuentran consignadas en todos los códigos con distintos nombres y sujetos a diferentes reglamentaciones.

El código italiano señala cuatro de estas penas: la ergástula, la reclusión, la detención y el arresto. Estas y el confinamiento constituyen las penas restrictivas de la libertad personal, según el enunciado del artículo 11 de aquel código.

La ergástula es una pena perpetua que ha substituído a la pena de muerte. Se cumple en un establecimiento especial, donde el condenado permanece durante los primeros siete años en segregación celular continua, con obligación de trabajar. En los años sucesivos trabaja con los otros condenados, pero con la obligación del silencio.

La pena de reclusión se cumple en establecimientos especiales, con obligación de trabajar y de conformidad a las reglas siguientes: a) Si no pasare de seis meses se cumplirá con aislamiento celular continuo; b) Si pasare de seis meses se cumplirá con separación celular continua durante un primer período igual a la sexta parte de la duración completa de la pena, que no podrá ser inferior a seis meses, ni exceder a tres años, con aislamiento por la noche y silencio por el día durante el resto de la pena.

La pena de prisión se cumple en los establecimientos destinados a ese objeto, con obligación de trabajar y aislamiento nocturno. El penado puede elegir entre las clases de trabajo permitidas en el establecimiento a que se le destine, el que más se conforme con sus aptitudes y anteriores ocupaciones, pudiendo también permitírsele una clase diferente de trabajo.

La pena de arresto se cumple en establecimientos destinados a ese objeto con aislamiento nocturno y con obligación de trabajar.

Todas esas penas tienen como caracteres comunes el trabajo obligatorio y el aislamiento nocturno. Las diferencias se encuentran en que deben cumplirse en establecimientos diferentes en cada caso, en el régimen general de cada uno de ellos, y en la clase de trabajo a que se somete a los penados.

*
* *

206. España.—En el código español, las penas de encierro son las siguientes: cadena perpetua; reclusión perpetua; relegación perpetua; extrañamiento perpetuo; cadena temporal; reclusión temporal; relegación temporal; extrañamiento temporal; presidio mayor; prisión mayor; presidio correccional; prisión correccional; arresto mayor y arresto menor.

Las penas privativas de la libertad—dice Groizard (1),—en rigor pueden reducirse a tres: penas de privación de libertad con trabajo forzado a beneficio del Estado, fuera del establecimiento; pena de trabajos forzados en beneficio también del Estado, pero dentro del establecimiento; y penas de privación de la libertad, sin trabajo.

Según el código, las penas de cadena perpetua y temporal se cumplirán en cualquiera de los puntos destinados a ese objeto: en Africa, Canarias o Ultramar. Los sentenciados a cadena perpetua o temporal, trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura; se emplearán en trabajos duros y penosos y no recibirán auxilío de fuera del establecimiento.

La reclusión perpetua y la temporal se cumplirán en establecimientos situados dentro o fuera de la Península. Los condenados estarán sujetos a trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento. La reclusión no lleva en sí la aflictiva pena de los hierros, ni la ignominia del trabajo público—dice Groizard (2).

Las penas de relegación perpetua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos designados por el gobierno. Los relegados podrán, dentro del radio del establecimiento penal, dedicarse libremente bajo la vigilancia de la autoridad, a su profesión u oficio.

Las penas de presidio se cumplirán en los establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados: para el presidio mayor dentro de la Península e Islas Baleares o Canarias, y para el correccional dentro de la Península.

(1) El Código Español de 1870. Tomo II, pág. 188.
(2) Obra citada. Tomo II, pág. 579.

Las penas de prisión se cumplirán en los establecimientos destinados a esos efectos, los cuales estarán situados: para la prisión mayor dentro de la Península e Islas Baleares o Canarias, y para la prisión correccional dentro del territorio de la audiencia que la hubiere impuesto. Los condenados a prisión no podrán salir del establecimiento en que la sufran durante el tiempo de la condena, y se ocuparán para su propio beneficio en trabajos de su elección siempre que fueren compatibles con la disciplina reglamentaria.

El arresto mayor se sufrirá en la casa pública, destinada a ese fin, en las cabezas de partido. El arresto menor se sufrirá en las casas de ayuntamiento u otras del público, o en la del mismo penado, cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas durante todo el tiempo de la condena.

*
* *

207. Holanda.—El código de Holanda tiene dos penas de encierro: la prisión y la detención. La prisión es perpetua o temporal y se aplica como prisión celular o en común. Los presos que sufran su condena en común deberán ser divididos en clases. Todos estarán obligados a trabajar de acuerdo con los reglamentos carcelarios.

La detención se hará efectiva en establecimientos distintos a aquellos en que cumplen su condena los castigados con prisión. El condenado a detención se ocupará en el trabajo que elija, salvo lo dispuesto por los reglamentos de orden y disciplina. Se permitirá al condenado que lo solicite que cumpla aisladamente la detención. El producto del trabajo le pertenece.

*
* *

208. Francia.—El Código Penal francés divide las penas en criminales y correccionales, y, a su vez, las primeras en aflictivas e infamantes, o solamente infamantes.

Las de encierro, que se enumeran entre las criminales aflictivas e infamantes, son: a) Trabajos forzados a perpetuidad; b) Trabajos forzados temporales; c) Prisión; y d) Reclusión.

En materia correccional se encuentra como pena del tipo que estudiamos, la de prisión temporal en un establecimiento de corrección.

El mismo código define cada una de esas penas especialmente. Así, los hombres condenados a trabajos forzados, serán empleados en los más penosos; arrastrarán a sus pies una bala e irán atados de dos en dos con una cadena, cuando la naturaleza del trabajo a que estén sometidos lo permitiere.

El que hubiere sido condenado a prisión será encerrado en una de las fortalezas situadas en el territorio continental de la república, designadas por un decreto acordado en las formas de los reglamentos y administración pública. Podrá comunicar con las personas del interior de la prisión o con las de fuera, conforme a los reglamentos de policía, establecidos por un decreto.

El condenado a la pena de reclusión será encerrado en un presidio y empleado en trabajos cuyo producto podrá aplicarse, en parte, en beneficio suyo, conforme a las disposiciones dictadas por el gobierno.

Por último, el condenado a la pena de prisión correccional será encerrado en una casa de corrección, y, a elección suya, se le empleará en uno de los trabajos en la misma establecidos.

Como puede observarse con la ligera reseña hecha hasta aquí, las penas de encierro se distinguen especialmente por el hecho de cumplirse en distintos establecimientos y tener diferentes regímenes dentro de cada uno de ellos. En todos domina el trabajo, existiendo también diferencias en cuanto al destino del producto del mismo.

*
* *

209. Noruega.—Las penas ordinarias en el código de Noruega, son la reclusión (foengsel) y la prisión (hefte). El código no dice en qué consiste cada una de estas penas, y sólo establece lo que debe hacerse cuando la primera se declara agravada.

M. Garçon, dice al respecto (1) que los términos *foengsel* y

(1) Noveau Code Penal Norwegien. Introducción, pág. XI.

hefte son intraductibles, y que buscando las palabras más aproximadas, el traductor M. du Monceau ha adoptado las expresiones reclusión y prisión (1). El *foengsel* noruego tiene las características de la prisión correccional, de la reclusión y de los trabajos forzados. Es temporal y perpetua, se extiende desde 15 días hasta 15 años, y reemplaza a la pena de muerte. Su régimen, de suyo riguroso, puede ser agravado, poniendo al condenado a pan y agua en una celda obscura y con un lecho duro.

La *hefte,* con un mínimum de 15 días y un máximum de 20 años, se puede comparar—dice Garçon,—aun cuando el equivalente no es del todo exacto, a la detención y a la prisión correccional. Su régimen es bastante más dulce que el de la *foengsel.* El condenado debe trabajar, pero elige su trabajo y puede procurarse a su costa una alimentación mejor de la que tiene en la prisión.

*
* *

210. Inglaterra.—En Inglaterra, donde se aplican castigos corporales, donde la pena de muerte se ejecuta frecuentemente y donde se condena a ciertos reos a sufrir azotes, las penas de encierro son las de trabajos forzados, prisión y detención en una escuela de corrección (2).

La pena de trabajos forzados lleva consigo el trabajo obligatorio, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en la materia. La prisión se divide en dos categorías: aquella en que se impone un trabajo penoso y la meramente correccional. El trabajo penoso es, a su vez, de dos clases, y los jueces de la visita de cárceles son los que determinan el trabajo a que ha de ser sometido el condenado.

El condenado a prisión correccional puede elegir el trabajo que encuentre conveniente. Los condenados a detención son colocados en una escuela de corrección (Reformatory School).

(1) M. du Monceau hace idéntica observación. Nouveau Code Penal Norwegien, página 19. Nota al artículo 15.
(2) Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos. Tomo XI, páginas 723 y 724.

*
* *

211. Alemania.—El Código Penal alemán legisla sobre reclusión, prisión, detención y arresto.

La reclusión es una pena perpetua o temporal. Los condenados a reclusión deberán extinguir su condena en establecimientos penales, yendo generalmente acompañada de trabajos forzosos. El penado puede ser empleado fuera del establecimiento, aun contra su voluntad, ocupándolo en obras públicas, pero separándolo de los trabajadores libres (1).

Tanto los condenados a reclusión como a prisión, pueden ser sometidos al sistema celular.

La pena de prisión debe ser cumplida en establecimientos carcelarios y puede ir acompañada del constreñimiento al trabajo, teniendo en cuenta las aptitudes y circunstancias particulares del penado. No se les podrá emplear a estos condenados en trabajos fuera del establecimiento sin el previo consentimiento de los mismos.

La detención puede ser una pena temporal o perpetua. Consiste en la privación de la libertad, y se cumple en fortalezas u otros lugares destinados a ese objeto. El modo de vivir y las ocupaciones de los penados estarán sujetos a una constante vigilancia.

La pena de arresto consistirá únicamente en la privación de la libertad. Esta pena es correccional, siendo su mínimo un día, y su máximo seis semanas.

Dice Merkel (2)—lo que anoto por referirse sus observaciones a un problema derivado de la forma federal de gobierno,—que:

"Las leyes del Imperio sólo en manera limitada regulan la "ejecución de las penas de privación de libertad, no obstante "haberse manifestado muchas veces (entre otras, en el Reichstag) "la necesidad de una regulación unitaria, y no obstante que el "mismo gobierno federal haya reconocido por su parte la necesi- "dad referida, elaborando un proyecto de ley imperial tocante al "asunto (1879). Con no menos fuerza se hace sentir, asimismo, la

(1) Merkel.—Derecho Penal. Tomo I, página 307.
(2) Idem. Tomo I, página 311.

" necesidad de una reforma real en la ejecución misma de las pe-
" nas. Pero esa reforma no puede tampoco llevarse a cabo de una
" manera conveniente sino para todo el Imperio, y en relación con
" reformas y modificaciones del Reichstag. La razón de que hasta
" el presente no se haya logrado nada en este sentido, consiste,
" aparte de los motivos de índole política, por un lado, en la va-
" riedad de criterios tocantes al fin que debe ser perseguido, y
" por otro lado, en el temor a los gastos que se juzgan inevitables
" para organizar racionalmente la ejecución de las penas."

En la ejecución de las penas de reclusión y prisión se emplea el aislamiento celular, el que no puede pasar de tres años sin el consentimiento del interesado. Los reglamentos prescriben los detalles.

*
* *

212. Bélgica.—En el código belga las penas se encuentran divididas en cuatro clases; penas en materia criminal; en materia correccional y de policía; en materia criminal y correccional, y en materia criminal, correccional y de policía.

Los castigos de encierro, en los distintos órdenes, son los siguientes: Trabajos forzados, detención, reclusión y prisión. Los condenados a trabajos forzados extinguirán su pena en la cárcel (maison de force). Los condenados a reclusión la sufrirán en las casas de reclusión. Unos y otros serán destinados al trabajo que se les haya impuesto. La detención será sufrida en una de las fortalezas del reino o en una casa de reclusión o de corrección, designada por real decreto. La prisión correccional, por fin, se cumple en las casas de corrección, debiendo destinarse los condenados a los trabajos establecidos o autorizados en la casa, a no ser que el gobierno los dispense en casos excepcionales.

La pena de detención tomada del código francés de 1832 (1), no es, como ha podido verse, una pena parecida al antiguo arresto de nuestro código, aun cuando el término lo hiciera suponer. Ese castigo, que se cumplía en fortalezas y que podía ser perpetuo, se aplicaba a delitos políticos.

(1) Instituciones Políticas y Jurídicas de los Pueblos Modernos. Tomo I, página 664. Nota 1.

*
* *

213. Las tendencias antigua y moderna.—Ha podido notarse en la ligera reseña hecha, que los códigos antiguos son profusos en materia de penas, pero que la tendencia moderna se encamina en el sentido de reducirlas. La evolución se explica perfectamente. En las penas de encierro, que han substituído a la pena de muerte, porque aun en los países que no han abolido esta última, ella se ejecuta por excepción, las diferencias entre una clase y otra no pueden reposar sino en el régimen carcelario. Si se admite que pueden imponerse a los condenados sufrimientos físicos, el régimen del establecimiento puede ofrecer una cantidad de variedades, pero si ese factor se desecha, las diferencias tienen que ser escasas. De aquí que, poco a poco, se tienda a la unificación de las penas de encierro, las que sirven para clasificar a los penados, distinguiéndose unos de otros por estar colocados en distintos establecimientos y sometidos a reglamentos, que a pesar de encerrar diferencias, son en el fondo muy parecidos.

Veamos cómo se manifiesta esta tendencia en algunos proyectos de códigos penales extranjeros.

*
* *

214. Proyectos suizos de 1903 y 1916.—El anteproyecto suizo de 1903, publicado por el Departamento Federal de Justicia, para ser sometido a la apreciación de los especialistas y del público en general, cuyas observaciones serán acogidas (1), sólo contiene dos penas de encierro: la reclusión y la prisión.

La reclusión temporal o por toda la vida, se sufrirá en un establecimiento dedicado exclusivamente a ese destino.

La ejecución de las penas de reclusión y prisión, se encuentra regida por las siguientes reglas: 1.° El detenido será obligado al trabajo, debiendo ser ocupado dentro de lo posible en trabajos conformes a sus aptitudes y que lo pongan en condiciones de ga-

(1) Avant Projet de Code Penal Suisse et de Loi Federale. Página VIII del Avant Propos.

narse la vida después de la liberación; 2.° El detenido será colocado en celda durante los tres primeros meses, pudiendo el término ser prorrogado; y 3.° A la expiración del período celular, el detenido será obligado al trabajo en común, debiendo ser puesto en la celda durante la noche y en las horas destinadas al reposo.

Se prescribe también la internación de los reincidentes en establecimientos especiales, y se autoriza, en ciertos casos, la colocación del sujeto en una casa de trabajo.

El anteproyecto suizo de 1916 contiene también las dos penas de encierro mencionadas, o sean la reclusión y la prisión, y agrega el arresto. La primera debe sufrirse en un establecimiento especialmente destinado a esos efectos. Los condenados deben llevar uniforme y no podrán recibir visitas, escribir o recibir cartas, sino en una medida restringida. Estarán obligados al trabajo que se les asigne en el establecimiento, debiendo consultarse, para imponerlo, las aptitudes del detenido, poniéndolo en condiciones de ganarse la vida después de su liberación. El proyecto repite los preceptos del anterior sobre reclusión celular.

Sobre los condenados a prisión se contienen reglas análogas a las del proyecto de 1903, agregándose disposiciones como las relativas a la reclusión, respecto al traje, correspondencia y trabajo. Esa pena deberá cumplirse en establecimientos especiales.

La pena de arresto se cumple en un establecimiento especial y, en todo caso, en locales destinados a la ejecución de las otras penas privativas de la libertad. Los condenados usan sus propios trajes y pueden recibir comida de fuera del establecimiento; pueden recibir visitas, escribir y recibir cartas, todo en la medida compatible con el orden de la casa.

El condenado está obligado al trabajo, pero puede buscar él mismo su ocupación apropiada, quedando sujeto en caso de no hacerlo a la que se le diere en el establecimiento. Esa pena se cumple en celdas.

El proyecto autoriza también la internación de los reincidentes en un establecimiento especial.

* * *

215. El proyecto alemán de 1909.—El proyecto alemán de 1909 también contiene las penas de reclusión, prisión y arresto. La primera será perpetua o temporal, y se cumplirá en establecimientos destinados exclusivamente a ese fin. Los condenados estarán sometidos a trabajos forzados rigurosos, dentro o fuera del establecimiento. Recibirán la comida del mismo, llevarán el traje penal y sus relaciones con personas ajenas al establecimiento se permitirán dentro de estrechos límites.

Los condenados a la pena de prisión estarán sometidos a una ocupación forzosa, y en la medida que lo permita la organización del establecimiento ejecutarán los trabajos correspondientes a su oficio, o al que quieran seguir después de su liberación. No serán ocupados fuera del establecimiento sin su consentimiento; serán vestidos y alimentados en la casa, y cuando se encuentren en posesión de sus derechos civiles se les permitirá usar su propio traje si es adecuado. También se les puede permitir, por motivos especiales, alimentarse por su cuenta. Las relaciones de los condenados a prisión con las personas ajenas al establecimiento, estarán sometidas a las limitaciones exigidas por el reglamento de la casa.

Cuando el hecho punible manifiesta una brutalidad especial, maldad o depravación, o cuando las condenas anteriores del autor hagan suponer que la ejecución ordinaria de la pena no ejercerá sobre él el efecto conveniente, el tribunal podrá disponer en la sentencia la agravación de las penas de reclusión o de prisión.

Las agravaciones consistirán en suministrar al condenado menor cantidad de alimento y un lecho más duro. Ambas agravaciones pueden imponerse al mismo tiempo; pero en este caso se suspenderán cada tercer día. Su duración, en conjunto, no excederá de cuatro semanas. Las agravaciones no podrán ordenarse más de una vez para las penas inferiores a tres meses; dos veces para las inferiores a seis meses, y para las de mayor duración, a lo más tres veces cada año. El intervalo entre dos agravaciones será, por lo menos, el doble de la duración de la agravación precedente.

Si el condenado a la pena de prisión se ha conducido bien durante un año, por lo menos, el tribunal podrá suavizar o suprimir las agravaciones para el restante tiempo de pena.

La pena de arresto, que será perpetua o temporal, consistirá en la privación de la libertad, con vigilancia de la ocupación y del modo de vivir. Se cumplirá en establecimientos o en secciones especiales, de modo que los condenados a esta pena no puedan tener contacto alguno con los condenados a la pena de prisión.

Los condenados a las penas de reclusión y de prisión serán so-

metidos al encarcelamiento individual en el comienzo de la pena: los condenados a reclusión estarán sometidos al mismo durante seis meses, por lo menos; los condenados a prisión durante tres meses, por lo menos; si el tiempo de duración de la pena fuere menor, durante toda su duración. A los condenados a la pena de arresto se les aplicará también el encarcelamiento individual, cuando sea preciso para proteger a sus compañeros de pena contra su pernicioso influjo, o cuando por otros motivos sea conveniente su separación.

El encarcelamiento individual podrá continuar durante tanto tiempo como crean preciso las autoridades del establecimiento. También podrá continuar cuando haya que preservar a los encarcelados contra el dañoso influjo de algún detenido; sin embargo, sin el consentimiento del preso, su duración no podrá exceder de tres años.

El encarcelamiento individual no se aplicará cuando pueda originar algún peligro para el estado físico o psíquico del preso.

Cuando el encarcelamiento celular haya cesado, el preso será con los demás ocupado en común, pero durante la noche será separado todo lo posible de los otros encarcelados.

Mientras la ley no disponga otra cosa, los detalles relativos a la organización de los establecimientos penales y al tratamiento de los presos, serán determinados por las disposiciones ejecutivas del Consejo Federal y por las disposiciones administrativas de cada uno de los Estados confederados. Sin embargo, el tratamiento de los condenados a la pena de reclusión será más severo que el de los condenados a la pena de prisión, y el de éstos más severo que el de los condenados a la pena de arresto.

*
* *

216. Anteproyecto sueco de 1916.—Las penas principales comunes, según este proyecto, son la pena privativa de libertad y la multa. Las penas privativas de libertad son: la reclusión, la prisión y el arresto.

La reclusión, que puede ser perpetua o temporal, obliga al que la sufre a trabajar en lo que para él se determine. No podrá procurarse ni recibir traje, alimento ni ninguna otra cosa, más que las que le proporcione el establecimiento penal.

El que sufra prisión estará obligado a trabajar en lo que para él se determine. Con excepción del traje, no podrá procurarse ni recibir más alimento, ni más comodidades que las que le proporcione el establecimiento penal.

La pena de arresto se cumplirá en un establecimiento especial y destinado exclusivamente a ese fin.

Las penas de reclusión y de prisión se cumplirán en aislamiento celular durante toda la duración de la pena, cuando no exceda de tres años, y durante los tres primeros cuando sea más larga. Aunque el recluso no sufra la pena en aislamiento, estará encerrado aisladamente en una celda, durante las horas del reposo. Cuando se estime que la pena de aislamiento pueda ser perjudicial para el penado, se convertirá ésta en una pena en comunidad, en cuanto sea compatible con el orden y la seguridad del interior del establecimiento a juicio de la autoridad.

Los que sufran penas de reclusión no deberán estar reunidos con los que sufren penas de prisión.

Las penas pueden ser agravadas en determinados casos, consistiendo la agravación en un encarcelamiento en un lugar aislado y obscuro. La autoridad ejecutiva podrá tomar disposiciones punitorias contra los penados que quebrantaren el orden del establecimiento.

*
* *

217. El sistema penal del proyecto peruano de 1916.—El proyecto de Código Penal para el Perú, presentado en 1916 por la comisión parlamentaria, contiene las siguientes penas de encierro: internamiento perpetuo, penitenciaría, relegación y prisión.

La pena de internamiento perpetuo se cumplirá en una sección especial de la penitenciaría central, con trabajo obligatorio y aislamiento celular continuo, durante el primer año. En los años siguientes el trabajo será colectivo entre los condenados a la misma pena.

La pena de penitenciaría se extenderá desde seis meses hasta veinte años. Se cumplirá según lo determine la sentencia, en la penitenciaría central, o en una penitenciaría agrícola, o en una colonia penal.

La pena de penitenciaría, sea que deba cumplirse en la penitenciaría central o en una penitenciaría agrícola, o en una colonia penal, se ejecutará durante un primer período, de una semana a seis meses, en aislamiento celular con trabajo obligatorio.

Cumplido el período de aislamiento, podrán ser enviados a su destino los condenados a penitenciaría agrícola o a colonia penal.

Los condenados a penitenciaría central, cumplido el período de aislamiento, trabajarán en común, en el trabajo que se les prescriba dentro o fuera del establecimiento.

El aislamiento celular de los sujetos a penitenciaría podrá ser restringido o suprimido por razones de edad o de salud física o mental de los condenados.

El trabajo fuera del recinto de la penitenciaría se hará en la apertura y mejoramiento de caminos públicos, canales públicos de irrigación, construcción de edificios escolares, cultivos de experimentación o de explotación en colonias penales, y, en general, en obras del Estado y de las instituciones de utilidad general, señaladas en cualquier lugar del territorio de la República en los reglamentos del Poder Ejecutivo.

Los condenados a penitenciaría central que hubiesen cumplido la mitad del tiempo de la condena, podrán ser trasladados a penitenciaría agrícola o a colonia penal para extinguir el resto de la pena.

La relegación puede ser indeterminada o a tiempo fijo, y se cumplirá en una colonia penal. La relegación a tiempo fijo en una colonia penal se extenderá desde seis meses hasta veinte años

La prisión se extenderá desde dos días hasta veinte años. Se cumplirá en la cárcel provincial o departamental, señalada por el juez de la sentencia.

La prisión se cumplirá con trabajo obligatorio, dentro o fuera de la cárcel, a elección del penado, en obras privadas o públicas que se efectúen en la provincia en que cumplen la condena.

Una junta de vigilancia, compuesta del juez de primera instancia, el alcalde municipal y el subprefecto, asistidos por el alcalde de la cárcel, podrá acordar, por razones de seguridad, que todos o una parte de los condenados elijan su trabajo dentro del establecimiento, o que no puedan optar por otros trabajos exteriores que los señalados por la junta.

La prisión ordinaria de menores se cumplirá en establecimientos mixtos, represivos y de educación, creados *ad hoc* para delincuentes menores, o en secciones separadas de los establecimientos penales ordinarios.

*

* *

218. El último proyecto italiano.—El proyecto de Código Penal para Italia, presentado el pasado año de 1921 por una comisión presidida por Enrique Ferri, y de la que formaron parte Garófalo, de Nicola, Berenini, Setti, De Notaris-Stefani, Alberici, Majetti. Iustiz, Florián, de Sanctis, Ottolenghi y Ferrari, se ocupa de las penas en el título tercero, el que se encabeza con el epígrafe siguiente: "Diversas especies de sanciones".

Para los delitos comunes, las sanciones son: la multa; el exilio local; el confinamiento; la prestación obligatoria de trabajo diurno; la segregación simple en una casa de trabajo o colonia agrícola; la segregación rigurosa en un establecimiento de reclusión; y la segregación rigurosa perpetua.

Para los delitos político-sociales, cometidos por mayores de dieciocho años, las sanciones son, además de la multa y las complementarias que anotaré después, el exilio general, la detención simple y la detención rigurosa. La palabra *exilio* puede traducirse también por *destierro*.

Las sanciones para los delitos cometidos por menores de dieciocho años, son: la libertad vigilada; la escuela profesional y de corrección o la nave escuela; la casa de trabajo o colonia para menores, y la casa de custodia.

Las sanciones para los delitos cometidos por mayores de dieciocho años en estado de enfermedad mental, son: la casa de custodia, el manicomio criminal y la colonia especial de trabajo.

Las sanciones complementarias son: la publicación especial de la sentencia; la caución de buena conducta; la suspensión del ejercicio de un arte o profesión; la interdicción de funciones públicas, y la expulsión de los extranjeros.

En ese proyecto, las penas parecen muy numerosas, porque la enumeración se refiere a los establecimientos donde deben cumplirse.

Bajo el dominio de nuestro código, que sólo admite la reclusión y la prisión, podría también, si se usara el mismo criterio, hacer enunciaciones análogas. Bastaría decir, por ejemplo, que contamos con reclusión perpetua para hombres; reclusión perpetua para mujeres; reclusión temporal para hombres; temporal para mujeres; prisión de las mismas cuatro categorías; prisión para menores; detención especial de éstos; encierro en establecimientos especiales para los absueltos por perturbaciones, etc.

De este modo, las penas no resultarían simplificadas, sino complicadas.

El proyecto italiano explica las formas de cumplimiento de las penas que establece en los distintos artículos del título 3.º.

* * *

219. El sistema del código vigente.—El código vigente, teniendo en cuenta los antecedentes propios, las características del país, su sistema de gobierno, sus recursos, sus posibilidades y condiciones en general, ha creado un sistema penal práctico susceptible de ser aplicado y conveniente bajo todo punto de vista.

Las penas de encierro son únicamente dos: la reclusión y la prisión. A ellas se refieren los artículos 6 y 9, que han sido transcriptos en el encabezamiento del presente capítulo.

La exposición de motivos, fundando el asunto, se expresó en la forma que hemos recordado al hablar de las penas en general (1).

Como se ha dicho varias veces, el régimen de la penalidad y las reglas para la aplicación del mismo en los establecimientos carcelarios deberá ser dado por una ley especial.

* * *

220. Las observaciones del doctor Rojas en el Senado.—La Cámara de Diputados aceptó el proyecto tal como lo despachó la comisión especial, pero en el Senado se propusieron modificaciones.

El senador Rojas dijo al respecto:

(1) Ver número 171.

"¿Qué diferencia legal existe entre la *reclusión* y la *prisión*?

"La diferencia está—dice el informe—en la clase de trabajo "y en la disciplina carcelaria. Los condenados a reclusión podrán "ser empleados en toda clase de trabajos públicos, mientras que "los condenados a prisión sólo podrán ser empleados en labores "dentro del establecimiento. Lo esencial es que los penados tra "bajen y que aquél se imponga de una manera obligatoria.

"Si la diferencia legal que existe entre ambas penas es la "indicada respecto de la clase de trabajo, tal diferencia desapare- "cerá en el hecho, es decir, en la aplicación en el cumplimiento "de la pena. Cuando no haya trabajos públicos, trabajos del Es- "tado, la reclusión se confundirá con la prisión, y esto ocurrirá "en la generalidad de los casos. La clase de trabajo, entonces, no "da a cada pena su fisonomía propia, sus rasgos típicos de propia "diferenciación.

"Si en el proyecto mismo no se determina con precisión cuál "es el carácter propio y peculiar de cada pena, cuál su índole es- "pecial, entenderíamos que no es posible determinar con seguri- "dad a qué delitos debe imponerse una u otra pena. Aceptamos "que la pena de reclusión es más severa que la de prisión; admi- "timos que la primera se destina a reprimir los delitos más gra- "ves, a aquellos que revelan en el agente la perversidad, la in- "moralidad, la depravación de ánimo; pero eso no resulta de "los elementos que el legislador ha fijado para dar a cada pena "su ser individual, su entidad represiva peculiar."

"El informe de la comisión, expresa "que es indispensable "reglamentar, por medio de una ley especial complementaria del "Código Penal, el cumplimiento de las penas, porque no hay ob- "jeto en incorporar esos preceptos en el Código, en razón de que "la penalidad y el sistema para el cumplimiento de las mismas "son cosas diferentes." El Código—dice el informe—prevé los de- "litos y fija las represiones, debiendo ser aplicado por los jueces. "El régimen penal depende de la autoridad administrativa. Es "indudable, sin embargo, que los fines perseguidos al imponer "penas para los delitos pierden eficacia si el régimen carcelario "no se aplica de acuerdo con los propósitos que se tuvieron en "vista al fijar las represiones. Por eso conviene establecerlo en "una ley especial.

"La comisión—dice la exposición de motivos del proyecto "de 1906—desea hacer constar que, deliberadamente, no ha que-

" rido establecer para el presidio y la prisión más reglas que los
" trabajos forzados para el primero, y el trabajo obligatorio y la
" reclusión celular, para la segunda, porque entiende que es de
" positivas conveniencias, que salvo aquellas reglas fundamenta-
" les, la organización y régimen de los presidios y prisiones, sean
" obra de leyes y reglamentos especiales." (Págs. 33 y 34).

" El doctor Herrera piensa que es un error sostener que el
" sistema represivo debe dejarse para que lo establezca una ley
" especial; opina que es al Código al que le corresponde adoptar
" cualquiera de los sistemas represivos conocidos o crear uno nuevo.

" ¿Puede el Código—dice el doctor Herrera—establecer una
" pena sin decir en qué consiste, cuáles son sus caracteres esen-
" ciales? ¿En qué se puede infligir una pena de la cual sólo se
" conoce el nombre y cuya gravedad intrínseca o en relación a
" las demás queda ignorada? No es posible confundir lo que se
" refiere a la esencia de la pena con las demás circunstancias que
" tienen relación con la ejecución de éstas, como el lugar del cum-
" plimiento, la manera como se ha de realizar el trabajo, la divi-
" sión en clases. La primera es de resorte exclusivo del Código;
" la segunda puede ser reservada para una ley especial." (Pá-
" gina 38, La Reforma Penal).

" Por nuestra parte, adherímonos en un todo a los juicios for-
" mulados por el doctor Herrera.

" Pensamos que es al Código al que incumbe fijar el sistema
" represivo, determinando netamente sus bases fundamentales,
" bien claras, bien distintas, con caracteres bien salientes y esta-
" bles de diferenciación para cada pena, de manera que se co-
" nozca desde luego la fisonomía permanente y peculiar de cada
" una de ellas.

" Dos motivos principales tenemos para pensar de esta ma-
" nera. Ante todo es necesario que el Código fije de un modo in-
" confundible el sistema de pena, su gravedad intrínseca y rela-
" tiva, para tener la norma previa, según la cual se ha de graduar
" el castigo correspondiente a cada delito, según la índole propia
" de la infracción. Si no se tiene esa norma, no habrá una regla
" segura para graduar el castigo. Si no se determina, desde lue-
" go, en qué consiste la *reclusión*, no existe propiamente el crite-
" rio para imponer 10 a 15 años de dicha pena, 15 a 20, 15 a 25,
" porque el tiempo de la duración del castigo no basta para deter-
" minar su gravedad.

" Cuando decimos que al Código incumbe organizar el siste-
" ma, el régimen fundamental, la naturaleza propia de cada pe-
" na, no entendemos que deba penetrar al detalle de ejecución;
" esto tiene que quedar librado a leyes especiales.

" Hay, además, otro motivo de forma, pero que puede llegar
" a afectar la substancia.

" Si se deja para una ley especial la determinación del siste-
" ma del régimen de las penas, puede ocurrir que sancionado el
" Código, se demore, o no se sancione aquella ley.

" ¿Y entonces qué ocurrirá?

" La anarquía, el arbitrio en cuanto a la ejecución de las pe-
" nas, todo lo cual repugna al concepto constitucional, relativo a
" la uniformidad de las penas y a su cumplimiento en la Repú-
" blica.

" En el único caso en que nosotros admitiríamos que una ley
" especial fijara el régimen, el sistema de penas sería éste: Que
" dicha ley fuese previa a la sanción del Código; que dicha ley
" fuese norma y guía. Teniendo esa ley previa, el legislador po-
" drá a conciencia aplicarla, asignando a cada delito su castigo,
" según su naturaleza y gravedad.

" La Cámara de Diputados, siguiendo las inspiraciones de su
" Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, ha dis-
" puesto que una ley especial, complementaria del Código Penal,
" reglamente el cumplimiento de las penas, determinando su ré-
" gimen y sus sistemas de ejecución.

" Hemos ya dicho que las bases esenciales, el régimen funda-
" mental de cada pena, determina propiamente la pena; que sin
" ello no hay pena en rigor, es decir, el sistema racional repre-
" sivo tendiente a la reforma, a la enmienda o a la intimidación
" del delincuente; y que, entonces, no hay castigo cierto que co-
" rresponda aplicar a cada delito; habrá la denominación de una
" pena, de un mal a imponerse; pero sin saberse en realidad en
" qué consiste.

" En las sesiones del año pasado, la Comisión Especial de Le-
" gislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados presen-
" tó el proyecto de Código Penal que sancionó aquella Honorable
" Cámara y despachó también un proyecto sobre régimen carce-
" lario, el cual no fué considerado en las sesiones de aquel año.
" Ese despacho contiene el proyecto de la ley complementaria del

" Código Penal, en lo relativo al régimen de las penas enumera-
" das en el Código.

" El proyecto de ley complementaria, contiene el pensamien-
" to de la comisión redactora del Código Penal, en cuanto al ré-
" gimen, la naturaleza, la entidad propia y característica de cada
" castigo, que le da su ser individual e inconfundible.

" Examinemos las penas enumeradas por el Código Penal a
" la luz de ese proyecto de ley complementaria del Código:

" Reclusión.—Hemos dicho que el Código Penal sancionado
" por la H. Cámara de Diputados no especifica desde un punto
" de vista fundamental, claro y preciso, en qué consiste la reclu-
" sión. Entendemos que el proyecto de ley sobre el régimen carce-
" lario debe llenar ese vacío, que nosotros consideramos tal.

" Examinemos dicho proyecto:

" La *reclusión* es una pena privativa de la libertad, aplicable
" a *varones mayores de edad, a mujeres y a varones menores de*
" *edad,* por cuanto cualquiera de esas personas pueden cometer
" delitos reprimidos con *reclusión.*

" El proyecto de Código Penal, sancionado por la Cámara de
" Diputados, establece en su artículo 8.° *que los menores de edad*
" *y las mujeres sufrirán las condenas que les correspondan en es-*
" *tablecimientos especiales.*

" Luego, procede que existan establecimientos de *reclusión*
" para varones mayores de edad, para mujeres y adultos.

" ¿Cuál es el régimen fundamental del castigo que debe im-
" ponerse en cada uno de dichos establecimientos?

" Respecto de la reclusión, el proyecto de Código Penal sólo
" nos ha dicho que esa pena se cumplirá con trabajo obligatorio
" en los establecimientos destinados al efecto; que los recluídos
" podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con
" tal que no fuesen contratadas con particulares; que esa pena
" puede ser perpetua o temporal; que la temporal puede durar
" desde un mes hasta 25 años, siendo bajo este aspecto igual a la
" pena de prisión.

" Artículo 210 del proyecto:

" Veamos cómo caracteriza la pena de *reclusión* el proyecto
" sobre régimen carcelario:

" El título I de dicho proyecto tiene el siguiente rubro: "Ré-
" gimen de la penalidad" ¿Cuál es el régimen de la penalidad re-
" lativo a la reclusión, para los condenados mayores de edad?

" Entendemos que el establecido en el artículo 2.°, que dice:
" Los condenados a la pena de reclusión por los tribunales nacio
" nales y por los del fuero ordinario de la Capital Federal, así co-
" mo los que, por razones de la misma pena, y de acuerdo con el
" artículo 1.° (suponemos que es el 18 del C. Penal) fueran envia-
" dos por las provincias, cumplirán su condena en el presidio na-
" cional de Ushuaia y en los establecimientos que, para la exclu-
" siva ejecución de tal pena, se fundaren fuera de los centros ur-
" banos."

" El artículo 8.° del proyecto de que nos ocupamos, dispone
" que se dictará un reglamento para cada uno de los establecimien-
" tos penales, el cual deberá sujetarse a los siguientes principios:

" a) En cuanto al trabajo: que sea útil, concordante con las
" exigencias de orden económico del medio social, compatible con
" las condiciones personales de los penados, con la clase de pena
" que cumplieren; que aseguren la formación de un peculio para
" los condenados y que la jornada diaria no exceda de nueve ho-
" ras;

" b) En cuanto a la instrucción: que tenga carácter eminen-
" temente práctico, utilitario y moral. El Poder Ejecutivo estable-
" cerá los planes correspondientes;

" c) En cuanto a la disciplina: que asegure de la manera más
" rigurosa el cumplimiento estricto de las disposiciones reglamen-
" tarias, mediante un sistema combinado de castigos y recompen-
" sas, y tratando de que estas últimas importen un estímulo para
" los penados de buena conducta.

" Y esto es todo lo que contiene el proyecto de ley comple-
" mentario del Código Penal, en cuanto a la pena de reclusión, a
" su naturaleza, a su régimen, a la manera en que debe sufrirse,
" al sistema de corrección, de reforma, de intimidación que en sí
" encierra, para procurar que el condenado, que con el delito se
" reveló un elemento inapto para la convivencia social, vuelva al
" seno de la sociedad en las mejores condiciones posibles de adap-
" tación a su medio.

" ¿Basta con lo dispuesto en los artículos 2, 8 y 9 del proyec-
" to de ley de régimen carcelario, para dar a la pena de reclusión,
" para varones mayores, su verdadero carácter represivo? Cree-
" mos firmemente que no.

" Nosotros no pretendemos que el Código Penal regle las pe-
" nas en sus bases fundamentales y en sus detalles de ejecución;

" pero si pensamos que el Código debe contener los conceptos bá-
" sicos de cada castigo, así como lo hacen los códigos de Italia,
" Alemania, Holanda, etc."

Hasta aquí el interesante informe del senador antes mencionado.

*
* *

221. Las opiniones de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores.—La Comisión de Códigos del Senado, redactó los artículos 6 y 9, respectivamente, en la siguiente forma:

" Artículo 6.°—La pena de reclusión, perpetua o temporal, se
" cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos desti-
" nados al efecto. Los recluídos podrán ser empleados en obras
" públicas de cualquier clase, con tal que no fuesen contratadas
" por particulares. La reclusión temporal no será inferior a un
" año ni superior a veinticinco años.

" Artículo 9.°—La pena de prisión, perpetua o temporal, se
" cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos
" de los destinados a los recluídos. La prisión temporal no será
" inferior a cuatro días ni superior a veinticinco años."

Las modificaciones se limitaban a un agregado en cada uno de los artículos, referente al tiempo que debía durar la penalidad.

En la exposición de motivos, se decía al respecto:

" La comisión ha considerado en cuanto a las penas restricti-
" vas de la libertad, y, en segundo lugar, porque precisa más
" tán en el proyecto en revisión, sin admitir las modificaciones a
" que se refiere en su informe el doctor Rojas.

" En este punto, como en el relativo a la pena capital, el pro-
" yecto de la H. Cámara de Diputados es superior al de 1906. En
" primer lugar, porque reduce de cuatro a dos las penas privati-
" vas de la libertad, y en segundo lugar, porque precisa más
" científicamente su naturaleza con los términos de *prisión* y
" *reclusión*."

La exposición transcribía una parte de los fundamentos del proyecto de 1906, y agregaba:

" La misma razón que tuvieron los autores del proyecto de
" 1906 para substituir la pena de penitenciaría por la de prisión,

" existe para reemplazar la de presidio por reclusión, como lo hizo
" la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la
" H. Cámara de Diputados. El anteproyecto sueco va todavía más
" allá en la simplificación de las penas restrictivas de la libertad.
" Establece la pena de prisión solamente, que varía según la gra-
" vedad de los delitos. En la delincuencia típica, aplica la prisión
" celular de seis meses a tres años; para los delitos de gravedad
" media, y para los graves, de tres a veinticinco años de prisión,
" debiendo comenzar a los dos años la prisión en común. En cuan-
" to a la delincuencia típica, fija más bien que penas propiamente
" dichas, medidas especiales, de acuerdo con las doctrinas más
" avanzadas de la política criminal, como ser la medida de segu-
" ridad por tiempo indeterminado para la criminalidad crónica.

" La comisión redactora del proyecto de 1906 no quiso esta-
" blecer, deliberadamente, para el presidio y la prisión, más re-
" glas que los trabajos forzados para el primero, y el trabajo obli-
" gatorio y la reclusión celular para la segunda, entendiendo que
" es de positivas conveniencias. que, salvo aquellas reglas funda-
" mentales, la organización y régimen de los presidios y prisiones
" sean obra de leyes o reglamentos especiales."

Se refiere en seguida al criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados sobre la ley a dictarse para el régimen carcelario, y dice a continuación:

" De acuerdo con este criterio, que nosotros compartimos, la
" Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó un
" proyecto sobre régimen carcelario en toda la República, el cual
" figura en una de las órdenes del día de la H. Cámara de Dipu-
" tados. El doctor Rojas tomó de ese proyecto algunas disposicio-
" nes sobre el régimen de las penas para incorporarlas al Código
" Penal; pero consideramos que por los fundamentos transcrip-
" tos no corresponde aprobar las modificaciones indicadas en su
" informe.

" La comisión ha creído conveniente, en cambio, aceptar las
" indicaciones señaladas en el mismo informe, en el sentido de de-
" terminar en la parte general del Código la duración de las pe-
" nas temporarias privativas de la libertad. En este punto no com-
" parte las opiniones de la Comisión Especial de Legislación Pe-
" nal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados, según la que,
" en la parte general, no debe consignarse sino la calidad de las

" penas, debiendo quedar la determinación de la cantidad para la " parte especial.

" Los proyectos más modernos, como el sueco y suizo, fijan " en la parte general la calidad y la cantidad de las penas. Así, " el anteproyecto de Código Penal para Suecia, preparado por " Thyrén, dispone en el capítulo II: "De las clases de penas": " La reclusión durará perpetuamente, o bien un tiempo determi- " nado, que no sea inferior a seis años, ni superior a veinte, fuera " de los casos mencionados en el capítulo X." (Art. 3.°). " La pri- " sión que se impone directamente, no debe ser inferior a tres me- " ses, ni superior a tres años, fuera de los casos mencionados en " el capítulo X." (Art. 5.°).

" El anteproyecto suizo, en cuya redacción tanta parte ha te- " nido el insigne criminalista Stoos, dispone en la parte general, " capítulo III, "Penas, medidas de seguridad y otras medidas": " La reclusión es la más grave de las penas privativas de la liber- " tad. La duración de la reclusión es de un mínimum de un año " y de un máximum de quince años; en los casos especialmente " previstos por la ley, la reclusión es perpetua." (Art. 36). "La " duración de la prisión es de ocho días, como mínimum, y de un " máximum de dos años, salvo disposición en contrario y expresa " de la ley." (Art. 37).

*

* *

222. La sanción del Senado y la insistencia de la Cámara de Diputados.—Pasado el proyecto en revisión a la Cámara de Diputados, la comisión especial (1), rechazó las enmiendas introducidas en los artículos 6, 9 y 10. Las reformas, como se ha visto, consistían: 1.° En establecer que la reclusión temporal no sería inferior a un año, ni superior a veinticinco; 2.° En fijar límites a la prisión temporal, que no sería inferior a cuatro días, ni superior a veinticinco años; y 3.° En autorizar al juez para permitir la detención en sus casas de las personas de muy honestos antecedentes, condenadas a prisión por menos de seis meses.

(1) Cámara de Diputados de la Nación. Orden del Día Nº 183 de 1921, páginas 1808 y 1809.

Los fundamentos de la comisión especial fueron, en mi concepto, concluyentes.

Respecto a la fijación del monto de las penas, se dijo (1):

" El ex senador Rojas sostuvo, en su informe de 1918, la con- " veniencia de hacer figurar en el libro primero del Código, como " una noción orgánica de la pena, la determinación del máximum " y del mínimum, argumentando que sin esta enunciación en la " parte general del Código, habría que "leer cuidadosamente todo " el libro segundo para saber, al fin, cuál es el máximum y el mí- " nimum de cada pena."

" Si estas son las razones determinantes de los agregados pro- " puestos a los artículos 6.° y 9.°, preferimos aconsejar a vuestra " honorabilidad el mantenimiento de su anterior sanción, conside- " rando que "la ley penal argentina, al enumerar las penas, no " debe tener en cuenta más que la calidad, reservando el tratar " la cantidad para cuando deben distribuirse entre los diversos " delitos."

" Por otra parte, el mismo ex senador Rojas, decía: "Hacer " descender el límite de la represión de los delitos abajo de trein- " ta días, es fijar una pena que debe reservarse para las faltas. " Por eso establecemos que el mínimum de la prisión es de un " mes." En cambio, el agregado proyectado al artículo 9.°, fija " ese mínimum en cuatro días.

" Por estas razones, proponemos la desaprobación de las adi- " ciones proyectadas a los artículos 6.° y 9.°."

Y con relación al permiso especial para personas de antecedentes muy honestos, se expresó lo que veremos después, al tocar ese punto especial.

*

* *

223. Diferencias entre las penas de reclusión y de prisión.—¿Qué diferencias existen entre las penas de reclusión y de prisión? Si la pregunta no hubiese sido formulada por personas que tienen autoridad en la materia, manifestando algunas dudas, hubiera prescindido de la explicación por creer que se encuentran los concep-

(1) Orden del Día citada, página 1824.

tos bien de manifiesto en el texto del Código y en la exposición de motivos.

Ambas penas tienen caracteres comunes y diferenciales.

La pena de reclusión se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto, y la de prisión con trabajo obligatorio en otros establecimientos. Los condenados a reclusión pueden ser empleados en obras públicas de cualquier clase, con tal que no sean contratadas por particulares.

Dentro del Código la diferencia se encuentra, fuera de las de detalle, relacionadas con accesorias, en que una y otra pena se cumplen en distintos establecimientos, y en que los condenados a reclusión pueden ser ocupados en obras y en trabajos públicos, mientras que los condenados a prisión sólo pueden ser obligados a trabajar en los establecimientos mismos.

El Código se ha propuesto establecer dos penas de encierro de distinta gravedad y de régimen diferente, a base en las dos del trabajo obligatorio. El sistema impuesto en una y otra debe ser determinado por la ley carcelaria a dictarse.

La reclusión y la prisión clasifican a los delincuentes, desde que los autores de crímenes más graves serán condenados a la primera, mientras que recaerá la segunda sobre los autores de delitos de menor gravedad.

Los tribunales, con sus sentencias, harán, así, una diferenciación entre los distintos tipos, dividiéndolos en dos grupos: los más peligrosos y más inadaptables frente a los que han demostrado no tener esos inconvenientes en medida tan grande.

Cada grupo deberá ir a un establecimiento especial, donde dominará un régimen determinado. Es indudable que si no se dicta la ley carcelaria, si no se construyen establecimientos adecuados o no se adaptan los existentes a las nuevas prescripciones legales, continuaremos como hemos estado hasta hoy, teniendo un código con disposiciones determinadas y una práctica contraria a las mismas. Pero se trata, precisamente, de cambiar los puntos de vista y de adaptar las normas de la ley a la realidad y a los hechos.

Hoy, por lo pronto, y con los elementos existentes y nada más, la autoridad administrativa está en condiciones de tomar medidas para que se alojen en distintos establecimientos los condenados a las dos clases de pena, y someterlos a reglamentos adecuados.

En esa materia casi todo está por hacerse, pues no ya en las provincias, sino en la misma Capital Federal hay una gran población carcelaria que no se encuentra sometida a la obligación del trabajo.

*

* *

224. El proyecto sobre régimen carcelario de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—Hemos podido notar en el informe del doctor Rojas, que se refiere al proyecto reglamentario de las penas presentado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, el punto de vista de dicho ex legislador y lo resuelto, tanto por el Senado como por la Cámara de Diputados.

Ese proyecto establecía en sus diferentes artículos el régimen de la penalidad en los términos siguientes (1):

"Los establecimientos penales, de cualquier naturaleza que "sean, deberán ser organizados en forma tal que todos los deteni- "dos reciban en ellos los beneficios de la instrucción y cumplan "la obligación del trabajo inherente a las penas establecidas por "el código de la materia.

"Los condenados a la pena de reclusión por los tribunales "nacionales y por los del fuero ordinario de la Capital Federal, "así como los que, por razones de la misma pena, y de acuerdo "con el artículo 18 del Código Penal, fueran enviados por las pro- "vincias, cumplirán sus condenas en el presidio nacional de Us- "huaia y en los establecimientos que, para la exclusiva ejecución "de tal pena, se fundaren fuera de los centros urbanos.

"La pena de prisión se cumplirá en la actual Penitenciaría "Nacional de Buenos Aires, o en los establecimientos que se cons- "truyan o habiliten con carácter de reformatorios, dentro o fuera "de los centros urbanos. Cuando la pena no exceda de treinta "días de prisión podrá cumplirse en los departamentos de poli- "cía o en los depósitos de contraventores.

"Los establecimientos penales en que hayan de cumplirse por "adultos las penas de reclusión y prisión, deberán responder a la "necesidad de que los condenados sean sometidos al régimen celu-

(1) El despacho de la comisión caducó en 1918 y fué repetido por el diputado Gerónimo del Barco, miembro de aquélla. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1918. Tomo 1º, página 252.

" lar durante las horas no destinadas al trabajo, a la instrucción " y al recreo higiénico indispensable.

" En los establecimientos penales de mujeres, las menores de " dieciocho años serán rigurosamente separadas del resto de la " población penal. En los mismos establecimientos se destinará " una sección especial para las mujeres que tuvieren hijos en es- " tado de lactancia.

" Los establecimientos penales destinados a menores varones " tendrán, en cuanto sea posible, el carácter de colonias agrícolas. " Los que existen actualmente, si no tuvieren ese carácter y no " fuere posible dárselo, se organizarán como escuelas de artes y " oficios.

" La relegación se cumplirá con trabajo obligatorio en una " colonia agrícola que deberá fundarse en un paraje de los terri- " torios del sur. Hasta tanto sea fundada esa colonia, los relega- " dos serán sometidos al régimen de la reclusión, en el presidio de " Ushuaia.

" Dentro de los sesenta días de la promulgación de la ley, los " directores de los establecimientos penales proyectarán la regla- " mentación que a cada uno de ellos corresponda, debiendo ser " aprobada por el Poder Ejecutivo para que entre en vigor. La " reglamentación deberá sujetarse a los siguientes principios: " a) En cuanto al trabajo: que sea útil, concordante con las exi- " gencias de orden económico del medio social; compatible con las " condiciones personales de los penados, con la clase de pena que " cumplieren; que aseguren la formación de un peculio para los " condenados y que la jornada diaria no exceda de nueve horas; " b) En cuanto a la instrucción: que tenga carácter eminentemente " práctico, utilitario y moral. El Poder Ejecutivo establecerá los " planes corespondientes; c) En cuanto a la disciplina: que ase- " gure de la manera más rigurosa el cumplimiento estricto de las " disposiciones reglamentarias, mediante un sistema combinado de " castigos y recompensas, y tratando de que estas últimas impor- " ten motivos de estímulo para los penados de buena conducta.

" Dentro de cada establecimiento se harán las clasificaciones " de penados que consientan la naturaleza y condiciones de aqué- " llos. Los reglamentos que se dicten establecerán las bases a que " haya de sujetarse el régimen de los establecimientos.

" El mismo proyecto se ocupaba después de patronato de li-

" berados, estadística criminal y carcelaria, escuelas de celadores " y guardianes, dirección general de establecimientos y estable- " cimientos carcelarios."

La relegación de que habla ese proyecto es la reclusión especial que se aplica a los reincidentes.

* * *

225. El proyecto Arancibia Rodríguez.—El diputado Alberto Arancibia Rodríguez (1) presentó a la Cámara de que formaba parte, un proyecto parecido al de la comisión especial antes examinado, en el cual estudiaba extensamente los preceptos del Código, no sancionado entonces, y en cuyos fundamentos sostenía que las penas de reclusión y de prisión eran iguales, según el dicho código y el proyecto de la comisión, que fué su antecedente inmediato.

El proyecto Arancibia Rodríguez, establecía:

" La pena de reclusión se cumplirá en los establecimientos " penales destinados exclusivamente a este fin; después de la pro- " mulgación de la ley sólo podrán fundarse establecimientos de " esta clase fuera de los centros urbanos.

" Los condenados a reclusión estarán sometidos a trabajos " forzados dentro o fuera del establecimiento; cuando sean em- " pleados en obras públicas trabajarán separados de los obre- " ros libres. Las relaciones con personas ajenas al establecimiento " sólo las permitirán los reglamentos nacionales o provinciales. " dentro de muy estrechos límites.

" La pena de prisión se cumplirá dentro de los establecimien- " tos que se habiliten o construyan con ese fin, dentro o fuera de " los centros urbanos.

" Los condenados a prisión estarán sometidos a una ocupa- " ción obligatoria dentro del establecimiento, y en la medida que " lo permita su organización ejecutarán los trabajos correspon- " dientes a su oficio, o al que quieran adoptar para después de " su liberación. Las relaciones de los condenados a prisión con las

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1918. Tomo II, página 680. Jofré y Anastasi, "Jurisprudencia Argentina", tomo II, página 59, sección legislación.

" personas ajenas al establecimiento estarán sometidas a las limi-
" taciones prudenciales que impongan los reglamentos. Cuando la
" prisión no exceda de tres meses podrá cumplirse en los departa-
" mentos de policía o depósitos de contraventores.

" Las penas de reclusión y prisión impuestas a adultos se cum-
" plirán bajo el régimen celular durante las horas no destinadas
" al trabajo, a la instrucción y al recreo que se considere indis-
" pensable por razones de higiene.

" Los condenados por culpa o imprudencia, sufrirán la pena
" en pabellones o dependencias de los establecimientos penales,
" separados de los delincuentes voluntarios.

" En los casos en que el Código Penal permite a los jueces
" la elección entre las penas de reclusión y prisión, se aplicará
" la primera en los de particular gravedad, cuando la voluntad
" criminal del autor aparezca extraordinariamente fuerte y repro-
" bable.

" En los establecimientos penales de mujeres, las menores de
" dieciocho años serán rigurosamente separadas del resto de la
" población penal. En los mismos establecimientos se destinará una
" sección especial para las que tuvieren hijos en estado de lac-
" tancia.

" Inmediatamente de promulgada la ley, las provincias que
" no los tuvieren deben instalar o habilitar establecimientos des-
" tinados a la corrección de menores, a los efectos de los artícu-
" los 36 y 37 del Código Penal, y de que, en ningún caso, por con-
" dena judicial, sea internado un menor en cárceles destinadas pa-
" ra adultos.

" Estos establecimientos penales tendrán el carácter de escue-
" las de artes y oficios, cuando no sea posible darles el de colo-
" nias agrícolas.

" Los absueltos por tribunales provinciales por las causales
" expresadas en el inciso 1.° del artículo 34 del Código Penal, se-
" rán enviados a los manicomios o establecimientos nacionales ade-
" cuados, cuando no existieren en la provincia respectiva.

" A los efectos de la segunda parte del artículo 18 del Código
" Penal, se considerará que las provincias no disponen de esta-
" blecimientos adecuados para la ejecución de las penas de re-
" clusión y prisión, cuando los que tuvieran no reunan las condi-
" ciones necesarias para su cumplimiento en la forma impuesta
" por la ley; y a los efectos anteriores, cuando no pueda inten-

" tarse en ellos la curación y asegurar la desaparición del peligro
" de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

" Dentro de cada establecimiento se hará la clasificación y
" separación de penados que consientan la capacidad y condicio-
" nes de aquéllos.

" Los reglamentos carcelarios que se dicten por el Ejecutivo
" nacional o gobiernos de provincia, tendrán siempre como base
" la utilidad del trabajo, compatible con la clase de pena y salud
" del penado; la educación e instrucción moral y práctica; la dis-
" ciplina estricta, con adopción de medidas que importen motivos
" de estímulos regenerativos y mejoramientos progresivos de la
" condición del penado; pero teniendo presente que el tratamien-
" to disciplinario de los condenados a reclusión debe ser más seve-
" ro que el de los sentenciados a prisión.

" La relegación se cumplirá en un paraje adecuado de los te-
" rritorios del sur, que designará el Poder Ejecutivo nacional; el
" relegado estará sujeto a la vigilancia de la autoridad y a la obli-
" gación de ejercer oficio, arte, industria o profesión.

" La relegación cesará después de quince años, si el relegado
" justifica haber observado buena conducta."

En los fundamentos hacía notar la necesidad de sancionar la ley carcelaria; expresaba que el proyecto de 1906 era el único antecedente en que se fundó el despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria para separar el Código de la ley reglamentaria de las penas, y verificaba un estudio comparativo.

" Las penas de reclusión y prisión son iguales — decía — en
" cuanto al destino que se da al trabajo de los condenados (ar-
" tículo 11); a la inhabilitación absoluta que producen (artícu-
" lo 12); a los requisitos que se requieren para obtener la liber-
" tad condicional (artículo 13); al mínimum fijado para la pro
" cedencia de la condena condicional (artículo 26); a la computa-
" ción de las mismas agravantes y atenuantes para graduarlas en
" tiempo (artículo 31); en cuanto a la relegación (artículo 51);
" por razón del tiempo requerido para la prescripción de la ac-
" ción penal (artículo 62, incisos 1 y 2); en cuanto al plazo de
" cinco años del artículo 18.

" ¿En qué consisten estas penas y cuál es su diferencia?

" No hay ninguna disposición que las caracterice, porque el
" proyecto de la comisión especial se ha apartado, no solamente

" de su modelo, el de 1906, sino también de todos los códigos y " proyectos anteriores."

Transcribe a continuación una parte de la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, y agrega:

" La diferencia en la "clase de trabajos", consistirá simple- " mente, según la comisión, en que los recluídos puedan ser em- " pleados en trabajos públicos fuera del establecimiento.

" Podrán, dice el artículo 6.° y esto, además de ser meramente " facultativa, es casi siempre de imposible aplicación en la prác- " tica, por la falta de obras públicas; por la prohibición que debe " establecerse de que no alternen en el trabajo con el obrero libre; " por las dificultades del trabajo y vigilancia de presos.

" Lo que en caso de excepción y supletorio en el artículo 12 " del proyecto de 1906 se convierte en regla única de diferencia- " ción en el proyecto de la comisión.

" En realidad, no habrá tal diferencia; y cuando la hubiere " resultará muy a menudo, según la obra pública, que será para " hacer más agradable la pena del recluído, que siempre desea sa- " lir a la calle, aunque la comisión haya querido agravarla.

" Dentro de los establecimientos, que como dicen los textos " citados, deben ser distintos, no se pretende insinuar siquiera la " diferencia entre la reclusión y la prisión; lo esencial, en materia " carcelaria—agrega la exposición de motivos—es que los penados " trabajen y que aquél se imponga de manera obligatoria."

Después de referirse al derecho extranjero, expresa:

" El aprisionamiento con trabajo forzado—dice Mouton—es " un método de castigo que no se discute; no debe llevarse hasta " la extenuación; pero la fatiga, el disgusto y el fastidio pueden, " sin duda, ligarse a él, puesto que a tales inconvenientes se en- " cuentran expuestas las mismas personas honradas en el trabajo " libre. Cierto punto de riesgo, y hasta de peligro, no tendría " nada que excediese al derecho de castigar; creo que al emplear " a los presidiarios en el trabajo de las minas, la desecación de " pantanos insalubres, o en ciertas industrias peligrosas y malsa- " nas, es más justo que dejar expuesto a tantas causas de des- " trucción al inmenso número de obreros honrados, que, por no " tener cosa mejor, desempeñan esa clase de trabajo. (Mouton, " El derecho de castigar", pág. 187).

" Partidario como soy de mantener en nuestra legislación una

" pena grave con trabajo y disciplina rigurosa, hoy más que nun- " ca, después de abolida la pena de muerte, no encuentro tam- " poco, para ello, inconveniente alguno en el artículo 18 de la " Constitución, que habla de la seguridad, y no del castigo, de los " reos, en cárceles sanas y limpias, con el propósito de abolir las " mortificaciones, las vejaciones, las agravaciones inútiles y con- " traproducentes que tuvieron su época en nuestro país, pero que " de ninguna manera puede interpretarse, en mi opinión, como " principio que haya dejado cerrada la puerta para la adopción " de medidas salvadoras en la lucha de la sociedad contra el " crimen, y de reglas penitenciarias de toda eficacia y justicia, " que son un corolario lógico del objeto y fin de la pena.

" En cambio, todas las disposiciones de mi proyecto de ley " carcelaria que se refieren al régimen de la prisión, tienden a " suavizarla y a diferenciarla de la reclusión, con el objeto de que " sufran una pena más benigna todos los delincuentes suscepti- " bles de enmienda y regeneración, cuyos sentimientos no apare- " cen completamente pervertidos, adoptando todas las disposicio- " nes que he creído pertinentes de las legislaciones estudiadas pre- " cedentemente, e imponiéndole una disciplina o trato carcelario " menos riguroso."

La innovación consistiría, así, en someter a los condenados a reclusión a trabajos forzados, y a los condenados a prisión a una ocupación obligatoria.

En mi concepto, y sin desconocer la erudición demostrada por el doctor Arancibia Rodríguez en los fundamentos de su proyecto, y las ventajas del mismo, encuentro que la distinción no acentúa nada de lo que ha pretendido acentuarse. En efecto, las palabras *forzado, forzoso, obligatorio,* con relación a trabajos carcelarios, tienen el mismo alcance. Trabajos u ocupaciones así calificadas, quieren decir labores que se imponen al condenado, y si antes pudieron esos términos expresar cosas distintas, no sólo porque a los penados se les imponían las cadenas, los grillos, los hierros en general, sino por cuanto se pretendía con el trabajo castigarlos, sometiéndolos a tareas duras, penosas, desagradables, hoy que el régimen penal ha variado fundamentalmente tienen el mismo alcance.

Con los sistemas modernos, la crueldad en el tratamiento del penado ha desaparecido. No se trata de hacerlo sufrir, sino de me-

jorarlo, a fin de entregarlo a la vida social, si fuera posible, en condiciones de adaptabilidad.

Nada justifica, ni el trabajo penoso, ni la labor que lo contraríe especialmente. Por el contrario, para la eficacia del trabajo, el mejoramiento del penado y el mayor rendimiento, deben consultarse las condiciones individuales, o, por lo menos, darle al condenado la esperanza de que serán tenidos en cuenta esos factores, después de los primeros tiempos de encierro.

Supongamos, para que se perciba la falta de base en la pretendida distinción, que el penado a trabajos forzados no quiera trabajar, que se niegue a tomar la herramienta, por ejemplo, o a usarla en su caso. El penado no acciona; omite, simplemente. En otras sociedades y bajo otros regímenes, el problema estaba resuelto, y el penado era castigado corporalmente. El sujeto que no obedecía se jugaba la vida. En la actualidad, y abandonado ese tratamiento cruel, el condenado sería sometido a castigos disciplinarios, relacionados con el alojamiento, la luz, el alimento, etc.; pero no podría ser torturado.

De manera que forzar no significa, hoy, hacer fuerza material, sino obligar legalmente y someter al sujeto en caso de alzamiento a castigos disciplinarios.

Por todo eso he sostenido que las diferencias de las palabras no se traducen en distinciones en los hechos. La reclusión y la prisión se distinguen, sobre todo, en que deben cumplirse en distintos establecimientos, con regímenes diversos, con trabajos de diferente clase y con disciplina particular en cada caso. Los reglamentos internos, completando la ley a dictarse, darán los detalles correspondientes.

*

* *

226. Propósitos del sistema penal del Código.—El Código ha tenido por objeto: a) Simplificar las penas; b) Unificarlas; c) Establecer un sistema práctico que se cumpla en los hechos y no resulten un conjunto de enunciados teóricos; d) Facilitar la individualización de la pena con relación al delincuente; e) Dar a los magistrados un margen extenso que permita soluciones más justas y más humanas que las resultantes de un sistema en que el Código se reduce a una tarifa; f) Autorizar la apreciación amplia de las circunstancias calificativas de la responsabilidad; g) Permitir la graduación del castigo, de acuerdo con los elementos personales y sociales dignos de apreciación; h) Preparar un sistema carcelario que proporcione seguridades y haga lo más probable que sea posible la corrección del delincuente.

Para todo esto se han creado las instituciones complementarias de la condena y la libertad condicionales.

Este es, por lo demás, el punto de vista de conjunto, pues el detalle sólo puede apreciarse al estudiar toda la parte general del Código en cada uno de sus rasgos.

XV

Las penas de reclusión y prisión con referencia a determinadas personas

227. Personas exceptuadas del régimen ordinario de la pena de reclusión y fundamentos de las excepciones.—228. Antecedentes del proyecto Tejedor.—229. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—230. El código de 1886 y la ley de reformas.—231. Proyecto de 1891.—232. Proyecto de 1906.—233. La detención de determinadas personas en sus casas.

Artículo 7.°

Los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años, que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento.

Artículo 8.°

Los menores de edad y las mujeres sufrirán las condenas que les correspondan en establecimientos especiales (1).

Concordancias.—Código holandés, artículo 12.—Húngaro, 32 y 42.—Español, 107 y 109.—Francés, 16.—Proyecto Tejedor, libro segundo, título segundo, capítulo II, artículo 19.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 58.—Código Penal de 1886, 62.—Proyecto de 1891, 31 y 59, inciso 4.o—Proyecto de 1906, 13 y 41, inciso 2.o.

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados ha dispuesto en este artículo 8º, la supresión de las palabras "que les correspondan".

* * *

227. Personas exceptuadas del régimen ordinario de la pena de reclusión y fundamentos de las excepciones. — Los artículos transcriptos contienen reglas especiales para las siguientes personas: 1.° Hombres débiles y enfermos; 2.° Hombres mayores de sesenta años; 3.° Menores de edad; y 4.° Mujeres.

Los hombres débiles y enfermos, lo mismo que los mayores de sesenta años condenados a reclusión, cumplirán la pena en prisión; en cuanto a los mayores de edad y a las mujeres, las cumplirán en establecimientos especiales.

Las penas de encierro, como lo hemos comprobado antes, se han dividido en diferentes clases, teniendo en cuenta la severidad del régimen a que se sometía a los condenados a una o a otra. Las más graves imponían trabajos penosos y condiciones duras de vida dentro del establecimiento penal. Esta clase de castigo no podía ser resistido sino por hombres fuertes y jóvenes. De aquí que se excluyera a las mujeres, a los ancianos y a los menores.

El código vigente, aun cuando no ha reglamentado las penas, por los motivos a que varias veces hemos hecho referencia, establece dos penas de encierro: una que reclamaría un régimen de trabajo pesado, dentro o fuera del establecimiento, y otra que permitiría un trabajo menos intenso y a realizarse dentro de la prisión.

Como los hombres débiles y enfermos no están en condiciones de llenar las condiciones establecidas por un régimen impuesto a sujetos físicamente normales, es natural que se les excluya y se les someta a otro tratamiento.

El Código, con respecto a las mujeres y a los menores, no se ha inspirado en motivos de sensibilidad solamente, sino, y sobre todo, en razones de conveniencia social. Antes, los menores debían ser destinados para el cumplimiento de las penas de encierro a los establecimientos ordinarios donde sufrían la condena, sujetos a los reglamentos de la pena de encierro menos grave. Ahora se destinan a establecimientos especiales, donde deben dominar reglas determinadas, tendiéndose por medio de ellas a obtener la reforma de los jóvenes delincuentes.

Esta cuestión se encuentra estrechamente vinculada con la relativa a la imputabilidad de los menores, de manera que reservaré para entonces el examen más extenso de la materia.

En cuanto a las mujeres, por razones obvias, se dispone su encierro en establecimientos especiales, donde se les debe someter al régimen de trabajo y a una disciplina determinada.

Los preceptos del Código tienen antecedentes en la legislación nacional, encontrándose reglas análogas en las leyes de otros países.

* * *

228. Antecedentes del proyecto Tejedor.—El proyecto de Tejedor decía que las mujeres, los hombres débiles o enfermos, los menores de veinte años y los viejos de más de sesenta, que fuesen condenados a presidio, sufrirán su condena en una penitenciaría. Desde el momento que la pena de presidio se cumplía con trabajos duros y penosos, como ser: construcción de obras, caminos y canales, y desde que los penados debían llevar una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro condenado, era indudable que no podía imponerse sino a individuos fuertes y adultos.

Tejedor, en la nota, cita algunos códigos extranjeros y transcribe las siguientes palabras de Pacheco:

"Las reglas que se fijan en este artículo, son reglas de de-
"cencia y de humanidad, y su concepción es tan natural y sencilla
"que no hay un solo código moderno que no las haya consagrado."

* * *

229. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García.—En el proyecto de Villegas, Ugarriza y García se inserta un precepto general que se refiere también a la pena de muerte, y según el cual, ninguna mujer, ningún menor, que no tuviese dieciocho años el día que cometió el delito, y ninguno mayor de sesenta años, será ejecutado ni condenado a presidio. Cualquiera de esas personas que cometiese un delito, que mereciera pena de muerte o presidio, sufrirá la de penitenciaría en su tiempo máximo.

* * *

230. El código de 1886 y la ley de reformas.—El Código Penal de 1886 aceptó el artículo del proyecto de Tejedor, pero ampliándolo, pues se refería a los menores de edad y no a los menores de veinte años. El precepto decía:

"Los hombres débiles o enfermos, los menores de edad, los "mayores de sesenta años y las mujeres que mereciesen pena de "presidio, sufrirán la condena en penitenciaría."

El Código conservaba para el presidio la exigencia de los trabajos duros y penosos, condición suprimida en 1903 por la ley de reformas número 4189.

* * *

231. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 dice que las mujeres cumplirán la pena de penitenciaría en establecimientos distintos de los destinados a los hombres.

En cuanto a los menores, si tuvieren menos de catorce años, podrían ser destinados a una colonia agrícola hasta que tuviesen dieciocho.

La exposición de motivos, fundando el precepto relativo a la reclusión de las mujeres, dice:

"El mayor alejamiento y separación posible entre los con-"denados de distinto sexo, es una regla esencial para el cumpli-"miento de la pena en buenas condiciones de orden y moralidad."

* * *

232. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 reproduce el artículo 62 del Código Penal de 1886, diciendo:

"Los hombres débiles o enfermos, los menores de edad, los "mayores de sesenta años y las mujeres que merecieren presidio, "sufrirán la condena en prisión."

El mismo proyecto autoriza la reclusión de los menores de catorce años, hasta que tuviesen dieciocho, cuando hubiesen cometido un delito y fuere peligroso dejarlos en poder de los padres o guardadores. La reclusión se haría efectiva en un establecimiento destinado a corrección de menores.

Sobre estos puntos, que se relacionan con el sistema carcelario, no hay, en los fundamentos oficiales del Código, ninguna consideración especial.

* * *

Artículo 10

Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 21.—Proyecto de Tejedor, artículo 28, libro segundo, sección segunda, capítulo II.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 72.—Código Penal de 1886, 70.—Proyecto de 1906, 15.

* * *

233. La detención de determinadas personas en sus casas.—El precepto que tiene su origen en el artículo 70 del Código Penal anterior, se explica por sí mismo; tratándose de una pena leve y de personas en las condiciones establecidas no puede existir peligro alguno en esa concesión. Entiendo, sin embargo, que sancionada como lo ha sido la condena condicional, el artículo será poco aplicado.

La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores propuso se agregase al artículo 10 del actual código el siguiente párrafo:

"El juez podrá acordar lo mismo cuando se trate de perso-"nas de muy honestos antecedentes." (1).

(1) Orden del Día N.o 18, año 1921, página 57.

En dicha cámara la modificación se aceptó, pero fué rechazada en la de diputados. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, dijo al respecto (1):

" Por el agregado al artículo 10, se permitiría que las personas " de muy honestos antecedentes cumplieran en su propia casa la " prisión que no excediera de seis meses, disposición que fácil- " mente se prestaría a abusos y favoritismos. Si el procesado por " un delito leve, cuya pena no exceda de seis meses de prisión, " es realmente de "muy honestos antecedentes", no precisará del " beneficio, desde que estará amparado por la condena condicio- " nal. Estas razones nos determinan a aconsejar el rechazo del " agregado."

FIN DEL TOMO I

(1) Orden del Día N.o 188, año 1921, página 1884.

INDICE

INDICE

Pág.

Proemio 5

GENERALIDADES

I

Orígenes del derecho penal argentino

1. Antecedentes de nuestro derecho penal. 12
2. Objeto de la reseña histórica. 13
3. El derecho español. 15
4. La Nueva Recopilación. 16
5. El derecho penal en la Nueva Recopilación. 18
6. Las leyes de Partida en nuestro desenvolvimiento jurídico. . 20
7. El Fuero Juzgo. 25
8. Las leyes de Toro. 29
9. Las leyes de Indias. 30
10. Las penas arbitrarias durante la Colonia. 30
11. La Novísima Recopilación. 32
12. El derecho penal durante los primeros gobiernos patrios. . . 32
13. Resolución sobre duelos. 33
14. Bando del 21 de julio de 1810, con medidas extraordinarias. 34
15. Penas contra los ladrones establecidas por el Triunvirato. . 36
16. Bando sobre el empeño de prendas del vestuario de los soldados. 37
17. Aplicación del bando sobre robos. 37
18. Bando de abril de 1812 sobre robos y asesinatos. 38
19. Disposiciones acerca del juego, armas prohibidas y duelo. . . 38
0. Otras disposiciones penales tomadas por los gobiernos patrios. 39
1. Disposiciones penales dictadas por Rosas. 47
2. El tormento y los azotes en la Colonia. 50

Pág.

23. Medidas tomadas por el general Urquiza antes de sancionarse la Constitución Nacional. 52
24. La era constitucional. 54
25. El proyecto del doctor Carlos Tejedor. 56
26. La ley número 250 y su ejecución. 62
27. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. . . 63
28. La vigencia del código Tejedor en las provincias. 66
29. La ley número 49 de 14 de septiembre de 1863. 66
30. Las discusiones parlamentarias de 1885 y 1886. 70
31. El proyecto de 1891. 74
32. El proyecto de 1891 en el Congreso. 76
33. La discusión parlamentaria de 1900. 77
34. La defensa del proyecto de 1891. 81
35. La reforma promovida en 1904. 83
36. El proyecto de 1906. 87
37. Las leyes penales sancionadas mientras la reforma se discutía: a) Reincidencia; b) Falsificación y circulación de moneda; c) Seguridad social; d) Cheques dolosos; e) Trata de blancas. 89
38. La reforma iniciada en 1916. Bases para la misma. El proyecto presentado. 92
39. Los términos de la encuesta. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 94
40. Labor de la comisión. El proyecto definitivo. 95
41. Rasgos principales del proyecto de 1917. 96
42. La reforma penal en el Senado. Sanción del proyecto. 106
43. Los primeros juicios críticos y el punto de vista de la comisión redactora del proyecto de 1917. 107

II

44. Fundamentos verbales del despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria en la Cámara de Diputados. 115

III

Los principios penales en la Constitución

45. Las garantías constitucionales. 127
46. Definición de delito en la Constitución. 128
47. Abolición de los fueros. 130
48. Supresión de leyes determinadas. 131

Pág.

49. Delitos previstos por la Constitución para que sean penados por el Código. 131
50. Facultades del Poder Ejecutivo cuando se suspenden las garantías constitucionales. 133
51. Puntos que comprende la Constitución. 133

IV

El complemento del Código Penal

52. La ley carcelaria. 135
53. Procesados y condenados. 136
54. La pena y el régimen de su aplicación. 138
55. El criterio dominante en el Congreso al sancionarse el Código. 138
56. El registro nacional de reincidentes. 141
57. La ley de extranjeros. 143
58. Las reformas procesales. 143
59. Repetición de estas ideas en diversas oportunidades. 144

V

Derecho Penal y Delito

60. Fundamentos de las leyes. 145
61. Limitaciones para la libertad individual. 146
62. Derecho público y privado. 147
63. La defensa social y el derecho represivo. 147
64. Noción del derecho penal. 148
65. El delito. Concepto legal y sus garantías. 152
66. Diversas definiciones del delito. 153
67. El delito según Carrara. 157
68. Opinión de Franck. 159
69. El concepto de Rossi. 160
70. Opiniones de Moyano Gacitúa. 162
71. La teoría positivista de Garófalo. 163
72. El pensamiento de Rivarola. 166
73. Noción y síntesis. 167

VI

La legislación de faltas

Pág.

74. La legislación de faltas, el código en vigor y el sistema federal de gobierno. 170
75. Clasificación de los hechos punibles. 172
76. La división tripartita en la ley francesa. 172
77. La división tripartita en otras leyes. 174
78. Críticas hechas a la división. 175
79. El sistema tripartito del código Tejedor. 176
80. La división bipartita. 178
81. El sistema del código italiano. 179
82. Concepto de fondo de la clasificación. 180
83. Diversas opiniones acerca de la clasificación de los delitos. . 181
84. La noción de falta independientemente del concepto intencional 185
85. Otras opiniones acerca de la diferencia esencial entre delitos y contravenciones. 186
86. Los estudios de Manzini. 187
87. La opinión de Manzini. 189
88. La clasificación en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 190
89. El proyecto de 1891 y sus fundamentos. 192
90. El proyecto de 1906. 194
91. La discusión parlamentaria de 1900. 195
92. El proyecto de Código Penal, base de la reforma y los fundamentos dados respecto a la legislación de faltas. 196
93. Los fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 197
94. La sanción de diputados y la opinión de la Comisión de Códigos del Senado. 201
95. Delitos y contravenciones. El criterio cualitativo y cuantitativo para la clasificación de los hechos. 202
96. Autoridades a quienes corresponde legislar sobre delitos y faltas. 205
97. Las faltas y el sistema federal. 205
98. Opiniones que sostienen la incorporación de la legislación de faltas al Código Penal. 206
99. Refutación relativa a las leyes electorales. 209
100. Otras opiniones. Criterio respecto a las faltas de mendicidad y embriaguez. 210
101. Proyecto de Código de Policía. 211
102. El límite impositivo de las provincias. Antecedentes y controversias. 217

EL CODIGO PENAL

VII

Aplicación de la ley penal con relación al territorio

Pág.

El artículo 1.º y sus concordancias. 223
103. El antiguo código y la aplicación de la ley con relación al territorio. 224
104. Conveniencia de fijar el alcance de la ley. 224
105. Leyes nacionales que se han ocupado de fijar el alcance de la ley penal. 225
106. Aplicación de la ley y jurisdicción. 228
107. La extensión de la ley. Su alcance territorial y las excepciones. 229
108. Los antecedentes del precepto. El código Tejedor. 230
109. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 230
110. El proyecto de 1891. 232
111. El proyecto de 1906. 237
112. La crítica del doctor Herrera. 238
113. El proyecto presentado a la Cámara de Diputados en 1916. . 240
114. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 240
115. Las modificaciones propuestas por el doctor Rojas. 242
116. El texto de los fundamentos dados por el doctor Rojas. . . . 242
117. La redacción proyectada por la Comisión de Códigos del Senado. 248
118. Nuevas modificaciones hechas en la Cámara de Senadores. . . 249
119. Crítica de la supresión hecha en el Senado. 250

VIII

Expulsión de extranjeros

120. Los proyectos de 1891 y 1906 y la expulsión de extranjeros. . 253
121. La opinión de Rivarola. 255
122. Los problemas planteados por la expulsión de extranjeros. . . 256
123. El proyecto sobre expulsión de extranjeros presentado a la Cámara de Diputados. 257
124. La preocupación de poblar. 257
125. Los preceptos constitucionales sobre población y los intereses del país. 258

Pág.

126. El derecho nacional a la defensa. 259
127. Los preceptos extraños y los límites sensatos de su adaptación. 260
128. Fundamentos del derecho de expulsión. 261
129. Antecedentes nacionales sobre expulsión de extranjeros. . . . 261
130. Juicio sobre la ley de residencia. 263
131. La ley de residencia contraría la Constitución. 264
132. Las iniciativas políticas para derogar la ley de residencia. . . 265
133. Los preceptos de la ley de seguridad social. 266
134. Críticas autorizadas contra la ley de residencia. 267
135. Admisión de extranjeros. 269
136. La defensa nacional contra los elementos extraños. 272
137. Antecedentes norteamericanos. 274
138. Otros precedentes extranjeros. 278
139. El proyecto presentado. 279
140. Los preceptos relativos a la expulsión. 279
141. Transportes y violación de la expulsión. 281
142. La ciudadanía. 281
143. Necesidad de la ley. 282
144. Los principales preceptos de la ley en proyecto. La situación actual. 282

IX

Aplicación de la ley penal con relación al tiempo

145. El principio de la retroactividad benigna de la ley penal. . . 286
146. Antecedentes nacoinales del precepto. El código derogado. . . 286
147. El código de Tejedor. 287
148. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 289
149. Proyecto de 1891 y sus fundamentos. 290
150. El proyecto de 1906. 293
151. La redacción de la comisión especial de diputados. 294
152. El principio consagrado en el código vigente. 295
El artículo 3.° y sus concordancias. 298
153. El artículo 3.° y su origen. 298
154. Alcance del precepto. 299

X

Aplicación del Código a los casos previstos por leyes especiales

El artículo 4.° y sus concordancias. 301
155. El artículo y su origen. 301

Pág.

156. Los fundamentos dados por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 302
157. Agregado del senador Rojas, sancionado por el Senado y aceptado por la Cámara de Diputados. 303

XI

De las penas

158. Concepto de la pena. 305
159. Sanciones jurídicas que no son penas. 306
160. Fundamentos de la pena. 307
161. Pena y juicio. 308
162. Noción positivista de las sanciones en general. 308
163. Objeto de la pena. 309
164. Clasificación de las penas. 310
165. Diversos conceptos sobre la pena. 311
166. Las penas en la doctrina y en la ley. 313

XII

El régimen legal de las penas

El artículo 5.° y sus concordancias. 315
167. Antecedentes del proyecto Tejedor. 316
168. Reglas del proyecto Villegas, Ugarriza y García. 317
169. El Código Penal de 1886. 319
170. Las penas en la ley de reformas. 320
171. El sistema penal del proyecto de 1891. 321
172. El proyecto de 1906. 324
173. La cuestión penal llevada a la Cámara de Diputados. 326
174. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 327
175. El proyecto en el Senado. 330
176. El punto de vista de conjunto acerca del sistema. Elasticidad de las penas. 332
177. Individualización de la pena. 334
178. Opiniones de profesores y magistrados acerca del sistema penal más conveniente. 335

XIII

De la pena de muerte

Pág.

179. La cuestión de la pena de muerte. 339
180. Conceptos antiguos y modernos acerca de la penalidad. 341
181. La opinión de Beccaria sobre la pena de muerte y la legislación represiva de su tiempo. 342
182. Argumentos hechos a favor y en contra de la pena de muerte. 344
183. La palabra de los positivistas. Garófalo, Lombroso, Ferri. . . 346
184. Crítica de la opinión positivista. 350
185. La pena de muerte y el sentimiento nacional. Argumentos abolicionistas. 351
186. Restricciones colocadas en el código anterior con respecto a la pena capital. 354
187. El código de Tejedor y sus fundamentos en la materia. . . . 356
188. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 358
189. El código de 1886 y la ley de reformas. 360
190. La ley de seguridad social. 361
191. El proyecto de 1891. 361
192. El proyecto de 1906. 362
193. El proyecto de 1906 presentado en 1916 a la Cámara de Diputados y los fundamentos dados por el autor al suprimir la pena de muerte. 363
194. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. 364
195. La cuestión en la Cámara de Diputados y en el Senado. . . . 368
196. La sanción definitiva. 372
197. Opiniones de la encuesta. 373

XIV

Penas privativas de la libertad

Artículo 6.º. 375
El artículo 9.º y sus concordancias. 376
198. Caracteres generales de las penas privativas de la libertad. . 376
199. Antecedentes nacionales. Proyecto de Tejedor. 377
200. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 383
201. El código de 1886 y las penas de encierro. 384
202. El sistema en la ley de reformas. 385
203. El proyecto de 1891. 386

Pág.

204. El proyecto de 1906. 388
205. Legislaciones extranjeras. Italia. 390
206. España. 391
207. Holanda. 392
208. Francia. 392
209. Noruega. 393
210. Inglaterra. 394
211. Alemania. 395
212. Bélgica. 396
213. Las tendencias antigua y moderna. 397
214. Proyectos suizos de 1903 y 1916. 397
215. El proyecto alemán de 1909. 398
216. Anteproyecto sueco de 1916. 400
217. El sistema penal del proyecto peruano de 1916. 401
218. El último proyecto italiano. 403
219. El sistema del código vigente. 404
220. Las observaciones del doctor Rojas en el Senado. 404
221. Las opiniones de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores. 410
222. La sanción del Senado y la insistencia de la Cámara de Diputados. 412
223. Diferencias entre las penas de reclusión y de prisión. 413
224. El proyecto sobre régimen carcelario de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados. 415
225. El proyecto Arancibia Rodríguez. 417
226. Propósitos del sistema penal del Código. 422

XV

Las penas de reclusión y prisión con referencia a determinadas personas

Artículo 7.º. 425
El artículo 8.º y sus concordancias. 425
227. Personas exceptuadas del régimen ordinario de la pena de reclusión y fundamentos de las excepciones. 426
228. Antecedentes del proyecto Tejedor. 427
229. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García. 427
230. El código de 1886 y la ley de reformas. 428
231. Proyecto de 1891. 428
232. Proyecto de 1906. 428
El artículo 10.º y sus concordancias. 429
233. La detención de determinadas personas en sus casas. 429

EJEMPLAR

Nº 4307