269
345.001
MOR
v.2

RODOLFO MORENO (hijo)

El Código Penal y sus antecedentes

TOMO II

BIBLIOTECA DE LA PROCURACION GENERAL 1537
Nº DE ORDEN 843
UBICACION E-81

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

ADVERTENCIA

Estando la presente obra en curso de publicación, se han impreso diferentes ediciones del Código Penal, y se han producido polémicas acerca de errores contenidos en las mismas.

La propia edición oficial ha sido objeto de críticas, señalándose algunas de sus equivocaciones. Pero teniendo en cuenta que esa es la que debe considerarse auténtica, dado su carácter, he transcripto los artículos del Código tal como se encuentran en aquélla.

Posteriormente, en la Cámara de Diputados y en la sesión del 27 de septiembre de 1922, se ha aprobado un proyecto de fe de erratas, presentado por el diputado doctor Parry, por el cual se declara auténtica la edición oficial, formulando sobre la misma una planilla de correcciones.

Al referirme a cada artículo haré presente, en una nota colocada al pie, si se le ha introducido alguna modificación por medio de la fe de erratas mencionada.

I

Penas de arresto y destierro

1. Supresión de la pena de arresto en el código vigente y motivos que la justifican.—2. La pena de destierro.—3. Antecedentes del proyecto Tejedor acerca de la pena de destierro.—4. El proyecto de 1906 y la iniciativa del mismo en el sentido de la supresión.

* * *

1. Supresión de la pena de arresto en el código vigente y motivos que la justifican.—La pena de arresto consistía en el encierro del condenado sin la obligación del trabajo.

La supresión de la misma ha sido perfectamente lógica, de acuerdo con las ideas modernas. No hay nada que fomente más la perversión, dentro de los establecimientos carcelarios, que la ociosidad de los recluídos, habiéndolo demostrado así experiencias y observaciones de toda clase.

Establecer, por consiguiente, una penalidad que imponga solamente un encierro sin ninguna obligación de trabajo, equivale a fomentar los peores vicios y a pervertir al delincuente, que habiendo sufrido una condena de poca importancia, como es la de arresto, se prepara, sin embargo, para la mala vida ulterior como resultado de su reclusión.

La pena de arresto se explicaba, sin embargo, en los sistemas antiguos, porque repugnaba someter al régimen de trabajo carcelario a personas que habían incurrido en delitos leves. El trabajo

en las cárceles se consideraba afrentoso y se creía, así, que se marcaba al condenado, infiriéndole una enorme disminución.

Por lo demás, esa pena era siempre susceptible de ser substituída con un aporte pecuniario, desde que: o se hacía efectiva en defecto del abono de una multa o se dejaba de aplicar cuando se pagaba de acuerdo con la tarifa fijada por el mismo código.

Ese criterio, que colocaba en condiciones de privilegio a los ricos sobre los pobres, fué cambiado entre nosotros por la ley de reformas que prohibió la substitución, estableciendo, por tanto, que la pena debería hacerse efectiva en todos los casos. La ley no se ajustó al proyecto de 1891, habiendo sido en esa parte en una de las contadas en que se apartó de su modelo.

En una obra anterior me he ocupado extensamente de este punto y he formulado la crítica correspondiente a la ley de reformas (1).

Actualmente, y sancionada como lo ha sido la condena condicional, un sujeto de buenos antecedentes que delinque por primera vez no debe ser encerrado. La sociedad suspende la ejecución de su veredicto y observa. Ahora, si el individuo no responde a la confianza hecha y delinque de nuevo, carga con todas las consecuencias, y en la prisión está sometido al trabajo.

La holgazanería no es admisible por motivos morales y jurídicos.

* * *

2. La pena de destierro.—El Código ha suprimido también esta penalidad. Cuando los Estados permanecían aislados y los unos eran hostiles a los otros, aplicarle el destierro a un ciudadano era dejarlo a merced de los enemigos, y equivalía a condenarlo a muerte o a la esclavitud. El destierro era, así, una verdadera pena, y de las más importantes en cuanto a su intensidad y a los derechos de que privaba. Dados sus caracteres, y a causa de las circunstancias de hecho, el destierro privaba de la familia, de los bienes y

(1) La Ley Penal Argentina, páginas 163 y siguientes.

de toda relación con el país que lo hacía efectivo, de manera que su alcance en lo principal y en lo accesorio, era de enormes proporciones.

Pero, en la actualidad, ocurre todo lo contrario. Los Estados se encuentran vinculados, y para los delitos que se cometen en sus territorios respectivos se han concertado tratados de extradición. Cada país se defiende de los malos elementos extraños y no recibe a los delincuentes ajenos, de manera que aplicar esa pena a delitos graves es lo mismo que no colocarla en la ley, pues el condenado no será recibido por ningún país civilizado del mundo.

Y si se coloca para delitos leves, se cuenta con la duda, desde que es posible que los países adonde el sujeto se dirija no quieran admitirlo.

Desde el momento que el destierro es una pena cuya aplicación depende del imperio de los otros Estados y no del propio, colocarlo en la ley equivale a sancionar un precepto poco seguro, en vista de la carencia de facultades del legislador para imponer su decisión.

En un trabajo anterior (1) sostuve estas mismas ideas, que hice triunfar ahora en el Código Penal. Dije entonces:

La pena de destierro para los delincuentes ordinarios debería suprimirse de las legislaciones. Su resultado es el de alejar al delincuente del lugar donde ha cometido el hecho, mandándolo a un país distinto, con la imposición de no poder volver al propio durante el tiempo que dure. Si se aplicara al delincuente político sería explicable, porque en hechos de esa clase, tan elásticos en su apreciación, lo único que se necesita es el alejamiento de su autor para que no moleste al país que considera perjudicial su presencia. Luego, tratándose de individuos que no pueden considerarse como criminales, sino y sólo como vencidos, no pueden ser repudiados por el Estado que los recibe, porque no se trata de elementos malsanos para la sociedad. En esa materia el delincuente es el derrotado, porque, como decía Voltaire con mucha propiedad, las revoluciones nunca triunfan; si vencen, el gobierno es el insurgente, el revolucionario; si triunfa éste y se mantiene en el poder es el caído, el criminal y también el revoltoso.

Pero tratándose de delitos comunes, hay numerosas razones que hacen pensar en la ineficacia de esta represión. Si el deste-

(1) La Ley Penal Argentina, 2ª edición, página 156.

rrado es un individuo sin posición pecuniaria, su extrañamiento le significa también la miseria para sí y para su familia. Si se trata de un jornalero, que puede encontrar fácilmente trabajo, el caso no reviste tanta importancia, pero si toca en suerte a una persona que tenga sus ocupaciones y su comercio en un lugar determinado, su salida forzosa puede significarle la ruina. En un medio extraño donde se le recibirá con recelo, tendrá todas las dificultades posibles para asegurar su existencia, y lo muy probable es que se le arrastre al crimen.

* * *

3. Antecedentes del proyecto Tejedor acerca de la pena de destierro.—En el proyecto de Tejedor la pena de destierro se encontraba consignada en la parte general y se aplicaba en la parte especial. La nota explicativa de los motivos en que se fundaba su mantenimiento, decía así:

" Puede considerarse esta pena bajo dos puntos de vista— " dice Chauveau Adolphe:—como una pena general aplicable a " crímenes de orden diferente, o como una medida especial reserva- " da a crímenes de una naturaleza particular e idéntica. Beccaria " propone aplicar el destierro a los casos más diversos; parece que " quiere hacer de ella una pena universal para todos los delitos. " El que perturba la tranquilidad pública—dice,—el que no obe- " dece a las leyes, el que viola las condiciones bajo las cuales los " hombres se sostienen y defienden mutuamente, debe ser excluí- " do de la sociedad, esto es, desterrado. Encuéntrase en esta idea " una influencia viva todavía de las repúblicas antiguas; el des- " tierro era la pena más común de las ciudades de Grecia y Ro- " ma... Considerado bajo un punto de vista general, el destierro " ha sido perfectamente definido por Pastoret, el acto de enviarse " de un pueblo a otro la espuma de la sociedad. La universalidad " de esta pena—agrega este publicista—demuestra en todas las " naciones el egoísmo de la ley. En vez de mirarnos como una in- " mensa familia, echamos sin piedad sobre los pueblos vecinos un " mal que tenemos. Cuando el delito procede más de las inclina- " ciones o miseria que de la moralidad del culpable, no halla en " su alejamiento ni corrección ni recurso."

" Nada es más cierto que el destierro, aunque fuese un reme- " dio eficaz, no está en armonía con la justicia y los procederes " que las naciones se deben entre sí. El culpable arrojado de un " país debe necesariamente refugiarse en otro; y por todas partes " a donde dirija sus pasos, allí lo siguen sus perversas inclinacio- " nes, el azote de su corrupción. Si el crimen que ha cometido hace " su presencia peligrosa en su patria, ¿cómo sería inofensiva para " el país que escogiese por su asilo? ¿Encontrará allí, acaso, re- " cursos más abundantes para prevenir su recaída? ¿La distan- " cia colocada entre el lugar del crimen y el criminal puede tener " el efecto de corregir de repente sus inclinaciones viciosas? To- " das las naciones, por otra parte, tendrían derecho de quejarse " de la ley que hiciese de su territorio una guarida de bandidos, " y negarles la entrada, y entonces, ¿qué pena sería esa que no " podría imponerse sin el consentimiento de un pueblo extranjero, " y que sería conmutable continuamente por otra de naturaleza " y gravedad diferente?

" Estas consideraciones han bastado para no aplicar esta pe- " na a los crímenes comunes, y aun para no aplicarla sino muy " rara vez a los crímenes políticos. Un hombre puede, en efecto, " ser un mal ciudadano en un país y no serlo en otro—decía un " diputado francés.—La presencia del culpable de un delito polí- " tico no tiene ordinariamente más que un peligro local, que pue- " de desaparecer en el gobierno bajo del cual se fija el desterrado. " Livinsgston, sin embargo, no participaba de esta opinión. Este " modo de castigo—dice—es peligroso, aun aplicado a los críme- " nes de Estado, porque un faccioso encuentra muchas veces en " el exterior medios de dañar más eficaces y terribles que los que " le hubiese proporcionado su patria. La conveniencia de esta pe- " na podía no ser contestada cuando el destierro segregaba com- " pletamente al desterrado de su patria. Pero en los Estados mo- " dernos, en que la facilidad de las correspondencias hace vivir " al desterrado, por decirlo así, en medio de un país en que la " rivalidad de las naciones y la solidaridad de los partidos ofre- " cen por todas partes al desterrado amigos y auxiliares, el des- " tierro suele ser, en materia política, una pena poco preventiva, " porque no hace más que enviar al condenado a sus cómplices." (Tomo I, páginas 116 y siguientes).

Después de señalar concordancias, la nota cita la opinión de Pacheco sobre el artículo 103 del código español, y se expresa así:

"La relegación consistía en hacer vivir al condenado en una "posesión ultramarina lejana de su anterior domicilio, sin permi- "tirle volver a éste; el extrañamiento consiste en arrojarlo de "todo el territorio, cerrándole también las puertas para que no "torne a pisarlo. Esta pena se imponía frecuentemente en nues- "tra legislación pasada contra los eclesiásticos que faltaban a lo "prevenido en las leyes reales; hoy se le ha dado un uso más co- "mún, y seguramente aun lo deberá tener mayor en los delitos "políticos, cuando no se tema que esa expulsión del reino se ha "de convertir en una posición revolucionaria. Luego que deje de "haber emigrados y pretendientes, el extrañamiento ha de ser "una pena más usual y más estimable." (Tomo I, página 472).

*

* *

4. El proyecto de 1906 y la iniciativa del mismo en el sentido de la supresión.—El proyecto de 1906 suprimió la pena de destierro. En la exposición de motivos se decía al respecto:

"El destierro lo hemos suprimido, porque en la actualidad, "dados los vínculos de estrecha amistad que nos unen a todos los "países, ha perdido completamente su eficacia, y porque aparte "de esto, es desigual y de muy difícil cumplimiento. Es desigual, "porque para el que cuenta con medios de fortuna la residencia "en otro país es una incomodidad muy soportable, en tanto que "no lo es para el que carece de ellos. Y es de difícil cumplimiento, "por la casi imposibilidad de impedir su quebrantamiento, sobre "todo en un país de las condiciones territoriales del nuestro.

"Esa pena, además, ha sido casi exclusivamente reservada para "los delincuentes políticos, y la experiencia ha demostrado que "ella sólo ha servido para preparar revoluciones en el extranjero "con mayor libertad. La pena de detención, en la forma y en las "condiciones que establece el proyecto, la reemplaza ventajosa- "mente."

II

Penas perpetuas, por tiempo indeterminado y temporales

5. Del término de las penas.—6. La sentencia indeterminada y la comisión de códigos de la cámara de senadores.—7. La terminología en relación con las diferentes leyes.—8. El proyecto del doctor tejedor y las penas perpetuas.—9. Las penas perpetuas en el proyecto de 1891.—10. El sistema en el código de 1886.—11. El término de las penas en el proyecto de 1906.—12. La duración de las penas según la comisión especial de la cámara de diputados.

*

* *

5. Del término de las penas.—En el código vigente, las dos penas de encierro, o sean la reclusión y la prisión, pueden ser perpetuas y temporales.

Las penas perpetuas son las que no tienen fin sino con la muerte del condenado; se aplican, por consiguiente, durante toda la vida de éste, el que resulta, así, totalmente segregado del medio social en que actuaba.

La distinción entre las penas por tiempo determinado o a perpetuidad, ha provocado discusiones entre los publicistas.

En esta materia puede decirse que hay tres sistemas legales: el de señalar penas con un mínimum y un máximum determinado; el de establecer la perpetuidad de las mismas y el de fijarlas por

tiempo indeterminado. Estas últimas tienen o no un límite, desde que no señalándose éste totalmente, ni en la ley ni en la sentencia, puede ser determinado por la conducta del penado, la cual, al revelar su reforma o su persistencia en el mal, pone o no en movimiento la libertad condicional, la gracia o la liberación, después de llenadas determinadas condiciones.

Todas estas penas han dado lugar a la crítica. Los castigos a término fijo se observan, diciendo que ellos presumen de antemano el tiempo que necesitará el condenado para corregirse, lo que no puede establecerse sin la observación después de sometido aquél al régimen carcelario.

Las penas perpetuas se combaten, porque ellas suponen la incorregibilidad del condenado, desde que se imponen para toda la vida, sin suponer la reforma siempre posible.

Moyano Gacitúa (1), que defiende las penas por tiempo indeterminado que permiten mantener para siempre el encierro, o suprimirlo, devolviendo al condenado a la convivencia social, critica en cambio las penas perpetuas.

Debe advertirse, entretanto, que esta discusión se produce cuando se trata de la aplicación de las penas más graves, pues se coincide generalmente en la conveniencia de fijar términos cuando las infracciones y los castigos tienen poca importancia.

Sostienen, sin embargo, algunos, que no siendo posible fijar nunca con precisión el tiempo que será necesario tener recluído al delincuente para asegurarse contra la reincidencia, convendría autorizar a los jueces para dictar sentencias indeterminadas.

Si un sistema semejante se adoptase, sería necesario que los magistrados estuviesen al propio tiempo encargados de los establecimientos carcelarios, pues serían las características del penado las que darían base a los jueces para mantener o reducir las condenas.

Las teorías suelen tener en esta materia el inconveniente cuando no se experimentan, de ser tan sólo enunciados sin base práctica y con dificultades de hecho para su aplicación.

El Código sólo ha aceptado la sentencia indeterminada para los delincuentes alienados. A éstos no se les castiga, sino que se les declara irresponsables; pero se les detiene hasta que dejan de ser peligrosos.

(1) Curso de Ciencia Criminal, página 294.

* * *

6. La sentencia indeterminada y la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores.—La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, ocupándose de política criminal en el principio de su informe, tocó con verdadero acierto la cuestión de la sentencia indeterminada, diciendo al respecto:

"En cuanto a la sentencia indeterminada, consiste, según el "mismo autor, en el sistema por el cual se somete a una persona "al régimen penal, exactamente como se envía al hospital a un "enfermo, hasta que su curación sea absolutamente completa. No "debe confundirse, pues, con las penas privativas de libertad por "tiempo indeterminado, cuyo fin exclusivo es la represión del de"lito por el castigo del delincuente. Según Eugene Smith, la sen"tencia indeterminada es una institución en cuya virtud "la per"sona responsable de un delito es condenada a encarcelamiento "sin tiempo especificado, permaneciendo en prisión y sometida "a un tratamiento reformador, hasta que parezca estar preparada "para recibir la libertad." (Criminal law in the United States, "Correction and Prevention, tomo II, página 67).

"Como lo ha demostrado Jiménez de Asúa, en su notable li"bro, la sentencia indeterminada ya absoluta, cuando ni la ley "ni el juez establecen términos de duración, ya relativa, estable"ciéndose un mínimum, con el fin de dejar satisfacer la idea de "sanción, o un máximum como garantía contra las retenciones ar"bitrarias, triunfa en la doctrina, en los debates de los congresos "científicos y en las legislaciones. Pero en las europeas, al con"trario de lo perseguido por las norteamericanas, la indetermina"ción sólo se propone para las medidas se seguridad: no preten"den corregir al culpable, "sino procurar la inocuización, cuando "se trata del internado de los delincuentes habituales; o la cu"ración, respecto de los delincuentes patológicos o bebedores; y "sólo se tiende a corregir y educar, cuando las medidas de segu"ridad hacen referencia a los que caen en el delito por vagancia, "o a los menores delincuentes."

*

* *

7. La terminología en relación con las diferentes leyes.—En Italia se ha adoptado la pena de ergástula, que es perpetua y que somete a los condenados a un régimen muy severo.

Manzini (1) dice al respecto, que las penas perpetuas serían evidentemente ilógicas si el fin principal de la sanción penal fuera el de redimir al condenado, determinándolo a la vida honesta. Pero como el objeto esencial de la pena es directamente social, preventivo y reintegrativo, la pena perpetua se justifica por sí misma.

Respecto a la pena indeterminada, el mismo autor dice que es un absurdo jurídico, porque en un Estado libre cada uno debe estar en condiciones de saber a qué responsabilidad se expone teniendo una determinada conducta.

Además, la certeza de la pena es una de las mayores causas de su fuerza preventiva. La proporcionalidad misma del castigo es uno de los corolarios más lógicos y más reconocidos del principio de igualdad y de justicia.

Las palabras no precisan los conceptos, como lo veremos después. Si la pena perpetua y la pena por tiempo indeterminado equivalen a castigos que se aplican por toda la vida del condenado, la significación de los términos es la misma. Si alguna de ellas permite la liberación, la perpetuidad no concurre.

Entre nosotros, por ejemplo, el presidio y la penitenciaría por tiempo indeterminado autorizaban a pedir gracia después de cumplidas ciertas condiciones. La pena no era, así, perpetua, como lo es la ergástula. Pero en el código vigente, donde las penas por tiempo indeterminado no existen, salvo lo dispuesto con relación a los reincidentes, la perpetuidad tampoco es definitiva, desde que se puede obtener por el condenado la libertad condicional.

No podemos, así, considerar los nombres en abstracto, imponiéndose el estudio del asunto con referencia a una legislación, en este caso la nuestra, para tener nociones precisas.

(1) Trattato di Diritto Penale Italiano. Tomo 3º, página 36.

*

* *

8. El proyecto del doctor Tejedor y las penas perpetuas.—El proyecto Tejedor era, en cierto modo, contrario a las penas perpetuas. Con el concepto de la permanencia por toda la vida, sin posibilidad de alteración, el redactor de la obra decía:

" La antigua jurisprudencia proscribía las penas perpetuas, " que miraba como más terribles que la muerte misma. "Atendida " la penalidad y afán de estos trabajos (las bombas y los trabajos " con cadena) — decía una ley recopilada, — para evitar el total " aburrimiento y desesperación de los que se viesen sujetos a su " interminable sufrimiento, no puedan los tribunales destinar a " reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en " dichos arsenales a reo alguno." (Lib. 8, tít. 40, lib. 12, Novis). " Sin embargo, respecto de los más agravados mandaba que no " pudieran salir sin licencia, según los informes que se tuviesen " de su conducta durante la cadena.

" En Francia, la pena de 24 años de cadena era la más fuerte " del Código Penal de 1791, después de la pena de muerte.

" Este sistema de represión fué atacado en 1810. "La Asam- " blea Constituyente—decía M. Farget,—por un sentimiento de hu- " manidad, digno de respeto sin duda, pero que la experiencia no " ha justificado, había sentado la regla de que ninguna pena sería " perpetua. Todos los criminales con la pena de muerte, tenían en " perspectiva un término fijo, que para las almas profundamente " depravadas anula casi enteramente el efecto de la pena. Es pre- " ciso que las acciones que en el orden de los crímenes siguen in- " mediatamente a las que tienen por pena de muerte, no dejen " prever una esperanza de libertad. Sin esto no se observarían las " gradaciones, la escala de las penas no correspondería a la de " los crímenes y la proporción quedaría rota."

" Estos mismos argumentos se repitieron en 1832 en un infor- " me de la Cámara de Diputados.

" La perpetuidad de las penas—decía—elimina del mundo a " un ser incorregible, y le evita, tanto a él como a sus semejantes, " los nuevos atentados a que podría decirse predestinado por há- " bitos indestructibles. Tranquiliza a la sociedad, disipando la alar- " ma causada por el crimen, y previniendo lo que haría nacer la

" reaparición del criminal. Las penas perpetuas tienen también un " efecto poderoso de intimidación: son una imitación de la eter- " nidad de los suplicios; y la idea de esta eternidad hiere fuerte- " mente a las imaginaciones. Así son, naturalmente, la transición " entre la pena de muerte y las penas temporales. Suprimidlas, y " la escala penal presentará un intervalo inmenso, sin correlación " con la escala de los crímenes."

" Nosotros hemos creído igualmente que debíamos mantener " en el presente código el principio de la perpetuidad de las pe- " nas, aunque modificándolo en su aplicación, de manera que no " destruya enteramente los efectos tutelares de la pena: la en- " mienda del culpable. Han reprochado especialmente—dice Chau- " veau Adolphe—a las penas perpetuas el acabar la desmoraliza- " ción del condenado. Sólo la esperanza de volver a entrar honora- " blemente en la sociedad puede sostenerlo en los esfuerzos que " haga para cambiar de hábitos y corregir sus inclinaciones. ¿Có- " mo ha de experimentar, pues, la necesidad de una reconciliación " consigo mismo, si la ley lo declara irreconciliable con la socie- " dad? ¿No es destruir el arrepentimiento en su germen y la re- " habilitación moral en su móvil más poderoso? Esta objeción tie- " ne muchas respuestas. La aplicación de la pena de muerte tien- " de, como es notorio, a ser cada día más rara; y no sólo se han " limitado los casos, sino que estos mismos pueden todavía redu- " cirse por el indulto. En semejante situación, la perpetuidad de " las penas es una necesidad. En la atenuación de la pena de muer- " te, es la única pena que puede justificar y favorecer su aboli- " ción... Además, el fin principal de toda pena es prevenir los " crímenes, y la perpetuidad de las penas tiene eminentemente es- " te carácter. Hay crímenes que espantan de tal modo a la socie- " dad, que sólo el temor de un castigo sin fin podría preservarlos, " al mismo tiempo que esta eternidad del castigo parece lo único " capaz de responder a la necesidad de expiación que siente en " tales casos la conciencia social. No debe tampoco perderse de " vista que el sistema penitenciario ejercerá muy difícilmente su " benéfica acción sobre hombres que ha endurecido el hábito del " crimen, y que han roto los últimos lazos que los unía a la so- " ciedad. ¿Contra estos hombres incorregibles, cuáles serían los " medios de defensa de la sociedad, si necesariamente y sin exa- " men debiera abrir las puertas de sus cárceles después de cierto " lapso de tiempo? El principio se encuentra, por lo demás, en las

" leyes de todas las naciones. Sirve de base a los códigos crimina- " les de Austria y del Brasil, dos códigos que se distinguen por " la dulzura de sus penas y por sus disposiciones llenas de huma- " nidad. La legislación inglesa no le es hostil. M. Scipion Bexon " lo admite en su código de seguridad pública. Beccaria decía: " La prisión perpetua, substituída a la pena de muerte, es capaz " de alejar del crimen al espíritu más determinado." Livinsgston " mismo no ha dudado en darle entrada en su Código Penal de " Luisiana.

" Se ha objetado con alguna razón, que la perpetuidad de la " pena es un obstáculo casi insuperable para la corrección del cul- " pable; y esto la hace inadmisible para muchos criminales. Pero " este mal, sin duda muy grave, tiene varios remedios. El prime- " ro consiste en no aplicar esta pena, sino con mucha reserva, co- " mo la de muerte, y sólo para aquellos criminales cuya regene- " ración no se espera fácilmente. El segundo sería poner en ma- " nos del preso mismo, como se hace en este código, el medio de " suavizar el rigor de la pena, la esperanza de poder él mismo " convertirla en una pena temporal, por su conducta, su activi- " dad laboriosa y su reforma. "El fin de esta disposición es mo- " ral, y no destruye el principio de la perpetuidad"—como decía " la comisión del Cuerpo Legislativo en Francia.—La perpetuidad " establecida en el proyecto de código abre al condenado una ca- " rrera en cuya extremidad no ve más que la cesación de su exis- " tencia. En este estado, sin esperanza, no tiene interés en condu- " cirse bien y ser mejor. Puede entregarse a nuevos excesos o " crímenes con sus custodios, sus compañeros u otros; y no será " posible contenerlo sino por una inflexible severidad, que aun " puede, a veces, ser deficiente. Si, por el contrario, se le deja " entrever la esperanza de la libertad, sería una especie de garan- " tía de su conducta, y trataría de hacerse digno de una reducción " o moderación de la pena.

" La idea de una pena indeterminada es nueva, pero ella se " justifica por la necesidad de conciliar el horror de las penas per- " petuas con sus ventajas. "La Junta del Colegio de Madrid—de- " cía Pacheco—es contraria a las penas perpetuas y a las de lar- " ga duración." Según su informe, preferiría que volviésemos a la " antigua práctica, y que no se condenase a presidio sino por diez " años. Sentimos no estar de acuerdo con ella. Toda vez que se " admite la muerte, no comprendemos cómo puede rechazarse en

" general, ni lo perpetuo, ni lo prolongado de los castigos. Cuanto " se dice contra éstos, con mucha más razón recaería sobre la otra. " Si la Junta se limitase a pedir que fuesen pocos los delitos pe- " nados con esos castigos largos o perpetuos, nada tendríamos que " alegar en su contra. Si se limitase a reclamar contra las acumula- " ciones y sumas de penas que dan resultados absurdos y hasta " ridículos, nada tendríamos que oponerle. Mas, en tesis general, " saltar de la muerte a diez años de presidio, nos parece demasia- " do; y si se admite la retención como la antigua práctica la ad- " mitía, también nos parece grande la distancia entre diez años " con retención y diez años solos."

Tejedor, con su sistema preceptivo, no se limitaba en el artículo correspondiente a señalar la institución, sino que anotaba motivos. Así, después de establecer en el artículo décimo de la sección 2.ª, libro II, que la pena de presidio se impondría por número determinado o indeterminado de años, decía:

" La condenación por tiempo indeterminado deja, sin embar- " go, al condenado, la esperanza de merecer su libertad, dando " pruebas de su reforma positiva, especialmente si durante ocho " años continuos muestra una aplicación notable al trabajo, no " incurre en castigo por actos de maldad o desobediencia, o da " cualquier otra señal irrecusable de corrección."

Las penas a perpetuidad no se admitían, entendiendo Tejedor que esos castigos significaban el encierro del condenado para siempre.

* * *

9. Las penas perpetuas en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 estableció en el artículo 18, que la pena de presidio era perpetua o temporal. La exposición de motivos, dijo al respecto:

" La pena perpetua, como necesaria transición entre la pena " de muerte y las penas temporales, donde aquélla existe, o como " pena suprema que substituye a la de muerte, en los códigos que " no establecen ésta, está admitida por los códigos más adelanta- " dos. La pena de presidio y por tiempo indeterminado, fórmula " que tomó el proyecto Tejedor de la pena de cárcel de fuerza del " código de Baviera, no llena las condiciones de una pena inme-

" diatamente inferior a la de muerte. Conviene advertir que en " el código de Baviera se establece la pena de cadena a perpetui- " dad (artículo 8.º). Los argumentos que pueden hacerse contra " las penas perpetuas carecen de importancia, toda vez que se " hace de ellas un uso moderado y se aplica a los delincuentes más " temibles, respecto de los cuales aparece indispensable la segre- " gación absoluta de la sociedad."

En cuanto al proyecto Villegas, Ugarriza y García, sólo admitía las penas por tiempo determinado.

* * *

10. El sistema en el código de 1886.—El código de 1886 no hablaba de penas perpetuas. Contenía las penas de presidio y penitenciaría por tiempo indeterminado y por término fijo, pero las penas indeterminadas podían ser objeto de la gracia.

Pero, a pesar de no hablar el Código de penas perpetuas, en el artículo 3.º de la ley de reformas número 4189, al graduarse la pena de la tentativa según la correspondiente al delito consumado, se establece que si la pena para el delito fuese perpetua, al autor de tentativa se le aplicará de diez a veinte años de presidio.

El anacronismo derivaba de haberse tomado el precepto nuevo del proyecto de 1891, que contenía penas perpetuas, siguiendo un sistema distinto al del código de 1886, en el cual se injertó la ley de reformas.

* * *

11. El término de las penas en el proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 establecía que las penas de presidio y de prisión podían ser por tiempo indeterminado o temporales. Con respecto a la prisión, lo decía expresamente en el artículo 14, y con relación al presidio, no lo consignaba en el artículo 12, pero lo aplicaba en las dos formas en la parte especial.

Los condenados a penas indeterminadas podían obtener la libertad condicional, llenando los requisitos que veremos más adelante.

* * *

12. La duración de las penas según la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que redactó los artículos en la forma en que quedaron sancionados, dejando las penas por tiempo indeterminado para los reincidentes, y consignando las penas perpetuas que permiten la libertad condicional, no se ocupó especialmente del asunto en la exposición de motivos.

La perpetuidad de la pena en nuestro código tiene un alcance muy claro. Cuando el juez la pronuncia lo hace entendiendo que se encuentra en presencia de un sujeto peligroso, al que conviene, por razones de seguridad social, segregar totalmente. A un individuo en esas condiciones se le aplicaría la pena de muerte dentro del régimen que acepta ese castigo. Pero el pronunciamiento no es absoluto. Si el individuo demuestra su corrección, su cambio de condiciones y su adaptabilidad al medio del cual fué excluído, la pena puede tener un término y serle concedida la libertad condicional, primero, y definitiva, después. No se cierran para el penado todas las esperanzas, sino que, por el contrario, se deja a su acción la modificación de las condiciones en que se encuentra.

III

Inhabilitación

13. Los preceptos del código y sus concordancias.—14. El derecho individual y sus restricciones.—15. Concepto de inhabilitación.—16. Clases de inhabilitación.—17. Generalidad de la admisión de esta pena.—18. La inhabilitación en el proyecto del doctor Tejedor.—19. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—20. Reglas del proyecto de 1891.—21. Disposiciones del proyecto de 1906.—22. La inhabilitación en el código de 1886.—23. Modificaciones introducidas por la ley de reformas.—24. El proyecto presentado en 1916 a la Cámara de diputados.—25. El criterio de la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—26. La modificación del senado.—27. Las observaciones formuladas por el senador Rojas.

* * *

13. Los preceptos del Código y sus concordancias.—

Artículo 19

La inhabilitación absoluta importa:

1.° La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

2.° La privación del derecho electoral;

3.° La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

4.° La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío que disfrutare. Si el penado tuviese esposa, hijos menores, de

cualquier clase, o padre anciano y desvalido, corresponderá a éstos el importe de la jubilación, pensión o goce de montepío. En caso contrario, su importe se destinará a aumentar los fondos provenientes de la aplicación del artículo 11 (1).

Artículo 20

La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquellos sobre que recayere.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículos 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43.—Italiano, 20.—Chileno, 38 y 39.—Uruguayo, 41 y 42.—Alemán, 33, 34, 35 y 36.—Húngaro, 56.—Holandés, 28, 29 y 30.—Proyecto Tejedor, libro segundo, sección segunda, III; artículos 1, 2 y 5.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85 y 86.—Proyecto de 1891, 42, 43 y 44.—Proyecto de 1906, 26 y 27.—Código Penal de 1886, 75, 76, 77 y 78.—Ley de reformas N.º 4189, artículos 7 y 14, que modifican los artículos 54 y 75 del código anterior.—Proyecto de 1917, 12.

* * *

14. El derecho individual y sus restricciones.—Toda persona es sujeto de derecho. En las sociedades modernas, desaparecida la esclavitud y consagrada la igualdad ante la ley (1), todo individuo, por el hecho del nacimiento y aun antes de él para ciertos objetos, puede adquirir derechos y contraer obligaciones.

Toda persona tiene, así, capacidad, la que ejercita por sí mismo o por intermedio de otros. En la terminología de la ley civil, al individuo que directamente puede adquirir y obligarse se le considera capaz, mientras que a la persona precisada de un representante para que actúe en su lugar se le llama incapaz. En rigor

(1) La fe de erratas establece que en lugar de "padre anciano y desvalido" debe decir "padres ancianos y desvalidos". La falta de las eses se debe a un error de copia, como lo comprueba la exposición de motivos. La modificación del texto salvará toda posible dificultad.

(2) Constitución Nacional, artículos 15 y 16.—Rodolfo Moreno (hijo), "Las Personas en el Derecho Civil Comparado", páginas 35, 36, 39, 40 y 41.

no hay personas incapaces en cuanto al derecho, pues todos pueden adquirir derechos y contraer obligaciones. La incapacidad sólo se presenta en cuanto a los hechos, cuando se considera que el sujeto, por razones de edad, sexo, enfermedad u otras causas, no se encuentra en condiciones de manejarse por sí mismo.

Según nuestro estatuto fundamental, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni a omitir lo que aquélla no prohibe, de manera que toda persona tiene, en circunstancias normales, el goce completo de su libertad jurídica.

Por una serie de motivos, dicha libertad puede limitarse, y aun suprimirse, siendo aquéllos de diferente carácter y relacionándose, en algunos casos, con actos individuales, y en otros con causas independientes de la voluntad del sujeto.

Las personas, no solamente tienen el goce de su libertad jurídica, sino que, en determinados casos, adquieren ventajas especiales, como ser, por ejemplo, empleos o cargos honoríficos. Todos están en condiciones de optar a esas ventajas, pero como son de número limitado, algunos las tienen y otros no.

Y así como los derechos en general pueden serle arrancados o suspendidos a un individuo, las situaciones especiales que tenga pueden ser objeto de las mismas sanciones.

* * *

15. Concepto de inhabilitación.—En el orden represivo se llama inhabilitación la pena que suprime o restringe a la persona el goce de su libertad jurídica. Así, la ley puede quitar a un ciudadano el derecho de votar, privarlo del derecho a obtener empleos públicos, impedirle el ejercicio de la profesión que tenga, etc., etc. En todos esos casos se inhabilita, se limita o se suprime el ejercicio de un derecho que antes se poseía. A veces, el sujeto se encuentra en ejercicio del derecho del empleo, por ejemplo; otras veces no lo tiene y se le arranca tan sólo la posibilidad de alcanzarlo.

Las restricciones en el ejercicio de los derechos, como consecuencia de actos individuales o de circunstancias congénitas o adquiridas, como ser las enfermedades, no se producen siempre por vía penal. En una cantidad de casos tienen lugar como resultado

de acciones de distinto orden, tramitadas en diferentes jurisdicciones.

Así, en el orden civil, el que no paga una deuda puede ser objeto del embargo de determinados bienes o de una inhibición general. En el primer caso, la restricción consistiría en que no podría disponer libremente del bien o bienes embargados, y en el segundo, en que se encontraría imposibilitado para disponer de ninguno de los que forman su patrimonio.

En materia comercial, la persona contra la cual se dicta un auto de quiebra sufre una serie de restricciones, entre ellas la de disponer de sus bienes y la de recibir su correspondencia epistolar y telegráfica.

A veces las restricciones en el ejercicio de determinados derechos son la consecuencia de contratos, vale decir, de la voluntad de quienes suscriben el convenio. Así, es general que los socios se sujeten a diversas limitaciones relacionadas con el crédito personal, las fianzas y otros compromisos, que se prohiben o limitan para que los intereses comunes no se comprometan.

Algunos empleos públicos, y ciertos servicios personales, impiden el ejercicio de determinados derechos. Así, las personas que prestan servicio militar de tropa, como los que tienen algunos cargos de policía, no pueden ejercitar el derecho de voto.

Pero todas las limitaciones, que son consecuencia de un acto voluntario, de imposiciones de las leyes civiles y comerciales o de prescripciones relacionadas con servicios, no se consideran inhabilitaciones de carácter penal. Para que se entienda que se ha aplicado una pena restrictiva del ejercicio de derecho a un individuo, es preciso que el castigo se encuentre consignado en el código de la materia o en alguna ley punitoria especial, y que el pronunciamiento se haya hecho por la autoridad judicial correspondiente, previo juicio.

* * *

16. Clases de inhabilitación.—La inhabilitación puede ser principal y accesoria. Es principal cuando se prescribe por sí misma como castigo para infracciones determinadas, y es accesoria cuando se establece como consecuencia de la aplicación de otra penalidad. Así, las penas de encierro, por el hecho mismo de éste, llevan aparejadas la pérdida o la suspensión de determinados derechos.

La inhabilitación es perpetua o temporal, según que se prescriba para toda la vida del sujeto o sólo por un tiempo que se fija en la ley y en la sentencia.

Y es también absoluta o especial, según que afecte al conjunto de los derechos personales, o sólo a algunos de ellos.

La inhabilitación absoluta puede ser perpetua o temporal; y la especial puede también aplicarse durante un cierto tiempo o para toda la vida del sujeto.

La perpetuidad es siempre relativa, a pesar del alcance tan categórico de la palabra, porque pueden concurrir circunstancias que pongan término a las condenas perpetuas, como hemos tenido oportunidad de comprobarlo.

* * *

17. Generalidad de la admisión de esta pena.—La pena de inhabilitación es muy antigua, siendo conocidos los efectos que producía en Roma y el alcance corriente de los términos *capitis deminutio*. Existe en todas las leyes penales de los diferentes países, siendo análogos los derechos cuya privación comprende.

Entre nosotros, desde el proyecto del doctor Tejedor hasta el código vigente, se han producido diferentes cambios, que conviene puntualizar para tener una explicación clara de los preceptos del código en vigor.

* * *

18. La inhabilitación en el proyecto del doctor Tejedor.—Las penas privativas del honor y humillantes del proyecto Tejedor, eran: la inhabilitación; la destitución; la suspensión; la retractación; la satisfacción; la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la represión.

Todas estas penas se encontraban definidas en los artículos del libro segundo, sección segunda, § III de tal proyecto.

Según esos conceptos, la pena de inhabilitación puede ser absoluta o especial.

La inhabilitación absoluta produce: 1.° La pérdida del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular. 2.° La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena. 3.° La incapacidad para obtener los cargos, empleos y derechos mencionados, igualmente por el tiempo de la condena.

La inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación del cargo o empleo sobre que recae, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos produce la incapacidad de ejercer, durante la condena, aquellos sobre que recae.

Con respecto a la pena de inhabilitación, el proyecto decía en la nota correspondiente:

" El honor, considerado como un juicio general del valor mo-
" ral de un hombre—dice el comentario oficial del código de Ba-
" viera,—no puede ser objeto de la legislación humana, porque el
" honor, bajo este punto de vista, depende de la opinión pública,
" a la que nada se puede prescribir ni prohibir; y, por otro lado,
" la opinión misma, salvo sus efectos naturales, y muchas veces
" fortuitos, no tiene en la vida común acción jurídica sobre el cul-
" pable. En el derecho, pues, no hay pérdida posible del honor,
" sino en los casos en que la ley interviene para destituir a los
" criminales de su honor. La privación tan completa del honor
" tendría por resultado aniquilar en él todo género de enmienda.
" Así, esta pena está reconocida generalmente como mala, y no se
" admite en este código ni como pena principal, ni como conse-
" cuencia de otra condenación. Pero no sucede lo mismo con el honor
" anexo al rango, a las funciones. La ley tiene el derecho de exigir
" que el que ejerce ciertas funciones, o tiene cierto rango, no se
" haga culpable de crímenes, y si incurre en penas incompatibles
" con este honor particular, puede y debe privarlo de él, conser-
" vando su honor general de hombre y de ciudadano.

" ¿Hay acaso penas infamantes?—ha dicho Rossi.—La con-
" ciencia pública comprende y juzga la inmoralidad de las accio-
" nes mejor que la justicia penal. Una de dos cosas, pues, o la
" opinión flexible a las impulsiones de la ley declara también in-
" fame el autor del hecho, o, como sucede muchas veces, principal-

" mente en materia política, el pueblo rodea con sus homenajes al
" declarado infame por los tribunales. En el primer caso, el legis-
" lador hace una cosa inmoral y peligrosa, agravando la medida
" del mal que merécen los actos que castiga, y alterando, por la
" influencia que naturalmente ejercen las nociones verdaderas e
" instructivas de la conciencia pública. En el segundo, hace un
" acto inútil, que sólo sirve para desacreditar la ley y mirar con
" desprecio sus disposiciones.

" Cuando las penas mismas correccionales—agrega Chauveau
" Adolphe—son merecidas, no son susceptibles de ninguna apreciа-
" ción rigurosa. Varían según las ideas que cada uno se forma de
" la moralidad de las personas o de la naturaleza de los deberes
" sociales, según sentimientos morales que no se dejan gobernar
" por los caprichos de la ley positiva. Todas las penas—como ha
" dicho muy bien M. Charles Comte,—cuando no privan de la vida,
" son aflictivas y correccionales, y todas las acciones que merecen
" castigo son más o menos infamantes.

" La distinción, por otra parte, entre penas infamantes y otras
" que no lo son, tiene el efecto extravagante de hacer recaer la
" infamia sobre la forma del juicio, sobre la aplicación de la pe-
" nalidad y no sobre la acción misma: de hacerla depender, no del
" hecho intrínseco de la pena, sino del hecho exterior. Entretanto,
" el oprobio está en el delito mismo, y no puede estar en otra parte.
" El legislador no puede hacerse su dispensador oficial.

" La pena infamante, en fin, perpetua por su naturaleza, rom-
" pe violentamente todos los lazos que unían al condenado a la
" sociedad, y lo separa de ella por una barrera insuperable. ¿Qué
" esperanza puede tener todavía el que ha sido expuesto en la
" plaza pública al desprecio e irrisión de sus conciudadanos? Uno
" de los resultados más funestos es destruir en el condenado toda
" especie de reforma. La infamia—dice Bentham,—cuando se lleva
" a un alto grado, lejos de servir a la corrección del individuo, lo
" fuerza, por decirlo así, a perseverar en la carrera del crimen.
" Tal es el efecto natural de la manera con que es considerado por
" la sociedad. Su reputación está perdida: no encuentra confianza
" ni benevolencia, nada tiene ya que esperar de los hombres y,
" por consiguiente, nada que temer; su estado no puede empeorar.
" Si no puede subsistir de su trabajo, porque la desconfianza y el
" desprecio general le quitan este recurso, no tiene otro camino
" que hacerse mendigo o ladrón.

" Creemos, pues, que la primera regla de esta materia debe " ser que no existen penas infamantes propiamente dichas, y que, " en general, las penas aflictivas deben ser correccionales; en una " palabra: que la ley debe limitarse a hacer la escala de sus penas, " a enumerar éstas, dejando a la opinión pública el encargo de " distribuir la infamia sobre las acciones que castiga."

En las Partidas se encuentra un título, "De las cosas que fasen los omes porque valen menos", y otro de "los enfamados". En el valer menor incurrían los que no cumplían el *pleito homenaje*, los hidalgos condenados a desdecirse y todos los infamados. La infamia era, según aquel código, de dos clases: de hecho y de ley o derecho. Como infamia de hecho, pone la de los hijos naturales; la difamación del hijo en el testamento del padre; la difamación del súbdito por el rey en público; la devolución de las cosas tomadas por fuerza o hurto, y la notoriedad. Como infamia de ley, menciona el adulterio; el incesto con la nuera y el matrimonio con la viuda antes de pasar un año; y como infames de derecho: a los alcahuetes; juglares; gladiadores; los caballeros que cometen un delito o se vuelven mercaderes; los sodomitas; los perjuros. Son, en fin, infames por sentencia: los condenados por traición, adulterio, hurto, robo, engaño, cohecho u otro yerro porque se diese pena de feridas u otra pena pública. Los efectos de la infamia eran perder las dignidades y honras, incapacidad para adquirir otras, y no ser admitidos como acusadores ni testigos, aunque bien podían ser guardadores testamentarios y jueces árbitros.

El doctor Tejedor señala las leyes de Partidas, donde se encuentran los preceptos que cita y anota otras concordancias con códigos extranjeros. Agrega, después y al final de la nota, respecto a la privación de los derechos políticos, lo siguiente:

" Dícese en las leyes, y sobre todo en la práctica común, de- " rechos políticos como se dice derechos civiles, y en contraposi- " ción a éstos. Aquellos que corresponden al orden público, los " que se poseen por razón de las leyes políticas, los que compe- " ten al ciudadano, esos son los que reciben el primer nombre. " Los segundos dicen relación a la esfera privada, al orden de la " familia, a la intimidad doméstica. El foro es el círculo de los " primeros, la casa es la esfera propia de los segundos. La facul- " tad electiva corresponde evidentemente a los unos, la patria po- " testad corresponde sin la menor duda a los otros." (Pacheco, tomo I, página 334).

Comparando los artículos relativos a la inhabilitación del proyecto Tejedor con los del código vigente, puede verse que, salvo lo dispuesto en el inciso 4.° del artículo 19 de este último, y la acentuación del 2.°, hecha para evitar dudas, los preceptos son análogos.

* * *

19. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.— El proyecto de Villegas, Ugarriza y García traía los artículos relativos a esta materia dentro del título que se ocupaba en general de las penas y sus clases. Decía al respecto:

" La pena de inhabilitación puede ser general o especial. La " inhabilitación general produce: 1.° La pérdida del empleo o " cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elec- " ción popular; 2.° La privación de todos los derechos políticos, " activos y pasivos, durante el tiempo de la condena; 3.° La in- " capacidad para obtener los cargos, empleos y derechos mencio- " nados, igualmente por el tiempo de la condena.

" La inhabilitación especial para empleo o cargo público pro- " duce la privación del cargo o empleo sobre que recae la inca- " pacidad para obtener otro del mismo género durante la con- " dena."

Agregaba el mismo proyecto, en los artículos 81, 82, 83, 84, 85 y 86, que seguían a los anteriores:

" La destitución se cumple privando al penado del empleo o " cargo público que ejercía. La pena de pérdida del empleo im- " porta la pérdida de todos los servicios que en él hubiesen pres- " tado los reos. Los reos que perdiesen sus empleos por sentencia, " no pueden ser, antes de cinco años, promovidos por un nuevo " nombramiento a otro de la misma o diversa naturaleza.

" La suspensión de un cargo público se cumple impidiendo " que el penado lo ejerza durante la condena, como también cual- " quier otro empleo, a no ser de elección popular.

" Cuando la pena de inhabilitación, destitución o suspensión " recaiga en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos a los

" cargos y derechos que no tengan por la Iglesia. Los eclesiásti-
" cos, incursos en dichas penas, quedarán impedidos en todo el
" tiempo de su duración para ejercer en el Estado jurisdicción
" eclesiástica, la cura de las almas y el ministerio de la predica-
" ción, y para percibir las rentas eclesiásticas, salvo la congrua."

El artículo 86 se refería a la vigilancia de la autoridad, la que debía producir en el penado las siguientes obligaciones: No variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia; observar las reglas de inspección que aquélla le prefije; y adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

El informe de la comisión redactora no traía ningún comentario al respecto.

* * *

20. Reglas del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, más parecido en esta parte al código vigente que el proyecto Tejedor, decía a este respecto, en los artículos 42, 43 y 44:

" La inhabilitación será absoluta o especial, y perpetua o tem-
" poral. La pena de inhabilitación absoluta importa: 1.° La pér-
" dida de los empleos o cargos públicos que ejerza el penado, aun-
" que provengan de elección popular; 2.° La privación del dere-
" cho de elegir y ser elegido en comicios populares; 3.° La inca-
" pacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas; y
" 4.° La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de
" que disfrute.

" La inhabilitación especial importa: 1.° La privación del em-
" pleo, cargo, comisión pública, función electoral o profesión en
" cuyo ejercicio se cometió el hecho punible; 2.° La incapacidad
" para ejercer otra función, cargo o profesión del mismo género."

Sobre este asunto, la exposición de motivos se limitaba a expresar:

" Como en el código vigente, la inhabilitación en el proyecto
" puede ser absoluta o especial, perpetua o temporal. A las dis-
" posiciones de los artículos 75 y 76 del Código, conservadas casi
" textualmente, sólo agregamos en concordancia con otros códi-
" gos, que la inhabilitación absoluta importa la pérdida de toda

" jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrute el pe-
" nado. La pena de inhabilitación absoluta se reserva ordinaria-
" mente para los malos empleados, y es, por este motivo, incom-
" patible con aquellos beneficios que importan una recompensa a
" los buenos funcionarios."

* * *

21. Disposiciones del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 no creyó necesario decir, como el de 1891, que la inhabilitación era absoluta o especial y perpetua o temporal, limitándose a expresar en qué consistía la primera y la segunda. Los preceptos son iguales en el fondo a los del precepto de 1891, habiéndose variado ligeramente la redacción. Decían así:

" Artículo 26.—La inhabilitación absoluta importará: 1.° La
" privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aun-
" que provenga de elección popular; 2.° La privación del derecho
" electoral; 3.° La incapacidad para obtener cargos, empleos y
" comisiones públicas; 4.° La pérdida de toda jubilación, pensión
" o goce de montepío de que disfrutare.

" Artículo 27.—La inhabilitación especial producirá la priva-
" ción del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere
" y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la
" condena.

" La inhabilitación especial para derechos políticos producirá
" la incapacidad de ejercer, durante la condena, aquellos sobre
" que recayere."

La exposición de motivos no traía nada al respecto.

* * *

22. La inhabilitación en el código de 1886.—El código de 1886 comprendía entre las penas la inhabilitación absoluta, perpetua y temporal; y la inhabilitación especial, perpetua y temporal.

La pena de inhabilitación absoluta importaba, según el artículo 75: 1.° La pérdida del empleo o cargo público que ejercía

el penado, aunque provenga de elección popular; 2.° La privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena; 3.° La incapacidad para obtener cargos y empleos públicos, igualmente por el tiempo de la condena.

En cuanto a la inhabilitación especial para empleo o cargo público, el artículo 76 decía:

"La inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación del cargo o empleo sobre que recae y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

"La inhabilitación especial para derechos políticos produce la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recae."

Decía también, en los artículos 77 y 78:

"Cuando la pena de inhabilitación, destitución o suspensión, recaiga en personas eclesiásticas, se limitarán sus efectos a los cargos y derechos que no tengan por la Iglesia.

"La sujeción a la vigilancia de la autoridad produce en el penado las siguientes obligaciones: 1.° No variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad encargada de su vigilancia; 2.° Observar las reglas de inspección que aquélla le prefije; 3.° Adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios propios o conocidos de subsistencia."

Los preceptos eran análogos a los del código Tejedor, de manera que cabía aplicarles los fundamentos antes transcriptos.

La crítica se concretó, en esta parte, a señalar las dificultades que podían presentarse para saber cuáles eran los derechos políticos activos y pasivos a que se refería el inciso 2.° del artículo 75.

El precepto tenía su origen en el código español de 1850, y debido a críticas análogas a las que se hicieron aquí, el código de 1870 dijo que la pena de inhabilitación absoluta importaba, entre otras cosas, el derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos, dándose ese alcance a los derechos políticos activos y pasivos.

Esos antecedentes motivaron la distinta redacción en los proyectos de 1891 y de 1906, lo mismo que en el código vigente.

*

* *

23. Modificaciones introducidas por la ley de reformas.—La ley de reformas número 4189, introdujo en esta materia dos modificaciones. La primera, al enumerar las penas, pues suprimió las clasificaciones y dijo solamente: inhabilitación; y la segunda, disponiendo por el artículo 14 que se agregase el siguiente inciso al artículo 75:

"La pérdida de toda jubilación, pensión o goce de montepío de que disfrutase o pudiere corresponderle, salvo que tuviera familia que sostener."

*

* *

24. El proyecto presentado en 1916 a la Cámara de Diputados.—Cuando presenté el proyecto de 1906 a la Cámara de Diputados, como base para la encuesta y para la ley definitiva, le introduje, entre otras modificaciones, una en la parte relativa a la inhabilitación absoluta, agregando al inciso 4.° del artículo 26 un párrafo que decía así:

"Si el penado tuviera esposa o hijos menores de cualquier clase, corresponderá a éstos la mitad de la jubilación, pensión o goce de montepío."

En los fundamentos dije, apoyando la modificación:

"Pérdida de jubilaciones y pensiones.—El proyecto quita a los penados esos beneficios, lo que es justo sin duda alguna. Pero cuando el condenado tiene esposa o hijos menores, no es acertado imponer a esas personas, además del dolor moral por el acto ajeno, el sufrimiento material que implica la pérdida del recurso. Dejo, en consecuencia, en estos casos, la mitad de la pensión, jubilación o goce de montepío, a esas personas. Al referirme a hijos, digo de cualquier clase, porque el mismo derecho a la vida tienen los legítimos que los ilegítimos."

*

* *

25. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, aceptó el artículo, agregando al inciso 4.° el beneficio relativo a la jubilación, pensión o goce de montepío para el padre anciano o desvalido.

En los fundamentos acerca de la inhabilitación, decía la exposición de motivos:

" Conserva el proyecto la distinción entre inhabilitación ab-
" soluta y especial.

" Las diferencias entre una y otra, universalmente aceptadas,
" resultan de manera clara de los artículos respectivos.

" Una sola modificación hemos introducido al respecto. El
" proyecto de 1906 disponía la pérdida de toda pensión, jubila-
" ción o goce de montepío para el condenado a inhabilitación ab-
" soluta. En realidad, ese precepto consagraría una confiscación
" y, desde luego, la revocación de derechos antes adquiridos. Pe-
" ro, si bien es exacto, no lo es menos que repugna mantener co-
" mo pensionado por el Estado a un individuo que debe, por sus
" actos antisociales, ser castigado por el mismo.

" En el proyecto del doctor Moreno, teniéndose en cuenta
" que la condena en esa forma podría perjudicar a personas ino-
" centes, como sería la familia, en caso de mantenerse aquélla con
" el subsidio, se consignó la excepción, expresándose que si el pe-
" nado tuviese esposa o hijos menores, a éstos correspondería la
" mitad de la pensión.

" La comisión, manteniendo el principio, ha ido más lejos,
" estableciendo que si el penado tuviese esposa, hijos menores de
" cualquier clase o padres ancianos y desvalidos, la pensión co-
" rresponderá a éstos. Se trata de que el dolor del delito no vaya
" acompañado para esos seres inocentes de las dificultades mate-
" riales que sobrevendrían con la carencia de recursos."

Conviene hacer notar aquí un error de copia en que se ha incurrido en el presente artículo. La última parte del precepto dice que si el penado tuviere "padre anciano y desvalido", etc., cuando debió decir, como lo establece la exposición de motivos, "padres ancianos y desvalidos". Es de suponerse que la falta de tres eses en el texto de la ley no producirá ninguna injusticia.

La relación de antecedentes constituye la mejor explicación de los preceptos del Código sobre inhabilitación, no siendo necesario extenderse más al respecto.

*

* *

26. La modificación del Senado.—En la Cámara de Senadores los artículos no fueron tocados, no formulándose observaciones por la primera Comisión de Códigos. La segunda propuso se

agregara al final del inciso 4.º del artículo 19, las siguientes palabras: "en caso contrario su importe se destinará a aumentar los fondos provenientes de la aplicación del artículo 11." Esa modificación fué aceptada, no habiéndose dado explicaciones al respecto.

Considero que la innovación ha sido acertada, porque en lugar de confiscar el bien del penado, ya que la pensión o jubilación estaban incorporadas a su patrimonio, y retrotraerlas al fisco importaría confiscarlas, ha establecido que su producto, en caso de no tener familia, pasa a llenar los fines que tienen en términos generales el producto del trabajo del condenado.

*

* *

27. Las observaciones formuladas por el senador Rojas.—Para completar estos antecedentes, dejaré constancia de las opiniones vertidas por el senador Rojas en su informe, las que no fueron en esta parte aceptadas por la Comisión de Códigos del Senado.

El doctor Rojas, dijo:

" La inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial son
" penas principales o penas accesorias.

" La inhabilitación absoluta es pena principal en los casos de-
" terminados en los artículos 273, 274 y 259.

" Es pena accesoria en los casos que determina el artículo 12;
" entonces, la inhabilitación produce sus efectos durante el tiempo
" de la condena y de uno a tres años más, según el caso y a juicio
" del tribunal.

" Cuando la inhabilitación absoluta es pena principal, resulta
" obvio que empieza a correr desde el día del fallo condenatorio
" irrevocable; pero cuando es pena accesoria, no cabe una resolu-
" ción tan perentoria.

" El artículo 12 establece que la reclusión y la prisión por
" más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el
" tiempo de la condena, y de uno a tres años más, según el caso
" y a juicio del tribunal.

" Disponer que el condenado a reclusión o prisión por más de
" tres años incurre en inhabilitación absoluta por el tiempo de la

" condena, importa, por lo menos, una disposición redundante: se
" comprende que el recluso, que el preso, ha perdido su empleo o
" cargo público, que es inhábil para obtenerlo, que ha quedado
" privado del derecho electoral, pueda, durante la condena, aban-
" donar el establecimiento penal para desempeñar un cargo pú-
" blico o para dar su voto en una elección popular.

" Claro es, entonces, que durante la pena de reclusión o de
" prisión, el condenado, en las condiciones del artículo 12, queda
" absolutamente inhabilitado durante el tiempo de la condena.

" Lo mismo puede decirse respecto de los condenados a pena
" de reclusión, o prisión menor de tres años, por cuanto no es
" aceptable que durante el cumplimiento de la pena, el condenado
" pueda votar o ser electo, pueda conservar un empleo o pueda
" ser nombrado para desempeñarlo.

" ¿Según esto, podría afirmarse que las palabras por el *tiem-
" po de la condena*, que emplea el artículo 12, son inoficiosas?

" Así parecería, a primera vista; pero acaso esas palabras
" tienen alguna importancia positiva en los casos en que la inha-
" bilitación absoluta temporal es una pena accesoria.

" El artículo 256, dice: " Será reprimido con prisión de seis
" meses a dos años, el funcionario público que por sí o por inter-
" puesta persona, recibiere dinero o cualquier dádiva, o aceptara
" una promesa directa o indirecta, para hacer o dejar de hacer
" algo relativo a sus funciones." (Véanse artículos 265 y 270).

" ¿Desde cuándo se cuenta la pena de inhabilitación absolu-
" ta? ¿desde el día de la sentencia irrevocable o desde la termi-
" nación de la pena principal?

" En los casos especiales en que la ley impone como pena ac-
" cesoria la inhabilitación absoluta, podría decirse que esa pena
" corre desde el día de la sentencia, desde que, según el artícu-
" lo 12, la inhabilitación se aplica durante el tiempo de la pena.
" Así, por ejemplo, si conforme al artículo 256 se impone un año
" y medio de prisión y cinco años de inhabilitación, esta pena se
" cumplirá a los cinco años, a contar desde el día de la sentencia
" firme.

" Si se considera que la inhabilitación es simplemente una pe-
" na accesoria, la inhabilitación no empezará a correr sino des-
" pués de terminada la pena principal; y en el caso del artícu
" lo 256, la pena de inhabilitación terminaría a los seis años y
" medio, a contar desde el día de la sentencia firme.

" El caso no está resuelto de un modo inequívoco en el pro-
" yecto, y convendría que lo estuviera, para lo cual bastaría con
" seguir al código italiano, holandés, belga, etc.

" Artículo 41.—(Código italiano). Si la interdicción o la sus-
" pensión susodicha u otra incapacidad se une a una pena restric-
" tiva de la libertad, o es el efecto de una condenación, la inter-
" dicción o suspensión se aplica mientras se sufre la pena; pero
" la duración establecida en la sentencia o en la ley comienza a
" correr solamente desde el día de la terminación de la pena.

" 39.—El artículo 20 del proyecto dispone que la "inhabili-
" tación especial producirá la privación del empleo, cargo, profe-
" sión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obte-
" ner otro del mismo género *durante la condena*.

" La inhabilitación especial para derechos políticos producirá
" la incapacidad de ejercer *durante la condena* aquellos sobre que
" recayere.

" La inhabilitación especial es pena principal o pena acce-
" soria.

" Como pena principal, es obvio que empieza a correr desde
" el día de la sentencia firme. (Artículo 235, parte 2.ª; artícu-
" los 260 y 264).

" Cuando la inhabilitación especial es pena accesoria a la de
" reclusión o prisión, es claro que durante esas penas de inhabili-
" tación surte efectos, y entonces es innecesario decirlo, por cuan-
" to sería contradictorio que el condenado a inhabilitación espe-
" cial pudiera, durante la condena principal, ser hábil para ejer-
" cer los empleos, profesiones o derechos políticos sobre los cua-
" les ha recaído la inhabilitación.

" La dificultad que hemos encontrado al ocuparnos de la in-
" habilitación absoluta como pena accesoria, respecto al día en
" que empieza a correr, se presenta respecto de la inhabilitación
" especial.

" La inhabilitación especial como pena accesoria, es la más
" frecuentemente impuesta.

" ¿Desde cuándo corre dicha pena?

" Según el artículo 176, al delincuente se le impondrá pri-
" sión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez
" años. Si la inhabilitación empieza a correr desde el día de la pe-
" na principal, la inhabilitación aparecerá propiamente en el he-
" cho de más corta duración, pero si sólo empieza desde la termi-

" nación del castigo principal, la inhabilitación abarca mayor tiem-
" po. La inhabilitación durante la reclusión o prisión desaparece
" absorbida por esa pena, mientras que ella se manifiesta real-
" mente desde que el condenado obtiene su libertad.

" 40.—Si la inhabilitación impuesta por la sentencia empieza
" a contarse desde el día del fallo, resultará que en algunos casos
" la inhabilitación terminará en el día mismo en que se concluye
" la pena.

" La violación de domicilio se reprime con prisión de *seis me-*
" *ses a dos años,* cuando la comete un particular. La misma se im-
" pone, y además la inhabilitación de *seis meses a dos años,* cuan-
" do el que viola el domicilio es un funcionario público. Si se le
" impone dos años de prisión, cuando haya sufrido la pena habrá
" terminado la inhabilitación, si esta pena, que en general es ac-
" cesoria, se sufre durante la condena.

" 41.—De acuerdo con las observaciones precedentes, redac-
" taríamos el artículo 20 del proyecto en la siguiente forma:

Artículo

" La inhabilitación especial producirá la privación del empleo,
" cargo, profesión, o derecho sobre que recayere, y la incapaci-
" dad para obtener otro del mismo género.

" La inhabilitación especial para derechos políticos produci-
" rá la incapacidad de ejercer dichos derechos.

" La inhabilitación especial se aplica mientras se sufre la pe-
" na; pero la duración establecida en la sentencia o en la ley, co-
" mienza a correr solamente desde el día de la extinción de la
" pena."

He consignado la parte correspondiente del informe del doctor Rojas, sin dividirlo, para que sus opiniones puedan apreciarse en toda su integridad; pero como las observaciones se refieren más que a la pena de inhabilitación como castigo principal, a la inhabilitación como pena accesoria, me ocuparé de las mismas en el capítulo siguiente.

IV

La inhabilitación como pena accesoria

28. El código y sus concordancias.—29. Fundamento de la pena accesoria.—30. Los preceptos del proyecto del doctor Tejedor.—31. Las accesorias en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—32. El proyecto de 1891.—33. Proyecto de 1906.—34. Disposiciones del código de 1886.—35. Modificaciones introducidas por la comisión especial de la cámara de diputados y sus fundamentos. — 36. Modificaciones del senado. — 37. El alcance del artículo 12.—38. Privación de la patria potestad.—39. Administración de los bienes.—40. Disposición por actos entre vivos.—41. Curatela del incapaz.—42. Las observaciones del senador Rojas sobre la pena accesoria.

* * *

28. El Código y sus concordancias.—

Artículo 12

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

CONCORDANCIAS.—Código alemán, artículos 32, 33, 34, 35, 36, 38 y 39.—Húngaro, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60.—Español, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61 y 62.—Holandés, 30 y 31.—Italiano, 33.—Anteproyecto suizo de 1916, 52, 53, 54 y 55.—Proyecto alemán de 1909, 45, 46, 47 y 48.—Proyecto de Tejedor, libro segundo, sección segunda, § II, artículos 12, 18 y 27.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 63, 68 y 70.—Proyecto de 1891, 17 y 32.—Proyecto de 1906, 17.—Código de 1886, 63, 67 y 69.—Ley de reformas N.° 4189, 11.—Proyecto de 1917, 12.

* * *

29. Fundamento de la pena accesoria.—La inhabilitación puede aplicarse, según hemos visto, como pena principal, y también como castigo accesorio cuando se ha pronunciado una condena de reclusión o de prisión en determinadas condiciones.

La pena de encierro, por el hecho mismo de aplicarse, desde que segrega al individuo del medio social, le impide materialmente el goce de su libertad jurídica. De aquí que, mientras dura el encierro, la consecuencia es evidente. La continuación de las restricciones por un tiempo más, después de la libertad, tiene por objeto ir restableciendo al sujeto poco a poco en el ejercicio completo de sus derechos, a fin de acreditar su adaptabilidad a las condiciones sociales de las que fué apartado por medio del castigo.

Estas accesorias se encuentran en todas las leyes penales y, por consiguiente, se contienen en los proyectos y disposiciones legislativas que han servido de antecedentes para el Código.

* * *

30. Los preceptos del proyecto del doctor Tejedor. — En el proyecto de Tejedor, la pena de presidio llevaba consigo las siguientes accesorias:

1.° Inhabilitación absoluta para cargos públicos por el tiempo de la condena y por la mitad más. 2.° Interdicción civil, que priva, mientras se sufre la pena, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. 3.° Sujeción a la vigilancia de la autoridad de uno a cinco años, después

de cumplida la pena, según la corrección y buena conducta que hubiese observado el reo durante su condena.

La de penitenciaría acarreaba los mismos efectos, según artículo especial colocado en el lugar correspondiente.

Sobre el alcance de las restricciones, la nota correspondiente al artículo referente a las accesorias de la pena de presidio, establecía, después de señalar las concordancias del proyecto con los principales códigos extranjeros, lo siguiente:

" La interdicción civil no es jamás, por este código—dice Pacheco,—una pena principal. Nunca puede imponerse como único " castigo: siempre ha de aparecer, siempre se ha de usar como ac- " cesoria de otros; la inhabilitación y suspensión pueden ser, por " el contrario, penas principales. Difieren, además, en la materia " sobre que recaen una y otra. La inhabilitación se refiere a los " derechos políticos, la interdicción a los derechos civiles. La in- " terdicción civil es muy diferente de la muerte civil, que consiste " en aplicar al hombre todas las consecuencias de la muerte natu- " ral. (Pacheco, tomo I, página 341).

" Reducida la pena de interdicción civil—continúa Pacheco—a " lo que la reduce nuestra nueva ley, la razón y la ciencia pueden fá- " cilmente admitirla. Si la una y la otra han clamado y claman " contra una pena del mismo orden, que tienen y emplean algu- " nos otros pueblos, es necesario considerar que entre la nuestra " y esa otra a que nos referimos, la distancia es poco menos que " inconmensurable. Verdad es que la una y la otra se ejercen so- " bre derechos civiles; pero eso es lo único en que se parecen la " interdicción y la muerte civil, y la esfera de esos derechos es " bastante lata para que en ella pueda caber la justicia y la in- " justicia. En la muerte civil han querido aplicarse al hombre vi- " vo todas las consecuencias legales de la muerte natural. Aquel " ser que todavía existe, que puede existir por muchos años, no " tiene ya lazo alguno que lo una con sus semejantes. Ya no es " hijo, ya no es padre, ya no es esposo, ya no puede adquirir bie- " nes, ya no puede disponer de lo que antes tuviera. Vive, si aquél- " lo es vida; pero vive ajeno, no sólo a la sociedad, sino a la na- " turaleza humana. Todo, absolutamente todo, en el orden del de- " recho, ha concluído para él. Volvemos a decir que comprende- " mos las censuras de que ha sido objeto una pena semejante. Pe- " ro nuestra ley no atribuye tales efectos a la interdicción. El que " está sujeto a ella puede adquirir por los medios reconocidos y

" comunes; puede disponer de sus bienes por testamento o última " voluntad; puede contraer lazos de familia, que si se aflojan ba- " jo ciertos aspectos, subsisten en todos los restantes. No es una " pena ciega o de odio, es una pena reflexiva y de cálculo la que " en este particular adopta nuestra ley.

" La muerte civil era un legado del derecho de Justiniano. " *Morae civitis oequiparatur naturali.* (L. relegati D. de poenis). " Según las Partidas, la muerte civil era la consecuencia de una " condenación a muerte natural en rebeldía, o de algunas penas " aflictivas y perpetuas, como la cadena o la deportación con con- " fiscación. (L. 1, título 18, P. 4, y 15, título 1, P. 6). El muerto " civilmente no podía testar ni ser establecido por heredero (L. 15 " citado y 2 al fin, título 18, PP. 4 y 14; título 3, P. 6); " pero estas disposiciones fueron derogadas por la ley 4.ª de To- " ro, que da la facultad de testar al condenado a muerte civil o " natural. (Llamas com. a la ley de Toro). El muerto civilmente " no podía ser tampoco tutor (L. 4, título 16, P. 6), ni tes- " tigo (L. 9, título 1, P. 6, y 8, título 16, P. 3), ni actor, " ni reo, sino por medio de un curador especial. (L. cit. y 2, títu- " lo 18, P. 4). Pero estos efectos tienen su fundamento en " otras causas, y algunos de ellos son precisamente los que cons- " tituyen la interdicción civil. La muerte civil ha sido derogada " por casi todos los códigos extranjeros."

La nota continuaba ocupándose de la sujeción a la vigilancia de la autoridad, en los siguientes términos:

" Esta medida que sucede a la pena, que toma al condenado " en el momento mismo que acaba su castigo, no ha sido admitida " por algunos códigos, sea que con la ejecución de la pena hayan " considerado el crimen borrado enteramente, sea que esta vigi- " lancia les haya parecido un segundo castigo impuesto al mismo " hecho. Esta vigilancia, sin embargo, no es una pena propiamente " hablando, sino la privación de un derecho, una incapacidad que " pesa sobre el culpable en virtud del castigo. Nosotros creemos " que la sociedad tiene el derecho de tomar medidas de precau- " ción respecto de todos los hombres de quien haya justos moti- " vos de sospechar. ¿Y qué denuncia más atendible que la que " resulta de una sentencia condenatoria? ¿Un primer crimen, aun- " que expiado, no subsiste, acaso, como una amenaza contra el or- " den social? Los inconvenientes que esta medida pudiera tener, " si se le diese una gran publicidad, se salvan restringiendo sus

" efectos por leyes reglamentarias, o admitiendo la caución en su " lugar." (Chauveau Adolphe, tomo I, página 158).

En cuanto a la pena de prisión, llevaba consigo: la de suspensión de todo cargo y derecho político del penado durante el tiempo de la condena, y podía agravarse con trabajos de limpieza dentro o fuera del establecimiento.

* * *

31. Las accesorias en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, traía los artículos 63 y 68, que decían así:

" La pena de presidio lleva consigo las siguientes penas ac- " cesorias: 1.ª Inhabilitación absoluta para cargos públicos y de- " rechos políticos durante la condena, aumentada con la mitad " más de tiempo; 2.ª Interdicción civil que priva, mientras se su " fre la pena, de la administración de los bienes y del derecho de " disponer de ellos; 3.ª Sujeción a la vigilancia de la autoridad de " uno a cinco años, después de cumplida la pena.

" Es aplicable a los condenados a penitenciaría lo dispuesto " para los presidiarios respecto a la inhabilitación, interdicción " y vigilancia de policía, pero deduciéndose una tercera parte de " tiempo a la inhabilitación y vigilancia, concluída la condena."

La pena de prisión llevaba la suspensión de todo cargo o derecho político mientras durase.

La exposición de motivos se limitaba a dejar constancia de los artículos incorporados, sin hacer ningún comentario especial.

* * *

32. El proyecto de 1891.—En el proyecto de 1891, y según el artículo 17, la pena de presidio llevaba las siguientes accesorias: 1.ª Inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; 2.ª Interdicción civil, que privaba, mientras se sufriera la pena del ejercicio, de todos los derechos civiles, con excepción del de testar, su-

jetando al condenado a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces.

Sobre esas accesorias, la exposición de motivos se limita a decir:

" Complementan la pena de presidio las accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil. Omitimos la de sujeción a la vigilancia de la autoridad que, además de las anteriores, establece el Código, tanto porque esta pena es ineficaz, después de haberse cumplido penas considerablemente mayores, cuanto por las dificultades de hacerla efectiva."

En el artículo 32 se declaraba aplicable a los condenados a penitenciaría lo dispuesto para los presidiarios respecto a inhabilitación e interdicción.

* * *

33. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, dice en el artículo 17:

" El presidio y la prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y la privación de los derechos civiles, con excepción del de testar. El condenado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces."

La exposición de motivos no se ocupaba especialmente del asunto.

* * *

34. Disposiciones del código de 1886.—El código de 1886 seguía en la materia al proyecto de Tejedor. En el artículo 63, establecía:

" La pena de presidio lleva consigo las siguientes: 1.° Inhabilitación absoluta para cargos públicos y para el ejercicio de los derechos políticos, activos y pasivos, por el tiempo de la condena y la mitad más; 2.° Interdicción civil, que priva mientras se sufre la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre

vivos; 3.° Sujeción a la vigilancia de la autoridad por uno a cinco años, después de cumplida la pena."

Y en el 67, agregaba:

" Es aplicable a los condenados a penitenciaría lo dispuesto para los presidiarios respecto a inhabilitación, interdicción y vigilancia de policía; pero deduciéndose una tercera parte del tiempo a la inhabilitación y vigilancia, concluída la condena."

Con respecto a la pena de prisión, decía en el artículo 69:

" La pena de prisión lleva consigo la suspensión de todo cargo y derecho político del penado, durante el tiempo de la condena."

Ninguna de estas disposiciones fué alterada por la ley de reformas.

* * *

35. Modificaciones introducidas por la comisión especial de la Cámara de Diputados y sus fundamentos.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria modificó en esta parte el texto del proyecto de 1906, redactando el artículo 12 en los términos siguientes:

" La reclusión y la prisión por más de tres años importan la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena y de uno a tres años más, según el caso y a juicio del tribunal. Importa también la privación de los derechos civiles con excepción del de testar, reconocer hijos naturales y contraer matrimonio *in extremis*. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces. La privación de la patria potestad corresponderá en todos los casos cuando el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos."

La exposición de motivos, decía al respecto:

" Las penas de reclusión y prisión llevan determinadas accesorias, relacionadas con la capacidad del condenado. Ellas están impuestas por la privación misma de la libertad y no son objeto de discusión. El proyecto ha hecho, sin embargo, algunas modificaciones sobre el Código y sobre el proyecto de 1906, que conviene remarcar.

"La inhabilitación, como accesoria en las penas de encierro, "se explica por sí misma y se encuentra universalmente aceptada. "El hecho de estar el sujeto privado de su libertad, lo inhabilita "para los actos de la vida civil.

"El proyecto extendía esa inhabilitación al tiempo de la "condena, y privaba durante la misma de todos los derechos "civiles, menos el de testar. La comisión ha introducido dos mo- "dificaciones: una relativa al tiempo en que debe regir la pena "accesoria, y otra respecto a las excepciones a la regla general "sobre privación de los derechos civiles.

"Se ha observado por el doctor Julio Herrera, con toda razón, "que la inhabilitación por el tiempo de la condena, o sea la pro- "hibición de ejercer derechos a una persona que no se encuentra "en condiciones de ejercitarlos, carece de significado. Una cosa "es la inhabilitación que impide el desempeño de cargos públicos "y otra es la privación de derechos civiles. La primera debe "regir para después de la condena, como lo disponen todos los "códigos, menos el español y algunos americanos, mientras que "la segunda debe mantenerse mientras dura el encierro.

"La privación de derechos civiles no es una pena, sino un "accesorio indispensable, que no tiene objeto represivo sino tu- "telar, desde que subsana un estado de incapacidad.

"La inhabilitación es una pena, que puede ser única para "ciertos delitos, o sea principal, y accesoria para otros, con rela- "ción a las penas principales que los castigan.

"El que ha sido condenado a una pena de encierro grave "carece de capacidad para desempeñar funciones públicas, pues "no se le puede considerar digno de las mismas. Mientras aquél "persiste, la imposibilidad es material y sería innecesario esta- "blecer la prohibición. Es para después de cumplida la pena que "debe establecerse, pues no cabe suponer que el penado recién "cumplido tenga aptitud para ejercitar funciones que encierran "honores y confianza. Sólo después de mayor tiempo y de la "prueba de la libertad, pueden declararse terminados los efectos "de la condena.

"Con referencia a la privación de derechos civiles encontra- "mos conveniente dar al condenado el derecho, no sólo de testar, "sino de reconocer hijos naturales y contraer matrimonio *in ex-* "*tremis*. Se trata de no perjudicar a personas de la familia, a "quienes no deben alcanzar las consecuencias de la condenación.

"La privación de derechos civiles, como antes se ha estable- "cido, dura mientras se cumple la pena, esto es, mientras el su- "jeto no puede ejercitarlos. Cuando la libertad sobreviene, la "incapacidad desaparece.

"Mantenemos lo que establece el proyecto respecto a la "curatela, cosa que se hace ya en la práctica, puesto que al in- "capaz es necesario darle un representante. Y establecemos que "siempre deberá privarse al condenado de la patria potestad, "cuando el delito, cualesquiera que fuere, hubiese sido cometido "sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos. No "es posible que mantenga su autoridad sobre los hijos y el dere- "cho a la administración de los bienes de los mismos, un padre "que se ha hecho indigno de esas facultades, que suponen con- "fianza ante el hecho del delito."

* * *

36. Modificaciones del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado no introdujo en esta parte ninguna modificación, no ocupándose del asunto la exposición de motivos.

En cambio, la segunda comisión de ese mismo cuerpo (1), propuso se redactara el artículo 12 en los términos en que quedó sancionado.

No existe ningún antecedente acerca de los motivos que se tuvieron en vista para la nueva redacción, pues esa modificación y las demás, a partir del artículo 7.°, se aprobaron en una sola votación, en la sesión celebrada el 1.° de septiembre de 1921.

La comisión especial de la Cámara de Diputados (2) aconsejó la aceptación del artículo 12, tal como lo propuso el Senado, y la Cámara de Diputados aceptó la indicación. En el despacho no se dieron razones para fundamentar el cambio.

* * *

37. El alcance del artículo 12.—Examinemos ahora el alcance completo del artículo.

(1) Orden del Día N.o 13 de 1921, Cámara de Senadores, página 58.
(2) Orden del Día N.o 183 de la Cámara de Diputados, año 1921, página 1816.

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan, como inherentes, la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Esa inhabilitación puede prolongarse hasta tres años más si lo resuelve el tribunal. De manera que la privación de derechos durante la condena es completa, pudiendo cesar el mismo día o extenderse, por resolución judicial, hasta tres años.

En el código anterior, la inhabilitación absoluta para cargos públicos, se extendía con relación a los condenados a presidio, por un tiempo igual a la mitad del de la condena; y respecto a los condenados a penitenciaría por un tercio menos.

El código vigente trae un precepto facultativo, desde que la inhabilitación que rige durante la condena puede o no extenderse, a juicio del tribunal, el que está en condiciones de imponerla, hasta por tres años. Se pueden tener, así, en cuenta las circunstancias de cada caso y reintegrar, con limitaciones o no, al condenado que cumple su pena, a la vida social.

En el proyecto de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, se autorizaba la aplicación de uno a tres años, según el caso y a juicio del tribunal. En el Código se autoriza hasta tres años, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. La interpretación debe ser siempre amplia, y los jueces, al examinar la índole del delito, deberán tener en cuenta, no sólo las circunstancias de hecho y los elementos sociales, sino también los individuales.

* * *

38. Privación de la patria potestad.—Desde el momento que el penado está separado de su familia y fuera de su casa, es indudable que no puede encontrarse en ejercicio de la patria potestad. Esta no se le quita, sino que se suspende su ejercicio, desde que la privación se produce mientras dura la condena y en ciertos casos por un tiempo más.

Cuando se trata de delitos que afectan a los menores, ya sean éstos autores o víctimas, los jueces del fuero criminal pueden tomar medidas respecto a la patria potestad, como lo veremos al estudiar la responsabilidad de aquéllos.

* * *

39. Administración de los bienes.—El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, decía que el condenado en las condiciones del artículo, quedaba privado de los derechos civiles.

Los términos de esa redacción fueron criticados por el doctor Peco (1), quien decía: ¿Qué entiende el proyecto por privación de derechos civiles? La interpretación literal del texto lleva al absurdo.

Derecho civil indiscutible, es el ser propietario. ¿Se ha abrigado el propósito de privar de la propiedad?

Derecho civil es el poder aceptar una donación. ¿Se ha propuesto el proyecto excluir a los penados de los beneficios de la ajena liberalidad?

Derecho civil, cuya utilidad encarecen aún los tratadistas, es la posesión. ¿La pena privaría de ese derecho?

Derecho civil es la prescripción. ¿El transcurso del tiempo ejercería sólo su acción sobre las personas libres?

Derecho civil es la obligación. ¿Los deudores del penado podrían alegar la condenación de la deuda?

Huelga añadir—agrega—que, el contexto de la disposición, no traduce ni con mucho el designio que la inspira. El pensamiento que la informa no es otro que el de privar del ejercicio de los derechos civiles. Así se infiere de la exposición de motivos.

El Código ha salvado la objeción, desde el momento que ha dejado el principio general de la capacidad de hecho, y ha dicho lo que no puede hacer el condenado, esto es, lo que le está vedado. La administración de los bienes es indudable que no puede ejercitarla, precisamente por su situación. Tiene capacidad, como toda persona, pero carece de su ejercicio.

* * *

40 Disposición por actos entre vivos.—La disposición de los bienes por actos entre vivos, importa ejercitar la administración

(1) La Reforma Penal, página 205.

de los mismos. Si ésta se quita al condenado, es indudable que no está en condiciones de vender, adquirir o gravar. Mientras dura la reclusión, las actividades del mismo se encuentran interrumpidas. El derecho a testar no se limita, salvándose expresamente en el precepto.

* * *

41. Curatela del incapaz.—Desde el momento que el penado no puede administrar sus bienes, ni negociarlos, ni ejercitar la patria potestad, es indudable que queda en las condiciones de un incapaz. Tiene derechos, puesto que no ha perdido su calidad de persona, pero no está en condiciones de ejercitarlos. De aquí que sea perfectamente lógico colocarlo en las condiciones en que están los demás incapaces de la ley civil y someterlo a la curatela.

* * *

42. Las observaciones del senador Rojas sobre la pena accesoria.—Los términos en que se encuentra redactado el artículo 12 del Código no dan lugar a ninguna de las dificultades que señalaba en su informe el ex senador doctor Rojas. En efecto, la inhabilitación como pena accesoria rige durante la condena como regla general, y puede extenderse hasta tres años después de ésta. De manera que, cuando los jueces pronuncien su sentencia, deberán decir si hacen o no uso de la facultad de extender la pena de inhabilitación como accesoria hasta tres años, entendiéndose que al decirse *hasta* y no *tres años,* el tribunal está en condiciones de fijarla en el tiempo que crea del caso, dentro del máximo autorizado. Cuando se impone como pena principal, también debe hacerse la determinación de tiempo.

V

Trabajo del condenado

43. El precepto y sus concordancias. — 44. El trabajo del penado y el destino del producido. — 45. El sistema del proyecto del doctor Tejedor. — 46. El mantenimiento de los principios antiguos en el proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 47. El proyecto de 1891. — 48. Principios del proyecto de 1906. — 49. El código de 1886 y el proyecto Tejedor. — 50. Modificaciones introducidas por la ley N.° 4189. — 51. Los fundamentos de la comisión especial de la Cámara de Diputados. — 52. Necesidad de que el condenado trabaje y cumpla sus obligaciones. — 53. El concepto del código. — 54. La reglamentación sobre peculios existentes en la provincia de Buenos Aires.

* * *

43. El precepto y sus concordancias.—

Artículo 11

El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1.° A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2.° A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3.° A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4.° A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

CONCORDANCIAS.—Código chileno, artículo 88.—Holandés, 20 y 22.—Francés, 41.—Español, 114.—Proyecto de Tejedor, libro segundo, sección segunda; artículos 7 y 15.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 65 y 66.—Proyecto de 1891, 38.—Proyecto de 1906, 16.—Código de 1886, 65.—Ley de reformas N.o 4189, 8, 9 y 10.—Proyecto alemán de 1909, 32.

* * *

44. El trabajo del penado y el destino del producido.—El sometimiento del penado al trabajo obligatorio es más que una conveniencia: constituye una necesidad; y es la garantía única de corrección por parte del delincuente. El trabajo produce un rendimiento, desde que toda labor útil tiene un precio y representa un valor.

Desde el momento que el penado trabaja, vale decir, produce, la cuestión que surge es la de establecer cuál debe ser el destino que corresponde al producto que se obtenga como consecuencia de aquella labor.

Las leyes antiguas no se plantearon este problema. La pena tenía entonces distinto alcance del que tiene hoy, y el encierro por largo tiempo y por delitos graves, aparejaba sufrimientos y no confería derechos. El condenado a galeras, a presidio con trabajos forzados o a las diferentes clases de trabajos públicos o encierro, en condiciones severas, era sometido a tareas penosas que no se le remuneraban, de manera que el producto de sus actividades no se traducía en dinero.

La idea de someter a los condenados a un trabajo remunerativo, es una consecuencia del cambio en el punto de vista, tanto respecto a la pena como a la necesidad de corregir al condenado.

Bajo el sistema de las penas perpetuas o de los castigos expiatorios, no se pensaba nada más que en el delito y sus consecuencias individuales. La vuelta del sujeto a la vida social no se consideraba y, por consiguiente, las cuestiones derivadas de ese hecho futuro no se discutían ni se tenían en cuenta.

No es necesario ir muy lejos para encontrarnos con esas teorías en acción.

* * *

45. El sistema del proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor establecía que los condenados a presidio trabajarían en beneficio del Estado. En cambio, en los condenados a penitenciaría, el producto del trabajo se destinaba: 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 entregaría cumplida la condena.

Los fundamentos dados por el autor del proyecto han sido repetidos cuando nos ocupamos de las penas de presidio y penitenciaría en particular (1).

En cuanto a los condenados a prisión no estaban sometidos al trabajo obligatorio, pero podían ocuparse a su beneficio de los trabajos compatibles con la disciplina reglamentaria.

* * *

46. El mantenimiento de los principios antiguos en el proyecto Villegas, Ugarriza y García.—La distinción hecha en el proyecto del doctor Tejedor, se mantiene en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. Los condenados a presidio (artículo 61) trabajarán en beneficio del Estado, y los condenados a penitenciaría (artículos 64 y 65), que debían estar sometidos a trabajos forzados, se encontraban en condiciones de producir. Del resultado obtenido, la tercera parte formaba el peculio propio del penado (artículo 65), cuyo importe se le entregaría a la salida.

Si el penado adeudase indemnizaciones o costas por razones del delito cometido, sin tener otros bienes con los que pueda hacerse efectivo el pago, la cuota que le corresponda en esa utilidad líquida se dividirá por mitad, aplicándose una parte al pago de dichas deudas y la otra al peculio propio (artículo 66).

De manera que según este proyecto, el producto del trabajo

(1) Ver tomo I, página 377.

de los condenados a penitenciaría debía dividirse, correspondiendo un tercio al penado y dos tercios al Estado. Pero si el penado tuviese las obligaciones antes mencionadas, sólo le correspondería como peculio la mitad del tercio, o sea un sexto del producto de su labor.

* * *

47. El proyecto de 1891.—El sistema anterior fué cambiado en el proyecto de 1891, inspirado francamente en las ideas modernas e influído por la propaganda de los nuevos autores. En él no se hacían distinciones, los penados no debían trabajar a beneficio del Estado, y el producto que obtuvieren como resultado de su labor, ya sea que se tratase de condenados a presidio o penitenciaría, debía aplicarse: 1.° A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, si no tuviese medios propios para satisfacerlos o no los hubiere satisfecho de otra manera; 2.° A la prestación de alimentos a que estuviere obligado con arreglo al Código Civil; 3.° A costear los gastos que causare en el establecimiento y los del proceso; y 4.° A formarle un fondo propio que se le entregará a su salida.

La aplicación debía hacerse en el orden de preferencia consignado (artículo 38). Fundando el artículo, la exposición de motivos decía:

"El artículo 38 contiene una disposición común a las penas "de presidio y penitenciaría: la aplicación del producto del tra- "bajo de los penados. Nuestra disposición guarda relación con "la del artículo 65 del Código Penal, que establece el destino que "debe darse al producto del trabajo de los condenados a penitenciaría. Apenas necesita censura, por ser chocante la falta de "equidad de la disposición del artículo 60 del código vigente, que "adjudica íntegramente al Estado el producto del trabajo de los "condenados a presidio."

* * *

48. Principios del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 coincidía con el de 1891, trayendo el artículo 16, que decía así:

"El producto del trabajo del condenado a presidio o prisión "se aplicará: 1.° A indemnizar los daños y perjuicios causados "por el delito que no satisfaciere con otros recursos; 2.° A la "prestación de alimentos según el Código Civil; 3.° A costear los "gastos que causare en el establecimiento; 4.° A formarle un "fondo propio que se le entregará a su salida."

Las diferencias eran de redacción y sin importancia con respecto al proyecto de 1891.

La exposición de motivos no se ocupaba especialmente del asunto.

* * *

49. El código de 1886 y el proyecto Tejedor.—El código de 1886 siguió las inspiraciones del proyecto del doctor Tejedor. Los sentenciados a presidio, según los términos del artículo 60, trabajarían en beneficio del Estado. Los condenados a penitenciaría eran colocados en distintas condiciones, desde que si no tuvieren medios propios para satisfacer la responsabilidad civil en que hubiesen incurrido por el delito cometido, el producto del trabajo se destinaría íntegro a ese objeto y al sostén de la familia, si la tuviese. Satisfecha la responsabilidad civil, el producto del trabajo se aplicaría a satisfacer los gastos que cause en el establecimiento y a formarle un fondo propio que se le entregará a su salida. Lo que se aplique a gastos del penado no excederá de las dos terceras partes del producto del trabajo (artículo 65).

Se mantenía, así, la diferencia entre los condenados a las distintas penas, y se introducía, con respecto al destino del trabajo de los condenados a penitenciaría, una novedad, pues la ley se acordaba de la familia del condenado.

En cuanto a los condenados a prisión y arresto, no estaban sujetos a la obligación del trabajo.

* * *

50. Modificaciones introducidas por la ley N.° 4189.—La ley de reformas introdujo modificaciones. Inspirada en el proyecto de 1891, suprimió las diferencias entre los condenados a presidio

y penitenciaría, y se derogó, por tanto, el artículo 60, estableciendo el 8.° de la nueva ley, que la pena de presidio se cumpliría con trabajos forzados en establecimientos destinados al efecto. Se modificó también el régimen de los condenados a prisión, imponiendo el trabajo a los mismos (artículo 10), y se extendieron las reglas que regían respecto al producto del trabajo de los condenados a penitenciaría para los sentenciados a presidio (artículo 9.°). Unos y otros quedaban, así, en las mismas condiciones en cuanto al producto de sus labores respectivas.

En "La Ley Penal Argentina", dije al respecto (1): La segunda diferencia (me refería a las penas de presidio y penitenciaría) consistía en el destino que debía darse al producto del trabajo de los condenados. Los presidiarios trabajarían en beneficio del Estado, mientras que los condenados a penitenciaría destinarían su producto a satisfacer la responsabilidad civil y a sostener su familia, como lo disponía, sólo para ellos, el artículo 65. La reforma, al colocar el artículo 9.° y suprimir el 60, hace extensivas a los condenados a presidio las disposiciones sobre el destino de los resultados del trabajo que regían para los condenados a penitenciaría. Suprime, así, la otra diferencia que existía entre esas dos penas, que resultan ahora perfectamente idénticas.

*

* *

51. Los fundamentos de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—Los antecedentes expuestos ponen de manifiesto el origen de nuestro artículo y la evolución entre nosotros de los principios dominantes en la materia.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados se ocupó del asunto en la exposición de motivos, diciendo:

"La comisión ha conservado, sin verificar alteraciones, el "artículo del proyecto relativo al producto del trabajo del con- "denado. El precepto se explica por sí mismo. Desde el momento "que el penado trabaja y obtiene un salario, el destino del mismo "debe determinarse, puesto que el condenado, por el hecho de la

(1) Página 144.

"condena, se convierte en un incapaz. En primer lugar, debe "dedicarse el dinero del reo al cumplimiento de sus obligaciones, "tanto las que resultan de la causa como las que se refieren a "su familia, y en segundo, a formarle un fondo que deberá serle "entregado a su salida.

"Las autoridades administrativas deberán reglamentar todo "lo relativo al peculio con el objeto de que al penado se le forme "realmente un fondo. Hoy, en algunas cárceles donde se trabaja, "los condenados perciben salarios, los que muchas veces se gastan "por ellos en los mismos establecimientos, adquiriendo objetos de "comerciantes que tienen la concesión o el permiso de venta. Eso, "que constituye una irregularidad, evita la formación del peculio.

"En la provincia de Buenos Aires existe una reglamentación "que obliga a las autoridades carcelarias a depositar en el Banco "de la Provincia el peculio de los penados, debiendo formarse, "para cada uno, una cuenta especial.

"Indicamos la necesidad de la reglamentación para el cum- "plimiento más perfecto de los propósitos que se persiguen."

*

* *

52. Necesidad de que el condenado trabaje y cumpla sus obligaciones.—El precepto del Código tiene en cuenta las diferentes obligaciones del condenado, sus vínculos con la vida social y la posibilidad o seguridad de su reintegro a la misma, según la condena impuesta.

Mientras el castigo tuvo por objeto principal ejercitar una venganza sobre el delincuente, nadie se preocupó de la persona del mismo, ni de los seres de su familia, como no fuera para otra cosa que para hacer sufrir al primero y aun a los últimos. Los romanos, por eso, destinaban a los condenados a trabajos públicos, a las labores más rudas y más insalubres de las minas, y eso mismo se hizo durante muchos años en los demás países. Pero cuando el concepto de la pena varió y se pensó más que en el carácter aflictivo, en el correccional, fué preciso ocuparse con un criterio distinto del sujeto al cual se esperaba volver a la vida social después de hacerlo pasar por un encierro bajo un régimen determinado.

El trabajo del penado, dentro o fuera del establecimiento, debió ser, más que punitivo, educador y productivo.

Según Assirelli (1), esta nueva orientación del régimen carcelario se inició en el siglo XVII, siendo la primera disposición respectiva la que se tomó por Jacobo de Inglaterra (1603-1625), la cual dispuso se proveyera de instrumentos de trabajo a los condenados alojados en las casas de corrección.

El trabajo para los condenados importa una necesidad moral, siendo la opinión corriente que él constituye el medio más factible para la redención de los mismos.

Para mejorar al condenado, para hacerlo más hombre, es necesario no asfixiar su inteligencia y no embrutecerlo con la inacción, sino por el contrario, elevarlo y perfeccionarlo por medio de la actividad—decía Courcelle Seneuil (2).

* * *

53. El concepto del Código.—El código vigente ha consultado en el artículo correspondiente, los diferentes aspectos del asunto. El condenado debe trabajar y su labor debe serle remunerada.

El producto de la misma tiene que destinarse a llenar sus diferentes obligaciones, sin marcarse preferencias. El Código innova en esta materia, puesto que dice que el producto del trabajo se destinará simultáneamente a todos los efectos indicados. La reglamentación carcelaria, por consiguiente, deberá indicar las cantidades para el prorrateo, desde que las preferencias anteriores se han borrado.

Desde luego, el delincuente puede tener una familia que no debe quedar abandonada y desvalida, soportando por sobre la desgracia que la aflige, la miseria derivada de la falta de recursos que llevaba el penado. Este, en el establecimiento destinado a su encierro, ocasiona gastos, que es justo satisfaga, pues nada justificaría su situación de pensionista del Estado, por el hecho de haberse conducido mal, cuando tiene en sus manos el medio de costearse o, por lo menos, de contribuir a pagar lo que consume.

Estas exigencias son imperiosas, las imponen los hechos mismos y deben ser objeto de previsión.

Si el penado tuviera bienes de fortuna, todos los problemas se facilitarían; pero careciendo de los mismos, como sucede generalmente, las cuestiones surgen y reclaman soluciones adecuadas.

(1) Digesto Italiano.—Lavoro Carcelario, tomo 14, página 179.
(2) Digesto Italiano.—Del Dictionnaire Politique.—Palabra Penitentiaire.

El penado, con su delito, ha ocasionado víctimas, las que deben ser civilmente indemnizadas. Las obligaciones, no sólo se forman como consecuencia del contrato que representa la voluntad personal y de la ley, que significa la voluntad colectiva, sino a causa del delito. Es, por consiguiente, justo que esas obligaciones se cumplan lo mismo que las otras.

El penado, por fin, podrá ser reintegrado a la vida social. Para que este regreso se haga en buenas condiciones, es preciso que el sujeto se encuentre armado de los medios necesarios para desenvolverse dentro del orden legal. Lo esencial, a estos efectos, es que tenga una profesión, un oficio, un medio de vida útil y algún dinero que le permita vivir mientras no encuentre la colocación que ha de incorporarlo definitivamente a la vida regular.

De aquí la institución del peculio con todas sus ventajas.

En el orden práctico, esto debe completarse con un patronato de liberados que no abandone al penado condicionalmente en libertad, y aun al cumplido, y que les proporcione trabajo, a fin que no sean de nuevo arrastrados al delito.

Sin estas instituciones protectoras, el condenado libre, que es rechazado por sus antecedentes, encuentra, dentro de la ley, las puertas cerradas, y puede ser empujado, aun en contra de su voluntad, a cometer nuevas infracciones y a convertirse en un verdadero peligro social.

* * *

54. La reglamentación sobre peculios, existente en la provincia de Buenos Aires.—En los fundamentos del despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se alude a la reglamentación vigente en la provincia de Buenos Aires, acerca del peculio de los condenados.

La mención se refiere a un decreto que redacté cuando desempeñaba el Ministerio de Gobierno durante la administración del señor Marcelino Ugarte (1). Dicho decreto establecía en la parte dispositiva:

"En cada establecimiento carcelario donde existen penados

(1) Rodolfo Moreno (hijo).—Labor Administrativa, tomo I, página 207.

" que trabajen, se llevará un libro que deberá ser confeccionado " y enviado por la Inspección General de Prisiones, y en el que " se llevará una cuenta corriente del haber de cada penado. Asi- " mismo, se anotará el monto de la responsabilidad civil, juez que " la impuso, nombre y domicilio de los parientes con derecho a " ser auxiliados por el penado, y todos aquellos datos que a juicio " de la mencionada repartición sean necesarios.

" El producto del trabajo de los condenados se aplicará: a) El " cincuenta por ciento a satisfacer la responsabilidad civil, de " acuerdo con lo establecido expresamente en el artículo 65 del " Código Penal, en el caso de sentencia que así lo hubiere dispues- " to; b) El cincuenta por ciento al sostenimiento de la familia, si " la tuviere, de acuerdo con el citado artículo 65.

" Si el penado no tuviera responsabilidad civil que satisfacer, " el producto de su trabajo se destinará: a) El cincuenta por cien- " to al sostenimiento de la familia; b) El cincuenta por ciento a " la formación de un fondo que le será entregado a su salida del " establecimiento.

" Si el penado no tuviera responsabilidad civil que satisfacer, " ni familia que mantener, el producto de su trabajo será apli- " cado: a) El cincuenta por ciento para la formación del fondo " personal; b) El cincuenta por ciento a sufragar los gastos que " produzca en el establecimiento.

" Si el penado tuviese responsabilidad civil que satisfacer y " no tuviera familia que mantener, el producto de su trabajo debía " distribuirse en partes iguales para el fondo personal y la res- " ponsabilidad civil."

El decreto se extendía en una reglamentación cuidadosa y disponía el depósito del peculio en la caja de ahorros del Banco de la Provincia, y los giros por intermedio de la misma institución a las personas que tuvieren derecho.

Entre los considerandos se decía que era propósito del P. E. instituir el trabajo en todas las cárceles, de acuerdo con el Código Penal; se dejaba constancia del principio de ejecución de esta finalidad, y se afirmaba que era necesario, no sólo que los sentenciados aprendieran un oficio y se instruyeran, sino que salieran, una vez cumplida la pena, con medios para afrontar las necesidades que tuviesen antes de encontrar ocupación.

Esa reglamentación se dictó de acuerdo con el código de 1886 entonces en vigor.

VI

Libertad condicional

55. Disposiciones del código y sus concordancias. — 56. La libertad condicional y su objeto. — 57. La nueva institución. — 58. El derecho de gracia en el proyecto del doctor tejedor. — 59. La gracia en el código de 1886. — 60. El criterio del proyecto de 1891. — 61. Disposiciones del proyecto de 1906. — 62. Fundamentos de la comisión especial de legislación penal y carcelaria. — 63. El artículo 13 y los cambios hechos durante su preparación.—64. El artículo 13 y las observaciones del senador rojas. — 65. El texto según la comisión de códigos del senado. — 66. Modificaciones de la segunda comisión de la cámara de senadores aceptadas en diputados. — 67. Alcance del artículo 13.—68. El beneficio no se acuerda a los reincidentes.—69. término de la libertad condicional. — 70. Renovación de la libertad condicional. — 71. Extensión del beneficio.

* * *

55. Disposiciones del Código y sus concordancias.—

Artículo 13

El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por me-

nos de tres años, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento, bajo las siguientes condiciones (1):

1.° Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2.° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;

3.° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4.° No cometer nuevos delitos;

5.° Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.

Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

* * *

Artículo 14

La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

Artículo 15

La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad.

En los casos de los incisos 2.°, 3.° y 5.° del artículo 13, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliese lo dispuesto en dichos incisos.

(1) La fe de erratas dispone lo siguiente: en lugar de "por menos de tres años", debe decir "por tres años o menos"; y en lugar de "podrá", debe decir "podrán". El objeto de la modificación tiende a que en ningún caso puedan negarse los beneficios de la libertad condicional a los condenados a tres años, pues tomando la ley a la letra, parecería que se acordasen a los condenados a más de tres años y a menos, pero no a los condenados a tres años justos.

Artículo 16

Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12.

Artículo 17

Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 16 y 17. — Noruego, 17.—Holandés, 15, 16 y 17.—Alemán, 23, 24 y 25.—Húngaro, 44, 48 y 50.—Ley española de 23 de julio de 1914, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 10.—Código japonés, 28 y 30.—Uruguayo, 93.—Proyecto de 1891, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 34 y 36.—Proyecto de 1906, 18, 19, 20, 21 y 22.—Anteproyecto suizo de 1916, 38.—Proyecto alemán de 1919, 26, 27, 28 y 29.—Proyecto austriaco de 1909, 23, 24, 25 y 26.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo XII.

* * *

56. La libertad condicional y su objeto.—La libertad condicional consiste en la autorización dada por la ley para que una pena de encierro pronunciada por los tribunales, pueda ser, durante su ejecución, atenuada por una liberación anticipada, que se puede revocar en ciertos casos.

La sociedad verifica, con esa institución, una experiencia relacionada con el fin de la penalidad impuesta. Con el castigo se ha tratado de corregir al delincuente y devolverlo, una vez satisfecha su deuda, al medio del cual fué segregado. En la cárcel se le ha sometido a un régimen después de señalado el castigo con término o sin él, pero dándose la posibilidad de acortar el tiempo fijado, o de ponerle fin cuando no lo tiene.

La pena se individualiza también, desde que, según cual fuera la conducta del condenado y las pruebas de reforma que hubiese dado, el encierro y el régimen a que está sometido se mantienen o se suspenden.

La institución de la libertad condicional tiene su origen en

Inglaterra, y derivaba del derecho de gracia y de la forma en que se cumplía la pena de deportación. Los condenados eran llevados a Australia para reducirles la pena, poniéndolos en libertad condicional revocable, pero exigiéndoles su permanencia en aquella isla. Pero, poco a poco, el sistema fué perfeccionándose en los detalles, hasta llegar a convertirse en un medio ordinario de extinción de la pena.

* * *

57. La nueva institución.—El código en vigor ha modificado las disposiciones penales anteriores en esta materia, pues la libertad condicional no existía en nuestro derecho. Contábamos con la reducción de las penas por tiempo indeterminado o determinado, después de llenadas ciertas condiciones, pero no con la libertad condicional, como hoy se legisla. Conviene, sin embargo, señalar esos antecedentes, porque el perfeccionamiento de la institución se ha producido a base de aquéllos.

* * *

58. El derecho de gracia en el proyecto del doctor Tejedor.—La gracia, que era la institución reemplazada por la libertad condicional, tiene su origen en el proyecto de Tejedor. Los condenados a presidio por tiempo indeterminado tenían la esperanza de obtener su libertad, dando pruebas de reforma positiva, especialmente si durante ocho años continuos mostraban una aplicación notable al trabajo, no incurrían en castigos por actos de maldad o desobediencia, o daban cualesquiera otra señal irrecusable de corrección. En estos casos podían obtener gracia después de quince años de pena. (Artículo 10 del libro segundo, sección segunda, § II).

De manera que la pena de presidio por tiempo indeterminado, podía reducirse a presidio por quince años, si en los últimos ocho años de cumplimiento el sentenciado daba pruebas de reforma positiva.

Los condenados a presidio por tiempo determinado podrán también abreviar la duración del castigo, llenando las condiciones anteriores y después de cumplida la mitad del tiempo de la condena. (Artículo 11).

La gracia se acordaba en las mismas condiciones a los condenados a la pena de penitenciaría por tiempo indeterminado o determinado. (Artículo 16).

El doctor Tejedor tomó esta institución del código de Baviera, cuyo comentario oficial transcripto por el mismo, decía en la parte pertinente:

"El motivo de esta disposición humanitaria es evidente, y "el criminal recibe así un estímulo para reformarse, dando pruebas irrecusables de corrección. Pero esta corrección y estas pruebas no pueden ofrecer garantía sino después de cierto tiempo; "y por eso la ley fija la mitad de la pena.

"Es esencial observar: 1.° Que de aquí no resulta para los "condenados un derecho adquirido de obtener su gracia, sino "una posibilidad de solicitarla. 2.° Que esta solicitud debe hacerse de oficio por los tribunales, debiendo los encargados de "los presidios tener listas exactas de la conducta de los condenados para presentarlas a los tribunales."

* * *

59. La gracia en el código de 1886.—El sistema de la gracia, que era incorrecto hasta en el empleo de la palabra, pues ella implica concesión y no derecho, fué aceptado en el código de 1886. Este lo estableció en los artículos 73 y 74.

Los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, que durante los últimos ocho años hubiesen dado pruebas de una reforma positiva después de sufrir quince años de condena, tendrán derecho a pedir gracia del resto de la pena.

El mismo derecho tendrán los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo determinado, después de haber cumplido las dos terceras partes de su condena, si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva.

La gracia se acordaba toda vez que se comprobaba por medio de los informes correspondientes, la buena conducta del penado.

La gracia era irrevocable, de manera que el condenado pasaba sin transición alguna al goce de la libertad, saldando sus cuentas con la sociedad, con excepción de lo relativo a las condenaciones accesorias.

El Código consagraba, como puede notarse, el derecho a pedir la gracia, o sea la reducción del término de la pena.

* * *

60. El criterio del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 varió el criterio inspirado en bases más científicas y más modernas. En los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24, 34 y 35, fijó su sistema en la forma que concreto a continuación:

El condenado a presidio temporal, que hubiere cumplido los dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos del establecimiento, obtendrá de la autoridad judicial competente la libertad condicional, previo informe motivado de la dirección del presidio, y con audiencia del ministerio público.

Esta libertad se concederá bajo las siguientes condiciones:

1.° Residir en el distrito en que esté situado el presidio, durante el resto de la condena; 2.° Observar las reglas de inspección que fije el auto de soltura; 3.° Adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia; 4.° No cometer nuevos delitos o faltas.

El auto de soltura será revocado cuando el penado cometiere un nuevo delito o se evadiere o intentare evadirse del distrito del presidio, y en este caso el tiempo que haya durado la libertad condicional no se computará en el término de la pena, sin perjuicio de la acumulación de penas que correspondiere por el nuevo delito.

La revocación se entenderá pronunciada el día del arresto.

Si el penado infringiere cualquiera de las demás condiciones establecidas en el artículo 20, el auto de soltura será también revocado, pero en este caso el tribunal competente podrá descontar del término de la pena el todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad condicional.

Ningún individuo, cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

Cuando el término de la condena transcurriese sin que el auto de soltura sea revocado, la pena quedará extinguida.

Los condenados a penitenciaría, por más de dos años, que hayan cumplido los dos tercios de su condena, observando con toda regularidad los reglamentos del establecimiento, obtendrán de la autoridad judicial competente la libertad condicional, previo informe motivado de la dirección de la penitenciaría, y con audiencia del ministerio público.

Esta libertad se concederá bajo las condiciones siguientes:

1.° Fijar su residencia en el lugar que determine el auto de soltura, y no variarla sin previa autorización del tribunal competente; 2.° Observar lo prescripto en los incisos 2.°, 3.° y 4.° del artículo 20.

Se aplicaban para los condenados a penitenciaría las mismas reglas consignadas para los sentenciados a presidio, y se reputaba evasión la violación o tentativa de violación de la residencia obligatoria.

La libertad condicional solamente se otorgaba a los condenados por término fijo y no a los castigados con penas perpetuas.

La exposición de motivos del proyecto fundamentaba la reforma, diciendo:

"Los artículos 19 a 24 del proyecto, establecen y reglamentan especialmente la *libertad condicional* de los condenados a presidio temporal, sistema que la comisión propone en substitución del actual *derecho de pedir gracia* de una parte de la condena que establece el artículo 74 del Código Penal.

"La conveniencia de que en el cumplimiento de la condena encuentre el condenado a pena temporal una recompensa que lo estimule en la observancia de una buena conducta, ha sido conocida desde mucho tiempo atrás. La actual disposición del Código Penal, tomada del proyecto Tejedor, procede del código de Baviera, sancionado en 1813. En las sucesivas traducciones y transformaciones, el artículo perdió su claridad, y presenta hoy tales dificultades de interpretación, que ha facilitado más de un abuso, que no es del momento referir. Pero no es este el principal defecto de la ley vigente. Mediante las pruebas de una reforma positiva—concepto muy riguroso si se aplica estrictamente, pero muy benigno si por él sólo se exige no haber cometido delitos o faltas durante una parte de la condena, faltando precisamente la frecuente ocasión de cometerlos que tiene el delincuente en libertad,—el condenado obtiene la remisión absoluta de una parte de la pena, y se encuentra para cometer

" un nuevo delito en las mismas condiciones que el que nunca " delinquió. Se comprende que es mucho más racional y prove- " choso el sistema de la libertad condicional, que vuelve a la liber- " tad al condenado durante una parte de la pena, pero a condi- " ción de obtenerse alguna seguridad de que en ese tiempo no de- " linquirá de nuevo.

" Teniendo presente que la pena de presidio sólo se aplica en " el proyecto a los autores de delitos graves, y que la libertad " condicional es un favor hecho al delincuente, en el interés de " estimularlo a observar los reglamentos carcelarios, sujetamos la " libertad condicional de los condenados a presidio temporal a los " límites fijados por el artículo 19. Este favor se ampliará res- " pecto de los condenados a penitenciaría, teniendo presente que " aplicamos esta pena a delitos de índole menos perversa.

" Los artículos 21 a 24 establecen los casos y consecuencias " de la revocación de la libertad condicional, medidas derivadas " del principio establecido en la disposición principal."

61. Disposiciones del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 fué más amplio, pues extendió los beneficios de la libertad condicional a los condenados por tiempo indeterminado. El proyecto, como se recordará, no consignaba penas perpetuas.

En los artículos 18, 19, 20, 21 y 22, se contenían los preceptos que examinaré a continuación.

El condenado a presidio o prisión por tiempo indeterminado, que hubiere cumplido veinte años de condena, y el condenado a presidio temporal o prisión por más de tres años, que hubiere cumplido los dos tercios de su condena, observando con regularidad los reglamentos penales, obtendrán la libertad por resolución judicial, bajo las siguientes condiciones: 1.° Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2.° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto; 3.° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4.° No cometer nuevos delitos.

La libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito, o violare o intentare violar la obligación de residencia. En estos casos no se computará en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad. En los casos de los incisos 2.° y 3.° del artículo precedente, el tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena, todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliese lo dispuesto en dichos incisos.

Transcurrido el término de la condena sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida.

Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente.

Sobre este asunto, la exposición de motivos, decía:

" Otra institución adoptada hoy casi universalmente, y que " también proponemos, es la libertad condicional de los penados " que hayan dado pruebas de positiva reforma. Nada más justo, " en efecto, si el objeto principal de la pena es la reforma, que " suspender sus efectos cuando ella ha dado los resultados bus- " cados. Esto en cuanto a la justicia de la institución, que por lo " que respecta a sus beneficios, a sus ventajas prácticas, las si- " guientes palabras del informe presentado a la Cámara de Re- " presentantes de Bélgica, en 1888, las demuestran de una manera " concluyente: "Durante la excarcelación del condenado, ella es " un estímulo de buena conducta, un germen de enmienda, una " prima ofrecida al detenido arrepentido. Después de obtenida " la libertad, ella contribuye eficazmente a mantener al favorecido " en la vía del bien, a prevenir su caída."

" La institución que nos ocupa tiene cierta analogía, por lo " menos en cuanto a sus fines, con lo que establecen los artículos " 73 y 74 del código vigente; pero en nuestro sentir, la libertad " condicional, tal como la proponemos, constituye un sistema más " completo y más eficiente.

" Derecho a pedir gracia del resto de la pena, que es lo que " establece el Código, importa casi una incongruencia, porque de- " recho y gracia son términos antinómicos. Pero, aparte de esto, " consignar que el penado tiene derecho a pedir gracia, no sig- " nifica la creación de nada preciso, ni de nada positivo, porque, " en primer lugar, el derecho de petición está garantido por la " Constitución, y, en segundo lugar, porque la facultad de acordar " gracia corresponde siempre al presidente de la República, in- " dependientemente de lo que disponga el Código Penal.

" Por otra parte, la gracia extingue completamente la pena, " y el penado queda librado al freno único de su conciencia y de " sus sentimientos. En el sistema de la libertad condicional, el " condenado está obligado a observar buena conducta durante to- " do el tiempo de la condena, so pena de que no se le cuente en " la computación de aquélla el término que ha durado su libertad; " constituye, pues, un resorte poderoso para mantenerlo en el ca- " mino del bien. La reforma queda, asimismo, mejor comprobada " después de esta doble prueba: la de la cárcel y la de la li- " bertad.

" La gracia es, además, un resorte que debe reservarse para " los casos excepcionales que le dan su razón de ser; no debe ser " un arma ordinaria de gobierno.

" Todas estas razones nos han movido, pues, para proyectar " esta reforma, respecto de la cual sólo agregaremos que, siguiendo " el ejemplo de Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Hungría, con- " fiamos a los tribunales de justicia la aplicación del derecho que " establecemos. Nos ha parecido que el reconocimiento de ese " derecho, en cada caso, es una función del resorte exclusivo del " departamento judicial."

62. Fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La institución de la libertad condicional fué fundada en la exposición de motivos de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados en los términos siguientes:

" La ley vigente atribuye al condenado el derecho de pedir " gracia cuando ha cumplido los dos tercios de la pena de pre- " sidio o penitenciaría por tiempo determinado, o cuando ha cum- " plido quince años en las condenas a presidio o penitenciaría " por tiempo indeterminado. La condición de la gracia estriba en " el hecho de haber dado muestras de una reforma positiva en el " último tercio del tiempo, o en los últimos ocho años, según el " caso. En la práctica se ha entendido que la buena conducta del " penado hace suponer la reforma positiva.

" El sistema dominante tiene diversos inconvenientes. Desde " luego, no se extiende nada más que a los condenados a presidio " o penitenciaría, lo que trae una notoria injusticia, pues un con- " denado a tres años de prisión, por ejemplo, no puede solicitar " la gracia y debe cumplir los tres años, y un autor de delito " más grave y castigado por igual tiempo de penitenciaría, puede " libertarse después de cumplir dos años.

" El término *gracia* está mal empleado, porque si fuera una " gracia, no sería un derecho, y la ley, a pesar de usar esa pa- " labra, supone el derecho diciendo que se tendrá el derecho a " la gracia.

" La sociedad, cuando reduce una pena porque el condenado " tuvo irreprochable conducta, lo supone regenerado y en condi- " ciones de ser devuelto a la misma. Pero eso es sólo un supuesto, " que puede ser desautorizado por los hechos. No debe, entonces, " desprenderse de toda facultad quien otorga el beneficio. Debe, " por el contrario, reservarse la posibilidad de revocar la libertad " concedida, cuando el penado cometiere un nuevo delito o se subs- " trajere al contralor que supone la residencia.

" Aceptamos, por todo esto, la terminología del proyecto y la " institución tal como la reglamentó el mismo, estableciendo la " libertad condicional para los penados que han cumplido deter- " minada parte de su pena de encierro.

" Desde luego, para poder usar de la libertad condicional es " necesario que la condena sea a tiempo mayor de tres años, lo " que no importa una incongruencia, ni una contradicción con las " observaciones hechas antes, desde el momento que para el con- " denado a menos tiempo cabe la condena condicional, la que sólo " no procede para los reincidentes y para los sujetos a quienes no " convenga aplicarla a juicio del tribunal.

" Hemos suprimido en el proyecto definitivo, cuando trata " de la revocación, lo relativo a tentativa de violación de resi- " dencia, por considerarlo vago y susceptible de abusos."

El proyecto redactado por la comisión contenía los artículos 13, 14, 15, 16 y 17 del código vigente. En el curso del estudio se introdujeron modificaciones en los artículos 13 y 16, quedando con su mismo texto los números 14, 15 y 17. Veamos, en consecuencia, las reformas y su alcance respectivo.

63. El artículo 13 y los cambios hechos durante su preparación.—El artículo 13 fué redactado en la Cámara de Diputados por la comisión especial, en los siguientes términos:

"El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere "cumplido veinte años de condena, y el condenado a reclusión "temporal o a prisión por más de tres años, que hubiere cumplido "los dos tercios de su condena, observando con regularidad los "reglamentos carcelarios, obtendrán la libertad por resolución "judicial bajo las siguientes condiciones: 1.° Residir en el lugar "que determine el auto de soltura; 2.° Observar las reglas de "inspección que fije el mismo auto; 3.° Adoptar en el plazo que "el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tu-"viere medios propios de subsistencia; 4.° No cometer nuevos "delitos. Estas condiciones regirán hasta el vencimiento del tér-"mino de la pena."

La primera diferencia que se nota con el texto vigente se encuentra en la primera parte, pues en el proyecto de la comisión la libertad condicional se acuerda a los condenados a esas penas por más de tres años, mientras que el Código amplía el precepto y también concede el beneficio a los condenados por menos de tres años.

La segunda diferencia consiste en que se somete al liberado a un patronato que deberá ser indicado por las autoridades competentes. (Inciso 5.°).

Y la tercera en que el proyecto establecía la duración de las condiciones hasta el término de la pena pronunciada, sin tener en cuenta que en las penas perpetuas la fijación del plazo no concurría. El Código salvó la omisión, diciendo que en los casos de penas de esa índole, las condiciones se debían mantener hasta cinco años después de la liberación.

Veamos ahora cómo y cuándo se verificaron las correcciones sobre el proyecto de 1917.

64. El artículo 13 y las observaciones del senador Rojas.—En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas proyectó el artículo en los términos siguientes:

"El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiese "cumplido más de 20 años de la pena, y el condenado a prisión "o reclusión por más de tres años que hubiera sufrido las tres "cuartas partes de la condena, y no menos de tres años, siempre "que el remanente de la pena no exceda de cinco años, y que, "además, hubiera observado los reglamentos carcelarios, podrá "obtener la libertad condicional por resolución judicial, bajo las "siguientes condiciones: 1.° Residir en el lugar que determine el "auto de soltura; 2.° Observar las reglas de inspección que "fije el mismo auto; 3.° Adoptar en el plazo que el auto deter-"mine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviese medios "propios de subsistencia. Estas condiciones regirán hasta el ven-"cimiento de los términos en las penas temporales, y en las per-"petuas hasta cinco años más a contar desde el día de la libertad "condicional."

Fundó las modificaciones propuestas, diciendo:

"Supongamos un delincuente condenado a *tres años de pri-"sión.* Según el artículo 13, no podrá obtener su libertad condi-"cional; mientras tanto, el delincuente condenado a cuatro años "*de reclusión* podrá obtener la libertad condicional a los *dos años "y ocho meses,* que son los dos tercios de cuatro años. Esto no "es justo.

"Es indudable que no corresponde acordar la libertad con-"dicional sino después de que el condenado haya sufrido una "parte de la pena, de tal manera que pueda razonablemente ad-"mitirse que el castigo ha obrado sobre su espíritu, intimándolo "o corrigiéndolo y haciéndolo apto para la convivencia social: "un mínimum de sufrimiento de pena es indispensable. ¿Cuál "sería ese mínimum? El proyecto fija dos tercios de la pena, "siempre que ésta sea mayor de tres años. Esa manera de pro-"ceder da lugar a la consecuencia ilógica que hemos indicado "más arriba.

"Supongamos que un delincuente ha sido condenado a *reclu-*

" *sión por veinte años.* Cuando haya cumplido trece años y cuatro " meses puede obtener la libertad condicional, faltándole aún *seis* " *años y ocho meses.* En razón de la gravedad del delito quizá " se acuerde muy pronto la libertad.

" Veamos cómo está legislada esta materia en algunos códigos:

" Italiano, artículo 16.—El condenado a reclusión o detención " por más de tres años, que haya sufrido tres cuartos de la pena " y no menos de tres años, cuando se trate de reclusión, o la " mitad cuando se trata de detención, podrá obtener la libertad " condicional, siempre que el remanente de la pena no exceda de " tres años.

" Código alemán, párrafo 23. Casa de Fuerza. Cárcel.—Cuando " el delincuente ha sufrido tres cuartos de la pena y no menos de " un año.

" Holandés, artículo 15.—Cuando ha sufrido tres cuartos de la " pena de prisión y no menos de tres años.

" El inciso 4.°, del artículo 13, dice: " No cometer nuevos " delitos." Este inciso no tiene objeto en presencia de lo dispuesto " en el artículo 16.

" El último párrafo del artículo 13, establece que las con- " diciones bajo las cuales se acuerda la libertad condicional re- " girán hasta el vencimiento del término de la pena. Esto se " aplica a las penas temporales; pero como también se puede con- " ceder la liberación condicional después de 20 años, cuando se " ha impuesto la reclusión o prisión perpetua, hay necesidad de " determinar hasta cuándo, en los casos de imposición de esas " penas, regirán las condiciones bajo las cuales se ha obtenido " la libertad condicional.

" Pienso, por mi parte, que las condiciones deberán obser- " varse por un período de cinco años, por ejemplo, desde que " aquéllas no deben pesar indefinidamente sobre el que ha obte- " nido la libertad condicional."

* * *

65. El texto según la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado proyectó la redacción de los dos artículos, introduciendo modificaciones al proyecto en revisión preparado en la Cámara de Diputados.

El texto presentado, decía así:

" El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiese " cumplido veinte años de condena; el condenado a reclusión tem- " poral o a prisión por más de tres años que hubiese cumplido " los dos tercios de su condena, y el condenado a reclusión o " prisión por menos de tres años que, por lo menos, hubiese cum- " plido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando " con regularidad los reglamentos carcelarios, obtendrán la li- " bertad por resolución judicial, previo informe de la dirección " del establecimiento, bajo las siguientes condiciones:

" 1.° Residir en el lugar que determine el auto de soltura.

" 2.° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, " especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas.

" 3.° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, " industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsis- " tencia.

" 4.° No cometer nuevos delitos.

" 5.° Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las " autoridades competentes. Estas condiciones regirán hasta el ven- " cimiento de los términos de las penas temporales, y en las per- " petuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad " condicional."

El artículo 16 se redactó en los términos siguientes:

" Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco " años señalado en el artículo 13, sin que la libertad condicional " haya sido revocada, la pena quedará extinguida."

Las diferencias consistían, en el primer artículo: que se concedía la libertad condicional a los condenados a menos de tres años; en que se les sometía a un patronato, y en que se señalaba término a las condiciones fijadas cuando se trataba de penas perpetuas; en el segundo: en que se intercalaba un párrafo relacionado con el plazo de cinco años fijado para la extinción de las mencionadas exigencias cuando se trataba de condenas perpetuas.

* * *

66. Modificaciones de la segunda comisión de la Cámara de Senadores aceptadas en Diputados.—La segunda Comisión de Códigos del Senado proyectó el despacho en los siguientes términos:

"Artículo 13.—Suprimir al principio de la primera parte: "reclusión o"; substituir al final de la misma la palabra "obten- "drán" por "podrán obtener".

Queda el artículo:

"El condenado a prisión perpetua que hubiese cumplido 20 "años de condena; el condenado a reclusión temporal o a prisión "por más de 3 años que hubiese cumplido los dos tercios de su "condena, y el condenado a reclusión o prisión por menos de tres "años que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u "ocho meses de prisión, observando con regularidad los regla- "mentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución "judicial, previo informe de la dirección del establecimiento bajo "las siguientes condiciones..."

El resto del artículo no se modifica.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, aceptó la redacción, diciendo en su informe:

"La eliminación, en el artículo 13, de las palabras *reclusión o,* "conduciría a negar al condenado a reclusión perpetua la posibili- "dad de obtener su libertad. Pocas legislaciones niegan la libertad "condicional a los condenados a perpetuidad (Estados Unidos, "Wisconsin), y las que la conceden señalan un plazo mínimo de "encarcelamiento que va de cinco años (Congo), a diez (Bélgica y "Japón), doce (Finlandia), quince (Luisiana y actual código ar- "gentino), y veinte (Hungría y Egipto). El artículo 13 del pro- "yecto en revisión, exige, para la concesión del beneficio, el cum- "plimiento de veinte años de condena, lo que no constituye, por "cierto, exceso de benignidad. No es conveniente suprimir el bene- "ficio, sobre todo si se considera que la libertad es revocable y que "el liberado puede ser sometido, durante cinco años, al cuidado de "un patronato. La libertad condicional es un estímulo de buena "conducta, un germen de enmienda, una prima ofrecida al detenido "arrepentido, y no conviene eliminar este poderoso resorte, que "influye eficazmente en la conducta del condenado durante el cum- "plimiento de la pena."

Los artículos quedaron redactados definitivamente en la forma en que los incluye el Código.

Debe tenerse presente que el último informe transcripto pertenece a la comisión de diputados de 1921, que no es la que redactó el Código, sino la que se expidió en las reformas propuestas por el Senado.

67. Alcance del artículo 13.—Las disposiciones del artículo 13 se explican por sí mismas. El precepto extiende los beneficios de la libertad condicional a todos los condenados. Cuando la pena es perpetua, después de haber cumplido veinte años, y cuando es temporal, cabe solicitarse, después de cumplidos los dos tercios, si la condena es a más de tres años y después de haber estado en prisión ocho meses y en reclusión un año, si la pena fué impuesta por menos de tres años.

El Código, volviendo sobre el criterio antiguo, ha sido amplio en la concesión, dejando a todo penado en condiciones de reducir el tiempo de su encierro. Para ello basta con su propia acción. La ley coloca cláusulas generales que se cumplen de distinta manera, según la conducta individual, personalizándose el castigo y haciéndose diferente para unos y otros sujetos, de acuerdo con las modalidades de cada uno.

Como la libertad condicional supone la corrección del penado, se crea un plazo de expectativa. Dentro del mismo, si el penado viola la condición de residencia impuesta, o comete un nuevo delito, demuestra que la confianza hecha no es justificada y la libertad se revoca. El penado debe volver al encierro y el tiempo de libertad no se le cuenta como parte de pena cumplida.

68. El beneficio no se acuerda a los reincidentes.—Por las mismas razones, las que forman la base de la institución, la libertad condicional no se concede a los reincidentes. La presunción respecto a éstos no es la corriente, que supone la corrección si la conducta lo acredita, sino, precisamente, la contraria. La sociedad tiene interés, en estos casos, en defenderse, y no en colocar a los sujetos peligrosos en condiciones de dañarla.

69. Término de la libertad condicional.—Las condiciones a que queda sujeto el penado mientras dura el período de libertad, no pueden ser permanentes. La misma condena, cuando tiene un término fijo, se extingue una vez cumplida. La libertad condicional se acuerda anticipando los efectos de la liberación, sometiendo al sujeto a una experiencia y sujetándolo a la observación.

Pero pasado el término de la condena, sin que la libertad fuere revocada o pasados cinco años desde que se hizo efectiva cuando la pena pronunciada era perpetua, la deuda se considera saldada, la libertad toma carácter definitivo, y la inhabilitación absoluta, consecuencia de la pena perpetua, también se extingue.

El sujeto queda reintegrado definitivamente a la vida social.

70. Revocación de la libertad condicional.—El artículo 17 se explica también por sí mismo. Desde que la libertad condicional se acuerda como una medida de excepción para los penados que se suponen corregidos, y desde que la revocación del beneficio demuestra que la corrección no se produjo, la ley debe ser cautelosa con relación a esos individuos, y no puede autorizar la repetición de la experiencia fracasada. Debe tenerse en cuenta que esas experiencias son siempre peligrosas, pues se devuelve con ellas a la vida libre a un sujeto que puede atentar contra los derechos fundamentales de los otros individuos.

71. Extensión del beneficio.—El artículo 13 acuerda la libertad condicional a los condenados por más de tres años y a los condenados por menos de tres años. ¿Quiere esto decir que no se concede a los condenados, precisamente, a tres años?

Hemos visto que en su origen el precepto sólo acordaba el beneficio a los condenados por más de tres años, y que la reforma se hizo en el Senado, extendiéndolo a todos por las razones que diera el doctor Rojas, y a las cuales he hecho antes referencia.

Desde que el propósito fué extender y no restringir, no sería sensato, a mérito de una deficiencia de redacción, interpretar la ley en un sentido contrario a su espíritu. Esta ha querido acordar, en todos los casos, los beneficios de la libertad condicional.

VII

Los condenados por tribunales provinciales

72. El artículo 18 y sus concordancias.—73. La unidad de la legislación represiva y el propósito de la disposición. — 74. Los antecedentes del precepto y el proyecto de 1891.—75. Disposiciones del proyecto de 1906.—76. La redacción de la comisión especial de la cámara de diputados.

* * *

72. El artículo 18 y sus concordancias.—

Artículo 18

Los condenados por tribunales provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados.

Concordancias.—Proyecto de 1891, artículo 15.—Proyecto de 1906, artículo 25.

* * *

73. La unidad de la legislación represiva y el propósito de la disposición. — Dentro de nuestro sistema federal de gobierno, el Congreso de la Nación dicta el Código Penal para ser aplicado por

los jueces nacionales o provinciales, según los lugares donde las infracciones se produzcan.

El sistema penal lo determina el Congreso, y la aplicación se defiere a los gobiernos locales. Pero si cada provincia pudiera tener modos distintos de ejecución de la penalidad, podríamos contar, en realidad, con diferentes castigos, a pesar de la uniformidad dispuesta por la Constitución Nacional. Esta, que ha dado algunas reglas generales sobre materia represiva, se ha ocupado también de principios carcelarios. Al decir, al final del artículo 18: "las " cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no " para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a " pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo " que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice", ha fijado una norma y un concepto.

De manera que los Estados federales deberán ajustarse a ese precepto genérico en todo lo que se relacione con sistemas carcelarios.

Es indudable que si la Nación careciese de derecho para hacer cumplir en las provincias las reglas del Código Penal relacionadas con el cumplimiento de los castigos consignados en el mismo, la unidad represiva consagrada en la Constitución sería ilusoria. Para que las penas sean iguales en todo el territorio, es preciso que el régimen carcelario también lo sea, y que la ley nacional de la materia sea cumplida en todo el territorio de la Nación.

Ocurre, entretanto, que si bien algunas provincias se encuentran en condiciones de cumplir con las exigencias de la ley, otras no pueden hacerlo, a causa de sus recursos reducidos y como consecuencia de su escasa población.

Para estos casos, se ha colocado en el Código el presente artículo, que autoriza a las provincias para mandar los condenados a reclusión o prisión por más de cinco años a los establecimientos nacionales. Cuando no tuvieren establecimientos adecuados están obligadas a enviarlos. El precepto es, así, según los casos, facultativo u obligatorio.

El gobierno nacional, en mi concepto, tiene el derecho y el deber de vigilar el cumplimiento del régimen penal en todo el país, para cumplir, así, de manera adecuada, lo establecido en la ley fundamental, que ordena la unidad del régimen represivo.

* * *

74. Los antecedentes del precepto y el proyecto de 1891.—El antecedente inmediato del precepto lo encontramos en los proyectos de 1891 y 1906.

En el proyecto de 1891 se establecía que para el cumplimiento de la pena de presidio se fundaría un establecimiento en alguna de las islas del sud de la República, a que deberían ser destinados los condenados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual podrían ser remitidos los condenados por los tribunales provinciales. (Artículo 15).

La exposición de motivos, decía:

" La creación de establecimientos penales es por demás cos-
" tosa para que cada una de las provincias pueda dar cumplimien-
" to a la ley del Congreso que determina la forma de aplicación de
" las penas. La Nación debe, pues, facilitar los medios de repre-
" sión que tiendan a garantir la seguridad de los habitantes del
" país contra la delincuencia. Disponiendo de islas en las costas
" del sud de la República y pudiendo aplicar el trabajo de los
" condenados a la construcción de su propio presidio, tiene a la
" vez la Nación mayores facilidades para la fundación de un esta-
" blecimiento adecuado. Por esto, el proyecto dispone en el ar-
" tículo 15, que el gobierno de la Nación funde en alguna de las
" islas del sud un presidio, al que deberán ser destinados los con-
" denados a esa pena por los tribunales nacionales, y al cual po-
" drán ser remitidos los condenados por los tribunales provincia-
" les. La comisión ha tenido presente que existe en el Congreso un
" proyecto presentado por el Poder Ejecutivo, creando un presidio
" en la isla de los Estados."

* * *

75. Disposiciones del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 acentuaba más el propósito anterior, diciendo en el artículo 25:

" Los condenados por tribunales provinciales a presidio, pri-
" sión, deportación o detención, serán admitidos en los respectivos
" establecimientos nacionales."

La exposición de motivos fundamentaba el artículo, manifestando:

" Ahora, ante el hecho de que algunas provincias, por la esca-
" sez de sus recursos, no puedan crear y sostener los establecimien-
" tos penales que se requieren, hemos establecido que los condena-
" dos a presidio, prisión, deportación o detención, serán admitidos
" en los respectivos establecimientos nacionales, con cuya medida
" queda salvado uno de los inconvenientes que podrían impedir la
" aplicación de las penas, tal como el proyecto lo establece."

* * *

76. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, redactó el artículo en la forma en que fué sancionado.

La disposición es más terminante que la de los proyectos anteriores, pues impone a las provincias la remisión de sus penados cuando carezcan de establecimientos apropiados para el cumplimiento de las penas y a los efectos de la unidad del régimen represivo en todo el país.

VIII

Pena de multa

77. Los artículos 21 y 22 y sus concordancias.—78. La multa como pena de derecho criminal.—79. La pena de multa en la antigüedad.—80. Controversias sobre la justicia de la pena de multa.—81. La multa en el proyecto del doctor Tejedor.—82. Las reglas del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—83. Proyecto de 1891.—84. El proyecto de 1906.—85. Regla del código de 1886.—86. El despacho de la comisión especial de la Cámara de diputados.—87. El criterio del senado.—88. Los fundamentos de la comisión de códigos.—89. El artículo 22.

* * *

77. Los artículos 21 y 22 y sus concordancias.—

Artículo 21

La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria,

mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

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

Artículo 22

En cualquier tiempo que se satisficiere la multa, el reo quedará en libertad.

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 19.—Holandés, 23, 24 y 25.—Húngaro, 53.—Alemán, 27, 28, 29 y 30.—Anteproyecto suizo de 1916, 47, 48 y 49.—Proyecto alemán de 1909, 30, 31, 32, 33, 34 y 35.—Anteproyecto sueco de 1916, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26.—Proyecto peruano de 1916, 22, 23, 24, 25 y 26.—Proyecto de Tejedor, libro segundo, sección segunda, IV; artículos 1°, 2.°, 3.° y 4.°—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 73, 74 y 75.—Proyecto de 1891, 39 y 40.—Proyecto de 1906, 28.—Código de 1886, 79.

* * *

78. La multa como pena de derecho criminal.—La multa como pena es una contribución en dinero más o menos gravosa que se impone como consecuencia de una infracción.

La multa es una pena pecuniaria, imponiendo como todas las de aquella clase, una disminución en el patrimonio del obligado a satisfacerla.

Es frecuente en los contratos estipular multas para asegurar su cumplimiento. El obligado a satisfacerlas en su caso no se considera que haya incurrido en una pena, ni esa multa resultado del convenio tiene tal carácter, aparejando tan sólo consecuencias de derecho privado.

Es común también que en las leyes civiles, comerciales o fiscales, se establezcan multas para los que no cumplen con determinadas obligaciones. Estas tampoco se consideran penas y tienen solamente alcances patrimoniales, pues autorizan el cobro sobre los bienes del condenado a pagarlas. Esas multas crean solamente obligaciones del derecho civil.

Para que la multa sea una pena, es necesario que esté colocada como tal en una ley represiva, que se imponga previo juicio y que se autorice una medida contra la libertad personal del sujeto para el caso de falta de cumplimiento. La multa como pena puede restringir la libertad personal, desde que, en caso de falta de pago, se aplica al condenado el encierro correspondiente.

Antiguamente, las deudas no pagadas autorizaban la prisión del deudor y, por tanto, contraer aquéllas era exponerse al encierro; pero las ideas modernas han hecho que se niegue alcance criminal a la falta de cumplimiento de las obligaciones puramente civiles.

Entre nosotros, la prisión por deudas fué abolida por la ley número 514, de junio de 1872.

* * *

79. La pena de multa en la antigüedad.—La multa se encuentra consignada como pena en todas las legislaciones, para los delitos de poca importancia.

En algunos pueblos antiguos esta pena se encontraba prodigada en la legislación. Así, en el derecho germánico, las penas pecuniarias tuvieron la mayor aplicación, sirviendo, aun en los delitos de homicidio, para compensar la venganza privada. El *veregildo* y el *fredo* formaban la base de las composiciones.

En aquellos sistemas que dividían los delitos en públicos y privados, los de esta última clase, aun cuando fuesen de los que hoy se consideran graves, permitían el pago para liberarse de los efectos. También se aplicaban penas pecuniarias cuando las víctimas eran personas de clase servil, porque en esos casos la muerte y la lesión encerraban más que un ataque a la persona, un perjuicio de carácter patrimonial que se compensaba con dinero o con bienes.

La extensión de las penas pecuniarias ha sido también diversa. En las legislaciones antiguas se encontraba generalizada la confiscación, que era pena principal o accesoria, y que representaba, en rigor, una multa de todo el patrimonio. La confiscación se hacía efectiva sobre el sujeto en vida y después de su muerte, perjudicando en este último caso a los herederos.

Entre nosotros, la confiscación general de bienes no puede consignarse en la ley, porque la Constitución Nacional, en el artículo 17, ha declarado borrado ese castigo del Código Penal argentino.

* * *

80. Controversias sobre la justicia de la pena de multa.—La pena de multa se discute teóricamente, sosteniéndose que no es justa por la desigualdad que en rigor apareja. Para un individuo rico puede no tener importancia, ni representarle sacrificio, mientras que para un pobre significa siempre una seria contrariedad.

Para algunas personas—dice Manzini (1)—representa una bagatela; para otras es una verdadera confiscación.

El problema no se soluciona con graduar la pena de acuerdo con las condiciones individuales, porque siempre para el que carece de fortuna puede importar la confiscación o la prisión, lo que aun empeora su situación individual, marcando una vez más la desigualdad.

La pena aparece, así, como un privilegio.

La observación puede aplicarse a todas las penas. La ley atribuye a unas y otras el mismo carácter, pero su aplicación quita a cada individuo distintas ventajas. Al que vive en la miseria, al ignorante, al que carece de oficio o profesión, la condena puede hasta representarle una conveniencia, desde que durante su sometimiento al régimen carcelario es posible que aprenda, consiga medios para ganarse la vida y se forme un peculio. Al individuo que tiene posición y halagos, la aplicación de una pena corporal le suprime todo y lo reduce a los inconvenientes.

Lo mismo ocurre con relación a la familia, a los amigos, al medio social en que se actúa. Al que no tiene la primera y carece también de vinculaciones, el encierro le representa menos que a quien tiene todo eso.

Es que las penas son iguales, pero los individuos no; de manera que, cuando se aplican, a pesar de su uniformidad, a unos les suprimen más derechos y más ventajas que a los otros. Son, así, siempre desiguales, porque los hombres lo son a pesar de los principios constitucionales que consignan la igualdad ante la ley.

(1) Trattato di Diritto Penale Italiano, tomo 3º, página 38.

* * *

81. La multa en el proyecto del doctor Tejedor.—La pena de multa se ha aplicado siempre entre nosotros y se encuentra en todos nuestros antecedentes legislativos.

En el proyecto de Tejedor, y en materia criminal, se consignaba como pena accesoria y nunca como castigo principal, según lo establecía el artículo 4.º del respectivo capítulo. Sobre la pena en sí, el artículo 1.º del mismo, decía:

"La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria a que ha sido condenado en la sentencia. La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley; y si no pudiese o rehusare pagar la multa, sufrirá prisión equivalente, según el arbitrio del juez, la cual, sin embargo, no podrá pasar de seis meses."

En la nota se explicaban los conceptos, diciendo el autor:

"El derecho romano admitía la multa como pena de ciertos delitos, pero los jurisconsultos declaraban nulas *ipso jure* las excesivas, pudiendo el juez disminuirlas y perdonarlas del todo a los pobres. Era prohibido, además, convertirlas en corporales. "*Propter inopiam solvendi multam, non fit mutatis ipsius multae in corpus.* Las Partidas dicen, por toda regla: "Los judgadores deven catar cuando dan pena de pecho, si aquel a quien la dan es pobre o rico. Ca menor pena deben dar al pobre que al rico, porque manden cosa que pueda ser cumplido." (L. 8, título 31, P. 7).

"La multa graduada en una justa proporción, tiene efectos útiles y conviene perfectamente a cierta clase de delitos. Es divisible casi al infinito; desciende hasta los grados más ínfimos de la escala penal, y puede ponérsele en relación con los delitos más ligeros. Es, además, reparable, pues en tal caso sólo se trataría de efectuar el reembolso. No hay pena, en fin—dice Bentham,—que pueda aplicarse con más igualdad, ni proporcionarse mejor a la fortuna de los delincuentes. Todo el mal, en efecto, producido por esta pena, se reduce a una simple privación, a la pérdida de tal suma. Si se priva a dos delincuentes del décimo de su fortuna respectiva, si la multa consiste, no en la misma

" suma nominal, sino en una igualmente proporcional a su capi-
" tal, la privación será la misma, y la igualdad de la pena será
" completa. Pero en esta materia, la distancia es grande de la teo-
" ría a la práctica, y esta igualdad relativa de las multas es uno
" de los problemas más difíciles de la legislación penal. Todos los
" códigos se han propuesto resolverla, pero sus disposiciones son
" insuficientes, o porque son muy vagas, o porque libran mucho
" a la arbitrariedad del juez.

" La mayor parte de las legislaciones modernas dejan a la
" discreción judicial la extensión de la multa. El Código Penal de
" Austria repite con frecuencia esta fórmula: " Multa proporcio-
" nada a los medios del culpable". La Gran Carta de Inglaterra
" proclama que la pena pecuniaria debe ser conforme a las facul-
" tades y situación del culpable; que nunca debe ser tan grande que
" obligue a un arrendatario a abandonar su campo; al comercian-
" te a dejar su negocio, y al labrador a vender sus instrumentos
" de cultivo. Este principio es el único que rige las multas, en
" la legislación inglesa, que se ha abstenido de determinar su tasa.
" El código prusiano exime enteramente de las multas a las
" clases más pobres de la sociedad (artículo 85), y las convierte
" en trabajos correccionales o detención, calculando ésta en ocho
" días por cada cinco escudos de multa (artículo 88). El legisla-
" dor del Brasil ha adoptado otro sistema. El artículo 55 de su
" código sienta un principio general, concebido así: " La pena de
" multa obliga a los culpables al pago de una suma pecuniaria,
" que se reglará siempre por la renta que los condenados puedan
" sacar cada día de sus bienes, empleos o industria." Si este prin-
" cipio pudiera traducirse en una aplicación fiel, la cuestión de la
" medida de las multas debía considerarse como resuelta, porque
" con semejante regla, la multa dejaría de ser ilusoria para el rico
" y agravante para el pobre, y pesaría del mismo modo sobre to-
" das las clases de la sociedad. ¿Pero tiene, acaso, el juez, medio
" de calcular con exactitud las rentas de cada delincuente? ¿Cómo
" reunirá los elementos de este cálculo, cuando ellos tengan inte-
" rés en ocultárselos? Y si cae en algún error, si su cálculo es in-
" exacto, ¿no resulta inmediatamente la desigualdad de la pena?
" La base es justa, pero no basta. Sería menester, además, haber
" agregado los medios de hacer su exacta aplicación. (Chauveau
" Adolphe, tomo I, páginas 177 a 179).

" En nuestra antigua legislación, las penas pecuniarias, casi

" siempre accesorias, eran, en general, fijas o arbitrarias, midién-
" dose en este segundo caso por el juez, según las circunstancias
" naturales del crimen y calidad de las personas. En el presente
" código se sienta el principio de que la multa debe ser proporcio-
" nada a la fortuna de los delincuentes, y se deja al juez la latitud
" más completa para fijar la cantidad, no sólo según la fortuna
" de cada delincuente, sino también según las circunstancias ate-
" nuantes o agravantes del hecho. Nos ha parecido que la distri-
" bución de las multas, proporcionalmente a la posición de los con-
" denados, no puede hacerse sino por el juez. La ley no tiene re-
" glas bastante precisas, distinciones bastante multiplicadas para
" todos los casos y circunstancias, y tiene necesariamente que con-
" fiarse en la sabiduría de los magistrados."

La nota, después de señalar otras concordancias, dice:

" El uso de convertir la pena pecuniaria en una corporal, pa-
" rece remontar al derecho romano. (L. 1, & generaliter D. de poe-
" nis, y leyes fin D. in jus vocando). Sin embargo, Farinacio,
" después de recordar la máxima *quod non habens in bonis luat*
" *in corpus*, niega al juez la facultad de conmutar arbitrariamente
" la pena en prisión, y Tiraguelo piensa que esta máxima no era
" aplicable a las multas. Nuestras antiguas leyes autorizaban esta
" facultad. (L. 25, título 14, PP. 7 y 5, título 26, P. 7). Pero
" leyes posteriores, mandaron que los jueces no compongan de-
" litos sino en casos muy particulares, de conformidad de par-
" tes, y en que no se interese la causa pública; y que las condena-
" ciones pecuniarias nunca se aplicasen en provecho de particula-
" res. (L. 17 y 22, título 8; lib. 7, Ind.)."

La nota concluye señalando las equivalencias que traían algunos códigos extranjeros, entre sumas de dinero y días de encierro.

*
* *

82. Las reglas del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, contenía los artículos 73, 74 y 75, que decían:

" La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pe-
" cuniaria a que haya sido condenado en la sentencia.

" La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo " o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley, " y si no pudiese o rehusare pagar la multa sufrirá prisión equi- " valente, a razón de un día de prisión por cada cuatro pesos fuer- " tes.

" En la aplicación de las multas los jueces podrán recorrer " la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando, para " determinar en cada caso, su cuantía, además de las circunstancias " atenuantes y agravantes del hecho, las expresadas en el artículo " precedente."

El informe que acompañaba al proyecto no se ocupaba especialmente del asunto.

* * *

83. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, decía en el artículo 39:

" La pena de multa obligará al reo al pago de una cantidad " de dinero que será determinada en la sentencia, dentro del má- " ximum y mínimum establecidos para el delito, teniendo en cuen- " ta la situación económica del penado."

Agregaba en el artículo 40:

" Si el multado fuese solvente, la multa se hará efectiva por la " vía de apremio. En caso de insolvencia total o parcial, el tribu- " nal competente fijará prudencialmente el tiempo durante el cual " deba el condenado satisfacer la multa, pudiendo señalarle pla- " zos y cuotas para pagos parciales. Si al vencimiento de un perío- " do o del término total, el condenado no hubiere cumplido su " obligación, será puesto en penitenciaría y obligado a trabajar " hasta que pague la cantidad debida, siendo a su costa los gas- " tos de manutención, sin que la detención pueda exceder de tres " años, ni produzca los demás efectos de la pena de penitenciaría."

Como puede verse, el proyecto cambió el criterio antiguo, haciendo más igualitario el castigo y dando autorizaciones al tribunal para que hiciera efectivo el pago, tratando de no proceder al encarcelamiento del condenado a satisfacerla.

La exposición de motivos decía que los términos del artículo 39 del proyecto eran análogos a los del artículo 79 del Código Penal entonces en vigor, y agregaba:

" El Código no contiene reglas para hacer efectiva esta pena: " se limita a disponer que si el multado no pudiese pagar la multa " sufrirá arresto equivalente, que no podrá pasar de nueve meses. " La equivalencia de la pena de arresto con la de multa, no está " determinada por la ley. Por otra parte, el artículo no dice cómo " se hace efectiva la multa en el penado que puede pagarla, y no " es conveniente que sobre un punto tan importante se guarde si- " lencio. Un arresto de nueve meses no es suficiente pena como " equivalente de multas elevadas, máxime si se tiene en cuenta " que en ciertos delitos peculiares a empleados públicos, la multa " se fija por proporciones de tanto por ciento sobre el importe de " la defraudación o de una exacción, vale decir, sobre una suma " que puede ser de la mayor entidad."

* * *

84. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, reaccionó sobre el anterior, estableciendo en el artículo 28:

" La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que " determinare la sentencia, dentro del máximum y mínimum esta- " blecidos para el delito, teniendo en cuenta, además de las cau- " sas generales del artículo 43, la situación económica del penado.

" Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sen- " tencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

" En cualquier tiempo que satisficiere la multa, quedará en " libertad.

" Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas esta- " blecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte pro- " porcional al tiempo de detención que hubiere sufrido."

La exposición de motivos, decía:

" La pena de multa, que no puede faltar en un sistema penal " para delitos leves, ya que ofrece las ventajas de no aumentar " inútilmente la población de las cárceles y de no afectar la per- " sona del delincuente, es aplicada en mayor proporción que en el " código actual, y a fin de que no sea ilusoria por la insolvencia o " la mala voluntad, se dispone que, en caso de no pagarse en el " término que el juez señale, el condenado sufrirá prisión que no " excederá de año y medio."

Más adelante, agrega:

" En las disposiciones relativas a la multa hemos suplido otra " deficiencia del código actual, estableciendo que en cualquier " tiempo que el reo la satisficiere será puesto en libertad. El in- " terés de la ley es que se cumpla la pena principal que ella fija, " y no la supletoria. En cualquier tiempo, puede, pues, el reo, " pagar la multa para hacer cesar la prisión."

* * *

85. Regla del código de 1886.—El código de 1886 se limitaba a decir en el artículo 79:

" La pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pe- " cuniaria a que ha sido condenado en la sentencia.

" La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo " o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley; " y si no pudiese pagar la multa, sufrirá arresto equivalente que " no podrá pasar de nueve meses."

* * *

86. El despacho de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—De los dos artículos que el Código consigna relacionados con la pena de multa, uno, el 22, que fué tomado del proyecto de 1906, fué aprobado en la forma que lo presentó la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados. El otro, o sea el 21, fué objeto de modificaciones.

En el despacho de la comisión especial, estaba redactado así:

" La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que " determinare la sentencia dentro del máximum y mínimum esta- " blecidos para el delito, teniendo en cuenta, además de las cau- " sas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

" Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sen- " tencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

" El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión co- " rrespondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndo-

" la efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del conde- " nado. En todos los casos, cuando la multa no se hubiere satis- " fecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión " del condenado."

En estos términos lo aprobó la Cámara de Diputados.

La exposición de motivos fundaba el precepto, diciendo:

" Una de las penas más discutidas en teoría, ha sido la de la " multa. Se ha sostenido que no es igualitaria, pues a los ricos " poco puede importarles satisfacerla, mientras que a los pobres " les resulta de imposible cumplimiento o, por lo menos, de un " enorme sacrificio. El pudiente se libera siempre; el que carece " de recursos tendrá, probablemente, que cumplir la prisión que " se sanciona para quienes no la abonen.

" Nuestro código, no sólo consagraba la pena de multa para " numerosos casos, sino que autorizaba a reemplazar en algunos " de ellos la pena de prisión y siempre la de arresto, pagando una " cantidad correspondiente al número de días que debía permane- " cer encerrado. La ley número 4189 modificó ese criterio, impi- " diendo la substitución de las penas corporales por sumas de dine- " ro, pero mantuvo la pena de multa.

" No obstante los inconvenientes que se han señalado, hemos " creído oportuno conservarla, tal como lo hace el proyecto, pues " como dice la exposición de motivos del proyecto de 1906, con- " viene para delitos leves, contribuyendo a que no se aumen- " te la población carcelaria y a que no se afecte material- " mente la persona del delincuente, sino en los casos de la " falta de pago.

" La pena de multa no es reformadora, sino intimidatoria, " pues a nadie, ni aun a los delincuentes acostumbrados al encie- " rro, les resulta indiferente la privación de un bien.

" Aceptamos, por eso, el criterio del proyecto defendido por " los doctores Rivarola y Herrera, en las obras ya citadas, pero " introducimos algunas modificaciones en el articulado, con el " propósito de subsanar, dentro de lo posible, los inconvenientes " derivados de la falta de igualdad en la represión.

" Desde luego, el tribunal deberá tener en cuenta para fijarla, " no sólo los elementos generales de apreciación que se tienen en " vista al juzgar cualquier delito, sino la situación económica del

" penado. Sólo en caso de falta de pago se infligirá al reo prisión, " que no podrá exceder de un año y medio.

" Para que no pueda encerrarse, transformando la multa en " prisión, al que desea pagar y comprueba que podrá pagar, pero " que carece del dinero en el momento de la condena, se colocan " preceptos previsores que examinaremos a continuación.

" El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión " correspondiente, procurará que la primera se satisfaga, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del condenado. Puede ocurrir, y ocurre, que el condenado sea una " persona capaz, con sus bienes o con su trabajo, de satisfacer la " multa. El tribunal debe quedar facultado para hacerla efectiva " en dinero, antes de decretar la prisión, lo que tiene un doble " efecto: impedir que quien desea pagar y pueda pagar sea encerrado, y evitar que se burle la condena, dejando a elección del " reo el pago o la prisión, punto de tenerse en cuenta, porque hay " quien prefiere ir preso antes de satisfacer una pena pecuniaria. " Para todo esto, el tribunal debe quedar ampliamente facultado: " pero como podría burlarse el propósito, si los condenados evitasen el pago con maniobras, si el tribunal debiera esperarlos " sin limitación, hemos considerado oportuno fijar el término de " seis meses para la gestión. Transcurrido éste, si la multa no se " ha hecho efectiva, la prisión deberá decretarse.

" Debe hacerse presente que los seis meses consignados en el " proyecto no constituyen un término que deba aplicarse en todos " los casos. La comisión no pretende que los condenados a multa " puedan esperar seis meses para pagarla. Lo que establece es " que el tribunal procurará el pago de la multa antes de decretar " la prisión, tratando de hacer efectiva la condena sobre bienes " del penado. De manera que si éste carece de bienes y de trabajo, " la prisión se impone. En cambio, si los tiene, el tribunal debe " perseguir el cumplimiento, no debiendo emplear nunca más de " seis meses. Pasando este término, si no se ha hecho efectivo el " pago, se aplicará la prisión correspondiente."

La libertad del condenado es lógico que sobrevenga en cualquier momento en que se pague, debiendo en caso de haber cumplido una parte de la pena corporalmente, verificarse el descuento del caso.

87. El criterio del Senado.—La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores redactó el artículo 21 en la forma en que fué definitivamente sancionado, o sea con el texto actual.

La Cámara de Diputados había aceptado el principio de que antes de transformar la multa en prisión, se trataría de hacerla efectiva en los bienes del condenado. Tenía por objeto la innovación hacer que se cumpliese la pena establecida en la sentencia, sin dejar a la voluntad del condenado transformarla en otra. Lo que la ley quiere, cuando fija una multa, es que se pague, sobreviniendo la prisión del sentenciado como sanción para la falta de cumplimiento. Pero esta falta no puede ser voluntaria, ni dejarse al agente la posibilidad de la opción.

El Senado entendió, entretanto, que convenía facilitar el pago de la multa a la persona que, careciendo de bienes para satisfacerla, pudiera obtenerlos con su trabajo. Autorizó, en consecuencia, el pago por cuotas, dejando al juez facultades amplias para fijar monto y fechas, teniéndose en cuenta para ello la situación económica del condenado.

88. Los fundamentos de la Comisión de Códigos.—La exposición de motivos, que era extensa en esta parte, fundamentó el precepto, diciendo:

" En el mismo título "De las penas", la comisión aconseja " otra modificación. Se refiere a la pena de multa. Creemos que " cuando ésta se aplicara y el condenado no tuviese bienes para " hacerla efectiva, se le podrá autorizar a amortizarla mediante el " trabajo libre, pagándola por cuotas.

" Esta modificación tiende especialmente a proteger a los delincuentes de la clase pobre, evitando así el reproche dirigido " con frecuencia a la pena de multa. Se ha dicho, con cierta razón, " que esta pena produce mayor sufrimiento al pobre que al rico. " Introducimos dicha modificación inspirándonos en el sentido so-

" cial con que la multa se ha reglamentado en los proyectos suizo " y sueco, de conformidad con las exigencias de la política " criminal.

" El artículo 48 del anteproyecto suizo, establece: "La auto- " ridad competente podrá autorizar al condenado sin recursos a " pagar la multa por plazos, siendo fijados por la misma el monto " y la fecha de los pagos, según la situación del condenado. Podrá, " también, autorizarle para extinguir la multa por medio de una " prestación de trabajo, especialmente por cuenta del Estado o de " un municipio." Según recuerda Jiménez de Asúa, una ley del " cantón de Vaud de 1875, autorizaba ya esta forma de extinguir " la multa en determinados casos. ("La unificación del derecho " penal en Suiza", página 269).

" El anteproyecto sueco de 1916, contiene en el capítulo II, " las siguientes disposiciones sobre la pena de multa:

" Art. 20.—Cuando alguno fuera condenado a una pena de " multa, el tribunal, atendiendo a la fortuna del condenado, renta, " cargas domésticas y demás circunstancias que influyen en la " posibilidad de hacer efectivo el pago, fijará una cierta cantidad, " que se considerará como constitutiva de la exacción que el mul- " tado puede sufrir por día; la pena de multa condenará a una " de estas exacciones como mínimum y a doscientos como máxi- " mum, cuando en la ley no se determine otra cosa.

" Art. 21.—Cuando el importe de la multa impuesta exceda " de cinco de dichas exacciones, podrá pagarse en plazos de una " o varias exacciones a la vez; pero no podrá hacerse efectiva en " fracciones del tipo de exacción. Cuando después de cuatro pla- " zos no se ha pagado enteramente la multa, se satisfará de una " vez el resto."

" El traductor español del anteproyecto sueco, comentando la " parte relativa a la multa, dice: "La pena de multa se regula en " el anteproyecto sueco de un modo original y admirable. La " exigencia científica de que la pena pecuniaria se adapte a las " condiciones penales del penado, se concilia con la necesidad de " fijar el *cuantum* de la multa en relación con la gravedad del " delito." Luego explica el término científico de exacción emplea- " do en el proyecto. " En sueco se designa este tipo de exacción " con una sola palabra, muy expresiva, y que es imposible tradu- " cir sintéticamente a nuestro idioma: *dagsbot*... De este modo se " concilian la individualización de la multa y el criterio de igual-

" dad de la pena para delitos análogos. Supongamos que el código " castiga una infracción determinada con una pena pecuniaria de " 10 a 50 *dagsbotes*. La misma infracción será penada siempre " con la misma cantidad abstracta, pero para unos significará, " por ejemplo, de 10 a 20 coronas y para otros de 1.000 a 5.000." " (Jiménez de Asúa, "El anteproyecto de Código Penal sueco de " 1916", página 20).

" En fin, el anteproyecto de código alemán consigna también " características disposiciones sobre el cumplimiento de la pena " de multa. Entre otras, merecen citarse las siguientes: " La cuan- " tía de la pena pecuniaria se calculará atendiendo al caudal del " condenado." (Art. 3.°). " El tribunal podrá acordar en la sen- " tencia un plazo máximo de tres meses para el pago de la multa; " también podrá permitirse al condenado la satisfacción de su " importe mediante pagos parciales, efectuados en el plazo má- " ximo de un año." (Art. 31). " Podrá autorizarse al condenado " a amortizar la pena pecuniaria mediante su trabajo libre, siem- " pre que se presente ocasión para ello. Los detalles relativos a " la clase de trabajo y su computación respecto de la multa, serán " determinados por las disposiciones ejecutivas del Consejo Fe- " deral y por las disposiciones administrativas de cada uno de los " Estados confederados." (Art. 32).

" El artículo 21 del proyecto quedaría redactado en esta for- " ma: "La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero " que determinare la sentencia, dentro del máximum y mínimum " establecido para el delito, teniendo en cuenta, además de las cau- " sas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

" Si el reo no pagase la multa en el término que fije la sen- " tencia, sufrirá prisión, que no excederá de año y medio.

" El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión " correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, hacién- " dola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del con- " denado. En todos los casos, cuando la multa no se hubiere sa- " tisfecho seis meses después de la condena, corresponde la prisión " del condenado.

" Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecu- " niaria mediante el trabajo libre, siempre que se presente oca- " sión para ello.

" También se podrá autorizar al condenado sin recursos a pa-

" gar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha " de los pagos, según la condición económica del condenado."

La Cámara de Diputados aceptó las modificaciones introducidas.

* * *

89. El artículo 22.—El artículo 21 ha quedado ampliamente explicado en la relación de antecedentes, donde se consignan los fundamentos.

El 22 se explica por sí mismo, desde que es lógica la cesación del encierro cuando se paga y el descuento del tiempo de detención. Esta última palabra no se emplea con referencia a una pena especial, lo que hago notar, porque la detención estaba consignada como tal en el proyecto de 1916, sino con relación al encierro del condenado que no cumple con su obligación pecuniaria.

IX

Decomiso de los instrumentos del delito

90. El precepto y sus concordancias. — 91. Fundamentos de la pérdida y destrucción de los objetos que han servido para cometer el delito. — 92. Disposición del proyecto del doctor Tejedor. — 93. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. — 94. El asunto en el proyecto de 1891. — 95. El proyecto de 1906. — 96. El destino de los objetos decomisados. — 97. La redacción proyectada por la comisión especial de la Cámara de Diputados. — 98. Redacción del Senado.

* * *

90. El precepto y sus concordancias.—

Artículo 23

La condena importa la pérdida de los instrumentos del delito, los que, con los efectos provenientes del mismo, serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el Arsenal de Guerra de la Nación.

Concordancias.—Código holandés, artículo 33.—Español, 63.—Italiano, 36.—Belga, 43.—Alemán, 40.—Húngaro, 61.—Anteproyecto suizo de 1916, 50 y 51.—Proyecto peruano de 1916, 20 y 21.—Proyecto del doctor Tejedor, libro segundo, sección segunda, IV, artículo 6.º—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 87.—Proyecto de 1891, 46.—Proyecto de 1906, 29.—Código de 1886, 80.

91. Fundamentos de la pérdida y destrucción de los objetos que han servido para cometer el delito.—La confiscación general de bienes ha sido, como hemos visto, suprimida por la Constitución Nacional. Pero si bien es exacto que no se puede arrancar a una persona, por vía de castigo, la totalidad de su patrimonio, no lo es menos que pueden verificarse imposiciones parciales que signifiquen la reducción del mismo.

Cuando los objetos que han servido para cometer el delito pertenecen al penado, forman parte de su patrimonio y es indudable, entonces, que quitárselos importa infligirle una pena de carácter pecuniario. El decomiso de esos objetos, que se fundaría en las mismas razones que se tienen para sostener la conveniencia de la multa, se apoya, además, en otra base. Generalmente, los instrumentos que sirven para delinquir son de uso prohibido, de manera que a la sociedad le conviene impedir su difusión y la posesión de los mismos por parte de quienes pueden esgrimirlos en contra de su estabilidad.

El decomiso se encuentra consagrado en leyes fiscales y en disposiciones relacionadas con la salud pública. Dentro del Código Penal no es una pena principal, sino una accesoria.

El precepto del Código resulta perfectamente explicado, estudiándolo a través de sus antecedentes nacionales.

92. Disposición del proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto de Tejedor, se establecía:

" Toda pena que se imponga por crimen o delito, lleva con-
" sigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los ins-
" trumentos con que se ejecuten.

" Los unos y los otros serán decomisados a no ser que perte-
" nezcan a un tercero, no responsable del crimen o delito."

En la nota se decía:

" La confiscación está abolida por la Constitución. Pero ésta

" se ha referido solamente a la confiscación general de todos los
" bienes. Las confiscaciones de objetos particulares, producto o
" instrumento del delito, no están comprendidos en esta abolición.
" Esta distinción consagrada por la jurisprudencia, está hoy fue-
" ra de duda, porque leyes posteriores han establecido confisca-
" ciones parciales. Esta especie de confiscación debía, pues, tener
" su lugar entre las condenaciones pecuniarias, desde que se re-
" suelve en una pérdida, en una privación más o menos grave, de
" un valor cualquiera, y como la multa tiene el carácter de una
" pena, lo que sirve para resolver las dudas o cuestiones que en
" la práctica pudieran presentarse. Así, resulta de este principio
" que los jueces no pueden convertir la confiscación del objeto en
" una confiscación de su valor, porque esta confiscación es una
" pena particular, cuya naturaleza no pueden alterar. Es cierto
" que se resume en una pena pecuniaria, pero tiene, por fin, un
" objeto determinado, el instrumento o el producto de un delito,
" y no se alcanzaría este fin si fuese permitido al culpable ofre-
" cer su precio." (Chauveau Adolphe, tomo I, página 197).

93. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, contenía el artículo 87, según el cual toda pena que se imponga por delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se hubiese ejecutado.

Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan al damnificado, o a un tercero no responsable del delito.

El informe de la comisión redactora no se ocupaba del asunto.

94. El asunto en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, decía al respecto en el artículo 46:

" Toda pena que se imponga producirá el decomiso de los efec-
" tos provenientes del hecho que la motiva y el de los instrumen-

" tos con que se ejecutó, o destinados a ejecutarlo, a no ser que " pertenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos de- " comisados no podrán ser enajenados.

" Cuando se trate de cosas cuya fabricación, uso, conducción, " tenencia o enajenación tuvieren manifiestamente por objeto la " comisión de delitos, se decretará siempre el comiso, aunque no " haya condenación ni pertenezcan al tenedor."

En la exposición de motivos se comentaba el precepto, diciendo:

" El artículo 46 reproduce la disposición del 80 del código vi- " gente sobre comiso de los productos e instrumentos del delito. " Agregamos que los instrumentos decomisados no pueden ser ena- " jenados, para no popularizar los medios empleados por los cri- " minales, y a fin de que se conserven en los archivos o museos " como elementos de estudio de la criminalidad."

* * *

95. El proyecto de 1906.—En el proyecto de 1906, el artículo 29 expresaba:

" Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efec- " tos que provengan del delito y de los instrumentos con que se " ejecutó. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que " pertenecieren a un tercero no responsable."

La disposición no se fundamentó con especialidad.

* * *

96. El destino de los objetos decomisados.—Como ha podido notarse, el decomiso de los instrumentos usados para el delito es una regla uniforme de legislación. Pero entre nosotros, y en la práctica, ese decomiso, lejos de ser beneficioso era perjudicial, porque de tiempo en tiempo, los objetos secuestrados se vendían en remate público y eran adquiridos a precios reducidos por los sujetos que tenían interés en usarlos. Las personas de cierto tipo moral no compraban objetos que habían servido para el crimen, salvo

los casos excepcionales de coleccionistas, de manera que la autoridad servía para difundir esos instrumentos y armar a los futuros delincuentes.

Por eso, los proyectos de 1891 y 1906, prescriben la destrucción de tales objetos.

* * *

97. La redacción proyectada por la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, para salvar los inconvenientes anotados y teniendo en cuenta los antecedentes mencionados, redactó el artículo 23 del proyecto en la forma siguiente:

" Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efec- " tos que provengan del delito y de los instrumentos con que se " ejecutó. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que per- " tenecieren a un tercero no responsable. Los instrumentos deco- " misados no podrán venderse, debiendo destruirse, pudiendo apro- " vechar sus materiales los gobiernos de provincia, o el Arsenal " de Guerra de la Nación."

En la exposición de motivos, se dijo al respecto:

" El proyecto repitiendo disposiciones vigentes, declara el de- " comiso de los efectos que provengan del delito y de los instru- " mentos con que aquél se ejecutó, exceptuando, naturalmente, los " objetos que perteneciesen a un tercero no responsable.

" Actualmente, los efectos e instrumentos decomisados, que- " dan en los juzgados o policías, y de tiempo en tiempo se venden, " devolviéndose a la circulación armas y objetos, que no pueden " servir sino para repetir hechos delictuosos. La generalidad de las " personas rechaza el propósito de adquirir armas viejas con las " cuales se han cometido crímenes. Los únicos que pueden concu- " rrir a los originales remates que hoy se hacen de esos instrumen- " tos, son los individuos avezados al delito, a quienes la misma " justicia proporciona elementos baratos para que continúen ejer- " ciendo sus actos antisociales.

" Consideramos oportuno, por eso, prohibir semejantes ven- " tas y declarar que los materiales de los instrumentos decomisa- " dos deberán usarse por las provincias o ser enviados al Arsenal " de Guerra de la Nación."

* * *

98. Redacción del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado mantuvo esa redacción y no hizo al respecto comentario alguno en la exposición de motivos.

Fué la segunda comisión la que le dió la redacción actual, aceptada por la Cámara de Diputados sin darse explicaciones.

En ella no se introducen, por lo demás, modificaciones de concepto, sino puramente de forma.

X

Prisión preventiva

99. El artículo y sus concordancias.—100. Necesidad de la prisión preventiva.—101. Cómputo de la prisión preventiva.—102. Reglas del proyecto del doctor Tejedor. Disposición del proyecto de 1891.—103. El proyecto de 1906.—104. El código de 1886 y la ley de reformas número 4189.—105. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados y los fundamentos.—106. El artículo en el Senado.

* * *

99. El artículo 24 y sus concordancias.—

Artículo 24

La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre cuatro y diez pesos.

Concordancias.—Código chileno, artículo 26.—Holandés, 24 y 27.—Italiano, 40.—Proyecto del doctor Tejedor, título IV, artículo 9.º—Proyecto de 1891. 45,—Código de 1886, 49.—Ley de reformas N.º 4189, artículo 12.

* * *

100. Necesidad de la prisión preventiva.—Cometida una infracción y comprobada a primera vista su existencia, la sociedad

se encuentra en presencia de un sujeto que puede ser o no un delincuente. La palabra definitiva se pronuncia después del juicio y una vez recibidas las pruebas que permiten formar criterio. Entretanto, ¿qué se hace con el individuo acusado?

A mérito de la presunción de delincuencia y, por tanto, de peligrosidad, la sociedad se considera autorizada para detener al autor y mantenerlo en un encierro preventivo. La libertad personal es un derecho que tiene, como todo, sus restricciones, en homenaje a la vida de relación.

En el orden procesal, donde esta cuestión se estudia extensamente, nos encontramos con una serie de etapas relacionadas con la libertad individual y sus limitaciones. Así, el acusado como presunto autor de un delito, puede ser, cualesquiera que sea la gravedad del hecho imputado, puesto en libertad; por falta de mérito para la detención; por sobreseimiento y por sentencia absolutoria definitiva. En cada caso se procede teniendo en cuenta los hechos. Si el asunto es muy claro y la inculpabilidad resulta a primera vista evidente, procede libertar al detenido por falta de mérito; reunidas las probanzas, a pesar de las primitivas sospechas, si también se carece de dudas acerca de la inculpabilidad procede el sobreseimiento; si las dudas concurren y se afronta el juicio pleno, el magistrado puede llegar a la absolución.

La libertad por falta de mérito se explica sobre todo cuando la detención ha tenido lugar por sospechas no confirmadas.

La prisión preventiva—dice Jofré (1)—es una medida de seguridad, un medio para instruir mejor los procesos y una garantía de que se cumplirá la pena. Solamente reuniendo esos requisitos puede justificarse.

Debe advertirse, también, que en el orden personal la prisión preventiva en los delitos castigados con penas poco importantes puede suspenderse por medio de la libertad provisional en sus diferentes formas.

* * *

101. Cómputo de la prisión preventiva.—Si la sentencia definitiva es condenatoria, los tribunales se encuentran en presencia de

(1) Tomás Jofré.—"El Nuevo Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", tomo 1.°, páginas 305, 306 y 307.

un penado que ha sufrido un período de encierro preventivo, transcurrido entre la fecha de la detención y aquella de la tal sentencia ejecutoriada.

La ley debe, en consecuencia, establecer la forma de computar ese término, ya que no sería justo descartarlo.

La disposición tiene su equivalente en todas partes, desde que la situación hecha es la misma en los diferentes países.

El cómputo de la prisión preventiva se hace siempre teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la pena consignada en la sentencia definitiva, no considerándose siempre equivalente un día de aquella prisión con otro día del castigo consignado en el fallo del tribunal.

* * *

102. Reglas del proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se establecía el cómputo de la prisión preventiva en la siguiente forma: Cuando la detención preventiva exceda de seis meses, sin culpa del acusado, la duración de la pena impuesta se disminuirá en proporción a la detención indebidamente sufrida, y si de esta disminución resulta que la pena legalmente impuesta está agotada, la detención equivaldrá a la pena misma.

En las penas por tiempo indeterminado, esta circunstancia tendrá el efecto de disminuir proporcionalmente el tiempo requerido para la demanda de reducción.

La nota se limitaba a dejar constancia de la concordancia del precepto con el código de Baviera y con el código español de 1822.

* * *

103. Disposición del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, decía en el artículo 45:

"La detención preventiva que hubiere sufrido el condenado "se computará así: por dos días de detención uno de presidio, por "un día de detención uno de deportación, o de penitenciaría, o de

" inhabilitación temporal, o tres de destierro, o la cantidad de mul-
" ta que el tribunal fije entre cuatro y diez pesos."

La exposición de motivos, expresaba:

" El principio de que debe compensarse la detención preven-
" tiva, que por desgracia asume frecuentemente en nuestro país
" las proporciones de las penas graves, está para la comisión fuera
" de debate, desde que ella acepta el precepto del artículo 49 del
" Código, extendiéndolo a casos que en éste fueron omitidos."

El artículo 30 del proyecto de 1906, decía así:

" La prisión preventiva que hubiere sufrido el condenado se
" computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de pre-
" sidio; por un día de prisión preventiva, uno de presidio; por un
" día de prisión preventiva, uno de deportación, de prisión o de
" detención, o dos de inhabilitación, o la cantidad de multa que el
" tribunal fijare entre cuatro y diez pesos."

La exposición de motivos no traía fundamentos especiales al respecto.

* * *

104. El código de 1886 y la ley de reformas número 4189.—El código de 1886, decía en el artículo 49:

" El tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido el con-
" denado, se le computará: por tres días de prisión, uno de presi-
" dio; por dos días de prisión, uno de la misma pena; por dos días
" de arresto, uno de prisión, y por uno de esta pena cuatro pesos
" de multa."

El Código admitía la liberación de la pena de prisión por medio del pago de una multa. Esa disposición complementada por la ley número 3335, sobre reincidencia, que excluyó del beneficio del artículo 49 del Código, a los reincidentes por segunda vez, fué objeto de críticas sobre las cuales no considero oportuno extenderme, porque el precepto no se encuentra en vigor.

La ley de reformas número 4189 suprimió la substitución en el artículo 12, el cual decía que ninguna pena corporal podría ser redimida por dinero. Ese artículo derogó la ley número 2755, que permitía substituir por el pago de una multa las condenas corporales

en caso de excarcelación bajo fianza. Así se dijo expresamente en el curso de la discusión de la citada ley de reformas.

El artículo derogó también las leyes provinciales que reglamentaban la substitución de la pena corporal por la pecuniaria.

* * *

105. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados y los fundamentos.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo 24 en los siguientes términos:

" La prisión preventiva que hubiere sufrido el condenado, se
" computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclu-
" sión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de
" inhabilitación, o la cantidad de multa que el tribunal fijase en-
" tre cuatro y diez pesos."

Sobre el asunto, la exposición de motivos dijo:

" Conserva el proyecto las disposiciones relativas al cómputo
" de la prisión preventiva, que mejoran las que dominan en la le-
" gislación vigente. En la actualidad, con tres días de prisión pre-
" ventiva se cumple uno de presidio; y con dos, uno de peniten-
" ciaría. En la práctica, y dada la demora considerable que sufren
" muchos procesos, tanto en la capital de la República como en las
" provincias y ante todas las jurisdicciones, como si la demora fue-
" ra una mala característica nacional, se producen consecuencias
" injustas con el sistema dominante.

" Un sujeto condenado a cuatro años de presidio, por ejem-
" plo, si su causa termina después de tres años de tramitación, re-
" sulta que ha estado encerrado esos tres años y sólo ha cumplido
" uno de la pena impuesta.

" La prisión preventiva es, sin duda, un mal necesario. Se apli-
" ca al delincuente y al que no lo es, puesto que el pronunciamien-
" to que declara culpable o no culpable, sobreviene recién en la
" sentencia. Es un mal necesario, porque la sociedad precisa tomar
" medidas de defensa y de precaución contra quien comete hechos
" calificados de delitos, y esas medidas imponen el encierro. Cuan-
" do el delito no es de gran importancia y el sujeto puede no ser
" peligroso, la excarcelación evita el inconveniente del encierro

" preventivo, pero éste se hace indispensable en los casos más " graves."

" Cuando la condena fuere a prisión, computamos la prisión " preventiva a día por día, y sólo cuando fuese a reclusión la pri- " sión preventiva se computa a razón de dos días por uno de la " pena aplicada. La naturaleza de este castigo, la clase de delitos " a que se aplica y el régimen a que necesariamente deberán so- " meterse los condenados a la misma, justifican lo establecido en " el proyecto.

" Se fijan también con criterio amplio las demás equivalen- " cias, dejando la mayor amplitud posible a los magistrados que " deben aplicar la ley. Debe tenerse también en cuenta que colo- " cándose la reclusión y la prisión en casi todos los casos graves, " como penas alternativas, los jueces pueden decidir en sus sen- " tencias, según a qué pena condenen, la forma de verificar los " cómputos."

* * *

106. El artículo en el Senado.—La Comisión de Códigos del Senado no introdujo, en esta parte, ninguna modificación, no tocándose el punto en la exposición de motivos.

En el despacho de la segunda Comisión de Códigos de ese cuerpo, el artículo 24 figura como suprimido (1), lo que constituía, sin duda, un error de impresión.

Ese error se repite en la entrega correspondiente del Diario de Sesiones de aquella Cámara, en los mismos términos.

En la copia pasada a la Cámara de Diputados se consignó el error y se puso en lugar de suprimido el artículo, suprimidas las palabras: "que hubiese sufrido el condenado" (3).

En esa forma se sancionó definitivamente.

(1) Orden del Día de la Cámara de Senadores N.° 13, año 1921, página 59.
(2) Boletín del Diario de Sesiones, año 1921, N.° 37, sesión del 1° de septiembre, página 330.
(3) Orden del Día de la Cámara de Diputados N.° 183, año 1921, página 1818.

XI

Locura del condenado

107. El precepto y sus concordancias.—108. La cuestión en las leyes de fondo y de forma.—109. Antecedentes en el proyecto del doctor Tejedor.—110. Disposición del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—111. El proyecto de 1891.—112. Proyecto de 1906.—113. El artículo de la comisión especial de diputados.—114. La modificación del senado.

* * *

107. El precepto y sus concordancias.—

Artículo 25

Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado 3.° del inciso 1.° del artículo 34.

Concordancias.—Código español, artículo 101.—Proyecto Tejedor, libro segundo, título primero, artículo 13.—Proyecto de 1891, 57.—Proyecto de 1906, 31.—Código de 1886, 50.—Anteproyecto suizo de 1916, 40, inciso 2.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 48.

* * *

108. La cuestión en las leyes de fondo y de forma.—El artículo dispone que la locura del condenado no suspenda el cumplimiento

de la pena. Todo esto sin perjuicio del encierro del mismo en un establecimiento especial destinado a su tratamiento y curación.

Si la enajenación mental se produjera durante el proceso, el juzgamiento debería suspenderse hasta que desapareciese la enfermedad, y, mientras tanto, el acusado sería recluído en una casa de salud. Pero las disposiciones de esta clase deberán ser incluídas en las leyes de procedimiento y no en el código de fondo, puesto que atañen al desenvolvimiento del proceso.

La locura del delincuente puede producirse antes de cometido el hecho o después. Cuando tiene lugar después, puede tener lugar antes de dictarse sentencia definitiva, o durante la secuela de la causa.

Si la locura es anterior al hecho, y si fué el motivo determinante de la comisión del delito, la situación del autor se rige por lo dispuesto en la ley en la parte relativa a imputabilidad del reo. Si la locura sobreviene después de la condena, el artículo en estudio resuelve el punto; y si se produce mientras el proceso tramita la solución, corresponde a la legislación procesal.

Sobre este último punto, el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital Federal y Territorios Nacionales, dice en el artículo 10 que la locura sobreviniente del procesado no paralizará la prosecución del sumario, pero, terminado éste, se suspenderá la tramitación de la causa hasta que recupere el uso de la razón.

El código de la provincia de Buenos Aires establece que en esos casos el sumario no se suspende, salvo lo relativo a la indagatoria, pero sí el plenario.

El artículo del código vigente tiene antecedentes en el derecho nacional y en la legislación comparada.

* * *

109. Antecedentes en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto Tejedor disponía al respecto:

" Los delincuentes que durante el proceso o después de la sen-
" tencia, cayesen en estado de demencia, no sufrirán castigo al-
" guno mientras permanezcan en dicho estado."

La disposición se refería, no sólo a los condenados, sino a los procesados.

Fundándola, decía la nota correspondiente:

" ¿Cómo traer ante la justicia—dice Chauveau Adolphe—un
" hombre atacado de locura? ¿Cómo alcanzaría ninguna condena-
" ción a este hombre que no podía defenderse y que tampoco la
" comprendería? ¿Cuál sería el efecto moral y el fin de semejante
" juicio? Es de suponerse que la enajenación, aunque no se haya
" revelado por signos exteriores, sino posteriormente al crimen,
" existía ya en la época de su perpetración y ha podido determi-
" narla. Esta opinión, por otra parte, no es más que la reproduc-
" ción de la de los antiguos criminalistas, quienes iban hasta sos-
" tener que el acusado no podía ser condenado a una pena pecu-
" niaria, porque ninguna pena puede infligirse al que no puede
" defenderse. Las leyes de Inglaterra y Luisiana han escrito la
" misma restricción de un modo expreso.

" Pero si la demencia no es más que temporal, ¿podrá prose-
" guir la causa? La solución de este caso descansa enteramente en
" el hecho. Si la curación es perfecta, ninguna duda puede haber
" de que debe seguirse, porque la imposibilidad resultante de
" la enfermedad era el único obstáculo. Pero si se trata sólo de un
" intervalo lúcido, esta intermitencia de la enajenación no justi-
" ficaría la continuación del proceso, porque la justicia se vería
" expuesta a que en medio de los debates el acusado fuese asal-
" tado de un acceso de manía, y sería, por otra parte, difícil de
" conocer hasta qué punto este acusado tendría la plenitud de su
" juicio y, por consiguiente, la libertad de la defensa.

" Si la demencia es posterior a la instrucción escrita y no se
" manifiesta sino en el momento de abrirse el debate, el acusado
" no debe ser sometido a él, porque cualquiera que sea la época
" de la demencia, los motivos son los mismos para substraerle al
" juicio...

" Los antiguos jurisconsultos enseñaban que si la locura sólo
" estallaba después de las pruebas, *post completum processum*, los
" jueces tenían facultad de pronunciar contra el acusado las pe-
" nas pecuniarias y, en efecto, estando demostrada la culpabili-
" dad, la demencia no podría substraer al acusado sino de las penas
" corporales.

" La enajenación mental, en fin, puede no manifestarse sino
" después de la condenación. ¿Qué efectos debe tener este hecho
" en la ejecución de las penas? Aquí hay que distinguir las corpo-
" rales de las pecuniarias. Es evidente que la ejecución de las pri-

" meras debe suspenderse, porque sería inhumano y aun absurdo " hacer subir al cadalso o cargar de cadenas a un insensato. *Differ-* " *tur executio*—decían los jurisconsultos;—*usque ad supervemen-* " *tism sanoe mentis*...

" ¿Pero bastaría que el acusado estuviese en un intervalo lú- " cido para que tuviese lugar la ejecución de la pena? Los crimi- " nalistas no vacilan en decidir afirmativamente este caso. En ri- " gor, semejante opinión puede sostenerse. ¿Pero debe la justicia " correr el horrible riesgo de ejecutar a un maníaco? ¿Es propio " de su dignidad espiar la aparición momentánea de una razón va- " cilante para preparar su hacha? Parece más racional el que sólo " la cura completa restituya al condenado a la pena que debe " sufrir.

" Respecto de las penas pecuniarias, ninguna duda puede ha- " ber, desde que la condenación a una multa se ha vuelto defini- " tiva, hay derecho adquirido para el Estado: es una deuda que " pesa sobre los bienes del condenado; su demencia posterior no " puede oponer a la ejecución más obstáculo que si la deuda tu- " viese su origen en cualquier otra obligación pecuniaria...

" Se ha preguntado también si la prescripción debe correr du- " rante la suspensión del proceso por la demencia del acusado. En " tesis general, la prescripción no corre contra el que no puede " obrar, *contra non valentam agere non currit proescriptio.* No " pudiendo, pues, proceder el ministerio público durante la locura " del acusado, parece que tampoco debía aprovechar a éste el tiem- " po de la prescripción. Pero esta regla nunca se ha aplicado en " materia criminal. Y semejante solución se explica fácilmente. " Durante el tiempo señalado para la prescripción, pueden desapa- " recer las pruebas de la inocencia del acusado, y sería injusto " condenarle por los indicios que quedasen de su culpabilidad."

*

* *

110. Disposición del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, contenía una regla análoga en el artículo 48, que decía:

" El estado de demencia en los delincuentes, sobreviniente a

" la ejecución del delito, paraliza respecto a los que la sufren y " mientras él dure, tanto la prosecución del juicio contradictorio " como la ejecución de la pena."

*

* *

111. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 se refirió solamente a los condenados, de acuerdo con el criterio antes expuesto, diciendo en el artículo 57:

" Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo " que dure la locura se computará para el cumplimiento de la pe- " na, debiendo el enfermo ser atendido en una sección especial del " establecimiento penal en que se encuentre.".

En la exposición de motivos, se decía:

" El artículo 57 agrega a lo dispuesto en el 50 del Código, que " el condenado que se volviese loco será atendido en una sección " especial del establecimiento en que se encuentre, enmienda ajus- " tada a lo que exponemos en el título siguiente."

El artículo 50 a que se refiere, es el del código de 1886, vigente cuando se redactó ese proyecto.

*

* *

112. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repitió el precepto del código antes vigente y no incluyó el agregado del proyecto de 1891. El artículo 31 decía así:

" Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo " de la locura se computará para el cumplimiento de la pena."

Ese artículo era idéntico al 50 del código de 1886, el que no siguió en esa parte al proyecto Tejedor, pues excluyó a los procesados de que aquél se ocupaba, dejando ese asunto a la legislación procesal.

*

* *

113. El artículo de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de

Diputados, despachó el artículo 25 en la misma forma en que se encontraba en el código de 1886 y en el proyecto de 1906. La exposición de motivos no se ocupó especialmente del asunto, pues en general lo tocó al fundamentar la doctrina de la responsabilidad.

*
* *

114. La modificación del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado aceptó el artículo tal como fué despachado en la Cámara iniciadora. El agregado final fué colocado por la segunda comisión en su planilla de modificaciones, y fué aceptado.

Se refiere el mismo a la internación del condenado loco en un establecimiento adecuado.

XII

Condenación condicional

115. El artículo 26 y sus concordancias.—116. El concepto moderno de la pena y la condenación condicional.—117. La nueva institución en el proyecto de 1906.—118. Redacción y fundamentos de la comisión especial de legislación penal y carcelaria.—119. La sanción de la cámara de diputados y la fe de erratas.—120. Observaciones del senador Rojas.—121. Opiniones de la comisión de códigos del senado.—122. La segunda comisión de códigos del senado.—123. La pena pronunciada y la autorización para suspenderla.—124. Requisitos para la concesión del beneficio.—125. Los antecedentes del condenado y la comprobación de la reincidencia.—126. La suspensión de la condena en los casos de multa.—127. La ley número 11.177 complementaria del código penal.—128. Alcance del beneficio de la condenación condicional.—129. El texto del artículo 26.—130. El concurso de delitos y la condenación condicional.—131. El artículo 27 y sus concordancias.—132. Fundamentos del precepto.—133. El artículo 88, sus concordancias y fundamentos.—134. La condenación condicional en la legislación comparada.

*
* *

115. El artículo 26 y sus concordancias.—

Artículo 26

En los casos de primera condena por delito al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa,

los tribunales podrán ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad. El tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio (1).

En los casos de concurso de delitos procederá la condenación condicional, si la pena aplicable al reo no excediese de dos años de prisión o fuese de multa.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 26.—Noruego, 52 y 53.—Japonés, 25.—Ley francesa de 26 de marzo de 1891, 1.º—Ley inglesa de 1907 (Probation of Offenders act.), sección 1.ª—Ley española de 17 de marzo de 1908.—Ley húngara de 1908.—Anteproyecto suizo de 1916, 41.—Proyecto alemán de 1909, 38, 39 y 41.—Proyecto austriaco de 1909, 42 y 48.—Proyecto sueco de 1916, capítulo XI.—Ley italiana de 26 de junio de 1904.—Ley de Luxemburgo de 1892.—Ley del cantón de Ginebra de 1892.—Ley portuguesa de 1893.—Ley del cantón de Vaud de 1897.—Ley del Tesino.—Proyecto peruano de 1916, 40.—Proyecto de 1906, 32.

*

* *

116. El concepto moderno de la pena y la condenación condicional.—La condena condicional es una institución nueva que ha podido proponerse e implantarse como consecuencia de los últimos conceptos acerca de la penalidad.

Mientras la pena fué considerada como un castigo tendiente a imponer al delincuente un sufrimiento, mientras se entendía que el infractor debía purgar su delito, la imposición del castigo no

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados dispone que se supriman las palabras "por delito al que corresponda", intercalándose en reemplazo, la preposición "a". El primer párrafo del artículo deberá quedar redactado así: "En los casos de primera condena a reclusión o prisión", etc. El objeto de esta modificación tiende a evitar las dificultades presentadas cuando se ha tratado de fijar límites al beneficio de la condenación condicional. Han sostenido algunos, interpretando en mi sentir acertadamente al Código, que la condenación condicional procede cuando la pena aplicada no excede de dos años, aun cuando el castigo correspondiente al delito pueda ser mayor. Pero como varios magistrados, y algunos de ellos con grande autoridad, han entendido que el beneficio sólo puede acordarse cuando la pena correspondiente al delito no exceda de dos años, no obstante condenarse a menos, se ha creído oportuna la supresión de las palabras que creaban la dificultad.
Si se sancionara la fe de erratas en esos términos, la discusión no se podrá producir más. Todo esto, salvando mi opinión personal, pues en mi concepto, no era necesaria la aclaración, por ser preciso el texto de la ley.

podía evitarse por ninguna consideración. Dejar de hacerlo era mantener un desequilibrio y producir el mal ejemplo.

Los puntos de vista modernos, transformadores de los antiguos, son bien distintos; con la pena se pretende defender a la sociedad de la mejor manera posible, de modo que se prescinde del otro factor que era antes tan fundamental.

Si conviene aplicar la pena, se aplica y en la medida necesaria; si no conviene se procede de otra manera, sin perjuicio de tener siempre en cuenta principios básicos de justicia.

La condena condicional consiste en la suspensión del pronunciamiento condenatorio, esto es, de la sentencia; en la suspensión de los procedimientos; o en la suspensión de la ejecución una vez dictado el fallo condenatorio, con relación a ciertos delitos y a ciertas personas, exigiéndose, además, determinados requisitos.

Se inició esta institución, tan difundida hoy en los diferentes países, con una ley dictada el año 1869 en el Estado de Massachus sets, la cual, tratándose de ciertos delincuentes primarios, especialmente menores, disponía de que se sometiese a los acusados a un período de prueba, durante el cual se suspendía el pronunciamiento de la sentencia. Si durante ese período de suspensión el acusado no cometía ningún delito, quedaba terminado el asunto, pero si incurría en infracción, la condena se pronunciaba por el primer caso y por el segundo (1).

En realidad, a esto no se le podía llamar condena condicional, desde el momento que no se condenaba y suspendía, sino que se detenía el pronunciamiento condenatorio. La solución era más bien procesal que de fondo, aun cuando afectaba en cierto modo al régimen de la penalidad.

La condenación condicional propiamente dicha, se aplicó en Francia con la ley Berenger, y se propagó en una serie de países, dictándose estatutos análogos en Bélgica, Luxemburgo, cantón de Ginebra, Portugal, Noruega, cantón de Vaud, cantón de Valais, cantón de Tesino, Italia, España, Japón, Baviera, Bulgaria, etc. (2).

(1) Manzini.—Trattato di Diritto Penale Italiano, tomo 3.º, página 367.
(2) Rivarola.—Derecho Penal Argentino, página 562.—Dorado P., en la Revista de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, tomo 112, página 210.

* * *

117. La nueva institución en el proyecto de 1906.—Entre nosotros, el primer antecedente de la condena condicional se encuentra en el proyecto de 1906.

En el título III del libro 1.º, ese proyecto la estableció, diciendo:

" En los casos de primera condena por delito que deba cumplirse en cárcel, siempre que su término no excediere de dos años, los tribunales podrán ordenar en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión será motivada en la comprobación de los buenos antecedentes del reo, mediante información de la policía y demás pruebas que el juez considere necesarias. (Artículo 32).

" Si en el plazo de cinco años, a contar desde la fecha de la sentencia, el condenado no cometiere un nuevo delito, la condenación se tendrá como no pronunciada. (Artículo 33).

" Si dentro del plazo indicado se descubrieren malos antecedentes del condenado, sufrirá la pena que le hubiere sido impuesta. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas. (Artículo 33).

" La suspensión de la condena no comprenderá: 1.º La reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio; 2.º Las incapacidades anexas a la condenación impuestas accesoriamente. Sin embargo, estas incapacidades cesarán el mismo día en que, por haber transcurrido el término de cinco años a que se refiere el artículo 33, se tuviere la condenación como no pronunciadas, o en el plazo que la sentencia les hubiese fijado, si fuere menor que aquél." (Artículo 34).

Sobre ese asunto, decía la exposición de motivos:

" La institución que en realidad ofrece mayor novedad en el proyecto, porque hasta ahora no ha figurado en los códigos anteriores, es la condenación condicional, ya implantada con reconocido éxito en Francia y en Bélgica, propuesta en Austria y Hungría, y recomendada a los legisladores de todos los países

" por la Unión Internacional de Derecho Penal, reunida en Bruselas el 19 de agosto de 1889.

" La comisión considera que es esta una verdadera conquista del derecho penal moderno, y que habría sido imperdonable de su parte no incorporarla a su proyecto, convencida, como está, de que ella realiza una obra de altísima justicia y aparta de la carrera del crimen a muchísimos delincuentes ocasionales.

" Para fundar esta opinión, y a la vez como un homenaje al autor del sistema, nada más conducente que la transcripción de los siguientes párrafos del informe redactado por Mr. Berenger y presentado al Senado de Francia el 6 de marzo de 1890: " Hace mucho tiempo que se ha reprochado a nuestra ley penal de recurrir casi exclusivamente a las penas corporales. La idea es justa, si se trata de la represión del condenado familiarizado con el crimen y de una perversidad segura:—éste no puede ser accesible sino al sufrimiento físico. Ella no lo es, con respecto a aquel cuya falta no es, por su naturaleza, exclusiva de todo sentimiento de honor.—Sobre este último punto, la comisión piensa con el autor de la proposición, que la pena, así comprendida, puede tener efectos completamente contrarios al objeto que persigue; que ella puede envilecer, en vez de levantar; abatir el ánimo en lugar de sostenerlo, y destruir los resortes morales, única probabilidad de salvación. La proposición substituye una pena de orden puramente moral a la pena material de la ley.

" La advertencia, con la amenaza de una severidad más grande, no es sino un medio moral. ¿No es, sin embargo, en la práctica de la vida, universal y eficazmente empleada por el padre de familia, el maestro, el patrón? ¿No es en todas partes el preliminar indispensable de toda represión razonada?

" ¿Por qué la sociedad desdeñaría emplear, en su propia preservación, el arma que tanto éxito tiene en la familia, en la escuela, en el taller? Respecto de los culpables, cuyo sentido moral no ha sido alterado, a pesar de la falta cometida—y es necesario decirlo, constituyen el mayor número entre los jóvenes, los domiciliados y los obreros que viven realmente de su trabajo,—ella no tendrá menos eficacia que la prisión; tendrá sobre ésta la ventaja de suprimir sus desastrosas consecuencias.

" Hay una idea general que en todas partes se reconoce, y es que, indispensablemente, debe haber una distinción marcada en la represión del hombre que por primera vez comparece ante la jus-

" ticia y en cuya vida el hecho imputado es como un accidente, y " el malhechor de habitud contra el cual la justicia ha agotado " las advertencias y para quien es un juguete desafiar sus decisio- " nes. Para la conciencia que ha conservado intacto el sentimien- " to del honor y el saludable temor de la prisión, la amenaza de la " pena puede producir efectos tan serios, tan eficaces como la pena " misma. Puede aún suceder que sea más saludable que la pena. Sin " hablar de los efectos detestables causados por los contactos de la " prisión, ¿cuántos desfallecimientos, cuántas rebeliones contra la " sociedad no han nacido de una represión inútil? Para el reinci- " dente, al contrario, en quien el sentimiento moral está profun- " damente alterado, ¿quién podría negar que el solo recurso no " está en el sufrimiento físico? Es necesario, pues, en tanto que " posible, evitar al uno la prisión y hacerla más rigurosa para el " otro."

" La comisión no cree necesario agregar nada más a tan elo- " cuente demostración. El hombre honorable que delinque porque " la fatalidad, porque una casualidad cualquiera lo ha llevado a " ese extremo, pero cuyos sentimientos permiten afirmar que no " cometerá jamás una nueva infracción, no debe ser llevado a la " cárcel, a la par del perdulario, si se quiere hacer acto de estric- " ta justicia.

" Por eso, y porque instituciones análogas — la condenación " suspensiva y la amonestación judicial — han dado excelentes re- " sultados en Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, etc., la co- " misión propone la condenación condicional, que reputa el más " perfecto y eficaz de todos estos sistemas que se proponen favore- " cer la condición del delincuente por primera vez.

" Pero para que esta preciosa institución no salga de sus límí- " tes precisos y dé todos los frutos que de ella se esperan, se re- " quiere la mayor prudencia en su aplicación; es necesario que ella " no se convierta, en manos de los jueces, en un arma de arbitra- " riedad, y por eso creemos oportuno reproducir las siguientes pa- " labras de Dalloz, que fijan con exactitud el alcance de este fa- " vor de la ley: " Ante todo, importa hacer constar que lo que la " ley nueva crea en favor de ciertos condenados, no es un dere- " cho, sino una mera facultad acordada a los jueces. Corresponde, " pues, al juez, examinar si el condenado que se encuentra, por " otra parte, en las condiciones legales, merece personalmente es- " te favor, cuestión moral que el juez resolverá en conciencia." De

" este punto de vista, Mr. Berenger trazaba al juez la regla de sus " deberes, cuando decía: " No se trata de considerar el grado de " gravedad de la falta, porque esta apreciación ha debido ser he- " cha para la aplicación de la pena, sino medir el estado moral del " condenado y el grado de garantía que este estado supone."

*

* *

118. Redacción y fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—Al presentar en 1916, a la Cámara de Diputados, el proyecto de 1906 con modificaciones y como base para la elaboración del conjunto definitivo, mantuve el título relativo a la condenación condicional.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria introdujo algunas modificaciones, redactando los artículos 26, 27 y 28, en la forma siguiente: En los casos de primera condena por delito, al que corresponda pena de reclusión o prisión que no exceda de dos años, o de multa, los tribunales podrán ordenar, en el mismo pronunciamiento, que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad. El tribunal requerirá las informaciones que crea pertinentes para formar criterio. En los casos de concurso de delitos procederá la condenación condicional, si la pena aplicable al reo no excediese de dos años de prisión, o multa.

La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena, a contarse desde la fecha de la sentencia, el condenado no cometiere un nuevo delito.

Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión de la pena no comprenderá: 1.° La reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio; 2.° Las incapacidades anexas a la condenación impuestas accesoriamente.

Sin embargo, estas incapacidades cesarán el mismo día en que por haber transcurrido el término a que se refiere el artículo ante-

rior, se tuviere la condenación como no pronunciada, o en el plazo que la sentencia les hubiese fijado si fuere menor que aquél.

La exposición de motivos, dijo al respecto:

" La institución de la condena condicional viene siendo recla-
" mada en nuestro país de tiempo atrás por los estudiosos y las
" prácticas.

" Estamos, a ese respecto, en franco retardo, pues la casi tota-
" lidad de los países civilizados la tienen y la aplican con notorias
" ventajas.

" Todos los que han opinado acerca del Código, la consideran
" necesaria, tanto que, el doctor Tomás Jofré, profesor de derecho
" procesal en la Universidad de Buenos Aires, dice que si eso fue-
" ra lo único bueno que tuviese el proyecto, sería bastante para
" que su sanción debiera verificarse sin demora.

" El doctor Rivarola en su Derecho Penal, hace notar que la con-
" dena condicional se encuentra establecida en Inglaterra desde
" 1879; en Bélgica desde 1888; en Francia desde 1891; en Luxem-
" burgo desde 1892; en el cantón de Ginebra desde 1892; en Por-
" tugal desde 1893; en Noruega desde 1894; en Sajonia y Prusia
" desde 1895; en Baviera desde 1896; en Hamburgo desde 1896;
" en el cantón de Valais desde 1899; en Tesino desde 1900; en el
" ducado de Brunswick, cantón de Friburgo y gran ducado de
" Hesse desde 1903; en Italia desde 1904; en Bulgaria desde 1904
" y en España desde 1908.

" Esto solamente en Europa, pues las referencias del autor
" tomadas de Dorado no se dirigen a América.

" Los diferentes congresos científicos, celebrados desde 1895,
" han recomendado la institución de la condena condicional. El
" Congreso Penitenciario reunido en París en el año mencionado,
" votó la siguiente declaración: " Las legislaciones que reconocen
" a los tribunales la facultad de acordar la suspensión de la ejecu-
" ción de la pena a los delincuentes condenados a breves penas.
" contienen las mejores disposiciones conocidas."

" El Congreso de Budapest, declaró: " 1.° Cuando en los de-
" litos leves concurren circunstancias que merecen especial consi-
" deración y el imputado no haya sido precedentemente condena-
" do a penas restrictivas de la libertad personal, el juez puede pro-
" nunciar la remisión condicional de la pena; 2.° En caso que el
" condenado, durante el término de dos a cinco años del día en que
" la condena se ha vuelto irrevocable, no haya cometido un delito

" sujeto a una pena restrictiva de la libertad personal, la pena le
" será perdonada; 3.° La remisión condicional de la pena puede ser
" concedida con caución cuando las condiciones del imputado no
" rinden posible pago."

" Por su parte, la Unión Internacional de Derecho Penal, re-
" unida en Bruselas en 1899, recomendó el sistema, votándose por
" el Congreso la siguiente declaración: " La Unión recomienda a
" los legisladores de todos los países la adopción del principio de
" la condena condicional; pero, al mismo tiempo, recuerda la ne-
" cesidad de reglamentarla, según las condiciones especiales de
" los diversos lugares, el sentimiento y grado de cultura de cada
" pueblo."

" El doctor Herrera hace notar que el Congreso de San Peters-
" burgo de 1902, se ocupó también de este asunto, discutiéndose
" si la suspensión de la condena debía ser declarada por la admi-
" nistración o por la justicia, resolviéndose que esta última auto-
" ridad debía pronunciarla.

" En Estados Unidos se encuentra también difundida por la
" legislación local, que la ha aceptado. Se aplica también en Aus-
" tralia, y ha sido aceptada por los proyectos alemán, austriaco y
" los diversos suizos. Se ha proyectado, igualmente, para el Japón
" y Grecia (1).

" Existe, por eso, como antes se ha dicho, asentimiento gene-
" ral respecto a esta institución, que constituye uno de los adelan-
" tos indiscutidos de la ciencia penal contemporánea, tanto que
" Bernaldo de Quirós ha dicho, después de examinarla, que es una
" institución de derecho de gentes.

" Seguramente, de todas las discusiones producidas alrededor
" de las nuevas doctrinas que combatieron de manera tan decidi-
" da los viejos conceptos de la penalidad, rechazando los criterios
" de venganza y de devolución de mal por mal, buscando infligir
" un sufrimiento al condenado, nada tan firme se ha conseguido
" como la condenación condicional. Ella tiende a que se desconges-
" tionen las cárceles, a que no se impongan encierros inútiles y que
" se detenga con una simple amenaza a los autores ocasionales de
" hechos delictuosos.

(1) El doctor Ramos hace notar en sus Concordancias del proyecto de Código Penal de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que hay error en afirmar que en el proyecto se hubiese proyectado la condena condicional, pues estaba incluída en la legislación cuando se redactó el informe. La observación es exacta.

" Es evidente que esa institución será tanto más eficaz cuanto " más ilustrados sean los jueces autorizados para aplicarla. Dada, " sin embargo, la manera como se reglamenta, no constituirá nun- " ca un arma peligrosa para la sociedad, sino, por el contrario, de " beneficios visibles.

" La comisión acepta el proyecto de 1906 en sus términos ge- " nerales, y se refiere a la exposición de motivos del mismo, veri- " ficando, sin embargo, modificaciones que mejoran los conceptos " y el articulado.

" El proyecto adopta, y la comisión acepta, el sistema francés.

" En Inglaterra se suspende el juicio, la condenación, de ma- " nera que no se produce la sentencia condenatoria; en el sistema " de la ley Berenger se dicta la sentencia y se suspende la aplica- " ción.

" Bastaría, para que aceptáramos el segundo sistema, que es " el más difundido, considerar que es preciso, antes de suspender, " definir la situación del reo, el que puede ser inocente y absuelto. " ¿Por qué esperar, manteniendo a todos, culpables y no culpables, " en una situación idéntica?

" Nuestro sistema es para los condenados y no para los proce- " sados; se suspende el cumplimiento de la pena una vez pronun- " ciada la sentencia.

" Se ha propuesto por algunos teóricos el reemplazo de la con- " dena por un sistema de educación, la que será siempre atrayente, " aunque difícil aquí, donde los recursos son insuficientes para " instruir y educar a los que no delinquen.

" El proyecto, desde luego, admitía la condenación, o sea la " suspensión de la pena con relación a los condenados a prisión por " un tiempo que no exceda de dos años, excluyendo la medida en " los casos de multa.

" No existe, a juicio de esta comisión, ningún motivo para que " se suspenda la condena en los casos de prisión y no deba hacerse " en los de multa. Esa divergencia puede dar lugar a notorias in- " justicias, que deben evitarse.

" Así, una persona condenada a un año de prisión, puede libe- " rarse sin encierro alguno, pues corresponde suspensión de la pena, " si el tribunal lo encuentra oportuno. En cambio, otra, condenada " a multa, que supone la existencia de un delito menos grave, ya " que las penas privativas de la libertad se dirigen siempre a los " delitos de mayor importancia, debe ser encerrada, si no paga.

" Para la primera es posible la exención, para la segunda, no; sin " embargo, la segunda ha cometido un delito de importancia " menor.

" Considera, por eso, la comisión, que debe incorporarse la mul- " ta al sistema de la suspensión condicional.

" El proyecto de 1906 autoriza la suspensión de los efectos de " la condena, cuando la pena aplicada al reo no exceda de dos años. " Los términos de las diferentes leyes y de los diversos proyectos " son distintos y arbitrarios, puesto que no se fundan en ningún " elemento definitivo.

" Así, la ley francesa admite la suspensión hasta los casos en " que se condena a cinco años; la inglesa hasta dos, y la italiana, " belga y portuguesa, hasta seis meses. El proyecto alemán, que " contiene diversas restricciones, consigna el término de seis meses, " y el suizo, de un año.

" El punto medio en que el proyecto se coloca, es acertado, y " la comisión lo acepta.

" El proyecto dice que el juez, para otorgar el beneficio de " la suspensión, deberá tener en cuenta los antecedentes del reo, " mediante información de la policía y demás pruebas que se " consideren necesarias. La comisión ha modificado esa redacción " de una manera que reporta mayores seguridades. En la forma re- " glamentada por el proyecto, sería, en definitiva, la autoridad poli- " cial de la Capital, provincia o territorio, según el caso, la que de- " cidiera con sus informes sobre la procedencia o improcedencia " de la condenación condicional.

" Encontramos más acertado exigir al juez que forme criterio " propio sobre la personalidad moral del condenado, requiriendo " los informes necesarios y realizando las diligencias personales " que le permitan apreciar esa personalidad.

" Los jueces no deben olvidarse que devolverán a la sociedad " a un sujeto digno de observarse, desde que ha cometido un acto " antisocial, y que se devuelve en la confianza de que no volverá " a repetirlo. Por eso se prohibe para los reincidentes, o sea para " los que han demostrado ya la tendencia a insistir en el delito.

" El proyecto no tiene en cuenta los casos de concurso, como " lo observa con acierto el doctor Herrera. Se trata de una omisión " destinada a producir dificultades prácticas, puesto que serían los " jueces los llamados a resolver los casos que se presentaran. Y " como los criterios podrían ser divergentes, nos expondríamos, si

" el punto no se tocara, a que una ley que debe ser de aplicación " uniforme, permita soluciones diferentes, según quien sea el que " la aplique.

" La condena condicional tiene por objeto evitar la cárcel a " los delincuentes primarios que sean castigados con una pena de " reducida importancia. Poco debe importar, entonces, que la pena " se aplique por una sola o por más infracciones, pues lo que debe " apreciar el magistrado es la personalidad del sujeto, objeto de " la pena inferior a dos años. Pensamos, por eso, que debe extender- " se al caso de concurso de delitos, y así lo consignamos expresa- " mente.

" El proyecto incurre en un serio error al consignar el pre- " cepto del artículo 33. El doctor Herrera, en términos ilevantables, " lo demuestra, cuando dice: " El artículo 33 adopta, sin mayor " examen, el plazo de cinco años que fija la ley francesa para el " período de prueba, sin tener en cuenta que ésta, al fijar este plazo, " lo hizo porque ese era el término de la prescripción de las penas " correccionales. Los autores del proyecto han olvidado que debían " relacionar este término de prueba con el de la prescripción de " la pena de prisión. Una simple consideración bastará para demos- " trar los serios inconvenientes de esa falta de concordancia.

" Supóngase un individuo condenado a dos años de prisión " bajo condición. Dos o tres años después comete un nuevo delito; " como la pena anterior está ya prescripta (artículo 69, inciso 3.° " del proyecto), sólo se podrá aplicar la pena del nuevo delito. Y " la disposición del párrafo c, ordenando la aplicación de las pe- " nas de los dos delitos y toda la economía de la ley, ¿en qué que- " dan? Se ve, pues, cómo es indispensable relacionar el plazo de " prueba con los términos de prescripción de las penas.

" Si se entendiera que la prescripción se interrumpe con la " condena condicional, las consecuencias podrían ser peores, pues " una pena prescripta para el delincuente que se substrajo, huyendo " a la acción de la justicia, se aplicaría transcurrido el mismo tér- " mino, o sea el de la prescripción, al condenado condicional- " mente.

" Teniendo en consideración esas observaciones, la comisión ha " relacionado los preceptos de la condenación condicional con los " de la prescripción, estableciendo que la condenación se tendrá " como no pronunciada si dentro del término de la prescripción " de la pena el condenado condicionalmente no cometiere un nuevo

" delito. Si lo cometiere sufrirá la pena correspondiente, el nuevo " y la que le fué aplicada por el anterior.

" Debe hacerse presente que esta observación fué también " hecha en el Congreso Penitenciario reunido en esta Capital el " año 1914, por el relator doctor Octavio González Roura, y acep- " tada por aquél.

" Hemos considerado también oportuno dejar sin efecto lo que " preceptuaba el proyecto de 1906 respecto a la revocación de la " condena condicional cuando se descubrieren malos antecedentes " al condenado.

" La expresión es vaga y se presta a verdaderos abusos. Basta " con prohibir la condena condicional para los reincidentes y auto- " rizar al juez para otorgarla o no, según el juicio que él forme " respecto al condenado. Para formarlo debió requerir antecedentes " tes y formar criterio. Tuvo tiempo durante toda la secuela del " proceso, en el cual se agotan en juicio contradictorio todos los " elementos y antecedentes precisos para el fin. No tiene, así, sig- " nificado eso de la revocación obligatoria, si aparecieren malos " antecedentes, los que es fácil presentar y hasta fraguar, con el " agregado de que si no aparecieron o no fueron lo bastante efi- " caces para impedir el beneficio durante el proceso en que se de- " baten la acusación y la defensa, no es concebible que se acepten " después de desaparecido el contralor del juicio.

" La comisión deja sin modificaciones el precepto relativo a " las limitaciones de la condena condicional, por considerarlo ra- " zonable y acorde con el espíritu de la institución."

*

* *

119. La sanción de la Cámara de Diputados y la fe de erratas.—La Cámara de Diputados sancionó ese despacho sin introducirle reformas, pero no fué remitido al Senado sino después de serle hecha en esta parte, una corrección.

En la sesión del 22 de agosto de 1917, manifesté que era necesario verificar en el proyecto de código sancionado en la reunión anterior, determinadas correcciones. Agregué que creía necesario que la Cámara las conociese, porque algunas de ellas podrían cambiar el sentido del articulado.

Entre tales correcciones indiqué la siguiente: "En el artículo 26, poner la palabra *tres* en lugar de la palabra *dos.*" (1).

Cuando terminé mi exposición, el presidente de la Cámara, dijo:

" Habiendo asentimiento general, la presidencia interpreta " que quedan aceptadas las correcciones que indica el señor dipu- " tado Moreno, y si hubiera algún error material de imprenta, la " comisión lo corregirá, revisando a ese efecto la comunicación al " Senado antes de su remisión. Queda sancionado el proyecto."

De manera que la Cámara de Diputados autorizó la condena condicional para los casos en que la pena no excediera de tres años, ampliando el precepto del proyecto de 1906.

*

* *

120. Observaciones del senador Rojas.—El doctor Rojas hizo en su informe a la Cámara de Senadores algunas observaciones, diciendo:

" Tiempo.—Proyecto del Ejecutivo, dos años. (Doctor Herrera, " párrafo 95). Ley francesa hasta cinco años; inglesa, hasta dos; " otras leyes hasta seis y tres meses. Artículo 28 del proyecto.—Se " comprende, desde luego, lo dispuesto en el inciso 1.°, no así lo " dispuesto en el segundo. (G. Roura). Si la condena condicional " con la libertad que apareja, ha de servir de estímulo, las inca- " pacidades le restarían fuerza y harán menos eficaz la prueba " de buena conducta que se requiere como afirmación.

" Se quiere que la condena condicional, es decir, la libertad " en que se deja al agente, obre en su espíritu de manera que lo " aleje de la tendencia o de la posibilidad de cometer nuevos " delitos.

" Se espera que la libertad y la amenaza que comporta, le " coloque en condiciones de no ofender a la sociedad. Para esto " la ley no debe presentarle obstáculos, y corresponde que le " allane los que hay en su camino. Las incapacidades son una " traba para su mejora o para su colación regular en la sociedad.

" Parecería entonces conveniente suprimir el inciso 2.°, y así " lo proponemos."

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1917. Tomo IV, página 133.

En esos párrafos se alude a un proyecto del Poder Ejecutivo, lo que reclama una explicación.

Después de sancionado el Código Penal en la Cámara de Diputados, lo que ocurrió en 1917, y como se demorase la sanción en el Senado, el Poder Ejecutivo, en lugar de urgirla, mandó a la Cámara de Diputados un proyecto sobre condena condicional. Este no era nuevo, sino la repetición completa, sin variarse una palabra, del proyecto de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, ya sancionado por el cuerpo al cual se le remitía de nuevo.

*

* *

121. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado.— La Comisión de Códigos del Senado, dejó los artículos 26 y 27 tal como se aceptaron en la Cámara de Diputados, y reformó el 28, redactándolo en la forma siguiente:

" La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de " los daños causados por el delito y el pago de los gastos del " juicio."

En la exposición de motivos, se dijo acerca de la reforma:

" En el título III, la comisión sólo introduce una modifica- " ción. Consiste en la supresión del inciso 2.° del artículo 28, cuya " redacción quedará en la forma siguiente: " La suspensión de la " pena no comprenderá la reparación de los daños causados por " el delito y el pago de los gastos del juicio."

" En el informe del doctor Rojas se indican las razones de la " supresión de dicho inciso, a las cuales se remite esta comisión.

" En cuanto a la institución de la condena condicional, la co- " misión entiende que será una de las grandes reformas de nues- " tra legislación penal. La aceptaron los autores del proyecto de " 1906, considerando que es una verdadera conquista del derecho " penal moderno.

" Como lo hizo con la libertad condicional, Inglaterra fué la " primera nación europea que incorporó la remisión condicional a " su legislación positiva. La hizo por la "Summary jurisdiction " act." de 1879, extendiendo después sus efectos por la ley de 8 de " agosto de 1887, y codificando últimamente las disposiciones re- " lativas a esta materia por una ley dictada en 1907.

" Pero antes que Inglaterra, la remisión condicional se esta-
" bleció en los Estados Unidos, designándose con el nombre de
" Probation system ". Se considera a Massachussets como la tie-
" rra de origen de esta institución, reglamentada como sistema,
" porque al principio no fué sino una gracia por la ley de 1869.

" Aunque en otra forma que en Inglaterra y los Estados Uni-
" dos, la condena condicional existe en Bélgica desde 1888; en
" Francia (ley Berenger) desde 1891; en el ducado de Luxembur-
" go desde 1892; en el cantón de Ginebra desde el mismo año; en
" Portugal desde 1893; en Noruega desde 1894; en Sajonia y Ru-
" sia desde 1895; en Baviera desde 1896; en Hamburgo desde el
" mismo año; en el cantón de Valais desde 1899; en el cantón del
" Tesino desde 1900; en el ducado de Brunswick, cantón de Fri-
" burgo y gran ducado de Hesse, desde 1903; en Bulgaria e Italia
" desde 1904, y en España desde 1908. En Australia existe desde
" hace muchísimo tiempo.

" Además, " los proyectos de Código Penal más recientes, co-
" mo el francés, el federal suizo, el austriaco, el húngaro, admiten
" la condena condicional; en Alemania y en otros lugares se han
" hecho tentativas para introducirla, habiéndose llegado ya a dis-
" cutir en el Reichstag sobre el asunto, del propio modo que tam
" bién en las dietas territoriales." (Dorado, sobre la facultad de
" indultar las penas, concedida a los tribunales, en la "Revista
" Política y Parlamentaria", Madrid, febrero 15 de 1900).

" Los anteproyectos suizo y sueco de 1916 la reglamentan de
" un modo especial, estableciendo el primero que pueden remitirse
" las penas de privación de libertad que no excedan de un año,
" cuando el delincuente no haya sido condenado ni en el país, ni
" en el extranjero, y sus antecedentes permitan suponer que esta
" medida bastará para impedirle cometer nuevo delito, y aplicán-
" dola el segundo en las mismas o parecidas condiciones a los con-
" denados a penas privativas de libertad y a la prisión impuesta
" subsidiariamente por la multa no satisfecha.

" El sistema continental europeo difiere del sistema anglo-
" americano. Mientras éste suspende condicionalmente la senten-
" cia, quedando el delincuente, así, perdonado bajo la vigilancia
" y al amparo de los "probation officiers", aquél remite la pena
" misma que taxativamente impuso el juez en la sentencia.

" El proyecto en revisión, como el de 1906, acepta el sistema
" continental europeo. El informe de los autores del segundo con-

" sidera como autor del sistema a Berenger, quien lo sostuvo en el
" Senado de Francia en 1890, cuyas palabras elocuentes en defen-
" sa del sistema recoge, y las cuales nos permitimos reproducir en
" parte: " Hay una idea general que en todas partes se reconoce,
" y es que indispensablemente debe haber una distinción marcada
" en la represión del hombre que por primera vez comparece ante
" la justicia y en cuya vida el hecho imputado es como un acci-
" dente, y el malhechor de habitud contra el cual la justicia ha
" agotado las advertencias y para quien es un juguete desafiar sus
" decisiones. Para la conciencia que ha conservado intacto el sen-
" timiento del honor y el saludable temor de la prisión, la amenaza
" de la pena puede producir efectos tan serios, tan eficaces como
" la pena misma. Puede aún suceder que sea más saludable que
" la pena. Sin hablar de los efectos detestables causados por los
" contactos de la prisión, ¿cuántos desfallecimientos, cuántas rebe-
" liones contra la sociedad, no han nacido de una represión inútil?
" Para el reincidente, al contrario, en quien el sentimiento moral
" está profundamente alterado, ¿quién podría negar que el solo
" recuerdo está en el sufrimiento físico? Es necesario, pues, en
" tanto que posible, evitar al uno la prisión y hacerla más rigurosa
" para el otro."

" Por su parte, el más distinguido de nuestros criminalistas
" ha expuesto en un estudio sintético los motivos particulares
" que pueden alegarse para el establecimiento de la condena condi-
" cional en el país. " Es el primero—dice el doctor Rodolfo Riva-
" rola,—el desenvolvimiento económico, en que el mismo se encuen-
" tra y en que continuará por larguísimo tiempo. Las facilidades
" para hallar trabajo y someterse a la disciplina moralizadora de
" la obligación diaria, son un motivo que, en términos generales,
" la ley no puede descuidar, y que, en particular, deberá propor-
" cionar un criterio a los jueces facultados para acordar la pena
" condicional.

" La ley que establezca la condenación condicional—escribe
" al final de su estudio,—vendrá en parte a resolver el problema
" de la insuficiencia de las cárceles, y permitirá destinar algunos
" recursos al mejoramiento de las existentes." (Rodolfo Rivarola,
" La condena condicional ", 1911, páginas 14 y 19).

" El proyecto en revisión ha introducido en esta materia im-
" portantes modificaciones al proyecto de 1906. Así, ha incorpo-
" rado la multa, concorde con los proyectos más recientes al sis-

" tema de la suspensión condicional de la pena. En vez de dos, " fija en tres años el tiempo de la pena a los efectos de obtener " la remisión condicional. En lugar de dejar librada ésta en defi- " nitiva a la autoridad policial de la Capital, provincia o territo- " rio, según el caso, por los informes que produjera sobre su pro- " cedencia o improcedencia, la deja en manos del juez, obligán- " dolo a formarse un criterio propio sobre la personalidad moral " del condenado. Por eso mismo, la comisión no ha tocado las dis- " posiciones fundamentales sobre esta institución consignadas en " el proyecto de la H. Cámara de Diputados."

*

* *

122. La segunda Comisión de Códigos del Senado.—La segunda Comisión de Códigos del Senado, según resulta de su planilla (1), la que no contiene fundamentos y que se aprobó a libro cerrado, introdujo una modificación en el artículo 27, en el cual suprimió las palabras: "a contarse desde la fecha de la sentencia". Además, y en el artículo 26, insistió en mantener el término de dos años, rechazando la ampliación a tres, aceptada expresamente por la primera comisión, cuyo informe se ha transcripto.

La Cámara de Diputados aceptó todas esas modificaciones, según resulta también de la planilla respectiva (2).

Veamos ahora el alcance de los preceptos en particular.

*

* *

123. La pena pronunciada y la autorización para suspenderla.—El consenso general establece que la condenación condicional se puede autorizar únicamente para los delitos de poca importancia y para los infractores que no demuestren ser peligrosos, lo que resulta de los antecedentes y de las circunstancias mismas del caso en cuestión.

En los hechos, la importancia del delito se mide por la cantidad de la pena, de manera que, tratándose de suspender la ejecución de las sentencias con relación a determinados delitos, la ley tiene que decir cuáles son las condenas que autorizan esa suspensión.

Leyes y proyectos marcan aquí divergencias, autorizando algunas la suspensión cuando la condena es por meses, y extendiéndola otras hasta cinco años.

No hay ni puede haber en la materia una regla fija, porque son empíricos los límites fijados en las distintas legislaciones.

Por mi parte hubiera preferido se mantuviese el término de tres años, que daba un margen mayor para la aplicación, aun cuando encuentro que lo principal, que es la institución misma, se ha obtenido con la sanción del Código por el Congreso.

La condena condicional reemplaza en cierto modo a otras instituciones anteriormente en vigor. En casi todas les leyes, se ha tenido siempre la preocupación de distinguir entre los delincuentes, autores de delitos graves, y los infractores que cometieron por primera vez delitos de poca importancia. Para los primeros se consignaban los castigos más severos, y cuando no se aplicaba la pena de muerte se hacía efectivo el encierro en condiciones graves. En cambio, a los segundos se les detenía o arrestaba, vale decir, se les encerraba sin someterlos a un régimen severo. Y se iba más lejos en este camino, porque se autorizaba la liberación mediante la substitución de la pena corporal por una cantidad de dinero. El encierro se transformaba en multa.

Las penas de arresto, y en ciertos casos las de prisión o detención, según cual fuere la terminología adoptada, podían evitarse y no cumplirse, mediante el pago.

La condenación condicional autoriza la suspensión, pero ese beneficio no depende de la fortuna del delicuente, sino de sus antecedentes, condiciones y características del hecho. Además, la condenación condicional no cancela, sino que suspende, siendo así justa y previsora.

*

* *

124. Requisitos para la concesión del beneficio.—Los tribunales, para autorizar la suspensión de la condena, tendrán en cuenta: a) La personalidad moral del condenado; b) La naturaleza del de

(1) Orden del Día N.° 13, año 1921.
(2) Orden del Día N.° 183, año 1921.

lito; y c) Las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir a los efectos de apreciar esa personalidad. Para formar criterio—agrega el artículo—podrán pedirse los informes que se consideren del caso.

La ley fija normas abstractas; los jueces, de acuerdo con las mismas, resuelven en los casos concretos. El Código establece cuáles son los elementos que debe tener en cuenta el juez, pero la apreciación de los mismos corresponde al magistrado, el que resuelve de conformidad con su criterio.

Lo que la ley quiere es muy claro. Si la sociedad se encuentra en presencia de un sujeto para el cual basta la reprobación moral y la amenaza del castigo, no debe vacilarse en detener la ejecución de éste y concretarse a las medidas anteriores. En cambio, si el magistrado encuentra que el delincuente no ofrece seguridades, si entiende que la sanción moral y el castigo en expectativa no bastan, suspenderlo puede ser perjudicial por el peligro siempre posible de la reincidencia.

El magistrado tiene que proceder, así, de acuerdo con su impresión, y ésta la formará teniendo en cuenta los factores que se anotan en el Código y los demás que puedan servir a los mismos efectos.

Se ha dicho que, únicamente, deben tenerse en cuenta los elementos personales, desde que los referentes al delito mismo sirven para fijar el monto de la pena. No comparto ese pensamiento, que se encuentra en pugna con las bases de la institución. La condenación condicional no es un derecho del infractor. No es como la libertad condicional que debe ser otorgada cuando el penado presenta determinadas condiciones. La condena condicional puede ser concedida cuando el tribunal lo encuentre oportuno. No es un derecho del delincuente, sino una facultad judicial que se puede ejercitar o no.

Si las circunstancias del hecho sirvieran solamente para graduar la penalidad, en todos los casos de delincuente condenado a dos años de prisión o a menor tiempo, que no fuere reincidente, se tendría *el derecho* de exigir por el infractor se le suspendiera la ejecución del pronunciamiento. Y eso no es lo que se ha pretendido al autorizar la condenación condicional. El tribunal debe tener en cuenta todos los factores para formar criterio, y el hecho en sí proporciona elementos de juicio que permiten formar un juicio completo.

* * *

125. Los antecedentes del condenado y la comprobación de la reincidencia.—La primera condición para el otorgamiento del beneficio es, sin duda alguna, la referente a los antecedentes del condenado. Si éste es un reincidente, es indudable que el beneficio no le puede ser otorgado, porque no tiene a su favor la presunción de la corrección que se busca.

De manera que el tribunal deberá pedir los informes del caso para saber si el individuo en cuestión tiene o no antecedentes de esa índole.

Y no sólo esto; para formar criterio puede ser conveniente tener informes policiales relacionados con la conducta del sujeto, el que puede no ser reincidente, esto es, no haber cometido delitos con anterioridad, pero ser individuo de mal vivir y haber sido condenado por infracciones.

El beneficio de la excarcelación, o sea de la libertad bajo fianza o caución, no se concede actualmente, según lo establecen las leyes de forma, a los reincidentes, de manera que en todos los casos, cuando se solicita esa medida, los jueces, dentro de su jurisdicción respectiva, solicitan los informes correspondientes. Y aun cuando el término *reincidencia* es general, como son las leyes locales las que se ocupan de la libertad provisional mencionada, la comprobación se busca en el Estado dentro del cual funciona el tribunal donde la causa se tramita. De manera que un antiguo penado en la provincia de Buenos Aires, que ha cumplido su condena y delinque en la Capital Federal o en otra provincia, puede, en realidad, si el monto de la pena correspondiente al nuevo delito lo permite, obtener la libertad provisional, a pesar de la reincidencia.

Se hace, así, indispensable la creación del registro nacional de reincidencia, que concentre antecedentes relativos a todas las condenas que se produzcan en el país y que pueda dar informes completos cuando le sean requeridos a los efectos del otorgamiento de los beneficios anotados.

Mientras eso no se haga, nos expondremos a soluciones inconvenientes y a errores que pueden ser lamentables.

Se podría observar que la institución en ningún caso sería per-

fecta, desde que la comprobación de los delitos que pudiera haber cometido el condenado en el extranjero no se tendría. El argumento sería exacto, aun cuando el registro puede gestionar y obtener el intercambio de fichas, pero no tiene gran peso desde que, si todas las instituciones se apreciaran con ese criterio, no habría una que saliese ilesa de la prueba de las objeciones.

El proyecto sobre registro de reincidentes fué presentado por mí a la Cámara de Diputados, como se ha hecho notar en el capítulo referente al complemento del Código Penal.

En la actualidad, y salvo casos especiales, entiendo que los jueces deben proceder como en los casos de libertad provisional y pedir los informes dentro de su jurisdicción, para acreditar la reincidencia, y en todo caso solicitarlos también a la Capital Federal, donde hay un registro más completo, o al lugar del último domicilio del condenado, si lo hubiese tenido en otra provincia.

Además, y teniendo en consideración la falta anotada, se deberá ser muy cuidadoso en la apreciación de los otros factores.

*

* *

126. La suspensión de la condena en los casos de multa.—El beneficio de la condena condicional se aplica, no solamente a los casos de prisión, sino a los de multa.

En el proyecto de 1906 sólo se autorizaba la suspensión de la condena cuando se tratase de un pronunciamiento que se castigase con cárcel.

La modificación, que fué introducida por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, es perfectamente lógica. La pena de multa es aplicable a delitos de menor gravedad de aquellos a los cuales se inflige la prisión. La pena de multa puede transformarse en una pena de prisión cuando no se satisface, de manera que concediendo el beneficio de la suspensión tan sólo a los condenados a la pena corporal de encierro, podría presentarse el caso de encarcelarse al autor de una infracción de poca importancia que no pudo pagar una multa, y liberarse condicionalmente al autor de la infracción de mayor gravedad, castigada con una pena más severa.

*

* *

127. La ley número 11.117, complementaria del Código Penal.—La condena condicional, como institución de fondo solamente, no llena los fines para los cuales está destinada. Entre nosotros los procesos duran largo tiempo, y los términos de la prisión preventiva se extienden. De manera que, si detenido un presunto delincuente se le mantiene encerrado hasta la terminación del proceso, lo probable es que, cuando se dicte la sentencia, no se pueda suspender su ejecución por haber durado la prisión preventiva un tiempo equivalente o muy aproximado al de la condena.

La excarcelación bajo caución es un beneficio que, en muchas leyes de forma, exige requisitos de fianzas y garantías, que no siempre pueden proporcionar los acusados.

Era, en consecuencia, indispensable reformar el Código de Procedimientos.

En la sesión del 29 de agosto de 1917 presenté a la Cámara de Diputados un proyecto de modificación al Código de Procedimientos en lo Criminal de la Capital, que declaraba admisible la caución juratoria cuando concurriesen simultáneamente las siguientes circunstancias: 1.ª Que la pena correspondiente al delito cometido permitiese a primera vista la aplicación de la condena condicional; 2.ª Que los antecedentes del procesado no dieran lugar a presumir que burlaría la acción de la justicia (1).

Fundándolo, dije: La sanción del nuevo Código Penal, que determinará seguramente la reforma de nuestras vetustas leyes procesales, requiere urgentemente la modificación del Código de Procedimientos en lo relativo a libertad bajo caución. Esta reforma, que es de forma, corresponde al Congreso como legislatura local, y tendrá que ser hecha una vez sancionado el código nuevo en cada una de las provincias, que dictan, como es sabido, la legislación procesal que las rige.

El Código Penal ha consagrado la condena condicional, es decir, la suspensión de la pena cuando ésta fuere menor de tres años de prisión y concurriesen las demás exigencias que la misma ley determina (2).

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1917, tomo IV, página 260.
(2) El Congreso, por iniciativa del Senado, redujo el término a dos años.

La sentencia definitiva puede, por consiguiente, disponer que la condena se suspenda y que el penado no sufra el encierro a que se ha hecho acreedor. Tiene por objeto la ley, como se ha hecho notar en el informe de la comisión especial y en todos los antecedentes invocados, que no se puebien las cárceles con delincuentes primarios de fácil corrección, y a los cuales se contiene con la amenaza, más eficaz que la prisión, que es generalmente corruptora.

Pero las leyes procesales, como medida de precaución, imponen el encierro preventivo del acusado una vez realizado el acto calificado de delito, y ese encierro debe durar en rigor hasta que sobrevenga la sentencia absolutoria. Si ésta es condenatoria se descuenta la prisión preventiva, verificándose el cómputo de acuerdo con la ley y el resto solo, esto es, el saldo, es lo que se paga para cumplir la pena íntegramente.

Aceptada la condena condicional, no sería justo ni conveniente, dado el propósito de aquélla, que las personas a las cuales corresponde la suspensión de la pena sufran en carácter preventivo una prisión que a veces es larga. La excarcelación bajo fianza personal o real, debe ser en esos casos la excepción. Cuando el acusado, por sus antecedentes, permita suponer que no burlará la acción de la justicia y la pena correspondiente al delito sea de las que se encuentran comprendidas a primera vista en la condena condicional, la excarcelación debe facilitarse, admitiéndose la caución juratoria. Esta, por otra parte, se encuentra en el Código, y todo lo que se propone es su ampliación, de acuerdo con los principios más adelantados, aceptados ya por esta Cámara.

Hasta aquí mis palabras.

Ese proyecto no se consideró por haberse detenido en el Senado el estudio del Código, pero sancionado éste, el diputado Parry presentó uno nuevo, que fué sancionado en 1921. La ley respectiva, que lleva el número 11.177, establece que la caución juratoria se admitirá cuando concurran juntamente las circunstancias siguientes: 1.ª Que la pena correspondiente al delito no exceda en su máximum de cuatro años de reclusión o prisión; 2.ª Que no haya motivo para presumir que el procesado tratará de burlar la acción de la justicia.

La fianza se cancelará cuando quede firme la sentencia que imponga la condena condicional.

La sanción de ese proyecto ha salvado un punto de verdadera importancia, que hubiera dificultado más, caso de no producirse,

la aplicación de la condena condicional. El proyecto ha estado acertado al dar términos amplios en relación a la pena, porque siendo extensos los límites de las que fija el nuevo código, se hubiera dificultado la extensión del beneficio en el caso de reducir la libertad provisoria al límite anterior, o sea a los delitos que se castigasen con pena de prisión o arresto de dos años, como término medio.

De manera que los tribunales pueden conceder la excarcelación cuando el delito apreciado *prima facie,* tenga una pena máxima de cuatro años de reclusión o prisión; y pueden suspender la ejecución de la pena, o sea condenar condicionalmente, cuando el castigo impuesto no exceda de dos años de reclusión o prisión.

* * *

128. Alcance del beneficio de la condenación condicional.—El texto del artículo 26 ha dado lugar ya a discusiones e interpretaciones respecto al alcance del beneficio de la condenación condicional.

Debo hacer presente, en sentido general, que habiendo emprendido este trabajo a raíz de la sanción del Código, no me será posible ocuparme ni de los fallos de los tribunales, ni de los comentarios hechos, porque unos y otros se están produciendo recién. No obstante eso, que explica la falta de muchas referencias, en algunos casos, dada la grande importancia del asunto en estudio, he considerado preciso volver sobre mis originales para ocuparme del mismo en sus diferentes aspectos.

El artículo 26 dice que podrá suspenderse la ejecución de la sentencia, en los casos de primera condena por delito, al que corresponda pena de reclusión o de prisión que no exceda de dos años. Se ha pensado por algunos, que al decir la ley "por delito al que corresponda", para que pueda suspenderse la ejecución de la pena, es preciso que el castigo establecido en la ley no exceda de dos años.

El punto tiene una importancia fundamental, por motivos fáciles de percibir. Así, el Código en el artículo 90, por ejemplo, castiga ciertas lesiones graves con la pena de reclusión o prisión, desde uno hasta seis años. El tribunal puede, en un caso de esos, condenar a cualesquiera de las dos penas, colocadas alternativamente, desde

un año hasta seis. Supongamos que en un proceso seguido como consecuencia del delito mencionado, se condena a dos años. Si el beneficio de la suspensión solamente puede acordarse en los casos que la pena señalada para el delito no exceda de dos años, pudiendo en el caso condenarse a seis, el expresado beneficio no podría acordarse. En cambio, si basta que la condena no exceda de dos años, la suspensión puede pronunciarse, aun cuando la pena aplicable al delito pueda ser mayor.

Como en el Código hay pocos delitos que tengan un máximum de dos años como pena y, en cambio, existen muchos que permiten una condenación por ese tiempo, a pesar de ser mayor el mismo máximum, si la interpretación se hiciera restrictivamente, los beneficios de la condenación condicional se harían efectivos en un número reducido de casos. El pensamiento legislativo se habría, así, desnaturalizado.

Si se leen los fundamentos antes transcriptos, dados por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, se observa que el objeto tenido en vista al sancionarse la condena condicional, ha sido el de que no se encierre a delincuentes primarios condenados a penas que no excedan de dos años. Se trataría de contener a esas personas con la amenaza del castigo y realizar una doble función: personal y social.

La ley no ha sido restrictiva. Si hubiese dominado ese pensamiento no se hubiera discutido la cuestión de los dos o de los tres años, desde que en el hecho, si dominara la teoría según la cual la pena a tenerse en cuenta es la correspondiente al delito y no la aplicada, la modificación de los términos tendría escasísima importancia.

Además, el propio Congreso ha definido terminantemente la cuestión al dictar la ley número 11 177, complementaria del Código. Esa ley, cuyo objeto he señalado, dispone que deberá excarcelarse bajo caución a todo procesado no reincidente, cuando la pena máxima para el delito cometido fuere la de cuatro años de encierro. Esa ley se vincula a la institución de la condena condicional y tuvo por objeto evitar el fracaso de aquélla. Si el Congreso hubiere entendido que la condenación condicional no podía acordarse cuando la pena correspondiente al delito excediera de dos años, ¿cómo, para asegurar la aplicación de aquélla, autoriza la excarcelación bajo caución cuando la pena máxima es la de cuatro años?

Basta leer los textos para convencerse una vez más, que la suspensión de la condena procede cuando la sentencia impone una pena que no exceda de dos años, aun cuando el castigo correspondiente al delito pueda ser mayor.

La tesis que sostengo ha sido sustentada en esta Capital y en forma concluyente por el ilustrado juez del Crimen doctor Carlos Martínez.

La fe de erratas ya sancionada por la Cámara de Diputados eliminará toda discusión al respecto.

*

* *

129. El texto del artículo 26.—Aun cuando he tomado el texto de la edición oficial del Código al transcribir el artículo 26, es preciso hacer notar que al sancionarse dicho artículo, y al hacerse las comunicaciones de Cámara a Cámara, se ha incurrido en errores que resultan de la simple exposición.

El artículo 26 tiene dos apartados: el primero se refiere a delitos y el segundo al concurso de delitos.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo diciendo en ambos apartados que la pena no debía exceder de dos años. Al leerse por mí la fe de erratas en la Cámara de Diputados, se reemplazó en uno y otro apartado, la palabra "dos" por la palabra "tres".

La Comisión de Códigos del Senado aceptó expresamente el cambio, considerándolo conveniente, pero la segunda comisión de ese mismo cuerpo, propuso se cambiase en el primer apartado la palabra "tres" por la palabra "dos". Evidentemente, el propósito fué el de hacer el cambio en ambos apartados, pero no se propuso así. La sanción se verificó en la forma aconsejada, y, no obstante eso, en la Cámara de Diputados, al copiarse el artículo completo, se hizo la substitución en las dos partes del mismo.

Conviene, así, para salvar esa y otras dificultades que se prestan a controversias, declarar, por ley, auténtica la edición oficial del Código y salvar las erratas más notables.

* * *

130. El concurso de delitos y la condenación condicional.—La regla del último párrafo del artículo correspondiente a concurso de delitos es también perfectamente lógica.

La comisión especial de la Cámara de Diputados aceptó en esa parte las observaciones hechas por el doctor Julio Herrera, quien criticaba el proyecto de 1906, sosteniendo que había omitido extender los beneficios de la autorización para el caso de concurso de delitos.

Refiriéndose a la omisión salvada en el Código, decía (1):

"En caso de varios delitos, teniendo cada uno una pena infe-
"rior a dos años, pero resultando de su acumulación una mayor,
"¿es aplicable la condena condicional? En otros términos: ¿debe
"tenerse en cuenta la pena de cada delito en particular o la que
"corresponda por el concurso de los delitos perpetrados? Pensa-
"mos que lo último es lo que han querido los autores del proyec-
"to, pero debió decirse, para evitar de los tribunales las más en-
"contradas interpretaciones."

* * *

131. El artículo 27 y sus concordancias.—

Artículo 27

La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término para la prescripción de la pena, el condenado no cometiere un nuevo delito.

Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas.

CONCORDANCIAS.—Código de Noruega, artículo 53.—Ley francesa de 1891, artículos 1, 2 y 3.—Ley española, artículos 14 y 15.—Húngara, 1, incisos 3 y 4.—Proyecto de 1906, 33.—Proyecto peruano de 1916, 42 y 43.—Proyecto italiano de 1921, 81.

(1) "La Reforma Penal", página 163.

* * *

132. Fundamentos del precepto.—La disposición del artículo no necesita explicaciones. Si el condenado, dentro del plazo de suspensión de la condena, que es también de observación, demuestra que los propósitos tenidos en vista al condenarlo condicionalmente no se han llenado, el mantenimiento de la ventaja no se explicaría. Hacerlo sería sancionar la impunidad y declarar que los delitos no son objeto de castigo, a pesar de las disposiciones de la ley.

El Código no ha fijado un plazo arbitrario. De acuerdo con las observaciones hechas en los fundamentos antes transcriptos, se ha relacionado el término con el de la prescripción de la pena.

* * *

133. El artículo 28, sus concordancias y fundamentos.—

Artículo 28

La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.

CONCORDANCIAS.—Ley francesa, artículo 2.º—Proyecto de 1906, 34.—Proyecto peruano de 1916, 41.

La explicación del presente artículo se encuentra en los fundamentos dados en la Cámara de Senadores, y que han sido transcriptos al tratarse la materia en general.

* * *

134. La condenación condicional en la legislación comparada.— La condena condicional no se encuentra legislada de la misma manera en los distintos países.

Como he dicho al principio, dominan en la materia tres sistemas distintos, de los cuales el más difundido es el aceptado en nuestro código.

Según la ley inglesa de 1907, una corte de jurisdicción sumaria que considere probado un delito, cuyo juicio le compete, puede, teniendo en cuenta los antecedentes, la edad, la salud, la condición mental de la persona inculpada, el carácter mínimo de la infracción, o las circunstancias atenuantes en las cuales tal infracción se cometió, ordenar: 1.° El desistimiento de la instrucción o de la acusación; 2.° Liberar al culpable condicionalmente, si presta garantías, con o sin seguridades, de llevar una buena conducta y de comparecer para ser juzgado cuando sea citado durante el período acordado, el que no pasará de tres años.

La corte puede, así, suspender el juicio y reanudarlo si el infractor no cumple las condiciones establecidas.

En algunas leyes locales americanas se autoriza la suspensión de la sentencia, una vez terminada la instrucción del proceso y estando en condiciones para dictarse el pronunciamiento definitivo.

Pero el sistema más aceptado consiste en dictar sentencia condenatoria y detener la ejecución.

La ley francesa de 1891 autoriza la medida para los casos de condenación a prisión y multa. La ley española de 1908 también lo establece, exceptuando del beneficio a determinados delitos.

Las demás leyes y proyectos citados se inspiran también en principios análogos. Todas limitan la suspensión a condenas por delitos de poca importancia; todas limitan la autorización; y todas niegan el beneficio a los reincidentes.

El último proyecto de Código Penal redactado para Italia, extiende los beneficios de la condena condicional a una serie de casos.

En el capítulo sobre delincuentes menores y en el artículo 36, autoriza la condena condicional para los menores que en el momento del juicio hubieran cumplido doce años y no hubiesen llegado a los dieciocho, cuando para el delito cometido se estableciere una sanción no superior a la segregación simple por cinco años.

En el capítulo 4 del título III, que se ocupa de la condena condicional y del perdón judicial, el artículo 78 autoriza la suspensión de la ejecución de la condena por un término de cinco a diez años, cuando ésta no sea superior a segregación simple por dos años. Para que el beneficio pueda acordarse es preciso que el imputado

no haya sido castigado anteriormente a segregación simple o rigurosa, y que concurra por lo menos una de las circunstancias de menor peligrosidad.

Los beneficios de la condena condicional se extienden a los casos de multa, exilio local, confinamiento y prestación obligatoria del trabajo diurno.

La condenación condicional no se concede jamás, sino por una sola vez, a menos que la precedente concesión haya sido otorgada por haber cometido el condenado una contravención. La amnistía o el indulto no borran la condenación anterior a los efectos de que sea concedida la condenación condicional.

XIII

Reparación de perjuicios

135. La reparación del daño en el orden civil y en el criminal. — 136. El criterio antiguo y el moderno. — 137. El artículo 29 y sus concordancias. — 138. Las personas civilmente responsables en el proyecto del doctor tejedor. — 139. Principios del proyecto de los doctores villegas, ugarriza y garcía. — 140. El código de 1886. — 141. Dificultades para obtener la reparación del daño. — 142. El proyecto de 1891. — 143. El proyecto de 1906. — 144. El criterio de la comisión especial de legislación penal y carcelaria. — 145. El doctor rojas propone en el senado la supresión del título. — 146. Estudio hecho por la comisión de códigos de la cámara de senadores. — 147. La prescripción del derecho. — 148. Las cuestiones de orden constitucional. — 149. La apreciación del daño cuando la sentencia es condenatoria. — 150. Casos en que no corresponde el pronunciamiento sobre daños. — 151. Restitución de la cosa objeto del delito y pago de costas. — 152. La reparación civil y la condenación condicional. — 153. El artículo 30 y sus concordancias. — 154. El orden en que deben emplearse los recursos del penado. — 155. El artículo 31 y sus concordancias. — 156. La solidaridad legal para los responsables del delito. — 157. El artículo 32 y sus concordancias. — 158. El precepto en el antiguo código español y en el proyecto del doctor tejedor. — 159. El artículo 33 y sus concordancias. — 160. El pago de la indemnización en los casos de insolvencia.

*

* *

135. La reparación del daño en el orden civil y en el criminal.— El hecho de vivir en sociedad impone obediencia a las normas que la rigen. Estas exigen la acción en determinados casos y la omisión en otros.

Los hechos y las omisiones individuales realizadas con derecho, esto es, dentro del orden jurídico, no dan lugar a consecuencias, es decir, no permiten que se dirija reclamo alguno al sujeto autor de la acción o la omisión. En cambio, todo perjuicio causado a otro como consecuencia de la violación de una ley, crea un vínculo entre el autor y la víctima. Este vínculo se traduce en la obligación que tiene el primero de reparar el daño causado a la segunda.

En el derecho civil se legisla, por eso, sobre delitos, desde que las fuentes de las obligaciones son: el contrato; el cuasi contrato; el delito; el cuasi delito y la ley. El significado de la palabra es, sin embargo, distinto en una y otra rama jurídica. En derecho civil designa toda acción ilícita por la cual una persona a sabiendas e intencionadamente perjudica los derechos de otra. En derecho criminal designa toda infracción definida y castigada por la ley penal.

En esos términos se expresa la nota puesta en el Código Civil, al pie del artículo 1072. El propio artículo define, diciendo que es delito el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.

La nota agrega que no todos los delitos civiles constituyen delitos del derecho criminal, porque la ley penal no castiga todos los actos que atacan el derecho de otro. Y recíprocamente, no todos los delitos del derecho criminal constituyen delitos civiles. La ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo.

Podría decir, completando ese concepto, que la tentativa, por ejemplo, se castiga como delito del orden criminal, y puede no haber causado perjuicios de carácter civil. Lo mismo ocurre con respecto a ciertos delitos consumados. La falsificación de billetes de Banco, descubierta antes de haber circulado los presuntos valores, constituye un delito castigado con penas graves, y como en

el caso supuesto no habrían víctimas del mismo, la sanción civil no correspondería.

Bastarían, dentro de nuestro derecho, los preceptos del Código Civil para que la víctima, o, en general, la persona perjudicada por un delito, pudiese accionar contra el autor del mismo a los efectos de obtener la reparación del daño. Esa reparación puede consistir, en algunos casos, en la reintegración del derecho de que fuera privada la víctima. Así ocurriría en los delitos contra la propiedad cuando se devolviesen al perjudicado los bienes que le fueron substraídos. En cambio, en otros casos, solamente se puede obtener el equivalente, a cuyos efectos se gradúa el daño y se aprecia en dinero. La reintegración del derecho sería imposible, por ejemplo, en los casos de homicidio o lesiones.

*

* *

136. El criterio antiguo y el moderno.—Antiguamente, y bajo el dominio de determinadas legislaciones, era posible resolver por vía contractual las consecuencias de ciertos delitos. El pacto, no sólo alcanzaba a la reparación en sí, sino a la pena que debiera aplicarse. Cuando la víctima o los parientes con derecho al reclamo aceptaban el pago, la cuestión quedaba concluída. Pero a medida que el Estado fué considerándose afectado por el delito. esas características desaparecieron y la infracción pasó a convertirse en un asunto de derecho público y no privado. Es claro que estas reglas no eran absolutas, desde que en todas partes se han considerado siempre a una cierta clase de hechos como atentatorios contra la sociedad y castigados, por tanto, por las autoridades.

En la actualidad, el delito y la pena son una cosa; la reparación pecuniaria es otra. Ambas cuestiones se encuentran íntimamente vinculadas, pero no deben confundirse.

El delito se considera como un ataque a la sociedad, que ésta tiene interés en reprimir, y acerca del cual toma medidas con independencia de la voluntad de los individuos afectados. El perjuicio social se considera superior al personal, y la precisión de mantener el equilibrio del conjunto impone la acción del organismo sin consultar a los sujetos perjudicados. Todo esto, salvo las contadas excepciones de delitos cuya persecución no interesa a la

sociedad o que, afectándola, se deja la iniciativa en la persecución a las víctimas o sus representantes, por motivos especiales.

Pero, aparte de la cuestión social planteada por el delito, el que pone en movimiento a los resortes correspondientes del organismo, aquél produce o puede producir daños personales.

De manera que el delincuente tiene una doble obligación; en primer término, la de soportar el juicio y la pena, o sea el aspecto social, y en segundo, el de reparar los daños materiales producidos, o sea el aspecto individual de relación.

Con estas nociones pasaré a estudiar los preceptos del Código, indicando los antecedentes y explicando el alcance de los conceptos.

*

* *

137. El artículo 29 y sus concordancias.—

Artículo 29

La sentencia condenatoria podrá ordenar:

1.° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba;

2.° La restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere;

3.° El pago de costas;

4.° Cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido a favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, antes de proceder o concederle la libertad condicional.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 37.—Francés, 10 y 51.—Español, 18, 121, 122, 123 y 124.—Proyecto de Tejedor, libro primero, título séptimo, parte primera y libro segundo, título segundo, § V.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 88, 89, 90, 91 y 92.—Código de 1886, 47, 139 y 176.—Proyecto de 1891, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55.—Proyecto de 1906, 35, 36, 37, 38 y 39.—Proyecto alemán de 1909, 57.—Proyecto peruano de 1916, 104 y 106.—Proyecto italiano de 1921, 92, 93 y 96.

*

* *

138. Las personas civilmente responsables en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, en el título séptimo del libro primero, parte primera, se ocupa de las personas civilmente responsables.

El primer artículo dice que toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente.

La responsabilidad civil establecida por ese proyecto, según el artículo 1.° del título segundo, libro segundo, § V, comprendía: 1.° La restitución de la cosa; 2.° La reparación del daño causado; 3.° La indemnización de perjuicios.

Sobre restitución de la cosa, los artículos 2.° y 3.° dicen:

"La restitución deberá hacerse de la misma cosa siempre "que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos a regula- "ción del tribunal, aunque la cosa se halle en poder de tercero, "salvo el derecho de éste, si fuese inculpable, para reclamar su "valor contra quien corresponda.

"Si la cosa no existiere, o la hubiese ganado por prescripción "un tercer poseedor, la restitución se hará con el precio corriente "de ella, agregándose el de estimación si lo tuviese."

Acerca de reparación del daño, los artículos 4.° y 5.° establecen:

"La reparación se hará valorándose la entidad del daño, "por medio de peritos si fuere practicable, o por el prudente "arbitrio del juez, atendido el precio natural de la cosa, siempre "que fuese posible, y el de afección del agraviado.

"Si el dueño prefiriese el valor total de la cosa, se procederá "según lo dispuesto por el artículo anterior, pasando la cosa a "la propiedad del responsable."

Y sobre indemnización de perjuicios, los artículos 6.°, 7.°, 8.° y 9.°, contienen los siguientes preceptos:

"La indemnización de los perjuicios comprende, no sólo los "que se causaron al ofendido, sino también los que, por razón "del delito, se hubiesen irrogado directamente a su familia o a "un tercero.

"Su regulación se efectuará prudencialmente por el juez en "defecto de prueba plena.

" La obligación de indemnizar es preferente a todas las que " contraiga el responsable después de haber cometido el delito.

" En el caso de que los bienes del culpable no sean bastantes " para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfa- " rán éstas por el orden siguiente:

" 1.º La reparación del daño causado e indemnización de per- " juicio; 2.º El resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio; " 3.º Las costas procesales; 4.º La multa.

" La restitución, reparación e indemnización se llevarán a " efecto por vía de apremio y pago."

Sobre la obligación en sí, en la nota puesta al pie del artículo 1.º del referido título 7.º, el codificador anotaba primero las concordancias con el antiguo código español, el Digesto, las Partidas, y los códigos francés, austriaco, brasilero, peruano y boliviano.

Transcribía en seguida unos párrafos de Pacheco, que fundamentaban las disposiciones, y que dicen así:

" Este deber de la reparación sigue siempre a los autores, a " los cómplices y a los encubridores del delito; a los que lo han " cometido de un modo ordinario y a los que llevan consigo cir- " cunstancias atenuantes. En una palabra: ¿cae sobre aquel indivi- " duo responsabilidad criminal? Pues no puede eximirse de la " civil, si el delito da lugar a ella.

" Escribimos de propósito esa última condición, porque hay " hechos punibles, categoría de actos criminales en los que no es " posible, ni cabe concebirse ese género de responsabilidad. Allí, " donde no se ha causado ni podido causar mal a individuo alguno, " allí no tiene aplicación semejante idea, porque ni hay daño que " quepa repararse. Supongamos una conspiración política, por " ejemplo, sin mezcla ninguna de criminalidad ni de intereses pri- " vados: en ellas no es posible la responsabilidad civil, como que " no hay parte alguna civil en aquella cuestión. El debate versará " sólo entre el Estado y el delincuente.

" Las primeras ideas de esta teoría de que nos ocupamos, son " ciertamente muy antiguas, proceden de los primeros tiempos " de la legislación criminal, pero su esclarecimiento y ordenación " son bien recientes, como sucede con tantas otras materias de " esta rama del derecho. Entre los romanos la reparación civil se " limitaba a muy pocos delitos. Posteriormente se confundieron " ella y lo criminal en una forma inextricable. Sólo los progresos

" de la buena filosofía han llevado la luz a aquellos confusos ins- " tintos, y convertido en verdaderas nociones los ciegos pero na- " turales impulsos de la razón."

Sobre el modo de hacer efectiva la responsabilidad civil, y después de anotar concordancias, dice el codificador, también de acuerdo con Pacheco:

" El que ha robado deberá ante todo restituir; y sólo cuando " la restitución no pueda verificarse es cuando tendrá efecto la " reparación para suplirla. El que ha causado una lesión, una " muerte, un daño material cualquiera, deberá indemnizar los " perjuicios; éste no tiene que reparar ni que restituir. Más aún: " es posible que se reunan los tres hechos cuando ninguno de ellos " satisfaga plenamente el mal causado, y si así sucediese no ha- " brán de vacilar los tribunales en ordenarlos todos. La voluntad " y el precepto de la ley consiste en que, no sólo respondan a la " sociedad los delincuentes por medio de la pena, sino que satis- " fagan también, y tan completamente como pudiese hacerse, a " los ofendidos por medio de la responsabilidad civil. Haciendo a " la pena una institución de derecho público no ha olvidado ni " podía olvidar el derecho de los particulares."

Agregaba a continuación:

" No deben confundirse las restituciones con los daños y per- " juicios. Las primeras tienen por objeto las cosas mismas de que " ha sido privado el que reclama; las otras son la reparación del " perjuicio sufrido. Las demandas entabladas para alcanzar este " doble fin son, pues, independientes una de otra, y pueden, por " lo tanto, ejercerse aislada o simultáneamente." (Chauveau Adolphe, tomo 1, página 200).

Sobre reparación del daño, dice lo siguiente:

" La reparación—según Pacheco—se parece a la indemniza- " ción de perjuicios, sólo que se usa de esta palabra por lo común " en los daños que recibimos en la persona, y de la primera cuando " los recibimos en los bienes o en la propiedad. (Tomo 1, pág. 494).

" La condenación de los daños y perjuicios—dice Chauveau " Adolphe,—esencialmente civil, pesa muchas veces sobre el acusa- " do de un modo más abrumante que la pena misma. El poder de " los jueces es, en general, ilimitado respecto de su distribución. " Es de su incumbencia exclusiva pesar las consideraciones socia- " les, la condición y fortuna de las partes, la gravedad de la falta " y del perjuicio sufrido. Hay, sin embargo, en esta materia,

" algunos principios que se derivan de la naturaleza misma de las " cosas, y que el juez, por ilimitado que sea su poder, no debe olvi- " dar. No todo perjuicio da lugar individualmente a condenación. " Es preciso que el perjuicio sea la consecuencia inmediata y directa " del delito, que sea actual y que proceda del hecho mismo acusa- " do." (Chauveau Adolphe, tomo 1, página 203).

Por fin, el proyecto decía sobre indemnización de perjuicios en la nota respectiva, que citaba a Pacheco y a varios códigos extranjeros, lo siguiente:

" Hemos dicho que la indemnización de perjuicios se refiere " a los daños causados directamente en las personas. Está sujeta " a ella el que mató, el que hirió, el que privó de la libertad, el " que injurió o calumnió a otro. No está sujeto a ella el que robó, " el que quemó, el que destruyó alguna cosa. De este no se dice " que indemniza los perjuicios, sino que repara el daño causado. " Por lo demás, las consecuencias legales son semejantes. Si el " uno abona lo que ha destruído, el otro paga lo que ha hecho " perder. Uno y otro responden civilmente de los resultados de " su acción. En uno y otro caso tienen un gran poder los tribu- " nales. A la prudencia y discreción de éstos es forzoso dejar mu- " cho, para que semejantes responsabilidades sean completas.

" En esta última de que tratamos, la indemnización, es digna " de advertir la singular amplitud con que la ordena la ley. No " es sólo debida a la misma persona que fué objeto o víctima del " delito, sino que también lo es a su familia, y hasta a un tercero, " si han padecido por éste. Supongamos que se asesinó a un padre " de hijos menores, a los cuales sostenía con su trabajo, y que " por esa muerte quedan en completo abandono. La indemnización " a estos, en cuanto sea posible, es de rigurosa justicia. Si el ma- " tador tiene fortuna con que hacerlo, ninguna duda cabe en la " obligación que le alcanzará, y que los tribunales deben hacer " eficaz. Supongamos aún, que ese asesinado hacía una obra para un " tercero, la cual tenía ya cobrada, y cuyo importe no podía de- " volver; el asesino o el reo de su muerte deberá reintegrar lo que " por su delito ha hecho que pierda aquella tercera persona. Quien " es causa de un perjuicio, y causa de ese género, necesario es, " según todas las reglas de justicia, que lo indemnice."

Como hemos podido comprobarlo, el proyecto de Tejedor era amplio en esta materia, fijando derechos y obligaciones y extendiéndose en disposiciones más propias de la ley civil que de la criminal.

La responsabilidad civil, según el mismo, gravitaba solidariamente sobre todos los culpables, pasaba a los herederos del ofensor, y el derecho de exigirla se transmitía a los herederos del ofendido.

Además, se contenían una serie de reglas sobre responsabilidad subsidiaria, o sea la que deriva del hecho de otro, a quien tiene la obligación de cuidarse. Esos preceptos de carácter civil atribuían al guardador la responsabilidad de los hechos del demente, y a los padres, madres o guardadores la relativa a los hechos de los menores de quince años. Todo esto si no se acreditaba falta en el cumplimiento de los deberes o negligencia. Se ocupaba, por fin, de la responsabilidad de los posaderos patrones y personas dedicadas a la industria.

Las reglas de tal proyecto fijaban las características del derecho y de la obligación, la que debería ser reclamada ante la justicia civil ordinaria, puesto que nada se decía sobre jurisdicción de los jueces.

*
* *

139. Principios del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García traía sobre esta materia los artículos 88, 90, 91 y 92, los cuales establecían:

" La responsabilidad civil establecida por este código, com- " prende: 1.° La restitución de la cosa; 2.° La reparación del daño " causado; 3.° La indemnización de perjuicios; 4.° El pago de " costas.

" La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que " sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, o de su equi- " valente, si no pudiera tener lugar la devolución de la cosa misma.

" La reparación del daño o indemnización de los perjuicios " comprende, no sólo los que se hubieren causado al ofendido, sino " también los que por razón del delito se hubiesen ocasionado di- " rectamente a terceros.

" La obligación de indemnizar es preferente a todas las que

" contraiga el responsable de ella después de haber cometido el " delito.

" En el caso de que los bienes del reo no sean bastantes para " cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán és- " tas por el orden siguiente: 1.° La reparación del daño causado " e indemnización de perjuicios; 2.° El resarcimiento de gastos " ocasionados por el juicio; 3.° Las costas procesales; 4.° La multa."

En el informe no se tocaba el asunto en cuestión.

*

* *

140. El código de 1886.—El código de 1886 era en esta materia muy incompleto. El artículo 47, decía: " La pena sufrida no extingue la obligación de reparar el daño causado."

Al hablar del producto del trabajo del condenado se refería también a la responsabilidad civil.

El artículo 176, colocado al fin del capítulo sobre descubrimiento y revelación de secretos, dice:

" Estas penas y las demás que impone este código, son sin " perjuicio de las acciones del damnificado para pedir la corres- " pondiente indemnización."

Además, en el artículo 225 del capítulo sobre disposiciones generales para los delitos contra la propiedad, se establece que las penas señaladas en todo el título se aplicarán sin perjuicio de la restitución de la cosa substraída o defraudada.

Por fin, en el artículo 139, colocado como primero de las disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad, se obliga al condenado a dotar a la ofendida, si fuere soltera o viuda, en proporción a sus facultades, y a mantener la prole que resultare.

*

* *

141. Dificultades para obtener la reparación del daño.—El Código, lo mismo que los proyectos que le sirvieron de antecedente, consignaba la obligación, y ésta debía ser reclamada en juicio especial ante la jurisdicción civil.

Aceptaba, así, el sistema de la división de jurisdicciones, frente al otro que considero más lógico y que consiste en entregar a los tribunales del crimen toda la cuestión. Cuando se trata de delitos de este último fuero, el juez que aplica la pena fija la indemnización. Cuando se trata de delitos puramente civiles, el asunto se resuelve en la jurisdicción correspondiente, no teniendo el Código Penal que tomar disposiciones al respecto.

Con el sistema antiguo era muy difícil obtener reparación civil como consecuencia de los delitos de orden criminal. Los procesos duran, generalmente, largo tiempo, y los elementos de juicio completo no se tienen sino cuando se dicta sentencia, la cual establece si hay delito o no.

Pero como el Código Civil establece en el artículo 4037 que se prescribe al año la obligación civil proveniente de los delitos, cuando el reclamo se hacía la acción estaba prescripta. El término no se contaba desde la fecha de la sentencia, sino desde el día en que se cometió el delito.

Las disposiciones de la ley penal eran, así, más bien nominales, y la obligación no se hacía efectiva.

*

* *

142. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 cambió el punto de vista. En el artículo 47 estableció:

" La condena penal trae aparejada la obligación de reparar " el daño material y moral causado por el hecho punible a la víc- " tima o a tercero, mediante una indemnización pecuniaria, que " el juez fijará al aplicar la pena, teniendo en cuenta la condición " social y económica del ofensor y del ofendido, con arreglo a los " artículos siguientes."

La condena comprendía, así, las dos cosas, desde que la sentencia aplicaba el castigo y determinaba la indemnización.

Los artículos 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54 y 55 completaban los preceptos relativos al asunto, diciendo:

" La reparación a que se refiere el artículo anterior compren- " derá: 1.° La restitución de la cosa obtenida por el delito; 2.° La " indemnización de los daños y perjuicios; 3.° El resarcimiento de " los gastos del juicio.

" Si la cosa no existiere, o si, hallándose en poder de un ter-
" cero, fuera irreivindicable, la restitución se hará con el precio
" corriente de ella, agregándose el de estimación, si lo tuviere.

" La indemnización de perjuicios comprenderá, no sólo los que
" se causaron al ofendido, sino también los que, por razón del de
" lito, se hubiesen irrogado directamente a su familia o a un ter-
" cero. Su regulación se efectuará prudencialmente por el juez, en
" defecto de plena prueba.

" La obligación de indemnizar es preferente a todas las que
" contrajere el responsable después de haber cometido el delito.

" En caso de que los bienes del culpable no fueren bastantes
" para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfa-
" rán éstas por el orden siguiente: 1.° La indemnización de los
" daños y perjuicios; 2.° El resarcimiento de los gastos del juicio;
" 3.° La multa.

" Estarán solidariamente obligados a la reparación todos los
" responsables del hecho punible.

" Cuando uno solo hubiere satisfecho todo el daño, no tendrá
" derecho para demandar a los otros cuota alguna.

" El que por título lucrativo participare de los efectos de un
" hecho punible estará obligado a la reparación hasta la cuantía
" en que hubiere participado.

" La reparación se hará efectiva por la vía de apremio. En
" caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas si-
" guientes: 1.° Tratándose de los condenados a las penas de presi-
" dio y penitenciaría, en la forma determinada en los artículos re-
" glamentarios de esas penas; 2.° Tratándose de condenados a otras
" penas, el tribunal señalará la parte de entradas o emolumentos
" de los mismos que deban depositar periódicamente hasta el pago
" total."

La exposición de motivos, decía:

" Estudiando la naturaleza y objeto de la pena, hemos creído
" que no podíamos prescindir de lo que se llama ordinariamente
" la responsabilidad civil del delincuente, como tampoco prescin-
" dió de ella el doctor Tejedor al redactar el proyecto que sirvió
" de base al código vigente.

" Si el delito es un quebrantamiento del orden jurídico, que
" debe hacerse cesar y repararse del modo más perfecto posible,
" es evidente que el poder social debe procurar el restablecimien-
" to del orden alterado, obligando al delincuente a resarcir todos

" los daños causados por la alteración. Una pena que sólo tienda
" a reparar el daño moral causado a la sociedad, descuidando el
" resarcimiento del perjuicio real inferido a la víctima del delito,
" no llena los objetos racionales de la penalidad, ni justifica sufi-
" cientemente el ejercicio del derecho de represión por el Estado.
" Histórica y teóricamente, el Estado, en materia penal, no es más
" que el depositario del derecho de defensa inherente a cada hom-
" bre. La fuerza del individuo ha sido reemplazada por la fuerza
" del Estado en la evolución de la sociedad, pero el fin no ha cam-
" biado ni tiene porqué cambiar; es, y tiene que ser siempre, pro-
" teger al individuo y a las instituciones protectoras del individuo.

" Siendo así esto, no tiene explicación satisfactoria el sistema
" del código vigente, que excluye de la pena la reparación debida
" por el delincuente a su víctima, dejando que ésta ventile ese
" asunto, como meramente privado ante la jurisdicción y confor-
" me a las leyes propias del derecho civil. Esa pena incompleta
" no llena sino a medias su objeto.

" Por otra parte, parece más conforme con la naturaleza de
" la administración de justicia, que un hecho punible dé lugar a
" un solo proceso, evitándose de ese modo: 1.° La posibilidad de
" que la sentencia recaída en el juicio criminal sea contradictoria
" con la pronunciada en el juicio civil; 2.° La pérdida de tiempo
" por el damnificado que desea, naturalmente, obtener la más
" pronta reparación del daño sufrido; 3.° Los gastos provenientes
" de la multiplicidad de los procesos.

" Finalmente, la unidad y la lógica de la legislación exigen
" que el derecho penal rija todos los efectos del delito, con suje-
" ción a sus principios y para el mejor éxito de sus fines, como el
" derecho civil rige todos los efectos de los hechos civiles.

" Sólo una concepción equivocada de la naturaleza del dere-
" cho penal y de su relación con el derecho civil ha podido esta-
" blecer una división radical entre los efectos del delito, separan-
" do hechos emanados de la misma fuente, para entregarlos a le-
" yes y jurisdicciones diferentes y establecidas con diversos fines.

" ¿A qué título reivindicaría la ley civil la materia de daños
" y perjuicios causados por el delito? ¿A título de reguladora del
" derecho de propiedad, afectado por el resarcimiento de daños y
" perjuicios? Pues, entonces, deberá reivindicar también toda la
" materia penal, porque no hay pena que no afecte un derecho

" protegido por la ley civil, consistiendo, como consisten todas " ellas, en restricciones de los derechos individuales.

" El Código Penal vigente, desconociendo la justicia de estas " observaciones, eliminó del proyecto del doctor Tejedor los ca- " pítulos relativos a la responsabilidad llamada civil, y al modo " de hacerla efectiva, capítulos tomados del código español; pero, " quebrando la lógica, dispuso incidentalmente en el artículo 176, " que las penas se impusieran sin perjuicio de las acciones del dam- " nificado para pedir la correspondiente indemnización; en el ar- " tículo 225, que las penas de los delitos contra la propiedad se " aplicarán sin perjuicio de la restitución de la cosa substraída o " defraudada; y en el artículo 139 fué más lejos aún, y se colocó " en la doctrina que nosotros sostenemos, disponiendo que los reos " de delitos contra la honestidad fueran condenados a dotar a la " ofendida, si fuere soltera o viuda, en proporción a sus faculta- " des, y a mantener la prole que resulte.

" Nuestro artículo 47 hace extensivo a todos los damnificados " lo que el 139 del código vigente estableció únicamente en favor " de las víctimas de los delitos contra la honestidad: el derecho " de ser indemnizado del daño material y moral causado por el " hecho punible. Hemos expresado que la indemnización será fija- " da por el juez al aplicar la pena, para que no quede duda res- " pecto de que la voluntad de la ley es que todos los efectos del " delito se declaren simultáneamente en un solo proceso.

" El artículo 48 reproduce las disposiciones de los artículos " 136 y 137 del código Tejedor, limitándose a declarar que la re- " paración comprende la restitución de la cosa obtenida por el de- " lito, la indemnización de los daños y perjuicios y el resarcimien- " to de los gastos del proceso.

" El artículo 49, casi idéntico al 139 del código Tejedor, pre- " vé el caso de que la restitución no pueda efectuarse en especie, " disponiendo para entonces la restitución del valor de la cosa.

" Los artículos 50 y 51, idénticos a los artículos 142 y 143 del " código Tejedor, declaran el alcance de la indemnización respecto " de las personas, proveen a su regulación en defecto de plena " prueba, y fijan su orden de preferencia relativamente a las de- " más obligaciones del culpable.

" El artículo 52 reproduce la disposición del artículo 144 del " código Tejedor, estableciendo el orden en que deben ser satisfe- " chas las responsabilidades pecuniarias provenientes del delito.

" En el artículo 53, declarando como el código Tejedor (ar- " tículo 69), la solidaridad de la responsabilidad pecuniaria de " todos los culpables de un hecho punible, no hemos creído como " él que el juez deba asignar a cada delincuente la cuota propor- " cional que le corresponda para que pueda pedir reintegro el que " hiciese el pago. Hemos considerado más conforme a las exigen- " cias de la moral pública, la disposición del artículo 1082 del Có- " digo Civil, que prohibe al codelincuente demandar a los demás " responsables las partes que les correspondieren en el pago de " la indemnización que él hubiere satisfecho.

" El artículo 51, análogo al 71 del código Tejedor, regula la " responsabilidad del que participa por título lucrativo de los efec- " tos de un hecho punible, responsabilidad que debe ser propor- " cional al grado de participación, según los principios generales " del derecho.

" El artículo 55, procurando la mayor prontitud en la repa- " ración, dispone, como el 145 del código de Tejedor, que ésta se ha- " ga efectiva por la vía de apremio, y provee, además, lo necesario " para garantir a los damnificados en los casos de insolvencia to- " tal o parcial del condenado."

*

* *

143. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 siguió la misma orientación que el anterior, afirmando el cambio de los antiguos y erróneos conceptos.

El proyecto de 1891 se ocupaba de la reparación civil en el título sobre penas en general, mientras que el de 1906, acentuando más el propósito, destacaba la materia en un título especial, el 4.° del libro 1.°.

Los artículos 35, 36, 37, 38 y 39, establecían:

" La sentencia condenatoria ordenará: 1.° La indemnización " del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o " a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez, en " defecto de plena prueba; 2.° La restitución a su dueño de la " cosa obtenida por el delito. Si no fuere posible la restitución, el " pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estima- " ción si lo tuviere; 3.° El pago de costas.

" La obligación de indemnizar es preferente a todas las que

" contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago " de multas.

" Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las res- " ponsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden si- " guiente: 1.° La indemnización de los daños y perjuicios; 2.° El " resarcimiento de los gastos del juicio.

" La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos " los responsables del delito.

" El que pagare todo el daño, no podrá demandar a los otros " cuota alguna.

" El que por título lucrativo participare de los efectos de un " delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que " hubiere participado.

" La reparación se hará efectiva por la vía de apremio. En " caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas si- " guientes: 1.° Tratándose de condenados a presidio o prisión, la " reparación se hará en la forma determinada en el artículo 16; " 2.° Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará " la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar pe- " riódicamente hasta el pago total."

La exposición de motivos, decía al respecto:

" La reparación de los perjuicios morales y materiales causa- " dos por el delito, es otro punto que el código vigente legisla de " una manera manifiestamente incompleta. Los artículos 47, 139, " 176 y 225, son disposiciones aisladas que no responden a un plan " uniforme, como la materia lo exige. La simple declaración de " que la aplicación de la pena es sin perjuicio de las acciones del " damnificado, para pedir la correspondiente indemnización, no " importa establecer nada de efectivo ni de práctico para ese ob- " jeto, y la obligación del dote en los delitos contra la honestidad " y de la restitución de las cosas substraídas o defraudadas, no con- " templan sino dos clases de delitos, olvidando que hay muchos " otros que causan perjuicios aún mayores.

" Es indispensable, por consecuencia, la modificación de esta " parte del Código, en dos sentidos: 1.° El de que la reparación " del perjuicio sea impuesta conjuntamente con la pena; y 2.° En " que dicha reparación se extienda a todos los delitos susceptibles " de producir un daño moral o material.

" Del primer punto de vista, la modificación se justifica ple- " namente por las consideraciones expresadas por la comisión re-

" visora anterior, que transcribimos: " Si el delito es un quebran- " tamiento del orden jurídico que debe hacerse cesar y reponerse " del modo más perfecto posible, es evidente que el poder social " debe proceder al restablecimiento del orden alterado, obligando " al delincuente a resarcir todos los daños causados por la altera- " ción. Una pena que sólo tiende a reparar el daño moral causado a " la sociedad, descuidando el resarcimiento del perjuicio real infe- " rido a la víctima del delito, no llena los objetos racionales de la " penalidad, ni justifica suficientemente el ejercicio del derecho " de represión por el Estado. Histórica y teóricamente, el Estado, " en materia penal, no es más que el depositario del derecho de " defensa, inherente a cada hombre. La fuerza del individuo ha " sido reemplazada por la fuerza del Estado en la evolución de la " sociedad, pero el fin no ha cambiado, ni tiene porqué cambiar: " es, tiene que ser siempre, proteger al individuo y a las institucio- " nes protectoras del individuo." (Exposición de motivos del pro- " yecto de Código Penal de los doctores Piñero, Rivarola y Ma- " tienzo, página 37).

" La exactitud de estos razonamientos se evidencia con sólo " esta pregunta: ¿Sería justo que el Estado, que toma a su car- " go el restablecimiento del orden alterado por el delito, se preo- " cupara sólo de sí y del daño indirecto que ha recibido, y olvi- " dara al principal ofendido y el daño real que éste ha sufrido? " Tal procedimiento por parte del Estado, importaría un acto de " tan irritante injusticia como la que cometería un padre de fa- " milia defendiendo sus intereses personales y abandonando los " del hijo que está bajo su protección.

" La reparación de los perjuicios causados a la víctima del " delito debe ser, pues, un objeto tan principal como la aplicación " misma de la pena.

" Ahora bien: ¿cuál es el medio más conducente para la reali- " zación de este fin? En nuestra opinión, el de imponer al juez, en " todos los casos, la obligación de condenar al delincuente al re- " sarcimiento de los daños y perjuicios, en la forma y con la ex- " tensión que consignamos en el título respectivo.

" La objeción que podría hacerse a este sistema, de que según " el Código Civil la indemnización del daño causado por el delito " sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la " acción criminal, no tiene ya fundamento, por una de esas anoma- " lías de nuestra legislación, en el derecho positivo que rige en la

" Capital y Territorios Federales. El Código de Procedimientos en " lo Criminal ha derogado, en efecto, ese precepto del Código Ci- " vil, disponiendo que la sentencia, en el juicio penal, debe resol- " ver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que " hubiesen sido objeto del juicio.

" Pero, aparte de esto, el principio consagrado por el Código " Civil es necesario que desaparezca en la legislación de la Repú " blica; primero, por razón de materia; y segundo, por motivos de " conveniencia.

" Por razón de materia, porque todo lo que se refiere a la pe- " na—y en la pena está comprendida la reparación del perjuicio, " como se ha demostrado—corresponde al Código Penal.

" Por motivos de conveniencia, porque entregando a la justi- " cia del crimen estas cuestiones se evita la multiplicidad de los " procesos y los consiguientes perjuicios, a lo que se debe agre- " gar que, racionalmente, un hecho es mejor juzgado cuando se " le examina en conjunto que cuando se estudia sólo por partes.

" Resumiendo, resulta que la modificación que en esta parte " proponemos se encuentra perfectamente fundada, y que, en de- " finitiva, ella no tiene más mérito que la incorporación al Código " Penal de un principio ya establecido en otro código nacional y " que la jurisprudencia de los tribunales aplica constantemente, " con resultados muy satisfactorios. La reforma del segundo punto " de vista que hemos indicado no requiere mayores explicaciones. " Los delitos contra la honestidad y contra la propiedad no son " los únicos que causan perjuicios. El homicidio, que deja en la " horfandad y la miseria a una familia; las lesiones, que imposibi- " litan a un hombre para ganarse el sustento diario, o se lo impi- " den durante un tiempo; los ultrajes al honor, que hacen perder " una situación cómoda y cierran las puertas del crédito o del tra- " bajo; la concurrencia desleal en el comercio, que conduce a la " ruina; y hasta la simple interceptación de una carta, de la que " puede depender todo el porvenir, son causa de perjuicios mora- " les y materiales de tanta o mayor importancia que el hurto y la " defraudación. ¿Por qué, entonces, limitar la obligación de in- " demnizar? No; todo delito, de cualquier naturaleza que sea, sus- " ceptible de producir un daño material o moral, obliga a su autor " a la indemnización correspondiente.

" La comisión, penetrada de esta necesidad de reparar los da- " ños del delito y dispuesta a que la obligación respectiva del de- " lincuente sea realmente efectiva, y no pueda eludirse en modo " alguno, propone por fin, como medios de llegar a este resulta- " do, los tres siguientes: 1.° Que la indemnización sea fijada pru- " dencialmente por el juez, en defecto de plena prueba; 2.° Que la " obligación de indemnizar sea preferente a todas las que contra- " jere el responsable, después de cometido el delito, incluso el pa- " go de las multas; y 3.° Que el producto del trabajo del conde- " nado a presidio o prisión se destine, en primer término, al pago " de esa indemnización."

*

* *

144. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, mantuvo el título IV del proyecto de 1906, sobre reparación de perjuicios, introduciendo modificaciones insignificantes.

Los artículos 37, 38 y 39 de aquel proyecto, que en el despacho tenían los números 31, 32 y 33, no fueron tocados. En el artículo 35, o sea el 29 del despacho, se le agregó al inciso 1.° el siguiente párrafo:

" Las leyes de procedimientos reglamentarán esta acción", y en el artículo 36, o sea el 30 del despacho, se cambiaron las palabras "y al pago de multas", por los términos "y al pago de la multa".

La exposición de motivos aceptó el sistema del proyecto de 1906, diciendo:

" El delito crea para su autor una doble responsabilidad: la " criminal, que se traduce en una pena, y la civil, que apareja una " indemnización.

" La responsabilidad civil, o sea la obligación de reparar el " daño causado por el delito, es diferente de las demás obligacio " nes civiles de carácter contractual, producidas como consecuen- " cia de la voluntad exteriorizada en el consentimiento.

" Nuestra ley penal, en diversos artículos, ha reconocido la " existencia de esta obligación. Así, en el artículo 47 del código "vigente, se establece que la pena sufrida no extingue la obliga- " ción de reparar el daño causado; en el artículo 139 se consigna " una regla especial de reparación del daño relativo a los reos

" de violación, estupro o rapto, los que deben dotar a la ofendida " si fuere soltera o viuda, además de sufrir la pena; y en el ar- " tículo 176, de carácter general, no obstante estar colocado al fi- " nal del título sobre revelación de secretos, se establece que las " penas impuestas por el Código son sin perjuicio de las acciones " del damnificado para pedir la correspondiente indemnización.

" La ley en vigor ha dicho, además, en el artículo 65, que si " el penado no tuviese bienes de fortuna, el producto íntegro de " su trabajo se destinará a satisfacer la responsabilidad civil en que " hubiese incurrido.

" Como puede observarse, en diferentes preceptos se habla de " la responsabilidad civil, sin tratar el asunto con la seriedad ne- " cesaria, pues se han colocado sólo artículos dispersos, sin fijar " reglas precisas y sin establecer lo que era esencial, o sea cuál " debía ser el alcance del pronunciamiento a dictarse por los jue- " ces encargados de aplicar el Código Penal.

" Expresamos nuestra conformidad con el sistema del proyec- " to de 1906, que es igual al del proyecto de 1891, y con las razo- " nes vertidas en la exposición de motivos de uno y otro.

" Actualmente, a pesar de los preceptos del Código Penal, las " acciones por indemnización de daños emergentes del delito, se " entablan ante los jueces civiles como demandas ordinarias que " tienen los trámites comunes en esa clase de juicios. Debe, natu- " ralmente, recurrirse al expediente que se tramita en la jurisdic- " ción criminal; pero el juez procede con criterio propio y con " abstracción del otro juicio.

" Los inconvenientes de este sistema son notorios. Desde luego, el juez civil se encuentra imposibilitado para resolver acerca de la existencia de un delito que se juzga por otro magistrado y ante diferente jurisdicción. La calificación del hecho sería, " además, una cuestión prejudicial, de acuerdo con lo prescripto " en el Código Civil, en el artículo 1101.

" Por otra parte, la prescripción de las acciones emergentes " de un delito se opera al año de la fecha en que éste se cometió, " según lo establece el artículo 4037 del Código Civil, y como los " procesos criminales es difícil que se terminen en el año, resulta " anómala la situación, pues por un lado el afectado debe pedir la " reparación civil antes del año, y por otro el pronunciamiento en " el fuero criminal se demora, a pesar de lo cual, y mientras tanto, " la prescripción corre.

" Debe tratarse siempre de simplificar y no de complicar. La " justicia debe obtenerse con el menor esfuerzo y con el menor " gasto, y nada de esto se consigue con la duplicidad de asuntos.

" Por todos estos motivos, sintéticamente expresados, acepta- " mos el sistema del proyecto."

* *

145. El doctor Rojas propone en el Senado la supresión del título.—Sancionado el proyecto en esa forma pasó al Senado, donde el doctor Rojas, en su informe, propuso la supresión del título.

Se fundaba en las siguientes razones:

" Pensamos que este título debe suprimirse del proyecto—di- " jo—por motivos fundamentales que exponen los doctores Jo- " fré y G. Roura, y que transcribimos a continuación.

" En mi opinión—dice el doctor Jofré,—no es el Código Pe- " nal el que debe reglar la materia, sino las leyes de procedimiento.

" El título IV es innecesario, desde que el punto se encuentra " mejor legislado en los artículos 1096 y siguientes del Código Ci- " vil. El Congreso no puede, por otra parte, establecer reglas de orga- " nización judicial obligatorias para las provincias, desde que son és- " tas quienes establecen cuál es el juez competente para resolver lo " que se refiere a las acciones penales y civiles." (Proyecto de Có- " digo de Procedimientos Criminales, doctor M. Obarrio, artícu- " los 27 y 28, informe, página 19. Encuesta de la Cámara de Dipu- " tados, página 276, T. Jofré).

" El doctor G. Roura, dice por su parte: " Dejando de lado " la inutilidad de pasar al Código Penal lo que se halla en el Có- " digo Civil—no sin razón, por cierto,—queda el óbice constitucio- " nal que es ilevantable: son únicamente las legislaturas locales " las que pueden fijar la jurisdicción y el procedimiento. Y como " los códigos respectivos tienen previsto lo necesario al respecto, " para el caso de que la parte interesada haga la cuestión civil en " el proceso penal, que es como debe ser, pues esta reparación " de oficio sólo se explica cuando el Estado responde subsidiaria- " mente, ya que la gran mayoría de los procesados es irresponsa- " ble, o porque nada tienen, o porque la brevedad de la pena no " les permitirá responder con el producto de su trabajo, resulta

"que la innovación, explicable en un país de sistema de gobierno " unitario, además de inconstitucional es innecesaria.

" Lo que se conseguirá será sembrar los procesos penales de " controversias y trabas, que los complicarán inútilmente, con gra- " ve daño para la libertad de los procesados en muchos casos, pues " se subordinará la celeridad de la causa criminal a la reparación " civil." (O. G. Roura; Revista Argentina de Ciencias Políticas. Entrega número 92, página 161).

*

* *

146. Estudio hecho por la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores.—La Comisión de Códigos del Senado hizo sobre este asunto un detenido estudio; desechó las observaciones del ex senador doctor Rojas y resolvió mantener el título IV del proyecto en revisión, sobre indemnización de perjuicios. Introdujo una sola modificación. En el encabezamiento del artículo 29, que decía: "la sentencia condenatoria ordenará", se puso: "la sentencia condenatoria podrá ordenar".

En la exposición de motivos, se dijo al respecto:

" El título IV es de gran trascendencia y de suma importan- " cia, por lo cual la comisión, después de una larga deliberación, " resolvió mantenerlo, no obstante las observaciones formuladas " en el informe del doctor Rojas, pero aconsejando una modifica- " ción que, a su juicio, aparta las críticas dirigidas a esta parte " del proyecto.

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

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

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

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

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

" El sistema de la solidaridad de las dos acciones, preconi- " zado por Bentham y sostenido por Ferri, se funda en que la re- " paración del daño ante la jurisdicción criminal es de interés pú- " blico. Es el más justo y el más práctico. Lo admite en parte el "Código Penal de Austria. En España la solidaridad es mayor, " pues la acción civil es ejercida con la acción penal por el minis- " terio público, haya o no acusador particular; los daños y per- " juicios son, pues, determinados de oficio.

" La reparación del daño había sido establecida en el pro- " yecto del doctor Tejedor, que éste tomó del código español. El " Código Penal vigente eliminó del proyecto los capítulos relati- " vos a la responsabilidad civil, pero dejando algunas disposicio- " nes aisladas, como las de los artículos 139, 176 y 225, que admiten " el principio de la reparación del daño.

" Los autores del proyecto de 1891 lo reconocieron expresa- " mente, y en su exposición de motivos, dijeron: " Si el delito es un " quebrantamiento del orden jurídico que debe hacerse cesar y " repararse del modo más perfecto posible, es evidente que el po- " der social debe procurar el restablecimiento del orden alterado, " obligando al delincuente a resarcir todos los daños causados por

" la alteración. Una pena que sólo tiende a reparar el daño moral " causado a la sociedad, descuidando el resarcimiento del perjui- " cio real inferido a la víctima del delito, no llena los objetos ra- " cionales de la penalidad, ni justifica suficientemente el ejercicio " del derecho de represión por el Estado... No tiene explica- " ción satisfactoria el sistema del código vigente, que excluye de " la pena la reparación debida por el delincuente a su víctima, de- " jando que ésta ventile ese asunto, como meramente privado ante " la jurisdicción y conforme a las leyes propias del derecho civil. " Esa pena incompleta no llena sino a medias su objeto.

" Por otra parte, parece más conforme con la naturaleza de " la administración de justicia, que un hecho punible dé lugar a " un solo proceso, evitándose de ese modo: 1.° La posibilidad de " que la sentencia recaída en el juicio criminal sea contradictoria " con la pronunciada en el juicio civil; 2.° La pérdida de tiempo " por el damnificado que desea, naturalmente, obtener la más " pronta reparación del daño sufrido; 3.° Los gastos provenientes " de la multiplicidad de los procesos.

" Finalmente, la unidad y la lógica de la legislación exigen " que el derecho penal rija todos los efectos del delito, con suje- " ción a sus principios y para el mejor éxito de sus fines, como el " derecho civil rige todos los efectos de los hechos civiles." (Pro- " yecto de Código Penal para la República Argentina, redactado " por los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nico- " lás Matienzo, segunda edición, página 42).

" Los autores del proyecto de 1906 admitieron también el siste- " ma de la solidaridad de las acciones civil y penal. En su informe " levantaron la objeción de que, según el Código Civil, la indemniza- " ción del daño causado por el delito sólo puede ser demandada " por acción independiente de la acción criminal, diciendo que ella " no tiene ya fundamento, por una de esas anomalías de nuestra " legislación, en el derecho positivo que rige en la Capital y Te- " rritorios Federales. El Código de Procedimientos en lo Crimi- " nal ha derogado, en efecto, ese precepto del Código Civil, dis- " poniendo que la sentencia, en el juicio penal, debe resolver to- " das las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hu- " bieren sido objeto del juicio.

" En cuanto a la objeción hecha al proyecto en revisión so- " bre inaplicabilidad del título IV en las provincias, por razones " de orden constitucional, esta comisión no la cree admisible. En

" efecto, la reparación del daño va unida a la pena, necesariamen- " te, y, de consiguiente, puede y debe formar parte del sistema " represivo que, según la Constitución, es de carácter federal.

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

" La comisión ha recogido esta observación, y de acuerdo con " el parecer de un distinguido miembro de la Cámara de Apela- " ciones en lo Criminal de la Capital, el doctor González Roura " cree conveniente substituir en el artículo 29 la palabra *orde-* " *nará* por las palabras *podrá ordenar*. En esta forma, los jue- " ces tendrían la facultad de poder fijar de oficio, en la sentencia " condenatoria, la indemnización del daño, sin perjuicio de estar " obligados a hacerlo a requerimiento de parte."

*

* *

147. El alcance del artículo.—Las palabras de la exposición precedente constituyen un fundamento completo del artículo.

Nuestro código ha aceptado la doctrina más sensata y la que permitirá en la práctica que se indemnice realmente a las víctimas de los delitos, cosa que hoy no sucede en la inmensa mayoría de los casos.

Los tribunales del crimen no tendrán la opción, como podría parecer ante el texto del artículo, pero el alcance de las palabras *podrán ordenar* está bien explicado en el informe de la Comisión de Códigos del Senado, que hizo la modificación. Eso significa que cuando se pide el pronunciamiento debe hacerse, y que únicamente si el afectado no lo reclama los tribunales del crimen podrán abstenerse de resolver al respecto. En este último caso, la víctima no habría perdido su derecho de concurrir a la jurisdicción civil. Para los tribunales del crimen, el pronunciamiento no es obligatorio, si no se solicita por el interesado.

*

* *

148. La prescripción del derecho.—Se ha discutido mucho alrededor de este punto. En mi concepto, desde que los jueces

juzgan de la indemnización al mismo tiempo que del delito, a los efectos de la pena, mientras dura el proceso la prescripción civil resulta interrumpida, pues la acción penal implica la acción civil, y en esta última jurisdicción la interrupción está admitida.

*

* *

149. Las cuestiones de orden constitucional.—Las dificultades constitucionales que se han insinuado no pueden existir. La indemnización de daños no es materia de procedimiento, sino de fondo. El delito crea dos obligaciones: una hacia la sociedad y otra para con los damnificados. Las consecuencias de la infracción, bajo los dos puntos de vista, deben ser reglamentadas por las leyes de fondo. Los códigos que dicta el Congreso no invaden las jurisdicciones locales, pero las determinan. El Código Civil implica para su aplicación una jurisdicción civil, lo mismo que el Penal supone jueces determinados que lo apliquen, y lo mismo los demás. El Congreso podría, en el Código Penal, disponer que los menores, por ejemplo, fueran juzgados por tribunales especiales, y eso no significaría que se habría introducido en la vida jurídica propia de los Estados federales.

Cuando el Congreso legisla sobre delitos y penas, debe decir cuáles son las obligaciones derivadas de la infracción, y al hacerlo tiene pleno derecho para establecer cuáles deberán ser los puntos del pronunciamiento.

Y así como el juez condena a penas principales y accesorias, que no pueden separarse porque el juicio es uno solo, el Poder Legislativo dice que el magistrado, al condenar, debe ocuparse de las otras accesorias, o sea de fijar la reparación civil.

Moyano Gacitúa defiende la tesis consagrada en el Código, diciendo (1):

" Esta desatención del antiguo sistema hacia las víctimas del " delito se traducía en múltiples omisiones, y aun disposiciones " de las leyes y principalmente en esta consideración: la víctima " del delito no entraba como un sujeto público, diremos así, de la " preocupación de la ley, y la indemnización del delito debía la

(1) Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino, página 322.

" víctima procurársela ante otras jurisdicciones, las civiles, me- " diante un pleito siempre oneroso, casi siempre imposible de " sostenerlo por los perjudicados; pleito sujeto a todas las demo- " ras, excepciones y argucias a que con más facilidad que en los " juicios criminales estaban aquéllos fatalmente expuestos. Ade- " más, la acción civil resultaba ineficaz por otra causa de la ley: " si el delincuente, como comúnmente sucede, era un hombre " pobre, la víctima quedaba irremediablemente perjudicada, por- " que en aquellos sistemas penales el trabajo obligatorio y remu- " neratorio no existía, de donde resultaba que, si en libertad el " criminal habría podido con su trabajo indemnizar algo siquiera " del mal causado, una vez sometido a la pena ya no podía hacerlo.

" La víctima, entonces, no podía menos que detestar la pena, " o desearla sólo como una venganza. Era tan extraña, entonces, " al pago de los perjuicios, a la función de la pena, que aun tra- " tándose de las mismas costas procesales que importaban una " deuda hacia el Estado, las leyes, desde las Recopiladas, manda- " ban que no se pudiera demorar un momento la soltura de un " penado por razón de ellas.

" Según la tendencia moderna, que algunos positivistas la " han llevado más allá de sus justos límites, la víctima no tiene " necesidad de ocurrir en juicio aparte a la jurisdicción civil en " procura de las indemnizaciones del delito, pues el mismo juez " del crimen debe fijar en las sentencias el *quantum* de estas " indemnizaciones y reparaciones; es claro que cuando ello es " posible, cuando la misma parte ha suministrado al juez los datos " y comprobaciones necesarias para aquella condenación."

Rivarola, en sus "Bases" y "Anteproyecto", publicados en 1905, consideraba como un asunto fundamental el relativo a la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito.

*

* *

150. La apreciación del daño cuando la sentencia sea condenatoria.—El Código dice que la sentencia condenatoria podrá ordenar, en primer lugar, la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero. La

sentencia debe ser condenatoria para que proceda ese pronunciamiento. Si es absolutoria, el juez de la jurisdicción criminal no tiene más que disponer la libertad del acusado, salvo los casos especiales, y declarar concluída la intervención de esos tribunales. Si a pesar de la absolución existiese un delito de orden civil, el interesado deberá formular el reclamo en la jurisdicción correspondiente.

El alcance de los términos *podrá ordenar* en lugar de *ordenará*, lo hemos precisado antes y se encuentra explicado en la exposición de motivos de la Comisión de Códigos del Senado.

El juez, para apreciar el monto de la indemnización, tendrá en cuenta la prueba, y si no la hubiere plena lo fijará prudencialmente.

El daño material es de fácil apreciación, desde que puede tasarse dándose a las cosas el valor que tienen corrientemente. En cambio, el daño moral es de más difícil reducción a dinero. Para estimarlo, el magistrado deberá tener en cuenta todas las circunstancias, tanto las del hecho como las personales, y apreciarlo en vista de ese conjunto. En rigor, debe tener en cuenta la importancia de la lesión y fijar una reparación adecuada. No se pueden dar a este respecto reglas abstractas, porque en cada caso la solución depende de la apreciación de las circunstancias.

*

* *

151. Casos en que no corresponde el pronunciamiento sobre daños.—El artículo dice que el juez, en la sentencia condenatoria, podrá ordenar la indemnización. Si las sentencias fueran absolutorias o condenatorias solamente, el precepto no daría lugar a ninguna dificultad, pero como pueden en la práctica presentarse casos difíciles, conviene preverlos de antemano, en cuanto sea posible.

El Código declara en el inciso 1.º del artículo 34, que no es punible el alienado, pero autoriza al juez para ordenar la reclusión del mismo en un manicomio. Al propio tiempo establece que, absuelto un delincuente por esa razón, será recluído en un establecimiento adecuado, hasta que cesen las condiciones que lo hacían peligroso.

El precepto establece que el acusado debe ser absuelto; pero al contrario de lo que ocurre en los demás casos de absolución, no se dispone la libertad, sino la reclusión en forma indeterminada.

Se pronuncia una sentencia de esa clase especial. En un caso de esos, que es excepcional, entiendo que no corresponde el pronunciamiento sobre indemnización a la justicia del crimen.

La responsabilidad por el hecho de otro se encuentra consignada en el Código Civil y no en el Penal. En éste se colocan únicamente las reglas relativas al delincuente y no se fijan más obligaciones que las personales de éste. Pero entiendo también que durante la secuela del proceso la prescripción se interrumpe, pues desde el momento que el magistrado podrá en su sentencia pronunciarse, no sabiéndose hasta que se dicte si corresponde o no hacer declaraciones, debe entenderse que el reclamo está planteado. De manera que el interesado puede, después de la sentencia que declara la falta de imputabilidad y la internación, recurrir a la jurisdicción civil para el reclamo pecuniario contra quien corresponda.

*

* *

152. Restitución de la cosa objeto del delito y pago de costas.—La restitución de la cosa objeto del delito, así como el pago de costas, dispuesto por el Código, no pueden ser materia de discusión.

El Código ha sido previsor, desde que no solamente se refiere a la restitución, sino al pago del precio equivalente en caso de no poderse hacer aquélla. El magistrado debe tener en cuenta, no sólo el precio material, sino el especial de estimación que pudiera tener para la víctima el objeto substraído y no restituído.

*

* *

153. La reparación civil y la condenación condicional.—La ley ha querido que el pago de la indemnización no se eluda, y por eso

se ha colocado también el inciso 4.° en el artículo 29. Cuando un penado, al cual se le puede conceder la libertad condicional, no ha satisfecho la reparación civil, el juez señalará la parte del salario del obligado que debe ser aplicado a esos efectos.

*

* *

154. El artículo 30 y sus concordancias.—

Artículo 30

La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa.

Si sus bienes no fueren suficientes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

1.° La indemnización de los daños y perjuicios;

2.° El resarcimiento de los gastos del juicio.

CONCORDANCIAS.—Código francés, artículo 54.—Noruego, 37.—Español, 49.—Belga, 49.—Proyecto de Tejedor, artículos citados al concordar el artículo 29.—Proyecto de 1906, 36.—Proyecto peruano de 1916, 117.

*

* *

155. El orden en que deben emplearse los recursos del penado.—El precepto establece el orden en que deben emplearse los recursos del penado para satisfacer la responsabilidad civil. Si el sentenciado tuviera bienes de fortuna suficientes, la cuestión tendría poca importancia, puesto que con esos bienes se satisfarían todas las consecuencias derivadas del delito. El orden es indispensable, sobre todo para los casos más frecuentes, o sea aquellos en

que el penado aparece sin elementos para cumplir con las condenaciones impuestas.

La lectura del artículo explica, por lo demás, sus propósitos y su alcance.

*

* *

156. El artículo 31 y sus concordancias.—

Artículo 31

La obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 39.—Francés, 55.—Proyecto de Tejedor, concordancias del artículo 29.—Proyecto de 1906, 37.—Código español, 51.—Proyecto peruano de 1916, 108.

*

* *

157. La solidaridad legal para los responsables del delito.—La solidaridad es una modalidad de la obligación, en virtud de la cual cada acreedor puede reclamar el total del crédito contra cada deudor, como si el reclamante fuera el único dueño del crédito y el accionado el solo obligado.

La solidaridad puede tener lugar cuando hay varios deudores y un acreedor; varios acreedores y un deudor, o varios deudores y varios acreedores.

La solidaridad puede ser una consecuencia del contrato, o sea de la voluntad; o un resultado de las disposiciones de la ley; es, así, contractual o legal.

El Código Penal establece la solidaridad legal para todos los responsables del delito, lo que quiere decir que si uno solo tiene bienes de fortuna, responde con el total para satisfacer las responsabilidades civiles derivadas del mismo. Se impone esa solidaridad teniendo en cuenta que todos los responsables son autores del

delito y todos han sido causantes del perjuicio. La división en partes sólo se explica en las acciones lícitas, porque la ley solamente admite las manifestaciones de voluntad con eficacia jurídica, dentro del orden regular.

*
* *

158. El artículo 32 y sus concordancias.—

Artículo 32

El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de Tejedor. Ver artículo 29.—Proyecto de 1891. 54.—Proyecto de 1906, 38.

*
* *

159. El precepto en el antiguo código español y en el proyecto del doctor Tejedor.—El presente artículo tiene su origen en el código español de 1850. Del artículo 122 de ese código pasó al proyecto de Tejedor, y de allí al proyecto de 1906. En el proyecto Tejedor se decía *hecho punible,* y aquí se usa el término *delito,* lo que no ofrece diferencia sino en las palabras.

El doctor Tejedor fundó el precepto, diciendo:

" La participación o aprovechamiento—dice Pacheco—de los " efectos del delito, suele constituir su encubrimiento, pero no lo " constituye necesariamente. Se puede recibir como donativo o " regalo una cosa robada, sin tener noticias del robo, ni mucho " menos del conocimiento de su autor. En semejante caso, nada " hay de inmoral, nada de culpable, ninguna responsabilidad cri- " minal puede contraerse. La ley, empero, dice que puede haber " la civil hasta la cuantía de lo que se recibió, y la conciencia y

" el buen sentido reconocen la justicia de este precepto legal. El " origen de tal responsabilidad viene de aquel principio tan citado " en las escuelas de jurisprudencia: "*Nemo cum alterius damno* " *debit fieri locupletior.*" (Tomo 1, página 501).

*
* *

160. El artículo 33 y sus concordancias.—

Artículo 33

En caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes:

1.° Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el artículo 11;

2.° Tratándose de condenados a otras penas, el tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total.

CONCORDANCIAS.—Código francés, artículo 52.—Español, 50. — Italiano, 97.—Proyecto de Tejedor. Ver artículo 29.—Proyecto de 1891, 55.—Proyecto de 1906, 39.—Proyecto peruano de 1916, 115, 116 y 118.

*
* *

161. El pago de la indemnización en los casos de insolvencia.— El precepto no necesita explicaciones. Se limita a disponer cómo se hará el pago de la indemnización en los casos de insolvencia y se relaciona al respecto con el artículo 11, que se ocupa del destino del trabajo de los condenados.

XIV

Responsabilidad

162. La infracción y el castigo.—163. Doctrinas acerca del derecho de castigar.—164. Fundamento de la responsabilidad. Clásicos, positivistas y ecléctICOS.—165. Principios del proyecto del doctor Tejedor.—166. La voluntad criminal en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—167. Principios del código de 1886.—168. Modificaciones hechas por la ley n.° 4189.—169. El proyecto de 1891.—170. El proyecto de 1906.—171. El criterio de la comisión especial de la cámara de diputados.—172. Las ideas de la comisión de códigos del senado.—173. El concepto de la ley.

*

* *

162. La infracción y el castigo.—El Código Penal, en la parte general, consigna las bases de su sistema represivo, se ocupa de las reglas aplicables en todos los casos y coloca preceptos destinados a regir el conjunto. En la parte especial señala los delitos, hechos u omisiones, y dice cuáles son los castigos que les corresponden.

Todo hecho y toda omisión que tengan en el Código un castigo, son delitos, y cometida la infracción respectiva, el organismo social, por medio de sus mandatarios autorizados, se pone en movimiento a los efectos de la aplicación de la pena.

La regla es general, y según ella a la infracción como causa sucede la pena como efecto. Pero si bien el delito es causa de castigo, el acto así clasificado obedece a su vez a causas determinadas.

susceptibles de justificarlo. El hecho puede ser casual, puede haber sido cometido con derecho, puede, en fin, y en general, ser el resultado de circunstancias lícitas y haberse realizado dentro de las normas de la justicia.

El principio, entonces, según el cual deben ser castigados los hechos y las omisiones a las que la ley fije una pena, tiene sus excepciones.

Dichas excepciones se llaman circunstancias eximentes de responsabilidad o de imputabilidad criminal.

Cuando se consideran las circunstancias que eximen de castigo a los que han cometido una acción o incurrido en una omisión clasificada en la ley como delito, surge la cuestión que ha dividido más a los sociólogos y juristas.

La ley establece penas ¿en virtud de qué derecho? La ley reprime a unos y absuelve a otros; ¿por qué, y a mérito de qué fundamentos determina las sanciones y establece las diferencias?

La primer cuestión se refiere al derecho de castigar que ejercita la sociedad sobre los individuos; la segunda a la responsabilidad de éstos por los actos que realizan, con relación a aquélla. Los dos asuntos, el social y el individual, se encuentran íntimamente vinculados, lo que es bien explicable, desde que el conjunto llamado sociedad, pueblo, nación, Estado, está compuesto de individuos y es debido a las relaciones entre la entidad personal y la colectiva que se producen las consecuencias jurídicas. El derecho mismo se crea a causa de esas relaciones y se desenvuelve de acuerdo con las mismas.

* * *

163. Doctrinas acerca del derecho de castigar.—Sobre el derecho de castigar existen numerosas doctrinas que discuten con ardimiento filósofos y sociólogos.

Las teorías podrían clasificarse en cinco grupos: las teológicas; las contractualistas; las utilitarias; las positivas y las eclécticas.

Las teológicas pretenden que el derecho de castigar deriva de la divinidad, se ejercita en su nombre, tiende a restablecer el equilibrio perturbado por las acciones ilícitas y debe traducirse en un castigo expiatorio. Los partidarios de esta clase de doctrina

la aceptan con nombres diversos que traducen en realidad un pensamiento religioso. Esas teorías tuvieron gran aceptación en otros tiempos, cuando el Estado y la Iglesia estaban íntimamente vinculados, y cuando los principios de la religión y de la moral impuesta por la misma se identificaban con las normas que servían de base a los gobiernos.

Las doctrinas contractualistas se apoyan en la tesis del contrato social. Tuvieron por abogado a Beccaria, quien argumentc basado en las mismas contra el mantenimiento de la pena de muerte. La teoría sirve para fundamentar todo el orden jurídico, el que sería la consecuencia de una convención hecha por los hombres entre sí para poder vivir sin inconvenientes. Cada uno, en homenaje a la convivencia social, cedería al núcleo una parte de su libertad y de sus derechos, limitándose a sí mismo con la condición de que los otros también se limitasen a su respecto.

Las reglas que rigen esas relaciones son las leyes, dictadas por la autoridad social en virtud de la delegación individual y humana.

Esa doctrina, que hacía derivar todo el derecho de los hombres, fué sin duda revolucionaria cuando la sociedad se encontraba regida por monarquías de derecho divino.

Para los utilitarios, los hombres se agrupan por interés. El estado de guerra, que sería natural, debe hacerse cesar por conveniencia. En homenaje, entonces, a la convivencia tranquila, se castiga y surge el derecho.

Los positivistas entienden que el derecho de castigar es una consecuencia de la vida social. Los hombres son imputabes porque viven en sociedad. La pena es una necesidad para el mantenimiento del organismo y debe graduarse de acuerdo con esa misma precisión.

Las eclécticas sostienen diferentes tesis, en las cuales concilian elementos de unas y de otras doctrinas.

Sobre estos puntos, que en mi concepto interesan poco al derecho penal, y que son principios de otras ramas de estudios, se ha escrito mucho, se ha discutido, se ha hecho polémica en libros, revistas, diarios y congresos, y el tema, siempre agotado, se ha renovado cada vez que ha debido afrontarse. No puedo pretender, por consiguiente, sin salirme de los límites del trabajo, ofrecer siquiera una síntesis, habiéndome limitado a señalar los enunciados.

Para el Código Penal, y dada la forma en que nuestra ley ha resuelto el punto, la discusión doctrinaria no tiene más que un interés teórico.

* * *

164. Fundamento de la responsabilidad.—Clásicos, positivistas y eclécticos.—Así como existen numerosas teorías e inacabables discusiones sobre el derecho de castigar, se plantean nuevas controversias cuando se trata de la responsabilidad de los delincuentes.

Dos doctrinas principales se disputan el dominio del campo científico: la del libre albedrío y la de la defensa social. Entre una y otra hay una serie de tesis que podrían señalarse con el término comprensivo de eclécticas, aun cuando presenten grandes diferencias en sus respectivos fundamentos.

Los clásicos han sostenido que el hombre es capaz de determinar sus acciones, que maneja y orienta su vida poniendo en ejercicio su libertad mental, traducida en libertad de acción. Cuando se dirige en un sentido o en otro, procede así porque quiere, y cuando realiza un mal es responsable de sus consecuencias, porque pudo haberlo omitido.

La responsabilidad que la sociedad le atribuye se basa, así, en que la infracción cuyos efectos se le cargan se ha cometido como consecuencia de su voluntad.

La discusión se concreta principalmente a la cuestión del libre albedrío, sostenido por unos y negado por otros. Para los segundos, desaparecida esa pretendida facultad, la responsabilidad carecería de toda base; para los primeros, ésta se afirma con la concurrencia de aquel factor.

Los que sostienen el otro punto de vista, prescinden, para fundar la responsabilidad, del elemento individual, y toman en cuenta solamente el aspecto social.

La sociedad es un organismo que necesita, para existir, defenderse contra los elementos que, perturbando su mantenimiento, contribuyen a su destrucción.

En todos los órdenes, en todos los organismos, desde los más inferiores, es ley indispensable para la conservación de la vida la defensa contra quienes atentan a su respecto.

La sociedad no es ni puede ser una excepción, y cuando se encuentra atacada por sujetos que contrarían su desarrollo, procede contra ellos, tomando las medidas de defensa adecuadas.

Alrededor de estos puntos, que concreto en forma muy sintética, se desarrollan las discusiones, que son más propias de la sociología que del derecho.

Debe, entretanto, remarcarse que no obstante las diferencias teóricas cuando se trata de redactar leyes, los defensores de distintas doctrinas tienen grandes coincidencias. Desde luego, en presencia del delito y en el estado actual de la civilización, los sistemas penales que se proponen son análogos, aunque emanen de escuelas diversas. No puede decirse que un grupo sostenga determinados castigos, y otro penalidades diferentes, produciéndose las divergencias entre partidarios del mismo enunciado teórico, hasta en lo que más ha apasionado a los polemistas: la cuestión de la pena de muerte.

En la apreciación misma de las circunstancias se notan aproximaciones cuando se sale del campo doctrinario para pasar a las aplicaciones legales. Así, los partidarios del libre albedrío no desdeñan los factores relacionados con la defensa social, desde que no se oponen a las medidas precaucionales contra sujetos que, no siendo libres, delinquen y que, en rigor, no pueden ser castigados, de conformidad a la tesis que sustentan.

Y asimismo, los partidarios de la defensa social no desdeñan los factores individuales, desde que para aplicar la pena sostienen con acierto que se deben tener en cuenta las condiciones del sujeto y el grado de peligro que represente para la sociedad. Es claro que al sostener la necesidad de tener en cuenta esos factores no se refieren a la intención del sujeto, porque lo consideran dotado de libre arbitrio, pero sí entienden que es preciso examinar lo que podríamos llamar la tendencia del individuo, porque es ella la que determina su mayor o menor peligrosidad. El sujeto es un peligro social cuando se supone que repetirá los actos delictuosos, y esto no puede saberse, ni calcularse, sino cuando revela una determinada tendencia antijurídica.

Los clásicos a eso le llaman intención; los positivistas le dan otros nombres, pero en definitiva, las dos clases de factores, los sociales y los individuales, se aprecian por todos para determinar la responsabilidad y graduar los cargos que ella comporta.

Al estudiar el código vigente, después de examinados los antecedentes, veremos la tesis que acepta y las consecuencias a que llegó la comisión redactora.

* *

165. Principios del proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, exponente de la doctrina clásica y sostenedor, por consiguiente, del libre albedrío, traía en el artículo 8.° del libro primero, parte primera, la regla genérica que contenían todas las legislaciones de su tiempo y que ha regido entre nosotros con distinta redacción hasta la sanción del código en vigor.

Dicha regla decía así:

"Toda acción criminal se presume legalmente cometida con "voluntad criminal, a no ser que resulte lo contrario de las cir- "cunstancias particulares de la causa."

La nota puesta al pie del precepto, expresaba:

"Esta disposición—dice el Comentario Oficial (se refiere al "del código de Baviera)—puede, a primera vista, parecer contra- "ria al axioma *dolus non proesumitur*. Pero delante de esta pre- "sunción general hay otra especial, a saber: que todo hombre do- "tado de razón, se presume tener conciencia de lo que hace, y "esta presunción particular es superior a la general. Si se demos- "trase, y sin embargo, que el acusado no ha obrado con conoci- "miento de causa, o si hay posibilidad de que no haya tenido este "conocimiento, la duda se interpretará en su favor, pues enton- "ces es el caso de decir *in dubio dolus non proesumitur*."

El artículo 3.° del mismo título, decía:

"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."

En cuanto a la nota puesta al pie del mismo, y que fundamenta el sistema, expresaba:

"La voluntad criminal—dice el Comentario Oficial—ha sido "objeto de multitud de distinciones y discusiones. Los criminalis- "tas han distinguido el *dolus determinatus simplex* del *dolus de- "terminatus multiplex*, que a su vez lo han subdividido en *dolus "alternativus* y *dolus generalis*, disputando largamente sobre el "carácter y la más o menos culpabilidad de estos diferentes do- "los, etc. Este artículo y los tres siguientes tienen por fin hacer "desaparecer del derecho criminal semejantes sutilezas, buenas

"sólo para confundir la ciencia y extraviar la práctica, sirviendo "a los malhechores, que encontraban en ellas un refugio y causas "de impunidad. El sistema substituído es muy simple. No pudien- "do el legislador penetrar en el fuero interior del culpable para "hallar la intención criminal, toma por base la manifestación ex- "terior del crimen, el crimen realmente cometido. (Artículo 6.°). "Pero no se atiene exclusivamente al resultado material y for- "tuito, como se ha hecho muchas veces, sino que toma también "en cuenta el elemento moral. (Artículo 7.°). Como el hombre, sin "embargo, guiado por la ley de la causalidad, no puede ignorar "las consecuencias de sus actos (artículo 8.°), responde de los re- "sultados, porque debía haberlos previsto, a menos de excepción "o prueba contraria. (Artículo 9.°). Tal es toda la teoría de la ley "en esta materia, y observando sus principios el juez llegará in- "faliblemente a comprobar con rigor jurídico en cada caso la "existencia y extensión de la intención criminal.

"Todas las legislaciones han conocido la importancia de la "intención como medida de la culpabilidad. En Grecia, cuando "se cometía un homicidio involuntario, esto es, sin intención, el "homicida debía expiar, simplemente, su culpa en un destierro "voluntario. Entre los hebreos, la atenuación de la pena del ta- "lión y de la venganza privada era muy usual en este caso; difí- "cilmente se comprendía castigado de otro modo que con la muer- "te el homicidio, aun involuntario. Los indios, como los abisinos, "imponían la lapidación. Moisés opuso a estas penas el derecho de "asilo. Este derecho consistía en que todo homicida que se refu- "giaba en la ciudad de los levitas no podía ser condenado sino "por jueces. Los parientes de la víctima esperaban en la puerta "de la ciudad a que se les entregase a la víctima, si se conside- "raba culpable. Si los jueces declaraban involuntario el homici- "dio, no era posible ya vengarse del asesino, mientras permanecía "en la ciudad de refugio, hasta la muerte del Gran Sacerdote, y "después el culpable encontraba protección en otra parte.

"Los romanos son los primeros que han tratado científica- "mente la cuestión de la intención. Ulpiano dice formalmente que "en los más grandes crímenes es preciso examinar si el delito ha "sido premeditado o cometido por accidente, a fin de aplicar to- "da la pena en el primer caso, o de atenuarla en el segundo. Ci- "cerón, en su arenga pro Cluentio, refiere un curioso hecho sobre "la apreciación de la intención. Una mujer que se había hecho

" abortar por dinero que le habían dado los herederos del segun-
" do marido, fué condenada a la pena capital; mientras que otra,
" que después de su divorcio se había encontrado embarazada y
" había sofocado la criatura, en odio a su marido, sólo fué con-
" denada a destierro voluntario. La causa de esta diferencia se ex-
" plica fácilmente. La primera había sido impulsada al crimen por
" el odio que le inspiraba su marido. Pero el homicidio voluntario se castigaba ordinariamente con la pena de muerte. En cuanto al homicidio involuntario el emperador Adriano decía que
" podía ser absuelto. ¿Cómo se sabía si había habido imprudencia?
" Se atendía a los hechos. Así, el que había sacado la espada y hería, se presumía que había tenido la intención de matar, aunque
" sólo causare una herida. Si, por el contrario, en una riña se golpeaba con una llave y se daba la muerte, se juzgaba que no había habido intención de matar; y consiguientemente se mitigaba
" la pena. Todos estos hechos particulares en que la falta era menor, se llamaban *casus*. Se confundía, así, la culpa con el accidente. Los romanos no admitían la criminalidad de la culpa, como
" se hace hoy. La culpa sólo fué castigada más tarde, y en casos
" raros, como ejemplo para prevenir el mal, *malo exemplo, quia*
" *mali exempli res est.*

" El Código Penal francés, y todos los que le han imitado, no
" sientan regla alguna general sobre la apreciación de la intención.
" Se han limitado, a veces, a hacer entrar la intención en la definición misma del delito, diciendo que tal crimen se comete voluntariamente, a sabiendas, etc. Entonces, el juez debe naturalmente tomar en cuenta esta condición, y su juicio basarse en
" esta definición. Otras veces se ha modificado la pena, según que
" se trata de un delito intencional o no. ¿Pero fuera de estos casos especificados por la ley, no debe el juez tener siempre en
" cuenta la intención del delincuente? ¿No es esta intención muchas veces una condición esencial para la aplicación de la pena?
" ¿Cómo reconocer los actos que son punibles, prescindiendo de
" toda intención, y los que no lo son, sino cuando se encuentra
" reunida esta condición? Además, en el caso mismo en que la ley
" exige una intención culpable, ¿cómo sabrá descubrirla el juez?
" Siendo la intención un acto puramente moral, se comprende que
" él no pueda entrar en el foro interior de la conciencia, y que se
" atenga principalmente a las manifestaciones exteriores del crimen; ¿pero según qué reglas y principios? Los códigos de que

" hablamos nada dicen a este respecto. Todo lo han abandonado
" a la apreciación del juez, quien debe resolver la cuestión, estu-
" diando cada caso particular. Preciso es confesar que hay en esto
" una laguna peligrosa.

" El juez, en efecto, está recargado siempre de trabajo. El Código, mejor dicho, no puede prever y determinar mil diferencias que se encuentran en la ejecución de los delitos. Es propio del juez conocerlas, examinarlas, apreciarlas y tomarlas en
" cuenta para fijar la pena. La ley, sin embargo, debe venir en su
" auxilio, siempre que se trate de una condición tan importante
" como la intención.

" Aunque corresponda al juez conocer y examinar los hechos,
" las reglas de la ley deben servirle de guía en sus apreciaciones:
" deben ilustrarle y facilitarle sus averiguaciones. Es verdad que
" un código no debe hacer teorías, pero puede indicar ciertas reglas, poco numerosas, según las cuales decida el juez si en tal
" acto hay o no intención culpable. Obrando así, no se sale de los
" límites impuestos a un código, y se satisface a las exigencias de
" una buena ley penal." (Véase a Boeresco, Delits et peines, páginas 84 y siguiente).

La tesis estaba bien acentuada, pero el legislador no perdía la oportunidad de repetirla, y así, el primer artículo del título sobre las causas que eximen de pena, dice que las acciones u omisiones contrarias a la ley, que no pueden imputarse a una persona como ejecutadas con intención culpable, ni a título de negligencia, no están sujetas a pena.

El criterio era, así, terminante, castigándose en virtud del libre albedrío personal. Se imputaba, se culpaba y se cargaba al delincuente con las consecuencias de su acción, declarándolo responsable porque había obrado en el sentido del mal, pudiendo no haberlo hecho.

*

* *

166. La voluntad criminal en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se inspira en las mismas ideas. Los artículos 3.°, 4.° y 7.° demuestran la concurrencia de aquellos principios, diciendo, respectivamente:

" La *voluntad criminal* es la libre decisión de cometer un " hecho ilícito.

" La voluntad criminal no puede destruirse por la creencia " de que el hecho penado por la ley es permitido por la concien- " cia o la religión, ni por el error o ignorancia de la clase y gra- " vedad del castigo, ni por la naturaleza del hecho final o móvil " de la resolución criminal, ni por el error respecto de la persona " sobre quien se ha ejecutado el delito, ni por ser resuelto contra " persona indeterminada.

" Todo hecho ilícito se presume legalmente que ha sido come- " tido con voluntad criminal, si no resulta lo contrario de la prue- " ba y circunstancias particulares de la causa."

La exposición de motivos se limita a expresar que la presunción de dolo comprende a todos los actos punibles.

*

* *

167. Principios del código de 1886.—El código de 1886 aceptó el sistema del proyecto del doctor Tejedor, suprimiendo muchos de sus preceptos, que eran eminentemente teóricos, pero compartiendo la tesis por aquél sustentada.

El título 1.° tenía siete artículos, tres de ellos con definiciones y cuatro relacionados con el acto y su intención. El principio básico lo daba el artículo 6.°, al decir:

" En la ejecución de hechos clasificados de delitos, se presume " la voluntad criminal, a no ser que resulte una presunción con- " traria de las circunstancias particulares de la causa."

El artículo 4.° se ocupaba de las relaciones entre la resolución de cometer un delito y el delito mismo; el 5.° del error o ignorancia por parte del autor que ha cometido un delito más grave del intentado; y el 7.° del acto intencional y sus efectos.

*

* *

168. Modificaciones hechas por la ley número 4189.—De todas las disposiciones enunciadas, la única que se mantuvo después de 1903 fué la del artículo 6.°, pues la ley de reformas número 4189 suprimió todas las demás.

Las razones que se tuvieron para esas supresiones se encuentran en la crítica hecha en la exposición de motivos del proyecto de 1891, que se transcribirá más adelante. Por tanto, y para evitar repeticiones, me limito aquí a la referencia (1).

*

* *

169. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 trae al respecto y en el artículo 58, primero del título sobre responsabilidad, la regla genérica. Dice así:

" En la ejecución de un hecho punible se presume la intención " de cometerlo, a no ser que resulte lo contrario de las circunstan- " cias particulares del proceso, o que las causas alegadas por el " imputado o en su nombre, para excluir o modificar su respon- " sabilidad, sean verosímiles y no exista prueba en contrario."

En la extensa exposición de motivos, se expresa:

" El problema relativo a los fundamentos de la responsabili- " dad es uno de los más graves, más discutidos y más erizados de " dificultades que pueden presentarse. Los criminalistas investigan " empeñosamente su solución para ofrecer a las legislaciones una " base sólida en materia tan delicada e importante. La comisión " no tiene para qué exponer las doctrinas y discusiones existentes " sobre este asunto, y debe circunscribirse a explicar las reglas " que ha consignado. Desde luego, al establecer esas reglas ha que- " rido conciliar dos órdenes de intereses igualmente respetables: " los intereses de la sociedad y los del individuo. Para ello le ha " sido fácil hallar un punto de partida seguro e indiscutible. Es " una verdad bien comprobada que, en la vida social, en la mate- " ria que ahora nos preocupa, el principio general es la respon- " sabilidad: todo hombre responde de sus actos, porque los ha eje- " cutado, porque son suyos, porque se presume que ha tenido el " designio de realizarlos; y esto es más estrictamente cierto si se " trata de acciones criminosas. La excepción es la irresponsabili- " dad. Por eso, el artículo 58 del proyecto determina, ante todo, el " principio general. " En la ejecución de todo hecho punible—di- " ce—se presume la intención criminal de cometerlo." Se presu-

(1) Ver Rodolfo Moreno (hijo). La Ley Penal Argentina, 2ª edición, páginas 98 y siguientes.

" me, pues, que ha querido ejecutar ese hecho, y que, en conse-
" cuencia, ese hecho le es imputable. Esta cláusula es substancial-
" mente idéntica a la primera parte del artículo 6.º del código vi-
" gente; difiere sólo en las palabras—las palabras han sido varia-
" das para hacer la fórmula más amplia y comprensiva.—Se dice
" *hecho punible* en vez de *hechos clasificados de delitos*, a fin
" de abarcar todos los casos posibles de acciones reprobadas e in-
" criminadas por la ley, sea que se trate de delitos consumados,
" sea que se trate de tentativas. Se dice *intención* en lugar de *vo-*
" *luntad*, porque la intención importa y precisa netamente el es-
" fuerzo de la voluntad del individuo hacia el delito.

" Pero puede suceder que, en realidad, las cosas no hayan pa-
" sado de esa manera: que el ejecutor del hecho no haya tenido el
" designio de delinquir y que todos los elementos de convicción
" hagan visible la falta de ese propósito. En tal caso, la presunción
" de intención criminal debe ceder ante la presunción contraria.
" Empero, es menester que esta presunción descanse en datos po-
" sitivos; que resulte, como lo dice el artículo proyectado, de las
" circunstancias particulares del proceso, es decir, de las averigua-
" ciones practicadas, de todos los indicios que rodean el acto, de
" las constancias del expediente, y no de las simples afirmaciones
" del imputado. Esta disposición es igual a la segunda parte del
" artículo 6.º del código vigente.

" Puede suceder aún que la falta de intención criminal no re-
" sulte, ni pueda resultar—por razón del modo como el hecho ocu-
" rrió—de las circunstancias particulares del proceso y que, no
" obstante, sean verosímiles las causas excluyentes de responsabi-
" lidad alegadas en ciertos casos. Así, una persona atacada de no-
" che o en un sitio apartado, fuera de la presencia de testigos, hie-
" re o mata al agresor en su propia defensa. Desde que nadie co-
" noce el suceso, nadie puede deponer en su favor; sin embargo,
" se trata de una persona de buenos antecedentes, que nunca ha
" sido llevada ante la justicia por actos delictuosos y que tiene
" reputación de honesta; además, no hay prueba alguna que con-
" tradiga sus aseveraciones de que ha obrado para defenderse y
" dentro de los límites de la defensa.

" Es obvio que en un caso como este y en todos sus análogos,
" no es posible presumir la intención criminal—la verosimilitud
" de las causas eximentes de imputabilidad alegadas y la falta de
" prueba en contrario, deben amparar al procesado y producir la

"presunción inversa.—Tal es el precepto contenido en la parte fi-
" nal del artículo 58.

" En el Código, no solamente el 6.º, sino también los artícu-
" los 4.º, 5.º y 7.º se refieren a la intención criminal. Hemos supri-
" mido estos artículos, porque, bien interpretados, nada aclaran,
" nada agregan al principio general; y entendidos tales como sue-
" nan, como se hallan concebidos, serán una fuente de confusión
" y de perplejidades, pues no guardan armonía entre sí, o son con-
" tradictorios con otras disposiciones.

" El artículo 4.º, dice: " El que después de formar la resolu-
" ción de cometer un delito, emprenda una acción susceptible de
" causar uno mayor o uno menor, será castigado como autor del
" delito realmente cometido, y no se le admitirá la excusa de que
" su intención fué sólo cometer el menos grave." El objeto de este
" artículo no es dudoso: por él se prescribe, en términos imperati-
" vos y absolutos, que no se admita al delincuente la excusa ate-
" nuante de que su intención no ha sido realizar el delito ejecuta-
" do, sino uno menos grave. Sin embargo, puede resultar de las
" circunstancias particulares de la causa, con arreglo al artícu-
" lo 6.º, que el agente se haya propuesto en realidad cometer el de-
" lito menos grave y no el más grave; en semejante caso, ¿qué su-
" cederá? De dos cosas una: o se admitirá la excusa atenuante
" derivada de las circunstancias particulares del proceso, y, en esa
" hipótesis, el artículo 4.º será superfluo e inaplicable; o no se ad-
" mitirá aquella excusa, y entonces el artículo será malo e incon-
" veniente, porque impedirá que en la investigación de la perver-
" sidad del criminal se considere un dato positivo, fundado en he-
" chos y deducido de las circunstancias de la causa.

" El código vigente suministra una razón más en contra del
" artículo 4.º. El artículo 83, número 3.º, coloca entre las circuns-
" tancias atenuantes la de "no haber tenido el delincuente inten-
" ción de causar todo el mal que produjo". Esta cláusula se halla
" en contradicción con dicho artículo 4.º, y en virtud de ella, cuan-
" do conste que el criminal no ha querido ejecutar el delito más
" grave, efectivamente realizado, ni en consecuencia "causar todo
" el mal que produjo", deberá admitírsele "la excusa de que su
" intención fué sólo cometer el menos grave".

" Según el artículo 5.º, "cuando por efecto de error o ignoran-
" cia, el autor de un delito no haya conocido el carácter particular
" de la acción que ha cometido, y este carácter sea de una natu-

" raleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal " modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más " grave que el que intentaba, no se le imputará el hecho como vo- " luntario, sino en consideración a la intención real que hubiese " tenido, atendiendo a las circunstancias del caso". La nota pues- " ta por el doctor Tejedor al pie del artículo correspondiente de " su proyecto explica, con un ejemplo, el alcance de la disposición. " Así—dice,—cuando un hombre comete delito de violación " ignorando que era el padre de la víctima, será culpable de viola- " ción, pero no de incesto."

" Sin duda, siempre que, por ignorancia o error de hecho, el " delincuente no haya conocido alguna de las particularidades de " la acción, susceptible de aumentar su gravedad, no deberá impu- " társele el delito como si hubiese conocido esa particularidad. En " el caso del ejemplo dado por el doctor Tejedor, como en el de " un hombre que ha herido o ha muerto a otro hombre, sin saber " ni sospechar que éste fuera su padre, en estos casos, y en cuales- " quiera otros, el acto sólo se imputará al agente en relación a su " intención efectiva, y nunca se agravará su situación en virtud " de una circunstancia que ignoraba. Pero, ¿es necesario un pre- " cepto especial para esto? A nuestro juicio, no; bastará la pres- " cripción contenida en el artículo 6.° del Código, o en el 58 del pro- " yecto: ésta lo comprende todo en sus términos amplios y gene- " rales. Efectivamente, realizada una violación por un padre en la " persona de su hija, se presumiría que quiso violar a su hija; no " obstante, si de las circunstancias particulares de la causa resul- " tara que no sabía que la víctima fuese su hija y que tuvo inten- " ción únicamente de violar a una mujer, la primera presunción " cedería ante la segunda presunción contraria, con arreglo a aque- " llas disposiciones.

" El artículo 7.° estatuye que "cuando una persona sea con- " victa de haber cometido con intención un acto que, según las " nociones de la experiencia general, acostumbre a producir inme- " diata y necesariamente un resultado criminal determinado, se " tendrá como cierto que este resultado entró en las previsiones " del culpable, a no ser que justifique lo contrario con pruebas " manifiestas." Este artículo establece una presunción respecto " de las consecuencias o resultados inmediatos y necesarios del ae-

" to cometido con intención: la de que esos resultados entraron " en las previsiones del culpable.

" Lo que aquí se presume se halla comprendido íntegramente " en la regla ya consignada sobre la responsabilidad, pues al de- " cir la ley que todo hecho punible se presume ejecutado con in- " tención criminal, se refiere al hecho y a sus resultados inmedia- " tos y necesarios, y entiende seguramente que esos resultados en- " traron en las previsiones del agente. De ahí que el artículo sea " superfluo e inconducente. Aparte de esto, adolece de un vicio: " la presunción que establece sólo puede ser destruída, según sus " últimas palabras, con pruebas manifiestas, y no ya con la pre- " sunción contraria, resultante de las circunstancias particulares " de la causa. No se concibe el fundamento de semejante diferen- " cia. Si contra la presunción de intención criminal (en la cual " intención entra la previsión de los efectos del acto), basta que " resulte lo contrario de las circunstancias particulares de la cau " sa, con mayor razón debe bastar esto mismo contra la presun- " ción de que el resultado inmediato y necesario del hecho entró " en las previsiones del culpable.

" Hemos suprimido también los artículos 1.°, 2.° y 3.°, que de- " finen el delito o la falta, el delito consumado y el delito frus- " trado. La ley no necesita definir el delito en general, porque " ante ella y para ella no puede haber otros actos delictuosos que " las acciones que concretamente reprime como tales. Todo lo que " en la ley no sea reprobado, jamás dará lugar a la imposición de " una pena. Tampoco necesita definir el delito consumado, ni el " frustrado. Las definiciones de estos delitos no responden a ningún " fin práctico, porque en la investigación de la pena aplicable al " delincuente, en cada caso—único objeto que ha podido tenerse en " vista al consignarlas en la ley,—no prestarán servicio alguno, ni " será posible tomarlas en cuenta. Para saber cuál es la pena que " corresponde al reo, se deberá indagar qué pena impone el Código, " en la parte especial, a la acción que realmente ha cometido. Ade- " más, la definición del delito frustrado se justifica en los códigos " que hacen de él algo distinto de la tentativa, pero no en los que, " como el argentino o como el proyecto que presentamos, cons- " tituye simplemente una modalidad de la tentativa, puesto que " definida ésta queda definido aquél."

*

* *

170. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 siguió un sistema análogo al anterior. El artículo 40, colocado también a la cabeza del título sobre responsabilidad, decía:

" En la ejecución de un delito se presume la intención de co-
" meterlo, a no ser que resulte lo contrario de las circunstancias
" particulares del proceso."

La exposición de motivos no dijo nada a este respecto, limitándose a algunas consideraciones sobre las circunstancias eximentes.

*

* *

171. El criterio de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no colocó en el proyecto ningún artículo relacionado con la responsabilidad. Partió del principio constitucional que sólo permite se consideren delitos a los hechos u omisiones castigadas por la ley, lo que significa la concurrencia de castigo cuando la acción pertenece a la clase de las reprimidas. De manera que la ley no tiene para qué repetir que existe una presunción de ese tipo, sino que debe establecer, cuando imputa, los motivos especiales que determinan o puedan determinar la absolución.

La regla ante la infracción es el castigo; la ley tiene que señalar las excepciones.

La exposición de motivos, que es extensa, dice:

" Los códigos antiguos, en concordancia con las ideas domi-
" nantes en las épocas para las cuales fueron sancionados, adop-
" taban, para castigar, el criterio de la intención. Los hechos
" previstos por las leyes como delitos se presumían cometidos con
" voluntad criminal, y eran castigados en tal concepto, salvo la
" prueba contraria. Era necesario, entonces, para aplicar la pena,
" partir de esa intención y hasta graduarla.

" El principio desenvuelto por Tejedor en su primitivo pro-
" yecto, es el que ha formado el espíritu de la ley argentina y el
" que ha dominado en las sentencias de los magistrados.

" El doctor Tejedor, tomando como base el Comentario Ofi-

" cial del código de Baviera, antecedente vetusto del nuestro, dis-
" tinguía diversas clases de dolo, y decía: " No pudiendo el legis-
" lador penetrar en el fuero interior del culpable para hallar la
" intención criminal, toma por base la manifestación exterior del
" crimen, el crimen realmente cometido."

" Pero no se atiene exclusivamente al resultado material y for-
" tuito, como se ha hecho muchas veces, sino que toma también en
" cuenta el elemento moral.

" La ley partía, así, de la base del libre arbitrio, de esa fa-
" cultad que permite, según algunos filósofos, pesar las acciones
" antes de realizarlas y decidirse después de la deliberación en el
" sentido que se crea oportuno. De esa facultad discutida apasio-
" nadamente y negada por pensadores eminentes, de esa facultad
" que si existiera sería sólo el patrimonio de espíritus muy evolu-
" cionados y sólo puesta en ejercicio con la tranquila deliberación,
" que no concurre cuando dominan las pasiones.

" Partiendo de esos principios la ley hablaba de dolo, de creen-
" cias, intenciones, de voluntad criminal. El principio era que
" debían castigarse las acciones u omisiones penadas por la ley,
" y que, producido el delito, la voluntad criminal se presumiría,
" salvo que se probara lo contrario, esto es, la ausencia de esa
" voluntad.

" El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, es
" aun más acentuado, porque después de definir los delitos, dice
" en el artículo 3.°: " La voluntad criminal es la libre decisión de
" cometer un hecho ilícito." Y no se detiene ahí, pues incorpora
" diversas disposiciones preceptivas y el consabido artículo sobre
" presunción de voluntad criminal.

" Los comentadores, al llegar a esa parte de la ley, que con-
" sideran básica, se extienden siempre en el estudio de la responsa-
" bilidad criminal, de las escuelas filosóficas y de las teorías
" jurídicas, para acentuar una vez más el principio de la delibe-
" ración libre y de la decisión consciente.

" Afortunadamente, la ciencia no ha podido en los casos
" concretos reconstruir la situación mental del sujeto que ha
" delinquido, pues si le hubiera sido posible hacerlo y llevar la
" expresión de lo que ocurre a los estrados de los tribunales, es
" seguro que las absoluciones por falta de responsabilidad ha-
" brían abierto las puertas de los encierros a los individuos más
" peligrosos. Pero como la prueba es más que difícil, imposible

" casi, en los casos en que no existe una perturbación general, la " presunción ampara a los núcleos sociales y permite el castigo, " aunque no haya existido la supuesta facultad para determinarse " e incurrir en voluntad criminal.

" El criterio de la voluntad criminal no es defensivo. El irresponsable, esto es, el que no tuvo voluntad criminal por imposibilidad de determinación, no puede ser objeto de castigo; luego, el " alienado, el inconsciente, el sonámbulo, el alcoholista, el sujeto " hipnotizado, es decir, los autores por anormalidades o por el hecho de ser instrumentos de otros, deben ser absueltos y restituídos al medio social en que actúan. Si la sociedad incrimina " teniendo sólo en vista la situación personal del individuo y su " voluntad, en presencia de sujetos sin ese elemento, el castigo no " procede.

" Nuestro código sanciona ese principio, pues ha mantenido " el precepto tradicional de la voluntad criminal presumida y ha " declarado que no son responsables y, por tanto, susceptibles de " pena, los que han carecido de esa voluntad. Con ese sistema, los " criminales más feroces pueden substraerse a la pena, y aun a " las más elementales medidas de precaución. Se crea para los " individuos el derecho al crimen, porque la sociedad acepta, en " lugar de principios de defensa, reglas de filosofía vinculadas a " principios religiosos.

" La ley penal no tiene porqué crear problemas extraños al " régimen de la misma. Bajo el punto puramente jurídico, en las " altas especulaciones de la filosofía del derecho, todas esas cuestiones pueden y deben discutirse; pero una ley práctica, necesaria para la estabilidad social, no tiene para qué adoptar principios de escuela que obligan a disquisiciones de doctrina y dificultan la aplicación de los preceptos.

" Las sociedades están regidas por una serie de reglas impuestas por la convivencia. Esas reglas, para evitar los estados " anárquicos, tienen que ser mantenidas bajo determinadas sanciones. Los que violan esos principios, atacando los derechos " fundamentales sobre que reposan las organizaciones actuales, " o sea los derechos a la vida, a la libertad, al honor, a la propiedad, etc., realizan actos contrarios a la estabilidad social, y " el conjunto debe reprimirlos por una necesidad de existencia. " La represión debe graduarse de acuerdo con la necesidad social, " y como no deben perseguirse propósitos de venganza, odios, ni

" expiaciones, al desequilibrio que produce el crimen debe contes- " tarse con medidas de precaución y educación sobre el delincuente.

" El criterio antiguo, al sostener que por el hecho de haber " querido y realizado el acto corresponde una pena, es decir, un " sufrimiento, ha desaparecido de la doctrina contemporánea, que " busca la defensa y la prevención. Pruebas patentes de ese cambio de orientaciones lo ofrecen la condena condicional, la libertad " condicional, las precauciones contra los menores delincuentes, " las medidas de seguridad contra ciertos absueltos, la elasticidad " de las penas y la individualización de las mismas.

" Las leyes han ido evolucionando a medida que la doctrina " ha ido imponiendo sus conclusiones en el dominio de la ciencia, " y que la experimentación ha demostrado con la práctica lo razonable de ciertas teorías. Pero muchos códigos, aun habiendo " aceptado los principios nuevos, no se han resuelto al abandono " de ciertos términos que hoy carecen de significación y cuya " conservación sólo tiene el alcance de un recuerdo con carácter " histórico."

" El Código Penal que nos rige, después de las definiciones " tradicionales que consagraban, no sólo la voluntad, sino sus " grados, tomando como principio el pensamiento y como fin la " acción consumada, repetía en el artículo 6.º el precepto sobre " presunción de la voluntad criminal.

" El proyecto de 1891 suprimió las definiciones y encabezó el " título sobre responsabilidad con el artículo 58"—agrega la comisión transcribiendo el precepto. —En seguida reproduce una parte de la exposición de motivos acompañada a aquel proyecto, la que omito por haber sido dada antes y ser inútiles las repeticiones.

A continuación, la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, dice:

" La reforma de 1903 suprimió las definiciones contenidas en " el Código, pero dejó el artículo 6.º, donde se establece la pre " sunción de voluntad criminal. Ese artículo fué el único que " quedó en pie en todo el título 1.º.

" El nuevo proyecto de 1906 mantiene el criterio del de 1891, " pues encabeza el título sobre responsabilidad con el artículo 40, " en el cual se dice: " En la ejecución de un delito se presume " la intención de cometerlo, a no ser que resulte lo contrario de " las circunstancias particulares del proceso."

" Ese artículo, dentro de la teoría antigua, es el más perfecto

" de los examinados hasta ahora, pues los anteriores se concreta-
" ban sólo a las acciones y excluían de la presunción, seguramente
" por olvido, a las omisiones, que también pueden ser delitos.

" La exposición de motivos no dice nada al respecto, lo que
" hace presumir que se aceptan los fundamentos que traía el pro-
" yecto de 1891, antecedente del de 1906.

" Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino", dice que con-
" curren al delito dos elementos: el material, o sea la ejecución
" del hecho penado por la ley, y el psicológico. El agente puede
" haber obrado teniendo conocimiento de la relación posible en-
" tre el hecho y el daño a producirse, queriendo que el efecto se
" produjera; o no se ha encontrado en aptitud de conocer la rela-
" ción, o aun conociéndola, una coacción externa le ha impedido
" obrar de distinta manera, o ha querido el hecho y ha omitido
" reflexionar sobre las consecuencias posibles, las que debió pre-
" ver y evitar. En el primer caso hubo voluntad criminal, en el
" último sólo ha concurrido culpa."

Y agrega:

" Pero esa voluntad criminal que debe concurrir como ele-
" mento esencial del delito, a fundar la responsabilidad del agente,
" es un procedimiento interno del ánimo que escapa, por lo ge-
" neral, a toda comprobación.

" Sería, pues, lo mismo que decretar la impunidad de todos
" los delitos, requerir como base de la imputabilidad la prueba del
" elemento intencional, así como se requiere la del elemento ma-
" terial del delito.

" Siendo la regla general que los hechos delictuosos se pro-
" duzcan con voluntad criminal, la solución que concuerda con el
" sistema aceptado de enumerar las causas eximentes, es la de es-
" tablecer como presunción legal la regla y eximir de la prueba
" la excepción.

" El criterio que enuncia el conocido penalista argentino, ex-
" plicando el alcance de nuestra ley, está bien de manifiesto en
" sus palabras y refleja un concepto generalizado entre los clá-
" sicos.

" El libre albedrío se presume. El autor del acto responde del
" mismo porque lo cometió, pudiendo no realizarlo. La voluntad
" existe, pero como es difícil probarla, debe presumirse. El enun-
" ciado solo del vetusto concepto demuestra que no es firme, que
" no es justo y que es peligroso.

" Decimos que no es firme, porque se apoya en la existencia
" de una facultad muy controvertida y acerca de la cual se han
" escrito muchos libros; que no es justo, porque presume concu-
" rrencia de una voluntad que es de difícil prueba, "que escapa,
" por lo general, a toda comprobación", aceptando su existencia
" en cuanto perjudica al sujeto; y que es peligroso, porque acre-
" ditándose que no concurrió la voluntad criminal, el autor es li-
" berado, aun cuando esa libertad sea socialmente inconveniente.

" El antiguo concepto de la retribución y la negación del dog-
" ma del libre albedrío, ha debido traer—como dice acertadamente
" Von Liszt—modificaciones en la legislación represiva. El triunfo
" de las nuevas ideas—agrega—se evidencia en el desarrollo que
" revela la legislación de los últimos años en los distintos Estados
" cultos de Europa. El concepto dominante es el de la protección
" social contra el peligro que representa la delincuencia.

" Pero no es necesario, para resolver el problema de la res-
" ponsabilidad bajo el punto de vista legal, aceptar teorías viejas
" o nuevas. Para los fines de la ley represiva bastan conceptos
" sencillos, derivados de la necesidad social de castigar, sin per-
" juicio de las creencias personales y las teorías individuales.

" Bajo el dominio de todas las religiones, de todos los siste-
" mas de gobierno, de todas las instituciones políticas y sociales,
" no ha habido pueblo en el mundo, desde que se conoce la his-
" toria, que no haya castigado las acciones que consideraron an-
" tisociales o que atentaban contra su organización. De manera
" que no se necesita una tesis más o menos deleznable, porque eso
" es incurrir en sectarismos, sino adoptar el principio que ha domi-
" nado universalmente en todas las edades y en todas las sociedades.

" El anteproyecto del Código Penal suizo, tan cuidadosa y
" largamente estudiado, no habla en ninguno de sus textos, desde
" el de 1894 al de 1908, del concepto general de imputabilidad.
" Pero, cuando los comisionados presentaron en septiembre de 1913
" el proyecto reformado, se introdujo un artículo con el número 14,
" que decía así: " Es punible aquel que en el momento de la in-
" fracción tenga dieciocho años cumplidos y que no se encuen-
" tra en un estado mental que excluya la responsabilidad." Ese
" artículo, que representaba un regreso a los sistemas antiguos,
" duró muy poco, pues no aparece en el proyecto de 1915.

" Jiménez de Asúa, en su obra sobre unificación del derecho

" penal suizo, dice que tal precepto de vida tan fugaz no se echa " de menos para la inteligencia del conjunto.

" Los proyectos suizos conservan, sin embargo, disposiciones " según las cuales sólo se castiga al que actúa con intención, en- " tendiéndose que obra con aquélla el que, sabiendo y queriendo, " realiza el hecho que constituye el delito. No se fija ninguna pre- " sunción, pero se contiene el concepto para diferenciar el delito " propiamente dicho, o sea el cometido con dolo del realizado con " negligencia.

" El código de Noruega expresa que no cae bajo las disposi- " ciones penales el que no hubiere actuado con propósito delibe- " rado, salvo los casos de negligencia.

" El proyecto de código alemán, en el capítulo destinado a " la culpa, distingue los hechos voluntarios de los culpables, y " dice que obra voluntariamente el que ejecuta un hecho a sabien- " das y con voluntad de ejecutarlo.

" No contiene presunción, y en la cuarta parte se limita a con- " signar las causas de exclusión y atenuación de la pena, expre- " sando, con referencia al primer punto, quiénes son las personas " no punibles.

" Lo esencial es establecer, como lo hacen los diferentes códi- " gos de todos los países, que sólo se castigan las acciones u omi- " siones establecidas por la ley. Esa disposición para nosotros es " de orden constitucional, es una garantía básica consignada en " nuestra carta, y no tenemos, por eso, necesidad de repetirla en " el Código. Desde el momento que sólo se castigan los delitos pre- " vistos por las leyes, es evidente que todo acto calificado de tal " impone el proceso y el castigo, salvo los casos de excepción con- " signados en la ley. Es, entonces, inútil, dada la existencia de la " regla constitucional, introducir preceptos relacionados con una " u otra teoría de la responsabilidad en el orden moral. Entre nos- " otros se castiga a toda persona que realice un acto u omita otro, " cuando la acción o la omisión tiene una pena y se libera de ella " el acusado, cuando lo ampara una eximente. La mejor garantía " social está en suprimir la presunción establecida a base de una " facultad interna, pues sin ella el castigo se impone cuando se " comete el delito con las salvedades de la ley.

" El sujeto es, así, imputable siempre, pudiendo no ser objeto " de castigo cuando procedió por algunas de las causales que lo " eximen según el Código.

" El precepto general carece, así, de importancia, y su nece- " sidad no se siente, puesto que la ley, por el hecho de dictarse, " se aplica a todos, y lo único que necesita fijar son las excepcio- " nes, o sea los casos en que el castigo no debe concurrir. Todo lo " demás es redundante y tiende a que se lleven al campo juri- " dico y práctico disquisiciones teóricas de peligrosa discusión.

" El doctor Herrera, que en su estudio "La Reforma Penal" " dedica varios capítulos a la responsabilidad penal, dice, refirien- " do a la presunción de voluntad criminal consignada en el pro- " yecto, que éste "insiste en el error que en otra ocasión critica- " mos severamente (se refiere al discurso pronunciado en 1903 en " el Honorable Senado), al declarar en su artículo 40 que la inten- " ción criminal se presume en la ejecución de un delito."

" No sabemos explicarnos porqué en los diversos proyectos " de códigos elaborados entre nosotros se insiste en una disposi- " ción que es inútil y repugnante a los principios sobre que des- " cansa la ciencia penal, y, además, peligrosa por los abusos a que " se presta.

" Tal disposición no figura en ningún código moderno, y sólo " la encontramos, aparte de algún otro país americano, en los có- " digos de España y de Baviera, de donde la tomaron el doctor " Tejedor y nuestros codificadores.

" No nos convencen los razonamientos del Comentario Oficial " del código bávaro y de Pacheco, el más autorizado comentador " del español. De ello parece más bien deducirse esto, que no es " lo que el artículo dispone: que siendo la regla general que todo " hombre está dotado de inteligencia y de libertad, debe presu- " mirse que en toda acción criminal, el que la llevó a cabo gozaba " de ellas, y que, si estuvo loco o borracho, o tuvo de cualquier " otro modo alterado su espíritu, deben probarse estas circunstan- " cias por su carácter excepcional. Pero nadie discute esto, salvo " el erigir en presunción, en ficción, lo que es propio de la natu- " raleza humana, cual es la capacidad del dolo. Los distinguidos " criminalistas hacen una confusión inexplicable de cosas muy dis- " tintas. El dolo, en efecto, se lo puede considerar bajo dos as- " pectos: el uno general, como perteneciendo en potencia a todos " los seres humanos, por cuanto es un hecho psicológico de la per- " sonalidad humana, y por eso hay quien piensa que la teoría de " la imputabilidad debiera llamarse inimputabilidad, porque de lo " que se trata es de la exclusión *a priori* de toda posibilidad de

" dolo en el hombre; el otro, especial o individual, cuyo reconoci-
" miento no puede someterse a reglas jurídicas establecidas en
" la ley, sino que debe constatarse en cada caso. La ley presume
" el dolo bajo este último aspecto, y los criminalistas citados ra-
" zonan como si se tratara del dolo general, lo que es salirse de la
" cuestión y demostrar la falta de fundamento serio del artículo
" en cuestión.

" El proyecto que presentamos a la consideración de la Hono-
" rable Cámara resuelve la cuestión responsabilidad con criterio
" moderno y humano; prescinde de resabios expiatorios y aparta
" problemas trascendentales de psicología. Se limita a indicar los
" delitos y fijar sus penas, teniendo en cuenta que sólo los pre-
" vistos en el Código pueden ser los castigados de acuerdo con un
" artículo de la Constitución y a establecer en qué casos la pena
" no concurre a pesar de haberse realizado un hecho, al cual la
" ley califica de delito. Los jueces, por lo demás, graduarán la
" pena en cada caso, de acuerdo con los límites elásticos que el
" Código señala, y de conformidad a las atenuantes y agravantes
" que no se enumeran, fijándose tan sólo los criterios.

" De esta manera se confieren márgenes que permitirán la
" individualización de la pena reclamada por los criminalistas más
" notables, cuando afirman que la pena, para ser eficaz, no debe
" ser adecuada al delito, sino a la índole del delincuente que ha
" de sufrirla. El propósito del sujeto debe tenerse en cuenta para
" apreciar el grado de peligro que represente el mismo a los efec-
" tos sociales."

172. Las ideas de la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado no introdujo ninguna modificación en el criterio fundamental del Código a este respecto. Compartió el pensamiento de la comisión especial de la Cámara de Diputados, y fundamentando su adhesión a los principios de aquélla, dijo:

" La comisión ha admitido el criterio de la H. Cámara de Di-
" putados, respecto de la imputabilidad, y por eso no ha tocado
" fundamentalmente el título V del proyecto en revisión, limitán-
" dose a aconsejar un agregado a uno de sus artículos.

" La Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la otra
" Cámara ha tratado extensamente en la exposición de motivos
" del proyecto los puntos relativos a la responsabilidad y la impu-
" tabilidad, tan discutidos por la ciencia penal.

" El proyecto que presentamos a la consideración de la H. Cá-
" mara—dice dicha comisión—resuelve la cuestión responsabilidad
" con criterio moderno y humano; prescinde de resabios expiato-
" rios y aparta problemas trascendentales de psicología. Se limita
" a indicar los delitos y a fijar sus penas, teniendo en cuenta que
" sólo los previstos en el Código pueden ser los castigados, de
" acuerdo con un artículo de la Constitución, y a establecer en
" qué casos la pena no concurre, a pesar de haberse realizado un
" hecho, al cual la ley califica de delito. Los jueces, por lo demás,
" graduarán la pena en cada caso de acuerdo con los límites elás-
" ticos que el Código señala y de conformidad a las atenuantes y
" agravantes que no se enumeran, fijándose tan sólo los criterios.

" De esta manera se confieren márgenes que permitirán la in-
" dividualización de la pena reclamada por los criminalistas más
" notables, cuando afirman que la pena, para ser eficaz, no debe
" ser adecuada al delito, sino a la índole del delincuente que ha
" de sufrirla. El propósito del sujeto debe tenerse en cuenta para
" apreciar el grado de peligro que representa el mismo a los efec-
" tos sociales.

" De esta manera el proyecto se aparta, con razón, del crite-
" rio de la escuela clásica, cuyo error está, como dice el célebre
" criminalista Prins, "en haber confundido cosas tan desemejantes
" como la absolución y la condena, de una parte, el mérito y demé-
" rito, de otra, y de haber, en suma, considerado los hombres como
" si fuesen siempre árbitros de su suerte.

" En cambio, se inspira en las teorías más modernas y científi-
" ficas, que toman en cuenta a los efectos de la imputabilidad,
" la *temibilidad* o la *peligrosidad* de los delincuentes. En
" este sentido, trata de conciliar, de acuerdo con las doctrinas de-
" fensistas, el máximum posible de seguridad social, con el míni-
" mum posible de vejación individual.

" Y por lo mismo, ha preferido emplear el término *imputabi-*
" *lidad* en vez de la palabra *responsabilidad,* sin significado
" científico para la criminología y el nuevo derecho penal. La im-
" putabilidad debe entenderse en el sentido que le da Liszt: " Es
" la capacidad de conducirse socialmente. Sólo en cuanto esta ca-

" pacidad existe o se impone, puede ser imputada, como culpable, " la conducta antisocial. Allí, donde "la facultad de adaptación " social" falta completa y permanentemente, no tiene ningún sen- " tido querer encontrar móviles de conducta social en las motiva- " ciones contenidas en la amenaza y ejecución de la pena." ("Tra- " tado de Derecho Penal", tomo 2, página 384).

" Como lo ha demostrado brillantemente el jurisconsulto po- " laco Mieczyslaw Szever, admitiendo este criterio fundamental, " la pena—que no es el postulado del bien general, sino un correc- " tivo de la organización—responde en el estado actual de la so- " ciedad, al fin de hacer de un ciudadano antisocial un ser social, " en el sentido de que debe resignarse "a vivir según las reglas " de la formación social existente".

" Es claro que la imputabilidad y la pena siguen la evolución " social y varían con las transformaciones de la organización. Cuan- " to más se fije la cooperación—dice el autor antes nombrado—en " los cuadros trazados por el ideal realizable de la justicia, la pe- " na servirá exclusivamente los intereses extendidos por todas par- " tes en el grupo social, en lugar de servir principalmente los in- " tereses de las clases dominantes. Luego, pues, toda democrati- " zación, es decir, toda extensión de la protección, que asegure la " organización sobre los intereses de los miembros del grupo has- " ta ahora olvidados, importará un perfeccionamiento en la orga- " nización penal.

" Esto sucederá plenamente el día en que toda la cooperación " se hará por derechos iguales, donde a consecuencia de la orga- " nización no habrá que fortificar la situación dominante de una " minoría privilegiada; pero se hará porque las fuerzas que na- " cen en la sociedad se distribuyen igualmente en provecho de to- " dos. Entonces, solamente la manera normal de cooperar, cuya " realización persigue la represión social, será igualmente útil pa- " ra la totalidad de los miembros del grupo, y será por ella igual- " mente deseada." (Mieczyslaw Szever, "La conception sociolo- " gique de la peine". París, 1914, páginas 49 y 97 y siguientes).

" Al estudiar con un criterio amplio y moderno la cuestión " de la imputabilidad, la comisión creyó necesario y justo, inspi- " rándose en la expresada concepción sociológica de la pena, es- " tablecer entre los motivos que determinaron a un hombre a de- " linquir, la miseria o la dificultad de ganarse el sustento necesa- " rio para sí y los suyos.

" No es posible, al determinar las causas del delito, dejar de " tomar en consideración la condición económica del delincuente. " El delito está relacionado—como dice Alimena en las "Notas Fi- " losóficas de un Criminalista"—con las condiciones económicas; " el aumento en el precio del trigo tiene una notable repercusión " en el producirse del delito, repercusión tanto más segura y pa- " tente cuanto que ella se combina con la falta de trabajo, o con " la disminución de los salarios. El delito es mucho más frecuente " en los países más míseros, en los países en que la población está " mucho más difundida o es más densa; en los países en que abun- " dan más los pleitos civiles y las expropiaciones; en los países en " que la cosa controvertida y expropiada tiene un valor más bajo. " El delito es más frecuente cuanto más inestables son las condicio- " nes económicas, o cuanto más se acumulen las riquezas en pocas " manos, mientras en derredor es la miseria más triste.

" A las mismas conclusiones llega Turati en su interesante " estudio sobre "Il Delitto e la Questione Sociale". Los factores " físicos y antropológicos de la criminalidad — dice — reciben su " fuerza criminógena efectual sólo del concurso de las modalidades " particulares del "asietto" social.

" En vano el autor de "La Criminología" pretendió demos- " trar que la manera como la riqueza está distribuída no es una " de las causas de la delincuencia, y que sobre ella no ejerce nin- " guna acción la situación económica del proletariado, pues Ferri, " su compañero de escuela, demostró la tesis contraria. Y Cola- " janni evidenció en su "Sociologia Criminale" que todas las cau- " sas enérgicas de la delincuencia, de origen o de carácter social, " están relacionadas, y más o menos netamente determinadas por " el factor económico, en lo cual coinciden los pensadores de las " más opuestas escuelas; de Morgan a Lacombe; de Marx a Moli- " nari; de Engels a Thulie; de Spencer a Schäfle; Gumplowiez a " Loria, a Vaccaro.

" Cuando la sociedad no asegura a todos sus miembros el de- " recho a la vida por el trabajo o la asistencia social, no puede, en " justicia, imputar un delito al individuo que procedió impulsado " por la miseria. El doctor Wylm escribe sobre este particular: " Ya te he dicho que primero había que vivir y que no asegura- " mos la vida a los ciudadanos. Oye una voz lejana: no es la de un " reformador temerario; resume todo lo que yo te decía de la ca- " ridad comparada con el deber social. Algunas limosnas que se

" hacen a un hombre desnudo, en la calle, no reemplazan las obli-
" gaciones del Estado, que debe a todos los ciudadanos una sub-
" sistencia asegurada, el alimento, un vestido a propósito y un gé-
" nero de vida que no sea contrario a la salud." No es Mr. Jaurés,
" ni Mr. Jules Guesde quien ha escrito eso, sino Montesquieu. (Li-
" bro XXIII, capítulo XIX de "El espíritu de las leyes").

" La jurisprudencia, noblemente inspirada, ha abierto el ca-
" mino para llegar al reconocimiento de la no imputabilidad de
" los delitos cometidos al impulso de la miseria. Justo será recor-
" dar al juez Magnaud, para quien "la miseria y el hambre hacen
" desaparecer el libre arbitrio y debilitan la noción del bien y del
" mal." "Una madre de familia—dijo en una de sus célebres sen-
" tencias—que coge un pan de una panadería, bajo la presión de
" la miseria y el hambre, no comete delito, porque no ha habido
" intención fraudulenta."

" Y el substituto del procurador general ante la Corte de
" Apelaciones de París, doctor Maxwell, ha escrito en su libro "Le
" crime et la société": " Para el que examina sin prevención los
" elementos de que se compone nuestra sociedad, es evidente que
" los derechos y los deberes de los individuos y de la colectividad
" son recíprocos, y que no puede haber derechos sin obligaciones
" correspondientes. ¿Cómo exigir a todos los ciudadanos el res-
" peto de las leyes y el impuesto de sangre, cuando la vida mate-
" rial no está asegurada a todos los ciudadanos? Los que se hallan
" en esta imposibilidad de procurarse las cosas necesarias para la
" existencia, de que hemos hecho el rasgo distintivo de la mise-
" ria, pueden con una apariencia de razón negarse a cumplir de-
" beres que les son impuestos sin compensación equitativa. Pue-
" den decir que la ruptura del lazo social no procede de ellos, sino
" del grupo que los deja morir de miseria." (Obra citada, pági-
" na 173).

" La legislación incorpora ya la miseria como causa eximente
" o atenuante en la ejecución de los hechos calificados por la ley
" como delitos. Los códigos de los cantones de Friburgo y Neuf-
" chatel declaran que aquel que en extrema necesidad, y para po-
" der subsistir, comete un robo de comestibles, no puede ser objeto
" de ninguna persecución. (Estado de necesidad).

" El anteproyecto de Código Penal para Suiza ha recogido
" este antecedente legislativo, comprendiendo entre las circunstan-
" cias atenuantes la miseria extremada. (Artículo 63).

" Lo mismo ha hecho el anteproyecto sueco. Considera como
" atenuante la circunstancia de que el culpable "sea impulsado al
" delito por la dificultad de ganarse el sustento necesario y el de
" los suyos." (Artículo 13, 3.°).

" Por estas razones, la comisión aconseja la siguiente redac-
" ción del artículo 41: " A los efectos del artículo anterior, se ten-
" drán en cuenta: 1.° La naturaleza de la acción y de los medios
" empleados para ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro
" causados. 2.° La edad, la educación, las costumbres y la conducta
" precedente del sujeto; la calidad de los motivos que lo determi-
" naron a delinquir, especialmente la miseria, o la dificultad de
" ganarse el sustento necesario y el de los suyos; la participación
" que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiese
" incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales que
" demuestren su mayor o menor perversidad. El juez deberá to-
" mar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y
" de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para ca-
" dà caso.

" Cuando el reo esté acusado de haber cometido un delito cas-
" tigado con prisión o reclusión mayor de diez años, no podrá pro-
" nunciarse la condena antes de que su estado mental sea exami-
" nado por un médico especialista."

" La última parte del artículo ha sido tomada del anteproyec-
" to sueco, cuya disposición al respecto es esta: " Cuando alguno
" ha cometido un delito que está castigado en la ley con pena de
" reclusión perpetua, no podrá pronunciarse la condena antes de
" que su estado mental sea examinado por un médico. La misma
" regla es aplicable cuando alguno que ha sufrido una pena pri-
" vativa de libertad de diez a doce años, comete un delito que está
" castigado en la ley con pena de reclusión." (Artículo 3.°, capí-
" tulo IV).

" La comisión considera que de no admitirse de una manera
" general el examen médico de los encausados, de acuerdo con las
" últimas conquistas de la psiquiatría y del derecho penal, el Có-
" digo debe imponerlo, por lo menos en los casos en que pudiera
" corresponder prisión o reclusión mayor de diez años.

" Ya en la Capital Federal existe desde hace años la Oficina
" de Estudios Médico-legales, creada por decreto del Poder Eje-
" cutivo de 20 de mayo de 1905. Tiene por objeto: a) Expedir los
" informes sobre los menores de quince años, a los efectos de lo

" dispuesto en el artículo 81, inciso 3.° del Código Penal; b) Exa-
" minar a los encausados de toda edad, para dictaminar sobre su
" grado de responsabilidad, a los efectos de los dispuesto en los
" artículos 81 y 83, inciso 1.° del mismo código.

" El ex director de la cárcel de encausados de Buenos Aires,
" señor Duffy, presentó en aquella época al Poder Ejecutivo, por
" encargo del Ministerio de Justicia, desempeñado por el presi-
" dente de esta comisión, un proyecto estableciendo que ningún en-
" causado podría ser condenado sin previo informe médico sobre
" su estado mental y capacidad para delinquir.

" Por su parte, en el Congreso Penitenciario Argentino de
" 1914, los doctores Brandam y Jofré presentaron un informe acer-
" ca de la procedencia del examen psiquiátrico de los encausados
" durante la instrucción. Sostenían en él que esta medida satis-
" face los ideales de la criminología, aportando al magistrado to-
" dos los factores necesarios al exacto conocimiento del delincuen-
" te, del delito y sus auxiliares. El Congreso votó por indicación
" de los citados relatores esta conclusión: " Incluir en el Código
" de Procedimientos en lo Criminal como norma, el examen psi-
" quiátrico de todos los encausados en el período de instrucción,
" constituye un progreso en ciencia penal."

" Sin perjuicio de las disposiciones que en este sentido con-
" tengan o se incluyan en los Códigos de Procedimientos de la Ca-
" pital y de las provincias, la comisión entiende que el Código Pe-
" nal debe contener una norma general sobre el examen clínico de
" determinados encausados antes de la sentencia, aplicable en todo
" el territorio de la República.

" En cuanto a las reformas fundamentales introducidas por
" el proyecto en revisión respecto de la imputabilidad, nos remi-
" timos a la exposición de motivos de la Comisión de Legislación
" Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados.

" Esta comisión hace suyas todas las consideraciones allí for-
" muladas, en general, acerca de las perturbaciones del autor de
" un delito que deben considerarse como eximentes; de la fuerza
" física o amenazas, y de la defensa legítima, y especialmente las
" relativas a los menores, que justifican la necesidad y la justicia
" de las nuevas disposiciones sobre su tratamiento por la ley pe-
" nal. Es este uno de los puntos, como creemos haberlo dicho ya,
" del proyecto en revisión, igualmente que el relativo a la inter-

" nación de los delincuentes alienados, resuelto de acuerdo con los
" principios de la política criminal." (Véase la exposición de mo-
" tivos, páginas 64-81).

*
* *

173. El concepto de la ley.—Al redactar el Código se pensó que una ley no debe ser ni un escenario para la discusión de doctrinas, ni un campo de experimentación para tesis más o menos bien fundadas por sus respectivos autores.

La ley se encuentra ante el hecho del delito, el cual requiere la represión. Sobre este punto existe unanimidad de opiniones, desde que no hay quien sostenga, con criterio social, que las infracciones no deben castigarse.

La comisión del delito impone el castigo del autor, y sobre este punto tampoco hay discrepancias, desde que a nadie se le ha ocurrido sostener que deba dirigirse la represión hacia los que no tienen nada que hacer con el atentado.

El delito se prevé y se castiga en términos generales, sin excepciones relativas a personas, desde que no hay fueros, y acerca de estos puntos encontramos idénticas coincidencias.

La ley, entonces, que dice cuáles son los delitos y cuáles las penas que les corresponden, no necesita embarcarse en un enunciado doctrinario, no precisa poner en el frontispicio un lema o un postulado llamado a inspirar el conjunto represivo. Le basta atenerse a los hechos.

Pero como un individuo puede realizar un acto que se encuentra clasificado como delito, con derecho o en una situación tal que no le pueda ser imputable, la ley tiene que señalar las excepciones al principio genérico y expresar cuándo el aparente delito no es delito. Las excepciones son las circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Todo lo demás es, en mi manera de ver, inútil y susceptible de traer confusiones sin objeto.

Veamos, ahora, lo que dice el Código, y observemos cuáles son las excepciones al principio general.

Como cada una de ellas debe ser explicada, transcribiré el artículo 34, inciso por inciso, para estudiar cada uno por separado.

XV

Imputabilidad

174. El inciso 1.° del artículo 34 y sus concordancias.—175. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor.—176. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—177. El código de 1886.—178. El proyecto de 1891.—179. El proyecto de 1906.—180. Opiniones de la comisión especial de la cámara de diputados.—181. El criterio de la comisión de códigos del senado y sus fundamentos.—182. Las modificaciones de la segunda comisión de senadores.—183. Las bases de la eximente.—184. El desenvolvimiento del precepto.—185. La eximente ante las diferentes doctrinas.—186. Los estados mentales comprendidos en la disposición.—187. La ebriedad como causal de inimputabilidad.—188. La responsabilidad atenuada.—189. El examen facultativo del reo.

*

* *

174. El inciso 1.° del artículo 34 y sus concordancias.—

Artículo 34

No son punibles:

1.° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase de desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 46, 48, 57 y 58.—Noruego, 44.—Holandés, 37.—Francés, 64.—Alemán, 51 y 58.—Ruso, 39.—Húngaro, 76.—Español, 8.º, inciso 1.º—Japonés, 39.—Uruguayo, 17.—Chileno, 10, inciso 1.º—Código Penal de 1886, 81, inciso 1.º—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículo 2.º, incisos 2, 3, 4 y 5.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 93, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 59, incisos 1.º, 2.º y 3.º.—Proyecto de 1906, 41, inciso 1.º—Proyecto peruano de 1916, 60, 61, 63 y 64.—Anteproyecto suizo de 1916, 12 y 13.—Proyecto alemán de 1909, 63 y 65.—Proyecto austriaco de 1909, 3 y 4.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo IV, 1 y 3; capítulo III, 1, 2 y 3.—Proyecto italiano de 1921, 18 y 19.

*

* *

175. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor.—El artículo tiene largos antecedentes propios y extraños, que conviene examinar, por cuanto en ellos mismos se fija su verdadera doctrina.

El proyecto de Tejedor, en los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 2.º del título 3.º, declaraba exentos de toda pena a los furiosos, los locos y, en general, todos los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado (inciso 2.º);

Los imbéciles, incapaces absolutamente de apreciar las consecuencias de sus acciones, o de comprender su criminalidad (inciso 3.º);

Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efecto de senectud (inciso 4.º);

Los sordomudos que no hayan recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruídos de

las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda (inciso 5.º).

Las personas nombradas que cometan algún crimen serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez por conveniente. Los sordomudos, sin embargo, podrán ser castigados, como los menores de dieciocho años y menores de doce.

Además, en el inciso 3.º del artículo 3.º del mismo título, se declara que el agente está exento de pena siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad.

Las notas del proyecto explican y fundamentan los artículos.

Respecto a los furiosos y locos, empieza por citar las leyes de Partida, el Digesto y varios códigos extranjeros, para transcribir en seguida un párrafo de Adolphe Chauveau, que dice así:

" La justicia moral, de acuerdo con la ley, no puede reconocer " delito en la acción de un hombre que ha perdido el uso de su " razón. Pero las dificultades aparecen al hacer su aplicación a la " multitud de hechos diversos que puedan reclamar por su carác- " ter propio, o por analogía, una excepción. ¿Qué hechos consti- " tuyen la locura? La ley penal no podría trazar el círculo de su " aplicación sin descender a dificultades científicas, que no son " de su resorte."

Agrega que quedan exceptuados los que cometan el delito en un intervalo lúcido, y a quienes se aplicaría por analogía la disposición relativa a los sordomudos, de que se hablará después.

Se transcriben otros párrafos de Chauveau, y se citan también varias leyes extranjeras para fundar la precedente opinión.

Respecto a los imbéciles, la nota dice:

" Los imbéciles tienen un círculo muy estrecho de ideas: su " inteligencia no se desenvuelve nunca, o se manifiesta de un mo- " do incompleto. Su enfermedad data de su nacimiento. *Fati infe- " licitasenum escusat. An idiot cannot be guilty of a crime.*" (Ste- " phen's summar of the criminal law p. c.). " Pero esta enfermedad " tiene sus grados—dice Chauveau Adolphe.—Al lado del idiota " completo se encuentran otros cuyas facultades imperfectas per- " ciben algunas ideas, y que Orfila llama semiimbéciles. ¿Estarán " comprendidos en la disposición del artículo? No hay necesidad

" de advertir que no es trata aquí de la *ignorancia,* que en cierto
" grado participa del idiotismo. La ley, en la expresión general
" de locura e imbecilidad, sólo comprende las enfermedades men-
" tales. La ignorancia, por otra parte, cuando es real, puede ser
" una causa de atenuación de la pena, según las disposiciones de
" la culpa o imprudencia, pero no de justificación, porque de un
" lado el agente debe imputarse a sí mismo el haber descuidado
" adquirir los conocimientos necesarios para evitar el mal que ha
" cometido; y del otro la ley penal tiene su sanción en la concien-
" cia, y si la ignorancia puede obscurecerla, no puede abolirla del
" todo. Es evidente, además, que hablamos aquí de la ignorancia
" que obra siguiendo una idea falsa o preocupaciones atrasadas,
" pero que delibera y obra voluntariamente, porque el mal que
" fuese el resultado de un error accidental, de un caso fortuito,
" de una imprudencia, no sería imputable, puesto que tampoco se-
" ría previsto ni voluntario.

" Lo que la ley exige para desligar al agente de su responsa-
" bilidad es que se halle afectado de una enfermedad mental, y
" que esta enfermedad sea bastante grave para suspender o des-
" truir su voluntad, importando poco que esta pérdida del pensa-
" miento sea absoluta o incompleta. Basta, según el texto mismo
" de la ley, que el acusado no haya gozado de sus facultades mo-
" rales en el tiempo de la acción. Así, cuando la debilidad de sus
" facultades es tal que excluye necesariamente en el agente la vo-
" luntad, es evidente que debe servirle de justificación, lo mismo
" que la privación completa." (Chauveau Adolphe, tomo I, pá-
" gina 497).

" Sobre los sordomudos, el proyecto expresa: Estos infortuna-
" dos—dice Chauveau Adolphe—no tienen más que un desarrollo
" incompleto de las facultades mentales. Su inteligencia limitada
" y confusa no recibe más que las lecciones inciertas que ilumi-
" nan la infancia. Las nociones del bien y del mal, las relaciones
" del delito y la pena no llegan sino con trabajo a su espíritu.
" Aquellos mismos que el beneficio de una maravillosa educación
" devuelve a la sociedad, no alcanzan sino muy rara vez el grado
" de desarrollo intelectual que permite la percepción de las ideas
" abstractas y la ciencia de los deberes sociales, como el *derecho,*
" la *obligación,* la *posibilidad,* la *necesidad,* etc. La experiencia
" atestigua, en fin, que los individuos afectados de esta enferme-
" dad son inclinados a la cólera, al furor, a los celos: la causa

" más ligera de excitación les hace perder el imperio de sí mismos,
" y la educación no reprime sino incompletamente esta disposi-
" ción. ¿Bastaría, por otra parte, que un sordomudo supiese que
" tal hecho era reprensible y acarrearía un castigo para que de-
" biese tratársele con todo el rigor de las leyes? ¿No sería equi-
" tativo tomar en consideración la falta o debilidad de diferentes
" motivos, que ejercen una influencia poderosa sobre el espíritu
" o la voluntad del hombre, tales como la vergüenza anexa al cri-
" men y al castigo, el temor del deshonor, la necesidad de la es-
" timación pública? En otros términos, los sordomudos, desgracia-
" dos ya por la naturaleza, serían tratados por sus semejantes con
" más severidad que los que gozan de la integridad de todos sus
" sentidos?

" Por fin, y respecto a este artículo, la nota se refiere al en-
" cierro de los delincuentes de esta clase, diciendo: La ley—dice
" Chauveau Adolphe—tiene una doble misión que llenar, respecto
" del loco: si debe dispensarlo de un castigo que sería bárbaro apli-
" carle, puesto que no comprendería ni su razón ni sus efectos,
" debe proteger también a la sociedad contra sus ataques. y este
" poder de protección debe manifestarse en el momento en que la
" justicia penal proclama su incompetencia. Así, la ley romana,
" después de sentar el principio *furiosus furore ipso punitor,* agre-
" gaba: *diligentius qui custodiendo esse aut etiam vincutir coereen-*
" *dum;* y el principio se explica en estos términos, por otra ley:
" *furiosis, si non possunt per neccesarios contineri, eo remedio per*
" *proesidem obviam eundum est, scilicet ut carcere contineantur...*
" En Rusia y Austria la suerte del enajenado está a disposición de
"la policía; en Inglaterra los tribunales pueden ordenar que quede
" preso hasta que disponga otra cosa el rey."

Sobre la perturbación general de los sentidos, que es la materia del inciso 2.º del artículo siguiente, la explicación es también amplia, y se refiere a la monomanía, embriaguez absoluta y sonambulismo.

Dice la nota:

" En este principio general quedan comprendidas la mono-
" manía, la embriaguez y el sonambulismo.

" La existencia de una demencia parcial no puede hoy ponerse
" en duda. Está reconocido que puede haber falta de razón, falta
" de conocimiento del bien y del mal, relativamente a ciertos ob-
" jetos, sin que respecto de otros haya alteración sensible en las

" facultades intelectuales. La irresponsabilidad, pues, debe ser " parcial como la locura. (En las Partidas, véanse las leyes 9, tí- " tulo 1, PP. 3, 8 y 10; título 10, P. 7).

" La imputabilidad de los actos cometidos en estado de sonam- " bulismo ha dado lugar a diversas opiniones. El misterioso tra- " bajo de la inteligencia durante el sueño escapa a la observación, " y desde entonces la discusión sólo ha podido rolar sobre vagas " presunsiones. " Y estas discusiones ociosas—dice Rossi—no me- " recen citarse sino como un ejemplo de la temeridad del hombre, " pretendiendo lanzarse sin freno ni guía en el dominio de la " justicia moral. Basta recordar por un instante las formas e im- " perfecciones de la justicia humana para reconocer que ella no " tiene ni los medios, ni la necesidad, ni el derecho de informarse " de las acciones cometidas durante el sueño."

" El principio debe ser, pues, que los sonámbulos no pueden " ser responsables de los actos que han cometido en su sueño. Tal " era también la regla de la antigua jurisprudencia, según la má- " xima: *"dormiens furioso oequi paratur"*. Esta regla, sin embar- " go, tenía algunas excepciones. Si el sonámbulo conocía su en- " fermedad, y no había tomado las precauciones que le sugería la " prudencia, el crimen le era imputable. Pero es evidente que en " este caso mismo no era culpable sino de imprudencia o negligen- " cia, *culpam est quod a dilijente provideri polerit, nom esse* " *provisum.*

" La otra excepción tenía lugar cuando el agente ratificaba " después de despierto el acto cometido durante el sueño. Esta " aprobación revelaba, en efecto, una voluntad criminal preexis- " tente al crimen, pero aun suponiéndola probada, la culpabilidad " sería incierta todavía, puesto que el crimen no puede formarse " sino por el concurso simultáneo y no sucesivo del hecho y de la " voluntad. (Chauveau Adolphe. En las Partidas, véase la ley 5, " título 8, P. 7).

" La embriaguez es el último de los estados de la inteligencia " que presenta analogía con la demencia, y que subleva las mismas " dificultades. Cuando es voluntaria, aunque no sea habitual, es " evidente que constituye un acto reprochable, una falta, más o " menos grave, según que se produce o no públicamente, pero no " un delito. ¿Se modificará este carácter si durante la embriaguez " se cometiese una? En otros términos: ¿el agente responderá de " los actos que comete en este estado? En tesis general, la irres-

" ponsabilidad es indudable en la embriaguez completa que coloca " como una nube en torno de la inteligencia. El hombre, entonces, " sólo obra maquinalmente, y su razón no tiene parte alguna en " los actos que ejecuta. Así, la ley romana consideraba la embria- " guez como un motivo de excusa: *per vinum aut lasciviam lapsus* " *capitalis poena remitenda est, et mulitioe mutatio irroganda.* " L. 6.°, 7. D. de re militori. Véase también la ley 11. D. poenis, " y 12 C. de custodia et exhibreorum). Y esta pena modificada— " dicen los jurisconsultos—se aplicaba, no en razón del delito co- " metido en estado de embriaguez, sino por la falta de la embria- " guez: *ebrius punitur non propter delectum, sed propter ebrieta-* " *dem.* El código de Austria ha adoptado esta decisión: ninguna " acción constituye crimen ni delito cuando el autor está completa- " mente ebrio (artículo 2.° y 3.°); pero los delitos cometidos se cas- " tigan como graves infracciones de policía (2.ª parte, art. 3). Al la- " do, sin embargo, de estas prudentes distinciones, se encuentran en " la legislación otras soluciones muy opuestas. Los estatutos de In- " glaterra proclaman la responsabilidad absoluta de los individuos " que cometen crímenes durante la embriaguez, y la misma regla " se ha reproducido en las leyes de Norte América. (Stephen's Sum- " mar, p. 5 y Pen. Code of Georgia, 1.ª div., sect. 9). La antigua " legislación francesa iba más lejos, y castigaba los delitos come- " tidos durante la embriaguez con pena mayor. (Chauveau Adol- " phe. Tomo 1, página 516).

" Tan diversas decisiones se fundan en una razón única. La " ignorancia del hombre ebrio—dice Filangieri—es absolutamente " voluntaria, hay un mal en la causa y un mal en el efecto; Bar- " tolo había alegado ya este motivo: *danti operam rei ilicitoe im-* " *putantur omnia quoe sequntur contra volumtatem suam.* (L. 38 D. " ad leg Jul de adult.). Es indudable que la embriaguez voluntaria " es una falta, ¿pero de aquí se sigue que esta falta debe tener la " pena de un crimen? ¿debe colocarse en la misma línea la ligе- " reza del que se embriaga y la intención criminal del que se hace " asesino? ¿no sería esto asimilar entre sí dos actos que ninguna " analogía tienen? El hombre que se embriaga sólo debe responder " de la imprudencia que comete embriagándose. Imputarle los ac- " tos que ejecutó cuando ha perdido su razón es castigar como un " crimen un acto puramente material, prescindiendo de la volun- " tad culpable del agente. ¿Es cierto, por otra parte, que la embria- " guez sea siempre voluntaria? ¿no es posible y aun frecuente que

" el calor del vino o la alegría de un festín produzca súbitamente
" una embriaguez enteramente accidental e imprevista? ¿en qué
" consistirá, pues, la falta que es la base de la penalidad en las
" decisiones que hemos citado? ¿no es posible, además, que la em-
" briaguez se haya producido por maniobras culpables, extrañas
" al agente con el objeto de inducirlo, sin saberlo él, a un acto
" culpable? En esta hipótesis, su inocencia es de tal modo evidente
" que la ley de Georgia, que no admite la embriaguez como una
" excusa, exceptúa el caso en que es ocasionada por los artificios
" de un tercero. Hay casos, pues, en que la embriaguez no es una
"falta, y desde entonces desaparece toda la argumentación en
" contra. (Chauveau Adolphe, página 517).

" Por lo demás, la embriaguez, para que pueda justificar, debe
" ser "completa y no imputable" al agente; en los otros casos sólo
" serviría para atenuar más o menos la pena, tocando en todos
" ellos la prueba al acusado."

La nota terminaba anotando las concordancias del artículo del proyecto con otras legislaciones.

*

* *

176. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García declara exento de responsabilidad criminal en el inciso 3.° del artículo 93, al que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambulismo, enajenación mental o imbecibilidad absoluta.

El informe no decía nada al respecto.

*

* *

177. El código de 1886.—El código de 1886, se ocupaba de este asunto en el inciso 1.° del artículo 81, habiéndose inspirado el precepto en el proyecto de Tejedor y en su doctrina, pero siendo mucho menos amplio en su redacción que este último.

El precepto dice que está exento de pena el que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta

o beodez completa e involuntaria, y, generalmente, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente, y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad.

El Código no decía una palabra sobre lo que correspondía hacer con los sujetos que fueran absueltos por perturbaciones mentales, cmo la locura, el sonambulismo, la imbecilidad o la embriaguez, y, en general, por las causales de inconsciencia que indica, de manera que al individuo en esas condiciones se le debía poner en libertad, representando un verdadero peligro social.

Este y otros puntos fueron motivos para críticas fundadas que la reforma ha tenido en cuenta.

En cuanto a la ley N.° 4189, no introdujo en esta parte ninguna modificación.

*

* *

178. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 se ocupó de esta clase de eximentes en los tres primeros incisos del artículo 59, declarando exentos de responsabilidad criminal:

1.° El que ha cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera.

Si la perturbarión no es momentánea, o si puede temerse su repetición, y el hecho ejecutado es de los que la ley reprime con pena de muerte, presidio, deportación o penitenciaría, el juez decretará la reclusión del agente en un establecimiento de alienados criminales, o en un departamento especial de los manicomios comunes, del que no saldrá sino por resolución judicial, en que se declare, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, que ha desaparecido el peligro que motivó la reclusión.

En el mismo caso, si se tratare de un hecho reprimido con pena diferente de las mencionadas, el agente será puesto en libertad bajo fianza de custodia, que garanta su buena conducta ulterior, observándose, mientras dicha fianza no se prestare, lo dispuesto en el párrafo precedente.

2.° El que ha resuelto y ejecutado el hecho en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa suya.

3.º El que ha ejecutado el hecho en virtud de una sugestión hipnótica a que no ha prestado su consentimiento.

La exposición de motivos fundamentaba el artículo en la parte transcripta, diciendo:

" Determinado el principio de la responsabilidad, procedía lógicamente la consideración inmediata de las causas de irresponsabilidad. Es lo que hemos hecho en el artículo 59. El código vigente no ha entendido así: ha legislado la responsabilidad en el título 1.º, y se ha ocupado de las causas que la excluyen, después de tratar de las penas, bajo el epígrafe: " Causas que eximen de pena". Esta designación es errónea. No se trata de la exclusión de pena, sino de la falta de imputabilidad. Aquélla es una consecuencia de ésta. Ciertamente, en la práctica los resultados no difieren, cualesquiera que sean el orden y el sitio en que se coloquen las disposiciones relativas a la irresponsalidad y el nombre más o menos incorrecto que se les dé; empero, si se tiene presente que la exención de pena se funda en la exención de responsabilidad, y que la buena distribución de la materia facilita la inteligencia y aplicación de la ley, se comprenderá que hay ventajas positivas en no dividir las prescripciones referentes a un mismo tópico, o en no separar materias íntima y esencialmente ligadas. El método en la colocación de los títulos y preceptos del Código contribuye a su claridad.

" Explicado el motivo que hemos tenido para colocar la irresponsabilidad, veamos las reglas relativas a la primera.

" Desde luego, proyectamos eximir de responsabilidad criminal al que ha cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera. La persona que ejecuta una acción calificada de delito, en un estado patológico de la mente y bajo el influjo de la enfermedad, no puede ser imputable del hecho. La adopción de este principio no podía ofrecer dificultades; sin embargo, ante el infinito número de manifestaciones que afecta la locura, ante la variedad enorme de casos y de formas que presenta, y ante la falta de una clasificación de las enajenaciones mentales que cuente con la aquiescencia de todos los alienistas, o, si se quiere, ante la diversidad de las clasificaciones existentes, todas las cuales son objeto de controversias y de observaciones más o menos fundadas, hemos debido preocuparnos de hallar una fórmula que, por su amplitud, comprendiese los múltiples casos en que el

ejecutor de un hecho definido como delito hubiera obrado bajo la influencia de un estado mórbido o de una locura cualquiera. Creemos que la cláusula trascripta es suficientemente amplia y llenará el fin indicado, pues se refiere a toda enfermedad o enajenación mental: la demencia, la parálisis general, el sonambulismo, la imbecilidad, las manías, la histeria, la epilepsia, las locuras transitorias o no transitorias, etc.; en una palabra: todas las enajenaciones mentales afectivas, volitivas e intelectuales quedarán comprendidas dentro de sus términos. No hemos añadido la condición, incluída comúnmente en los códigos, de que el agente no tenga conciencia del acto ni de sus consecuencias, porque hoy es una verdad demostrada en psiquiatría, que los alienados, al menos la gran mayoría de ellos, tienen conciencia de los actos que realizan, y a veces hasta los premeditan, aunque esos actos sean prohibidos y calificados de delitos por la ley; y que algunos deploran su estado y procuran combatirlo, pero son impotentes para resistir las impulsiones que los dominan. La conciencia que los alienados tienen, o pueden tener de sus acciones, aun de las más monstruosas, no impide que obren bajo el influjo de la enfermedad. La locura los enajena y los desasimila; los convierte en individuos distintos, en parte, de lo que eran en su estado normal. He ahí porqué no deben ser responsables ni represibles.

" Pero si debe eximirse de responsabilidad criminal a las personas que se encuentren en la situación prevista, no por eso debe dejárselas siempre en libertad. Si la perturbación es momentánea, y no es en manera alguna probable su repetición, nada se opondrá a la soltura sin otro requisito. La averiguación de si la enfermedad o el mal es pasajero, y de si, siéndolo, no es posible temer su repetición, se hará fácilmente durante la secuela de la causa, por medio de informes periciales. Cuando de esos informes y de las demás indagaciones que al efecto se hubieran practicado, resultara que la perturbación no es momentánea, o que, a pesar de serlo, puede repetirse, entonces habría verdadero peligro para la sociedad y para el mismo enfermo en ponerlo en libertad. Se trataría de un loco peligroso, cuyo peligro habría sido revelado por la realización de un hecho punible, que podría repetirse y producir nuevos trastornos y nuevos daños. No se comprende porqué, ni con qué objeto, quien ha herido a la comunidad y es capaz de herirla aún, gozaría de una especie de

" privilegio, que al fin redundaría en perjuicio suyo: el de no ser " recibido en un establecimiento sanitario adecuado, donde fuera " sometido al tratamiento curativo requerido por su enfermedad. " Y se comprende tanto menos, cuando que la ley civil permite, " excepcionalmente, privar de su libertad personal al loco, cuando " pueda temerse que usando de ella se dañe a sí mismo o dañe " a otros (artículo 482, Código Civil argentino), sin exigir que el " alienado haya delinquido, pues basta para ello que el temor del " daño exista, ya proceda de la naturaleza de la enfermedad, ya " de cualquier otra causa. Sin duda, la disposición aludida podría " invocarse para pedir al juez civil que el alienado criminal fuera " recluído momentáneamente; pero podría también no invocarse y " no solicitarse por nadie medida alguna; entretanto, el loco quedaría " en libertad y constituiría una amenaza para el público, sin obtener " personalmente ninguna ventaja. La ley debe ordenar imperati- " vamente la reclusión de los locos peligrosos; y, desde que la " intervención del juez en lo Criminal es necesaria, siempre que se " ejecutan hechos declarados delitos, a él deberá corresponderle " adoptar, cuando el agente sea un enfermo, en resguardo y en " defensa de la sociedad, la medida que salvaguarde a ésta, que " la garanta para lo futuro y que proteja al mismo tiempo al en- " fermo y tienda a volverle a la salud.

" Con estos propósitos, para prevenir nuevos hechos y en " beneficio del mismo enfermo, se dispone que si la perturbación " no es momentánea, o si puede temerse su repetición y el hecho " ejecutado es de los que la ley reprime con pena de muerte, pre- " sidio, deportación o penitenciaría, el juez decretará la reclusión " del agente en un establecimiento de alienados criminales, o en " un departamento especial de los manicomios comunes, del que " no saldrá sino por resolución judicial en que se declare, con " audiencia del ministerio público, y previo dictamen de peritos, " que ha desaparecido el peligro que motivó la reclusión.

" El precepto que ordena recluir al alienado delincuente no " es una novedad en las legislaciones. Con diferencias más o me- " nos sensibles, en diversos códigos se autoriza a la justicia cri- " minal para decretar, si lo considera necesario, la detención de " los individuos absueltos por haber cometido el hecho en estado " de enajenación mental. Atribuyen esa facultad a los jueces el " código de los Países Bajos (art. 37), que limita el máximum de " detención en el hospicio a un año; el italiano (art. 46), que los

" autoriza para remitir al imputado a la autoridad competente, " y otros. Algunos van más lejos: no solamente facultan al juez " para adoptar la medida, sino que se la prescriben como un " deber. "Cuando el imbécil o el loco—dice el núm. 1.°, art. 8, " código español—hubiere ejecutado un hecho que la ley califi- " care de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno " de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del " cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal.

" Si la ley calificare de delito menos grave el hecho ejecutado " por el imbécil o el loco, el tribunal, según las circunstancias " del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior, o " entregará al imbécil o loco a su familia, si ésta diese suficiente " fianza de custodia.

" Substancialmente idénticas son las disposiciones del código " de Venezuela (2.° párrafo, N.° 1.°, art. 19); del oriental (párra- " fos 2.° y 3.°, N.° 1, art. 17); del chileno (2.° párrafo, N° 1, art. 10).

" Por último, el código Tejedor, en el artículo 147, declara " exentos de pena, entre otros, a los locos, a los furiosos, a los " imbéciles, "incapaces absolutamente de apreciar las consecuen- " cias de sus acciones", a los menores de diez años, etc., y, en el " párrafo final del mismo artículo, estatuye que las personas nom- " bradas que cometan algún crimen serán encerradas en alguna " de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su " familia, según lo estime el juez conveniente. Esta disposición " ha estado en vigencia en varias provincias argentinas y en la " capital de la República. Seguramente no será fácil hallar la ra- " zón que se ha tenido para eliminarla al aprobar el código actual.

" Resuelta afirmativamente la cuestión de si los locos criminales " deben ser recluídos, se presenta esta otra: ¿Dónde deben serlo? " ¿en los manicomios comunes o en establecimientos especiales?

" La reclusión en establecimientos especiales, si bien puede " mirarse como una novedad en los códigos, no lo es en la teoría " científica, ni en la práctica de las naciones. Desde mucho tiempo " la doctrina ha venido poco a poco uniformándose sobre las ven- " tajas de separar a los locos delincuentes de los locos comunes, " y secuestrar a aquéllos en manicomios criminales; hoy la opi- " nión está hecha y resuelta favorablemente la cuestión. Estos " manicomios existen y funcionan en varias partes, como en Ir- " landa, en Inglaterra y en Escocia, en Pensylvania y en Nueva " York; hay países, donde a falta de ellos se destinan, en los

" manicomios comunes o en las cárceles, departamentos especiales " y separados para los locos delincuentes; así sucede en algunos puntos de Alemania, Italia, etc. En 1886 se ha instalado en Italia, en " Montelupo, un verdadero manicomio criminal. Los departamentos aludidos y el mismo manicomio de Montelupo han sido fundados administrativamente; no tienen aún sanción legislativa. " El Senado francés ha sancionado, con enmiendas, un proyecto " de ley, cuya iniciativa corresponde al gobierno, en el que se " crean establecimientos especiales para los alienados delincuentes.

" Por este proyecto se trata de reformar la ley francesa de " 1838, sobre los alienados. En él se proponen innovaciones fundamentales, particularmente en lo relativo al punto de que hablamos. Desde luego, se introduce la distinción entre condenados alienados y epilépticos y alienados criminales. Los primeros son todos aquellos individuos que, después de la condenación y durante el cumplimiento de la pena, han sido atacados de enajenación mental o de epilepsia; los segundos son todos " aquellos que se hallaban afectados de enajenación mental en el " momento de cometer el delito. Para los primeros (condenados " que se vuelven locos o son reconocidos epilépticos) se proyecta " la creación de departamentos especiales, anexos a los establecimientos penitenciarios. En estos alojamientos serán asilados y " detenidos, de acuerdo con el dictamen de la comisión permanente del departamento en el cual el establecimiento penitenciario esté situado, y hasta que curen o expire su pena, los " individuos de uno y otro sexo que, "condenados a penas aflictivas e infamantes, o a penas correccionales superiores a un año " de prisión", cayeren en estado de locura o fueren reconocidos " epilépticos, según un certificado del médico de la penitenciaría.

" Francia cuenta ya con un departamento para condenados " alienados o epilépticos, anexo a la penitenciaría de Gillón. La " necesidad de crear establecimientos de ese género había sido " sentida desde muchos años. y demostrada en diversos documentos oficiales. En 1869 se decretó administrativamente la creación del departamento de alienados (Quartier d'alienés) de la " casa central de Gaillón, que fué ocupado y empezó a funcionar " en mayo de 1876. Desde entonces ha producido y produce excelentes resultados, cada día más positivos y seguros. Lo que " en 1869 se creaba administrativamente, en un solo punto, se " trata de establecer hoy, por medio de una ley, en todos los

" lugares donde sea necesario. Las secciones destinadas a los " hombres deberán ser distintas de las destinadas a las mujeres.

" Para los alienados criminales se proyecta la fundación, por " el Estado, de uno o varios establecimientos especiales. En estos " establecimientos serán aislados los individuos declarados irresponsables por haber ejecutado un hecho definido como delito, " bajo el influjo de una afección mental. Podrán también ser " asilados y retenidos en ellos los alienados que, colocados en un " asilo, cometieren un acto calificado de crimen o delito contra las " personas; los condenados a una pena correccional inferior a un " año de prisión que se volvieren locos durante el cumplimiento " de su pena, y los condenados alienados de que se ha hablado " precedentemente, cuando al expirar su pena el ministro del Interior reconociere que es peligroso, sea ponerlos en libertad, " sea trasladarlos al asilo de su departamento.

" El proyecto que hemos mencionado es el fruto de los más " luminosos y concienzudos estudios. Para formularlo se ha tenido en cuenta el ejemplo de otras naciones, como la Inglaterra, " que tiene manicomios criminales desde hace más de un siglo— " las investigaciones y las propuestas de varias sociedades sabias, " como la Sociedad de Legislación Comparada (1872); la Sociedad de Medicina Legal y la Sociedad General de las Prisiones " (1879); los votos emitidos por algunos congresos científicos, " como el de Ciencias Médicas reunido en Bruselas en 1875, y " el "Internacional de Medicina Mental", celebrado en París en " 1878; las iniciativas y las proposiciones de ley presentadas a diversas asambleas nacionales; en una palabra: un conjunto de " indagaciones y de enseñanzas prolijamente acumuladas, que revela con cuánta circunspección y sabiduría se ha procedido antes de emprender la reforma de la ley de alienados de 1838. " Todo ello puede verse en el grande y eruditísimo informe del " senador Theophile Roussel.

" En España se discutía el año último un proyecto de ley " referente a la fundación de manicomios criminales.

" Los manicomios criminales se recomiendan por razones muy " obvias. Si uno de los objetos de la reclusión de los alienados " delincuentes es prevenir sus ataques ulteriores, es claro que, " para conseguirlo, esa reclusión debe efectuarse en casas que " ofrezcan condiciones de seguridad que no presentan, ni requieren, los manicomios comunes. Y aunque estos manicomios ofre-

" ciesen las mayores seguridades, no sería prudente, ni científico, " asilar en ellos, juntamente con los alienados ordinarios, a los " alienados criminales, porque se suscitarían graves dificultades, " insuperables en ciertos casos, para poner en práctica el tratamiento adecuado a unos y a otros, y porque se expondría a los " primeros a ser víctimas de los ataques de los segundos. La " protección de aquéllos es necesaria.

" Por otra parte, en virtud de un sentimiento no infundado, " se estima de diverso modo a los locos ordinarios y a los locos " delincuentes: en los primeros se ve simplemente desgraciados, " en los segundos se ve algo más: se ve también individuos que " han ofendido a la sociedad, y no es posible contener un movimiento de desconsideración, de repulsión, a veces, hacia ellos. " La necesidad de no herir ese sentimiento, particularmente en " las familias de los locos ordinarios, es otra razón en pro de los " manicomios criminales. Es visible la diferencia entre ambas " clases de locos: la una delinque, la otra no. Esta sola diferencia " basta para justificar la separación.

" Pero hasta ahora no existen en la República establecimientos de ese género, y ha de transcurrir algún tiempo antes de " que se funden en número suficiente para responder a las exigencias de toda la Nación. Mientras esto no suceda, mientras " en una jurisdicción cualquiera no haya un manicomio criminal " a donde enviar a los alienados delincuentes, éstos deberán ser " recluídos, como lo dispone el inciso que explicamos, en un departamento especial de los manicomios comunes. En ese departamento permanecerán completamente separados de los alienados ordinarios. El secuestro, donde quiera que se efectúe, no " podrá cesar en tanto que subsista el peligro que lo motivó; y la " cesación del peligro, y, en consecuencia, la soltura del recluído, " no podrán ser declaradas sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos.

" Cuando el hecho ejecutado bajo el imperio de la enajenación mental no sea de los que motiven la aplicación de las penas " de muerte, presidio, deportación o penitenciaría, el agente no " será tan peligroso, o, por lo menos, el acto solo no lo revelará " tan peligroso, como en los otros casos, y entonces la sociedad " podrá garantirse sin recurrir a la reclusión. Si un miembro " de la familia del enfermo u otra persona lo toma bajo su " custodia y amparo, y afianza su conducta futura, el alienado

" tendrá la protección que necesita, y la comunidad se sentirá " tranquilizada a su respecto. Por eso se prescribe que, en el caso " supuesto, si se trata de un hecho que dé lugar a la imposición " de una pena diferente de las mencionadas, el agente será puesto " en libertad bajo fianza de custodia, que garanta su buena conducta ulterior; pero como la fianza es condición ineludible de " la soltura, se añade que mientras no se preste, el alienado quedará recluído.

" El artículo 81, N.° 1, del Código, exime de pena al que ha " cometido el hecho " en estado de beodez completa e involuntaria". Reemplazamos esta disposición por la siguiente: "Queda " exento de responsabilidad el que ha resuelto y ejecutado el " hecho en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa suya." (N.° 2, art. 59). Los escritores y las " legislaciones resuelven de diferentes maneras las cuestiones que " la embriaguez y la responsabilidad del ebrio suscitan. En presencia de la diversidad de teorías y de conclusiones, hemos creído " prudente mantener en general la solución del Código, pero alternando la forma del precepto para limitar y precisar su alcance. " A pesar de ser frecuentemente contradictorias, en esta materia, " las opiniones de los criminalistas, hay un punto en que existe " bastante uniformidad: es el relativo a la embriaguez habitual, " la que se juzga que jamás debe excluir la responsabilidad, y " que, muy a menudo, debe agravarla, porque un borracho consuetudinario conoce mejor las funestas consecuencias de su vicio y ofrece mayor peligro que cualquier otro. Es necesario que " en ningún caso la ley ampare con la impunidad la embriaguez " habitual; sin embargo, según los términos del inciso vigente, " transcripto más arriba, un borracho habitual que hubiera ejecutado el hecho en estado de embriaguez completa e involuntaria " quedaría exento de responsabilidad, pues un hombre que tiene " el hábito de la embriaguez puede emborracharse y se emborracha casi siempre involuntariamente. El bebedor no bebe con el " fin de embriagarse, ni para sufrir las molestias de la embriaguez; bebe por el placer que el alcohol le suministra, para experimentar las sensaciones que le producirá, y porque una necesidad de su organismo lo impele a ello. Luego, para que la " embriaguez excluya la responsabilidad es menester, no solamente que sea completa e involuntaria, sino también que no constituya un hábito en el sujeto; que sea una excepción, un acci-

" dente en su vida, que no le pueda ser imputado ni como culpa;
" y es menester, asimismo, que en ese estado enteramente fortuito
" o accidental haya resuelto y cometido el delito. Entonces que-
" dará exento de responsabilidad, porque entonces se habrá en-
" contrado bajo el imperio de una enajenación o alteración men-
" tal momentánea; al resolver y al ejecutar el hecho habrá sido
" un individuo anormal, distinto de lo que era y es normalmente.
" La disposición que proyectamos prevé y establece todas las con-
" diciones indicadas.

" El estudio del hipnotismo ha adquirido un gran desarrollo
" y se extiende cada día más, merced a la persistencia y tenaci-
" dad con que muchos sabios de distintas partes del mundo in-
" vestigan y tratan de explicar los fenómenos que le conciernen.
" Es innegable que, por medio del hipnotismo, se puede sugerir
" a una persona, sometida a su influencia, la ejecución de actos
" diversos, morales o inmorales, criminales o no criminales, en épo-
" cas y lugares determinados. Empero, son muy pocos los hechos
" criminosos que se conoce o se supone cometidos por ese medio.
" La hipnotización no se ha generalizado todavía, ni ha entrado
" en las prácticas de los criminales; sin embargo, es posible que
" se generalice y que los delincuentes lleguen a servirse de ella.
" La sola posibilidad es motivo suficiente para que en los códigos
" se consagren disposiciones a su respecto.

" Desde luego, nada hay que decir ni que prever en cuanto
" a los crímenes que el hipnotizador u otro puede ejecutar en la
" persona hipnotizada. Esos crímenes, por variados que sean, se
" hallarán en idénticas condiciones que los demás. La hipnotiza-
" ción habrá sido un simple medio de reducir y someter a la víc-
" tima; y las dificultades que entonces se susciten serán única-
" mente dificultades de investigación, de hecho, sobre si el pa-
" ciente consintió o no; sobre el mérito del consentimiento, en
" caso de haber existido, y sobre otros puntos. Otra es la hipóte-
" sis que interesa y que ha debido prever la ley: aquella en que
" el individuo a quien se ha ordenado, por medio de la sugestión,
" la comisión de un delito, contra un tercero o contra sus dere-
" chos, cumple la orden o realiza el delito. En tal caso, ¿cuál será
" la responsabilidad del hipnotizador y cuál la del hipnotizado?

" Sin discutir la cuestión debatida por las escuelas existen-
" tes sobre el hipnotismo, a saber: si las sugestiones hipnóticas
" y post-hipnóticas son fatalmente irresistibles, como sostienen al-

" gunos; o si el sujeto obedece y cumple las sugestiones que le
" son agradables o indiferentes, hechas por un individuo agrada-
" ble también (Brouardel); o si el sujeto es capaz de resistir las
" sugestiones que le repugnan o se hallan en oposición con un sen-
" timiento profundo (Feré); o si el hipnotizado permanece siem-
" pre alguien y puede manifestar su voluntad resistiendo las su-
" gestiones (Gilles de la Tourette); o si el hipnotizado sabe que
" se le ordena representar una comedia (Delboeuf). Sin discutir
" estas soluciones, pues parece indudable la posibilidad de indu-
" cir a ciertos sonámbulos, aun a pesar de ellos, a ejecutar actos
" ofensivos para sí mismos y para los derechos ajenos, "que les
" repugnarían manifiestamente y que no habrían ciertamente cum-
" plido en otras condiciones", podemos responder a la pregunta
" formulada de la manera siguiente:

" Si el hipnotizado ha sido un mero instrumento pasivo, un
" simple ejecutor de una orden que no ha buscado, ni ha queri-
" do, a la que ha sido extraño, por decirlo así, es indiscutible que
" el verdadero y el único responsable será el hipnotizador; al hip-
" notizado nada podrá imputársele. Pero si el hipnotizado ha que-
" rido la sugestión, si ha consentido en ella de cualquier modo, si
" ha pedido o ha ordenado al hipnotizador que le sugiriera el cri-
" men para robustecer su energía y no vacilar, ni desfallecer en
" el momento de la acción, entonces será también autor responsa-
" ble del hecho y deberá ser reprimido como tal; en vano alega-
" ría que ha cometido el acto sugestionado y que no es un cri-
" minal, porque él mismo habría buscado o aceptado la sugestión
" para eliminar sus temores en el momento del ataque y asegu-
" rar el golpe. El inciso que explicamos (número 3, artículo 59)
" supone las distinciones enunciadas; declara irresponsable al
" que ha ejecutado el hecho en virtud de una sugestión hipnótica;
" pero a condición de que no haya prestado su consentimiento a
" la sugestión misma. Si ha consentido será responsable, porque el
" consentimiento demostrará que ha querido el crimen y que ha que-
" rido convertirse en una especie de instrumento para cometerlo."

*
* *

179. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, más sintético que el de 1891, dice en el primer inciso del artículo 41 que está

exento de responsabilidad: 1.° El que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera, no imputable al agente. En caso de enfermedad mental, el juez ordenará la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

La exposición de motivos, dice al respecto:

" En las causas que eximen de responsabilidad, hemos introducido las modificaciones que pasamos a señalar:

" En el inciso 1.°, teniendo en cuenta que las enumeraciones son difícilmente completas, hemos substituído la que dicho inciso contiene por un término genérico que comprenda todas las causas de irresponsabilidad de origen psíquico. El término adoptado, *estado de enajenación mental,* llena, en nuestro sentir, aquel objeto, porque dentro de él caben todas las alteraciones de la mente y de la voluntad, ya provengan de un estado permanente o de un estado meramente transitorio; ya sean el resultado de una enfermedad, como la locura en cualquiera de sus formas, de una anormalidad como el idiotismo, o de una perturbación momentánea como la embriaguez, que no sea habitual, o el justo dolor.

" Completamos la legislación sobre este punto, proponiendo la reclusión del agente en un manicomio, del que no podrá salir sino después de comprobarse que ha desaparecido el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

" No es posible poner en la calle a un loco peligroso, y que ya ha demostrado serlo con la ejecución de un delito. Las más elementales nociones de prudencia y conservación imponen esta medida, que se practica y está establecida en otras naciones.

" Tampoco constituye esto una novedad en nuestra legislación general, porque el Código Civil autoriza el encierro de los locos en esas condiciones. Nosotros no hacemos, pues, sino seguir sus indicaciones, con la diferencia de que la ejecución de esa medida la imponemos como una obligación a cargo del juez del Crimen, porque nos parecería completamente ilógico que el juez que tiene en sus manos la prueba fehaciente de la locura y de sus peligros, tuviera que recurrir a otro juez para ordenar el encierro. Los locos delincuentes deben depender de los jueces del Crimen en cuanto a su libertad, y sin perjuicio de que

" la declaración de incapacidad, a los efectos civiles, la curatela y todo lo relativo a sus bienes y demás derechos, sean del resorte de la jurisdicción civil."

*
* *

80. Opiniones de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, de acuerdo con los puntos de vista que he señalado antes, suprimió el artículo relativo a la presunción de voluntad criminal y se limitó a determinar los casos en que habiéndose cometido un hecho calificado por la ley como delito, no procedía aplicar penalidad. Señaló, así, las excepciones al principio.

Cambió, además, el encabezamiento del título, poniendo la palabra *imputabilidad,* en lugar del término *responsabilidad.*

Para fundamentar esta modificación, que obedece a un concepto, la exposición de motivos, dijo:

" La regla genérica establece que toda persona que realizare un hecho calificado de delito, incurre en la pena determinada en la ley. Esa regla tiene sus excepciones, pues existen casos en que el autor de la infracción no debe ser objeto de castigo. De manera que, establecida la regla general, corresponde fijar las excepciones, o sea los casos en que no se puede castigar a la persona que ha incurrido en el hecho o en la omisión calificada de delito por la ley.

" Hemos preferido cambiar el término *responsabilidad,* tradicionalmente usado, por la palabra *imputabilidad,* que precisa de manera más acertada el pensamiento moderno. Responsable es la persona obligada a responder de sus actos o a satisfacer alguna carga. Responsable es el sujeto que delinque ante la sociedad, como entidad jurídica; responsable es el individuo con relación a otro, cuando le reclama algo con derecho, en las relaciones civiles, comerciales o de cualquier orden; responsable es la persona hasta con referencia a sus creencias religiosas. Responsabilidad es un concepto genérico que se aplica a todos, como consecuencia de actos, y en los diferentes órdenes a que los llevan los actos mismos, las convenciones y hasta los misticismos.

" Imputar es atribuir a una persona un delito o una acción. " La imputación se produce como consecuencia del hecho o de la " omisión. El sujeto, en el concepto clásico, tenía que ser moral- " mente responsable para ser imputable. La persona, en el concep- " to científico, puede no ser responsable y ser, sin embargo, ob- " jeto de medidas precaucionales. Así, el que realiza el hecho en " estado de enajenación mental, debe ser absuelto, por ausencia " de discernimiento, pero debe ser sometido a una reclusión que " le impida causarse daño a sí mismo o producirlo a los demás. " No es responsable, no es objeto de castigo, pero su acto auto- " riza medidas especiales a su respecto. El criterio expiatorio in- " filtrado en las legislaciones antiguas desaparece para dar paso " al criterio social, según el cual todos los individuos son impu- " tables, imponiéndose su responsabilidad y señalándose las ex- " cepciones.

" Cabe, entonces, examinar esas excepciones a la regla gene- " ral y determinar quiénes no son objeto de castigo."

* * *

181. El criterio de la Comisión de Códigos del Senado y los fundamentos.—El artículo 34 del Código, en su primer inciso, fué redactado en la forma que tiene por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Sobre esa redacción se hicieron sólo tres modificaciones en la Cámara de Senadores: la primera en el primer apartado, donde se intercalaron las palabras *error o ignorancia de hecho no imputable;* la segunda en el mismo, substituyendo las palabras *naturaleza y el sentido de lo que hacía* por *criminalidad del acto;* y la tercera en el segundo apartado, reemplazando la palabra *ordenará* por las palabras *podrá ordenar.*

La exposición de motivos fundamentó extensamente el precepto bajo el título de perturbaciones, diciendo:

" La sociedad, al castigar, reprime y previene. La sanción " siempre ejemplarizadora tiene por objeto evitar el crimen o su " repetición. Se castiga al que discierne, tomando contra él, por " el peligro que representa, las precauciones necesarias. La ley " penal contiene una sanción contra el que la infringe, y encierra

" un freno contra todos los demás, a quienes contiene con sus " amenazas. Para que proceda su aplicación es necesario que re- " caiga sobre un sujeto normal, es decir, sobre una persona de " situación corriente, que se dé cuenta del hecho que comete y de " sus consecuencias. Si el individuo es anormal o no pudo en el " momento del hecho tener conciencia del mismo, la sanción re- " sulta ineficaz y no debe concurrir. Pueden y deben, sin embar- " go, tomarse medidas de precaución para que los hechos no se " repitan, perjudicando a la sociedad.

" Con todos los criterios, códigos y autores sostienen que no " procede la aplicación de un castigo al sujeto que ha carecido " de discernimiento o que no ha tenido la conciencia del acto " realizado.

" Nuestro código, en el inciso 1.° del artículo 81, destinado a " enumerar las eximentes de penalidad, contiene un precepto am- " plísimo, que permitiría, si fuera posible, la reconstrucción del " estado personal del delincuente, la absolución repetida de los " criminales más peligrosos. Declara exento de pena al que ha " cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecili- " dad absoluta o beodez completa e involuntaria; y en general " siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una per- " turbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no im- " putable al agente y durante el cual éste no haya tenido con- " ciencia de dicho acto o de su criminalidad.

" Tejedor, en su proyecto, era todavía más preceptivo, tra- " yendo en el título 3.° de la parte general una larga enumeración " de circunstancias eximentes. El Código tomó la substancia, pero " concretó el pensamiento en términos más reducidos. El proyec- " to de 1906 precisó aún más la noción, como lo explica Rivarola " en la página 386 de su "Derecho Penal Argentino", declaran- " do exento de responsabilidad al que ha resuelto y ejecutado el " hecho en un estado de enajenación mental cualquiera, que no " le fuese imputable. El mismo proyecto, teniendo en cuenta prin- " cipios científicos, preceptos de otros códigos y lecciones de la " experiencia, autoriza la reclusión de los delincuentes irrespon- " sables mientras fuere peligroso dejarlos en libertad.

" El proyecto de 1891, explicado en la exposición de motivos, " contenía análogo concepto, el que ha quedado igualmente de " manifiesto en las actas de la comisión que presentó el proyecto

" de 1906, publicadas en esa parte por el doctor Rivarola en su " Derecho Penal Argentino " antes citado.

" El doctor Rivarola, en sus "Bases" y "Anteproyecto", publi- " cados en 1905, usaba los términos *perturbación mental,* modifi- " cados en el proyecto del año siguiente por los de *enajenación* " *mental cualquiera,* a indicación del doctor José M. Ramos Mejía, " que consideraba más comprensivo el segundo, como lo han puesto " de manifiesto las actas antes aludidas.

" El doctor Julio Herrera, en su "Reforma Penal", expresa " su disentimiento con el artículo tal como se encuentra en el pro- " yecto, dedicando largas páginas al estudio del interesante asun- " to. El término *enajenación* comprende, sin duda, todos los casos " que se conocen vulgarmente con el nombre de locura, no siendo " necesario, como lo hace el código actual, verificar enumeracio- " nes que nunca son completas, porque las enfermedades menta- " les son numerosísimas. Pero no es sólo la enajenación lo que " debe tenerse en cuenta; es, sobre todo, el estado del sujeto en " el momento del acto. Si tuvo discernimiento y conciencia de lo " que hacía, corresponde el castigo; si no concurrieron esos fac- " tores, pueden ser convenientes las medidas de precaución o las " de orden curativo.

" El proyecto de 1906, en el término *enajenación* no ha " comprendido los casos de hipnotismo, los de sonambulismo y " otros en los cuales el sujeto no puede ser susceptible de pena. " Por eso consideramos oportunas las observaciones del doctor He- " rrera y proponemos la modificación del inciso.

" Pero antes de referirnos a las expresiones aceptadas, con- " viene recordar lo que dicen al respecto códigos y proyectos ex- " tranjeros, que marcan normas en esta materia tan importante.

" El artículo 27 del código holandés, dice: " El que comete " un hecho que no puede serle imputado a causa del desenvolvi- " miento incompleto o de perturbación morbosa de su inteligencia, " no es punible." Consagra la ausencia de pena por falta de impu- " tabilidad, como puede percibirse.

" El código de Italia, en el artículo 46, expresa: " No es pu- " nible aquel que en el momento en que ha realizado el acto se " encontraba en tal estado de enfermedad mental que carecía de " la conciencia o de la libertad del propio acto. El juez queda " autorizado para ponerlo a disposición de la autoridad compe- " tente si considera peligroso dejarlo en libertad."

" El proyecto de Código Penal ruso, según Herrera, establece " en el artículo 35 que no es punible el hecho cometido por un in- " dividuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea " por alteración morbosa de la actividad de su alma, sea en un estado " de inconsciencia, no podría en el momento de la acción compren- " der la naturaleza y el sentido de lo que hacía, o dirigir sus " acciones.

" El proyecto alemán, cuya parte general se encuentra trans- " cripta en el trabajo del profesor de la Universidad de Barcelona, " doctor Eugenio Cuello Calón, titulado "La Reforma de la Le- " gislación Penal Alemana", dedica a este asunto los artículos 63, " 64 y 65. Declara que no es punible aquel que en el momento de " la acción estaba loco o imbécil, o se encontraba en un estado de " inconsciencia, de tal manera que por estas causas quedara ex- " cluída la libre determinación de su voluntad. Si esta determina- " ción no quedara completamente excluída, pero se encontrase dis- " minuída en alto grado, se aplicarán las reglas relativas a la ten- " tativa. Cuando la causa de la inconsciencia fuese la embriaguez " se le impondrá la pena señalada para dicha acción, ejercida con " negligencia. Se autorizan, por fin, medidas de precaución con- " tra las personas que realizan los actos en estado de anormalidad.

" El código de Noruega, en el artículo 44, declara que no hay " acto culpable si en el momento en que se ha cometido, el autor " no podía comprender la naturaleza y la ilegalidad del acto, ya " sea que la inteligencia no haya podido tener todo su desenvol- " vimiento o haya estado debilitada; o si por esas razones o por- " que estuviera bajo la influencia de un peligro presente, de una " coacción o de un estado de alma particular, no hubiera sido due- " ño de sí mismo.

" El proyecto suizo de 1903, en el artículo 16, declara que no " es punible aquel que en el momento del acto no pudo actuar " conforme a la razón, por tener en ese momento su conciencia " o su salud mental gravemente alterada. El proyecto se pone tam- " bién en el caso de alteración parcial, y en el artículo 17 auto- " riza la reclusión del irresponsable hasta que el motivo determi- " nante de la internación haya cesado.

" El último proyecto suizo, o sea el de 1913, comentado por " el profesor de la Universidad de Madrid, doctor Luis Jiménez de " Asúa, en su obra "La Unificación del Derecho Penal en Suiza", " dice en el artículo 14 que es punible aquel que en el momento

" de la infracción tenga dieciocho años cumplidos y no se encuentre " en un estado mental que excluya la responsabilidad.

" Puede notarse, por los antecedentes invocados, que son los " más modernos, la tendencia científica y legislativa del momento, " la que, de acuerdo con la práctica y los casos, quiere proporcio- " nar a los jueces elementos lo suficientemente flexibles para que " individualicen las soluciones, prescindiendo de la enumeración " que limita indispensables amplitudes.

" La fórmula elegida, teniendo en cuenta los elementos men- " cionados y otros muchos que no hay objeto en enumerar, se apro- " xima a la que preconiza el doctor Herrera, cuando dice: "Nues- " tra tarea sería incompleta si no manifestáramos la manera có- " mo creemos debe ser redactado el inciso que nos ocupa, de modo " que pueda comprender, en su generalidad, todos los casos de " irresponsabilidad de origen psíquico, para emplear los mismos " términos de la comisión en su informe.

" No se nos oculta la dificultad de encontrar una fórmula bre- " ve y suficientemente comprensiva que ofrezca la solución de to- " das las dificultades que pueden presentarse en la práctica, y aun " encontrada, la no menos grande de hacerla aceptar por todos, " si se carece, lo que es nuestro caso, de la autoridad científica ne- " cesaria.

" Felizmente, nuestra tarea ha sido singularmente facilitada " por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los pro- " yectos de Código Penal, uno de los más científicos que se hayan " publicado hasta hoy, y que lleva la gran autoridad de sus sabios " redactores. Como se comprende, una fórmula como la que bus- " camos es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues " todos ellos, cualesquiera que sea su raza o costumbres, recono- " cen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico.

" El proyecto a que nos referimos es el ruso, y el artículo el " mismo que ya hemos transcripto y que ahora volvemos a repetir:

" Artículo 35.—No es punible el hecho cometido por un indi- " viduo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea " por alteraciones morbosas de la actividad de su alma, sea en un " estado de inconsciencia, no podía en el momento de la acción " comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir " sus acciones."

" Este texto, cuya redacción podría mejorarse, pues lo hemos " traducido literalmente de la versión francesa, es, en nuestro con-

" cepto, precioso, y no comprende ni más ni menos de lo que él debe " contener.

" Comprende todos los casos de irresponsabilidad de que he- " mos hablado en esta larga exposición, y los que, como la locura " moral o el intenso dolor, no son causas de irresponsabilidad, sal- " vo en el último caso, que se llegara a constatar, lo que nos pa- " rece imposible que el dolor produjo tal perturbación psíqui- " ca, que el agente no pudo comprender la naturaleza o el senti- " do de su acción, y, si tal cosa se pudiera comprobar científica- " mente, es evidente que el agente sería irresponsable."

" La comisión ha precisado de manera más conveniente el con- " cepto que se ha tenido en vista y que reflejan todas las leyes y " todos los autores. No es necesario hablar de locuras en sus di- " versas manifestaciones, de idiotismo o imbecilidad, como no es " preciso referirse a los estados anormales de sonambulismo o de " hipnotismo. Basta con el enunciado general.

" Las perturbaciones pueden ser permanentes, como sucede " en los casos más característicos de enfermedades mentales o tran- " sitorias.

" Estos últimos estados pueden obedecer a influencias físicas, " como ocurre con el alcohol y otros tóxicos, o a coacciones psí- " quicas. La enumeración no es posible, y debe ser el juez en cada " caso el que estudie la perturbación y averigüe si el sujeto pudo " o no comprender la naturaleza del acto y su sentido, como asi- " mismo dirigir sus acciones.

" La comisión acepta la medida de precaución aconsejada en " el proyecto y en los códigos más adelantados, o sea la relativa " a la reclusión del agente enfermo en un manicomio, de donde " no debe salir hasta que haya desaparecido el peligro de que el " enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

" Pero el proyecto es incompleto en esta parte, porque auto- " riza la reclusión únicamente para los casos en que el agente se " encuentre atacado de locura, o sea de perturbación con carácter " permanente. El sujeto puede haber actuado sin conciencia del " acto sin ser un alienado, como ocurre en ciertos casos de ebriedad, " vale decir, en aquellos en que ha sido absoluta e independiente " de la voluntad del acusado. En estos y en los demás casos se " autoriza al tribunal para ordenar la reclusión del agente tam- " bién, hasta que haya desaparecido su carácter de individuo pe-

" ligroso. Esta medida es salvadora, sobre todo para los alcoholis-
" tas y demás sujetos acostumbrados a ingerir venenos.

" El proyecto arma, por consiguiente, a la sociedad de los
" elementos necesarios para defenderse de los individuos anorma-
" les, autorizando precauciones que impidan la repetición de los
" hechos."

* * *

182. Las modificaciones de la segunda comisión de senadores.— La Comisión de Códigos del Senado no propuso modificaciones en el despacho aprobado por la Cámara de Diputados, y en la exposición de motivos que se ocupó de la imputabilidad y las causas sociales del delito en general, se expresó la conformidad con el proyecto en revisión.

Las dos pequeñas modificaciones a que antes he hecho referencia, y que se aceptaron por la Cámara de Senadores primero y por la de Diputados después, fueron propuestas por la segunda Comisión de Códigos del Senado, sin darse al respecto fundamentos de ninguna clase.

* * *

183. Las bases de la eximente.—Los antecedentes expuestos, unidos a los que proporcionan las leyes extranjeras, demuestran que es general la opinión según la cual no corresponde el castigo del delincuente que ha procedido en un estado de perturbación mental completo que no le ha sido imputable. En realidad, lo que las leyes declaran es la exención de pena en los casos de enfermedad, la que puede constituir un estado permanente del sujeto o una situación transitoria.

A través de las leyes y proyectos nacionales hemos podido observar que unas, como el código Tejedor, se referían a determinados estados personales, y nombraba a los locos, furiosos, imbéciles, sordomudos, monomaníacos, ebrios y sonámbulos. La ley no solamente tenía esas indicaciones, sino un precepto general comprensivo de los estados no anotados especialmente.

El código de 1886, inspirado en esas mismas ideas, hablaba de locura, sonambulismo y embriaguez.

El proyecto de 1891 de enajenación o enfermedad mental, embriaguez y sugestión hipnótica.

El proyecto de 1906 cambió el sistema de las enumeraciones y aceptó el término comprensivo de enajenación mental y enfermedad mental.

El doctor Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino" ha publicado la parte de las actas de la comisión que redactó el proyecto de 1906, donde se encuentran los antecedentes de la modificación. En dicha acta se consignan las opiniones de los doctores Rivarola y Ramos Mejía, las que constituyen una explicación que debe necesariamente tenerse en cuenta.

El documento se encuentra redactado en los siguientes términos (1):

" En la materia relativa a la exención de responsabilidad, el
" anteproyecto del doctor Rivarola establece la exención respecto
" del que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de pertur-
" bación mental cualquiera, no imputable al agente. El doctor Pi-
" ñero considera que el precepto tiene demasiada amplitud, por-
" que hay muchas clases de perturbaciones mentales. En su pro-
" yecto emplea los términos *enajenación o enfermedad mental.*
" La palabra *enfermedad* comprende el mayor número de ca-
" sos, y para los demás se usa el término *enajenación.* El doc-
" tor Rivarola piensa que el término *perturbación* es más ge-
" nérico; comprende también la embriaguez. El doctor Saavedra
" dice que se debe mantener sin modificación alguna el inciso 1.°
" del artículo 81 del actual código, que nunca ha dado lugar a du-
" das, y que evita dificultades que pueden presentarse con las re-
" dacciones propuestas. Cita el caso del que, en un teatro de esta
" capital, mató a otro de un tiro de revólver inmediatamente de
" ser injuriado, de improviso, con vías de hecho. El autor fué ab-
" suelto en virtud de la disposición vigente, que exime de pena al
" que haya resuelto y consumado el acto en una perturbación cual-
" quiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agen-
" te, y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho

(1) Página 338.

" acto o de su criminalidad. Que, además, hay que tener presente
" ciertos casos, como la idiotez, que no están comprendidos en el
" término perturbación. El doctor Piñero y el doctor Rivarola
" son contrarios al mantenimiento del proyecto vigente, porque los
" mismos que están afectados de enajenación mental se dan cuenta
" de la criminalidad de los actos que cometen. Respecto de los ar-
" gumentos relacionados con la idiotez, el doctor Rivarola reco-
" noce que no existe perturbación propiamente, porque no hay
" *cambio* de estado: que habrá *anormalidad*. En vista de es-
" tas objeciones, se resuelve postergar la consideración del asun-
" to hasta que se halle presente el doctor Ramos Mejía, quien por
" sus conocimientos especiales podrá informar con exactitud so-
" bre el valor científico de los términos de que se trata. Hallán-
" dose presente el doctor Ramos Mejía, se vuelve a tratar el punto
" referente a la exención de responsabilidad motivada por la ena-
" jenación mental, que había quedado en suspenso a causa de la
" divergencia de opiniones sobre cuál de los términos, *enajena-*
" *ción, enfermedad* o *perturbación,* debía emplearse. El doctor Ra-
" mos Mejía, estudiando la enumeración contenida en el inciso 1.°,
" artículo 81 del Código Penal, opina que es más conciso emplear
" el término *enajenación,* que comprende todos los casos, ya sea
" que se trate de un estado permanente o de un estado transitorio.
" La idiotez queda comprendida dentro de la amplitud de esa ca-
" lificación, y el sonambulismo puede considerarse como perturba-
" ción mental transitoria, aunque a veces el enfermo pase días bajo
" la influencia de ese estado. También es un alienado el que comete
" un delito hallándose afectado de epilepsia; en ciertas ocasiones
" transcurre un largo intervalo antes de que el enfermo recobre su
" personalidad integral. Sobre si está o no enfermo, es una cuestión
" de hecho que queda librada al examen de los peritos. En vista
" de las explicaciones del doctor Ramos Mejía se resuelve aceptar
" como primera parte del artículo 38 del proyecto de la comisión,
" el precepto propuesto por el doctor Rivarola, con la substitución
" del término *perturbación;* quedando redactado, en consecuencia,
" en la siguiente forma: "El que ha resuelto y ejecutado el hecho
" en un estado de enajenación mental cualquiera no imputable al
" agente." Con la segunda parte del proyecto ya aprobada en la
" sesión anterior, el doctor Ramos Mejía se halla de acuerdo."

* * *

184. El desenvolvimiento del precepto. — El precepto se encuentra bien explicado en la exposición de motivos, donde se precisa su alcance. No obstante esto, como un informe no puede tener la extensión de un comentario, me preocuparé de desenvolver el artículo teniendo siempre en cuenta las bases que le dieron nacimiento.

El Código establece que no delinque el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Las causas que pueden colocar al sujeto en esa situación también las indica la ley, diciendo que ellas son: 1.ª Insuficiencia de facultades; 2.ª Alteraciones morbosas de las mismas; 3.ª Estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable.

Pero, antes de ocuparme de cada una de esas causales, tengo que tocar el asunto de fondo, el que se relaciona con las bases del precepto, tratadas en el capítulo anterior.

* * *

185. La eximente ante las diferentes doctrinas.—¿Por qué razón no se castiga a las personas que el inciso declara no punibles? ¿Se concibe esa exención sin que la ley se embandere en determinadas teorías filosóficas? ¿Supone el precepto una tesis y, por consiguiente, se desautorizan con él las declaraciones de la exposición de motivos? ¿Se rectifica el propósito definido al no incluirse en el Código un artículo sobre la presunción de voluntad criminal?

Estas y otras cuestiones es posible que se planteen al hacerse el estudio del Código a través de la doctrina, y por eso he considerado oportuno anotarlas, dando mis puntos de vista y exponiendo lo mismo que pensé cuando redactaba la exposición de motivos de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria.

Ninguna ley dispone que se castigue a los que han actuado bajo una perturbación completa, que no puede ser imputable al

agente. Teóricos y prácticos coinciden en la exención, pero por razones distintas.

Los que fundan la responsabilidad en el libre albedrío, dicen que sin voluntad, que presupone la inteligencia, no hay delito. Una enfermedad, por tanto, que destruya esa voluntad, hace que el acto realizado en esas condiciones no pueda ser objeto de penalidad.

Las condiciones primarias de la imputabilidad son la libertad moral y la salud mental, esto es, la facultad de elegir y la inteligencia. La responsabilidad presupone la conciencia ordenada del yo, la posibilidad psicológica de formar juicio acerca del valor de nuestros actos (1).

El legislador supone la concurrencia de esos elementos e imputa; pero cuando comprueba que no existen debe eximir de castigo, desde que falta la base en que se apoya la responsabilidad.

Los positivistas, que miran la cuestión desde un punto distinto, no extreman su teoría de la defensa, y aun cuando pudiera parecer conveniente rechazar el ataque y prevenirse contra él, sin hacer distinciones individuales y teniendo sólo en cuenta el peligro que el sujeto representa, no sostienen el castigo del alienado.

Garófalo (2) se ocupa del tipo criminal alienado, y dice que se trata de individuos en los cuales puede formarse un carácter especial, siendo de temerse siempre que cometan nuevos delitos. Estos sujetos deben ser sometidos a un tratamiento especial adaptado a la enfermedad que es la causa del delito. La pena de muerte—agrega—no debe serles aplicada, no existiendo una contradicción con los principios que informan la doctrina de la defensa social, porque la perversidad derivada de una enfermedad no puede ser considerada como la de cualesquiera otra persona.

La alienación no engendra un carácter moral permanente, y la sociedad no tiene los mismos sentimientos con relación al enfermo y al monstruo.

Tarde (3), por su lado, fundando la doctrina de la responsabilidad, encuentra que se necesita, para declarar responsable a un individuo, el mantenimiento de ciertas circunstancias sociales y personales, que no persisten tratándose de alienados.

Las doctrinas extremas, las que consideran al individuo y a la sociedad bajo puntos de vista propios, coinciden en la finalidad,

(1) Groizard.—El código español de 1870. Tomo I, página 192.
(2) La Criminología, páginas 269, 270 y 341.
(3) Filosofía Penal, tomo I, páginas 208 y siguientes.

y entienden que, comprobada la enfermedad mental, la imputación y el castigo no proceden.

El Código, por tanto, ha tomado en cuenta los hechos para consignar su disposición. La prueba de los mismos, o sea la concurrencia o no de las circunstancias, será dada por los peritos que en cada caso se designen.

La ley debe considerar, ya sea que existan o no las facultades internas discutidas entre los psicólogos, que la sociedad está formada a base de hombres que tienen determinadas características y ciertas condiciones individuales. La regla es la capacidad, la normalidad, la voluntad, cualesquiera que sean los problemas trascendentales, y esto lo admiten lo mismo los doctos que los ignorantes.

* * *

186. Los estados mentales comprendidos en la disposición.—El Código, como hemos visto, ha prescindido de señalar los nombres de los distintos estados mentales que pueden dar lugar a la inimputabilidad del agente. Se limita a declarar no punible al que ha procedido por insuficiencia, alteración morbosa o estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable. Para que el castigo no concurra es preciso que el sujeto no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

La comprobación de todo esto no puede ser un punto teórico. Es la práctica, en cada caso y en presencia del hecho, lo que permitirá dar la solución adecuada. La ley es bien clara, desde que no se limita a declarar no punible al que tenga una clase de enfermedad mental, sino a todos los que no hayan podido tener ni tenido conciencia del acto, por falta, insuficiencia, alteración de facultades, error o ignorancia de hecho.

La disposición comprende, así: a) A los imbéciles e idiotas que tienen un estado permanente de insuficiencia mental; b) A los sonámbulos, si no han procedido con imprudencia o sea que, conociendo la enfermedad, no han tomado precauciones, porque durante el sueño carecen de las facultades que permiten comprender la naturaleza del acto; c) A los alienados, que son en general los que sufren alteraciones morbosas en sus facultades; d) A los que han sido objeto de una sugestión hipnótica, también siempre que

no hayan procedido con imprudencia; e) A los sordomudos, cuando se encuentren comprendidos en los términos del inciso; f) A los ebrios y a las demás personas alcanzadas por el precepto, que no se refiere a categoría determinada.

He dicho especialmente que debe tenerse en cuenta la culpa o imprudencia del sujeto, porque, en general, la insuficiencia o alteración morbosa de las facultades puede ser permanente o accidental. Cuando es permanente, en los casos conocidos vulgarmente con los nombres de locura, furia o idiotez, que reflejan alteraciones totales, tranquilas o agitadas, la inimputabilidad no reconoce excepciones. Pero podemos encontrarnos en presencia de un sujeto que padezca de sonambulismo, o tenga la propensión a recibir influencias extrañas por medio de la sugestión hipnótica, siendo en sus actos ordinarios perfectamente normal. Si este individuo, conociendo sus debilidades, no toma las precauciones necesarias, podría ser objeto de una imputación por imprudencia, y en todo caso, y no obstante su apariencia, ser objeto de precauciones especiales como las que se toman con referencia a los alienados.

*

* *

187. La ebriedad como causal de inimputabilidad.—El Código no habla especialmente de ebriedad. Este punto ha sido objeto de largas discusiones y de distintos criterios, traducidos en preceptos diferentes en las leyes de los diversos países.

Desde luego, la ebriedad sola puede ser considerada como una infracción y ser castigada. En general, se le atribuye el carácter de falta o contravención, y se reprime, tomándose medidas especiales contra los reincidentes.

La ebriedad, entretanto, como causa del delito, se ha entendido que puede ser eximente, agravante o atenuante. Si es total y ha sido adquirida sin culpa del individuo actuante, se entiende que ha quitado conciencia al acto, que no es imputable al sujeto y que, por tanto, no puede dar margen para un castigo. Si es parcial, en las mismas condiciones debe considerarse una circunstancia atenuante. En cambio, si la ebriedad hubiese sido adquirida para delinquir, pensando el sujeto en el alcohol como en un medio de reforzar sus impulsos, sería una circunstancia agravante. Si la ebriedad, en cambio, fuera el resultado de una costumbre y tuviese en el sujeto carácter de habitual, no influiría para la calificación del acto.

Siendo, así, tan diversos los casos, tan distintos los motivos y tan diferentes los efectos, ha sido mejor omitir las reglas, que no podían abarcarlos a todos y que podrían dar lugar a injusticias.

La ebriedad altera las facultades mentales, de modo que si no fuese imputable al agente y éste no hubiera podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, sería causa de exención.

Los tribunales, en un caso de esa naturaleza, absolverían, pero tomarían precauciones contra el autor del delito, ordenando su reclusión en un establecimiento especial donde sería observado cuidadosamente.

*

* *

188. La responsabilidad atenuada.—La responsabilidad y la irresponsabilidad no se encuentran en zonas divididas por líneas que establezcan separaciones absolutas. En algunos casos no se presenta ninguna dificultad, porque el sujeto o tiene los caracteres normales o los anormales en medida bien visible, de manera que la clasificación no es difícil.

Pero, en otros casos, los individuos se presentan con estigmas, que si bien no permiten decir que son alienados, tampoco autorizan a sostener que sean normales.

Se ha sostenido por eso, que la ley debió preocuparse de una clase intermedia de sujetos, o sea las personas de responsabilidad atenuada, a quienes procedía someter a cláusulas especiales.

La conveniencia de legislar especialmente sobre responsabilidad atenuada es vivamente discutida, y si bien el Código no ha tenido en ningún momento, y lo prueban las innovaciones, la preocupación de apartarse de las instituciones más modernas, ha evitado embarcarse en doctrinas poco ensayadas o en principios insuficientemente experimentados.

Garófalo, que figura a la cabeza de los positivistas, dice:

" En la legislación italiana hay un artículo que prevé el caso " de la semiresponsabilidad. Pues bien, la aplicación de este ar-

" tículo debería ser la regla general; debería aplicarse a *todos los* " *delincuentes,* aun a aquellos en que fuera menos manifiesta la " existencia de circunstancias que limitan la responsabilidad, pues " en *todo procesado* deberían hallarse *alguna de aquéllas,* y por " consiguiente debería buscarse o, por lo menos, suponer, su exis- " tencia. Si no se hiciera así se entronizaría el reinado de la in- " justicia, porque sólo se tendrían en cuenta estas circunstancias " cuando por casualidad se hubiesen hecho evidentes. Por eso, el " artículo relativo a la semiresponsabilidad sería aplicable *en to-* " *dos los casos;* de manera que la ley establecería inútilmente pe- " nas que no se aplicarían nunca en la medida prescripta."

La determinación de grados en la responsabilidad del delincuente, exigiendo en cada caso el examen individual para comprobar el estado mental del sujeto, expone a dejar a la sociedad con medios insuficientes de defensa.

En casi todos los casos de delito, el individuo, ya sea por pasiones, intereses, instintos, enfermedades, etc., ha obrado bajo el imperio de alguna perturbación mental. Cuando ésta es visible y apreciable, cuando se manifiesta bien y sin dudas, el consenso general entiende que cabe reconocer la excepción, pero cuando esos caracteres no fueran tan salientes, sería preciso estar a los resultados de informes periciales, que podrían hasta ser tendenciosos. Las absoluciones se multiplicarían, se observaría a los autores de los delitos, y después de algún tiempo de encierro en un establecimiento adecuado, vendría la libertad y se renovaría el peligro. Esto no puede pasar, o es menos probable que pase, con los alienados cuyo estado es visible y cuya curación se aprecia bien.

El Código, por lo demás, deja amplios márgenes, con las penas paralelas y alternativas, los límites extensos y la apreciación de las atenuantes y agravantes. El magistrado puede apreciar los factores del delito y fijar penas, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

He preferido, por eso, que la ley no acepte doctrinas que todavía pueden ser peligrosas en la práctica.

*

* *

189. El examen facultativo del reo.—A los efectos de la aplicación del precepto en estudio, la Comisión de Códigos del Senado propuso, y la Cámara aceptó, el siguiente agregado al artículo 4.°:

" Cuando el reo esté acusado de haber cometido un delito cas- " tigado con prisión o reclusión mayor de diez años, no podrá " pronunciarse la condena antes de que su estado mental sea exa- " minado por un médico especialista."

Hemos visto ya lo que decía al respecto la exposición de motivos.

La Cámara de Diputados no aceptó la modificación, considerando que la exigencia era propia de la ley de forma y no de la de fondo, pero el proyecto presentado para completar el Código, sobre libertad bajo caución, estableció en el artículo 3.°:

" Cuando al procesado se impute un delito reprimido con re- " clusión por más de diez años, el juez requerirá informe médico " sobre su estado mental y capacidad para delinquir."

El informe expresó:

" La Comisión de Códigos del Honorable Senado, consideró " que de no admitirse de una manera general el examen médico " de los encausados, debía imponerse, por lo menos, en los casos " en que pudiera corresponder reclusión o prisión mayor de diez " años, y aconsejó, en consecuencia, la inclusión en el Código Penal " de una norma general sobre el examen clínico de determinados " encausados, aplicable en todo el territorio de la República.

" Vuestra comisión especial opina que la iniciativa está de " acuerdo con las últimas conquistas de la psiquiatría y del derecho " penal; pero considera peligrosa la inclusión de una norma obli- " gatoria para todo el territorio de la República, siendo preferible " dejar a cada provincia la posibilidad de legislar sobre el punto " en armonía con sus necesidades y recursos.

" El Congreso Penitenciario Argentino de 1914, votó esta con- " clusión: " Incluir en el Código de Procedimientos en lo Criminal, " como norma, el examen psiquíatrico de todos los encausados en " el período de instrucción, constituye un progreso en ciencia penal."

" Aconsejamos, en consecuencia, la eliminación de la cláusula " final agregada al artículo 41 del proyecto de Código Penal, y " la sanción del proyecto de modificación del artículo 261 del " Código de Procedimientos en lo Criminal, que en la fecha pre- " sentamos."

Las disposiciones contenidas en los dos últimos apartados del

inciso no pueden dar lugar a ninguna dificultad: el primero autoriza la reclusión de los alienados; el segundo de las otras personas absueltas por las causales del precepto que no estuvieran atacados de enajenación mental.

La exposición de motivos antes transcripta ha precisado el alcance, encontrándose también los fundamentos en los proyectos que han servido de antecedentes al Código.

XVI

Imputabilidad

(Continuación)

190. El inciso 2.° del artículo 34 y sus concordancias. — 191. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor.—192. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. — 193. El proyecto de 1891 y sus fundamentos. — 194. El precepto en el proyecto de 1906. — 195. El código de 1886. — 196. La tesis del código vigente y los fundamentos oficiales. — 197. El inciso 3.° del artículo. — 198. Alcance de la disposición. — 199. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor. — 200. Proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 201. El código de 1886. — 202. Proyectos de 1891 y siguientes.—203. Los incisos 4.° y 5.° y sus concordancias. — 204. Fundamento de las disposiciones.—205. Los antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor. — 206. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 207. El código de 1886. — 208. El proyecto de 1891. — 209. El proyecto de 1906. — 210. El código vigente y sus antecedentes inmediatos.

*

* *

190.—El inciso 2.° del artículo 34 y sus concordancias.—

Artículo 34

No son punibles:

2.° El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 49, inciso 2.º—Holandés, 40.—Noruego, 44.—Francés, 64.—Alemán, 52.—Ruso, 46.—Húngaro, 77.— Español, 8.º, inciso 9.º—Japonés, 37.—Proyecto peruano de 1916, 60, inciso 6.º—Anteproyecto suizo de 1916, 35.—Proyecto alemán de 1919, 67.—Proyecto austriaco de 1909, 11.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo II, 7.—Proyecto Tejedor, título tercero, artículo 3.º—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 93, inciso 5.º—Proyecto de 1891, 59, inciso 5.º—Proyecto de 1906, 41, inciso 3.º—Código de 1886, 81, inciso 5.º.

*

* *

191. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor.—Los antecedentes nacionales del precepto constituyen la más amplia explicación del mismo.

El proyecto de Tejedor, en el artículo 3.º del título tercero, decía que la acción no se encontraba sujeta a pena, cuando por una violencia irresistible y física, o amenazas acompañadas de un peligro de muerte actual e inevitable, una persona se ve forzada a un acto criminal (inciso 2.º).

La nota decía:

" Violencia irresistible y física. *Vis major humanis viribus.* " Las leyes españolas sólo hablan del miedo como causa de anular " los contratos, y exigen para esto un miedo capaz de intimidar " a un varón fuerte *qui in hominem constatissimun cadat.* (L. 7, " tít. 33, P. 7; 15, tít. 2, P. 4 y 5; tít. 13, P. 3). La violencia física " consiste—dice Puffendorf—en que, a pesar de la resistencia " de una persona, sus miembros se empleen en hacer o sufrir algo. " (Título 1, página 83). Es evidente, por sí mismo, que el acto " cometido en esta situación pasiva no es imputable, por cuanto " es involuntario. El autor inmediato no es más que un instru- " mento material: el único culpable es el autor de la violencia.

" Amenazas, etc. Esto es lo que se llama fuerza moral, como " lo que resulta de una orden de personas que tiene autoridad " sobre el agente. " Algunos publicistas habían negado — dice " Chauveau—que pudiera invocarse como hecho justificativo esta " especie de fuerza... Es cierto que las amenazas no deben bastar " para determinar a cometer un crimen. Lo es también que nadie " tiene el derecho de dañar a otro por evitar un mal cualquiera " para sí mismo. Pero, ¿puede la ley exigir de todos los individuos " la firmeza de carácter necesaria para hacerse superior al te-

" rror de las amenazas? La ley se limita a exigir las formas, se " contenta, por decirlo así, con la sombra de la virtud, más bien " que con la virtud misma. *Conatum magis et quasi alumbratio- " nem virtutis quam virtutem ipsam.* El hombre que obra sub- " yugado por el temor de una amenaza no es más que un instru- " mento en manos de quien lo impele. En vano querrá buscarse " en su acción una especie de voluntad. Su voluntad está enca- " denada por el terror, y sólo es movido por el instinto natural " de evitar el mal de que está amenazado. Si pudiese quedar " libre de este pensamiento, los pasos que lo precipitan al crimen " se detendrían inmediatamente. No sería, pues, su voluntad lo " que se castigaría, sino su pusilanimidad; no sería el crimen, " sino el instrumento que habría servido para cometerlo." (Tí- " tulo 1, página 535).

Pero no basta cualesquier amenazas, sino que es necesario " que vayan acompañadas de un peligro de muerte actual e in- " evitable. Estas expresiones no son más que la confirmación de " la antigua regla *vani timoris excusation non est; metum autem " non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantisimum " cadat.* (L. 184, L. de reg. juris y 6 D. quod met causa). Las " amenazas que se refieren a los bienes exigen menos el sacrificio " de los deberes y de la conciencia. *Talem metum probari oppor- " tet qui salutis periculum vel cruciatum corporis contineat.* (L. 13 C. " de Transact). Si la ley no debe suponer en el acusado una heroica " firmeza, no debe tampoco condescender con debilidades culpa- " bles. El hombre que consiente en cometer un homicidio por " salvar su fortuna, debe quedar responsable a los ojos de la ley. " Puede excusarse su falta, atenuarse la pena, pero no quedar " justificado. Es, además, necesario para esta justificación, que " sea eminente el peligro, que el puñal se agite sobre la cabeza " del acusado. Simples amenazas no serían causa bastante para " eximirlo de pena. *Metum, non jactationibus tantum, vel contes- " tationibus, atrocitate facti probar convenit.* (L. 9 de his qui vi " aut metu). Es preciso, en efecto, que el acusado, que pretende " haber sucumbido a amenazas, pruebe que éstas eran de natura- " leza capaz de intimidar por la posibilidad de una ejecución " inmediata. Es preciso que de las circunstancias resulte su re- " sistencia y la violencia que ha sufrido su voluntad. La más " ligera incertidumbre sobre el efecto de las amenazas podrá " hacer pesar sobre el agente toda la responsabilidad del crimen,

" y es por esta razón que Livingston exige, para que haya exen-
" ción de pena, que el crimen se cometa en presencia del que
" emplea las violencias y durante la duración de ellas." (Artículo 4.°).

La nota terminaba citando concordancias.

* * *

192. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, en el inciso 5.° del artículo 93, se expresaba que estaba exento de responsabilidad criminal el que obraba violentado por fuerza que no hubiera podido resistir, o impulsado por miedo insuperable de un mal inminente, mayor o igual del que causa a otro.

En el informe oficial no se decía nada al respecto.

* * *

193. El proyecto de 1891 y sus fundamentos.—El proyecto de 1891 declaraba exento de responsabilidad criminal al que obra violentado por fuerza física irresistible, o impulsado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente. (Artículo 59, inciso 5.°).

La exposición de motivos, decía al respecto:

" La prescripción del N.° 5, artículo 59, es, en el fondo, idén-
" tica a la del N.° 5, artículo 81 del Código; sin embargo, hemos
" variado la redacción para precisar mejor su alcance. El precepto
" vigente, dice: " El que obra violentado por fuerza irresistible,
" física o moral." Puede entenderse, sin torcer el sentido de las
" palabras, que la frase *fuerza irresistible moral* se refiere, no
" solamente a la fuerza moral externa, a la intimidación o al
" miedo ejercido sobre una persona y por el cual se la compele
" a ejecutar un delito, sino también a una fuerza interna del
" agente, a una causa mórbida, que lo impulsa irresistiblemente a
" la acción. Empero, si se atiene a los antecedentes de la cláusula
" transcripta, a lo dispuesto, en su caso, por los códigos que han
" servido de modelo al nuestro, y a lo que, generalmente, pre-

" ceptúan las leyes penales, se puede afirmar con toda seguridad
" que nuestros legisladores no han tenido la menor idea de refe-
" rirse a una *fuerza irresistible interna*. Para evitar que en su
" aplicación se dé a la ley un alcance que no han querido darle
" sus autores, o que no debe tener, hemos reemplazado la palabra
" *moral* por estas otras: *o impulsado por amenaza de sufrir un*
" *mal grave e inminente*. Con esta redacción se previene cual-
" quier duda, porque queda claramente limitado el sentido de la
" disposición. De acuerdo, pues, con el inciso de que nos ocupa-
" mos, sólo estarán exentos de responsabilidad los que obren
" bajo el impulso de la violencia física o de la intimidación o
" miedo de sufrir un mal grave e inminente."

* * *

194. El precepto en el proyecto de 1906.—El inciso 3.° del artículo 41 del proyecto de 1906, declaró exento de responsabilidad al que obrare violentado por fuerza física irresistible o impulsado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

Se aceptó la redacción del proyecto anterior, y se dijo en la exposición de motivos:

" El inciso 5.°, 3.° de nuestro proyecto, ha sido alterado en
" su redacción con el propósito de dar mayor claridad al
" concepto. Alguna vez se ha sostenido que la fuerza moral a
" que se refiere el inciso, puede ser la ira, el dolor u otro senti-
" miento análogo, y a fin de evitar esta errónea interpretación,
" consignamos expresamente que la eximente sólo comprende al
" que obrase impulsado por amenaza de sufrir un mal grave e
" inminente."

* * *

195. El código de 1886.—En cuanto al código de 1886, dijo en el inciso 5.° del artículo 81, al cual se refiere la exposición de motivos del proyecto de 1906, que están exentos de pena los que obran violentados por fuerza irresistible, física o moral. La ley de

reformas no introdujo en la disposición cambio de ninguna clase.

Como puede observarse, la diferencia entre el código vigente y el anterior es importante, porque el actual precepto sólo comprende la fuerza física irresistible, mientras que el antiguo se refería a la fuerza irresistible física o moral.

La eximente fué en su oportunidad muy discutida, habiéndose pretendido aplicarla a los casos de fuerza moral, considerada como fuerza interna capaz de perturbar al sujeto. Pero el concepto de la ley, aceptado en la práctica, era otro, y la fuerza moral a que se refería era la coacción que podía ejercitarse sobre un individuo para determinarlo.

*

* *

196. La tesis del código vigente y los fundamentos oficiales.—El Código, para salvar inconvenientes y discusiones, ha aceptado la tesis de los proyectos de 1891 y 1906. En la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, se decía sobre la disposición:

"La comisión ha aceptado en esta parte las conclusiones del "proyecto de 1906, no obstante las críticas hechas por el doctor "Herrera. Todos los códigos y todos los autores convienen en "la justicia de esa eximente, existiendo divergencias de términos "más que de conceptos. Hemos preferido adoptar los del pro- "yecto, porque aparte de precisar de manera acertada el con- "cepto, se encuentra de acuerdo con nuestros antecedentes lega- "les y conclusiones de la jurisprudencia."

*

* *

197. El inciso 3.º del artículo.—

Artículo 34

No son punibles:

3.º El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

CONCORDANCIAS.—Código de Italia, artículo 49, inciso 3.º—Alemán, 54.—Español, 8.º, inciso 7.º.—Japonés, 37.—Anteproyecto suizo de 1916, 35.—Proyecto peruano de 1916, 60, inciso 5.º—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículo 6.º, inciso 2.º—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 93, inciso 4.º—Proyecto de 1891, 59, inciso 11.—Proyecto de 1906, 41, inciso 4.º—Código de 1886, 81, inciso 4.º.

*

* *

198. Alcance de la disposición.—La disposición contenida en el inciso es bien clara y no requiere mayores explicaciones. El caso se produce, generalmente, cuando tiene lugar un incendio en que, para evitar mayores males a las propiedades vecinas y para impedir la extensión del daño, suele ser necesario causar alguna destrucción.

*

* *

199. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto de Tejedor, el artículo correspondiente establecía la exención para el que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial.

La nota explicativa, dice:

"El que en la propiedad ajena, etc. (Artículo 8, inciso 7 del "código español). "Vamos embarcados, por ejemplo — dice "Pacheco.—El buque lleva una carga superior a su resistencia "actual, porque ha recibido averías en el curso de la navegación. "No bastan las bombas para aligerarle y hacerle andar. El "peligro es inminente, sin que haya otro medio de conjurarlo que "el de disminuir de cualquier modo la carga. Pues bien, nosotros "nos dirigimos a ésta, que es propiedad ajena, nos apoderamos "de una parte, o de lo que la forme, y lo lanzamos en el mar. "Hemos causado un mal en los bienes de otro, y, sin embargo, "este artículo, de acuerdo con la razón, nos declara absoluta y "completamente irresponsables.

"Se ha pegado fuego a un bosque que linda con nuestras

" heredades, a una casa que está cerca de nuestra casa. No tene-
" mos medios de apagar el fuego que se extiende, que amenaza
" invadir nuestra propiedad. El único medio es talar los árboles
" del vecino, echar por tierra la casa intermedia. Lo hacemos.
" Dañamos, sin duda, a otro en sus bienes, y le causamos un mal
" que, en otra circunstancia, constituiría por nuestra parte un
" delito. Aquí, sin embargo, no lo es, y no tenemos por ello culpabili-
" dad alguna. Exímenos la ley como nos había eximido la razón.
" La defensa de lo nuestro nos ha guiado, o bien la defensa de lo
" del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de legí-
" timos y respetables intereses. (Tomo 1, página 162).

" Mal efectivo, etc. No basta, por consiguiente — continúa
" Pacheco,—que el mal sea posible; no basta que se le vea lejano;
" es menester que exista, es menester que nos amague próximo,
" inminente. Aunque haya comenzado la tormenta no es permi-
" tido arrojar el cargamento al agua, en tanto que el buque se
" conserve bien, que obedece a la maniobra, que el agua no lo
" invade incesante e irresistible. La necesidad, que es la ley y
" la absolución de tales casos, no ha presentado todavía su tre-
" mendo aspecto, la razón no puede invocarla como un hecho
" conocido e inconcuso.

" No sucede lo mismo con las otras dos circunstancias que
" demanda la ley. Estas pueden dar lugar ordinariamente a ma-
" yores dudas, y, sin embargo, la ley no puede menos de deman-
" darlas, porque no cabe el que la razón prescinda de ellas para
" resolver tan delicadas cuestiones. La razón no puede encontrar
" justo que se cause un mal de gran tamaño para impedir otro
" que sea menor; la razón no puede permitir que se acuda a esos
" aventurados remedios, en tanto que existan otros posibles, menos
" aventurados, menos perjudiciales. En el primer caso falta la
" utilidad; en el segundo la necesidad de lo que como recurso se
" intenta. En uno y otro es ilegítimo, y no exime de responder
" de la obra." (Pacheco, tomo 1, página 162. En las Partidas, véase la ley 12, título 15, P. 7).

* *

200. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto Villegas, Ugarriza y García expresa en el inciso 4.° del artículo 93,

que está exento de responsabilidad criminal el que causa un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

*

* *

201. El código de 1886.—El código de 1886 aceptó la redacción del proyecto de Villegas, Ugarriza y García en el inciso 4.° del artículo 81, apartándose del modelo, o sea del proyecto del doctor Tejedor.

Y en esa forma ha venido repitiéndose el inciso, hasta llegar al código vigente.

*

* *

202. Proyecto de 1891 y siguientes.—El proyecto de 1891 exime en el inciso 11 del artículo 59 al que causa un mal por evitar otro mayor inminente a que es extraño.

La exposición de motivos se limita a decir que ese inciso es idéntico al del código de 1886, vigente cuando se redactó el proyecto, siendo innecesario fundarlo porque se explica por sí mismo.

El proyecto de 1906 repitió el precepto en el inciso 4.° del art. 41, no diciendo nada sobre el mismo la exposición de motivos.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados no hizo, a este respecto, sino dejar constancia de que se mantenía el inciso del proyecto de 1906 idéntico al del Código Penal entonces en vigor.

*

* *

203. Los incisos 4.° y 5.° y sus concordancias.—

Artículo 34

No son punibles:

4.° El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

5.° El que obrare en virtud de obediencia debida.

CONCORDANCIAS.—Código de Noruega, artículo 41.—Italiano, 49, inciso 2.º—Holandés, 42 y 43.—Ruso, 44.—Español, 8.º, incisos 11 y 12.—Japonés, 35.—Anteproyecto suizo de 1916, 33.—Anteproyecto sueco de 1906, capítulo IV, 12, inciso 5.º—Proyecto peruano de 1916, 60, inciso 7.º—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículos 4.º y 6.º—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García 9?, inciso 7.º—Proyecto de 1891, 59, inciso 10.—Proyecto de 1906, 41, incisos 5 y 6.—Código de 1886, 81, incisos 7 y 15.

*

* *

204. Fundamentos de las disposiciones.—El delito es un hecho o una omisión que la ley castiga. La pena concurre porque se entiende que el infractor careció de derecho para proceder como lo hizo. Pero es indudable que si el sujeto actuó en el ejercicio de una facultad legítima, el castigo no puede concurrir.

El fundamento es tan claro que parecería hasta innecesario colocar en la ley la eximente. Pero si se tienen en cuenta los caracteres externos del acto, se comprende la necesidad de la disposición.

Los actos son, para la ley penal, delictuosos o no. Los primeros no dan motivo a sanciones; los segundos, sí. Cuando la acción o la omisión no son de las incriminadas, la imputación no se produce. Pero aquí se trata de un individuo que ha incurrido en un acto o en una omisión de aquellas que la ley castiga. La apariencia lo condena o, por lo menos, hace suponer la culpabilidad. La regla genérica lo comprende, y para evitarle la aplicación de la pena, es indispensable establecer que no concurre si obró legítimamente, no obstante la mencionada apariencia.

En un caso de esos no hay delito, sino acción lícita.

*

* *

205. Los antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto de Tejedor decía en el artículo 4.º del título tercero:

"La orden por sí sola de cometer un crimen, no dispensa de "la pena al que lo ejecute.

"Sin embargo, cuando un funcionario del Estado o represen-

"tante de la autoridad pública, prescribe a los agentes, oficiales "o autoridades bajo sus órdenes o dependencias, un acto no suje-"to a castigo sino como abuso, exceso o violencia de los deberes "anexos a sus funciones, la responsabilidad penal de este hecho "incumbirá al que dió la orden y no al que la hubiese obedecido."

La nota explicativa, decía a su vez:

"Una orden no produce irresponsabilidad completa—dice el "Comentario Oficial,—sino en tanto que hay de un lado derecho "de ordenar, y del otro deber de obedecer. Esta relación de "subordinación no existe con toda su fuerza sino en el servicio "del Estado y en la jerarquía de los funcionarios públicos. El "hijo debe obediencia a su padre; el pupilo a su tutor; el discípulo "a su maestro; pero esta obediencia, que puede atenuar mucho "la responsabilidad del subordinado, no va hasta hacerla desapa-"recer enteramente, a menos que haya coacción o amenazas, en "cuyo caso se halla comprendida en la disposición general. Por "el contrario, en el servicio del Estado, la necesidad de obedecer "a las órdenes de los superiores es absoluta, quita todo carácter "de imputabilidad a los actos del agente inferior, y, en consecuen-"cia, la ley que no ve en él más que el instrumento pasivo de "una voluntad más alta, lo declara irresponsable y exento de la "pena. Se necesita, sin embargo: 1.º Que la orden emane de la "autoridad competente en el resorte de sus atribuciones. 2.º Que "la orden sea concerniente a un negocio del servicio. 3.º Que no "sea punible sino como constitutiva de un abuso, exceso o viola-"ción de los deberes funcionales. 4.º Que al ejecutar la orden, el "inferior mismo no viole un deber de sus funciones." (Comentario Oficial).

"La orden de cometer un crimen—dice Chauveau Adolphe—"puede darse por un comandante militar a su inferiores; por un "funcionario a sus subordinados; por un padre a sus hijos; por "un marido a su mujer; por un patrón a su sirviente.

"Respecto de los militares, especialmente, es que algunos es-"critores han sostenido la doctrina de la obediencia pasiva en los "términos más absolutos. Los soldados se consideran como ins-"trumentos materiales que la voz del comandante, cualquiera que "ella sea, debe encontrar siempre dóciles. El jefe, pues, que da "la orden criminal, es, según ellos, el único responsable, y los "soldados que rehusasen obedecer serían los únicos culpables. "Esta doctrina es demasiado absoluta para ser verdadera. El

" hombre nunca puede ser reducido a un rol puramente material. " La responsabilidad moral es esencial a su existencia. Nadie pue- " de imponerle el sacrificio de su conciencia. La obediencia je- " rárquica es uno de los principios fundamentales del orden social; " pero esta obediencia no debe ser ni ciega ni pasiva. Ella supone " la legitimidad de la orden, y esta presunción cubre, en general, " los actos de los agentes que la han ejecutado. ¿Pero la presun- " ción no debe cesar cuando la orden es abiertamente criminal? " No es cierto, por otra parte, que los militares sean ciegos instru- " mentos, aun estando de servicio, puesto que muchas veces tienen " el deber de verificar la legitimidad de las órdenes que reciben.

" De aquí se sigue que la obediencia jerárquica es un deber; " que la presunción de legitimidad acompaña la orden del supe- " rior; que los agentes que la ejecuten están justificados en gene- " ral por ella; pero que esta causa de justificación no es absoluta, " que ella cesa cuando la criminalidad de la orden es evidente, " cuando el agente no ha podido creerla legítima. La responsabi- " lidad pesa, entonces, sobre su cabeza. El no puede invocar la " impulsión de una fuerza irresistible, puesto que la orden no " puede tener semejantes efectos, sino en tanto que la ejecución " entra en los deberes ordinarios del agente. La coacción moral " no existe tratándose de ejecutar un acto abiertamente criminal, " porque su deber en tal caso no le hace una ley de la obediencia.

" Los antiguos jurisconsultos, siguiendo la ley romana, dis- " tinguían los crímenes atroces de los ligeros. La orden del prín- " cipe no justificaba al que cometía los primeros, pero, en cuanto " a lo demás, la orden protegía de toda especie de castigo. Li- " vingston ha reproducido la misma distinción en el código de " Luisiana: los simples soldados que cometen un delito siguiendo " la orden de sus oficiales no incurren en pena; pero si cometen un " crimen, la orden ya no es causa de justificación. (Artículos 36 y " 37). Esta distinción parece fundarse en que los agentes inferio- " res están menos en aptitud de apreciar la criminalidad de la " orden cuando no tiene por objeto más que un simple delito, cuya " inmoralidad es menos resaltante. Pero la más o menos gravedad " del hecho en nada cambia la cuestión de intención. ¿El agente " ha creído o no legítima la orden? ¿se ha apercibido o sospechado " la criminalidad de la orden? Toda la cuestión está aquí. Si " comete a sabiendas un delito es responsable. La exigüidad del " hecho no puede descargarle de la culpabilidad relativa que pesa

" sobre él, y sólo puede producir en su favor una presunción de " falta de discernimiento.

" Las mismas decisiones deben aplicarse, y con más severidad, " a los funcionarios del orden civil. Pero la responsabilidad en que " pueden incurrir se modifica según los actos que ejecutan. El " funcionario que no hace más que cumplir la orden directa de la " ley está al abrigo de toda imputabilidad... Lo mismo sucede " con el que ejecuta los fallos y mandatos de la justicia, con tal " que tenga misión legal para proceder a esta ejecución, *qui jussu* " *judices*—decía la ley romana,—*aliquid facit, nom videtur dolo* " *malo facere, qui parere necesse habet.* (L. 167 D. de reg. juris). " Cuando la orden, sin embargo, no es ejecutiva sino después de " llenar ciertas formalidades, su ejecución sin ellas sería un hecho " imputable... Los inferiores, además, no están dispensados de " toda verificación: su deber no es, dada la orden, cerrar los ojos " y proceder sin examen a la ejecución. Esta orden no los obliga " sino en tanto que aquel de quien emana ejerce sobre ellos una " autoridad directa, y que la orden se refiere a sus funciones " legales y hace parte de su ejecución. *Liber homo*—decía la ley " romana,—*si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis. Aqui-* " *dioe cum eo est qui jurrit, si modo jus imperandi habuit, quod* " *si non habuit, cum eo ajendum est qui fecit.* (L. 37 D. ad. leg. " Aquil).

" El temor reverencial de los hijos para con sus padres, no " puede constituir la coacción moral suficiente para una justifi- " cación. La orden del padre puede ser un motivo de atenuación " de la pena, pero no justifica completamente al agente. En vano " se alegaría en tal caso la excusa de una fuerza irresistible. La " sumisión filial tiene límites, que la razón como la moral recono- " cen... Esto mismo debe decirse, y con más razón, en el caso de " la mujer con el marido, y del sirviente con el patrón." (Chauveau " Adolphe, tomo 1, páginas 542 y siguientes).

La nota terminaba con las concordancias de práctica.

El artículo 6.º del mismo título, en su parte pertinente, ex- presaba " que no son responsables del daño que pueda resultar, " ni por las leyes penales ni por las civiles, el que en la propiedad " ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea " efectivo y no pueda emplear otro menos perjudicial."

La nota complementaria de la disposición la hemos transcripto anteriormente al hablar del que ejercía un derecho.

La disposición del inciso de nuestro código se encontraba, así, en dos preceptos distintos, ampliamente fundamentados.

*
* *

206. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, contenía la eximente en un solo inciso del artículo 93, declarando sin responsabilidad criminal al que obra en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

*
* *

207. El código de 1886.—El código de 1886 se ocupa en dos incisos, el 7.° y el 15, del artículo 81 de la eximente en estudio. Declara, así, sin responsabilidad criminal, al que obra en cumplimiento de un deber, o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, y al que obra en virtud de obediencia debida.

Los incisos tienen, como puede notarse, origen en los dos proyectos anteriores.

*
* *

208. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 exime en el inciso 10 del artículo 59 al que obra en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo, o en virtud de obediencia debida.

La obediencia es debida cuando la orden emana de quien ejerce sobre el agente autoridad directa, corresponde al género de sus funciones y reviste las formas legales.

La exposición de motivos fundó el inciso, diciendo:

" En el número 10, artículo 59, reunimos, sin alterar nada,

" los incisos 7.° y 15 del artículo 81 del Código. La analogía entre
" el contenido de una y otra cláusula justifica suficientemente la
" reunión. En efecto, el primero de esos incisos se refiere al que
" obra en cumplimiento de un deber, o en el legítimo ejercicio de
" su derecho, autoridad o cargo; y el 2.° al que obra en virtud
" de obediencia debida. Obrar en virtud de obediencia debida, es,
" en rigor, obrar en cumplimiento de un deber, en un caso espe-
" cial. Precisábamos decir cuándo se debe la obediencia, que ex-
" cluye la imputabilidad del acto ejecutado a consecuencia de la
" orden recibida; y hemos debido decirlo para prevenir las vaci-
" laciones y las controversias a que se presta esta causa excluyente
" de responsabilidad. Sin duda, nunca una persona, en las rela-
" ciones generales de hombre a hombre en la sociedad, puede estar
" obligada a obedecer a otro un mandato para ejecutar un hecho
" criminoso o simplemente ilegal, sabiendo que lo es. Sin embargo,
" en el orden jerárquico administrativo, los empleados inferiores
" deben obediencia a los empleados superiores en todo lo que sea
" del resorte de sus funciones; no se la deben, ciertamente, para
" ejecutar crímenes u otros actos ilícitos, cuya ilegalidad les cons-
" te o puedan discernir fácilmente. Pero hay casos en que el em-
" pleado inferior carece de medios para apreciar el alcance y la
" trascendencia del acto que el superior le ordena, y en que, por
" el modo y las solemnidades con que se lo manda ejecutar, debe
" suponerlo legítimo. Así, por ejemplo, un magistrado en el ejer-
" cicio de su cargo dicta a sabiendas una sentencia injusta; em-
" pero, para dictarla, observa todos los trámites del procedimiento
" y reviste su fallo de todas las formalidades legales. Queda eje-
" cutoriada la sentencia y el magistrado la manda cumplir; ¿puede
" el empleado inferior, encargado de ejecutarla, negarse a ello?
" Evidentemente no, porque el fallo reviste la más completa lega-
" lidad, porque no le es dado revisar las decisiones de su superior,
" y porque, si resistiera, faltaría a sus deberes. Casos como este,
" fáciles de generalizar, son los que se prevén al excluir la res-
" ponsabilidad del que obra en virtud de obediencia debida. De
" acuerdo con lo que resulta de dicho caso y de los que se hallan
" en iguales condiciones que él, decimos que la obediencia es de-
" bida cuando la orden emana de quien ejerce sobre el agente
" autoridad directa, corresponda al género de sus funciones y re-
" vista las formas legales."

* * *

209. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, no obstante lo expresado en los fundamentos antes transcriptos, prefirió seguir al código vigente en la época de su redacción, y declaró en los incisos 5.° y 6.° del artículo 41, exentos de responsabilidad al que obrare en cumplimiento de un deber, o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo, y al que obrare en virtud de obediencia debida.

En la exposición de motivos no se traía ninguna explicación sobre el punto.

* * *

210. El código vigente y sus antecedentes inmediatos.—El código en vigor se ha apartado también del proyecto de 1891, considerando que el concepto resulta más claro colocando las dos disposiciones y no solamente una.

La exposición de motivos se limita en esta parte a referirse a los proyectos de 1891 y 1906 y al "Derecho Penal Argentino", del doctor Rodolfo Rivarola.

Este autor, invocado para fundamentar el precepto, fué miembro de las dos comisiones redactoras de los proyectos citados, de manera que la opinión aceptada en el de 1906, acorde con el código entonces vigente, rectifica la del proyecto de 1891, aun cuando no en el fondo, pues sobre el asunto en sí las divergencias no concurren.

XVII

Imputabilidad

(Continuación)

211. Los incisos 6.° y 7.° del artículo 34 y sus concordancias.—212. Fundamento de la legítima defensa.—213. El proyecto del doctor Tejedor y sus bases jurídicas.—214. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—215. La eximente en el proyecto de 1891.—216. La defensa legítima en el proyecto de 1906.—217. Preceptos del código de 1886.—218. Las opiniones de la comisión especial de diputados.—219. Las diferencias entre las distintas leyes y proyectos nacionales.—220. El concepto de la reforma.—221. Los diferentes requisitos de la legítima defensa.—222. La necesidad racional del medio empleado.—223. La falta de provocación.—224. La unidad de tiempo en las diversas circunstancias.—225. La fuga del agredido.—226. La defensa del domicilio.—227. La represión personal de los que atacan la propiedad ajena.—228. La defensa de la persona o de los derechos de otro.—229. Disposiciones del código de 1886 omitidas en el vigente.—230. El artículo 35 y sus concordancias.—231. Origen del artículo y fundamentos del mismo.—232. Las eximentes que amparaban al cónyuge, padre o hermano en ciertos atentados contra el honor.—233. El código no consagra el derecho a matar.

* * *

211. Los incisos 6.° y 7.° del artículo 34 y sus concordancias.—

Artículo 34

No son punibles:

6.° El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7.° El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a y b del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 49, inciso 2.°—Noruego, 47 y 48.—Holandés, 41.—Francés, 64.—Alemán, 53 y 54.—Ruso, 42 y 45.—Húngaro, 79.—Español, 8.°, inciso 4.°—Japonés, 36.—Anteproyecto suizo de 1916, 34.—Proyecto alemán de 1909, 66.—Proyecto austriaco de 1909, 12.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo IV, 10.—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículos 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 93, incisos 8, 9 y 10.—Proyecto de 1891, 59, incisos 8.° y 9.°—Proyecto de 1906, 41, incisos 7 y 8.—Código de 1886, 81, incisos 8.°, 9.°, 10, 11 y 14.

* * *

212. Fundamento de la legítima defensa.—La eximente comprendida en el inciso está, como las anteriores, universalmente reconocida.

Groizard dice, con mucho acierto, que esta causa de exención es de distinta índole de las demás examinadas (1).

" Aquellas consistían en una condición, en una circunstancia " inherente al estado general o modo de ser del agente, concu- " rriendo la cual era irresponsable de toda clase de delitos; esta " otra no depende para nada de su aptitud, de sus circunstancias " morales e intelectuales, esto es, de falta de voluntad, de liber-

(1) El código español de 1870, tomo I, página 253.

" tad, de inteligencia en la acción, sino de un hecho independiente " de la persona objeto del beneficio de la ley, de una situación " extraña, que ella no creó y en que se ve colocada por causa que " no le es imputable."

La defensa de sí mismo no se discute y la facultad de ejercitarla deriva del derecho a la vida, que es el primordial, desde que sin él los demás no existirían.

En el orden social, el Estado lo consagra y lo protege, y por eso, cuando es atacado en una forma tal que la autoridad no pueda ampararlo y el propio sujeto se ve en la precisión de obrar, se entiende que no realiza un acto punible.

La defensa personal es la excepción. Nadie tiene el derecho de hacerse justicia por sí mismo. Consagrar una facultad semejante sería entronizar el desorden. Ordinariamente, el agraviado debe reclamar el reintegro, la reparación o el castigo, de los organismos creados por la sociedad a los efectos consiguientes. Pero cuando el ataque no permite el auxilio social por su perentoriedad, y el sujeto contra el cual se ejercita la violencia se encuentra en peligro inminente de perder la vida, su derecho para repeler la agresión es indudable.

La facultad en sí no es, por consiguiente, materia de controversia. Lo que se discute son los límites del derecho y las condiciones en que se puede ejercitar.

El Código, siguiendo a la ley antes vigente, ha fijado los requisitos y marcado las exigencias. El precepto anterior fué tomado del código español y se encuentra consignado en idénticos o parecidos términos en todas las leyes.

En el examen de nuestros antecedentes encontraremos el más acertado comentario.

* * *

213. El proyecto del doctor Tejedor y sus bases jurídicas.—El proyecto de Tejedor mostraba en esta parte una vez más el carácter especial de sus disposiciones, desde que no se limitaba a disponer, sino que explicaba en este caso, como en otros, los motivos que las informaban.

El artículo 7.° del título 3.°, con el epígrafe de " Defensa legítima en general", decía:

" Toda persona está autorizada para hacer uso de su fuerza " personal con el fin de desviar de sí mismo o de los demás las " violencias ilícitas y los ataques criminales contra las personas, " o los bienes, cuando es imposible solicitar el auxilio de la auto- " ridad contra tales actos, o cuando la intervención de la autori- " dad es impotente para reprimirlos.

" La violencia ejercida contra el agresor, el daño que puede " causársele y la muerte misma que puede dársele, en caso de le- " gítima defensa, no están sujetos a pena alguna siempre que no " se traspasen los límites legales fijados por este código."

La nota expresaba:

" Artículo 125 del código de Baviera.—La definición de la " legítima defensa—dice el Comentario Oficial—supone un peligro " actual que no podía ser previsto. Un peligro futuro, y contra " el cual ha sido posible tomar de antemano precauciones, no basta " para constituir al agente en estado de legítima defensa. Por con- " siguiente, el que se dirigiese a un paraje determinado, sabiendo " que iba a encontrar allí a su adversario, con aviso del ataque " de que iba a ser objeto, no puede invocar el principio de la de- " fensa legítima para excusar este duelo disfrazado. La previsión " y el anuncio del peligro permitían prevenirlo, recurriendo a la " autoridad.

" El derecho de defender nuestra vida cuando está amenazada, " es, según la expresión de Cicerón, una ley de la naturaleza misma. " *Est hoec non scripta, sed nata lex.* La ley romana había hecho " un axioma de este principio de derecho natural, y el Digesto lo " había inscripto en la primer página de sus leyes, *quod quisque* " *ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecise existimetur.* (L. 3 D. " de just et jure). El domina todos los casos de responsabilidad, " aun civil, y así es como Gayo decide en su nombre que el que " mata un esclavo defendiendo su vida no es responsable del daño " causado por su muerte, *itaque si servum tuum latronem insidian-* " *ten mihi occidero, securus eros nam adversus periculum naturalis* " *ratio permittit se defendere.* (L. 4 D. ad leg. Aquil). El prin- " cipio ha sido reproducido por todas las legislaciones. La ley " social no puede exigir, en efecto, que el hombre haga el sa- " crificio de su seguridad personal: su misión es defenderla; pero " si su vigilancia falta, no puede acriminar al que se ha defendido " a sí mismo, cuando no tenía otro medio de escapar al peligro " que lo amenazaba. La civilización, multiplicando los medios de

" policía y seguridad, ha debido tender a restringir cada vez más " el ejercicio de este derecho de defensa; pero no lo ha borrado, " porque constituye un derecho natural del hombre, y su sanción " está en nuestra conciencia." (Chauveau Adolphe, t. 4, p. 151).

A continuación se anotaban las concordancias.

El precepto se refería a la defensa individual, mientras que el siguiente artículo, o sea el 8.° del mismo título, comprendía la defensa de un tercero. El artículo decía así:

" Toda persona está igualmente autorizada para prestar ayuda " de hecho a los que se encuentren en estado de legítima defensa, " gozando el tercero, en tal caso, respecto de sí mismo y de la " persona atacada, de todos los derechos de la legítima defensa, " y comprendiéndole las obligaciones correspondientes, como si " fuese la misma persona atacada."

Y la nota explicaba el artículo, diciendo:

" Artículo 126 del código de Baviera.—Esta decisión se funda " en una sana inteligencia del corazón humano. Si las violencias " se ejercen contra nuestro padre, hijo o mujer, es el caso de la " máxima *in juria uni facta, alteri facta cencetur.* Si se trata de " tercero injustamente oprimido, *etiam ignotissimum,* es lícito " defenderlo *cum inter nos cognationem quandam natura consti-* " *tuerit.* La ley romana, sin embargo, sólo extendía el beneficio a " la defensa del mismo atacado o de los suyos *sibi vel suis.* Fue- " ron los doctores los que, poco a poco y por analogía, hicieron " entrar en este círculo a los amigos, huéspedes y vecinos."

La nota concluye con las concordancias de práctica.

Los artículos 9, 10, 11, 12 y 13 fijaban los límites de la defensa legítima, diciendo:

" El empleo de la violencia a nombre de la defensa privada, " no se considera legítima cuando la persona atacada haya tenido " tiempo y posibilidad de recurrir a otros medios conocidos de " ella para substraerse sin peligro al ataque, resguardar su pro- " piedad, o burlar de cualquier otro modo los proyectos del agresor.

" Si es necesario recurrir a la violencia, el ejercicio de la " defensa privada y el empleo de medios peligrosos no podrán " llevarse más allá de lo que sea necesario para desviar el peligro.

" En consecuencia, el empleo de medios de defensa que pue- " dan ser mortales, será punible, siempre que hubiese bastado una " simple coerción para contener o dominar al agresor.

" Lo será igualmente si pudiendo garantirse del ataque, por

" una defensa negativa, se dirigen medios ofensivos contra la vida " o el cuerpo de su adversario, o si pudiendo inferir a su agresor " una herida no peligrosa, se le hiere mortalmente, o se le mata.

" En la extensión de los límites expresados la defensa es permitida:

" 1.° Contra todos los ataques dirigidos a la persona misma de " la parte atacada, cuando sean de naturaleza capaz de poner en " peligro la vida, la libertad o el pudor.

" 2.° Contra el individuo que, tomado en flagrante delito de " hurto, resista con armas, o huya con el robo en actitud amenazante, sin obedecer las intimidaciones del robado, del agente público, y sin podérsele aprehender de otro modo.

" 3.° Contra los actos criminales de violencia que tengan por " objeto el deterioro, o la destrucción de la propiedad mueble e " inmueble, y que amenacen la vida del dueño presente.

" 4.° Contra los que tienten penetrar por la fuerza, por efracción o de cualquier otro modo ilícito, en las propiedades raíces " de otro, con peligro de la vida de sus habitantes.

" Cuando se ultrapasen los límites de la legítima defensa, " si resulta de las circunstancias del lugar, del tiempo, de las personas, de la clase de ataques, etc., que el individuo atacado no se " excedió, sino bajo la impresión súbita de la turbación causada " por un espanto irresistible, esta imprudencia excusable no podrá " dar motivo a la aplicación de la pena.

" Lo mismo será si, defendiéndose la parte atacada, empleó " un medio de defensa lícito en sí mismo y proporcionado a la " agresión, aunque resulte en perjuicio del agresor un daño que " no era necesario para contener el ataque, y más grande que el " que tuvo voluntad de inferir la persona forzada a defenderse.

" Toca, por lo demás, a los tribunales, decidir, según las circunstancias de cada caso, si la transgresión de los límites de la " legítima defensa ha tenido lugar solamente por imprudencia, o " ha sido el resultado de una intención criminal.

' Las heridas que se hicieran, o la muerte que se dé al injusto agresor, después de terminado el ataque y de alejado " completamente el peligro, serán considerados como actos ilícitos " de venganza y castigados como crímenes voluntarios, a menos " que el hecho pueda justificarse por otros motivos."

Las notas explicaban los artículos, respectivamente, en la forma siguiente:

Nota al artículo 9.°. Artículo 127 del código de Baviera:

" El derecho de defensa legítima—dice el Comentario Oficial " —tiene por límite la necesidad del medio empleado para la protección de la persona. El que puede salvarse por un medio in- " ofensivo no tiene derecho de acudir a un medio violento. Si " tiene tiempo de huir debe usar de esta facultad. Si puede desarmar a su agresor no debe herirlo. Si puede contenerlo, hiriéndolo, no debe matarlo. Es preciso, sin embargo, suponer que la " persona atacada tiene conocimiento de este medio de defensa " más suave, y que puede hacer uso de él sin peligro propio. Así, " la huída es imposible para el soldado que está de centinela, y " para el que teme, huyendo, encontrar a un nuevo enemigo en " su camino. El empleo de medios inofensivos sería también peligroso para el hombre atacado con armas mortíferas. En todos " estos casos la defensa legítima es permitida en toda su latitud.

" El derecho de la defensa supone un peligro actual, y no " puede nacer sino con este peligro mismo. Para usar del derecho " de defenderse—dice Puffendorf—es menester que el peligro sea " presente y como encerrado en un punto indivisible. Este punto " es el momento en que el agresor comienza su ataque. *Eum igitur " qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim " non ex intervallo.* (L. 4 D. de vi armata). Así, las amenazas " mismas de muerte no autorizan el homicidio, porque sólo hacen " nacer un peligro lejano que no exige una defensa actual. No hay " ni sospecha ni temor de un peligro todavía incierto, que baste " para conferir el derecho de anticiparse. El peligro nace cuando " el agresor se avanza contra nosotros con armas, manifestando " claramente su designio. Entonces no hay porqué esperarle. *Si " quis percussorem ad se venientem gladio repulserit, non ut homicida tenetur, quia defensor propioe salutis in nullo peccasse " videtur.* (L. 3 Cód. ad leg. Corn. de sicarius). Puffendorf desarrolla esta ley así. "Si yo me apercibo—dice—que un hombre " viene contra mí con la espada en mano, con aire que deja conocer visiblemente que viene a atravesármela por el cuerpo, y " no tengo donde refugiarme, puedo muy bien dispararle un tiro " antes que esté cerca de mí y a distancia de tocarme con la " espada, de temor que si lo dejase avanzar demasiado, me sea " imposible usar de mi arma."

" En este sentido es también como debe entenderse la otra " ley romana *melius est ocurrere in tempore quam post exitum*

" *vindicare.* (L. 1 Cód. quanto liceat &). No son, en efecto, los " golpes ni las heridas los que hacen legítima la defensa, sino el " peligro que nace de la agresión. El único punto, pues, que hay " que comprobar, es la existencia y carácter amenazante de la " agresión." (Chauveau Adolphe, t. 4, p. 158).

Nota al artículo 10. Artículo 128 del código de Baviera:

" La defensa no puede ser necesaria—dice Chauveau Adolphe " —cuando no es exactamente proporcionada a la naturaleza y " efectos de la agresión, cuando traspasa la medida de resistencia " suficiente para rechazar la agresión. En efecto, es la ley imperiosa de la conservación la que constituye toda la legitimidad de " la defensa. Esta defensa debe, pues, cesar de ser legítima si se " lleva más allá que lo que el ataque exige. La ley romana proclamaba enérgicamente esta regla, cuando reservaba el beneficio de la excepción de la defensa a los actos que tenían por fin " asegurar la conservación del agente y no a los que sólo aseguraban su venganza *si tuendi duntaxat, non ulciscendi causa* " *factum.* (L. 45, pen. D. ad. leg. Aquil). Los antiguos jurisconsultos, en consecuencia, habían trazado el círculo de la defensa: " *moderamem inculpatoe tuteloe dicitur servatum quando illud* " *tantum fit quo omino violentia repelli non possit.* Puffendorf " sostiene igualmente esta limitación del derecho de defensa. Todo el " privilegio de los ciudadanos—dice—se reduce a un simple permiso de rechazar por sí mismo el peligro presente, pero, en cuanto " a la satisfacción futura de la injuria, esto toca a los magistrados.

" Se ha preguntado si la persona atacada está en la obligación de huir cuando tiene facilidad para ello, y si su persistencia en resistir debe hacerle perder el beneficio del estado de " legítima defensa. Esta cuestión era muy controvertida por los " antiguos jurisconsultos. Unos pensaban que la fuga nunca era " un deber, tanto porque puede tener peligros, como porque no " puede realizarse sin deshonor y vergüenza. Otros sostenían, por " el contrario, que el agente tenía obligación de huir desde que " pudiera hacerlo sin peligro. Puffendorf es de esta última opinión. La fuga—dice este publicista—no tiene nada de vergonzoso " ni de indigno, aun para el militar, puesto que no se huye por " cobardía o contra su deber, sino por obedecer a la razón que " nos enseña que no hay verdadera bravura en matar a un " ciudadano de cuyos insultos puede ponernos a cubierto el " magistrado.

" En el foro de la conciencia, esta opinión es enteramente " exacta; el hombre debe evitar la ocasión de derramar sangre " humana: sólo una estricta necesidad puede absolverlo. El que " sale al encuentro de una agresión que amenaza su persona, mientras puede evitarlo, comete una imprudencia. ¿Pero esta falta " es bastante grave para que la defensa deje de ser legítima? No " lo pensamos. La ley no crea deberes tan rigurosos, no impone " obligaciones tan estrictas. Le basta en general que la agresión " haya puesto en peligro la seguridad de la persona, para que " reconozca la legitimidad de la defensa. El derecho de esta defensa nace inmediatamente con el ataque y peligro que produce, " y el hecho de que el agente se exponga voluntariamente no modifica ni la naturaleza del ataque, ni la gravedad del peligro. " No es posible, por otra parte, sostener que ha habido provocación de su parte, porque no puede mirarse como tal el hecho de " no substraerse por la fuga al ataque. En resumen, la razón " aconseja indudablemente la fuga, pero la ley no distingue, y " desde entonces la defensa está protegida, comprobado que sea " el ataque y el peligro, sin averiguar si el agente ha podido huir.

" No sin repugnancia, sin embargo, extenderíamos esta decisión al caso en que la agresión se ejecute por un insensato, por " un hombre ebrio, por una criatura, o por un agente de la fuerza " pública que se engañase y tomase a la persona atacada por otro.

" En estas diversas hipótesis el derecho de rechazar la fuerza " por la fuerza es cierto, se deriva, como se ha dicho, del derecho " mismo, pero es preciso suponer—dice Puffendorf—que no haya " otro medio de evitar el peligro de que uno se ve amenazado, " condición que no debe observarse tan escrupulosamente respecto " de los que atacan de propósito deliberado. No es sólo, en efecto, " un acto de prudencia, sino una obligación rigurosa el evitar el " encuentro de un furioso, de un borracho, de un niño, y huir de " sus golpes siempre que sea posible. El pretexto de la vergüenza " no es ya un obstáculo para la fuga, y la humanidad reclama imperiosamente ponerse al abrigo de semejante ataque para no " tener que rechazarlo. La imprudencia pasaría en tal caso a ser " una falta grave; y si está bien comprobado que el agente pudo " evitar la agresión, y que no lo ha hecho, nos parecería difícil " admitir en su favor la excepción de la legítima defensa.

" Por lo demás, es evidente que la aplicación de este principio está subordinada a las circunstancias variables de cada

" caso. En los actos de ataque y defensa pueden haber mil diferencias, " y para apreciarlas bien es preciso remontarse al momento " mismo de su perpetración. Es preciso considerar el aisla- " miento, la posición, la fuerza física, el carácter mismo de la per- " sona atacada. No es el peligro, tal como puede existir a los ojos " del juez, lo que constituye el estado de legítima defensa, sino " el peligro tal como se ha presentado a los ojos de la persona " atacada. Es preciso, pues, tomar en cuenta sus terrores, su de- " bilidad, las circunstancias que han podido extraviar su juicio. " Si se ha creído de buena fe en el peligro, esta buena fe protege " y legitima su defensa. Lo que el juez debe proponerse es fijar " el punto en que la necesidad de la defensa cesa en el ánimo " mismo de la persona atacada, en que esta persona continúa com- " batiendo, no ya por garantir su vida, sino por vengarse o cas " tigar." (Chauveau Adolphe tít. 4, págs. 160 y siguientes).

A continuación se anotan las concordancias.

Nota al artículo 11. Artículo 129 del código de Baviera:

" La defensa legítima — dice el Comentario Oficial — no se " limita a la protección de la vida, sino que abraza todos los " derechos que pueden ser atacados, sin que sea posible al Poder " Judicial intervenir. Los ataques contra la vida, la salud, el pu- " dor, la propiedad, mueble o inmueble, autorizan el empleo de " la legítima defensa. No hay necesidad de que exista semejanza " entre el derecho atacado y el medio empleado de defensa. Tampoco " se necesita que la violencia se dirija contra la persona, para que " la reacción del ofendido pueda alcanzar la persona del agresor. " Así, es lícito herir de un tiro al ladrón que huye llevándose la " cosa robada, y aun matarle si no hay otro medio de impedir la " pérdida de la cosa. Lo que se precisa únicamente es que haya " necesidad absoluta de recurrir a estos medios extremos, porque " sin esto habría exceso en la defensa.

" Los intérpretes de la ley romana, sin apoyarse en ningún " texto preciso—dice Chauveau Adolphe,—extendían la excepción " a la persona como a los bienes. La glosa lo declaraba formal- " mente: *si surripientem ves tuas interfecisti, nec lege Cornelia de* " *sicariis teneberis*. No tardaron, sin embargo, en nacer algunas " dudas. "Siendo la vida y miembros de nuestro cuerpo—dice " Puffendorf—cosas irreparables, no es extraño que la necesidad " de la defensa dé tan grandes privilegios. Pero cuando se trata " solamente de la pérdida de los bienes, capaces por su naturaleza

" de ser reparados, y de los cuales algunos no parecen absoluta- " mente necesarios para la vida, hay motivos de dudar si puede " llevarse la defensa hasta quitar la vida al que quiere arrebatár- " noslo, y nos despoja actualmente de ellos." La diferencia que " separa estas dos hipótesis es, en efecto, inmensa. El que ve su " vida atacada se encuentra en la necesidad de defenderse, y si " quita la vida al atacante es sólo por conservar la suya. La de- " fensa de una cosa, de una propiedad cualquiera, nunca es ne- " cesaria. El propietario puede, sin grave inconveniente, ceder a " la fuerza, puesto que la ley abre las vías judiciales para per- " seguir al ladrón. ¿Y, además, puede nunca la pérdida de la cosa " robada, por preciosa que sea, justificar el homicidio? ¿tiene acaso " el sentimiento de la propiedad el mismo poder que el instinto " de la conservación de la vida? ¿puede la conciencia reconocerle " los mismos derechos? El propietario puede, sin duda, emplear " todos los medios de resistencia que tenga a la mano; pero, ex- " ceptuando el caso de violencias personales, no puede atacar la " vida del ladrón, ¿porque de dónde derivaría el derecho de ma- " tarle? ¿sería, acaso, un derecho de la justicia que él ejerciese? " ¿ha recibido por ventura la misión de castigar? El no tiene ni " puede tener otro derecho que el que se deriva de la propiedad " misma, es decir, el de velar por la conservación de su cosa. Puede, " pues, o rechazar o arrestar a los que amenacen despojarle de " ella, pero de esta resistencia al homicidio, la distancia es grande. " Es necesario, sin embargo, repetir aquí que no se trata del caso " en que los ladrones ejerzan violencias personales, ni del en que " los preparativos y naturaleza del ataque den lugar a temer por " las personas, al mismo tiempo que por las propiedades. En estas " dos hipótesis no es tanto la propiedad como la persona misma " la que se defiende.

" Otra cuestión igualmente controvertida en el antiguo dere- " cho es saber si el ultraje hecho al honor basta para colocar a la " persona ultrajada en estado de legítima defensa; y para resol- " verla hay que considerar la naturaleza del ultraje. La decisión " más común era que ni las injurias verbales, ni las reales, autori- " zaban la defensa por la fuerza. El derecho de castigar no debe " confiarse sino a la autoridad pública, por el peligro que habría " en dejar al ofendido constituirse en juez de su propia causa. Es- " ta decisión, no obstante, tiene que modificarse, tratándose de " ultrajes irreparables, a los cuales es preferible, según la expre-

" sión de Séneca, la muerte misma, como la violación o tentativa " de violación. En este caso no se trata de un simple ultraje, sino " de un crimen contra una persona, de una mancha que pesaría " toda la vida sobre la víctima, máxime *cum virginitas vet castitas " corrupta restituit non poscit.* (L. 1, C. de rapten virginum). La " necesidad, que constituye toda la legitimidad de la defensa, se " presenta aquí en toda su fuerza; y el homicidio no sería un cri- " men, desde que es el único medio de salvar el pudor del ultraje " que lo amenaza. Este principio estaba escrito en la ley romana; " el jurisconsulto Paulo ponía en la misma línea el homicidio " cometido por defender la vida que por defender el honor: *qui " latronem coedem sibi inferentem, vel alium quemlibet stuprum " inferentem occiderit, puniri non placuit; alius enim vitam, aluis " pudorem publico facinore defendit.* Grocio y Puffendorf no " vacilan en colocar la defensa del pudor en el caso de legítima " defensa, y esta decisión era la regla general de la antigua " jurisprudencia.

" El derecho de rechazar por la fuerza al ladrón nocturno se " encuentra en la ley romana; pero el verdadero motivo de esta " disposición está en que el dueño de casa, incierto de las inten- " ciones del asaltante, debe temer que tenga el designio, no sólo " de robar, sino de ejercer violencias, y desde entonces debe creer- " se en estado de legítima defensa. *Proesumitur*—decía Farinacio— " *quod eo temporefur habuerit animum non solum furandi, sud " etiam occidendi; vel saltem eum sic de nocte veniat, ratione tem- " poris discerni non possent an ad furandum, an vero ad occiden- " dum venerit.* En efecto, los ataques nocturnos dirigidos contra " una casa no inspiran sólo temores por las cosas que contiene. " Los habitantes de la casa atacada tienen tanto más motivo para " temer proyectos homicidas, cuanto que este ataque revela una " audacia más grande, y que durante la noche los socorros son más " difíciles. El ladrón, entonces, no comete sólo un robo, *jam enim " plus est quam fur,* sino que se hace culpable de una agresión " violenta, da lugar a temer sus consecuencias y justifica los me- " dios de defensa que se empleen contra él.

" Estas reglas, que no son restrictivas del derecho de defensa, " sino que trazan el círculo dentro del cual se puede ejercer libre- " mente, no son, tampoco, en esta hipótesis misma, más que la re- " producción del derecho romano. La ley de las doce tablas no " parecía admitir condición alguna, *si noctu furtum fiat, furem*

" *autem aliquis occiderit, impune esto;* pero este derecho absoluto " de homicidio contra el ladrón nocturno, no se mantuvo por mu- " cho tiempo. Gayo, en efecto, citando esta ley, agrega una con- " dición importante, *lex XII tabularum furem nostu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur.* " Por otra ley del Digesto no se acordaba la impunidad al que ma- " taba a un ladrón nocturno, sino en el caso en que no podía dejar " de hacerlo sin correr riesgo su vida, *furem nocturnum* — dice " Ulpiano—*si quis occiderit, ita demum impune foret si parcere " ei sine periculo suo non potuit.* (L. 8, D. ad leg Corn. de sica- " rius). Así es, también, como otra ley decide que el que persigue " en medio de la noche a un ladrón cargado con el botín, no tiene " el derecho de herirle, sino en tanto que éste inicie la resistencia " en el momento de ser tomado. La sanción de estas disposiciones " se encuentra en un fragmento de Ulpiano, de donde resulta que " el que mataba a un ladrón nocturno podía estar sujeto a los da- " ños y perjuicios, y que el que prefería matarle cuando podía " prenderlo, era pasible de las penas del homicidio, *si quis noctu " furem acciderit, non dubitamus quin lege Aquilia teneatur; sin " autem cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est ut " injuria fecisse videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur.* Fi- " nalmente, el emperador Valentiniano pareció querer restringir " todavía el derecho de homicidio contra los ladrones, no acordán- " dolo sino a los habitantes de la campaña, sin duda porque las " ciudades ofrecen más medios de socorro." (Chauveau Adolphe, tomo 4, páginas 168 y siguientes).

La nota colocaba a continuación las concordancias con las antiguas leyes y con los códigos extranjeros.

Nota al artículo 12. Artículos 130, 131 y 132 del código de Baviera:

" Cualesquiera que sean los límites que en principio se tracen " a la legítima defensa—dice el Comentario Oficial,—es preciso " reconocer de hecho que la persona atacada, sorprendida por la " agresión, no puede conservar siempre la sangre fría necesaria pa- " ra observar la medida exacta de la defensa. Un hombre débil " o tímido ve el peligro más grande de lo que es: otro se imagina " que el primer ataque no es más que el preludio de otro más pe- " ligroso. ¿Cómo una ley equitativa podría reprocharles haberse " excedido de los límites de la defensa por miedo o irreflexión? " ¿no es el agresor la causa directa de esta irreflexión y miedo

" que ha ocasionado por su ataque ilegítimo? En tales casos no " debe haber lugar a pena alguna.

" Con esta disposición el legislador ha querido impedir—dice " también el Comentario Oficial—que un hombre animado contra " un tercero de sentimientos de odio, se sirviese de un pretexto " ligero para deshacerse impunemente de su enemigo bajo las apa- " riencias de una defensa legítima, y es por esto que el Código re- " comienda expresamente a los jueces examinar si el exceso de " la defensa ha sido o no voluntario."

También al final de esta nota se consignan concordancias.

Nota al artículo 13. Artículo 133 del código de Baviera:

" Terminado el ataque—dice el Comentario Oficial—y desapa- " recido el peligro, no puede haber ya cuestión de defensa. Los ac- " tos de la persona atacada toman, entonces, el carácter de ven- " ganza, y como tales son punibles. Pero es preciso que el peligro " esté alejado completamente, es decir, pasado del todo, y sin po- " der volver. Si no hubiese desaparecido sino por un instante, y " pudiera renovarse, la falta de seguridad legitimaría todavía el " empleo de la defensa. Ha sido por no dejar ninguna duda a este " respecto que se ha puesto la palabra "completamente".

" Tal era, también, la decisión de la ley romana. *Illum solum* " *qui vims infert ferire conceditur, et hoc si tuendi duntaxat, non* " *etiam ul ciscendi causa factum sit.* (L. 45 pen. D. ad leg. Ag.). " Así, sea que el agresor hubiese sido rechazado, sea que él mismo " se hubiese retirado, la persona atacada no puede perseguirle pa- " ra matarle o herirlo. Su derecho de defensa está basado en un " peligro que ya no existe. "La inspiración que en tal caso nos " animara—dice Pacheco,—podrá ser más o menos excusable por " otras razones; pero no era acto de defensa, cual la ley y el sen- " tido común la exigen para que sea legítima. Es menester que su " ejercicio no pueda evitarse, que su necesidad sea una cosa noto- " ria." (Tomo 1, página 152).

Pero el proyecto no se detenía ahí, pues legislaba acerca de la prueba de las causas de justificación en los artículos 14, 15 y 16, que decían así:

" No se presume que el acusado obra en estado de irrespon- " sabilidad o legítima defensa, y es de su obligación, por consi- " guiente, establecer con pruebas bastantes la certidumbre o pro- " babilidad de las circunstancias que lo justifican.

" Cuando por las declaraciones de los testigos, del agresor

" herido, y reunión de presunciones y circunstancias particulares, " parezca inverosímil que el acusado se halló en estado de legíti- " ma defensa, a causa de lo peligroso del ataque, se presumirá que " éste ha sido ilegítimo, y que se han observado los límites de la " defensa permitida, mientras lo contrario no resulte claramente de " los hechos de la causa.

" Todo aquel que en estado de legítima defensa hiriese o ma- " tase a alguno, está obligado a dar aviso del suceso tan pronto " como le sea posible a la autoridad más inmediata.

" Si no cumple con esta obligación, o trata de ocultar el hecho, " se presumirá que ha habido exceso en los límites de la defensa, " aunque después demuestre que hubo ataque peligroso dirigido " contra él.

" Si el sumario destruye esta presunción, el acusado será " absuelto por lo que hace a la herida y la muerte; pero será " condenado por haber ocultado el hecho, o por haber omitido " declararlo a la autoridad, con prisión de ocho días a un mes."

Las notas expresaban:

Nota al artículo 14. Artículo 134 del código de Baviera:

" Las causas que hacen desaparecer la imputabilidad—dice el " Comentario Oficial,—descansan sobre hechos particulares que no " se presumen. La mayor parte de estas causas son susceptibles " de una demostración rigurosa, y principalmente las del artícu- " lo 2.° de este título, que descansan sobre hechos físicos. Pero " otras no son susceptibles de una demostración tan completa. " ¿Quién podría, por ejemplo, demostrar hasta la evidencia que " ha resuelto y comenzado el acto acriminado en un momento de " perturbación mental, en que ninguna conciencia tenía del acto " o de su culpabilidad? Suponiendo que el acusado pruebe que es- " taba ebrio, que los testigos declarasen haber reconocido en él " todos los signos de la embriaguez, la cólera, desorden o falta de " razón, qué resultará? ¿no puede ser todo esto simulado? La ley " sería demasiado severa si en tal caso exigiese una demostración " absoluta. Debe tomarse en cuenta la verosimilitud natural de los " hechos, y dejar a los tribunales el cuidado de pesar todas las " circunstancias de tiempo, lugar, personas, para determinar en " seguida el valor de la justificación presentada, y rechazarla, o " admitirla según su más o menos verosimilitud."

Nota al artículo 15. Artículo 135 del código de Baviera:

" Los motivos de este artículo—dice el Comentario—se encuen-

" tran dados ya en el artículo anterior. Precisamente es a la " legítima defensa que se aplican dichas observaciones acerca de la " dificultad de la prueba. De aquí las dos presunciones legales " establecidas por este artículo en favor del que ha tenido que " defenderse contra un ataque ilegítimo.

" Sobre las presunciones admitidas por los autores en estos " casos, véase a Escriche, palabra *agresor.*"

La nota al artículo 16 se limita a transcribir como concordancia el artículo 136 del código de Baviera.

*

* *

214. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García declaraba exento de responsabilidad criminal, en el inciso 8.° del artículo 93, al que obra en legítima defensa de su persona y derechos, entendiéndose por personas y derechos propios los del cónyuge, parientes por línea recta y por la colateral dentro de segundo grado; pero es necesario que para ello concurran las siguientes circunstancias:

Falta de provocación;

Agresión ilegítima;

Necesidad racional del medio empleado;

Carencia de exceso en la defensa con relación al peligro.

El inciso 9.° del mismo artículo eximía al que hiere o mata en defensa de un extraño en los momentos de una agresión grave, y concurriendo las circunstancias detalladas en el inciso anterior.

Y el 10 declara exento al que hiere o mata rechazando durante la noche el escalamiento o violencia de la propiedad, o al que encontrase dentro del hogar si se resistiese.

En el informe de la comisión no se dice nada importante al respecto.

*

* *

215. La eximente en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, en el inciso 8.°, declara exento de responsabilidad criminal al que

obra en defensa de su persona o de sus derechos, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

1.° Agresión ilegítima;

2.° Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

3.° Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor.

El inciso 9.° exime al que obra en defensa de la persona o derechos de otro, mediando las dos primeras circunstancias del inciso anterior, y la de no haber participado el tercero en la provocación suficiente que hubiera hecho el agredido.

La exposición de motivos, dice:

" La defensa propia queda consagrada en los mismos términos " y condiciones que establece el Código. A continuación de los re- " quisitos que debe reunir, para ser legítima, añadimos que se en- " tenderá que éstos concurren respecto de aquel que durante la " noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes " o entrada de una casa o departamento habitado o de sus dependen- " cias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor."

" Esta cláusula consagra una presunción de derecho que, co- " mo tal, cederá a la prueba contraria. Su fundamento no puede " ser más obvio. El escalamiento, llevado a cabo durante la noche, " es una agresión ilegítima gravísima, que ningún motivo puede " justificar, y que, por lo común, se produce sin *provocación sufi-* " *ciente,* y aun sin provocación de cualquier entidad. En semejante " situación, es racional la necesidad del agredido de emplear todos " los medios seguros a su alcance para repeler el ataque y prevenir " sus consecuencias. El momento de la agresión, la ignorancia " misma en cuanto a la importancia de ésta y a todo lo que entra " en los designios del agresor y la inminencia del peligro, demues- " tran la necesidad de que el agredido se sirva de los medios más " rápidos y adecuados para detener y rechazar el ataque. En ese " momento y en esas circunstancias no es posible exigirle—ya que " sería imprudente de su parte que lo hiciere—el examen de si, " por el empleo de otro medio, menos susceptible de dañar, podría " obtener el resultado apetecido. Si se distrajera en esto, quizá

" cuando se resolviese a obrar fuese demasiado tarde. Por otra
" parte, la cláusula en cuestión no es, en suma, sino el precepto
" contenido en el número 11, artículo 81 del Código, expuesto de
" una manera más clara y precisa, que hará imposibles las con-
" jeturas y las interpretaciones varias a que se presta hoy.

" El número 9 del artículo 81 del Código legitima la defensa
" en favor de varios parientes—de los ascendientes, descendientes,
" cónyuges, hermanos, afines en iguales grados y consanguíneos,
" hasta el cuarto grado civil,—en las mismas condiciones de la
" defensa propia, pues exige la primera y segunda circunstancias
" de ésta y la de que, en caso de haber precedido provocación de
" parte del acometido, no tuviera participación en ella el defensor.
" El número 10 se refiere a la defensa de un extraño, y requiere,
" para que sea legítima, más requisitos. No solamente exige todos
" los de la defensa propia, sino también que *la agresión sea grave*.

" La teoría de la defensa familiar es antigua en la legislación
" española. Del Código Penal español la ha tomado, casi textual-
" mente, el argentino. La razón de la defensa, en el que rechaza
" un ataque a su vida, a su integridad personal o a sus derechos,
" no es un sentimiento o una afección: es la necesidad de conser-
" varse, es la necesidad de proteger el derecho, en los casos y en
" los momentos en que la autoridad no puede ocurrir para contra-
" rrestar la fuerza y prestar a las personas agredidas el amparo
" que les debe.

" El fundamento de la propia defensa, la necesidad de pro-
" teger el derecho, es también el de la defensa de un tercero, sea
" o no pariente del defensor. La defensa propende a la consecu-
" ción de los mismos fines, obra en idéntico sentido que la adminis-
" tración de justicia. Donde no alcanza el amparo y la acción de
" los poderes públicos, la acción individual es legítima, y la de-
" fensa que un hombre hace de su derecho o del derecho ajeno
" repercute en la sociedad e importa indirecta, pero realmente, la
" defensa del derecho de todos, porque lleva a todos la seguridad
" de que el derecho, en cualquiera que sea ultrajado, encontrará
" otros protectores además de la autoridad. La asociación se sien-
" te tranquilizada por la defensa, de la misma manera que se alar-
" ma, se inquieta y sufre por la ejecución del delito, sea cual fuere
" la víctima de éste.

" Por otra parte, la teoría de la defensa familiar tropieza con
" un inconveniente de primer orden. Los afectos hacia los parientes

" faltan algunas veces y, aunque se presumiera que existen siem-
" pre, no serían ni son de igual intensidad respecto de todos. *Coe-
" teris paribus;* el amor hacia un hijo difiere del amor hacia un
" ascendiente—el primero es más vivo, más grande que el segun-
" do;—el amor hacia un cónyuge difiere del amor hacia un her-
" mano o un afín; y el amor hacia un hermano, del amor hacia
" cualquier otro consanguíneo, más remoto. Si la teoría en cuestión
" fuera fundada, la lógica y la verdad exigirán que se concedie-
" sen facultades más amplias para la defensa de los parientes, res-
" pecto de los cuales el cariño debe ser naturalmente mayor; y que
" esas facultades disminuyeran a medida que los afectos fuesen o
" debiesen ser menores, para desaparecer completamente respecto
" de aquellos a quienes no se tuviere afección alguna. Se llegaría,
" así, a considerar inadmisible la defensa de todo pariente descono-
" cido, o al cual ningún afecto nos vinculara, y de todos los extra-
" ños, desconocidos o no, relacionados o no con nosotros, que nos
" fueran indiferentes. Estas consecuencias serían lógicas.

" Los afectos de un pariente hacia otro, o de un hombre hacia
" otro hombre, en casos determinados, pueden disculpar, pueden
" excusar la comisión de actos vituperados y reprimidos por la ley;
" pero no pueden fundar el ejercicio de un derecho o el uso de la
" fuerza o de un medio indispensable para proteger el derecho.

" No nos detendremos ahora en la anomalía que resulta de la
" ley, en cuya virtud el pariente defensor tiene poderes más ex-
" tensos que el agredido, desde que no se justificaría la defensa
" propia de ese agredido, cuando hubiera motivado el ataque con
" una provocación suficiente, y se justificaría la que en su favor
" hiciera un pariente que no hubiese intervenido en dicha provo-
" cación. Nuestro pariente podría hacer en nuestra defensa lo que
" no podríamos hacer nosotros mismos.

" Las observaciones apuntadas, el ejemplo de las legislaciones
" más recientes y las críticas hechas al código español y al nuestro
" por algunos de sus comentadores, nos han decidido a suprimir
" la disposición que consagra la defensa familiar. La defensa de
" parientes queda incluída en la defensa de terceros, a que alude
" el número 9 del proyecto. En cuanto al contenido de este número,
" hemos eliminado de él la exigencia de que la agresión sea grave,
" porque, si la defensa efectuada por un tercero tiene el mismo
" fundamento que la defensa propia, idénticas deben ser las con-

" diciones de justificación de una y otra. No hay razón para exigir " más al tercero, que, acaso, se expone generosamente en favor de " otro."

*

* *

216. La defensa legítima en el proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, bajo el rubro de defensa legítima, comprendía los incisos 7.° y 8.° del artículo 41, declarando exentos de responsabilidad criminal:

El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurriesen las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;
b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado, o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;

El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a y b del inciso anterior, y en caso de haber precedido provocación suficiente de parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

La exposición de motivos, decía al respecto:

" En la legítima defensa hemos incluído el inciso 11 del Có" digo, porque pensamos que están comprendidos en dicha causa " de irresponsabilidad los actos de fuerza que el referido inciso " enumera.

" Los incisos 9.° y 10 los hemos reducido a uno—el 8.°,—porque " ambos se refieren a la defensa de otro, sea éste un pariente o un " extraño."

*

* *

217. Preceptos del código de 1886.—El código de 1886 legislaba sobre este punto en los incisos 8, 9, 10, 11 y 14 del artículo 81, diciendo:

" El que obra en defensa propia o de sus derechos, siempre " que concurran las circunstancias siguientes:

" 1.° Agresión ilegítima;

" 2.° Necesidad racional del medio empleado para impedirla " o repelerla;

" 3.° Falta de provocación suficiente por parte del que se " defiende.

" El que obra en defensa de la persona o derechos de sus as" cendientes, cónyuge o hermanos, de los afines en los mismos gra" dos y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil, siempre " que concurran la primera y segunda circunstancias expresadas " en el inciso anterior, y la de que en caso de haber precedido pro" vocación de parte del acometido, no tuviera participación en ella " el ofensor;

" El que obra en defensa de la persona o derechos de un ex" traño, en momentos de una agresión grave y concurriendo las " circunstancias detalladas en el inciso 8.°;

" El que hiere o mata al que pretende penetrar en su domi" cilio por escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrase den" tro de su hogar, siempre que haya resistencia;

" La mujer que hiere o mata al que intenta violarla o robarla."

*

* *

218. Las opiniones de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria propuso los incisos 6.° y 7.° del artículo 34, en la forma en que fueron sancionados por el Congreso. Esa redacción fué tomada sin modificación alguna del proyecto de 1906, el que es, así, en esta parte como en otras, el antecedente más preciso de la ley en vigor.

La exposición de motivos, fundando el artículo, decía:

" La comisión ha aceptado el artículo del proyecto de 1906, " en cuanto se refiere a defensa legítima, punto sobre el cual se " ha escrito mucho y se han pronunciado numerosos fallos judi- " ciales con abundancia de citas y antecedentes.

" Conserva el proyecto las exigencias tradicionales que se re- " quieren para que concurra la defensa legítima, esto es, la agre- " sión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para " impedirla o repelerla, y la falta de provocación suficiente por " parte del que se defiende.

" Incorpora el proyecto los casos del que rechazare el escala- " miento o fractura de los cercados, paredes o entradas, y el del " que se encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que " hubiere resistencia. Estos casos se encuentran comprendidos en " el código vigente, aunque en incisos separados.

" La exposición de motivos de 1906 se limita a ligeras indica- " ciones, seguramente teniendo en cuenta que el mismo precepto se " encontraba en el proyecto de 1891, donde se indican las concor- " dancias, y en cuya exposición de motivos se dice que la defensa " propia queda consagrada en los mismos términos y condiciones " que la establece el Código. Dicha exposición no trae más funda- " mentos, probablemente porque se consideró que la materia era " demasiado conocida.

" Debemos, por tanto, referirnos como antecedentes de la dis- " posición, a los que trae Rivarola en su "Derecho Penal Argen- " tino", páginas 426 y siguientes, números 18, 19 y 20.

" El derecho de defensa se explica por la necesidad que im- " pone en salvaguarda de la propia persona, el rechazo de la fuer- " za con la fuerza. Es un derecho fundamental, universalmente re- " conocido, cuyo fondo no se discute. Las divergencias se producen " en la doctrina y en la práctica, cuando se trata de fijar sus lími- " tes, y es por eso que la ley debe tener la mayor precisión posible.

" El doctor Herrera, después de formular una crítica muy " erudita al proyecto de 1906, y de dejar constancia del silencio " de la exposición de motivos, propone una nueva fórmula, con- " cretada en las siguientes palabras: " El que, en defensa de su " persona o de sus derechos, o de la persona o derechos de un ter- " cero, y por medios proporcionados a las circunstancias, rechace " una agresión ilegítima y grave, no será castigado."

" Como puede verse, la redacción propuesta no difiere en sus " conceptos de la contenida en el proyecto.

" Es exacto, como observa el autor de la reforma penal, que " el proyecto no prevé el exceso de defensa, y aun cuando dado el " sistema de atenuantes y agravantes, la elasticidad de las penas " y la amplitud del arbitrio judicial, los jueces podrían individua- " lizar el castigo, teniendo en cuenta todas las circunstancias, he- " mos aceptado la observación. En consecuencia, se ha incorporado " un nuevo artículo que se refiere al exceso en los límites impues- " tos por la autoridad o por la necesidad en términos generales, " estableciendo que correesponderá en estos casos la pena impuesta " para el delito por culpa o imprudencia. De esta manera se es- " tablece la transición entre situaciones extremas."

* * *

219. Las diferencias entre las distintas leyes y proyectos nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor exigía, como hemos visto, determinadas circunstancias para que la legítima defensa se presumiese. Era preciso, entre otras cosas, que el autor del delito se presentara a la autoridad formulando la respectiva denuncia. Esa disposición fué mantenida en nuestra ley, diciendo el artículo 82 del código de 1886:

" Todo aquel que en estado de legítima defensa, hiriese o ma- " tase a alguno, está obligado a dar aviso del suceso, tan pronto " como le sea posible, a la autoridad más inmediata.

" Si no cumple con esta obligación, o trata de ocultar el hecho, " se presumirá que ha habido exceso en los límites de la defensa, " aunque después demuestre que hubo ataque peligroso dirigido " contra él.

" Si el proceso destruye esta presunción, el acusado será ab- " suelto por lo que hace a la herida o muerte; pero será condenado " por haber ocultado el hecho, o por haber omitido declararlo a " la autoridad, con arresto de uno a tres meses."

El proyecto de 1891 suprimió esa exigencia, diciendo la exposición de motivos, para fundamentar la innovación y después de transcribir el artículo 82 antes repetido:

" La obligación que este artículo impone, en su primer pá-

" rrafo, la presunción que establece en el segundo y la pena que
" fija en el tercero, para el caso que el proceso destruya la presun-
" ción, carecen de objeto y de motivo plausible. Está en el interés
" del que ha herido o ha muerto, en su propia defensa o en defensa
" ajena, dar aviso inmediato a la autoridad, pues su silencio le
" creará una situación desfavorable: el hecho de la herida o de la
" muerte se presumirá cometido con intención criminal; y para
" que esta presunción desaparezca será menester que resulte lo
" contrario de las circunstancias de la causa.

" Así, bastará el precepto general sobre la responsabilidad
" para que el que haya obrado en esta defensa se apresure a lle-
" var el hecho a conocimiento de la autoridad; sus conveniencias
" le indican este camino. Pero si, por razones particulares o por
" temores fundados, la persona que se ha defendido o ha defen-
" dido a otro, omite declarar el hecho a las autoridades, ¿cómo pe-
" nar al autor de la omisión en semejante caso? La ley no debe eri-
" gir la omisión en delito, porque consagraría una injusticia; debe
" dejar que los tribunales, aplicando el principio general citado,
" resuelvan si de las particularidades del proceso resulta o no que
" el agente se ha hallado en estado de defensa y, por lo tanto, si
" es o no irresponsable."

El proyecto de 1906 también insistió sobre el mismo punto en la exposición de motivos, que expresa al respecto:

" Se ha suprimido el artículo 82, porque se observó que en
" muchos casos la falta de aviso a la autoridad puede provenir de
" ignorancia o simplemente del temor a las incomodidades y mo-
" lestias consiguientes, y que, por lo tanto, era injusta la presun-
" ción general que el artículo establece. Esto no obstante, la co-
" misión entiende que la fuga y ocultación del hecho debe ser apre-
" ciada por el juez como antecedente ilustrativo, a la par de todos
" los demás, para decidir, en cada caso, sobre la existencia o in-
" existencia de la eximente en cuestión."

*

* *

220. El concepto de la reforma.—Los antecedentes recordados ponen de manifiesto que el Código, sin alterar los conceptos fundamentales, ha modificado las disposiciones en vigor antes de su

sanción. La reforma, que no ha transformado el punto de vista fundamental, ha consistido en presentar los preceptos de manera más sintética y dar mayor margen de apreciación a los jueces.

Así, en el código anterior, se hablaba: 1.° De la defensa propia o de los derechos; 2.° De la defensa de la persona o derechos de los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos; de los afines en los mismos grados y de los consanguíneos hasta el cuarto grado civil; 3.° De la defensa de la persona o derechos de un extraño; 4.° Del que hiere o mata al que pretende penetrar en su domicilio por escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrase dentro de su hogar, siempre que haya resistencia; y 5.° De la mujer que hiere o mata al que intenta violarla o robarla.

No comprendo en esta enumeración los incisos 11 y 13 del artículo 81 del antiguo código, porque no señalan casos de defensa legítima sino de presunta perturbación en el ejecutor. Ante el hecho supuesto, se consideraba que la reacción era, si no justa, por lo menos explicable.

El código vigente se ocupa: 1.° De la defensa propia y de los derechos; y 2.° De la defensa de la persona o derechos de otro.

Se presume, además, la situación de defensa propia, en el individuo que procede contra el que penetra en la casa por la noche, con escalamiento o fractura de cercados, y contra el que encuentra en su hogar, siempre que haya resistencia.

El Código autoriza, en consecuencia, la defensa de la persona y la defensa de los extraños, debiendo mediar, en cada caso, para que concurra el factor legitimidad, determinadas circunstancias.

*

* *

221. Los diferentes requisitos de la legítima defensa.—Hemos dicho ya cuál es el fundamento de la legítima defensa, el que deriva de la necesidad. Manzini, que investiga los orígenes históricos para comprobar la universalidad del principio, dice que el instituto de la legítima defensa privada representa, en definitiva, una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía que el Estado hace al individuo por razones de necesidad, cuando reconoce no poder prestar eficazmente su protección. Constituye, así,

una forma de ejercicio privado autorizado por la función pública (1).

Para que la defensa sea legítima es necesario que concurran tres circunstancias señaladas por la ley. Si una de ellas no se presenta en el caso, el autor debe ser castigado y la eximente no lo ampara.

El primero de esos requisitos es la agresión ilegítima.

El concepto de ilegitimidad, para justificar la defensa, existe en todas las leyes con iguales o diferentes términos. La concurrencia del mismo factor calificativo en el que ataca y en el que repele la agresión, no es concebible salvo en los casos excepcionales de error. Si el que ataca tiene derecho, el atacado carece del mismo, y recíprocamente.

El código de Noruega habla de ataque ilegal; el italiano de injusta provocación; el holandés de ataque repentino e ilegal; el ruso de atentado injusto; el húngaro de ataque o amenaza injusta e inminente; el español de agresión ilegítima; y el japonés de lesión inminente e ilegítima.

La ley exige dos cosas: que haya agresión y que ésta sea ilegítima. La agresión concurre cuando el individuo acomete a otro con vías de hecho que amenazan inferirle de inmediato un perjuicio corporal.

La amenaza no es bastante porque encierra solamente expresiones verbales, y para que concurra agresión se necesita algo más, o sea la vía de hecho.

No es preciso que se llegue a la lesión corporal, no es indispensable que se toque al agredido; basta la iniciación del ataque, el que se revela generalmente por la presentación de armas.

Pero hemos visto que no basta la agresión, sino que debe ser ilegítima, esto es, ejercitada sin derecho.

Las autoridades, cuando atacan al individuo en el ejercicio de sus funciones para hacer cumplir los preceptos de las leyes, no realizan actos ilegítimos, sino acciones perfectamente lícitas.

Las órdenes de quienes pueden darlas de acuerdo con las instituciones en vigor, suponen el acatamiento de todos, afectados o no; pero cuando aquellos a quienes se refieren no las cumplen, el uso de la violencia es indispensable. De lo contrario, las leyes, las sentencias, los decretos, tendrían el alcance de consejos que se cumplirían o no.

(1) Trattato di Diritto Penale Italiano, tomo II, página 166.

Cuando la autoridad procede, la violencia legal tiene las apariencias de la agresión, pero es justa y, por consiguiente, el infractor no está amparado por el derecho.

La defensa se excusa porque la autoridad representante del Estado o de la sociedad no puede concurrir en auxilio del individuo, dada la inminencia del atentado. Pero el mismo fundamento precisa los límites y niega el derecho en contra de la justa acción social.

Los funcionarios públicos, entretanto, pueden proceder legítima o ilegítimamente, y por eso se discute hasta dónde es justo y respetable el ataque llevado a cabo en nombre de la autoridad, cuando se procede sin derecho por parte de ésta.

En una palabra: contra una agresión arbitraria de la autoridad, ¿procede la defensa legítima?

En mi concepto, cuando el funcionario actúa de acuerdo con sus atribuciones, aun cuando abuse de las mismas, no puede considerarse que su procedimiento implique una agresión y autorice la defensa, pero cuando el mismo acciona, careciendo de las mismas, la solución debe ser precisamente la contraria.

Un funcionario tiene siempre un doble carácter, desde que la función que desempeña dentro de los gobiernos constitucionales no le confiere nunca poderes absolutos. Es, en consecuencia, persona como todos, para los actos ordinarios de la vida, y es autoridad para los asuntos de su competencia.

Cuando procede como autoridad y dentro de las facultades que tiene, aun cuando sus actos sean arbitrarios, no puede entenderse que incurre en agresión; cuando se sale de las mismas actúa como un particular cualquiera y cae dentro de la esfera común del derecho.

Pero como dice muy bien Rivarola, no pueden hacerse acentuaciones categóricas en defensa del principio de autoridad, porque podría consagrarse el abuso.

Un empleado puede, en ejercicio de sus funciones, atentar contra la vida de una persona dependiente del mismo o sometida a su jurisdicción. El derecho de defensa, en un caso de esos y ante la agresión, no podría ser discutido.

Los casos pueden multiplicarse indefinidamente, desde que ellos se presentan en la vida diaria, de manera que la ley tiene que limitarse a dar normas claras que no permitan una tergiversación de su espíritu.

Al hablarse de ilegitimidad se entiende que no existe derecho en el atacante. Evidentemente, éste no concurre cuando el que lleva la agresión no ejerce funciones públicas, o ejercitándolas actúa en forma particular y ajena a su carácter de autoridad.

La cuestión se presenta con relación a las reglas que deben darse cuando se trata de la agresión llevada por un funcionario en ejercicio de sus funciones, por ejemplo el caso de un empleado de policía que fuera muerto mientras llevaba detenido al autor de un delito.

Para definirse en situación semejante, sería preciso examinar los hechos y comprobar si el empleado había obrado dentro de sus funciones, o si había intentado la comisión de un delito común que autorizase la defensa.

Las reglas de la ley son claras, y en los casos que se presenten la decisión dependerá de la sensatez de los magistrados.

*

* *

222. La necesidad racional del medio empleado.—El Código exige la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, en el inciso 2.° del artículo.

La agresión ilegítima justifica la defensa en términos generales. Pero el ataque puede ser de diferentes clases, puede tener en cada caso distinta intensidad, y puede provenir de personas en diversas condiciones.

La represión del ataque debe ser proporcionada al ataque mismo. La defensa tiene por objeto impedir el daño personal que la agresión presupone y, por tanto, todo lo que exceda esos límites debe considerarse como abuso y no como acción legítima.

Necesidad racional del medio quiere decir, por consiguiente, empleo adecuado de los elementos de defensa con relación al ataque.

La ley dice *necesidad racional* y no *necesidad absoluta*, y esto requiere una explicación.

Cuando un individuo lleva contra otro una agresión, es preciso contemplar, al hacer el juicio del suceso y de sus consecuencias, la situación de uno y de otro.

El agredido injustamente puede suponer circunstancias distintas a las reales, y puede, verosímilmente, creer en su concurrencia. Así, podría ocurrir en el caso de ser atacado y amenazado con un arma, que resultara después inofensiva: un revólver de juguete, por ejemplo. Si se exigiera la necesidad absoluta, sería preciso que el peligro hubiese sido real para el agredido, y su respuesta para ser legítima debía estar en concordancia con ese peligro real corrido.

Una disposición de ese tipo llevaría a verdaderas injusticias, desde que el agredido, mientras investigara sobre la eficacia posible del ataque, podría ser víctima del atentado. La ley dice, por eso, *necesidad racional*, entendiendo que la persona agredida tiene el derecho de defenderse cuando en presencia del ataque inminente abriga verosímilmente la creencia de que se encuentra en verdadero peligro. Reacciona ante la convicción, derivada de los actos del agresor, y su actitud es legítima, aun cuando en rigor no hubiera estado en un peligro inminente.

La solución se dará en cada caso, teniéndose en cuenta las circunstancias y debiéndose estudiar los hechos y las personas para decidir.

*

* *

223. La falta de provocación.—El Código establece, por fin, que la defensa no se justifica cuando ha existido provocación por parte del que se defiende.

La exigencia del inciso 3.° se encuentra directamente relacionada con el 1.°, examinado antes. Aquél requiere agresión ilegítima, esto es, injustificada, inmotivada. Si la agresión ha sido provocada, si ella implica una reacción contra una ofensa, por ejemplo, el que la suscitó no puede encontrarse en las condiciones de amparo en que lo coloca la eximente.

La ley, al autorizar a la víctima de un ataque injusto para que se defienda empleando medios racionales, supone que la persona atacada no ha dado motivo alguno para esa acción. Si lo dió, la agresión tiene una causa que deriva del propio autor, quien siendo culpable no puede ser autorizado para hacerse justicia por la propia mano. De lo contrario, se multiplicarían los crímenes, desde que quien quisiera vengarse provocaría, con una ofensa, la agresión de su contrincante, para herirlo o matarlo.

La provocación debe ser suficiente, esto es—como dice Groizard (1),—provocación que atendido el orden general con que suceden las cosas, traduzca, excite o influya en la agresión o provocación, y que se extinga o atenúe la responsabilidad del acometimiento, la culpabilidad de la agresión.

*

* *

224. La unidad de tiempo en las diversas circunstancias.—Las circunstancias no pueden separarse. Ellas deben concurrir juntas, y su examen tiene que ser correlativo, siendo preciso tener en cuenta todos los antecedentes y detalles, tanto personales como de hecho, en cada caso que se presente.

Los requisitos de la ley son tres. Dos de ellos, la agresión y la respuesta con el medio racional, a los efectos de impedirla o repelerla, tienen que producirse en el mismo acto. Si el agredido se ausenta y vuelve más tarde a contestar, su situación de legitimidad desaparece desde que la necesidad, o sea la única justificación del procedimiento, no ha concurrido.

Es, entonces, indispensable que no exista un intervalo entre la agresión ilegítima y la contestación adecuada, que haya permitido al atacado buscar otros medios de protección o substraerse a la incidencia.

La duda en ese punto no puede presentarse, teniendo en cuenta el fundamento mismo de la institución.

En cambio, se presta a discusiones la cuestión referente al tercer requisito. Una persona provoca a otra sin que por parte del atacado se produzca reacción alguna. Pasan horas o días, y vuelven a encontrarse los partícipes del anterior incidente, sin que el autor de la anterior provocación se ocupe del otro individuo. Pero éste lo ataca, llevando contra él una agresión ilegítima, que pone en peligro su integridad corporal. El sujeto se defiende y hiere o mata al agresor. El hecho de haber mediado una anterior provocación, ¿coloca al actor fuera de los beneficios de la eximente?

Indudablemente, la resolución de este y de otros muchos casos

(1) El Código Penal de 1870, página 269.

que pudieran presentarse planteando hipótesis, con carácter general, es difícil, porque en cada asunto concreto deben examinarse elementos de hecho que influyen de manera decisiva para la determinación de un criterio.

Entiendo, no obstante y de manera genérica, que sin perjuicio de considerar los antecedentes de conjunto como antes he dicho, los requisitos de la ley se estiman considerando que deben concurrir en un acto, en un lugar y en un tiempo determinado.

*

* *

225. La fuga del agredido.—Otra cuestión, acerca de la cual se han presentado controversias animadas y a la que se refiere especialmente el doctor Tejedor en una de las notas antes transcriptas, es la retaliva a la huída del agredido. Si éste—se dice—estuvo en condiciones de huir y no lo hizo, afrontando el ataque y dando muerte o hiriendo al agresor, ¿lo ampara la eximente?

En mi concepto, la solución es clara, desde que a nadie se le puede exigir la adopción, sin que medie culpa de su parte, de medidas que contribuyan a desprestigiarlo moral o materialmente.

La huída se considera denigrante, y se entiende que revela la ausencia de condiciones personales que se cuidan por todos.

No se podría imponer, así, como una exigencia legal, sin exponerse a una discordancia entre la misma y el sentimiento colectivo. Pero esto no significa que se autorice la represión cuando el incidente puede evitarse sin desdoro.

Los magistrados deberán también tener en cuenta, de acuerdo con el modo de sentir general, las circunstancias de cada caso, desde que la huída que podría denigrar frente a un hombre, se impondría a ser posible tratándose de un niño, de un alienado, de un sujeto reconocidamente débil o enfermo, o de una mujer.

*

* *

226. La defensa del domicilio.—El código de 1886, como lo hemos visto, de acuerdo con el proyecto de Tejedor, declara exento de pena al que hiere o mata al que pretende penetrar en

su domicilio por medio de escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrare dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Se ha entendido por algunos que la disposición era innecesaria, porque al hablar el inciso que se ocupa de la defensa legítima, no sólo de la defensa personal, sino de aquella de los derechos, comprendía dentro de estos últimos términos a la propiedad y al domicilio que suponen derechos fundamentales. Y entre nosotros, sobre todo, la duda no concurre, desde que la Constitución dice en el artículo 17 que "la propiedad es inviolable"; y en el artículo 18 que "el domicilio es inviolable".

En principio, la cuestión no puede dar lugar a dificultades, pero en la práctica, y cuando se trata de fijar los límites del derecho, es cuando aquéllas se presentan.

El Código, sin entrar en detalles y sin plantear supuestos, establece que se entiende la concurrencia de las circunstancias que autorizan la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias.

Exige, en primer lugar, que el ataque se produzca de noche, lo que es perfectamente explicable, pues a la luz del día no se cometen esos atentados y los medios de prevenirlos son múltiples: y requiere también: a) Que se penetre por vía no destinada para la entrada del edificio o sitio en cuestión; b) Que se ejercite fuerza sobre tales entradas.

La penetración puede efectuarse o intentarse por escalamiento, como dice la ley, o sea salvando los obstáculos, ya fueren paredes o cercos, sin romperlos; puede realizarse forzando las entradas; o produciendo fracturas en paredes o cercados. En todos los casos se considera que una acción semejante equivale a la agresión ilegítima, y que el atacado puede hacer uso del derecho de defensa.

Cuando se encuentre a un individuo dentro del hogar—concluye el Código,—ese hecho solo coloca al intruso en situación de agresor, si hace resistencia. El hecho solo del encuentro no autoriza al habitante de la casa para herir o matar, desde que puede tratarse de un sujeto inofensivo, o que no haya significado peligro alguno para el hogar.

La exigencia es, por eso, justa.

* * *

227. La represión personal de los que atacan la propiedad ajena.—Las discusiones surgen cuando se trata de la sorpresa verificada por el dueño, guardador o empleado de una casa que encuentra a un ladrón en el momento de llevarse los objetos hurtados o robados.

Indudablemente, si el delincuente abandona los objetos y huye, no existe el derecho de ejercitar sobre él una coacción que exceda de los límites de la persecución y la captura.

Evidentemente, también, si el ladrón hace frente y ataca, la duda tampoco puede presentarse, y el derecho del agredido para defenderse no se puede discutir.

Pero supongamos el caso que plantean algunos autores. Se trata de un individuo que encuentra a un ladrón que se ha apoderado de todos los bienes que poseía en su caja de hierro. Todos esos bienes son valiosos, dinero y alhajas que constituyen una gran parte de su fortuna.

El ladrón no acepta la intimación de entregarlas y huye con su botín. El damnificado tiene un revólver; persigue al delincuente, pero comprende que no lo alcanzará y que sus bienes serán difícilmente rescatados. Si en esas condiciones hace fuego y hiere o mata al ladrón, ¿se ha defendido? ¿ha incurrido en delito?

Entiendo, en este caso como en otros, que es muy difícil resolver en forma terminante sobre los casos supuestos. Un pequeño matiz en cada uno, derivado de las circunstancias de hecho o de las personas, puede hacer variar fundamentalmente el criterio para la solución.

Pero creo que puede decirse, sin la preocupación de dar una norma que haga incurrir en errores, que en general no debe entenderse que concurra agresión que autorice la violencia contra un individuo que huye y que la defensa de la propiedad no permite la medida violenta, sino en el caso de ser indispensable proceder así.

No obstante esto, en casos excepcionales podría justificarse la acción de hecho sobre el ladrón que huye con la propiedad ajena, teniendo en consideración las circunstancias todas del hecho

y el peligro que podría representar por diversos motivos la persecución misma de aquél.

A este respecto es muy interesante tener en consideración los artículos del proyecto del doctor Tejedor y las notas explicativas puestas al mismo. En esta materia no se han producido innovaciones que permitan acentuar cambios de criterio.

*

* *

228. La defensa de la persona o de los derechos de otro.—El Código, siguiendo los antecedentes nacionales y extranjeros, autoriza en el inciso 7.° la defensa de la persona o derechos de otro. Los fundamentos de la disposición los hemos visto al examinar los antecedentes del asunto en general.

En el código anterior se destacaban como puntos distintos, el relativo a la defensa de los parientes y el relacionado con la defensa de los terceros extraños.

La distinción no tenía ningún fundamento, desde que si se permitía la defensa del extraño, la del pariente estaba de suyo comprendida. De manera que la expresión general *defensa de otro,* adoptada por el Código de acuerdo con el proyecto de 1906, es muy sensata.

Además, las diferencias que se hacían para el caso de defensa de parientes y de extraños, eran injustas y se prestaron a críticas dirigidas, no sólo a la ley argentina, sino a la española, de donde había sido tomado nuestro precepto.

La eximente reposa en el sentimiento de justicia y en el deber de solidaridad que existe entre todos los individuos. Cuando se trata de parientes o amigos, a esos factores de carácter general, justificativos del precepto, se agregan motivos especiales de afecto.

El individuo que concurre a la defensa de otro, injustamente atacado y colocado, a causa de la agresión, en una situación de inminente peligro, realiza una función social, análoga a la que en su caso ejercitaría un representante de la autoridad pública.

Para que esa defensa sea legítima se requiere que exista agresión ilegítima y que el medio empleado para impedirla o repelerla sea necesariamente racional.

La existencia de la provocación por parte del agredido no lo coloca, como hemos visto, en condiciones de alegar la legitimidad de su defensa, porque se entiende que la culpa de la agresión recae sobre el mismo. Pero el tercero, que no hubiera tomado parte en esa provocación, que podía no conocerla siquiera, llegando al lugar en el momento de producirse la agresión, no puede encontrarse limitado por aquella circunstancia, si no fué un partícipe. La provocación de parte del que se defiende implica un acto personal que se carga en la cuenta del autor, pero no en la de otro, ajeno al acto mismo.

*

* *

229. Disposiciones del código de 1886 omitidas en el vigente.—El código de 1886 declaraba también exenta de pena a la mujer que daba muerte a quien intentaba violarla o robarla.

Ese precepto no se ha repetido en el código actual, por considerarse que un acto semejante importa una agresión ilegítima que autoriza la defensa de la persona y de los derechos. La disposición era, así, redundante, y, por tanto, inconveniente.

*

* *

230. El artículo 35 y sus concordancias.—

Artículo 35

El que 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.

CONCORDANCIAS.—Código ruso, artículo 45.—Japonés, 36.—Húngaro, 79.—Holandés, 41.—Noruego, 48.—Anteproyecto suizo de 1916, 34.—Proyecto alemán de 1909, 66.—Proyecto austriaco de 1909, 12.—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículo 12.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 96, inciso 2.°—Código de 1886, 83, incisos 1.° y 4.°.

*

* *

231. El origen del artículo y fundamentos del mismo.—El presente artículo no se encuentra en los proyectos anteriores, y fué colocado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados.

Tejedor, como hemos visto, se ocupa de los casos en que se ultrapasan los límites de la defensa legítima, para decir que los jueces apreciarán el caso y decidirán si corresponde o no la aplicación de una pena.

En el proyecto de Villegas, Ugarriza y García se considera que si no han concurrido las tres circunstancias requeridas para que se considere legítima la defensa, sino algunas de ellas, existe a favor del acusado una circunstancia atenuante. (Artículo 96, inciso 2.°).

El código de 1886 sigue ese mismo criterio, consignando la circunstancia calificativa en los incisos 1.° y 4.° del artículo 83.

Los proyectos de 1891 y 1906 no dicen nada al respecto.

De manera que dentro del mecanismo de esas leyes, la solución se plantea como un dilema: la defensa legítima existe o no. Si existe no hay pena alguna; si no concurre se aplica el castigo ordinario, aunque teniendo en consideración, para graduar la penalidad, la concurrencia de la atenuante.

El doctor Herrera, en su libro "La Reforma Penal", ocupándose del proyecto de 1906, criticó la ausencia de un precepto que se ocupase de las situaciones intermedias. Bajo el sistema del proyecto de 1906 la situación venía a ser aún más delicada que con el del código anterior a la reforma, porque este último consideraba amparado por una atenuante al que excedía los límites de la defensa, mientras que el proyecto, que tenía otro régimen con respecto a las circunstancias calificativas, las que no enumeraba ni declaraba que influían en la pena con arreglo a su número. Por tanto, dejaba o podía dejar al individuo en esas condiciones, expuesto a que se le castigara como en los casos comunes, a pesar de estar en realidad en una situación intermedia no prevista.

El doctor Herrera, decía:

" El proyecto no prevé el exceso de defensa. Es de suponerse " que los autores piensan que en este caso hay un delito, un hecho

" doloso, pero atenuado. Es la doctrina del código español y del " nuestro vigente.

" Nos parece un rigor excesivo. Como lo reconocen los códigos " que antes hemos citado y el proyecto de Stoos y la generalidad, " por no decir la universalidad de los autores, el hombre que se " defiende no se encuentra en la situación del juez en su gabinete, " de poder apreciar con exactitud el peligro del ataque y la na- " turaleza de los medios que se le deben oponer. Su ánimo se en- " cuentra forzosamente turbado por el temor, por la exaltación " propia de quien lucha, y, por lo tanto, se hace muy difícil no " exagerar el peligro y los medios empleados. Como lo ha dicho " Firetti, castigar el exceso de defensa es una ventaja que se da al " bribón que asalta contra el hombre honrado, que, víctima de una " agresión injusta y con su espíritu profundamente perturbado, " tendrá que exponerse a ser considerado como un homicida co- " mún, como un verdadero criminal.

" Sin embargo, no pensamos que se deba suprimir toda pena en " caso de exceso, como hace el proyecto ruso, pero creemos que se " debe dejar al juez latitud bastante para eximir de pena al agente, " o aplicarle una pena análoga al del delito culposo, con el cual " tiene semejanza.

" En efecto, en el exceso de defensa no hay dolo, porque si " se llegara a constatar intención criminal en el que se defiende, " desaparece el exceso para dar lugar al homicidio común. Como " dice Carrara, hay un error de cálculo en la apreciación del pe- " ligro y en la de los medios necesarios para rechazarlo, producido " por la emoción de la lucha, y que se hubiera tal vez evitado con " mayor atención. El exceso, pues, tiene analogía con la culpa, sin " poderse confundir con ella, porque en ésta no se quiere el hecho " producido, y la imprudencia no ha sido provocada por el hecho " ilícito de otro, como sucede en el exceso de defensa.

" Nosotros, pues, aconsejaríamos colocar, como un párrafo se- " gundo del inciso que habla de la legítima defensa, el siguiente:

" *Si hay exceso en la defensa, el juez podrá eximir de pena* " *al agente e imponerle la fijada para el delito culposo.*

" Podríamos haber puesto en esta fórmula, *salvo el caso de* " *dolo,* pero nos ha parecido inútil, porque cuando se constata el " dolo desaparece el exceso para ser substituído por el homicidio " provocado.

" Sin embargo, sería preferible una disposición general sobre

" el exceso, que comprenda la legítima defensa, el estado de ne-
" cesidad y la obediencia jerárquica que, evidentemente, se encuen-
" tran en el mismo caso, estableciendo que *el que hubiere excedido*
" *los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la ne-*
" *cesidad, y el juez creyese deber imponerle una pena, ésta será*
" *la fijada para el delito culposo,* como hace el artículo 5.° del
" código italiano, aunque éste establece una penalidad reduci-
" da." (1).

Basado en esas opiniones, como lo dice la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, al final del parágrafo destinado a ocuparse de la legítima defensa, se colocó el artículo.

Debo hacer presente que esa inclusión fué consultada personalmente por mí al doctor Herrera, con quien convinimos la redacción del artículo tal como se sancionó.

*

* *

232. Las eximentes que amparaban al cónyuge, padre o hermano en ciertos atentados contra el honor.—El código de 1886 contenía dos eximentes más que no se mencionan en el vigente. En el inciso 12 se declaraba exento de pena al cónyuge que, sorprendiendo a su consorte en flagrante delito de adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de ellos. Y en el inciso 13 del mismo artículo 81, al padre o al hermano que hiere o mata al que encuentre yaciendo con su hija o hermana menor de 15 años.

La supresión de esos incisos fué hecha de acuerdo con el pensamiento del proyecto de 1906, cuya exposición de motivos, después de referirse a la supresión del inciso 14, referente a la mujer que se defendía contra el que intentara violentarla o robarla, dice:

" La supresión que también se ha efectuado de los incisos 12
" y 13, responde a esta idea: Que la irresponsabilidad alcance sólo
" al padre, marido o hermano que la merezcan, es decir, a aquellos
" a quienes la vista del doloroso espectáculo, dadas sus condicio-
" nes personales, sus antecedentes y la situación de su espíritu,

(1) "La reforma Penal", página 483.

" les haya producido una enajenación momentánea. No ha creído
" la comisión que pueda reconocerse el *derecho de matar* en tales
" casos; tampoco ha creído que todos, sin excepción, los que se
" encuentran en esas condiciones, lleguen a un estado de pertur-
" bación mental, y entonces ha pensado, con razón, que no podía
" establecer como regla absoluta la irresponsabilidad, y que ha-
" ciendo obra de individualización debía librar al juez la facultad
" de absolver según las circunstancias particulares del hecho. Es
" lo que proponemos, mediante el párrafo último del inciso 3.° del
" artículo 85, cuya mejor explicación son las siguientes palabras
" de los miembros de esta comisión, doctores Piñero, Rivarola y
" Ramos Mejía. El primero, dijo: " La cuestión del adulterio no
" puede ser considerada de una manera uniforme, porque en todas
" las esferas de la sociedad, las relaciones conyugales no tienen
" la misma delicadeza. Tratándose de la clase baja del pueblo,
" es sabido que a veces el hombre elige como esposa a una mujer
" cuya falta de honestidad le consta. También se ha comprobado
" en algunos procesos, que el marido ha consentido el adulterio
" de su esposa, o que el mismo la ha impulsado a cometerlo. En
" tales casos, y en otros que podrían citarse, el juez debe tener
" completa libertad para apreciar los hechos y negar la exención
" de responsabilidad. Teniendo presente las consideraciones ante-
" riores, votaré por la supresión del inciso, pero esto no importará
" coartar el derecho que tiene todo hombre, sobre todo los de
" cierta clase social, para ampararse de la exención de responsa-
" bilidad, cuando procede impulsado por la excitación que le pro-
" duce el adulterio de la mujer." El segundo, dijo: " Que al su-
" primir en su anteproyecto la disposición sobre el cónyuge, tuvo
" presente los casos en que la exención de irresponsabilidad se
" impone; que al efecto, en el artículo 27, exceptuaba de respon-
" sabilidad al que hubiere cometido el hecho en un estado de
" perturbación mental cualquiera, en cuyos términos estaba com-
" prendido el impulso motivado por el justo dolor, y que, a pesar
" de haber sido substituída la palabra *perturbación* por la de
" *enajenación,* cree que la disposición siempre será aplicable."
" El doctor Ramos Mejía, dijo, por último, con referencia a las
" anteriores palabras del doctor Rivarola, que la exención será
" aplicable, porque el nuevo término *enajenación* es más vasto
" que el anteriormente propuesto, porque comprende toda pertur-
" bación, inclusive la producida por la embriaguez.

" En cuánto al inciso 13 del mismo artículo 81 del Código, " que exime de pena al padre que hiere o mate al que encuentre " yaciendo con su hija o hermana menor de 15 años, también es " eliminado, por las mismas razones que han motivado la supre- " sión del precedente." (Actas de la comisión).

El doctor Rodolfo Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino", reproduce los conceptos de la exposición de motivos y los amplía, pudiendo servir el capítulo correspondiente como antecedente para la interpretación de nuestra ley represiva.

* * *

233. El Código no consagra el derecho a matar.—El código de 1886 consagraba en realidad el derecho a matar en determinados casos. El cónyuge ofendido o el padre afectado podían preparar una celada al amante y asesinarlo de manera premeditada, sin tener consecuencias, puesto que la ley consagraba la absolución en todos los casos. Era un derecho brutal y que se prestaba a muchas injusticias.

El proyecto de 1906, como hemos visto, se levantó contra esa legislación, y sus conclusiones votadas en la Cámara de Diputados fueron afirmadas en la de Senadores.

El proyecto en el inciso 3.° del artículo 85, castigaba con prisión desde tres hasta seis años al ascendiente o al hermano que matare a su cónyuge, descendiente o hermana, o al cómplice, o a ambos, en el acto de sorprenderles en ilegítimo concúbito, pudiendo los jueces eximir de pena, según las circunstancias particulares del hecho.

El Senado, por intermedio de su Comisión de Códigos, cuyo despacho fué aceptado, propuso una redacción más general, estableciendo en el inciso 1.° del artículo 81, que se impondría reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta, y que las circunstancias hacían excusable.

La Cámara de Diputados había establecido en el mismo artículo la pena de reclusión o prisión desde tres hasta seis años.

La Comisión de Códigos del Senado explicaba la modificación, como lo veremos al estudiar la parte especial, y marcaba especialmente su divergencia con lo que llamaba el derecho de matar consagrado antes de la reforma.

De manera que, bajo el sistema represivo actual, si se presenta uno de los casos en que el código anterior declaraba la exención sin distinciones, puede corresponder, según las circunstancias, la absolución, la condena simple o la condena a una pena especialmente atenuada. Los tribunales tienen, así, un margen amplísimo de apreciación, y están en condiciones de hacer justicia de acuerdo con los hechos ocurridos.

XVIII

Menores

234. Las modificaciones fundamentales del código vigente.—235. La situación de los menores en el proyecto del doctor Tejedor.—236. Los menores en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—237. El sistema del código de 1886 y sus errores.—238. Las innovaciones del proyecto de 1891.—239. El sistema propuesto en el proyecto de 1906 y sus fundamentos.—240. El código vigente y los fundamentos de la comisión especial de diputados.—241. La ley n.° 10.903 sobre patronato de menores.—242. El artículo 36 y sus concordancias.—243. La eximente y las medidas de seguridad.—244. Fundamentos dados en la cámara de diputados.—245. El artículo 37 y sus concordancias.—246. Los fundamentos del precepto.—247. El artículo 38 y sus concordancias.—248. Fundamento de la disposición.—249. El artículo 39 y sus concordancias.—250. Fundamentos del precepto anterior.—251. Necesidad de complementar la legislación de fondo.—251 bis. Las disposiciones sobre menores en el senado.

*

* *

234. Las modificaciones fundamentales del código vigente.— El código en vigencia ha introducido en esta materia modificaciones fundamentales.

Los preceptos que contiene presentan grandes diferencias con aquellos de las leyes que han servido de antecedente en los demás puntos sobre los cuales ha legislado. Por eso no estudio los precedentes nacionales al examinar los artículos del Código, pues

ellos, en esta parte, no contribuyen, como en las otras, a explicarlo de una manera completa.

Lo dispuesto por las leyes que han regido y por los proyectos examinados en cada caso, sirven para destacar la evolución y poner de manifiesto la importancia de la reforma. Esta se hizo por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, la que aceptó en todas sus partes el anteproyecto que le llevara, debidamente autorizado por la misma, para redactarlo.

*

* *

235. La situación de los menores en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto de Tejedor en el artículo 2.°, inciso 1.° del título tercero, declara exentos de toda pena a los menores de diez años.

La nota que se coloca al pie del precepto se limita a señalar concordancias con el propio proyecto y con leyes extranjeras.

En el artículo 2.° del título cuarto, que legisla sobre la atenuación legal de la pena, se dice que los niños que antes de los diez años cumplidos cometan un crimen, serán entregados a la corrección doméstica de sus superiores, sin perjuicio de la cooperación y vigilancia de la autoridad.

La nota, dice:

" Según el código de Baviera, hasta los ocho años no hay " criminalidad. De los ocho a los doce, la pena sólo puede ser " prisión de dos días a seis meses, y de los doce a los dieciséis " la pena del crimen mismo se disminuye. (Artículos 98 y 99).

" La juventud del malhechor se considera como causa de " atenuación legal—dice el Comentario Oficial—cuando el acto " se comete entre el octavo y décimosexto año. Antes de los " ocho años el niño no tiene ni bastante inteligencia, ni bastante " reflexión, para ser susceptible de pena propiamente dicha. Des- " pués de los dieciséis años hay bastante reflexión e inteli- " gencia para responder de sus acciones: entre estas dos edades " hay ya imputabilidad, y el legislador puede pronunciar una " pena. Pero esta imputabilidad aumenta con los años y el des- " arrollo intelectual, que es su consecuencia. Habría sido contrario

" a las leyes de naturaleza someter a una represión uniforme " los actos cometidos desde los ocho a los dieciséis años. Es " por esto que el código divide este intervalo en dos períodos, " uno de ocho a doce, y otro de doce a dieciséis. Toca al juez, " además, arbitrar la pena, según que la persona está más o me- " nos desarrollada.

" Según las Partidas, el menor de diez años y medio era in- " capaz de culpa, *ob inocentiam consilii* (L. 9, tít. 1, P. 7), y " desde esta edad hasta los dieciséis años, la pena debía de ser " menor siempre (L. 21, tít. 1, PP. 7 y 8; tít. 31, P. 7), no pudiendo " imponerse antes la de muerte (auto 19, tít. 11, tít. 8, R. C.). " En los delitos de carne, las mismas Partidas extienden la irres- " ponsabilidad hasta los doce años en las mujeres, y catorce en " los hombres. (L. 9, tít. 1, PP. 7 y 21, tít. 1, PP. 1 y 4, tít. 19, P. 6). " *Fere inomnibus poenalibus judiiis oetati sucurritur*—decía el " derecho romano.—Nosotros adoptamos el límite de diez años con " el código de Austria y el de Luisiana, siguiendo, además, nues- " tros antecedentes legislativos. (En el código español véase el " art. 9, inc. 2.°. En el austriaco art. 39, inc. 1.°. En el napolitano " art. 66. En el brasilero art. 8, inc. 10. En el peruano art. 9, " incisos 2.° y 3.°. En el boliviano, art. 15, inc. 1.°).

" Hay—dice Rossi—entre el día del nacimiento de un hombre " y la edad de dieciséis años un punto en que la presunción de " inocencia se debilita bastante para que el acto individual me- " rezca ser examinado, pero antes de alcanzar este punto, la pre- " sunción de inocencia es de tal modo fuerte que debe dominar " sin limitación y no admite examen alguno. Colocar en el banco " del acusado a un niño que no tiene ocho o nueve años cum- " plidos, es un escándalo, es un acto afligente que nunca tendrá " el asentimiento de la conciencia pública. Lo que hay que dar a es- " tos pequeños desgraciados es una educación, y no una pena." (Tomo 2.°, página 156).

El proyecto empieza, así, por una disposición terminante respecto a la inimputabilidad de los menores de diez años.

Después establece en el artículo 3.° del mismo título cuarto, que tratándose de mayores de diez años, pero menores de catorce, hay que tener en cuenta si son o no capaces de imputabilidad. Si no lo son corresponde la exención de pena, y si son reconocidos capaces no podrán ser castigados por crimen voluntario, sino con

prisión de dos meses a un año, que se agravará según las circunstancias con trabajo forzoso dentro de la prisión.

La nota explicativa, dice:

" La ley romana ensayó determinar los grados progresivos " que recorre la inteligencia del hombre. La infancia propiamente " dicha duraba hasta los siete años, y hasta esta edad estaba com- " pletamente protegida. La misma presunción amparaba al niño " hasta los diez años y medio, o nueve y medio en la mujer, pues " hasta ésta edad se le consideraba próximo a la infancia, e inca- " paz de pensamiento criminal, *non dolo capax*, y aun hasta la pu- " bertad, doce o catorce años, según el sexo; pero en este segundo " caso se admitía la prueba en contrario, según la regla *malitia* " *supplet oetatem*, y el impúber podía ser castigado *si proximus* " *pubertati sit et ob id intelligat se delinquere* (instit de oblig. " quoe ex del nasc., 118). La pena, sin embargo, era menor: *Pupil-* " *lus mitius punitur*. (L. 14, D. de Sen. Cons. Sillan.). Desde la " pubertad hasta los dieciocho años, en que el púber se consi- " deraba menor, y aun hasta los veintitrés años, época de la mayor " edad, la ley no establece más diferencia que en la cantidad y en " la naturaleza de la pena, siempre más pequeña para los menores " (L. 7, Cod. de penit., etc.). Debe advertirse, además, que estas " distinciones no tenían lugar en los crímenes atroces, porque la " ley presumía que la inmoralidad de éstos debía estar al alcance " de la inteligencia misma del niño.

" La legislación inglesa, lo mismo que la romana, sienta como " principio que el menor de siete años no puede estar sujeto a pro- " ceso.

" Desde esta edad hasta los catorce años es *prima facie doli* " *incapax*, según la expresión del estatuto inglés, pero está sujeto " a la máxima *malitia supplet oetatem*; las penas, sin embargo, " son menos rigurosas a su respecto. Desde los catorce años, el " menor pierde el beneficio de esta presunción favorable y es pa- " sible de las mismas penas que el mayor. La ley no introduce ex- " cepción a esta regla hasta la edad de veintiún años, sino res- " pecto de ciertas contravenciones, que consisten en omisiones de " hacer, porque como el menor de veintiún años no tiene la libre " disposición de sus bienes, no podría satisfacer la multa. (Blacks- " tone, Com., tomo 1, página 29).

" El sistema del Código Penal austriaco se asemeja en muchos " puntos al anterior. Sin embargo, por una disposición tomada de

" la ley romana, las acciones punibles de los niños que no han cum- " plido diez años se abandonan a la corrección doméstica. Ningu- " na responsabilidad penal pesa sobre ellos. Desde los once hasta " los catorce años, los delitos que cometan no se consideran y cas- " tigan sino como infracciones de policía. Pero como sucede en la " legislación inglesa, estas distinciones cesan en dicha época, y los " mayores de catorce años tienen las mismas penas que los hom- " bres maduros. (Código Penal, primera parte, artículo 2.°, y se- " gunda parte, artículo 4.°).

" El código criminal del Brasil traza límites más profundos. " Los menores de catorce años no se consideran culpables de los " crímenes que cometen; sólo están obligados a reparar con sus " bienes el perjuicio que causan, y si se prueba que han obrado " con discernimiento pueden ser encerrados en casas de corrección " hasta los diecisiete años. A los catorce la presunción favora- " ble cesa para el menor; pero si es reconocido culpable puede " infligírsele una pena inferior de una tercera parte a la reser- " vada para el crimen. En fin, hasta los veintiún años su edad " sólo constituye una circunstancia atenuante que disminuye el " castigo. (Artículos 19, 11, 13 y 18).

" Buscando los principios que deben determinar la resolución " de esta cuestión, es preciso reconocer—dice Chauveau Adol- " phe—que no es posible fijar un límite cierto entre la ligereza " del niño y la madurez del hombre, calcular la época precisa en " que la razón comienza a ilustrar nuestras acciones, en que la " inteligencia pesa sus consecuencias, y en que la conciencia juz- " ga su moralidad. La diversidad de las decisiones de los legis- " ladores sobre este punto es ya una prueba de ello. ¿Ni cómo " pretender a un resultado exacto, cuando nuestros medios de ob- " servación son necesariamente incompletos? La apreciación del " grado de inteligencia de un niño no puede hacerse sino por vía " de inducción... Es, pues, peligroso sentar una regla general, " que determine de antemano una edad de irresponsabilidad. Los " niños difieren entre sí tanto por su inteligencia como por su " físico. La naturaleza ha puesto grados diversos en las faculta- " des con que los ha dotado. Estas facultades reciben de su po- " sición social y de la educación desarrollos más o menos gran- " des, más o menos rápidos... La ley debe limitarse a cubrir los " actos de la infancia con una presunción de inocencia. Esta pre- " sunción que la protege y la defiende satisface a todas las exi-

" gencias de la justicia. Nadie, en efecto, contesta la irresponsa-
" bilidad de los niños en sus primeros años, pero cuanto más avan-
" zan en edad, tanto más se debilita, y tórnase dudosa esta excu-
" sa. Al principio es una prueba dirimente de la inocencia de los
" acusados, después se cambia en una simple presunción; y, por
" fin, llega el momento en que esta presunción misma debe des-
" aparecer, y es cuando el niño se ha vuelto adulto, ha madurado
" su razón, se han desarrollado sus facultades, y su inteligencia y
" sentido íntimo le revelan la moralidad de las acciones. La pre-
" sunción, entonces, se vuelve contra él, porque se supone que ha
" obrado con conocimiento del crimen." (Tomo 1, páginas 449 y siguiente).

Pero el proyecto, no sólo reconoce las categorías anteriores, puesto que en el artículo 4.°, establece:

" Si en el momento de la consumación del crimen, los culpa-
" bles son mayores de catorce años, pero menores de dieciocho,
" y son, además, reconocidos capaces de imputabilidad, la pena
" se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la
" de penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitencia-
" ría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitén-
" ciaría, y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado, con
" prisión de uno a tres años."

La nota dice, después de citar el código de Baviera, que la teoría de la materia puede reducirse a tres reglas importantes: irresponsabilidad de la primera infancia hasta los diez años; presunción de inocencia hasta los dieciocho; y caso de haber obrado el acusado con discernimiento, atenuación de la pena en general hasta la misma época, y de la de muerte hasta los veintiuno. Cita en seguida las leyes de Partidas y varios códigos extranjeros, refiriéndose en el final a la pena de muerte respecto a los menores. Acerca de este punto transcribe una opinión de Haus.

El artículo 5.° del mismo título, trae algunas reglas generales de criterio, diciendo:

" Para efectuar la medida de las penas de los artículos ante-
" riores, se tomará particularmente en consideración la naturale-
" za de la infracción en sí misma, la edad más o menos avanzada
" del culpable, el carácter de su inteligencia, el grado de su edu-
" cación y la de las malas inclinaciones que hubiese manifestado."

El 6.° se refiere al régimen carcelario y dispone la separación de los menores de los demás condenados, agregando a la prisión

un trabajo moderado y una educación religiosa y moral, apropiada a sus años. Y el 7.° dispone que las infracciones por culpa o imprudencia, cometidas por menores de dieciocho años, no aparejan pena, pero someten a sus autores a la corrección doméstica y a la vigilancia de la autoridad, si las circunstancias lo exigieren.

La nota, dice:

" Artículo 102 del código de Baviera.—Si se decide, pues, que
" no ha habido discernimiento en la acción, los jueces deben ab-
" solver al menor de dieciocho años, pero no lo harán entrar de
" nuevo a la sociedad sin que alguno tenga las miradas fijas so-
" bre su conducta. Así, o lo entregarán a sus padres, si tienen
" confianza en ellos, o en caso contrario lo mantendrán bajo la
" vigilancia de la autoridad según las circunstancias." (En el código francés, véase el artículo 66, y Chauveau Adolphe, tomo 1, página 465).

*
* *

236. Los menores en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García estableció en el inciso 1.° del artículo 93, que estaba exento de responsabilidad criminal el menor de diez años; y en el inciso 2.° del mismo artículo extendió la exención al mayor de diez años y menor de quince, si resulta que obró sin discernimiento.

Además, y según el inciso 1.° del artículo 96, el hecho de ser el delincuente menor de dieciocho años o mayor de setenta, constituía para el mismo una circunstancia atenuante.

En el informe acompañado al proyecto no se hacía ninguna consideración sobre esas disposiciones.

*
* *

237. El sistema del código de 1886 y sus errores.—El código de 1886 adoptó el sistema del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, diciendo en los incisos 2.° y 3.° del artículo 81,

que están exentos de pena: los menores de diez años y los mayores de diez años y menores de quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento.

Además, en el inciso 2.° del artículo 83, se establece que es circunstancia atenuante ser menor de dieciocho años o mayor de setenta.

El Código fué sumamente criticado, no sólo porque no autorizaba ninguna medida sobre el menor absuelto, sino porque exigía la comprobación sobre la concurrencia o la inexistencia del discernimiento, lo que es muy difícil de establecer.

Se apartaba del proyecto Tejedor, que tomaba algunas precauciones, y no manifestaba preocupación alguna por la corrección de los menores delincuentes, ni por apartarlos de la reincidencia, posible siempre, y segura en la mayoría de los casos persistiendo las condiciones del medio.

*

* *

238. Las innovaciones del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 declaró en el inciso 4.° del artículo 59 exento de responsabilidad criminal al menor de catorce años. Y agregaba el inciso:

" Si de las circunstancias de la causa y de las condiciones " personales del agente resultare peligroso devolverlo a sus pa- " dres o guardadores, el juez ordenará su colocación en un esta- " blecimiento agrícola, industrial o de enseñanza, destinado a la " corrección de menores. El menor no podrá salir del estableci- " miento antes de la edad de dieciocho años, sino mediante re- " solución judicial, previo informe de la dirección del estableci- " miento sobre su buena conducta."

El proyecto no creaba distintas categorías de menores, según las edades. Declaraba en general irresponsable al menor de catorce años sin distinguir entre los que tuvieran o no discernimiento, y autorizaba medidas por parte de la sociedad sobre el pequeño delincuente cuando los jueces lo considerasen oportuno.

El cambio de criterio era, así, fundamental.

El mismo proyecto, en el artículo 61, y refiriéndose al precepto anterior, que fija reglas respecto a la aplicación de las penas en cuanto a sus términos, dice que debe tenerse en cuenta entre otros factores que enumera, la edad del procesado.

La exposición de motivos hace la crítica del sistema anterior y fundamenta el que se sostiene. Dice así:

" El código vigente exime de pena: ... 2.° A los menores de " diez años; 3.° A los mayores de diez años y menores de quince, " a no ser que hayan obrado con discernimiento. (Artículo 81). El " primero de estos preceptos declara irresponsable siempre al me- " nor de diez años. En su virtud, cuando se trate de un acto cri- " minoso, realizado por un menor de diez años, bastará compro- " bar que el agente no ha cumplido esta edad para que se suspen- " da toda medida y todo procedimiento y se sobresea libre y en- " teramente en la causa. Es la única comprobación que deberá hacer- " se. El segundo precepto considera o presume irresponsables tam- " bién a los mayores de diez años y menores de quince; pero ad- " mite la prueba contraria, la de que hayan obrado con discerni- " miento, caso en el cual serán responsables y se les impondrá la " pena que merezcan.

" Hemos reemplazado las dos disposiciones aludidas por otra " que exime de responsabilidad al menor, sin limitación alguna, " hasta los catorce años, no porque, a nuestro juicio, el discerni- " miento no empiece antes de esa edad, sino por razones de otra " índole. Estamos persuadidos de que el discernimiento, la apre- " ciación de la moralidad o inmoralidad de los actos, de ciertos " actos, sobre todo, como los delitos, comienza generalmente an- " tes de los diez años. Empero, un menor de catorce años, en vir- " tud de sus cualidades personales diversas, de su desarrollo in- " completo, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de " los cambios que en él se han de operar necesariamente, y de la " serie de datos positivos que lo diferencian de los mayores de " edad—aunque comprenda la criminalidad de un hecho y lo eje- " cute a designio,—no podrá ser equiparado a un adulto, para res- " ponsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penali- " dad. La aplicación a los impúberes, en algunos casos, cualquie- " ra que sean, de los medios represivos calculados y establecidos " para los adultos, importa prescindir del primer elemento—de las " condiciones personales del agente,—que debe tenerse en cuenta " para fijar la represión; y dará siempre resultados negativos " y perjudiciales a los impúberes y a la sociedad: a los primeros " porque quedarán inscriptos en el grupo de los criminales, y así " habrán salvado uno de los mayores obstáculos que podían pre- " servarlos del delito—el temor de ser confundidos con los bri-

" bones y el deseo de mantener en los demás la creencia de su " honestidad; a la sociedad, porque habrá gastado simplemente " su dinero, cuando no lo haya hecho para alimentar un reinci- " dente futuro. Los menores de catorce años, declarados absolu- " tamente incapaces por el Código Civil, no pueden ni deben es- " tar sujetos a las penas establecidas para los adultos.

" Por eso, y en ese sentido, los declaramos irresponsables. Pe- " ro esto no quiere decir que no deba adoptarse medida alguna " en resguardo de la sociedad y en bien de los impúberes. Sería " y es tan deplorable y pernicioso dejar a esos menores completa- " mente librados a sí mismos, en situación de cometer nuevos he- " chos criminosos y de adquirir el hábito del delito, como decla- " rarlos responsables a la par de los adultos e imponerles un me- " dio represivo inadecuado. La sociedad no puede desentenderse " de los impúberes que delinquen, debe contar con ellos y procu- " rar su enmienda. A esto responde la disposición que sigue al in- " ciso que declara irresponsables a los menores de catorce años. " Si esos menores tienen padres o guardadores, como la misión de " encaminarlos y corregirlos corresponde ante todo a la familia, " nada obstará a que se entreguen a dichos padres o guardadores, " si por razón de las condiciones personales de éstos y de las cir- " cunstancias de la causa no resultare peligrosa la medida; pero " si resultare peligrosa, tengan o no los menores padres o guar- " dadores, no podrán ser entregados a ellos, y el juez deberá or- " denar su colocación en un establecimiento agrícola, industrial " o de enseñanza, destinado a corregirlos. Se comprende que el " peligro de entregar los impúberes a sus padres o guardadores " podrá resultar de la ineptitud y de los vicios de éstos; entonces, " para preservarlos del mal ejemplo y de la mala educación, se " les separará y se les colocará en alguno de los establecimientos " indicados.

' Las colonias agrícolas para menores delincuentes o de mala " conducta han producido excelentes resultados en Francia, en " Inglaterra, en Alemania, en Bélgica, en Holanda, en Suiza, en " Estados Unidos y en todos los países donde han sido fundadas. " Es que en ellas el menor queda substraído al medio vicioso en que " se desenvolvía, su actividad se aplica al trabajo y se hace posi- " ble, con su crecimiento en un ambiente propicio, una transfor- " mación de sus instintos, o cuando menos una transformación so- " cial de su carácter y el desarrollo de sus buenas inclinaciones

" a expensas de las malas. Los establecimientos industriales son " también convenientes para la colocación de menores, aunque no " ofrezcan todas las ventajas que las colonias agrícolas. Hemos de- " bido mencionarlos en segundo término, para el caso de que no " existan colonias agrícolas o no sea posible enviar a ellas a los " menores. Las casas de enseñanza bien reglamentadas, sometidas " a un régimen y a una disciplina distintos de los observados en " las casas de corrección conocidas, cuyos efectos todos deploran, " pueden ser útiles, a falta de los establecimientos antes enuncia- " dos, y pueden serlo sobre todo cuando se trate de niños de muy " tierna edad, a los cuales, por razón de esa misma edad, no con- " venga la colonia agrícola, ni el establecimiento industrial.

" Si se considera que hasta hace poco, en esta ciudad, a los " muchachos vagos o a aquellos de cuya indisciplina y mala con- " ducta se quejaban sus padres, tutores, o guardadores u otros, " denunciándolos ante el ministerio pupilar como desobedientes, " holgazanes, dañinos, incorregibles, etc., se les remitía a la peni- " tenciaría, donde eran asilados en un departamento o pabellón " especial, si se considera esto, decimos, se percibirá cuán supe- " rior es el sistema que proponemos, no ya para tratar a los ni- " ños simplemente indisciplinados o más o menos viciosos, sino a " niños o muchachos que delinquen.

" La permanencia del menor en el establecimiento donde sea " colocado, no podrá prolongarse indefinidamente, ni durar un lap- " so de tiempo fijo. Precisados a limitar su duración máxima, es- " tatuímos que concluirá cuando el menor haya cumplido la edad " de dieciocho años, porque, de acuerdo con otras disposiciones " del proyecto, desde esa edad la responsabilidad criminal es ple- " na; de modo que, si una vez fuera del establecimiento, el indi- " viduo comete otro acto criminoso, será tratado como delincuente " y reprimido con la pena que merezca.

" Pero como la detención del menor no tendrá otros objetos " que procurar su enmienda, hacer de él un ser útil y resguardar " a la sociedad, esa detención deberá cesar, siempre que el menor, " aunque no haya cumplido los dieciocho años, experimente un " cambio favorable en su conducta, en virtud del cual nada haya " que temer en lo sucesivo. Para asegurarse de que esto ha ocu- " rrido y para revestir el acto de la seriedad necesaria, la soltura " sólo podrá ordenarse por resolución judicial, fundada en el in- " forme que dé la dirección del establecimiento, y en todos los da-

" tos que el juzgado o tribunal competente hayan creído oportuno " recoger.

" El artículo 147 del código Tejedor, citado más arriba, de- " claraba irresponsables a los menores de diez años, a la par de " los locos, imbéciles, etc., y mandaba que las personas a que se " refería, cuando delinquiesen, fuesen encerradas en alguna de " las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su fa- " milia, según lo estimara el juez. Varios códigos extranjeros pres- " criben también la adopción de medidas análogas por un término " variable."

A continuación del último párrafo transcripto de la exposición de motivos, se coloca una nota que dice así:

" Después de resuelta la cuestión relativa a los menores de " catorce años, y de escritas las páginas anteriores, leemos en el " Boletín de la Unión Internacional de Derecho Penal (febrero " de 1891), que esta eminente asociación, compuesta de crimina- " listas de todos los partidos científicos y de todas las partes del " mundo, ha votado en su sesión celebrada en Berna, el año últi- " mo, la siguiente proposición: " Reconociendo el valor de las in- " fluencias geográficas y etnográficas, la Unión opina: 1.° Que los " niños que no han alcanzado aún la edad de catorce años no de- " ben ser sometidos a medidas penales; 2.° Que la cuestión del dis- " cernimiento debe ser abolida y reemplazada por otra cuestión, a " saber: si es necesario someter el niño a la tutela pública; 3.° Que " el tratamiento por aplicar a los niños culpables o abandonados " debe conformarse a la individualidad de cada niño."

*
* *

239. El sistema propuesto en el proyecto de 1906 y sus fundamentos.—El proyecto de 1906 acepta un sistema análogo. En el inciso 2.° del artículo 41 declara exento de responsabilidad al menor de catorce años. Y agrega:

" Si de las circunstancias de la causa y condiciones persona- " les del agente, o de sus padres o guardadores, resultare peli- " groso dejarlo a cargo de éstos, el juez ordenará su colocación " en un establecimiento destinado a corrección de menores, hasta " que cumpla dieciocho años de edad. La entrega podrá anti-

" ciparse mediante resolución judicial, previa justificación de bue- " na conducta del menor y de sus padres o guardadores."

La edad debe también tenerse en cuenta para graduar la penalidad en todos los casos, según lo dispone el inciso 2.° del artículo 43.

La exposición de motivos, dice al respecto:

" Los incisos 2.° y 3.° los hemos refundido en uno, estableciendo " do la irresponsabilidad absoluta de los menores de catorce años " y borrando la distinción que aquéllos hacían, según que el ma- " yor de diez y menor de quince, hubiese obrado o no con discer- " nimiento. No creemos que la sociedad tenga interés ni necesi- " dad de castigar a niños menores de catorce años; creemos, al " contrario, que la sociedad y el delincuente de esa edad, ganan " con que no se aplique pena alguna. El menor que ha sufrido " una pena se siente ya diferente y extraño al resto de la socie- " dad, se considera un perseguido de las leyes y de las autorida- " des, de quienes se siente enemigo; pierde todo rubor y es arras- " trado fatalmente por esa situación de espíritu a la caída defi- " nitiva. Esto, sin hablar de lo que se aprende en las prisiones, " al lado de otros menores también, pero ya veteranos del crimen. " Ante estos resultados de la condena, tenemos razón, pues, para " decir que la sociedad y el delincuente salen ganando con decla- " rar exentos de pena a los menores de catorce años.

" Pero del menor como del loco que ha delinquido, la socie- " dad tiene que defenderse, y entonces nada más natural que la " disposición que proponemos en el inciso 2.° del artículo 41 del " proyecto. Cuando por las condiciones personales del menor, o " de sus padres o guardadores, resultare peligroso dejarlo a car- " go de éstos, se ordenará su colocación en un establecimiento des- " tinado a corrección de menores.

" La justicia de esta disposición, en cuanto a las condiciones " que harán obligatorio el depósito del menor, es evidente. Si el " menor es uno de esos seres impulsivos, que no se detienen ante " ninguna consideración y que no tienen respeto por nada, o si " sus padres no tienen hábitos morales, o son de los muchos que " dejan en el abandono a sus hijos, el único medio de prevenir " la pérdida completa del menor será que la sociedad lo recoja y " lo coloque en los establecimientos correspondientes."

* *

240. El código vigente y los fundamentos de la comisión especial de diputados.—El Código ha ido mucho más lejos que los proyectos de 1891 y 1906. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria consideró que era preciso introducir en este asunto modificaciones fundamentales, y así lo hizo, redactando los artículos y acompañándolos de amplios fundamentos.

La exposición de motivos, que constituye al propio tiempo una explicación y un comentario, dice sobre la materia en general:

" Uno de los puntos que ha dado lugar en nuestra legisla-
" ción penal y social a mayor número de críticas acertadas, es el
" que se refiere a la situación de los menores delincuentes. Puede
" afirmarse que si en alguna parte es atrasadísima y anacrónica
" nuestra ley penal, es en esta.

" El código vigente dispone que se encuentran exentos de pe-
" na los menores de diez años y los mayores de diez y menores de
" quince, a no ser que hayan obrado con discernimiento. (Incisos 2
" y 3 del artículo 81).

" Quiere decir, entonces, que si el menor tiene menos de diez
" años la autoridad no ejerce sobre él ninguna acción, cualesquie-
" ra que fuese el delito cometido y el peligro que represente el
" desarrollo de ese pequeño ser pervertido; y que si tiene más de
" diez años y menos de quince, la autoridad debe averiguar si
" tuvo o no discernimiento. Si no concurre esa calidad el pequeño
" delincuente es libertado, sin que se ejerza sobre él ninguna me-
" dida, y si concurre aquélla se le trata como si fuera un adulto,
" sometiéndolo al régimen ordinario del juicio y del castigo. Basta
" el enunciado para comprender todo el absurdo que encierra y
" todo lo que representa esa legislación vetusta para un país ci-
" vilizado."

Se refiere en seguida a la exposición de motivos del proyecto de 1891, que transcribe, y dice que el proyecto de 1906 es análogo a aquél, lo que puede comprobarse comparando los artículos y los fundamentos.

Agrega después:

" Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino", dice con mu-
" cho acierto que la ley vigente es defectuosa por tres motivos:

" 1.° Porque presenta una contradicción injustificable con la
" disposición del Código Civil, que declara la incapacidad abso-
" luta de los menores impúberes (artículo 54); 2.° Porque hace
" depender la irresponsabilidad del menor de quince años de la
" falta de discernimiento, cuando también el menor de diez años
" puede tener discernimiento que falte en otro mayor de esa edad;
" 3.° Porque declarada la irresponsabilidad del menor delincuente,
" termina toda jurisdicción sobre el sujeto, el que debe ser de-
" vuelto a la sociedad, sin importar que lo sea con peligro para
" sí mismo y para los demás.

" El Código incurre, además, en un defecto fundamental que
" no ha sido remarcado por sus críticos, y consiste en que aplica
" aún para los menores de quince años y mayores de diez, el cri-
" terio ordinario empleado para los demás delincuentes. En efec-
" to, a cualquier persona que carezca de discernimiento, cuales-
" quiera que sea su edad, se le declara irresponsable. El loco, el
" ebrio en cierta condición, el sonámbulo e hipnotizado, el domi-
" nado por una pasión avasalladora, son personas sin discernimien-
" to, a las cuales no se les aplica castigo. De manera que el cri-
" terio para los menores no es de excepción a pesar de la apa-
" riencia.

" La cuestión del discernimiento es, por otra parte, difícil de
" dilucidar. Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino", precisa
" bien los caracteres del problema, cuando dice: " La cuestión
" del discernimiento presenta dificultades de las cuales me ocu-
" paré en seguida. Aunque subsiste en la ley francesa, la práctica
" judicial ha seguido allí el movimiento científico de la supresión
" de toda investigación del discernimiento y de toda condenación
" de los menores, y de la substitución para todos y en todos los ca-
" sos de un internado de mayor duración a la condenación penal.
" Desde luego, si el discernimiento es la sola razón de la respon-
" sabilidad, su falta sería siempre la razón de ausencia de respon-
" sabilidad. Quitada la causa desaparece el efecto, y entonces no
" había porqué distinguir entre quien delinque antes de cumplir
" quince años y sin tener discernimiento y el mismo sujeto que de-
" linque al día siguiente de cumplirlos, sin tener más discernimien-
" to que antes. O es la razón de la edad por sí sola e independien-
" temente del discernimiento la que decide la irresponsabilidad, y
" entonces no hay porqué preocuparse de aquel que no ha cum-
" plido una edad prevista en la ley; o es la sola falta de discerni-

" miento lo que excusa el delito, y entonces hay que atender a ella " y no a la edad.

" Grande dificultad presenta, asimismo, el concepto del dis- " cernimiento de que habla la ley. Los autores del Código han " puesto en él la palabra, el juez que se encuentra en el caso de " un delincuente mayor de diez y menor de quince años, debe com- " probar si el reo obró con discernimiento, y ordenar que los peri- " tos médico-legistas informen sobre el discernimiento del menor, " y el perito médico informa. Pero es difícil suponer qué contes- " tarían el juez, el perito, el acusador y el defensor, si de pronto " fueran interrogados sobre lo que cada uno de ellos entiende por " discernimiento. He querido saberlo yo mismo, sin interrogar, se " entiende, a los funcionarios públicos, sino con el examen de los " documentos que suscriben, y el resultado de esta investigación " muestra que unos y otros usan de un vocablo sin determinación " precisa. En uno de los informes médico-legales se estudian las " aptitudes intelectuales del menor, y se presume que tiene alguna " instrucción cívica: sabe cómo están divididos los poderes públi- " cos del Estado y sus funciones respectivas en el mecanismo del " gobierno; no ignora las funciones que tienen a su cargo los jue- " ces y la existencia del Código Penal; se concluye de esto: "que " sus facultades mentales han adquirido un desarrollo que le per- " mite discernir moral y jurídicamente". De otro menor dice, por " el contrario, otro informe, que carece por completo de instruc- " ción cívica y de ideas sociales; que recibió instrucción religio- " sa, pero sus ideas y sentimientos son poco desarrollados; que ha " ejercitado algunas prácticas de esa naturaleza: rezos, confesión " y asistencia a misa; y se concluye, asimismo, que tiene discerni- " miento. El informe respecto de otro menor, dice que éste carece " de nociones jurídicas: ignoraba las penalidades aplicadas a los " delitos, así como ignoraba que su situación de empleado agrava " el delito cometido; que sus facultades mentales son buenas, pero " no han sido cultivadas, y concluye en que, en este caso, el dis- " cernimiento es incompleto, lo que introduce un término medio " que complica la cuestión. Sobre el mismo sujeto, otro perito afir- " mó que el encausado sabía el carácter de la acción cometida, sin " comprender su gravedad por miseria intelectual e incultura; que " el discernimiento es escaso para vencer las tentaciones e inci- " taciones al mal, pero que el sujeto es moralmente responsable. " En este caso, el juez declaró irresponsable al menor, y la Cámara

" revocó la sentencia, condenándolo a dos años de penitenciaría. " Inútil es que continúe exponiendo estos detalles, que mues- " tran bien no hallarse resuelta la cuestión previa del discerni- " miento, y, sin embargo, de esto trátase diariamente de la apli- " cación de un concepto no definido. Sería menester, en tanto, si- " ga aplicándose al defectuoso sistema del código actual, que el " juez que interroga al perito comenzara por decir a éste qué es " lo que entiende por discernimiento, y el perito no expidiera su " informe sin repetir él mismo el concepto expresado por el juez. " Para el caso de que tan buen consejo sea seguido, pongo aquí a " disposición de los jueces la manera en que, autorizados autores " de la escuela clásica penal, entienden el concepto en cuestión.

" La coincidencia en eliminar el factor discernimiento en la " penalidad de los menores que tengan más de dieciséis años y " menos de quince, y en crear una legislación más previsora, más " humana y más justa que la actual, ha sido completa entre los " publicistas y magistrados.

" El Congreso Penitenciario reunido en esta capital el año " 1914, aceptó las proposiciones formuladas por el doctor Jorge " E. Coll, fiscal del Crimen y de lo Correccional, que presentó un " meritorio trabajo. A él se ha referido el distinguido magistrado " al contestar la encuesta, y sus observaciones han sido tenidas " en cuenta por la comisión. El doctor Coll decía, con razón, que " ninguna cuestión más grave e importante que esta de la delin- " cuencia de menores se presentaba a la consideración de aquel " Congreso Penitenciario.

" El profesor de la Universidad de Buenos Aires, doctor Juan " P. Ramos, en el trabajo escrito para responder a la encuesta pro- " movida por esta comisión, abunda también en las ideas moder- " nas acerca de esta materia, y se refiere al atraso de la legisla- " ción nacional.

" En todos los países del mundo se han preocupado de la de- " lincuencia infantil, para ejercitar sobre los menores que demues- " tran tendencias al crimen, medidas de precaución que nosotros " hemos descuidado.

" En el último proyecto de Código Penal suizo, comentado en " la obra antes citada de Jiménez Asúa, aprecia la situación de " los menores según la edad que tuvieren. Abandona, desde luego, " el criterio del discernimiento, y declara que el niño menor de " catorce años que cometa un hecho reprimido como delito, no será

" objeto de ninguna persecución penal. Pero si el niño tiene seis " años cumplidos, la autoridad constatará los hechos y hará averi- " guaciones sobre el estado mental del niño y su educación. No ha- " cer nada contra el niño culpable—dice Gautier—está bien; ha- " cer algo por él está mejor.

" Se autoriza, en consecuencia, al tribunal para tomar medi- " das precaucionales o educativas, según la clase de menores de " que se trate, ya sean moralmente abandonados, moralmente per- " vertidos o en peligro de serlo.

" Cuando el menor delincuente fuere lo que llama el proyecto " un adolescente, o sea que tuviere más de catorce años y menos " de dieciocho, se aconsejan diferentes medidas. Desde luego, el " juez tomará una información completa sobre el estado físico y " mental del menor delincuente y sobre su educación.

" Si el adolescente está moralmente abandonado, moralmente " pervertido o en camino de estarlo, el juez ordenará que sea en- " viado a una casa de educación disciplinaria. Esta privación de " libertad tiene por objeto educar moralmente al adolescente y " formar su carácter, además de enseñarle una profesión y darle " conocimientos que le permitan ganarse la vida. El adolescente " permanecerá en la casa el tiempo necesario, nunca menos de un " año, y no será librado hasta que cumpliere veinte de edad. El " juez queda autorizado para entregar al adolescente a una fami- " lia de confianza donde su educación estuviera vigilada.

" Si el adolescente fuera profundamente pervertido, de tal " modo que no pudiera ser admitido o retenido en una casa de " educación disciplinaria, será enviado a una casa de corrección " para adolescentes, destinada exclusivamente a ese fin. En esa " casa de corrección permanecerá por lo menos tres años y no po- " drá ser retenido por más de doce.

" El adolescente podrá ser librado condicionalmente, después " de haber transcurrido el término mínimo de la retención, si el " fin del tratamiento sufrido en la casa de educación disciplinaria " o de corrección pareciera haberse alcanzado. Para todo esto se " oirá a los funcionarios respectivos, y si la libertad se resolviera " el menor quedará sujeto a la vigilancia del patronato.

" Si se tratase de adolescentes cuyo estado requiriese un tra- " tamiento especial, particularmente si fuere ciego, epiléptico, sor- " domudo, atacado de una enfermedad mental, débil de espíritu, " o si su desarrollo mental o moral presentase retrasos anormales,

" el juez ordenará que sea sometido a un tratamiento apropiado.

" Si el adolescente no está ni moralmente abandonado, ni mo- " ralmente pervertido, ni en peligro de estarlo, y si su estado no " exige un tratamiento especial, el juez dirigirá una reprimenda " al adolescente o le infligirá una detención con aislamiento de " tres días a dos meses, si lo juzga culpable. Esta detención se su- " frirá en un edificio no destinado a prisión o casa educativa de " trabajos para adultos. El adolescente entrará a trabajar con " arreglo a sus facultades.

" El proyecto se ocupa también del patronato sobre los meno- " res, y confiere amplias autorizaciones al juez sobre los mismos, " facultándolo también para dirigir admoniciones a los padres.

" Por excepción, si el adolescente parece peligroso o si el de- " lito es muy grave, se podrá imponer la pena ordinaria, pero con " la atenuación prevista para la edad de transición.

" El proyecto llama edad de transición a la que media entre " los dieciocho y los veinte años, fijando para los menores de " esas edades penas inferiores a las que deben aplicarse a los " adultos.

" Como puede notarse, el último proyecto suizo considera la " legislación sobre menores delincuentes como una de las más im- " portantes a dictarse por la reforma legislativa, y fija una serie " de reglas que suponen la existencia o la creación de diversos es- " tablecimientos carcelarios.

" El proyecto alemán se ocupa también con especial cuidado " de la situación de los menores, declarando que no será punible " el que no hubiera cumplido catorce años en el momento de eje- " cutar la acción.

" Si no hubiese cumplido dieciocho años, se aplicarán para " la imposición de la pena las reglas relativas a la tentativa, pero " no se impondrá la reclusión perpetua. Se autoriza al juez cuan- " do la acción ejecutada apareciera como consecuencia de una edu- " cación defectuosa, o si se admitiere que son precisas medidas " educativas, para ordenar en substitución de la pena o al mismo " tiempo que ella se ejecuta, la entrega del menor al Estado para " educarlo.

" El juez podrá, también, entregar el menor a un instituto de " reforma.

" Las penas privativas de libertad impuestas a los jóvenes se " ejecutarán en establecimientos o secciones absolutamente inde-

'' pendientes, debiendo separarse los jóvenes completamente res-
'' ponsables de los que tuvieren responsabilidad atenuada. La pe-
'' na de privación de libertad impuesta a estos últimos podrá ser
'' ejecutada en establecimientos de educación, de curación o de
'' asistencia.

'' El código de Noruega establece, también, que no puede ser
'' castigado aquel que ha cometido el acto antes de haber cumpli-
'' do catorce años, sin tenerse en cuenta el discernimiento.

'' En casi todos los países civilizados existen leyes especiales
'' acerca de los menores delincuentes, dominando el criterio de las
'' medidas precaucionales, más que represivas sobre ellos mismos, y
'' fijando escalas de distintas edades.

'' En los Estados Unidos se ha hecho camino la institución
'' de tribunales especiales para menores delincuentes, asunto que
'' no podrá tratarse entre nosotros en la legislación de fondo, don-
'' de sólo cabe dar las normas generales.

'' Con todos estos antecedentes y otros que la comisión no enu-
'' mera, para no extender demasiado su informe, se han proyectado
'' los artículos que fijan la situación de los menores delincuentes.''

* * *

241. La ley número 10.903, sobre patronato de menores.—Después de sancionado el proyecto por la Cámara de Diputados, el Congreso sancionó la ley número 10.903 sobre patronato de menores, que contiene disposiciones muy interesantes.

Esa ley, que modifica el Código Civil, declara que la patria potestad se pierde: 1.° Por delito cometido por el padre o madre contra su hijo o hijos menores, para aquel que lo cometa; 2.° Por la exposición o el abandono que el padre o madre hiciera de sus hijos, para el que los haya abandonado; 3.° Por dar el padre o la madre a los hijos consejos inmorales, o colocarlos dolosamente en peligro material o moral, para el que lo hiciera.

Pierde, además, la patria potestad el padre o la madre que haya sido condenado por delito grave, o que haya sido objeto de varias condenas, que demuestren que se trata de un delincuente profesional o peligroso.

En los casos de pérdida de la patria potestad, o de su ejercicio, los menores quedan bajo el patronato del Estado nacional o provincial. Ese patronato se ejerce por medio de los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del ministerio público de menores. Se ejercitará atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela, sin perjuicio de lo establecido en el Código Civil.

Los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 de la ley, se relacionan directamente con la delincuencia infantil.

Dichos preceptos establecen:

Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional en la capital de la República y en las provincias y Territorios Nacionales. ante quienes comparezca un menor de dieciocho años acusado de un delito o como víctima de un delito, podrán disponer preventivamente de ese menor, si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo a una persona honesta, pariente o no, o a un establecimiento de beneficencia privado o público, o a un reformatorio público de menores. A ese efecto no regirán en los tribunales federales ordinarios de la Capital Federal y de los Territorios Nacionales, las disposiciones legales sobre prisión preventiva, la que sólo será decretada cuando el juez lo juzgue necesario, y se cumplirá donde y como él mismo lo indique. Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores, bajo la vigilancia del tribunal.

La resolución judicial será susceptible de los recursos de revocación y apelación en las mismas condiciones prescriptas en el artículo 19.

Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de dieciocho años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de dieciocho años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los veintiún años si se hallase material o moralmente abandonado, o en peligro moral, y en la misma forma establecida en el artículo anterior.

Los jueces correccionales en la justicia nacional de la Capital y en los Territorios Nacionales, entenderán en primera y única instancia, en todos los casos de faltas y contravenciones imputadas a menores de dieciocho años, y aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores.

Todo menor de que hayan dispuesto los jueces indicados en los

tres artículos anteriores, quedará bajo su vigilancia exclusiva y necesaria.

Los mismos jueces, en los procesos a que se refiere el artículo 14, podrán imponer en cada caso a los padres, tutores o guardadores, que aparezcan culpables de malos tratos o de negligencia grave o continuada con respecto a los menores a su cargo, y que no importen delitos del derecho penal, multas hasta la suma de doscientos pesos o arresto hasta un mes, o ambas penas a la vez.

Estas condenas podrán suspenderse si los culpables dieran seguridades de reforma, quedando prescriptas en el plazo de dos años si no incurrieren en hechos de la misma naturaleza.

Los padres o tutores de los menores de quienes hayan dispuesto definitivamente los jueces de la jurisdicción criminal o correccional, o que hayan sido condenados en virtud del artículo anterior, podrán solicitar revocatoria de esas resoluciones dentro de cinco días de la notificación de las mismas. Esta oposición se substanciará en una audiencia verbal, con las pruebas que ordene el juez o indique el recurrente, si el juez lo juzgare pertinente.

La resolución será apelable en relación.

Los tribunales de apelación en lo Criminal y Correccional de la justicia nacional ordinaria de la Capital y Territorios Nacionales, designarán, si lo juzgan conveniente, uno o más jueces para que entiendan exclusivamente en sus respectivas jurisdicciones en los procesos en que se acuse a menores de dieciocho años; reglamentarán la forma de la cooperación policial en los sumarios e informaciones respectivas, la cooperación de los particulares o establecimientos particulares o públicos que se avengan a coadyuvar gratuitamente en la investigación y en la dirección y educación de los menores, así como también la forma de la vigilancia que corresponde a los jueces, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 17.

A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral, o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores, a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor; su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres, guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.

Se establece también que el Poder Ejecutivo presentará el plan general para la construcción, en la Capital y en las provincias y Territorios Nacionales, de escuelas especiales para los menores expuestos o abandonados, y para la detención preventiva de los menores delincuentes o de mala conducta, y la construcción de reformatorios para menores delincuentes o de mala conducta, con imputación a la ley.

En estas escuelas y reformatorios regirá el trabajo de talleres y agrícola como principal elemento educativo de los menores reclusos, quienes tendrán parte en el beneficio pecuniario de esos trabajos.

Las colonias-escuelas y las colonias-reformatorios, ubicados cerca de las ciudades y en pleno campo, serán el tipo preferido de estas casas de prevención y reforma de los menores.

Los asilos, escuelas primarias gratuitas generales y especiales, y particularmente las de práctica técnica, como los demás establecimientos de beneficencia privados, que reciban niños subvencionados por el Estado, están obligados a recibir en secciones que podrán ser especiales, un número determinado de menores, remitidos por los jueces en virtud de esta ley, de acuerdo con la subvención recibida, la naturaleza del establecimiento y la reglamentación que establezca el Poder Ejecutivo.

Por fin, se dispone que los parientes de los menores y las instituciones de beneficencia o de patronato de niños, podrán denunciar las transgresiones de la ley, si se tratase de los jueces de los cuerpos encargados de acusación o de juzgarlos, y si se tratase de los defensores o asesores de menores, a los funcionarios con facultad para controlarlos o removerlos.

Esa ley fué promovida por el diputado doctor Luis Agote, y el proyecto fué sancionado por la Cámara de Diputados en 1919, pasándose al Senado, que en el mismo año lo aprobó definitivamente.

La Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, en acuerdo extraordinario del 24 de octubre de 1919, ha reglamentado la ley sobre patronato de menores, resolviendo entre otras cosas: Recordar a los funcionarios encargados de su aplicación y a los particulares o instituciones colaboradoras de aquéllos, que esta ley es de educación y no de castigo; que debe considerarse, ante todo, la

salud física y moral de los menores que se hallen en la situación prevista por la misma; que deben evitarse todos los actos que depriman moralmente al menor, sobre todo aquellos realizados en público; que las autoridades judiciales y policiales deben tender a inspirar confianza y no temor, tanto a los menores como a su familia, y que los procedimientos de estímulo dentro de una severa disciplina son superiores a los represivos.

Los funcionarios de policía, cuando instruyan sumarios contra un menor de dieciocho años, acusado de un delito o contravención, o en los casos en que un menor de esa edad aparezca víctima de un delito, procederán sin demora a levantar una información respecto a la situación del menor y su familia, que remitirán al juez de la causa. Este informe podrá ser reemplazado por el de los inspectores que se designen.

La información importará una relación sintética, pero completa, del medio familiar en que se desarrolla la vida del menor, de sus antecedentes y conducta; de los antecedentes y conducta de sus padres, tutores o guardadores, y el juicio informante sobre la situación del menor, en relación con la educación que recibe, debiendo servir como guía, a efecto de los hechos a averiguar, la circular que este tribunal remitió con fecha 18 de abril de 1918.

Siempre que fuera posible, la Jefatura de Policía designará determinados funcionarios para que se ocupen de la averiguación de los hechos previstos en la expresada ley.

A los efectos del artículo 21, en su última parte, recomiéndase a la Jefatura de Policía la conveniencia de la formación de un registro de menores que ejerzan oficios en la vía pública, registro que, a la vez que se utilizaría para ir reuniendo todos los elementos de juicio que fuera posible para ser remitidos en momento oportuno al señor juez en lo Correccional, tendría por objeto proveer a aquéllos de una credencial con la que justificarían en un caso dado que están dentro de las condiciones de la ley.

Salvo el caso en que fuere estrictamente necesario, por la gravedad del delito, por la temibilidad del menor, por la imposibilidad de averiguar de otra manera el domicilio del menor y de su familia, o por no existir otro medio de obtener la comparencia del menor y de sus padres, tutor o guardador al tribunal, podrá ser el menor detenido para ser puesto inmediatamente a la disposición del juez. Aun en esos casos la detención durará el tiempo estrictamente necesario. Cuando los agentes de policía deban intervenir en la vía pública, se tratará de evitar al menor la publicidad del hecho y los actos que lo depriman, sea durante la averiguación de los hechos y la conducción del mismo al lugar de detención o reclusión, o a su casa, y durante la reclusión. En los otros casos, y como regla general, la autoridad policial se limitará a citar al padre, tutor o guardador, para que se presente con el menor al día siguiente, a más tardar, ante el juez competente, de acuerdo con las horas de audiencia que la Cámara o los jueces comuniquen a la jefatura.

La detención se hará efectiva, siempre que fuere posible, en el Instituto Tutelar de Menores, y la policía habilitará a la mayor brevedad una alcaidía especial, separada de todo otro lugar de reclusión, para aquellos que no puedan ser recluídos en dicho instituto.

Los funcionarios policiales deberán prestar ayuda cada vez que le sea solicitada a los inspectores cuya lista se comunicará periódicamente a la jefatura por este tribunal, y a los efectos de la cooperación que a éstos corresponde en las informaciones.

En los casos de faltas o contravenciones, hallándose reemplazada la jurisdicción del jefe de policía y las autoridades municipales, como jueces de primera instancia por la de los tribunales correccionales la intervención policial de las autoridades, policiales o municipales, será de prevención, debiendo sujetarse a lo dispuesto en los artículos anteriores y remitir las actuaciones al juez dentro de las 24 horas. Los señores jueces correccionales aplicarán las disposiciones de los artículos 587 y 588 del Código de Procedimientos, y las demás del mismo que correspondan, según el caso.

A las audiencias ante los jueces del Crimen y correccionales, en que figuren menores de dieciocho años como acusados, que serán secretas, sólo podrán de acuerdo con el artículo 479 del código procesal, concurrir, fuera de las partes y sus defensores, las personas que el juez indique, o los funcionarios judiciales o administrativos que deseen coadyuvar a los propósitos de la ley.

Si el juez encontrase a la terminación del proceso, que es del caso aplicar las disposiciones de la ley, desglosará del expediente las actuaciones que se refieren a la conducta y antecedentes del

menor y de sus padres, tutores o guardadores, dejando las constancias necesarias de la causa, y aquéllas servirán de cabeza del nuevo expediente. Esas actuaciones serán secretas, y salvo con respecto a la aplicación de las disposiciones de esta ley, no podrán ser invocadas en otro proceso.

La libertad vigilada a que se refiere el artículo 14 en su última parte, será aplicada por los jueces por intermedio de los inspectores *ad honorem* que este tribunal inscriba, o los inspectores oficiales que pudieran nombrarse más adelante, o los funcionarios policiales que la policía pudiera dedicar a este objeto, o en ausencia de ellos por los medios que el juez juzgare convenientes.

Las funciones de los inspectores consistirán en observar la conducta del menor e informar al juez, tanto en esos casos como en los que se refiere el artículo 2.º de esta acordada. En los casos en que los menores se hallen internados estas informaciones serán suministradas periódicamente al juez por la dirección de los establecimientos.

Sin perjuicio de la resolución que corresponde al P. E., de acuerdo con el art. 23, el señor presidente del tribunal solicitará sin demora de todos los establecimientos públicos destinados a menores, de las sociedades de beneficencia y escuelas o asilos, que reciban subsidios del Estado y alojen menores, y de otras sociedades de beneficencia que reciban menores, se sirvan comunicar al tribunal el número de menores a disposición de los jueces del Crimen, de Instrucción o Correccional, en virtud de esta ley, que estén dispuestos a recibir en sus establecimientos, a cuyo efecto se formará una lista en el tribunal, que será comunicada periódicamente a los jueces.

También solicitará de las sociedades de beneficencia la designación de aquellos de sus miembros, varones o mujeres, que deseen coadyuvar en la reeducación de los menores, desempeñando las funciones de inspectores, a efecto de averiguar la situación de los mismos dentro de sus familias, y de vigilar la conducta de aquellos de que dispongan los jueces y también la de toda persona honesta que se avenga a desempeñar esas funciones.

Solicitará, igualmente, el concurso de los médicos que, con el mismo alto propósito, deseen prestar su ayuda científica, concurriendo a las audiencias, examinando la salud de los menores en situación de ser reeducados.

Solicitará, asimismo, la colaboración del Consejo Nacional de Educación, de los directores de escuela y de los maestros, a efectos de la educación de los retardados y de la cooperación en la vigilancia de los menores cuya concurrencia a la escuela sea ordenada por los jueces.

Solicitará, de igual modo, la inscripción de aquellas personas honestas que se hallen dispuestas tomar a su cargo bajo la vigilancia del juez a los menores de que el mismo disponga.

Las disposiciones complementarias respecto a la cooperación de institutos particulares, de acuerdo con lo expuesto en los artículos anteriores quedará a cargo del presidente de la Cámara.

En todos los casos en que los menores se hallaren en edad escolar, o cuando no tuvieren suficiente instrucción y no fueran remitidos a un establecimiento, el juez exigirá la concurrencia del menor a la escuela.

Los jueces podrán convocar periódicamente a todos los menores que se hallen bajo su vigilancia y no se encuentren en un establecimiento, a una reunión a la que podrán invitar a sus padres, tutores o guardadores, y a los inspectores que deseen, a efectos de las indicaciones convenientes a la dirección y educación de los menores.

Cuando se despachó el proyecto que dió lugar a la ley examinada, el diputado de Tomaso, como miembro de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria y de la Comisión de Legislación, exigió en la segunda la armonía de los respectivos preceptos, planteando una disidencia con el despacho (1).

La Cámara sancionó el proyecto en la forma en que fué despachado y quedó convertido en ley sin alteraciones. La sanción posterior del Código, que prima por ese hecho sobre la ley anterior, y que deroga las que se opongan a su texto, modifica la de patronato en aquello que se le opone. Las modificaciones son de detalle y se refieren principalmente a las penas, desde que se ha suprimido la de arresto y a los términos de la prescripción.

Expuestos estos antecedentes de carácter general, pasaré al estudio de los artículos de la ley en vigencia.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1919, tomo II, página 706.

*

* *

242. El artículo 36 y sus concordancias.—

Artículo 36

No es punible el menor de catorce años.

Si de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de éstos, el tribunal ordenará su colocación en un establecimiento destinado a corrección de menores hasta que cumpla diez y ocho años de edad. La entrega podrá anticiparse mediante resolución judicial, previa justificación de la buena conducta del menor y de sus padres o guardadores.

Si la conducta del menor en el establecimiento donde estuviere, diese lugar a suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso, el tribunal podrá, después de las comprobaciones necesarias, prolongar su estadía hasta que tuviere veintiún años.

CONCORDANCIAS.—Código de Noruega, artículo 46.—Italiano, 53 y 54.—Holandés, 38 y 39.—Francés, 66.—Alemán, 55 y 56.—Ruso, 40 y 41.—Húngaro, 83 y 84.—Japonés, 41.—Español, 8.°, incisos 2.° y 3.°—Anteproyecto suizo de 1916, 82, 83, 84, 85, 86, 87 y 88.—Proyecto alemán de 1909, 68 y 69.—Proyecto austriaco de 1909, 5 y 6.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo IV, 46.—Proyecto de 1891, 59.—Proyecto de 1906, 41, inciso b.—Código de 1886, 81, incisos 2 y 3, y 86, inciso 2.°—Proyecto de Tejedor, título tercero, artículo 2.°, incisos 1.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.°; título cuarto, artículo 2.°—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 93, incisos 1.° y 2.°, y 96, inciso 1.°—Proyecto italiano de 1921, 34, 35, 36, 37 y 38.—Ley N.° 10.903 sobre patronato de menores.

*

* *

243. La eximente y las medidas de seguridad.—El artículo, de acuerdo con lo establecido en los proyectos de 1891 y 1906, declara que no es punible el menor de catorce años. Esa misma

exención por razón de edad, fijada también en catorce años, se encuentra consagrada en los proyectos suizo de 1916, alemán de 1909, austriaco de 1909 y códigos noruego y japonés. Otras leyes fijan diferentes edades, verificando distinciones o consagrando simplemente la eximente de responsabilidad.

En todas las leyes, y tanto en las civiles o comerciales, como en las penales o las que se refieren al ejercicio de derechos políticos, no se atribuye la capacidad a los individuos sino después que han llegado a determinada edad.

El hombre se desarrolla poco a poco, sus facultades se desenvuelven paulatinamente, y la conciencia de los actos, el conocimiento de los mismos y la aptitud para manejarse no se obtienen sino a cierta altura de la vida. De aquí, que el derecho de votar, el ejercicio de la ciudadanía, no se adquiera sino después de cumplido un determinado número de años; que ocurra lo propio con la facultad de adquirir directamente derechos y contraer obligaciones; y que rijan las mismas reglas con relación a la imputabilidad.

La divergencia acerca del concepto fundamental no existe. Las distinciones caben en la apreciación del detalle, esto es, en la fijación de las edades en relación a la capacidad.

La ley tiene que ser en ese sentido una previsión que tenga en vista las circunstancias del mayor número. Todos los individuos tienen distintas modalidades: unos son más precoces que otros y en unos se desarrollan las facultades más temprano que en los demás. Dejar eso librado a un examen en cada caso, sería peligroso, inconveniente y complicado. Por eso es mejor que la ley—y eso es por otra parte el consenso general — fije una edad, límite a partir de la cual se entiende que el sujeto puede ser imputable.

Nuestro código, siguiendo al proyecto de 1906, ha señalado la de catorce años. Antes de esa edad el sujeto no es imputable. A partir de la misma se fijan las gradaciones de que se ocupan los preceptos a examinarse después.

Pero el Código, como hemos visto, no se limita a decir que el menor de catorce años no es punible, como lo hacía el anterior para los menores de diez y para los mayores de diez y menores de quince, si no mediaba el discernimiento.

El delito cometido por un menor de catorce años equivale a una señal de alarma, que debe poner en movimiento a la socie-

dad, a fin de atacar un mal cuyo desarrollo ocasionará deplorables consecuencias.

El niño delincuente revela: o la existencia de predisposiciones personales que deben combatirse, o la concurrencia de un medio social deletéreo, del cual se le debe apartar; o la presencia de circunstancias accidentales, cuya repetición deba evitarse. A veces, el hecho se desprende como el corolario de una serie de elementos que conviene atacar.

Si al niño delincuente no se le atiende y trata especialmente, es seguro que se contribuirá a preparar un sujeto con el cual tendrá que habérselas más tarde el magisterio social punitivo.

De aquí que no tomar ninguna medida cuando se produce el síntoma externo, revelador de la enfermedad, equivale a dejar indefenso el organismo, causando un mal al individuo y otro mal a la colectividad.

La ley, entonces, aceptando el principio de los proyectos anteriores, autoriza a que se tomen medidas respecto del menor de catorce años que se manifiesta cometiendo un delito. Estas medidas consisten en su reclusión en un establecimiento destinado a corrección de menores.

La medida no es indispensable, ni está ordenada por el Código para todos los casos, sino que se debe tomar cuando sea peligroso dejar al menor en poder de los padres, tutores o guardadores. Para apreciar el peligro se tendrán en consideración las circunstancias de la causa y las condiciones personales del agente, de los padres, tutores y guardadores.

El tiempo de colocación en el establecimiento correccional no es fijo. En general se dispone hasta que el menor tenga dieciocho años, pero puede anticiparse la salida, previa justificación de la buena conducta del menor y de los padres, tutores o guardadores en su caso.

También puede ampliarse el plazo hasta que el menor cumpliera veintiún años, cuando la conducta del menor en el establecimiento hace suponer que se trata de un sujeto pervertido o peligroso.

Los jueces deben poner en el ejercicio de este ministerio una gran atención. La ley, al darles facultades amplias, ha depositado confianza en el criterio y dedicación de los mismos, entendiendo que cumplirán la misión encomendada, considerando que realizan el delicado encargo de una verdadera tutela social sobre seres que deben ser apartados del camino de la delincuencia.

*

* *

244. Fundamentos dados en la Cámara de Diputados.—En la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, y al referirse al criterio general de la reforma, se citó el proyecto de Código Penal suizo, el que tuvimos muy en cuenta para redactar el despacho.

Ahora, y con referencia al artículo en estudio, la misma exposición de motivos dice:

" Se ha tenido en cuenta al articular el proyecto un criterio " práctico. No podíamos adoptar lisa y llanamente instituciones " como las que se proyectan para Suiza, porque carecemos de la " diversidad de establecimientos enunciados en aquella legisla- " ción, y no tenemos por ahora los medios para levantarlos. En " esta, como en las demás materias, hemos tenido un punto de " vista nacional, habiendo tratado de hacer, no sólo obra eficaz, " sino obra práctica.

" Desde luego, establece el proyecto, de acuerdo con sus an- " tecedentes, los proyectos de 1891 y 1906, que no es punible el " menor de catorce años de edad. Pero teniendo en cuenta que el " delito cometido por un niño es una manifestación de anormali- " dad, la sociedad debe tomar sus precauciones ante la presencia " del síntoma morboso. El juez debe, así, averiguar cuál es la si- " tuación del menor, cuál el ambiente en que se desenvuelve, cuál " su educación, cuál la situación de los padres, tutores o guarda- " dores, si no se tratare de un ser abandonado. Reunidas las com- " probaciones del caso, estará autorizado para tomar medidas " relacionadas con la educación y la corrección del niño. Las me- " didas consistirán en la colocación en un establecimiento desti- " nado a la corrección de menores, siempre que el tribunal cre- " yese peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores, guarda- " dores u otras personas.

" De manera que las facultades de los jueces son amplias: si " ellos creen que el menor debe ser dejado donde está, pueden ha- " cerlo; si creen que basta sacarlo del poder de los padres, para " entregarlo a un familia responsable, también lo pueden hacer; " si entienden que basta el cambio de tutores o guardadores, tam- " bién; y si creen indispensable la retención en un establecimien-

" to, están en condiciones de decretarla. La ley no aparece, así, " como un instrumento rígido o automático, igual para todos los " casos, sino que encierra la flexibilidad necesaria para que el " magistrado la adapte a cada caso, individualizando el pronuncia- " miento.

" Se autoriza al juez para colocar al menor en un estable- " cimiento correccional hasta que tuviese dieciocho años, pudién- " dose anticipar la libertad. Y por fin, se autoriza para casos ex- " cepcionales, que se expresan en al artículo respectivo, que es " el 36, a mantener retenido al menor hasta que cumpla veintiún " años, es decir, hasta la edad en que debe hacer el servicio mili- " tar. En este caso, saldría de la disciplina del establecimiento " de corrección a la disciplina del ejército, y cumplido su servi- " cio sería devuelto a la vida libre."

*
* *

245. El artículo 37 y sus concordancias.—

Artículo 37

Cuando el menor tuviese más de catorce años y menos de diez y ocho, se observarán las siguientes reglas:

a) Si el delito cometido tuviere pena que pudiera dar lugar a la condena condicional, el tribunal quedará autorizado para disponer la colocación del menor en un establecimiento de corrección si fuese inconveniente o peligroso dejarlo en poder de los padres, tutores o guardadores o de otras personas.

El tribunal podrá disponer esa colocación hasta que el menor cumpla veintiún años, pudiendo anticipar la libertad o retardarla hasta el máximum establecido cuando el término fijado fuese menor, si resultase necesario, dadas las condiciones del sujeto;

b) Si el delito tuviese pena mayor, el tribunal queda autorizado para reducirla en la forma determinada para la tentativa.

CONCORDANCIAS.—Código francés, artículo 67.—Italiano, 54 y 55.—Holandés, 39, inciso 5.°—Alemán, 57.—Ruso, ley de 29 de junio de 1890, 55.—Noruego, 54 y 55.—Húngaro, 85 y 86.—Anteproyecto suizo de 1916, 89, 90, 91 92, 93, 94, 95, 96, 97, 100 y 101.—Proyecto alemán de 1909, 69 y 70.—Proyecto austriaco de 1909, 48, 49, 50, 53 y 54.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo IV, 5 y 6.—Proyecto italiano de 1922, artículos citados en las concordancias del artículo anterior.—Ley N.° 10.903 sobre patronato de menores.

*
* *

246. Los fundamentos del precepto.—La mejor explicación del artículo se encuentra en la exposición de motivos de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria, la que dice en esta parte:

" Si el menor ha cumplido catorce años de edad, no se le " juzga, según el proyecto, como mayor. La ley no puede tener " esas transiciones bruscas y considerar como adulto para juz- " garlo en las condiciones ordinarias al que tiene catorce años y " un día, y como irresponsable en absoluto al que tiene catorce " años menos un día, cuando realizó el hecho calificado de delito.

" Cuando el menor tiene más de catorce años y menos de " dieciocho, la ley se coloca en dos hipótesis para definir su cri- " terio, según que la pena correspondiente al sujeto permita, da- " do el hecho cometido, la condena condicional, o no lo permita. " Cuando se trata de adultos la comisión de un delito castigado " con menos de dos años de prisión o con multa, permite, según " el proyecto, la suspensión de la ejecución de la pena, la que se " pronuncia condicionalmente. El condenado en esas condiciones, " no tiene más deber que el de la buena conducta en el sentido " de no delinquir más. Se supone que la amenaza es un freno pa- " ra el hombre responsable, el que le impedirá cometer nuevas " infracciones. Pero para el menor no puede regir ese criterio " con la misma amplitud, porque éste no tiene siempre suficiente " desarrollo para darse cuenta de su situación de condenado con- " dicionalmente y de su responsabilidad. Es necesario, entonces, " autorizar al juez para tomar medidas especiales a su respecto, " reteniéndolo en una casa de corrección cuando fuese preciso.

" La regla no es rígida; el juez toma o no la medida si lo " cree oportuno, y puede, si lo estima más conveniente, limitarse " a dejarlo donde está o entregarlo a diferentes custodias.

" El juez queda autorizado para retenerlo en un estableci- " miento correccional hasta que el menor tengo veintiún años.

" El segundo punto, que considera el proyecto, es el rela-

" tivo a los menores de más de catorce años y menos de dieciocho, " que cometieren un delito cuya pena no permita la condenación " condicional.

" En esos casos se autoriza para reducir la pena en la forma " determinada para la tentativa, es decir, se autoriza una mayor " benignidad que en los casos ordinarios. Los menores condena- " dos deberán, en todos los casos, cumplir la penalidad impues- " ta, o en establecimientos especiales o, por lo menos, separados " de los delincuentes comunes."

* * *

247. El artículo 38 y sus concordancias.—

Artículo 38

El menor que no ha cumplido diez y ocho años, no puede ser declarado reincidente.

CONCORDANCIAS.—El doctor Ramos, en la obra "Concordancias al proyecto de Código Penal", de 1917, dice al pie de este artículo y del siguiente:

" No concordamos estos dos artículos con el resto de la legislación uni- " versal, porque resultaría imposible. Esta faz semiadministrativa, semijurí- " dica de las consecuencias del acto de un menor, ofrece tal variedad en las " distintas leyes norteamericanas, inglesas, alemanas, belgas, francesas, etc., que " no es posible, desde ningún punto de vista, concordar sus disposiciones " similares con la nuestra. Por eso las dejamos de lado, considerando, además, " que el nuevo " derecho penal de la infancia " se está elaborando en el " mundo al margen o fuera del campo de acción de los códigos represivos."

* * *

248. Fundamentos de la disposición.—La exposición de motivos de la comisión especial, dice al respecto:

" Teniendo en cuenta que la reincidencia caracteriza al indi- " viduo peligroso contra el cual deben tomarse precauciones es- " peciales que lo presentan siempre como sujeto a sospecha, la

" comisión ha establecido que los menores de dieciocho años no " pueden ser declarados en tal situación.

" Los hechos de la infancia y de la adolescencia no pueden " pesar sobre la vida del hombre en la misma forma que los ac- " tos del adulto. El menor se corrige con mayor facilidad. Los " actos que realiza son generalmente el resultado de la mala edu- " cación y del ambiente viciado. La conciencia del niño no es la " misma que la del hombre, y sería absurdo ponerle un sello des- " de la infancia, por hechos que deben olvidarse.

" El menor es peligroso cuando se le abandona, de manera " que la tendencia humana debe ser la de corregirlo y no la de " ultimarlo con la impresión perpetua de un antecedente desfa- " vorable."

* * *

249. El artículo 39 y sus concordancias.—

Artículo 39

En todos los casos de delitos cometidos por un menor, el tribunal puede privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela. Podrá también disponer el cambio de guardadores. Para tomar esas medidas se tendrán en cuenta las situaciones respectivas del menor, sus padres, tutores o guardadores y lo que convenga al desenvolvimiento moral y educacional del primero.

CONCORDANCIAS.—Ver artículo anterior y ley N.° 10.903 sobre patronato de menores.

* * *

250. Fundamentos del precepto anterior.—La exposición de motivos, dice, como fundamento del precepto:

" La comisión entiende, también, que la delincuencia infan- " til se debe en gran parte a las personas que cuidan o deben

" cuidar a los niños. Muchas veces, los padres, tutores y guarda-
" dores, son los que impulsan al niño al delito. Con nuestra le-
" gislación anticuada el negocio de tener menores para que come-
" tan delitos o mendiguen, es conveniente y lucrativo. El instru-
" mento no puede ser penado, y sobre él no pueden tomarse me-
" didas de precaución. De manera que basta se elija un menor o
" varios menores por el delincuente profesional para que las ar-
" mas de la ley se estrellen ante el hecho.

" Nuestra mendicidad infantil callejera, verdadera vergüen-
" za de nuestras ciudades y hasta de nuestras campañas, se debe
" en gran parte a la ausencia de disposiciones legales previsoras.

" La comisión autoriza, por eso, a los tribunales, en todos los
" casos de delitos cometidos por menores, a tomar medidas sobre
" los padres, tutores o guardadores, y arrancarles todo derecho
" sobre las personas de los menores explotados, mal educados o
" inconvenientemente dirigidos.

" Entiende la misma comisión que, con estas medidas, se dará
" un gran paso social y legal, contribuyéndose a resolver proble-
" mas que todos palpan, pero que hasta hoy no se habían
" afrontado.

" Este será el primer impulso y marcará una dirección que
" no debe abandonarse, para el bien del país y de sus institu-
" ciones."

* * *

251. Necesidad de complementar la legislación de fondo.—La legislación sobre menores deberá ser completada con disposiciones formales: las unas relacionadas con los tribunales destinados a juzgar a los pequeños delincuentes, y que deben ser especiales; las otras, referentes a los procedimientos, que deben ser aplicables sólo a ellos y tener un tipo especial.

La evolución en esta materia es importantísima, y tanto los juristas como los sociólogos se preocupan hondamente del problema de la delincuencia infantil, abordado por nuestro código, teniendo en consideración las opiniones más sensatas y las condiciones de nuestro medio.

* * *

251 bis. Las disposiciones sobre menores en el Senado.—La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores en su exposición de motivos dijo que hacía suyas las consideraciones formuladas por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados en la parte relativa a los menores, justificándose la necesidad y la justicia de las nuevas disposiciones. En ese y en otros puntos—agrega—las cuestiones se han resuelto de acuerdo con la política criminal.

De conformidad a esas manifestaciones, la comisión no propuso ninguna modificación sobre los preceptos sancionados por la Cámara de Diputados.

La segunda comisión del Senado aconsejó las reformas que textualmente transcribiré, y que tendían a concordar el Código con la ley sobre patronato de menores.

" Art. 36.—Después de las palabras *el tribunal,* substituir
" lo que sigue por la frase siguiente: *procederá con arreglo a lo*
" *establecido por la ley N.° 10.903.* Queda el artículo: "No es
" punible el menor de catorce años, si de las circunstancias de la
" causa y condiciones personales del agente, o de sus padres, tu-
" tores o guardadores, resultare peligroso dejarlo a cargo de és-
" tos, el tribunal procederá con arreglo a lo establecido por la
" ley N.° 10.903."

" Art. 37.—En el inciso a), después de la palabra *tribunal,*
" substituir lo que sigue por la frase siguiente: *procederá con*
" *arreglo a lo que prescribe la ley N.° 10.903.*

Queda el artículo: "Cuando el menor tuviese más de catorce
" años y menos de diez y ocho, se observarán las siguientes
" reglas:

" a) Si el delito tuviere pena que pudiera dar lugar a con-
" dena condicional, el tribunal procederá con arreglo a lo que
" prescribe la ley 10.903."

El inciso b) no se modifica.

Los artículos se sancionaron en el Senado en la forma aconsejada y se pasaron a la Cámara de Diputados, y allí la comisión especial aconsejó se insistiese en la sanción primitiva.

El dictamen dijo:

"Según la enmienda del Honorable Senado, los jueces pro-
" cederían con arreglo a lo que prescribe la ley número 10.903.
" Nos parece inconveniente la incorporación al Código de las nor-
" mas consagradas por esta ley especial, máxime cuando ella
" sólo rige en la Capital Federal y territorios, según expresamen-
" te lo prescribe en sus artículos 15 y 16. Corresponde, pues,
" insistir en la sanción dada a estos artículos, destinados a regir
" en todo el terrtorio de la República, lo que no impedirá a los
" tribunales de la Capital y territorios dar cumplimiento a los
" preceptos de esa ley especial número 10.903, sobre patronato de
" menores, que no está expresamente derogada. (Ver artículos 3
" y 305 del proyecto de Código)."

Este temperamento se impuso y las modificaciones no se hicieron.

XIX

De las circunstancias especiales que modifican la imputabilidad

252. La graduación de las penas de acuerdo con las circunstancias.—253. El sistema del proyecto Tejedor.—254. Las circunstancias calificativas en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—255. El código de 1886.—256. El sistema del proyecto de 1891.—257. Modificaciones introducidas al código por la ley número 4189.—258. El proyecto de 1906.—259. El asunto según la comisión especial de la cámara de diputados.—260. El sistema de nuestra ley.—261. El artículo 40 y sus concordancias.— 262. La amplitud del código vigente.—263. La individualización de las penas y la política criminal de la comisión de códigos del senado.—264. El artículo 41 y sus concordancias.—265. El precepto en la cámara de diputados.—266. Modificaciones del senado.

* * *

252. La graduación de las penas de acuerdo con las circunstancias.—El sistema de las leyes antiguas era, generalmente, el de las penas fijas. A un determinado delito correspondía un determinado castigo, de manera que verificada la comprobación la condena seguía al hecho, como el efecto a la causa.

El estudio del problema de la criminalidad y el examen, no sólo de los hechos, sino de los sujetos, demostró que era un error aplicar reglas idénticas en todas las oportunidades, porque cuales-

quiera que fuese el punto de vista del legislador acerca de los fundamentos de la institución represiva, las diferencias entre caso y caso, y entre individuo e individuo, eran perfectamente remarcables.

De aquí que, al sistema cerrado que para apreciar cada infracción planteaba un dilema, el de la aplicación del castigo fijo con pena invariable o el de la absolución del acusado, haya seguido otro más racional y más humano, que tiene en consideración los diferentes factores que intervienen en la preparación y ejecución de los actos.

Este sistema se encuentra más de acuerdo con la naturaleza del hombre y con las modalidades sociales, desde que, cada acto individual es, no sólo distinto a otros del mismo sujeto, sino diferente a los de los demás. Las reglas de apreciación, asimismo, no pueden ser absolutas, sino relativas, para conformarse a la verdad.

De aquí la admisión en la ley penal de circunstancias calificativas que influyen para la apreciación, la imputabilidad y el castigo.

Producido un delito, y cuando llega la oportunidad para el tribunal de formar juicio y dictar sentencia, el pronunciamiento puede ser absolutorio o condenatorio. En el primer caso, la sentencia se fundamenta en la concurrencia de alguna de las circunstancias que eximen de responsabilidad; en el segundo, se apoya precisamente en la falta de concurrencia de aquéllas.

Cuando se entiende por el tribunal que procede la aplicación de una pena, debe tenerse en cuenta para graduarla las circunstancias especiales, las que pueden imponer una pena mayor o menor, según su carácter. El conjunto de factores que deben ser tenidos en cuenta para la apreciación justa del caso y la aplicación de la pena adecuada dentro de los términos de la ley, se llaman circunstancias agravantes o atenuantes, según que tiendan al aumento o a la disminución del castigo correspondiente al sujeto en cuestión.

La importancia de esos factores calificativos se encuentra en relación directa con el sistema de la ley en cuanto a la penalidad. Si los castigos se fijan con márgenes reducidos, o determinándose reglas ceñidas para la apreciación de aquellas circunstancias, la intervención del juez para individualizar la pena carece de verdadera gravitación. En cambio, si en esta escala de penas se colocan diferencias grandes entre el máximum y el mínimum, y

se permite al magistrado aplicar su criterio para la apreciación de los diversos elementos, las agravantes y atenuantes pesan en la decisión de los procesos, pudiendo las sentencias ser una expresión de la justicia y de la conveniencia sociales.

Las circunstancias calificativas han sido apreciadas de distintas maneras en las diferentes leyes. Los sistemas pueden examinarse estudiando los antecedentes nacionales.

* * *

253. El sistema del proyecto Tejedor.—El proyecto de Tejedor seguía en esta materia un sistema particular.

En el título cuarto del libro segundo se ocupaba bajo el epígrafe "Atenuación legal de la pena", de la situación especial de las personas con relación a la edad que tuvieren. Legislaba, así, sobre los menores, en la forma de que me he ocupado antes, y acerca de las personas mayores de setenta años, a las cuales no se les podría aplicar la pena de muerte ni la de presidio.

En ese mismo título se refería a la prisión preventiva, a la atenuante especial que impedía la aplicación de la pena de muerte cuando la tramitación de la causa duraba más de dos años, y a los casos en que uno o varios de los elementos que constituyesen la substancia del crimen fueran inciertos o incompletos.

Se establecía, por fin, que las circunstancias de atenuación legal que resultan de la calidad de la persona o de hechos propios de ella, no aprovechan ni incumben sino a ella sola.

El título quinto se ocupa de la agravación legal de la pena, y el sexto de la atenuación y agravación prudencial de la misma.

El primero de esos títulos, esto es, el quinto, dice en el primer artículo que la aplicación de una pena mayor que el máximum fijado para cada crimen no podrá pronunciarse por los tribunales arbitrariamente, sino sólo en los casos y del modo determinado por la ley. Y agrega que los motivos generales para aumentar la pena son la reiteración y la reincidencia.

No me ocuparé ahora de esos dos puntos, que no corresponden a las circunstancias calificativas genéricas, por cuanto en el sistema de nuestra ley la reincidencia se legisla especialmente, y la reiteración se prevé al hablarse del concurso de delitos.

Pasaré, por consiguiente, al título sexto, que trata de la atenuación y agravación prudencial de la pena.

Según el artículo 1.°, en los casos en que la ley deje indeterminado el monto de la pena, 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 la otra, la mayor o menor criminalidad de la intención.

La nota explicativa, después de citar al código de Baviera, dice:

"Después de determinado de una manera absoluta—dice el "Comentario Oficial—el género de la pena que conviene a cada "clase de delito, toca al juez hacer la aplicación correcta de esta "fórmula general y esta aplicación variable, según la contingencia de los casos individuales, es lo que constituye la arbitración "de la pena, *mensuratio penoe*. Al lado de la arbitración están "colocadas, naturalmente, la atenuación y la agravación, pero sin "confundirse con ella. La arbitración es la obra del juez en los "límites del poder discrecional, que le dejan el máximum y el "mínimum de la ley. La atenuación y la agravación es la obra de "la ley misma, que en ciertos casos especiales eleva o reduce la "sanción penal.

"Estos mismos principios se encuentran, aunque un poco "confusos, en el derecho romano y leyes españolas de la edad "media."

La misma nota, después de anotar una serie de concordancias con leyes antiguas, cita la opinión de Pacheco, según la cual el delito no es una cosa simple, sino compuesta; no es una unidad, sino un número.

"Todos los hechos que concurren en él sirven para modifi"car su importancia. De parte del agente, de parte de la víctima, por los accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, "por los causantes, por la forma; todos son motivos que influyen en su tenuidad o en su gravedad respectiva. No hay dos "hechos iguales. Tal es la ley de nuestra naturaleza.

"Prever y definir cada caso particular, hubiera sido una pre"tensión imposible, ridícula, absurda. Los códigos no pueden ha"cer otra cosa que presentar los grupos o las acciones punibles, "describiendo sus caracteres generales y dándoles los nombres "sintéticos que unos de otros las separan. Los códigos forman la "lista de las especies. Los individuos están allí, pero no particu"larmente, sino colectivamente, bajo la fórmula y definición ge"neral."

Esas palabras, a pesar de no ser nuevas, presentan en forma muy correcta el principio de las circunstancias calificativas.

La criminalidad es mayor, según el proyecto, bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción o de la intención del sujeto.

Bajo el punto de vista de la naturaleza de la acción:

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 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.

Y bajo el punto de vista de la intención:

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.

La nota dice que las leyes españolas se ocupan en muchas partes de las circunstancias agravantes, sin hacer de ellas un sistema, ni sentar reglas generales. Así, el delincuente merece mayor pena por cometer el delito de noche, en el campo, en la igle-

sia, o en los caminos, dando por razón, en el primer caso, "porque de noche pueden nacer muchos peligros ende é muchos males"; y en el último porque "en los caminos los labradores con sus cosas seguros deben ser."

La misma nota se refiere a diferentes leyes españolas antiguas y a concordancias con los códigos extranjeros.

La criminalidad disminuye, según el artículo 4.º:

1.º 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.º Cuando se ha determinado a cometer el crimen por persuasión, promesas artificiosas, orden o amenaza, en los casos que estas circunstancias no eximen de toda pena.

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

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

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

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

La nota se refiere a varios de los puntos de que se ocupan los diferentes incisos.

Sobre la falta de instrucción, expresa que la ignorancia de la ley no excusa al delincuente. No obstante eso, como la máxima en virtud de la cual se presume que nadie ignora la ley, es una ficción necesaria para el orden social, no debe extenderse más allá de lo que esa necesidad reclama.

Respecto a la miseria apremiante, dice:

" Porque hay casos en que la miseria—según el Comentario " Oficial del código de Baviera—puede tomar el carácter de fuer- " za mayor, y excluir completamente la criminalidad. Un hombre, " por ejemplo, reducido al último grado de miseria, que se apro-

" pia lo que pertenece a otro por no morirse de hambre. En este " caso no habrá sólo disminución, sino exclusión completa de crimina- " lidad, porque en cierto modo hay una especie de legítima de- " fensa. Grocio y Puffendorf creían la miseria causa justificati- " va, alegando el primero que en tal caso la sociedad, por un con- " sentimiento tácito, hace revivir la comunidad de bienes, y el se- " gundo la voluntad del legislador. El derecho canónico llama " a los ladrones, en este caso, inocentes, *ipsius Christi vox inno- " centes vocat,* aunque el Papa condenó la proposición de que era " permitido hurtar en extrema necesidad. Las Partidas justifican " el caso entre compañeros del ejército, "si lo ficiesen con gran " cuita de fambre, e aquello que furtare fuese poco, que lo co- " miese luego." (Libro 6, título 28, P. 2). Las ordenanzas " militares, por el contrario, dicen que el que robase alguna cosa " dentro del cuartel, tienda de campaña, casa de oficial o del ejér- " cito, sufrirá la pena de horca. La ley inglesa no admite tam- " poco que el hambre excuse ni el hurto. Por las leyes austriacas, " como por este código, es circunstancia atenuante, según el pru- " dente arbitrio del juez."

Es muy interesante comparar la nota precedente, escrita en 1865, con la exposición de motivos de la Comisión de Códigos del Senado, redactada en 1918, por las coincidencias existentes entre una y otra, a pesar de la distancia que las separa en el orden del tiempo.

Sobre ocasión imprevista, dice que el caso es como aquel del que substraerse la cosa que encuentra reducido por la ocasión, sin haber preparado el delito.

Acerca de las palabras *arrebatado por una pasión,* la nota expresa:

" El poder de las pasiones se ha comparado por algunos a " la enajenación mental, y el furor del hombre celoso o desespe- " rado al del loco. *Ira furor brevis est*—decía Horacio.—Pero esta " doctrina es, no sólo errónea, sino peligrosa. Desde luego, no es " cierto, según la ciencia, que una pasión pueda excitar ningún " desarreglo en las facultades intelectuales. Las pasiones son cau- " sa, a veces, de una acción *persistente,* y esta afección se convier- " te con frecuencia en locura. Pero hay diferencia entre los sín- " tomas de una enajenación real y esas perturbaciones mentales, " aun las más graves, que velan por un momento la inteligencia " y desaparecen con sus causas.

" Asemejando las pasiones con las enajenación mental—dice " muy bien Chauveau Adolphe,—se justificaría la inmoralidad, " colocándola en la misma línea que la desgracia; y se la estimu- " laría ofreciendo la impunidad como pena de sus desbordes. El " infortunado, cuya inteligencia ha conmovido la enfermedad, " obedece como máquina a una fuerza motriz, cuyo poder no pue- " de combatir. El hombre que obra bajo el imperio de una pasión, " comienza por dejar corromper su voluntad, y es su voluntad la " que, arrebatada por la pasión, se precipita en el crimen. El " primero sufre un poder irresistible, el otro ha podido resistir y " no ha querido. En el paroxismo mismo de la pasión más deli- " rante, el hombre no deja de tener la percepción del bien y del " mal y de conocer la naturaleza de los actos a que se entrega. " El amor, los celos y la venganza pueden subyugarle, puede " ceder al empuje de sus deseos; pero si quisiera encontraría en " su seno la fuerza bastante para combatirlas. Las pasiones vio- " lentas embrutecen el juicio, pero no lo destruyen; arrebatan el " espíritu a resoluciones extremas, pero no lo ofuscan con aluci- " naciones ni quimeras; excitan momentáneamente sentimientos " de crueldad, pero no producen esa perversión moral, que lleva " al enajenado a inmolar, sin motivo, los seres que más quiere. En " una palabra: no hay suspensión temporal de las facultades de " la inteligencia: el hombre obra bajo el imperio de un sentimien- " to imperioso que lo domina, pero esta dominación él la ha acep- " tado y obra voluntariamente." (Tomo I, página 508).

Por fin, se ocupa de los antecedentes personales, diciendo que la prueba de los mismos se llamaba en el antiguo derecho *"de vita et moribus"*, haciendo sólo fe contra simples presunciones.

Los buenos antecedentes sólo daban lugar a una disminución de la penalidad en los cinco siguientes casos, enumerados por el artículo 5.°:

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 proyecto se ocupaba, por fin, del límite del poder de los jueces, diciendo el artículo 5.°:

" Ninguna de las causas enunciadas autorizan al juez para " separarse de la pena legal, cambiar su clase, prolongar o abre- " viar su duración.

" Cuando la ley, sin embargo, señale una pena privativa de " la libertad, y determine el máximum y mínimum de su duración, " los tribunales podrán, después de examinar las circunstancias " expresadas, prolongarla o abreviarla dentro de estos límites.

" En caso de circunstancias agravantes podrán, igualmente, " aumentar la pena por medio de las adicionales permitidas; y " en caso de circunstancias atenuantes, suprimir los accesorios " agravantes que acompañan a la pena principal."

La nota, a su vez, expresaba:

" Si no hay circunstancias atenuantes ni agravantes—dice el " Comentario Oficial,—el juez aplicará la pena media. Por ejem- " plo, si la pena es de cuatro a ocho años de presidio, condenará " al culpable a seis años. Si en la misma hipótesis, el juez tiene " la elección entre dos penas, aplicará la de la clase inferior. La " multa, por ejemplo, si la pena puede ser alternativamente la " multa o prisión. Es bien entendido que no se trata aquí más " que de un consejo legislativo, que el juez no está obligado a " pronunciar la pena media, y que el legislador, dejándolo libre " de obrar en la extensión de su poder de apreciación, sólo da en " este paraje del Comentario un parecer, y no intima una orden. " (Véase el código francés, artículo 65).

" Las circunstancias atenuantes o extrínsecas están fundadas " más bien en el hecho que en el derecho, *persona adherent, non " rei vel causoe*, y el juez puede, sin faltar a su deber, pasarlas " en silencio, cuando no se han deducido y probado. (Ortolan " Elem. de derecho penal).

" La antigua legislación dejaba en general la distribución de " las penas a la arbitrariedad de los jueces, y según las circuns- " tancias y exigencias de cada caso aplicaban los castigos, que " juzgaban propios en relación con la gravedad de los hechos. " Los abusos de semejante sistema, que substituye la voluntad " del juez a las reglas generales de la ley, reclamaron una re- " forma; pero por una especie de reacción, en vez de fijar límites

" prudentes a este poder excesivo, se trazó en torno suyo un " círculo de hierro. A las penas arbitrarias sucedieron las penas " fijas. Los tribunales perdieron, no sólo la facultad de elegir los " castigos, sino también de modificarlos y graduarlos. Las penas " no tuvieron ya ni máximum ni mínimum. Se aplicaron uniformes e irrevocables a todos los hechos comprendidos en la misma " acriminación. Se suprimieron todos los grados que separan las " acciones, todas las diferencias que las distinguen. Nada más " fecundo en inconvenientes que este sistema. Los hechos criminales son susceptibles de modificaciones infinitas; y esta igualdad de las penas producía las más odiosas desigualdades. Era " preciso que el juez aplicase a hechos que no tenían el mismo " valor moral, ni los mismos resultados materiales, una pena " inflexible por su uniformidad, o que este rigor, por su injusticia misma, ocasionase la impunidad. La necesidad de una " nueva reforma no tardó en dejarse sentir, y se acudió a esta " necesidad determinando un máximum y un mínimum, dentro " de los cuales fué permitido a los jueces graduar los castigos."

Esta nota resulta contradictoria con algunas penas fijas contenidas en el proyecto.

254. Las circunstancias calificativas en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García cambió el sistema del proyecto del doctor Tejedor, enumerando circunstancias en concreto y no fijando reglas de apreciación.

El artículo 96, dijo:

" Son circunstancias atenuantes en general, y salvo las designaciones especiales: 1.° Ser menor de dieciocho años o mayor " de setenta; 2.° Haber precedido inmediata provocación, amenaza u ofensa, directa o indirectamente, por parte del ofendido; " 3.° Exceso en el uso del derecho; 4.° Haber procurado con celo " reparar el mal causado o impedir su consumación; 5.° El estado " de irritación o furor sin culpa propia, que no haya hecho perder del todo la conciencia del autor; 6.° Concurrir requisitos " necesarios para la exención de la pena, faltando alguno de ellos;

" 7.° Haber corrido la mitad del tiempo necesario para la prescripción del delito; 8.° La poca importancia de la cooperación " en los casos de complicidad."

Y después de enumerarse las atenuantes en ese precepto, el artículo 97 consignó las agravantes, diciendo:

" Son circunstancias agravantes en general, y salvo las prescripciones especiales: 1.° Ser la persona ofendida pariente colateral dentro del cuarto grado, a no ser que se probase la " ignorancia del vínculo; ser tutor, profesor o cualquier otra " persona para con quien está obligado el culpable a un respeto " particular; 2.° Cometer el delito con perfidia, que consiste en " el engaño, o sirviéndose de las relaciones de parentesco, gratitud o amistad; 3.° Verificarlo a traición, aprovechando el descuido de la víctima; 4.° Ejecutarlo con alevosía, que es la " agresión segura, sin peligro para el agresor; 5.° Aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución; 6.° Obrar con abuso de confianza; 7.° Emplear astucia, " fraude o disfraz; 8.° Obrar con premeditación conocida, que " consiste en el designio formado de antemano de atentar contra " la persona de un individuo, cierto o incierto; 9.° Cometer el " hecho mediante precio, recompensa o promesa; 10. Ejecutarlo " por medio de veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, " explosión u otros medios que puedan ocasionar mayores estragos, o daños a otras personas; 11. Cometerlo durante la alarma " producida por incendio, devastación u otros acontecimientos " semejantes; 12. Abusar de la superioridad de sexo, edad o fuerza; 13. Prevalerse del carácter público que se inviste; 14. Cometer el delito en grupo, de noche, con violación del domicilio, " o en despoblado; 15. Ejecutarlo con desprecio de la autoridad " pública o en el lugar en que se encuentre ejerciendo sus funciones; 16. Verificarlo en desprecio de los ministros de una " religión o en los lugares destinados al culto; 17. Cometerlo " sobre personas enfermas o imposibilitadas de atender a sus " necesidades y defensa; 18. Embriagarse para cometer el hecho " ilícito; 19. La reiteración."

Además, se estableció en el artículo 98 que cuando la persona ofendida fuera ascendiente, descendiente o cónyuge del ofensor, la pena será la inmediata mayor a la que correspondería no mediando ese vínculo, salvo la ignorancia de él.

El informe decía al respecto:

" El proyecto dividía en tres partes lo relativo a la atenuación " y agravación de las penas. Se ha suprimido la tercera, que " se ocupaba de la atenuación y agravación *prudencial*. Todas " las razones que pueden dar lugar a ese aumento o disminución " prudencial, no son sino circunstancias legales, que disminuyen " o aumentan la gravedad del delito, y están comprendidas bajo " la clasificación general que llevan los dos primeros títulos en " que la comisión ha dividido esta materia, agrupando en ellos " todas las circunstancias que figuran en las tres partes del pro- " yecto revisado, y procurando reunir bajo conceptos latos todas " las causales que puedan importar atenuación o agravación de " la pena.

" Al enumerarse las circunstancias que pueden acompañar " al delito, ya acreciendo, ya disminuyendo su gravedad, se ha " consignado la salvedad referente a otras, peculiares de algunos " delitos, que especialmente se determinen en su respectivo lugar.

" El artículo 1.° del título 5.° del proyecto, ha sido suprimido. " Establecidas las circunstancias que atenúan y agravan la res- " ponsabilidad, el artículo 52 del proyecto adjunto determina las " facultades del juez para aumentar la pena en nombre de las " unas, o disminuirla por las otras. En este título se han expli- " cado detalladamente las causas que dan lugar al aumento de " castigo, y la comisión ha seguido a este respecto, como buenos " modelos a su juicio, la enumeración hecha en los códigos de " España, Chile y Venezuela. Esos modelos no han sido textual- " mente seguidos: los incisos 2.°, 3.°, 17 y 18 del artículo 94, y " el artículo 103 del proyecto presentado, no figuran en ellos, o, " a lo menos, no están claramente especificados.

" En esos códigos se establece como circunstancia agravante " la de ser la persona ofendida cónyuge, hermano o pariente por " línea recta del ofensor. Hay una gran diferencia entre los de- " litos cometidos sobre los padres, hijos y cónyuges y los cometidos " contra los demás parientes colaterales, y la legislación no debe " confundir en igual grado la violación de sentimientos y deberes " diversos. Se ha creído que el hecho de que la agresión sea a " colaterales debe ser una circunstancia que agrave el delito sin " desnaturalizarlo, pero que no sucede lo mismo con las ofensas

" contra los parientes en línea recta y contra los cónyuges. Los " vínculos que unen a estas personas, y los deberes que ellos " imponen, determinan un delito diferente, y no una simple cir- " cunstancia agravante, cuando se atenta contra ellos."

* * *

255. El código de 1886.—El código de 1886 siguió al español, coincidente con el último proyecto examinado, diciendo los artículo 83 y 84, respectivamente:

" Son circunstancias atenuantes: 1.° Las expresadas en el " título anterior, cuando no concurran todos los requisitos ne- " cesarios para eximir de responsabilidad criminal en los respec- " tivos casos; 2.° Ser menor de dieciocho años o mayor de setenta; " 3.° No haber tenido el delincuente intención de causar todo el " mal que produjo; 4.° Haber precedido provocación, amenaza u " ofensa por parte del ofendido; 5.° Haber procurado con celo " reparar el mal causado o impedir su consumación; 6.° El estado " de irritación o furor sin culpa del autor del delito, cuando no " le ha hecho perder del todo la conciencia de lo que hace; 7.° Cual- " quiera otra circunstancia análoga a las anteriores; 8.° En los " delitos que merezcan pena capital, cuando la causa dure más de " dos años, sin culpa del procesado o de su defensor; 9.° Haber " corrido la mitad del tiempo necesario para la prescripción del " delito.

" Son circunstancias agravantes, salvo disposiciones especia- " les: 1.° Ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, her- " mano o afín en los mismos grados del ofensor; estar éste obli- " gado a un respeto particular hacia aquél, por ser su tutor, su- " perior, maestro, etc.; 2.° Ejecutar el hecho con alevosía, enten- " diéndose que la hay cuando se obra a traición o sin peligro pa- " ra el agresor; 3.° Aumentar deliberadamente el mal, causando " otros innecesarios para la ejecución; 4.° Obrar con premedita- " ción; 5.° Emplear astucia, fraude o disfraz; 6.° Obrar con abu- " so de confianza; 7.° Cometer el delito por precio, promesa o re- " compensa; 8.° Ejecutarlo por medio de veneno, incendio, inun- " dación, descarrilamiento, explosión u otros medios que puedan " ocasionar mayores estragos o daños, sea a la persona objeto

" del delito o a otras; 9.° Cometer el delito con ocasión de incen-
" dio, naufragio u otros acontecimientos semejantes; 10. Abu-
" sar de la superioridad por edad, fuerza o sexo; 11. Prevalerse
" del carácter público que se inviste; 12. Ejecutar el hecho con
" auxilio de gente armada, o de personas que faciliten o propor-
" cionen la impunidad; 13. Cuando se produce mayor alarma, por
" haberse cometido el delito de noche o en despoblado; 14. Come-
" terlo en cuadrilla, con violación del domicilio u otra circunstan-
" cia semejante; 15. Ejecutarlo en personas que ejerzan autori-
" dad pública, o en lugares en que estén ejerciendo sus funcio-
" nes; 16. Verificarlo en la persona o en desprecio de los minis-
" tros de una religión, o en lugares destinados al culto; 17. Eje-
" cutarlo con fractura o escalamiento de lugar cerrado; 18. Eje-
" cutarlo haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos;
" 19. Haber sido el culpable castigado anteriormente por delito a
" que la ley señale igual o mayor pena; 20. Ser reincidente de de-
" litos de la misma especie."

Además, el artículo 52 estableció:

" En las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, la
" pena correspondiente al delito será el término medio, debiendo
" los jueces recorrer toda su extensión, aumentándolas hasta el
" máximum o disminuyéndolas hasta el mínimum, con arreglo al
" carácter de las circunstancias agravantes o atenuantes que exis-
" tan, y salvo determinación especial de cantidad de tiempo o de
" suma que sea hecha por este código."

Y el 53:

" Si concurriesen a la vez circunstancias atenuantes y agra-
" vantes, los tribunales, según su prudente arbitrio, aplicarán las
" penas dentro de los límites señalados."

El artículo 88 decía, por fin:

" Los tribunales tomarán en cuenta las circunstancias expre-
" sadas en el artículo 84, teniendo en consideración la naturaleza
" y accidentes del delito."

* * *

256. El sistema del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 introdujo novedades sobre el sistema vigente en la época de su publicación.

Se suprimieron las enumeraciones y se adoptó un temperamento más parecido al del proyecto Tejedor que al contenido en el código de 1886.

Los artículos 60, 61 y 62, establecían, respectivamente:

" En las penas divisibles por razón del tiempo o de la can-
" tidad, la pena ordinaria del delito será el término medio entre
" el máximum y el mínimum, pero los tribunales podrán abreviar-
" la o prolongarla dentro de estos límites, motivando la medida
" de la pena en las circunstancias expresadas en los artículos si-
" guientes.

" A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta, en
" primer término, la edad, la educación, los hábitos y las costum-
" bres; la naturaleza de la acción y de los medios empleados; la
" importancia y calidad de sus motivos determinantes; la mayor
" o menor participación tomada en el hecho, las reincidencias en
" que hubiere incurrido y demás antecedentes y condiciones per-
" sonales del procesado que demuestren mayor o menor perver-
" sidad.

" Desde el punto de vista de la naturaleza de la acción y de
" los medios empleados, la criminalidad aumenta o disminuye en
" razón de la extensión del daño o del peligro causados."

El artículo 63, dijo:

" La criminalidad aumenta, desde el punto de vista de la in-
" tención: 1.° Cuando existen motivos más numerosos e impor-
" tantes de observar la ley, o los deberes violados por el culpa-
" ble son más numerosos e imperiosos, y el mismo es más capaz
" de comprender claramente esos motivos y esos deberes; 2.° Cuan-
" do son más grandes los obstáculos para la ejecución del delito,
" o se necesita emplear más audacia o coraje, más inteligencia o
" malicia, o más fuerza corporal para preparar o consumar la ac-
" ción; 3.° Cuando las acciones exteriores y accidentales que han
" arrastrado, extraviado o seducido al culpable, son menores, o
" éste se ha determinado más espontáneamente o ha buscado per-
" sonalmente la ocasión; 4.° Cuando el culpable está más desmo-
" ralizado o empeñado en la carrera de los delitos por la prác-
" tica constante de malas acciones, por hábito, desarreglo de cos-
" tumbres u otros motivos semejantes; 5.° Cuando los deseos y
" pasiones que lo hacen obrar son más perversos y peligrosos."

Y el 64 estableció:

" La criminalidad disminuye: 1.° Cuando por una debilidad

" natural de la inteligencia, el culpable no ha comprendido toda la " gravedad del peligro ni la extensión de la prohibición; 2.° Cuan- " do se ha determinado a cometer el delito por persuasión, pro- " mesas artificiosas, orden o amenaza, en los casos en que estas " circunstancias no eximen de toda pena; 3.° Cuando ha sido im- " pelido por una miseria apremiante o cualquier otra necesidad " urgente, con la misma reserva del número anterior; 4.° Cuan- " do ha obrado arrebatado instantáneamente por una pasión o " perturbación intelectual sobrevenida casualmente y sin que de " su parte haya culpa; 5.° Cuando resulta de los antecedentes o " de su conducta durante o después del hecho, que su perversi- " dad y desmoralización son todavía poco avanzadas."

La exposición de motivos fundó largamente el sistema del proyecto, diciendo:

" Legislada la responsabilidad en general, y luego la irres- " ponsabilidad, por la enumeración de las causas que la produ- " cen, era menester prescribir el modo de fijar concretamente, en " cada caso, esa responsabilidad, y de determinar la pena aplica- " ble al agente del hecho criminoso. Para ello era necesario reglar " la manera de tomar en cuenta los accidentes y condiciones del " delito, y las cualidades, aptitudes y peculiaridades del delin- " cuente, susceptibles todas de revelar la mayor o menor perver- " sidad de éste.

" Las circunstancias atenuantes y agravantes, en que varios " códigos y algunos escritores han dividido las modalidades del " delito y las condiciones personales del delincuente, han sido el " medio empleado para averiguar la perversidad del culpable. El " sistema de las circunstancias atenuantes y agravantes ha cons- " tituído un progreso real; ha venido a reemplazar, en la doc- " trina y en las leyes penales, el de la pena fija e inalterable para " el autor de cada delito; de tal modo que, definido y especifi- " cado el delito, se establecía la pena invariable que se impondría " al que lo ejecutara, cualesquiera que fuesen las condiciones en " que el hecho se cumpliera y la índole y los caracteres perso- " nales del ejecutor. Así, todo homicidio era siempre igual a otro " homicidio, y se reprimía con la misma pena, sin atender para na- " da a las circunstancias del hecho y a las cualidades de su autor. " Por medio de las circunstancias atenuantes y agravantes se lle- " gó a abandonar el sistema de la pena fija e inflexible para el " agente de cada delito; y se adoptó entonces un límite máximum

" y un límite mínimum, dentro de los cuales el juez, sin cambiar " la especie de pena, podría oscilar, aumentándola o disminuyén- " dola, con arreglo a aquellas circunstancias.

" El sistema de las circunstancias atenuantes y agravantes " no es un medio suficiente para conocer la perversidad del cri- " minal y fijar e individualizar la pena que se le ha de imponer. " En efecto, si se observa en la ley el procedimiento de enumerar " taxativamente esas circunstancias, seguido en el código español " y copiado en el nuestro y en otros, se toca el inconveniente in- " salvable de no ser posible prever y precisar el infinito número " de accidentes, caracteres y peculiaridades de los hechos puni- " bles y de sus agentes. Por eso, la enumeración será siempre in- " completísima. Y nada importa que después de consignar algunas " circunstancias atenuantes se diga que se considerará tales cua- " lesquiera otras análogas a las enumeradas (número 8.°, artícu- " lo 9.°, código español, y número 7.°, artículo 83, Código Penal " argentino), porque siempre quedarán excluídas las atenuantes " que no sean análogas a las enumeradas, y todas las agravantes " que no se hayan previsto y enunciado expresamente. Además, " resultará a veces que una circunstancia consignada como ate- " nuante será, en algún caso, agravante y viceversa; y entonces " será imposible darle su verdadero significado en el proceso, por- " que a ello se opondrá la ley.

" Si en vez de enumerar, se diera en la ley una definición de " las circunstancias atenuantes y agravantes, se tocaría, también, " una dificultad insuperable. Por amplios y comprensivos que fue- " ran los términos de la definición, nunca podrían abarcar las " numerosísimas particularidades de todos y de cada uno de los " delincuentes, y las múltiples modalidades de los hechos.

" Los códigos alemán, húngaro, holandés, italiano, etc., enun- " cian varias causas de disminución de la pena, y alguno de ellos, " como el holandés, causas de agravación también; pero no hacen " una enumeración taxativa, ni definen, ni excluyen ninguna de " las atenuantes posibles, y permiten y prescriben la considera- " ción de todas las agravantes. Así, por ejemplo, el artículo 89 " del código húngaro dispone que "se tendrá en cuenta, en la " determinación de la pena, las circunstancias agravantes o ate- " nuantes que pueden tener una influencia en el grado de la cri- " minalidad."

" Si en lugar de enumerar o de definir, la ley guardase si-

" lencio y librara al magistrado, enteramente o con las limitacio-
" nes que lo hacen los códigos aludidos, la consideración y deter-
" minación, en cada caso, de las circunstancias atenuantes y agra-
" vantes, concedería al juez facultades excesivas y dejaría inde-
" terminados, total o parcialmente, los medios de que hubiera de
" valerse para indagar la criminalidad del agente. Y este incon-
" veniente sería mayor aún en la República Argentina, dada la
" multiplicidad de jurisdicciones que han de aplicar el Código y
" la diversa cultura científica de los hombres llamados a admi-
" nistrar justicia en esas jurisdicciones. La ley debe consagrar
" netamente el medio de que se han de valer los magistrados para
" fijar la responsabilidad y determinar la pena, en todos los ca-
" sos, sin obstar con sus términos a la apreciación de ningún dato
" conducente a ese fin. Si tal es el propósito que se persigue, si
" lo que se busca es el medio por el cual el juez ha de procurar
" el conocimiento del criminal, para imponerle la pena adecuada,
" lo que debe hacerse es tomar las cosas como son: ver en la na-
" turaleza accidentes y circunstancias del delito, y en los carac-
" teres y condiciones del delincuente, un conjunto de elementos
" que, bien interpretados, revelan la perversidad mayor o menor
" de éste, el peligro que ofrece y las medidas represivas que con-
" vendrá adoptar a su respecto. Entonces, lo que la ley precisa
" es establecer reglas generales, amplias y claras, para que los ma-
" gistrados puedan tomar en cuenta y apreciar debidamente esos
" elementos, en conjunto y en detalle. Es lo que se ha hecho en
" el proyecto.

" Por eso se dispone que, en las penas divisibles por razón
" del tiempo o de la cantidad, la pena ordinaria del delito será
" el término medio entre el máximum y el mínimum, pero los tri-
" bunales podrán abreviarla o prolongarla dentro de esos límites,
" motivando la medida de la pena en las circunstancias expresa-
" das en los artículos siguientes. (Artículo 60). Esta disposición
" no difiere substancialmente del artículo 52 del Código, a no ser
" en cuanto omite la salvedad contenida en la parte final de di-
" cho artículo. Sin embargo, se ha variado la redacción, para pre-
" cisar el sentido del precepto y armonizar sus términos con el sis-
" tema adoptado sobre el modo de apreciar los elementos reve-
" ladores de la criminalidad. Así, donde el artículo 52 dice que
" los jueces aumentarán o disminuirán la pena "con arreglo al
" carácter de las circunstancias agravantes o atenuantes que exis-

" tan", en el proyecto se dice que los tribunales podrán abreviar
" o prolongar la pena dentro del máximum y mínimum, motivan-
" do su medida en las circunstancias expresadas en los artículos
" siguientes, porque en estos artículos se dan las reglas para es-
" timar la perversidad del criminal y determinar la pena.

" Se suprime la salvedad final del artículo 52, en cuya vir-
" tud el juez no podrá variar la pena, con arreglo a las circuns-
" tancias, cuando se trate de casos para los cuales se haya he-
" cho determinación especial de calidad, de tiempo o de suma, y
" se suprime porque nada justifica esta excepción, esta fijación
" previa e inalterable del *quantum* de la pena, tratándose de
" penas variables en sí, en un sistema que quiere dejar al juez la
" apreciación de la criminalidad del culpable y la determinación
" de la pena adecuada, dentro de ciertos límites. No se debe pres-
" cribir la aplicación de otras penas fijas que la de aquellas que
" lo son por su naturaleza. En el proyecto sólo se establecen dos
" penas invariables: la de presidio perpetuo y la de muerte.

" Sin salir de lo sancionado por legislaciones tan recomen-
" dables como los códigos alemán, holandés y otros, se habría po-
" dido suprimir en general el límite mínimum y establecer sólo
" el máximum de duración o de cantidad hasta donde podría lle-
" gar el magistrado. De este modo, se le habría dado mayor lati-
" tud de juicio y habría quedado en mejor situación para deter-
" minar la pena conveniente. No obstante, la comisión ha creído
" que, en la República Argentina, esa reforma no sería prudente.
" Acaso se entendiera, por muchos magistrados, que en razón de
" no existir un límite mínimum de represión puesto en la ley, les
" sería permitido, si así lo estimaban, exonerar a veces al delin-
" cuente de toda pena. Esta sola eventualidad basta para no adop-
" tar la reforma, aunque se recomienda teóricamente. La ley ar-
" gentina necesita asegurar la aplicación de un mínimum de pe-
" nalidad, siempre que se cometa delito.

" El artículo 61 indica el conjunto de datos que los tribuna-
" les deberán tomar en cuenta para indagar la criminalidad del
" culpable y fijar la pena. Ese conjunto de datos se compone de
" todas las condiciones y antecedentes personales del agente y de
" la naturaleza y circunstancias del hecho. La enumeración con-
" tenida en el artículo es puramente enunciativa y explicativa,
" no es taxativa, no excluye uno solo de los elementos referentes
" a la persona o al hecho dignos de ser considerados. En cuanto

" a los datos enumerados, es fácil mostrar su alta significación."

" LA EDAD.—Es el primer elemento enunciado. Es una ver-
" dad bien averiguada que, *coeteris paribus*, la fuerza para de-
" linquir y la tendencia a cometer ciertos delitos, preferentemen-
" te a otros, o a cometerlos de determinada manera, varían con la
" edad. Desde la infancia hasta la época de pleno desarrollo cor-
" poral, la inclinación al crimen crece, llega a su máximum en el
" período de la vida en que la madurez es completa y las pasiones
" son más vivaces y enérgicas, para disminuir luego o afectar dis-
" tinta forma, a medida que el sujeto declina. Nada más indis-
" cutible que el valor de la edad, como uno de los varios datos,
" para juzgar de la criminalidad del autor de un hecho punible
" y fijar la pena.

" LA EDUCACIÓN.—No se discute la influencia de la buena edu-
" cación en el desarrollo de la moralidad y de las sanas tendencias
" del individuo, aunque se discute y puede discutirse el grado de
" esa influencia y la extensión de su eficacia. Tampoco se discute
" el influjo pernicioso y el poder desmoralizador de la mala edu-
" cación, tan notorios, tan incontestables siempre. Por consiguien-
" te, es indudable que el conocimiento de la educación recibida
" por un procesado—si esa educación ha sido buena o mala, bien
" o mal encaminada—es un dato interesantísimo, que debe ser
" pesado al investigar la perversidad de éste.

" LOS HÁBITOS Y LAS COSTUMBRES, constituyen otro elemento de
" juicio. Si un hombre ha sido de costumbres y hábitos honestos,
" o si, aunque sin distinguirse por su honradez, sólo eventualmen-
" te se ha apartado de las exigencias de la ley, existirá un motivo
" para creer que, a pesar de su crimen, su inmoralidad no es gran-
" de. No se dirá lo mismo si su conducta ha sido a menudo dudo-
" sa. Y si se ha señalado por la práctica frecuente de actos con-
" denables y por hábitos y costumbres viciosas, se tendrá un in-
" dicio seguro de su falta de escrúpulos y de su poco o ningún
" respeto al derecho ajeno.

" LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.—
" La naturaleza de la acción—la especie de delito—indica la ca-
" lidad del deber y del derecho violados, y puede mostrar la pro-
" pensión a cometer principal o exclusivamente un género dado
" de crímenes. Una lesión, un homicidio, un robo o una estafa,
" pueden denunciar la tendencia preferente a ejecutar delitos
" contra las personas o contra las propiedades.

" LA NATURALEZA DE LOS MEDIOS EMPLEADOS, así como el modo
" y las circunstancias de la ejecución, pueden revelar la audacia,
" la destreza, la habilidad o la fuerza del criminal; y si ese crimi-
" nal prefiere la violencia y los medios brutales, a la astucia o
" viceversa. Todo ello contribuye al conocimiento del culpable,
" porque los medios empleados en la acción concuerdan, en ge-
" neral, con las calidades personales.

" LA IMPORTANCIA Y CALIDAD DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES DE
" LA ACCIÓN, forman un dato muy valioso. Si los motivos que el
" delincuente ha tenido para ejecutar el acto no han sido vitu-
" perables, si se ha determinado por móviles sociales, por un sen-
" timiento generoso, aunque extraviado, como el dolor que le ha
" producido una injuria atroz inferida a su nombre, a su honor
" o a alguno de los suyos, no podrá decirse que su inmoralidad
" sea manifiesta; al contrario, se tendrá un indicio de su leve cri-
" minalidad, y, al juzgársele y al medir la pena que se le ha de
" imponer, se deberá tener en cuenta el móvil que lo ha guiado.
" Pero si los motivos que el criminal ha tenido han sido antisocia-
" les, si ha realizado el hecho impulsado por un sentimiento de
" concupiscencia, de venganza, de odio, etc., entonces es claro que
" los motivos determinantes de la acción denunciarán su perver-
" sidad.

" LAS REINCIDENCIAS EN QUE HUBIERE INCURRIDO.—El papel que
" la reincidencia, tomada en su sentido amplio, desempeña en el
" estudio del crimen y del criminal, es de primer orden y del más
" elevado interés. Por ella se puede descubrir el hábito del de-
" lito o la tendencia a adquirir ese hábito; y, por lo tanto, la ca-
" pacidad de un procesado para delinquir. Si una persona ha sido
" condenada muchas veces, o si se sabe que ha cometido muchos
" delitos, puede afirmarse con certidumbre que hace profesión del
" crimen, o que el crimen le es habitual. Si sólo ha sido condenado
" pocas veces, o si se le conocen pocos actos delictuosos, no se
" podrá afirmar que ha adquirido el hábito; pero sí que se halla
" en vía de adquirirlo y que ha salvado ya los inconvenientes más
" serios que esa adquisición podía ofrecerle: los temores y los
" escrúpulos que detienen y embargan a un individuo antes de
" la primera caída, antes de resignarse a quedar excluído de la
" parte honrada de la sociedad e incorporado al gremio de los
" criminales.

" Para que no se dude de que la enumeración de los elemen-

" tos analizados es simplemente enunciativa, se ha agregado, al " final del artículo, que se tendrá en cuenta también *los demás* " *antecedentes y condiciones personales del procesado, que demues-* " *tren su mayor o menor perversidad.*

" Con el fin de completar las reglas que han de servir al ma- " gistrado para valuar la responsabilidad, hemos reproducido del " código Tejedor los preceptos contenidos en los artículos 62 y 64, " relativos a algunos casos en que la criminalidad aumenta o dis- " minuye.

" Así, desde el punto de vista de la naturaleza de la acción " y de los medios empleados, la criminalidad aumenta o dismi- " nuye en razón de la extensión del daño o del peligro causa- " dos; y se comprende porqué. El daño más extenso o el peligro " mayor resultante de la acción, revelan más fuerza o más tena- " cidad y, en todo caso, mejores aptitudes para el crimen, desde " que el agente no se ha detenido ante las consecuencias del hecho.

" Es innegable, y su mera enunciación lo demuestra, que la " criminalidad aumenta desde el punto de vista de la intención, " cuando existen motivos más numerosos e importantes de obser- " var la ley, o cuando los deberes violados por el culpable son " más numerosos o imperiosos, y éste es más capaz de compren- " der claramente esos motivos y esos deberes; cuando son más " grandes los obstáculos para la ejecución del crimen, o se nece- " sita emplear más audacia y coraje, más inteligencia y malicia, " o más fuerza corporal para preparar la acción, o consumarla; " cuando las acciones exteriores y accidentales que han arrastra- " do, extraviado y seducido al culpable, son menores, o éste se " ha determinado más espontáneamente, y ha buscado personal- " mente la ocasión; cuando el culpable está más desmoralizado " y empeñado en la carrera de los delitos por la práctica cons- " tante de malas acciones, por desarreglo de costumbres u otros " motivos semejantes; cuando los deseos y pasiones que lo hacen " obrar son más perversos y peligrosos.

" Es igualmente innegable que la criminalidad disminuye " cuando, por una debilidad natural de la inteligencia, el culpa- " ble no ha comprendido toda la gravedad del peligro, ni la ex- " tensión de la prohibición; cuando el agente se ha determinado " a cometer el delito por persuasión, promesas artificiosas, orden " o amenaza, en los casos en que estas circunstancias no eximen " de responsabilidad; cuando ha sido impelido por una miseria

" apremiante, o por cualquiera otra necesidad urgente; cuando " ha obrado arrebatado por una pasión o perturbación intelectual " sobrevenida casualmente, y sin que de su parte haya culpa; y " cuando resulta de sus antecedentes o de su conducta, durante " o después del hecho, que su perversidad y su desmoralización " son todavía poco avanzadas.

" La claridad de las disposiciones precedentes y la circuns- " tancia de haber estado vigentes, antes de ahora, en casi toda " la República, nos excusan de insistir sobre ellas. Conviene ha- " cer notar que este sistema del código Tejedor no pudo dar en " la práctica todos los resultados que dará con la aplicación de " nuestro proyecto, porque en la parte especial de aquél no se " observó suficiente latitud en la determinación de las penas y " se abusó de las penas fijas."

* * *

257. Modificaciones introducidas al Código por la ley número 4189.—La ley de reformas número 4189 derogó el artículo 52 del Código, antes transcripto, y lo reemplazó con el 6.°, que decía así:

" Modifícase el artículo 52 en los siguientes términos: " En " las penas divisibles por razón del tiempo o de la cantidad, la " pena ordinaria del delito será el término medio entre el máxi- " mum y el mínimum, pero los tribunales podrán abreviarla o " prolongarla dentro de estos límites, con arreglo al carácter de " las circunstancias agravantes o atenuantes."

Además, suprimió en el inciso 2.° del artículo 84, la definición de la alevosía, extendió el concepto de la reincidencia y agregó un inciso referente al concurso de delitos.

Estas innovaciones se hicieron teniendo en cuenta las disposiciones del proyecto de 1891, incurriendo en el error, tantas veces anotado en la ley de reformas, que intercaló preceptos de un código en otro, sin tener en cuenta que los dos obedecían a sistemas distintos.

* * *

258. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 acentúa aún más el régimen del proyecto de 1891. Tiene sobre la materia sólo dos artículos, el 42 y el 43, que establecen, respectivamente:

"En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, "la pena ordinaria del delito será el término medio entre el má- "ximum y el mínimum; pero los tribunales podrán abreviarla o "prolongarla dentro de estos límites, motivando la medida de la "pena en las circunstancias expresadas en el artículo siguiente.

"A los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta: "1.° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para "ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados; "2.° La edad, la educación, las costumbres y la conducta prece- "dente del sujeto; la calidad de los motivos que lo determinaron "a delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, las "reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes "y condiciones personales que demuestren su mayor o menor "perversidad."

La exposición de motivos los fundamenta en los siguientes términos:

"Con el mismo fin hemos abandonado el desprestigiado sis- "tema de la enumeración de las circunstancias atenuantes y agra- "vantes, para volver al régimen del código de Tejedor, adoptado "por casi todos los códigos modernos.

"Esa enumeración es un obstáculo invencible para una bue- "na distribución de la justicia penal. La infinita variedad de ma- "tices que presenta un delito, ya por sus causas, como por sus "móviles y fines, ya por sus efectos, ya, en fin, por las condi- "ciones personales del agente y la infinita cantidad de elemen- "tos que entran en juego para la apreciación exacta de un hecho "criminal dado, hacen imposible una enumeración detallada de "todas las circunstancias que pueden influir en la responsabili- "dad del delincuente. Esa imposibilidad, perfectamente recono- "cida por todo el mundo y que ha hecho decir a los autores que "las circunstancias atenuantes y agravantes son indefinibles e "ilimitadas, debe ser reconocida también por la ley, porque su "empeño en olvidarse de ella conduce fatalmente a resultados

"injustos. El delincuente que tiene a su favor circunstancias, que "para la conciencia atenúan su responsabilidad, debe, sin embar- "go, sufrir la misma pena que el que no se encuentra en esas con- "diciones, porque tales circunstancias no figuran en la enumera- "ción legal. Tampoco puede agravarse la pena en el caso contra- "rio, porque la circunstancia indicativa de la mayor perversidad "o temibilidad no ha sido establecida por la ley.

"Un sistema, pues, que se propone vencer lo que es inven- "cible, y que comporta resultados tan injustos, debe ser pronto "y radicalmente eliminado.

"Todavía hay una razón más para esa eliminación. Supo- "niendo que la enumeración completa fuese posible, ¿a qué ha- "cerlo si con el sistema de no enumerar, los jueces pueden y de- "ben tomar en consideración todos los casos de atenuación o "agravación, que en realidad existan?

"La comisión, al proponer esa innovación, quiere que los jue- "ces tomen en cuenta las razones de cualquier orden que puedan "aumentar o disminuir la responsabilidad, ya sea en la prepara- "ción, en la ejecución o en las consecuencias del delito, ya pro- "vengan de la mayor o menor gravedad del hecho material, o "de la mayor o menor culpabilidad del agente; quiere, en una "palabra, que se aplique al delincuente la pena a que se ha he- "cho acreedor, tomando en cuenta el hecho y todas sus circuns- "tancias y la persona y todas sus condiciones.

"Para la apreciación de las circunstancias atenuantes o agra- "vantes no tienen, pues, los jueces, según este sistema, otras li- "mitaciones que las que resulten de la exacta determinación de "lo que revista uno u otro carácter. No pueden tomar como ate- "nuante o agravante lo que no sea ni una ni otra cosa, pero todo "lo que en el concepto social y para la ciencia y la conciencia "sea causa de agravación o atenuación debe dar lugar al reco- "rrido de la escala en un sentido o en otro."

* * *

259. El asunto según la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó los artículos 40 y 41, modificando los del proyecto de 1906.

Dichos preceptos establecían:

" En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, " los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las cir- " cunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso, " y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

" A los efectos del artículo anterior, se tendrán en cuenta: " 1.° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para " ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados; 2.° La " edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del " sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delin- " quir, la participación que haya tomado en el hecho, las reinci- " dencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes y " condiciones personales que demuestren su mayor o menor per- " versidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu " del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en " la medida requerida para cada caso."

La exposición de motivos, dijo:

" Diversos sistemas se siguen por las legislaciones al afron- " tar el problema de las circunstancias agravantes o atenuantes, " esto es, de aquellas que caracterizan el hecho, dándole mayor o " menor gravedad.

" En los antiguos sistemas, de pena fija ante el delito deter- " minado, la apreciación de la circunstancia no tenía objeto. El pro- " blema ha surgido como consecuencia de las penas divisibles con un " máximum y un mínimum, cuya aplicación debe hacer el juez, " graduándola en cada caso de acuerdo con sus particularidades.

" Algunas legislaciones enumeran las circunstancias califica- " tivas, otras prescinden de tal enumeración, pero fijan reglas pa- " ra apreciarlas, y otras se limitan a decir que se estimarán por " los magistrados.

" El código vigente, de acuerdo con el español, enumera las " circunstancias atenuantes y las agravantes, trayendo en los ar- " tículos 83 y 84 las listas de unas y otras. Este sistema, abandonado " por la ciencia, tiene graves inconvenientes, pues no permite " apreciar todos los conceptos del acto para calificarlo, desde el " momento que debe ser estimado a través de las determinadas " circunstancias calificativas que se enumeran."

A continuación, la misma exposición se refiere al proyecto de 1891, transcribiendo algunos fundamentos, y al de 1906, para terminar ocupándose de los artículos concretamente.

* * *

260. El sistema de nuestra ley.—El examen de los antecedentes de nuestra ley penal, acredita que la ley puede, como lo hacía el código español y el de 1886, formar una lista de circunstancias atenuantes y agravantes para que el juez, en cada caso, después de comprobar la existencia o inexistencia de alguna o algunas, procediese a fijar la pena; o puede también dar normas generales para que el magistrado, de acuerdo con su criterio, proceda a determinar el castigo correspondiente.

Dentro del primer sistema, la ley admite en el juez la facultad de decidir, haciendo él mismo la apreciación de los factores, según su importancia, o debiendo decidirse según el número de los que concurran.

En nuestro código las limitaciones no existen, y se han dado, de acuerdo con los sistemas más adelantados, amplias facultades a los tribunales. Cada caso debe ser examinado especialmente, porque no hay dos iguales, y por eso el juez debe encontrarse investido de autoridad suficiente para dar con respecto a cada sujeto, la solución justa y adecuada.

* * *

261. El artículo 40 y sus concordancias.—

Artículo 40

En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 29 y 59.—Noruego, 52, 56 y 57.—Holandés, 50.—Francés, 65.—Alemán, 50.—Ruso, 53.—Húngaro, 74, 82, 89, 90, 91 y 92.—Español, 9, 10, 78, 79 y 80.—Japonés, 66 y 67.—Anteproyecto suizo de 1916, 27 y 63.—Proyecto alemán de 1909, 81 y 82.—Proyecto austriaco de 1909, 43, 44 y 45.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo IV, 13 y capítulo

V, 4.—Proyecto de Tejedor, títulos 4.°, 5.° y 6.° del libro segundo.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos 96 y 97.—Código de 1886, artículos 83, 84, 52, 53 y 88.—Proyecto de 1891, 60, 61, 62, 63 y 64.—Ley N.° 4189, artículos 6 y 15.—Proyecto de 1906, 42 y 43.

* * *

262. La amplitud del código vigente.—El sistema aceptado por nuestro código en materia de circunstancias calificativas, es el más amplio de todos los examinados. El proyecto de 1906 consignaba el mismo, pero la ley en vigor lo modificó en un sentido más favorable a la amplitud del criterio judicial. Dicho proyecto decía que en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, la pena ordinaria del delito será el término medio entre el máximum y el mínimum, pudiendo los tribunales abreviarla o prolongarla dentro de esos límites.

De acuerdo con ese régimen legal, el juez debe tener un punto de partida fijo. La pena no se le presenta con una cantidad indeterminada que él gradúa, sino con una cifra de la cual puede apartarse, aumentándola hasta el máximum, o disminuyéndola hasta el mínimum.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria suprimió esa exigencia de referirse al término medio, y en la exposición de motivos, después de recordar el sistema del proyecto de 1906, se dijo que la supresión se verificaba para "dar al ma-
" gistrado todas las amplitudes necesarias a los efectos de la in-
" dividualización del castigo. El juez aplicará dentro de los ex-
" tremos de la ley, la condena que crea del caso estudiando el
" asunto, y de acuerdo con sus circunstancias calificativas."

* * *

263. La individualización de las penas y la política criminal de la Comisión de Códigos del Senado.—Los jueces, con las disposiciones del Código, pueden contribuir de la mejor manera posible a la individualización de las penas, punto que constituye una de las aspiraciones de la ciencia jurídica moderna.

La Comisión de Códigos del Senado de la Nación, al fundar su despacho en el proyecto de Código Penal en revisión, se ocupó de este punto al considerar la política criminal en sus relaciones con la reforma. Los conceptos allí vertidos explican la tesis del artículo. Se dice en esos fundamentos:

" Encarando el problema de la delincuencia desde un punto
" de vista positivo y práctico para dar a la lucha contra el crimen
" la mayor eficacia, los sostenedores de la *política criminal* re-
" claman una serie de medidas fundamentales, la mayor parte de
" las cuales están en abierta oposición con los principios del viejo
" derecho penal. Sostienen, al echar las bases del nuevo derecho
" penal, que la legislación debe individualizar la pena, como lo
" quiere Saleilles en su notable libro, dándose muchísima más im-
" portancia al elemento interno del delito, a la naturaleza del mó-
" vil que ha guiado al delincuente, que al daño material causado
" por el delito, para la determinación de la pena. Como conse-
" cuencia de este principio, es necesario establecer el sistema de
" las penas paralelas.

" Por otra parte, el principio de la individualización de la
" pena exige la clasificación de los delincuentes. Como dice muy
" bien Jiménez de Asúa en la obra ya citada, la nueva política
" criminal "reclama, ante todo, un examen científico de las cau-
" sas de la criminalidad, a fin de que la pena pueda ser adecuada
" en la lucha contra el delito. Resultado de la observación que
" dentro de los criminales podrían distinguirse tres grupos—de-
" lincuentes de ocasión; delincuentes por estado, corregibles; y
" delincuentes por estado, incorregibles,—se llegó a establecer un
" sistema perfectamente organizado de exigencias político-crimi-
" nales. Al lado de la pena se ha establecido un doble sistema de
" medidas, que persiguen como fin, o la educación correccional
" del delincuente, o la protección de la sociedad contra el crimi-
" nal." (Obra citada, página 173).

" Los expositores de la *política criminal* señalan otras con-
" secuencias necesarias de la individualización de la pena. Como
" condición indispensable para conseguirla, especialmente para la
" individualización por parte del juzgador, se requiere en éste—
" escribe Dorado—una amplia libertad para el ejercicio de sus
" funciones. De ahí también la necesidad de una gran simplifi-
" cación en los códigos penales, "proscribiendo de ellos las dis-
" posiciones que tienden a impedir el arbitrio y reduciendo su

" contenido a un conjunto de reglas sumamente generales que per-
" mitan al tribunal el ejercicio de facultades discrecionales amplí-
" simas.

" De igual manera la individualización administrativa de la
" pena ha traído y está trayendo consigo, cada día con intensidad
" mayor, otras consecuencias en la mente de los defensores de la
" política criminal, y tras de ello, en las leyes..." Si antes con la
" pena-castigo, la aplicación de éste podía ser y era una función
" administrativa, ejecutiva y mecánica, hoy, en cambio, cuantos
" profesan la doctrina del tratamiento penal protector, exigen,
" como condición ineludible para el mismo, la unión íntima entre
" la sentencia o providencia penal (equivalente al diagnóstico y
" plan del médico) y su ejecución (equivalente al tratamiento
" terapéutico). Este procedimiento constituyó una de las bases
" del programa o estatutos, con arreglo a los cuales se fundó la
" ya mencionada Unión Internacional de Derecho Penal."

La misma exposición se extiende en citas de legislación comparada y de autores, para comprobar cuál debe ser la política criminal en los códigos modernos, y menciona, por fin, los fundamentos dados por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria para manifestar su concordancia con aquélla.

Los conceptos se refieren, no solamente al examen de las circunstancias calificativas, sino, y muy especialmente, a la represión en general y a los propósitos y finalidades de la misma.

* * *

264. El artículo 41 y sus concordancias.—

Artículo 41

A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1.° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2.° La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

CONCORDANCIAS.—Ver las del artículo anterior.

* * *

265. El precepto en la Cámara de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo en los siguientes términos:

" A los efectos del artículo anterior se tendrán en cuenta:
" 1.° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para
" ejecutarla, y la extensión del daño y del peligro causados;
" 2.° La edad, la educación, las costumbres y la conducta prece-
" dente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron
" a delinquir, la participación que haya tomado en el hecho, las
" reincidencias en que hubiere incurrido y los demás antecedentes
" y condiciones personales que demuestren su mayor o menor
" perversidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de
" visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho
" en la medida requerida para cada caso."

En la exposición de motivos se fundamentó, diciendo:

" Hemos aceptado los propósitos del proyecto de 1906 en
" cuanto se refiere a la fijación de reglas para la apreciación de
" las circunstancias calificativas. Esas reglas son las normas
" a que deberán ajustarse los magistrados."

Agregaba, respecto a la última disposición del precepto:

" La comisión, teniendo en cuenta que entre nosotros es
" frecuente la delegación de funciones, lo que da lugar a que se
" condene a penas graves a un sujeto sin que el juez de Instruc-
" ción o de sentencia haya tenido la oportunidad de verlo, porque
" deja obrar a la policía, al secretario y a los empleados inferiores,
" ha creído oportuno exigir la acción directa y personal del
" magistrado. Establece, por eso, en la última parte del artículo

" 41, que el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del " sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la " medida requerida por cada caso.

" No podrá haber, así, penados que ignoren al juez que " los juzgó."

Los fundamentos del artículo se encuentran, por tanto, en la exposición de motivos del proyecto de 1906, que antes hemos transcripto, y en los demás antecedentes invocados. La exposición referida precisa muy bien y constituye la más completa explicación, siendo un antecedente oficial, porque lo señala como tal la exposición de motivos de la comisión especial de la Cámara de Diputados.

*

* *

266. Modificaciones del Senado.—El Senado introdujo en esta parte algunas modificaciones. El inciso 1.° del artículo no fué tocado, pero en el 2.° se propuso intercalar a continuación de las palabras: *la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir*, las siguientes: *especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos.*

Se propuso, igualmente, colocar al final del artículo, el siguiente párrafo:

" Cuando el reo esté acusado de haber cometido un delito " castigado con prisión o reclusión mayor de diez años, no podrá " pronunciarse la condena antes de que su estado mental sea " examinado por un médico especialista."

La exposición de motivos se ocupó del asunto al tratar de la imputabilidad en general, y sus conclusiones han sido transcriptas en el capítulo correspondiente (1).

La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso se intercalase en el inciso 2.°, después de las palabras: *condiciones personales*, las siguientes: *así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.* Se reemplaza, aparte de los agregados, la palabra *perversidad* por el vocablo *peligrosidad.*

(1) Ver página 240 del presente tomo.

El artículo quedaba, así, en sus dos primeros incisos, redactado en los mismos términos en que se sancionó definitivamente.

La Cámara de Diputados, después de oir a la comisión especial, aceptó las modificaciones del Senado, con excepción del agregado relativo al examen médico de los procesados.

A este respecto, la comisión dijo:

" La Comisión de Códigos del Honorable Senado, consideró " que, de no admitirse de una manera general el examen médico " de los encausados, debía imponerse, por lo menos, en los casos " en que pudiera corresponder reclusión o prisión mayor de diez " años, y aconsejó, en consecuencia, la inclusión en el Código Penal " de una norma general sobre el examen clínico de determinados " encausados, aplicable en toda el territorio de la República.

" Vuestra comisión especial opina que la iniciativa está de " acuerdo con las últimas conquistas de la psiquiatría y del de- " recho penal; pero considera peligrosa la inclusión de una norma " obligatoria para todo el territorio de la República, siendo pre- " ferible dejar a cada provincia la posibilidad de legislar sobre " el punto en armonía con sus necesidades y recursos.

" El Congreso Penitenciario Argentino de 1914 votó esta " conclusión: " Incluir en el Código de Procedimientos en lo " Criminal, como norma, el examen psiquiátrico de todos los en- " causados en el período de instrucción, constituye un progreso " en ciencia penal."

" Aconsejamos, en consecuencia, la eliminación de la cláu- " sula final agregada al artículo 41 del proyecto de Código Penal, " y la sanción del proyecto de modificación del artículo 261 del " Código de Procedimientos en lo Criminal, que en la fecha " presentamos."

En consecuencia, se proyectó agregar al artículo 261 del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital, el siguiente párrafo:

" Cuando al procesado se impute un delito reprimido con " reclusión o prisión de más de diez años, el juez requerirá informe " médico sobre su estado mental y capacidad para delinquir."

Ese artículo se colocó como 3.° en el proyecto de ley sobre libertad bajo caución, siendo sancionado el conjunto con el número 11.177.

XX

Tentativa

267. Noción de la tentativa. — 268. El artículo 42 y sus concordancias. — 269. La tentativa en el proyecto del doctor Tejedor. — 270. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 271. Las disposiciones del código de 1886. — 272. El proyecto de 1891.—273. Modificaciones introducidas por la ley n.° 4189.— 274. El proyecto de 1906. — 275. El proyecto de la comisión de diputados. — 276. Observaciones del senador Rojas. — 277. Alcance del artículo. — 278. El artículo 43 y sus concondancias. — 279. Antecedentes de la exención en el proyecto Tejedor. — 280. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 281. El principio en el código de 1886. — 282. El proyecto de 1891. — 283. El proyecto de 1906. — 284. Ideas de la comisión especial de diputados. — 285. El artículo 44 y sus concordancias. — 286. Casos que comprende el precepto. — 287. El proyecto Tejedor. — 288. El proyecto de 1891. — 289. Proyecto de 1906. — 290. El código de 1886. — 291. Modificaciones introducidas por la ley n.° 7029. — 292. Examen de los distintos casos regidos por el artículo 44.

* * *

267. Noción de la tentativa.—Los actos humanos, lícitos o ilícitos, obedecen siempre a un pensamiento anterior a los mismos y constituyen su consecuencia. La resolución es la causa y la acción el efecto.

Esa regla, que es general y se aplica a todas las acciones individuales, no se altera cuando se trata de delitos. Al estudiarse la responsabilidad. se comprueba la concurrencia de opiniones muy diversas acerca de la existencia o inexistencia del libre albedrío, esto es, de la base tradicional en que se apoya aquella responsabilidad personal. Pero las divergencias acerca de la facultad de determinarse no influyen en la apreciación del proceso mental, el que se verifica cuando se lleva a cabo un acto cualquiera. Primero se piensa, después se resuelve y, por fin, se ejecuta.

La comprobación de los diversos grados porque se pasa entre la resolución o el pensamiento anterior a aquélla, y la acción misma, es aceptada unánimemente, surgiendo las controversias cuando se trata de apreciar el fondo de las determinaciones.

Mientras el sujeto piensa, sin exteriorizar sus impresiones, o haciéndolo sin causar daño, no se producen efectos jurídicos. La Constitución Federal, en el artículo 19, dice:

" Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo " ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un " tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad " de los magistrados."

La exteriorización del pensamiento no puede producirse sino paulatinamente, y aun en los actos más rápidos e instantáneos se perciben los diferentes grados desde que se inicia la ejecución hasta que se consuma.

Un acto puede iniciarse después de resuelto, y detenerse su autor antes de haber comenzado a causar un perjuicio. En ese caso, si el acto producido no constituye por sí solo una infracción, lo hecho carece de consecuencias.

Así, un sujeto, pensando dañar a otro, resuelve golpearlo, y se prepara a hacerlo, pero en el momento de llegar a su lado desiste de su acción y se aleja. El acto realizado no implica una infracción, y por consiguiente carece de castigo. Pero otro individuo resuelve lesionar a determinado sujeto, y a esos efectos desnuda un arma de fuego y antes de usarla desiste de su acción; en ese caso, delito no existe con relación al que hubo de ser agredido, pero como el uso de armas importa una infracción, el individuo deber ser castigado con la penalidad correspondiente. Si en el mismo caso consumó una agresión con armas, no será el caso de aplicar pena por el delito que se pensó cometer, y del cual se desistió, pero sí hará pasible al autor de la pena señalada

en la ley para los autores de agresión. El acto preparatorio era por sí solo un delito o una infracción determinada.

Hay, así, entre la resolución de cometer un acto ilícito y la consumación del mismo, una serie de gradaciones que determinan, según el caso, la intervención de la justicia o la inacción de la misma.

Cuando el delito se consuma, la pena que corresponde es la del delito mismo. La infracción es completa habiéndose desarrollado el proceso pleno, desde la resolución hasta la ejecución. Pero cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza por medio de actos preparatorios y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, se incurre en tentativa.

Con estas nociones podemos pasar al estudio del Código y de sus antecedentes. Prefiero no detenerme en distinciones doctrinarias, porque al hacer el examen del proyecto de Tejedor vamos a encontrarlas desenvueltas, y allí mismo podremos notar lo que era superfluo para un código y lo que debía conservarse.

* * *

268. El artículo 42 y sus concordancias.—

Artículo 42

El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

CONCORDANCIAS.—Código de Noruega, artículo 49.—Italiano, 61, 1.ª parte.—Holandés, 45.—Francés, 2.° y 3.°—Alemán, 43.—Ruso, 1.° y 4.°—Húngaro, 65.—Español, 3.°—Japonés, 43.—Anteproyecto suizo de 1916, 22 y 23.—Proyecto alemán de 1909, 75.—Proyecto austriaco de 1909, 14, 1.°—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo VII, 1.—Proyecto peruano de 1916, 59.—Proyecto de Tejedor, título segundo, artículos 1.°, 6.°, 7.°, 8.° y 9.°—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos 9, 10 y 11.—Proyecto de 1891, 65.—Proyecto de 1906, 44.—Código de 1886, 8.°.

269. La tentativa en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto de Tejedor definía la tentativa en el artículo 1.º del título 2.º, diciendo:

"Hay tentativa siempre que con la intención de cometer un "crimen se ejecutan actos exteriores que tienen por objeto la "consumación o preparación de ese crimen."

La nota puesta al pie del artículo, expresa:

"Si se quisiera comparar—dice el Comentario Oficial del "código de Baviera—al crimen consumado los actos exteriores, "que no son más que su principio; si se quisiera poner en la "misma línea del crimen a la tentativa, que no es más que su "primer paso, se confundiría en primer lugar la noción del "crimen, que supone la realización de un resultado determinado. "En segundo lugar, la ley que tal hiciese, tendría el efecto de "alcanzar la intención antes de su manifestación exterior, cuando "es incierto todavía si el criminal se detendrá en el último momento por el arrepentimiento, el temor de su delito o el miedo "de la pena. En tercer lugar, semejante ley sería impolítica, porque el crimen que llegase a los últimos límites de la ejecución, "y que ya nada tuviese que esperar de abstenerse voluntariamente, ni temer nada de la continuación de un crimen, encontraría en la ley misma un motivo de consumar su designio culpable, un aliciente para reiterar la tentativa. Por otra parte, la "tentativa no puede quedar completamente impune, cuando en sí "misma encierra un acto ilícito y constituye una ejecución parcial de la infracción. No someterla en este caso a una pena "cualquiera sería ocasionar, por el atractivo de la impunidad, "una cantidad innumerable de crímenes. De todo esto resulta "que la tentativa debe ser castigada, pero con una pena siempre "inferior al crimen mismo, y graduada según proporciones determinadas.

"La tentativa supone una intención, porque sin intención no "hay crimen posible: uno o muchos actos exteriores, porque los "actos internos no son del dominio de la ley penal, y un fin o "dirección tendiente a la ejecución del crimen, porque esto es lo "que da a los actos exteriores el carácter de medios criminales, "carácter que es independiente, por otra parte, del resultado "obtenido. Pero conviene repetir aquí la observación hecha anteriormente, de que la tentativa como la consumación del crimen, tiene algo de relativo, y depende de las definiciones de "la ley. Si, por ejemplo, la ley castiga un hecho, aun cuando no "haya consumación, como en el delito de traición contra el Estado, no es el caso de aplicar las penas contra la tentativa, "porque no se consume el crimen. Si, por el contrario, la ley "exige que se produzca tal resultado y este resultado no tiene "lugar, sólo habrá tentativa aunque se haya acabado el acto "principal.

"Por efecto del mismo principio, el Código rechaza la distinción dogmática entre crimen consumado (delictum consumatum) y crimen perfecto (delictum perfectum). Cuando la definición legal de un crimen supone la realización de cierto "resultado, y este resultado no se produce, no hay más que tentativa, aun cuando para llegar a esta realización el agente haya "hecho todo lo que de él depende, esto es, haya consumado completamente el acto criminal. Así, el que con el designio de "cometer un asesinato hunde un puñal en el pecho de una persona, consuma el acto por medio del cual quería dar la muerte, "y, no obstante, si la ley exige como elemento constitutivo del "crimen de asesinato que sobrevenga la muerte, y ésta no tiene "lugar, el agente será culpable de tentativa próxima y no de "asesinato. Si, por el contrario, la definición legal del crimen no "exige la realización de un resultado determinado, el crimen se "reputará consumado por el acto solo del culpable, sin consideración alguna al resultado. Pero la base de esta distinción no "reposa en una diferencia existente entre el crimen consumado "y el crimen perfecto, ni en que la perfección del crimen dispense de examinar si ha tenido lugar el resultado. La distinción "resulta sólo de la ley y de la circunstancia que la definición "legal del crimen exija o no la producción de cierto resultado."

La tentativa, según el proyecto, se divide en próxima, remota y calificada.

Es próxima cuando ha ido tan cerca de la consumación del crimen que el culpable haya llegado al acto que debía realizar inmediata y directamente.

El artículo fija las penas de acuerdo con las que correspondían al delito consumado, y la nota se ocupa de esa relación. No

considero interesante transcribirla, porque sólo se refiere a la penalidad y no proporciona antecedentes de otro tipo que puedan servir para el estudio de la ley en vigencia.

Esas penas se aplican aunque el resultado requerido para constituir la consumación del crimen haya dejado de verificarse por circunstancias accidentales, cuando se trata de crímenes cuya definición supone como condición integrante la realización de un resultado dado y se acaba el acto principal de una manera perfecta.

La tentativa es remota cuando se detiene en los actos preparatorios del acto constitutivo. El proyecto determina las penas en relación a las que corresponden al delito consumado, y la nota, en su primera parte, dice:

" Si ninguna tentativa es castigada en el caso de desistimiento " voluntario, menos deben serlo los actos preparatorios. El ar- " tículo no es aplicable sino al caso en que los actos preparatorios " se suspendan por obstáculos extraños a la voluntad del cul- " pable. Algunos han puesto en duda la justicia de castigar estos " actos, y no se puede negar que en la práctica la materia ofrece " graves dificultades. Los límites que separan los actos prepara- " torios de los actos de ejecución, no son siempre precisos. Los " actos puramente preparatorios tienen por objeto facilitar el " cumplimiento del pensamiento criminal; preceden la ejecución " del crimen, pero no la consumación. Estos actos, además, pueden " siempre explicarse de diferentes modos. Su relación con la re- " solución criminal no es necesaria e inmediata; pueden hacerla " suponer, pero no la prueban; y sólo por medio de presunciones " aventuradas, puede a veces ligársele con un delito determinado.

" Las dificultades expresadas quedan, sin embargo, neutrali- " zadas por el principio consignado en otra parte de que el de- " sistimiento se presume, y por la suavidad de las penas que este " artículo señala contra la tentativa remota."

La segunda parte de la nota se dedica a examinar lo que disponen varias legislaciones extranjeras.

La tentativa calificada es la que constituye por sí misma un crimen completo. En ese caso, la pena que corresponde es la máxima de las expresadas para las otras clases, salvo el caso de que la pena del crimen completo contenido en la tentativa sea más grave que la del crimen tentado. En este caso se aplicará la pena más grande, independientemente de cualquier consideración.

En el proyecto de Tejedor, esta materia se relacionaba con

otras definiciones de carácter teórico que influyeron en el código de 1886 y que fueron dejadas de lado cuando se sancionó en 1903 la ley de reformas.

Así, en el artículo 1.° del libro 1.° se define el delito consumado, diciéndose que se reputa consumado un crimen cuando el acto criminal reune en sí todas las condiciones especificadas por la ley en la definición del mismo.

Y agrega el 2.°:

" Si una de esas condiciones es que el acto culpable produzca " una consecuencia o efecto determinado, el crimen no se reputará " consumado, aunque el hecho en sí mismo esté del todo concluído, " sino cuando esa consecuencia y efecto hayan tenido lugar."

La nota explica extensamente los preceptos, pero no aporta elementos para el estudio de nuestro código.

Más adelante, y en el título sobre tentativa, la nota al artículo 7.° se ocupa de los delitos consumados y frustrados, diciendo:

" Por ejemplo—dice el Comentario Oficial,—un individuo pre- " para y hace beber el veneno, pero no se sigue la muerte. El " acto principal se ha consumado, pero no se ha verificado el " resultado. Hay sólo tentativa próxima.

" Los autores conocen esta clase de tentativa con el nombre " de *crimen frustrado,* y aquí, como en la tentativa, la gra- " duación de la pena es conveniente, para atender a la diversidad " de circunstancias que pueden frustrar el crimen.

" La circunstancia de ser ya un cadáver el objeto contra el " que se ensaña el agente, o de ser ineficaz para el envenena- " miento la substancia empleada, no destruye la criminalidad del " agente."

* * *

270. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupaba en el título segundo de los delitos consumados, frustrados y tentativas.

Contenía las definiciones en los artículos 9, 10 y 11, diciendo:

" Hay delito consumado cuando el acto ejecutado reune en " sí todas las condiciones especificadas por la ley en la definición " del delito.

" Hay delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte

" todo lo necesario para que se consume, y esto no se verifica " por causas independientes de su voluntad.

" Hay tentativa cuando se da principio a la ejecución del " delito por actos directos, pero faltan uno o más para su com- " plemento."

El artículo 12 relacionaba los preceptos anteriores, diciendo:

" El delito frustrado es considerado para la pena, en grado " inmediatamente menor al delito consumado. La tentativa coloca " en grado menor e inmediato al delito frustrado."

El informe, decía a este respecto:

" En el título 2.° y bajo la calificación de *tentativa* próxima " o remota, ha comprendido el proyecto en revisión lo conocido " en legislación por *delito frustrado*.

" En lenguaje vulgar el delito frustrado puede considerarse " como sinónimo de tentativa, por cuanto los hechos ejecutados " por el actor no han llegado a la realización del propósito in- " tentado; pero en legislación la diferencia es reclamada por el " carácter del acto punible.

" El delito frustrado se distingue del consumado en que en " él falta la realización efectiva del hecho intentado, y se di- " ferencia de la tentativa en la decisión de la voluntad criminal " sostenida hasta llegar a la realización misma del delito. Está " el delito frustrado a igual distancia de uno y de otro extremo " del delito consumado y de la tentativa, y no puede, por lo tanto, " ser comprendido en ninguno de ellos. Por otra parte, si en el " delito frustrado ha habido sólo tentativa en cuanto al hecho, " ha habido algo más respecto de la voluntad criminal acompañada " de los actos reveladores de ella. La doctrina establecida en esta " parte por el código de Baviera y por el proyecto en revisión, " no ha sido seguida sino por el que la Hungría acaba de sancio- " nar en mayo de 1878; pero sus mismos sostenedores, y entre ellos " Martinet, disiente al comentar esa parte, estableciendo la necesidad " de mantener la calificación especial de delitos frustrados."

* * *

271. Las disposiciones del código de 1886.—El código de 1886, en el título primero, legislaba sobre voluntad criminal, delitos consumados y frustrados.

Contenía dos definiciones, diciendo, respectivamente, en los artículos 2.° y 3.°:

" Hay delito consumado cuando se ha llevado a efecto un " acto penado por la ley. Hay delito frustrado cuando el culpable, " a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para con- " sumarlo, no logra su objeto por causas independientes de su " voluntad."

Además de esos dos preceptos perfectamente teóricos, y sin ningún objeto legislativo, se traían en los artículos 4.°, 5.° y 7.°, tres disposiciones más del mismo tipo. Decían así:

" El que, después de formar la resolución de cometer un " delito, emprenda una acción susceptible de producir uno mayor " o uno menor, será castigado como autor del delito realmente " cometido, y no se le admitirá la excusa de que su intención fué " sólo cometer el menos grave.

" Cuando por efecto de error o ignorancia, el autor de un " delito no haya conocido el carácter particular de la acción que " ha cometido, y este carácter sea de una naturaleza capaz de " aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el cul- " pable se encuentre haber cometido un delito más grave que el " que intentaba, no se le imputará el hecho como voluntario, sino " en consideración a la intención real que hubiese tenido, aten- " diendo a las circunstancias del caso.

" Cuando una persona sea convicta de haber cometido con " intención un acto que, según las nociones de la experiencia " general, acostumbre producir inmediata y necesariamente un " resultado criminal determinado, se tendrá como cierto que este " resultado entró en las previsiones del culpable, a no ser que " justifique lo contrario con pruebas manifiestas."

En el título II, destinado a la tentativa, se empezaba por la definición. Hay tentativa—decía el Código—cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el delito.

El artículo 11, decía:

" El que se detiene en la ejecución de un delito, pero con " el propósito de consumarlo en otro tiempo, en otro lugar, sobre " otra persona o de cualquier otro modo, será castigado como si " hubiese dejado de cometerlo por circunstancias independientes " de su voluntad."

El artículo 13, establecía:

" Si la tentativa constituye por sí misma un delito consu-
" mado diferente del tentado y castigado con mayor pena que la
" señalada para la tentativa, se aplicará la establecida para el
" delito."

Y el 14. terminaba el título en la siguiente forma:

" Los actos preparatorios de un delito, sólo son punibles
" cuando importan una contravención, salvo disposición expresa
" de este código."

No transcribo el 12, porque se refiere solamente a la penalidad.

Este sistema fué criticado en la exposición de motivos del proyecto de 1891, y el articulado se modificó por la ley de reformas, como lo veremos después.

* * *

272. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 dijo solamente en el artículo 65, que hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa e inequívoca con el delito.

La exposición de motivos fundamentó el sistema del proyecto, diciendo:

" La legislación de la tentativa es uno de los puntos difíciles
" y delicados del derecho penal.

" Convienen comúnmente los expositores de la materia en
" que la tentativa consiste en la realización intencional de actos
" externos directamente vinculados con el fin que se propone el
" agente: cometer el delito. Es lo que en el fondo estatuye el
" artículo 8.° del Código. En esto no hay dificultad. Las dudas
" y las vacilaciones se presentan cuando se quiere saber cuáles
" son los actos vinculados con el fin propuesto. Ciertamente, los
" actos externos, reveladores del designio criminal, han de ha-
" llarse en el camino del delito, han de formar parte del *iter*
" *criminis*, según la expresión de los antiguos criminalistas, y
" han de ser tales que, clara e incontestablemente, se dirijan o
" tiendan a la comisión del hecho. Por eso, varios escritores, como
" Carrara, y algunos tribunales extranjeros, exigen, para que haya

" tentativa, que las acciones exteriores aludidas se encaminen in-
" equívocamente a la consecución del fin anhelado por el criminal.
" La *inequivocidad* en cuando a la dirección de los actos, al
" vínculo que los liga con el delito, es lo que caracteriza la ten-
" tativa. De acuerdo con estas ideas, para eliminar todo motivo
" de discrepancia o de duda y establecer netamente el concepto
" de la tentativa, la comisión ha añadido a los términos del ar-
" tículo 8.° del Código, después de la voz *directa*, las palabras
" *e inequívoca*. De manera que la disposición queda actualmente
" así, bajo el número 65 del proyecto: "Hay tentativa cuando
" la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por ac-
" tos exteriores que tienen relación directa e *inequívoca* con
" el delito."

En cuanto a las supresiones de los primeros artículos, la exposición de motivos se refirió a las mismas al tratar de la responsabilidad criminal, considerando inútiles aquéllos preceptos.

* * *

273. Modificaciones introducidas por la ley N.° 4189.—La ley N.° 4189, de reformas al Código Penal, suprimió los artículos que definían el delito consumado y el frustrado, lo mismo que los demás del título 1.°, con excepción del 6.°, que consigna la regla genérica sobre voluntad criminal.

El doctor Argerich, preguntado en la Cámara de Diputados en su carácter de miembro informante sobre los motivos que habían determinado la supresión de los artículos 2.°, 3.°, 4.°, 5.° y 7.° del Código, se limitó a decir que eran total y completamente inútiles (1).

En otra oportunidad me he ocupado detenidamente de esas supresiones, no creyendo necesario repetir los antecedentes allí recordados, porque para la explicación de la ley actual, no tiene objeto el examen del detalle (2).

La misma ley de reformas en el título de la tentativa, derogó los artículos 11, 12, 13 y 14 del Código Penal. El 12, que se refería a las penas, fué reemplazado por el 3.°, quedando los otros suprimidos definitivamente.

---

(1) Diario de Sesiones de 1900, tomo I, página 970.
(2) La Ley Penal Argentina, 2.ª edición, páginas 99 y siguientes.

Esos artículos se suprimieron también por inútiles.

En la obra citada, dije respecto a estos cambios en el sistema del Código (1):

" Artículo 13.—Si la tentativa constituye por sí misma un " delito consumado diferente del tentado y castigado con mayor " pena que la señalada para la tentativa, se aplicará la establecida " para el delito.

" Artículo 14.—Los actos preparatorios de un delito sólo son " punibles cuando importan una contravención, salvo disposición " expresa de este código."

El presente artículo fué sancionado también sin discutirse. Cuando el proyecto se trató en general, el doctor Argerich hizo algunas observaciones al respecto, que fueron aceptadas, puesto que no hubo réplica. Las reformas se fundan en la obra del doctor Rivarola y en el proyecto de Código con su exposición de motivos.

El artículo 13. ha sido derogado en vista de su inutilidad. No hacer caso de un delito, para considerar el hecho como tentativa de otro, significa violar abiertamente el Código Penal, y " ningún juez, sin apartarse de la ley, dejará de considerar el " delito completo y de imponer a su autor la pena que corresponda, " para ver en ese hecho sólo una tentativa y aplicar al agente " una pena menor."

Para que los actos preparatorios no se repriman basta que la ley no les imponga pena, porque es un principio fundamental de derecho y de nuestra Constitución, el de que nadie puede ser penado sino en virtud de ley anterior al hecho del proceso. De aquí que sea innecesario decir que los actos preparatorios no serán castigados, sino cuando importen una contravención. Es suficiente con que no se les imponga pena, sin necesidad de una declaración especial. De lo contrario, sería preciso enumerar todos los actos lícitos y decir que no serán castigados.

* * *

274. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 mantiene el sistema del de 1891, en cuanto no verifica diferencias de grado y

(1) La Ley Penal Argentina, páginas 106 y 109.

no define las clases de delito, pero modifica la redacción del artículo básico. Dice con el N.° 44:

" Hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito " ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación " directa con el mismo.

" Para la apreciación de los actos se tendrán en cuenta los " antecedentes del agente."

La exposición de motivos dice que se han proyectado dos modificaciones que responden a la idea de la individualización, considerándose, no sólo al hecho en sí, sino al criminal.

" La primera es que, para la apreciación de los actos constituti- " vos de la tentativa, deben tenerse en cuenta los antecedentes " personales del agente. Se encuentra, por ejemplo, a un hombre " que se ha introducido en una casa ajena, y se comprueba que " ese hombre ha sufrido varias condenas por delitos contra la " propiedad. Dados esos antecedentes, nadie puede dudar que su " entrada a aquella casa responde al propósito de hurtar o robar, " y no al de violar simplemente el domicilio. Pues bien, la comi- " sión pretende que eso que todo el mundo piensa, lo piense tam- " bién el juez y que, en consecuencia, castigue el hecho como " tentativa de robo o hurto, y no como violación de domicilio."

La segunda modificación se refiere al desistimiento y será examinada al estudiarse el artículo siguiente.

* * *

275. El proyecto de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria proyectó en esta parte una modificación importante. El artículo 42 fué redactado en la siguiente forma:

" El que comienza la ejecución de un delito premeditado de " antemano, pero no lo consuma, por circunstancias ajenas a su " voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44."

La exposición de motivos fundó la reforma, diciendo:

" El código vigente empieza por definir la tentativa, expre- " sando que existe cuando la resolución de cometer un delito se " ha puesto de manifiesto por actos exteriores que tengan rela- " ción con el delito. En seguida exime de pena al que desiste y " declara que se presume voluntario el desistimiento.

" Los demás artículos del título referentes a la penalidad " han sido derogados y reemplazados por la ley 4189 de reformas " al código en vigor.

" El proyecto de 1891 aceptó la definición, pero haciéndose " cargo de las teorías expuestas por Carrara en su "Programa", " estableció que los actos exteriores debían tener relación, no sólo " directa, sino inequívoca con el delito.

" La exposición de motivos, como puede verse en la página 79 " de la edición oficial de ese proyecto, estudió con cuidado el " asunto, atribuyéndole la importancia debida.

" El proyecto de 1906 conserva la definición en el artículo 44, " habiéndosele quitado la palabra *inequívoco* y volviendo al " concepto de la legislación en vigor. Además, se introduce un " factor nuevo, estableciendo que, para la apreciación de los ac- " tos, se tendrán en cuenta los antecedentes del sujeto.

" La comisión ha considerado más oportuno suprimir la de- " finición de la tentativa y fijar un concepto de acuerdo con las " necesidades puestas de manifiesto por la práctica.

" En su "Reforma Penal", el doctor Julio Herrera verifica " una crítica sensata al proyecto, empezando por expresar su dis- " conformidad con la definición, pues en su concepto, si la ley " no define el homicidio ni el robo, sino que fija los elementos " de esos delitos y determina la pena que tendrán los que lo co- " metieron, al tratar de la tentativa debe anotar idéntica orien- " tación, y decir: " El que comienza la ejecución de un delito y " no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá " tal pena".

" Ese criterio es el que tiene el código italiano, cuando dice " en el artículo 61: " Aquel que a fin de cometer un delito con " medios idóneos de ejecución, pero por circunstancias indepen- " dientes de su voluntad no realiza todo lo que es necesario para " la consumación del hecho, será castigado, etc."

" El delito, como todo acto, tiene un período de preparación " interna y su exteriorización en el acto mismo. Los pensamien- " tos, las intenciones, cuando no se traducen en hechos, no se " castigan. Son como las acciones privadas, que quedan, según el " artículo 19 de la Constitución, fuera de la autoridad de los ma- " gistrados.

" La intención de delinquir no se castiga; por consiguiente, " las que se penan y deben penarse, son las acciones. De manera

" que la resolución enunciada en la definición del proyecto de " 1906, no es punible; el castigo se dirige a los actos que ponen " de manifiesto una resolución. Si el delito no empieza a ejecu- " tarse no hay hecho, sino pensamiento o intención. De manera " que es más acertado referirse a la ejecución y no a los propósitos.

" La comisión acepta, así, en lo fundamental, las observa- " ciones del doctor Herrera, y prescinde de la definición, fijando " la pena para el que empieza la ejecución y no consuma el acto.

" Un problema serio, que se presenta siempre en la práctica " y que no hemos encontrado resuelto en otros códigos y proyec- " tos, se ha presentado a los miembros de esta comisión, en la " materia del título que estamos considerando.

" En el hecho, un mismo acto puede ser juzgado de manera " diferente, según cual sea la situación de espíritu que ponga " de manifiesto el acusado. Así, un individuo dispara contra otro " un revólver y no lo hiere. Ese hecho es un delito, pero ¿qué " delito? y en consecuencia, ¿qué pena debe aplicarse?"

" Si el delito es el de disparo de arma, la pena es de poca " importancia y cabe la condena condicional. Si el delito es el de " tentativa de homicidio el hecho es grave y la penalidad severa.

" ¿Cuál es el medio de diferenciar uno y otro delito, ya que " el hecho sería el mismo en los dos casos antes supuestos? La " diferencia estriba en el elemento intencional, no en el libre ar- " bitrio, sino en el propósito. Si el sujeto pensó en matar, hubo " tentativa; si pensó sólo en dañar, o no pensó en nada, concu- " rrió un simple disparo de arma de fuego.

" Como la situación interna del sujeto y sus intimidades son " difícilmente apreciables cuando él mismo no las pone de mani- " fiesto, es general que el proceso se instruya y la condenación " se verifique a base de la declaración del acusado. De manera " que es este mismo el que proporciona el arma con que han de " ultimarlo, o el elemento protector con que ha de salvarse.

" La ley no debe permitir esta situación, que expone a que " se condene más que al delincuente al ignorante, y que permite " se salve el experto, aun cuando debiera sufrir un castigo serio.

" La comisión ha puesto, entonces, un agregado al artículo " a que se refiere el doctor Herrera, exigiendo la premeditación, " es decir, el pensamiento anterior, el que deberá apreciarse va- " liéndose de los medios comunes de prueba. No puede juzgarse " el acto primo como tentativa de un hecho más grave que el eje-

" cutado, sino cuando se pone de manifiesto la existencia de un " pensamiento desenvuelto de antemano.

" De esta manera la legislación sobre tentativa contiene las " previsiones necesarias, no expone a injusticias y encierra los " propósitos que la caracterizan."

*

* *

276. Observaciones del senador Rojas.—En el Senado, el doctor Angel D. Rojas propuso se reemplazara el artículo 42 con el 71 del código italiano.

Fundamentó su proposición, diciendo (1):

" El que comienza la ejecución de un delito *premeditado* " *de antemano,* pero que no lo consuma por circunstancias aje- " nas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el ar- " tículo 44.

" La comisión especial de la Cámara de Diputados dice en " su exposición de motivos: " Un mismo acto puede ser juz- " gado de manera diferente, según cual sea la situación de espí- " ritu que ponga de manifiesto el acusado. Un individuo dispara " contra otro su revólver y no lo hiere: he ahí un delito. Si el " delito es el de disparo de arma la pena es leve. Si el delito es " tentativa de homicidio la pena es grave. ¿Cuál es el medio de " diferenciar uno y otro delito? La diferencia estriba en el ele- " mento intencional, en el propósito. Si el sujeto pensó en matar, " hubo tentativa; si pensó sólo en dañar, o no pensó en nada, " concurrió un simple disparo de arma de fuego. Como la situa- " ción interna del sujeto es difícilmente apreciable cuando el " mismo no la pone de manifiesto, es general que la condenación " se verifique a base de la declaración del acusado. De manera " que es este mismo el que proporciona el arma que ha de ulti- " marlo o el elemento que ha de salvarlo. La ley no debe permitir " esa situación que expone a que se condene más que al delin- " cuente, al ignorante, y que permita se salve el experto, aunque " debiera sufrir un castigo serio."

" La comisión ha puesto un agregado al artículo..., exigien-

(1) Reforma Penal en el Senado, página 360.

" do la premeditación, es decir, el *pensamiento anterior,* el que " deberá apreciarse valiéndose de los medios comunes de prueba. " No puede juzgarse el *acto primo como tentativa* de un hecho " más grave que el ejecutado, sino cuando se pone de manifiesto " la existencia de un pensamiento desenvuelto de antemano.

" Por nuestra parte, no aceptamos que para la existencia le- " gal de la tentativa haya de tratarse de un *delito premeditado,* " es decir, que únicamente se admita la existencia legal y de " hecho de la tentativa en aquellos delitos que hubieran de con- " sumarse con *premeditación.*

" Es indudable que la tentativa sólo podrá considerarse que " existe cuando el hecho que la constituye pueda relacionarse " inequívocamente con el *pensamiento anterior* de cometer un de- " lito *cierto,* determinado en especie, aun cuando ese pensamiento " anterior de cometerlo *sea un acto primo.* El acto primo de come- " ter un delito cierto, por medios idóneos, puede constituir jurí- " dicamente una tentativa. La única cuestión está en probar que " ese acto primo es el resultado del propósito cierto de cometer " un delito determinado; pero la dificultad de la prueba no pue- " de autorizar la conclusión de que sólo hay tentativa respecto " de los delitos consumados con premeditación, por cuanto aun " en los delitos premeditados puede ser difícil la prueba de que " el hecho anterior realizado es el principio de ejecución de un " delito particular.

" Si fuera jurídicamente aceptable que la tentativa presume " la *premeditación de antemano* de cometer un delito, resul- " taría que no hay tentativa cuando una persona se propone ma- " tar a otra y simplemente le hiere con arma blanca o dispara " contra ella con armas de fuego sin herirla, pero sin *haber ha-* " *bido premeditación;* resultaría igualmente que no hay tenta- " tiva, cuando una persona, en un momento de exaltación, de " cólera, se resuelve a incendiar: toma fuego, lo arroja contra " las cosas que quiere incendiar y el fuego no llega hasta los " objetos que tiene por delante; resultaría finalmente que cual- " quier principio de ejecución de un delito *no premeditado de* " *antemano,* no constituye jurídicamente tentativa, porque no " hay premeditación, aunque se pruebe que el agente quiso matar, " incendiar, robar, causar estrago.

" No; para que exista tentativa punible es indudable que se " necesita probar que el agente tenía el propósito de cometer un

" delito cierto, y que ese propósito salió de los dominios de la " intención—dejó atrás los simples actos preparatorios,—y avan- " zó en el terreno de los actos de ejecución, por medios idóneos, " inequívocamente encaminados a consumar el delito, pero que " esa consumación no tuvo lugar por causas independientes de " su voluntad. Todo esto debe probarse contra el agente. Si se " prueba, habrá tentativa, sin que sea necesario acreditar ade- " más, que se trata de un delito *premeditado de antemano*. Si " no se prueba habrá simplemente un acto exterior no impu- " table criminalmente, tan equívoco como se quiera; o habrá un " hecho exterior punible de por sí cuando ese hecho constituye " por sí mismo un delito completo.

" Ningún código de los que conocemos, requiere la premedi- " tación como elemento propio de la tentativa.

" Código italiano. Artículo 71.—El que con el fin de cometer " un delito comienza su ejecución por medios idóneos, pero por " circunstancias independientes de su voluntad, no ejecuta todo " lo que es necesario para la consumación del mismo."

" Código alemán. Artículo 43.—El que ha manifestado la in- " tención de cometer un crimen o delitos mediante actos que cons- " tituyen un principio de ejecución de ese crimen o de ese delito, " es castigado por tentativa."

" Código holandés. Artículo 43.—La tentativa de delitos es " punible cuando el designio del agente se ha manifestado por un " principio de ejecución."

" La premeditación, según su aceptación común y jurídica, " significa la meditación reflexiva sobre algún hecho, antes de " ejecutarlo." (Vidal, al artículo 1.°, inciso 7.°, código español).

" Premeditar es meditar antes con detenimiento, con refle- " xión acerca del acto o delito de que trata de ejecutar. La pre- " meditación no es el pensamiento criminal, no es la resolución " de llevar a cabo el delito." En toda acción humana existe un " pensamiento y una resolución. Sin ellos no obraría la voluntad, " ni se levantaría el brazo para dar la puñalada que ha de oca- " sionar una víctima. Pero ni la violación ni la determinación " bastan a constituir la premeditación. Para que ésta exista se " necesita que haya meditación detenida, que ésta sea reflexiva, " que no sea involuntaria. Es necesario no confundir la premedi- " tación y la resolución, que son cosas muy distintas. La preme- " ditación exige que se haya meditado antes de obrar, que se

" haya reflexionado para tomar la resolución, y después de toma- " da ésta, que la acción comience." (Código español, tomo 1, pá- " gina 401. Vidal, Droit Criminal, página 189, nota 1.ª).

" Nosotros reemplazaríamos el artículo 42 del proyecto por " el artículo 71 del código italiano."

* * *

277. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, no aceptó el reemplazo propuesto por el ex senador Rojas, pero suprimió del proyecto en revisión la exigencia de la premeditación que contenía el artículo 42. Redactó la disposición en la siguiente forma:

" El que con el fin de cometer un delito determinado comien- " za su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas " a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44."

Esa redacción fué la definitivamente aceptada.

La Comisión de Códigos del Senado, en su exposición de motivos, dijo:

" En el título VI, la comisión aconseja una reforma funda- " mental, en virtud de las justas críticas dirigidas en esta parte " al proyecto de la H. Cámara de Diputados.

" La comisión que lo redactó quiso apartarse del proyecto " de 1906 en lo relativo a la definición de la tentativa. Este últi- " mo, siguiendo al proyecto de 1891 y a casi todos los códigos " penales vigentes, definió la tentativa, si bien determinó que " para apreciar los actos exteriores que tuvieran relación directa " con el delito que se tenía la intención de cometer, se tendrían " en cuenta los antecedentes del agente. (Artículo 44).

" En cambio, la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria " de la Cámara de Diputados, siguiendo la opinión expuesta por " el doctor Julio Herrera en la "Reforma Penal" y al código ita- " liano, no ha querido definir la tentativa, entendiendo, con el " primero, que si la ley no define el homicidio o el robo, sino que " fija los elementos de esos delitos y determina la pena que ten- " drán los que los cometieran, al tratar de la tentativa debe anotar " idéntica orientación, y decir: " El que comienza la ejecución

" de un delito y no lo consuma por circunstancias ajenas a su " voluntad, sufrirá tal pena".

" Algunos de los proyectos de Código Penal más modernos, " como el suizo y el alemán, tampoco definen la tentativa. Así, " el segundo dispone en su artículo 75: " El que ha comenzado " la ejecución de un crimen o de un delito intencional, si éste no " ha sido consumado, será punible a consecuencia de la tentativa."

" El anteproyecto suizo de 1916 dispone en su artículo 22: " La pena será atenuada para aquel que hubiera intentado come- " ter un delito y hubiera comenzado su ejecución; podrá serlo " para el que hubiera proseguido hasta su término, pero sin resul- " tado, su actividad criminal."

" El anteproyecto sueco trata de la tentativa en el capítu- " lo VII de la parte general. " En ciertos casos — dice el ar- " tículo 1.°, — que en la ley se encuentran especialmente detalla- " dos, se castigará la tentativa de delito. La tentativa tiene lugar " cuando el culpable, sin haber consumado el delito, comenzó el " acto, con el cual tendía a que aquél se realizase."

" El distinguido profesor de la Universidad de Lund ha re- " chazado, así, el criterio aceptado por casi todos los tratadistas " y legisladores, de establecer como regla general el castigo de " la tentativa. En la parte especial del código es donde encuen- " tra un lugar apropiado, según Thyren, la definición del hecho " delectivo, y, por tanto, si la tentativa es o no punible.

" Esto ha hecho decir a un comentador que el problema de " la *penalidad* de la tentativa se regula en el anteproyecto sueco " de modo extraño, y no muy conforme con los principios de pre- " vención y defensa. Refiriéndose a las reglas de la tentativa " establecidas en el capítulo VII, dice: " Este es el antiguo y des- " acreditado sistema de la escuela clásica, criticado por correc- " cionalistas, positivistas y partidarios de la defensa social. El " correccionalismo desde su ángulo visual espiritualista, pedía ya " que no se castigase más levemente la tentativa, sino cuando fue- " se indicio de una culpa menor. (Raoder, Las doctrinas funda- " mentales reinantes sobre el delito y la pena en un sistema con- " tradiccional). El positivismo mantiene, también, en esta materia, " un criterio subjetivo, equiparando la tentativa al delito consu- " mado, cuando el peligro que dimane de una y otra sea idéntico. " (Ferri, Sociología Criminale; Garófalo, La Criminología). Para " la escuela de la defensa social, la noción del peligro que el de-

" lincuente representa se da con igual intensidad en la tentativa " que en la consumación del acto, pues la no perfección del mis- " mo se debe a causas independientes de la voluntad del agente. " La sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la vo- " luntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases " delincuentes." (Prins, Science penale et droit positif. El ante- " proyecto de Código Penal sueco de 1916, por Luis Jiménez de " Asúa, página 38).

" La Comisión de Códigos entiende, como los autores del pro- " yecto en revisión, que el Código debe prescindir de la definición " de la tentativa, fijándose la pena para el que empieza la eje- " cución y no consuma un acto delictuoso. Pero considera peli- " grosa la redacción del artículo 42, porque exigiendo para consi- " derar punible al que comienza la ejecución de un delito, que lo " haya *premeditado de antemano,* puede afirmarse que en la " mayoría de los casos la tentativa quedaría impune.

" Por eso ha dicho, con toda razón, el doctor González Roura, " refiriéndose a esa reforma introducida por la Comisión de Le- " gislación Penal y Carcelaria de la H. Cámara de Diputados al " proyecto de 1906: " Esta enmienda, sin precedentes en la legis- " lación comparada, es un grave error jurídico, de no menos gra- " ves consecuencias prácticas, puesto que se sanciona casi la impu- " nidad de la tentativa. Las razones invocadas por la comisión en " la página 85, ni responde a la realidad de los hechos, ni son " jurídicas, ni son lógicas, ni remueven el inconveniente, dado que " la premeditación se probaría con más razón por medio de la " confesión, lo mismo que se prueban muchos delitos consumados. " Ni es posible admitir que se exija más para los menos, ni que el " supuesto inconveniente de una clase determinada de prueba " justifique una alteración en los elementos de la infracción." " (O. González Roura, El nuevo proyecto de Código Penal Ar- " gentino, en la Revista Argentina de Ciencias Políticas, 1918, " número 92, página 162).

" Recogiendo esta crítica y las observaciones hechas en su " informe por el doctor Rojas, la comisión ha redactado el ar- " tículo 42 en esta forma: " El que con el fin de cometer un " delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma " por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas de- " terminadas en el artículo 44."

* * *

278. Alcance del artículo.—Los antecedentes expuestos precisan bien el alcance del artículo. El Código no define la tentativa; castiga al autor de un delito y al que habiendo comenzado su ejecución no lo consuma por causas ajenas a su voluntad.

La supresión de la exigencia relativa a la premeditación hace innecesario insistir en ese punto.

* * *

279. El artículo 43 y sus concordancias.—

Artículo 43

El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 61.—Noruego, 50.—Francés, 2.° .. Alemán, 46.—Húngaro, 67 y 68.—Japonés, 43.—Proyecto peruano de 1916, 68.—Anteproyecto suizo de 1916, 24.—Proyecto alemán de 1909, 77.—Proyecto austriaco de 1909, 16.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo VII, 2.—Proyecto de Tejedor, título segundo, artículo 2.°—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 13, 14 y 15.—Proyecto de 1891, 66 y 67.—Proyecto de 1906, 45 y 46.—Código de 1886, 9 y 10.

* * *

280. Antecedentes de la exención en el proyecto Tejedor.—La exención de pena en el caso, se encuentra universalmente reconocida.

Tejedor explicaba en la nota puesta al pie del artículo 2.° del título 2.°, las razones que fundamentan la disposición, diciendo:

" En el código de Baviera, artículo 58.—"El que se abstiene " espontáneamente—dice el Comentario Oficial—de la consuma-

" ción del crimen, sin detenerse por circunstancias exteriores in-
" dependientes de su voluntad, no debe ser castigado como cul-
" pable de tentativa, tanto porque su abstención merece por sí
" misma esta consideración, cuanto porque importa al Estado im-
" pedir la consumación de los crímenes y estimular a los malhe-
" chores a desistir de sus designios criminales, prometiéndoles la
" impunidad cuando los abandonan por escuchar la voz de su con-
" ciencia."

" *Cogitationis poenam nemo patitur*—decía con razón Ulpiano.—(L. 18, D. de poenis). El pensamiento es libre—dice Rossi,—" escapa a la acción material del hombre, puede ser criminal, pero " no encadenársele. ¿Pero en qué momento, con qué actos comien-" za la responsabilidad? La ley romana no contiene a este respec-" to más que textos contradictorios, si bien en los crímenes atro-" ces equipara la tentativa al crimen consumado: *is qui cum telo*— " dice la ley Cornelia de *Sicariis*—*ambulaverit homiem necandi* " *causa, sicut is qui hominem occiderit, legis Cornelia de Sicariis* " *poena coercitur*. Esta misma parece haber sido la interpretación " de los antiguos doctores. Farinacio, después de insistir en las " dificultades de esta materia, *propter varia jura et varias doctri-* " *nas,* sienta como primer principio el castigo de la simple tenta-" tiva, *conatus punitur etiam effectu non sequuto.* Pero la pena " debía ser proporcionada a la gravedad de los actos consumados, " *remotus actus et proximus.*

" El acto remoto se castigaba moderadamente, porque *in actu* " *remotu potest esse opes poeniteri, qui non est in proximo.* El acto " próximo se definía, *ultimus actus qui a delinquente agendus est* " *ad criminis perfectionem,* y en los crímenes atroces se castigaba " como crimen mismo. Pero en los otros tenía pena más suave, " *est de mente omnium.*

" Pensamientos malos—dicen las Partidas—vienen muchos ve-" gadas en los corazones de los omes, de manera que se afirman " en aquello que piensan para lo cumplir por fechos e después desso " asman que si lo cumpliesen, que farien mal e repientense. E por " ende decimos que cualquier ome que se repintiese del mal pen-" samiento ante que comensase a obrar por él, que non merece " por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de " las voluntades non son en poder de los omes. Mas si después que " lo oviesen pensado, se trabajasen de lo cumplir comensandolo " a meter en obra, maguer non lo cumpliesen del todo, entonce

" serian en culpa e merecieren pena de escarmiento, según el ye-
" rro que ficiesen, porque erraron en aquello que era en su poder
" de guardar de lo facer si quisiesen..." (L. 2, título 31, P. 7).

" Según el código austriaco, es circunstancia atenuante, que
" se deriva del hecho mismo, si el acto ha quedado en los límites
" de la tentativa, y según que se haya llegado más o menos cerca
" de la consumación. (Artículo 40). Según el francés "toda tenta-
" tiva de crimen que se haya manifestado por un principio de
" ejecución, si no ha sido suspendido, o si no ha carecido de efec-
" to más que por circunstancias independientes de la voluntad
" del autor, es considerada como el crimen mismo." (Artículo 3,
" reformado por el 13 de 1832).

El artículo referente al caso, decía:

" La tentativa no está sujeta a pena alguna cuando el agente
" desiste de su empresa, deteniéndose en la ejecución de ella, no
" por obstáculos exteriores, por impotencia o casualidad, sino por
" un movimiento espontáneo de su voluntad, de su conciencia, o
" por piedad o temor de la pena."

" Agregaba en el artículo 3.° que la ley presume el desisti-
" miento voluntario, tocando, por lo tanto, a la acusación probar
" que la tentativa ha sido interrumpida por circunstancias for-
" tuitas e independientes de la voluntad del autor."

Hace notar el codificador que el código de Baviera sienta el principio contrario, pero entiende con Rossi, que el desistimiento voluntario debe presumirse.

* * *

281. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, dice en los artículos 13, 14 y 15:

" La tentativa no está sujeta a pena cuando el agente desiste
" total y voluntariamente de la empresa; pero si se detiene en la
" ejecución con la idea de consumarla en otro tiempo, en otro
" lugar, sobre otra persona, o de otro modo, será castigado como
" si hubiese dejado de cometerlo por causas independientes de su
" voluntad.

" La ley presume el desistimiento espontáneo, salvo prueba
" en contrario."

" Si algún hecho o hechos punibles se han cometido en la ten-
" tativa de delito, de que voluntariamente se ha desistido, serán
" considerados aisladamente como hechos dolosos, con prescin-
" dencia del propósito con que se ejecutaron."

* * *

282. El principio en el código de 1886.—El mismo principio se encuentra en el código de 1886, cuyos artículos 9 y 10, expresan:

" La tentativa no está sujeta a pena alguna cuando se desiste
" voluntariamente del delito.

" La ley presume voluntario el desistimiento."

Esos artículos no fueron tocados por la ley de reformas.

* * *

283. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 introduce en esta parte una novedad. El artículo 65 dice que la tentativa no está sujeta a pena alguna cuando se desiste voluntariamente del delito. Pero el artículo siguiente agrega que la ley presume voluntario el desistimiento a menos que se trate de un reincidente, en cuyo caso regirá la presunción contraria. La ley presenta, así, una excepción al principio cuando se trate de reincidentes.

La exposición de motivos funda la reforma, diciendo:

" Por el artículo 10, el Código presume voluntario el desisti-
" miento del delito. Esta presunción es fundada, y debe mante-
" nerse para todos aquellos casos en que no existan motivos que
" induzcan a suponer otra cosa, pues ¿qué razón habría para no
" presumir espontáneo el desistimiento de un individuo que ante-
" riormente nunca había sido llevado ante la justicia y era tenido
" como de buena conducta? Pero si el autor de la tentativa es un
" hombre de malos antecedentes, procesado ya en otras ocasiones,
" si es un reincidente, no podrá suponerse voluntario el abandono
" de su proyecto: al contrario, deberá creerse que se ha detenido
" forzado por algún obstáculo, porque a ello inducen los motivos
" de presunción. La parte agregada al artículo 10 del Código (67

" del proyecto) responde a estas observaciones, y en su virtud no " se presumirá voluntario el desistimiento, sino todo lo contrario, " cuando se trate de una reincidencia."

* * *

284. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repite en los artículos 45 y 46 los preceptos del proyecto de 1891, antes mencionados.

Y la exposición de motivos se refiere a la presunción contraria para los reincidentes, expresando:

" ¿Por qué ha de creerse que desiste espontáneamente de un " delito el que ha cometido uno anterior, cuando su resolución " de realizarlo ha tenido ya un principio de ejecución? ¿No es " mucho más verosímil suponer, en tal caso, que si no llevó ade- " lante su intento fué por motivos ajenos a su voluntad y que " no pudo vencer? La comisión así lo piensa, y por eso propone " la referida modificación."

* * *

285. Ideas de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no aceptó la novedad introducida en los proyectos de 1891 y 1906. Se limitó a decir que el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

La exposición de motivos fundamentó ese criterio, manifestando:

" La comisión tampoco acepta la presunción de tentativa en " contra del reincidente. La presunción que crearon los redacto- " res del proyecto de 1906 es cruel y coloca al individuo que tuvo " antecedentes en una situación, no sólo desfavorable, sino inhu- " mana. Contra el reincidente hay que tomar medidas de correc- " ción, de educación y de precaución, pero nunca colocarlo en " condiciones de notoria desigualdad con respecto a los demás " individuos.

" El proyecto propone que para todo habitante del país rija " una presunción determinada, pero que para los reincidentes " rija otra. Esto, aparte de la diferenciación injusta que crea, " puede apartar al reincidente de la enmienda, puesto que actos " inocentes para otros pueden ser graves para él, aunque sea tam- " bién inocente.

" La circunstancia personal, como todas las demás, deben " servir de antecedentes al magistrado, pero no imponerle una " norma, de la cual no debe apartarse.

" La comisión acepta el criterio relativo al desistimiento y " la escala de penas, teniendo en cuenta los antecedentes naciona- " les y extranjeros, como asimismo las imposiciones de la práctica."

El artículo no fué observado en el Senado, sancionándose en la forma proyectada.

* * *

286. El artículo 44 y sus concordancias.—

Artículo 44

La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá a la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuese de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años (1).

CONCORDANCIAS.—Código de Noruega, artículo 51.—Italiano, 61 y 62.—Holandés, 45.—Alemán, 44 y 45.—Ruso, 49 y 53.—Húngaro, 66.—Español, 66, 67, 70, 71, 72, 73, 75 y 76.—Japonés, 44.—Proyecto peruano de 1916, 70.—Proyecto alemán de 1909, 76.—Proyecto austriaco de 1909, 14 y 15.—Anteproyecto sueco de 1916, capítulo VII, 3, 4, 5, 6 y 7.—Proyecto de Tejedor, título segundo, artículos 6, 7, 8 y 9.—Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 12.—Proyecto de 1891, 68.—Proyecto de 1906, 47.—Código de 1886, artículo 12.—Ley N.° 4189, 3.°—Anteproyecto suizo de 1916, 64.

(1) La fe de erratas de la Cámara de Diputados ha resuelto que el segundo párrafo del presente artículo, se coloque al final del mismo.

* * *

287. Casos que comprende el precepto.—El artículo acepta la tesis contenida en la mayor parte de las leyes de los diferentes países, las cuales establecen que la pena para la tentativa debe ser menor que la fijada para el delito consumado; y que el castigo debe determinarse teniendo en cuenta el que correspondería para aquél.

Se establece, así, una relación entre el delito tentado y el consumado, pues de lo contrario no se podría legislar sobre tentativa en la parte general, sino que se requeriría, al ocuparse en particular de cada delito, que se consignase la pena correspondiente para el caso de tentativa.

El artículo se coloca en cuatro supuestos que examinaré por separado: 1.° Tentativa de delito ordinario al que la ley le señala una pena temporal; 2.° Tentativa de delito imposible; 3.° Tentativa de delito castigado con pena de reclusión perpetua; y 4.° Tentativa de delito castigado con pena de prisión perpetua.

Para cada uno de esos casos la penalidad es diferente.

* * *

288. El proyecto Tejedor.—En el proyecto de Tejedor se castigaba con diferentes penas, la tentativa próxima, la remota y la calificada, pero siempre con penas inferiores a las correspondientes al delito consumado.

La nota correspondiente menciona la opinión de Filangieri, según la cual la voluntad de violar la ley, manifestada por la acción prohibida, debía castigarse como el crimen mismo. Pero agrega que esa manera de pensar no ha sido adoptada por ninguno de los criminalistas que han escrito después, y entre los cuales cita a Fuerbach, Legraverand, Rossi, Carnot y Mittermaier. Cita también en apoyo de la menor penalidad a varios códigos extranjeros.

En el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el delito frustrado era considerado para la pena en grado inmediatamente menor al delito consumado, y la tentativa en grado menor e inmediato al delito frustrado.

* * *

289. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 en el artículo 68 decía que la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se disminuirá en un tercio en caso de tentativa. Si la pena fuera perpetua, la de la tentativa no excederá de veinte años, ni bajará de diez. Si fuere de muerte, corresponderá a la tentativa presidio desde quince hasta veinte años.

La exposición de motivos, dijo:

"Al considerar la penalidad de la tentativa, la comisión se "planteó la cuestión de si, para el autor de un delito tentado, "debería establecer la misma pena que se le impondría en caso "de haberlo consumado, o una pena menor, y por mayoría resol- "vió esto último. Despejado el punto precedente en el sentido "que lo resuelve el artículo 12 del Código, convino, por unani- "midad, en modificar ese artículo, ya porque las penas que pres- "cribe no son adecuadas, ya por las dificultades prácticas que su "aplicación suscitará. Véanse algunas de estas dificultades. En el "número 2, artículo 12, se dispone que "en los demás casos (es "decir, cuando no se trate de aquel en que la pena que debería "imponerse por el delito fuera la de muerte) la pena que corres- "ponda al delito consumado, se disminuirá desde la cuarta parte "a la mitad". Supóngase que se ha cometido la tentativa de un "delito por el que su autor, si lo hubiera consumado, habría me- "recido presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado; en "tal caso, ¿qué número de años comprendería la cuarta parte, "la mitad o una fracción cualquiera del presidio o de la peniten- "ciaría por tiempo indeterminado? Nadie podría responder.

"El último párrafo del artículo 12, dice: "En caso de que "al delito consumado correspondiese el mínimum de una clase "de pena, se aplicará el máximum de la pena inferior en grado, "que podrá disminuirse hasta en una tercera parte." El Código "establece clases o especies de penas, pero no *grados*, enton- "ces, ¿cómo pasar del mínimum de una clase de pena al máxi- "mum de la inferior en *grado*? ¿cuáles son los grados de las "penas? Empero, la palabra *grado* parece tomada, según el "contexto de la disposición, en el sentido de clases o especie. Si "esta fuera la acepción que se le ha querido dar, resultarían, mu-

" chas veces, al aplicar el precepto, verdaderas atrocidades. Así, " del mínimum de presidio, tres años, se pasaría al máximum de " penitenciaría, a la penitenciaría por tiempo indeterminado, si " hubiera de observarse rigurosamente el orden de colocación es- " tablecido en el artículo 54; y si ese orden no fuese de rigor, se " pasaría, sin duda, al máximum de la penitenciaría por tiempo " determinado, cuya duración es de quince años. Disminuído " este término en una tercera parte, quedaría reducido a diez " años. Ahora, diez años de penitenciaría constituyen una pena " mucho más grave que la de tres años de presidio. Si la juris- " prudencia salvara en la práctica estas dificultades, no las salva- " ría sin apartarse del texto y del significado de la ley.

" El artículo 68 del proyecto jamás dará lugar a las obser- " vaciones apuntadas. Desde luego, prescribe en general que la " pena que correspondería al agente, si hubiese consumado el de- " lito, se disminuirá en un tercio; y en seguida prevé los casos en " que la pena del delito consumado sea perpetua o sea la de muer- " te, y dispone en el primero, que la de la tentativa no excederá de " veinte años, ni bajará de diez, y en el segundo que será presidio " desde quince hasta veinticinco años.

" En el artículo 13 del Código dispone que "si la tentativa cons- " tituye por sí misma un delito consumado diferente del tentado " y castigado con mayor pena que la señalada para la tentativa, " se aplicará la establecida para el delito." Se suprime esta dis- " posición porque nada previene, nada decide que no sea evidente. " En presencia de un hecho constitutivo de un delito consumado, " a la vez que de la tentativa de otro, ningún juez dejará, sin " apartarse de la ley, de considerar el delito completo y de impo- " ner a su autor la pena que corresponda, para ver en ese hecho " sólo una tentativa, y aplicar al agente una pena menor. Hacer " caso omiso del delito consumado importaría violar los preceptos " legales relativos a ese mismo delito. Además, en el artículo 78 " del proyecto se prescribe que cuando un hecho cayere bajo más " de una sanción penal, se aplicará solamente la que fije pena ma- " yor, con lo que se resolverá cualquiera cuestión que en la prác- " tica surja. También se suprime el artículo 14, por el cual se " declara que los actos preparatorios sólo son punibles cuando im- " portan una contravención, salvo disposición expresa de este " código. La ley no precisa declarar que los actos preparatorios " no serán punibles. Para que no se reprima a los que ejecuten esos

" actos, bastará que no se les imponga pena, pues ningún tribu- " nal podrá penar a nadie sino por hechos expresamente incri- " minados. La razón que existe para no reprimir, en general, a " los autores de actos preparatorios, es que éstos son ambiguos, " no acusan el propósito del agente, y lo mismo pueden referirse " a una acción honesta que a una acción ilícita. Pero si la ambi- " güedad desaparece, si en virtud de las circunstancias y de las " condiciones de las personas que los han ejecutado es indudable " la dirección de esos actos, la relación directa e inequívoca en " que se hallan con el delito, entonces entrarán en el concepto de " la tentativa, constituirán una verdadera tentativa y deberán ser " reprimidos como tal, sin que el Código necesite añadir una " palabra a lo dicho respecto de ésta. Tampoco es menester que se " haga la salvedad de que se reprimirán los actos preparatorios " cuando el Código lo disponga expresamente, desde que es cla- " rísimo que si erige un hecho en delito y le impone pena, su " autor deberá ser reprimido."

* * *

290. Proyecto de 1906.—La tesis generalmente consagrada, fué adoptada también por el proyecto de 1906.

El artículo 47 del mismo estableció que la pena correspondiente al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá en un tercio. Si la pena fuere de muerte o presidio por tiempo indeterminado, la pena de la tentativa será presidio de quince a veinte años. Si la pena fuere de prisión por tiempo indeterminado, la de la tentativa será de prisión de diez a quince años.

La exposición de motivos no traía ningún comentario al respecto.

* * *

291. El código de 1886.—El código de 1886 también aplicaba para la tentativa una escala de penas que se relacionaba con las correspondientes al delito consumado y que eran siempre menores para aquélla.

El artículo 12, en el cual se fijaban los castigos, fué reemplazado por el 3.° de la ley número 4189, precepto que se tomó del proyecto de 1891 y que no marcaba diferencias en cuanto al criterio.

* * *

292. Modificaciones introducidas por la ley número 7029.— Las reglas establecidas en el Código fueron modificadas para casos especiales por la ley número 7029, llamada de seguridad social. En ese último cuerpo no se tuvo en vista el castigo correspondiente al delito consumado, ni las reglas de proporción del Código, considerándose tan sólo ciertos hechos para reprimirlos de una manera determinada.

Como esa ley fué derogada por la que puso en vigencia el actual código, y como se trató de un articulado de emergencia, no considero necesario ocuparme de los preceptos en detalle.

Diré, por fin, que la regla según la cual la pena para la tentativa es menor que la fijada para el delito consumado, no ha sido aceptada por el código francés. Según éste, si se trata de crímenes, la tentativa y el delito frustrado se castigan con la misma pena que el delito consumado. Los jueces pueden establecer las diferencias por medio del mínimum de la pena, y teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes. Si se trata de delitos correccionales, la tentativa y el delito frustrado no son castigados, salvo el caso de una disposición especial de la ley.

* * *

293. Examen de los distintos casos regidos por el artículo 44.— Examinaré ahora los cuatro casos que comprende el artículo y a los cuales me referí al principio.

La pena que correspondería al agente si hubiere consumado el delito se disminuirá de un tercio a la mitad.

La aplicación del precepto no puede dar lugar a dificultades. Se trata de la tentativa de un delito que tiene fijada una determinada pena. El magistrado no tiene sino que considerar la que co-

rrespondería al agente en caso de consumación y disminuirla en la forma establecida por el artículo.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad, y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.

Si el delito fuera imposible, los magistrados pueden: a) Disminuir la pena en la mitad; b) Reducirla al mínimo, y c) Eximir de ella totalmente al acusado. Para todo esto tendrán en cuenta el grado de peligrosidad revelado.

El párrafo transcripto al principio y que constituye el segundo del artículo 44, fué intercalado en el Código a propuesta de la segunda Comisión de Códigos del Senado. No se dieron al respecto fundamentos ni por escrito ni verbalmente, y tampoco se refirió a la innovación la comisión especial de la Cámara de Diputados que aconsejó se aceptase la modificación propuesta.

Se ha planteado en diferentes oportunidades la cuestión de saber si debe castigarse o no como tentativa la intentona de cometer un delito usando elementos que no eran idóneos a los efectos del fin propuesto. El caso supuesto muchas veces, era el de un sujeto que queriendo matar a otro, le echaba en una bebida sal común, creyendo que era un veneno. La generalidad de los antiguos autores decía que era indispensable el empleo de medios idóneos para que el delito hubiera podido consumarse. Así, si el sujeto colocó veneno en la taza y éste no fué ingerido por cualquier causa independiente de la voluntad del mismo, la tentativa estaba perfectamente caracterizada, porque el crimen pudo tener lugar y no se consumó por motivos ajenos al acusador.

Pero cuando los medios no son idóneos, se revelará, en todo caso, una mala intención, pero la posibilidad del delito no ha existido, y el peligro tampoco ha corrido para la víctima presunta.

Esa teoría, generalmente aceptada, aun cuando algunos autores se levantaron en contra de la misma, ha sido con toda razón desechada por la Cámara de Senadores primero y por la de Diputados después.

La ciencia moderna toma en cuenta para la defensa social, no sólo el hecho producido, sino las condiciones del individuo que lo ejecuta. En el caso de delito imposible, ya sea por usarse de medios inidóneos, ya sea por otra causa cualquiera, es indudable que si bien el delito no ha podido tener lugar, se ha revelado la existencia de un sujeto que puede ser peligroso.

Además del ejemplo corriente respecto al uso de medios inidóneos, se suele repetir otro caso supuesto de delito imposible; o sea el ejecutado por un individuo que, queriendo matar a otro, aprovecha el momento en que está dormido para apuñalearlo. Pero la víctima presunta ha fallecido antes de recibir las puñaladas, sin que el agresor conozca el hecho. Los autores dicen que apuñalear a un cadáver no es cometer delito de homicidio, lo que es exacto, pero el hecho en sí como revelación de peligro, es también indudable que debe requerir medidas precaucionales contra el sujeto autor.

El caso no sería, en realidad, de tentativa, sino de delito imposible, y por eso hubiera sido mejor que se colocase el apartado del artículo en otro lugar y como disposición separada.

Con las antiguas disposiciones no hubiera sido posible condenar por ausencia de delito. Con las nuevas el castigo puede concurrir.

Los jueces tienen un amplio margen de apreciación, pudiendo ir desde la absolución hasta la aplicación de un castigo que puede ser importante o no, según el grado de peligrosidad que revele el agente.

La ley es consecuente con su tesis, desde que disponiendo precauciones para los menores y para los alienados, esto es, con respecto a personas que no se consideran en condiciones normales, pero que representan un peligro y reclaman, por tanto, preocupación, no podrá dejar de hacerlo, planteándose el caso, con relación a los autores de un delito imposible que pudieran por sus caracteres ser peligrosos.

De aquí el precepto. Los jueces encargados de aplicarlo, deberán hacerlo teniendo en consideración las circunstancias de cada caso, y con el alto concepto de que se se ha delegado en ellos una función de verdadera importancia.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

El precepto se explica por sí mismo.

Idéntica cosa podemos decir del último párrafo del artículo que se refiere al caso en que correspondiese al delito consumado, la pena de prisión perpetua.

FIN DEL TOMO II

INDICE

INDICE

Pág.

Advertencia 5

I

Penas de arresto y destierro

1. Supresión de la pena de arresto en el código vigente y motivos que la justifican 7
2. La pena de destierro 8
3. Antecedentes del proyecto Tejedor acerca de la pena de destierro 10
4. El proyecto de 1906 y la iniciativa del mismo en el sentido de la supresión 12

II

Penas perpetuas, por tiempo indeterminado y temporales

5. Del término de las penas 13
6. La sentencia indeterminada y la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores 15
7. La terminología en relación con las diferentes leyes. 16
8. El proyecto del doctor Tejedor y las penas perpetuas 17
9. Las penas perpetuas en el proyecto de 1891. 20
10. El sistema en el código de 1886 21
11. El término de las penas en el proyecto de 1906. 21
12. La duración de las penas según la comisión especial de la Cámara de Diputados 22

III

Inhabilitación

Pág.

13. Los preceptos del Código y sus concordancias (artículo 19). . 23
Artículo 20 24
14. El derecho individual y sus restricciones 24
15. Concepto de inhabilitación 25
16. Clases de inhabilitación 26
17. Generalidad de la admisión de esta pena. 27
18. La inhabilitación en el proyecto del doctor Tejedor. 27
19. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. . . . 31
20. Reglas del proyecto de 1891 32
21. Disposiciones del proyecto de 1906 33
22. La inhabilitación en el código de 1886 33
23. Modificaciones introducidas por la ley de reformas. 34
24. El proyecto presentado en 1916 a la Cámara de Diputados. . . 35
25. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria 35
26. La modificación del Senado 36
27. Las observaciones formuladas por el senador Rojas. 37

IV

La inhabilitación como pena accesoria

28. El Código y sus concordancias (artículo 12). 41
29. Fundamentos de la pena accesoria 42
30. Los preceptos del proyecto del doctor Tejedor. 42
31. Las accesorias en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 45
32. El proyecto de 1891 45
33. El proyecto de 1906 46
34. Disposiciones del código de 1886 46
35. Modificaciones introducidas por la comisión especial de la Cámara de Diputados y sus fundamentos. 47
36. Modificaciones del Senado 49
37. El alcance del artículo 12 49
38. Privación de la patria potestad 50
39. Administración de los bienes 51
40. Disposición por actos entre vivos 51
41. Curatela del incapaz 52
42. Las observaciones del senador Rojas sobre la pena accesoria. . 52

V

Trabajo del condenado

Pág.

43. El precepto y sus concordancias (artículo 11). 53
44. El trabajo del penado y el destino del producido. 54
45. El sistema del proyecto del doctor Tejedor. 55
46. El mantenimiento de los principios antiguos en el proyecto Villegas, Ugarriza y García 55
47. El proyecto de 1891 56
48. Principios del proyecto de 1906 56
49. El código de 1886 y el proyecto Tejedor. 57
50. Modificaciones introducidas por la ley N.° 4189. 57
51. Los fundamentos de la comisión especial de la Cámara de Diputados 58
52. Necesidad de que el condenado trabaje y cumpla sus obligaciones 59
53. El concepto del Código 60
54. La reglamentación sobre peculios, existente en la provincia de Buenos Aires 61

VI

Libertad condicional

55. Disposiciones del Código y sus concordancias (artículo 13). . . 63
Artículo 14 64
Artículo 15 64
Artículo 16 65
Artículo 17 65
56. La libertad condicional y su objeto 65
57. La nueva institución 66
58. El derecho de gracia en el proyecto del doctor Tejedor. . . . 66
59. La gracia en el código de 1886 67
60. El criterio del proyecto de 1891 68
61. Disposiciones del proyecto de 1906 70
62. Fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria 72
63. El artículo 13 y los cambios hechos durante su preparación. . 74
64. El artículo 13 y las observaciones del senador Rojas. 75
65. El texto según la Comisión de Códigos del Senado. 76
66. Modificaciones de la segunda comisión de la Cámara de Senadores aceptadas en Diputados 77

Pág.

67. Alcance del artículo 13 79
68. El beneficio no se acuerda a los reincidentes. 79
69. Término de la libertad condicional 80
70. Revocación de la libertad condicional. 80
71. Extensión del beneficio 80

VII

Los condenados por tribunales provinciales

72. El artículo 18 y sus concordancias 83
73. La unidad de la legislación represiva y el propósito de la disposición 83
74. Los antecedentes del precepto y el proyecto de 1891. 85
75. Disposiciones del proyecto de 1906 85
76. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados 86

VIII

Pena de multa

77. Los artículos 21 y 22 y sus concordancias. 87
78. La multa como pena de derecho criminal. 88
79. La pena de multa en la antigüedad. 89
80. Controversias sobre la justicia de la pena de multa. 90
81. La multa en el proyecto del doctor Tejedor. 91
82. Las reglas del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 93
83. Proyecto de 1891 94
84. El proyecto de 1906 95
85. Regla del código de 1886 96
86. El despacho de la comisión especial de la Cámara de Diputados 96
87. El criterio del Senado 99
88. Los fundamentos de la Comisión de Códigos. 99
89. El artículo 22 102

IX

Decomiso de los instrumentos del delito

90. El precepto y sus concordancias (artículo 23). 103
91. Fundamentos de la pérdida y destrucción de los objetos que han servido para cometer el delito 104

Pág.

92. Disposición del proyecto del doctor Tejedor. 104
93. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. . . . 105
94. El asunto en el proyecto de 1891 105
95. El proyecto de 1906 106
96. El destino de los objetos decomisados. 106
97. La redacción proyectada por la comisión especial de la Cámara de Diputados 107
98. Redacción del Senado 108

X

Prisión preventiva

99. El artículo 24 y sus concordancias 109
100. Necesidad de la prisión preventiva 109
101. Cómputo de la prisión preventiva 110
102. Reglas del proyecto del doctor Tejedor. 111
103. Disposición del proyecto de 1891 111
104. El código de 1886 y la ley de reformas N.° 4189. 112
105. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados y los fundamentos 113
106. El artículo en el Senado 114

XI

Locura del condenado

107. El precepto y sus concordancias (artículo 25). 115
108. La cuestión en las leyes de fondo y de forma. 115
109. Antecedentes en el proyecto del doctor Tejedor. 116
110. Disposición del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 118
111. El proyecto de 1891 119
112. Proyecto de 1906 119
113. El artículo de la comisión especial de diputados. 119
114. La modificación del Senado 120

XII

Condenación condicional

115. El artículo 26 y sus concordancias. 121
116. El concepto moderno de la pena y la condenación condicional. 122

Pág.

117. La nueva institución en el proyecto de 1906. 124
118. Redacción y fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria 127
119. La sanción de la Cámara de Diputados y la fe de erratas. . . 133
120. Observaciones del senador Rojas 134
121. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado. 135
122. La segunda Comisión de Códigos del Senado. 138
123. La pena pronunciada y la autorización para suspenderlo. . . . 138
124. Requisitos para la concesión del beneficio. 139
125. Los antecedentes del condenado y la comprobación de la reincidencia 141
126. La suspensión de la condena en los casos de multa. 142
127. La ley número 11.117, complementaria del Código Penal. . . 143
128. Alcance del beneficio de la condenación condicional. 145
129. El texto del artículo 26 147
130. El concurso de delitos y la condenación condicional. 148
131. El artículo 27 y sus concordancias 148
132. Fundamentos del precepto 149
133. El artículo 28, sus concordancias y fundamentos. 149
134. La condenación condicional en la legislación comparada. . . . 149

XIII

Reparación de perjuicios

135. La reparación del daño en el orden civil y en el criminal. . . 154
136. El criterio antiguo y el moderno. 155
137. El artículo 29 y sus concordancias 156
138. Las personas civilmente responsables en el proyecto del doctor Tejedor 157
139. Principios del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 161
140. El código de 1886 162
141. Dificultades para obtener la reparación del daño. 162
142. El proyecto de 1891 163
143. El proyecto de 1906 167
144. El criterio de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria 171
145. El doctor Rojas propone en el Senado la supresión del título. 173
146. Estudio hecho por la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores 174
147. El alcance del artículo 177

Pág.

148. La prescripción del derecho 177
149. Las cuestiones de orden constitucional 178
150. La apreciación del daño cuando la sentención sea condenatoria . 179
151. Casos en que no corresponde el pronunciamiento sobre daños. . 180
152. Restitución de la cosa objeto del delito y pago de costas. . . 181
153. La reparación civil y la condenación condicional. 181
154. El artículo 30 y sus concordancias 182
155. El orden en que deben emplearse los recursos del penado. . . . 182
156. El artículo 31 y sus concordancias. 183
157. La solidaridad legal para los responsables del delito. 183
158. El artículo 32 y sus concordancias 184
159. El precepto en el antiguo código español y en el proyecto del doctor Tejedor 184
160. El artículo 33 y sus concordancias 185
161. El pago de la indemnización en los casos de insolvencia. . . . 185

XIV

Responsabilidad

162. La infracción y el castigo 187
163. Doctrinas acerca del derecho de castigar. 188
164. Fundamento de la responsabilidad. Clásicos, positivistas y eclécticos 190
165. Principios del proyecto del doctor Tejedor. 192
166. La voluntad criminal en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 195
167. Principios del código de 1886 196
168. Modificaciones hechas por la ley número 4189. 196
169. El proyecto de 1891 197
170. El proyecto de 1906 202
171. El criterio de la comisión especial de la Cámara de Diputados. 202
172. Las ideas de la Comisión de Códigos del Senado. 210
173. El concepto de la ley 217

XV

Imputabilidad

174. El inciso 1.° del artículo y sus concordancias. 219
175. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor. . 220
176. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. . . . 226

Pág.

177. El código de 1886 226
178. El proyecto de 1891 227
179. El proyecto de 1906 237
180. Opiniones de la comisión especial de la Cámara de Diputados. 239
181. El criterio de la Comisión de Códigos del Senado y los fundamentos 240
182. Las modificaciones de la segunda comisión de senadores. . . 246
183. Las bases de la eximente 246
184. El desenvolvimiento del precepto 249
185. La eximente ante las diferentes doctrinas. 249
186. Los estados mentales comprendidos en la disposición. 251
187. La ebriedad como causal de inimputabilidad. 252
188. La responsabilidad atenuada 253
189. El examen facultativo del reo 254

XVI

Imputabilidad

(Continuación)

190. El inciso 2.° del artículo 34 y sus concordancias. 257
191. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor. 258
192. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. . . . 260
193. El proyecto de 1891 y sus fundamentos. 260
194. El precepto en el proyecto de 1906. 261
195. El código de 1886 261
196. La tesis del código vigente y los fundamentos oficiales. . . . 262
197. El inciso 3.° del artículo 34 262
198. Alcance de la disposición 263
199. La disposición en el proyecto del doctor Tejedor. 263
200. Proyecto Villegas, Ugarriza y García. 264
201. El código de 1886 265
202. Proyecto de 1891 y siguientes 265
203. Los incisos 4.° y 5.° y sus concordancias (artículo 34). . . . 265
204. Fundamentos de las disposiciones 266
205. Los antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor 266
206. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 270
207. El código de 1886 270
208. El proyecto de 1891 270
209. El proyecto de 1906 272
210. El código vigente y sus antecedentes inmediatos. 272

XVII

Imputabilidad

(Continuación)

Pág.

211. Los incisos 6.° y 7.° del artículo 34 y sus concordancias. . . . 273
212. Fundamento de la legítima defensa. 274
213. El proyecto del doctor Tejedor y sus bases jurídicas. 275
214. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 288
215. La eximente en el proyecto de 1891. 288
216. La defensa legítima en el proyecto de 1906. 292
217. Preceptos del código de 1886. 293
218. Las opiniones de la comisión especial de diputados. 293
219. Las diferencias entre las distintas leyes y proyectos nacionales. 295
220. El concepto de la reforma 296
221. Los diferentes requisitos de la legítima defensa. 297
222. La necesidad racional del medio empleado. 300
223. La falta de provocación 301
224. La unidad de tiempo en las diversas circunstancias. 302
225. La fuga del agredido 303
226. La defensa del domicilio 303
227. La represión personal de los que atacan la propiedad ajena. . 305
228. La defensa de la persona o de los derechos de otro. 306
229. Disposiciones del código de 1886 omitidas en el vigente. . . . 307
230. El artículo 35 y sus concordancias. 307
231. El origen del artículo y fundamentos del mismo. 308
232. Las eximentes que amparaban al cónyuge, padre o hermano en ciertos atentados contra el honor 310
233. El Código no consagra el derecho a matar. 312

XVIII

Menores

234. Las modificaciones fundamentales del código vigente. 315
235. La situación de los menores en el proyecto del doctor Tejedor. 316
236. Los menores en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 321
237. El sistema del código de 1886 y sus errores. 321
238. Las innovaciones del proyecto de 1891. 322

Pág.

239. El sistema propuesto en el proyecto de 1906 y sus fundamentos. 326
240. El código vigente y los fundamentos de la comisión especial de diputados 328
241. La ley número 10.903, sobre patronato de menores. 334
242. El artículo 36 y sus concordancias. 342
243. La eximente y las medidas de seguridad. 342
244. Fundamentos dados en la Cámara de Diputados. 345
245. El artículo 37 y sus concordancias. 346
246. Los fundamentos del precepto 347
247. El artículo 38 y sus concordancias. 348
248. Fundamentos de la disposición 348
249. El artículo 39 y sus concordancias 349
250. Fundamentos del precepto anterior 349
251. Necesidad de complementar la legislación de fondo. 350
251. bis. Las disposiciones sobre menores en el Senado. 351

XIX

De las circunstancias especiales que modifican la imputabilidad

252. La graduación de las penas de acuerdo con las circunstancias. . 353
253. El sistema del proyecto Tejedor. 355
254. Las circunstancias calificativas en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García 362
255. El código de 1886 365
256. El sistema del proyecto de 1891 366
257. Modificaciones introducidas al Código por la ley número 4189. . 375
258. El proyecto de 1906 376
259. El asunto según la comisión especial de la Cámara de Diputados 377
260. El sistema de nuestra ley 379
261. El artículo 40 y sus concordancias 379
262. La amplitud del código vigente. 380
263. La individualización de las penas y la política criminal de la Comisión de Códigos del Senado 380
264. El artículo 41 y sus concordancias. 382
265. El precepto en la Cámara de Diputados 383
266. Modificaciones del Senado 384

XX

Tentativa

Pág.

267. Noción de la tentativa 387
268. El artículo 42 y sus concordancias. 389
269. La tentativa en el proyecto del doctor Tejedor. 390
270. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 393
271. Las disposiciones del código de 1886 394
272. El proyecto de 1891 396
273. Modificaciones introducidas por la ley N.º 4189. 397
274. El proyecto de 1906 398
275. El proyecto de la comisión especial de diputados. 399
276. Observaciones del senador Rojas 402
277. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado. 405
278. Alcance del artículo 408
279. El artículo 43 y sus concordancias. 408
280. Antecedentes de la exención en el proyecto Tejedor. 408
281. El proyecto Villegas, Ugarriza y García. 410
282. El principio en el código de 1886 411
283. El proyecto de 1891 411
284. El proyecto de 1906 412
285. Ideas de la comisión especial de diputados. 412
286. El artículo 44 y sus concordancias 413
287. Casos que comprende el precepto 414
288. El proyecto Tejedor 414
289. El proyecto de 1891 415
290. Proyecto de 1906 417
291. El código de 1886 417
292. Modificaciones introducidas por la ley número 7029. 418
293. Examen de los distintos casos regidos por el artículo 44. . . . 418