270
345.001
MOR
v.3

RODOLFO MORENO (hijo)

El Código Penal

y sus antecedentes

BIBLIOTECA DE LA PROCURACION GENERAL 1537
Nº DE ORDEN 844
UBICACION E-82

TOMO III

H. A. TOMMASI, EDITOR
BUENOS AIRES
1923

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

I

Participación criminal

1. Las formas de la coparticipación.—2. Los antiguos sistemas y el proyecto del doctor Tejedor.— 3. La participación en el proyecto villegas-ugarriza-garcía. — 4. Principios del código de 1886.— 5. El sistema en el proyecto de 1891.— 6. Las modificaciones al código hechas por la ley n.° 4189.—7. El punto en el proyecto de 1906.—8. El artículo 45 y sus concordancias.— 9. Los fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.— 10. Contenido del artículo 45.—11. Acción, cooperación y determinación.—12. El artículo 46 y sus concordancias.— 13. Participación en el hecho y después de su comisión.—14. La penalidad de los cómplices.—15. La opinión del doctor Herrera citada en el informe oficial.—16. La opinión consignada en la "la ley penal argentina" invocada por el informe oficial.—17. Modificación hecha en el senado al artículo 46.—18. El artículo 47 y sus concordancias.—19. Antecedentes sobre cooperación ofrecida y hecho realizado en el proyecto tejedor, código de 1886 y reforma de 1903.—20. Antecedentes de los proyectos de 1891 y 1906 y de la comisión especial de diputados.—21. Las modificaciones del senado y sus fundamentos.—22. Antecedentes nacionales sobre complicidad y tentativa.—23. La tentativa de complicidad en la comisión de diputados.—24. El contrato ilícito en el código y su castigo.—

25. La tentativa de complicidad ante la ley vigente y sus antecedentes.—26. El artículo 48 y sus concordancias.—27. Antecedentes del artículo.—28. Circunstancias materiales e individuales.—29. Opiniones del senador doctor Angel D. Rojas.—30. El precepto en los proyectos de 1891 y 1906.—32. La redacción de la comisión especial de diputados.—33. Observaciones del doctor Rojas en el senado.—34. El artículo en el senado.—35. Alcance del artículo con su redacción definitiva.—36. Participación de mas de uno en un delito por culpa o imprudencia.—37. Los partícipes y sus diferentes situaciones.

* * *

1. Las formas de la coparticipación. — Cuando el delito se consuma con la intervención de un solo sujeto, la aplicación de las reglas de la imputabilidad, es personal y no presenta más dificultades que las derivadas de la materia misma. Pero la infracción puede ser la obra de más de un agente y para ese caso, que debe ser previsto, es necesario dar las normas a imponerse por los tribunales.

El delito en participación puede ser la consecuencia de una asociación ilícita constituída para cometer delitos, o ser el resultado de un convenio accidental para efectos determinados o de una simple concurrencia de más de una persona en la acción castigada.

La ley, ante el hecho de la infracción a la cual han concurrido varias personas, fija la situación de unas y otras según la participación tomada y la colaboración prestada.

Carrara (1) dice, que la acción y la voluntad son los elementos constitutivos del delito en cuya ejecución se puede participar de tres maneras: 1.° por concurso de acción sin concurso de voluntad; 2.° por concurso de voluntad, sin concurso de acción; 3.° por concurso de voluntad y concurso de acción.

En el primer caso, el delito no existe para el partícipe desde que se trataría de una contribución material sin conocimiento del carácter de la acción realizada. Tal ocurriría con el carrero, por ejemplo, a quien se le contratase para transportar objetos robados, que él no sabía tuviesen ese origen inconveniente. Para el portador, el acto sería lícito puesto que entraría dentro de su profesión y el concurso con respecto al delito se prestaba ignorando la existencia de la infracción.

En los demás casos el delito existe, pudiendo tener la contribución prestada distinta importancia, según el caso.

(1).- Programma — Tomo 1°.—Página 393 y siguientes—Números 431 y 432.

* * *

2. Los antiguos sistemas y el proyecto del Dr. Tejedor.— La participación criminal era objeto en las leyes antiguas de una reglamentación acentuada. Se definía, se clasificaba y se graduaban los castigos en los diferentes supuestos.

Actualmente el sistema ha variado, y las leyes, como lo hace nuestro código, prescinden de la faz preceptiva y teórica, abandonan las definiciones y se limitan a indicar las penas.

En nuestros antecedentes nacionales encontramos, como un exponente del anterior sistema, al proyecto del Doctor Tejedor. Este dividía a los partícipes, en autores principales, cómplices y auxiliares o fautores. Los autores principales se clasificaban en dos grupos, los autores directos y los indirectos. A su vez los cómplices se dividían en tres categorías; o sean los de primero, segundo y tercer grado. Los auxiliares o fautores también se clasificaban en tres grados, ocupándose igualmente el proyecto de las asociaciones criminales, las que se llamaban bandas o complots, según que se hubiesen formado para cometer delitos en general, o para consumar infracciones determinadas en uno o varios casos especiales.

Me ocuparé en particular de lo establecido por ese proyecto, por cuanto sus disposiciones reflejan bien, lo mismo que sus fundamentos contenidos en las notas, el estado de la cuestión en la época en la cual se redactó. La exposición, además, servirá para mostrarnos, comparando con lo que viene después, la evolución hecha y las bases tradicionales en que se apoyan los artículos del código vigente.

Se consideran autores principales directos: 1.° Al que ejecuta el crimen o delito directamente, por su propio hecho y ayudado de su fuerza corporal; 2.° al que antes o durante la ejecución presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación del crimen o delito, un auxilio o cooperación, sin la cual el hecho no habría podido tener lugar; y 3.° todos los que con intención criminal determinan a otros a consumar o cometer el crimen o delito.

La nota invoca el código de Baviera, el derecho romano y el español recordando que estos últimos asemejan los autores principales con los cómplices y les aplican las mismas penas. Agrega: "esta ayuda, sin embargo, no se entendía siempre del " mismo modo. Unas veces se aplicaba a la participación moral " que consiste en la orden, la comisión y el consejo de cometer " un crimen, y otras a la participación material en los actos de " preparar o consumar el crimen. Comprendíanse en la misma " clase, hasta a los que daban auxilio a los culpables u ocultaban " objetos robados, aunque numerosas excepciones templaban la " severidad de este principio".

Agrega el Dr. Tejedor que en las legislaciones modernas, reina la diversidad más completa a este respecto. La ley inglesa distingue cooperadores principales de accesorios y divide los principales en dos grados, comprendiendo en el primero al que ejecuta el crimen y en el segundo al que ayuda a la ejecución, siendo en la mayor parte de los casos igual la pena. Los cooperadores accesorios son todos los que no están presentes en la ejecución, distinguiéndose todavía los que han prestado su concurso antes o después de aquélla. La ley penal de Nueva York ha seguido estas disposiciones castigando con la misma pena de los autores principales a los cómplices en primer grado, a los de segundo, y accesorios antes del hecho. Livingston considera autores principales, a los que toman una parte activa en la consumación del crimen: cómplices a los que dan la orden o la comisión de cometerlo, prometen su concurso, estimulan su ejecución por palabras o por recompensas, y a los que preparan las armas o instrumentos necesarios; accesorios a los que instruídos de la ejecución de un crimen, ocultan a los culpables o les dan auxilio, castigando con la misma pena a los autores principales y a los cómplices. Los primeros son los que cometen los crímenes u obligan a cometerlos o los ordenan. Los segundos todos

los que concurren directamente a la ejecución. Los ocultadores con considerados cómplices, etc. El código peruano dice, que son autores: 1.° los que perpetran el hecho criminal; 2.° los que deciden su ejecución y lo efectúan por medio de otros; y considera como tales los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho criminal, participando maliciosamente en algún acto, sin el cual no habría podido perpetrarse el delito (arts. 12 y 13). En los delitos por omisión, agrega, son considerados como autores los que dejan de hacer lo que manda la ley penal, y los que causan la omisión o cooperan a ella del modo expresado en el artículo anterior.

Después de anotarse otras concordancias, se expresa que el proyecto sigue al código de Baviera y recuerda opiniones de Carmignani, Adolfo Chaveau y Pacheco, para concluir diciendo: "en " general, las diversas legislaciones están de acuerdo en conside- " rar autores principales, a todos los que cooperan a la ejecu- " ción del crimen por un hecho inmediato y directo. Nosotros " creemos que aun entre los ejecutores inmediatos del crimen, " pueden encontrarse grados diferentes de audacia y corrupción, " condiciones distintas de criminalidad, a que se atiende en lo " posible por este artículo y los siguientes".

Sobre autores principales indirectos, dice el proyecto, que se comprende en esa categoría al que haya determinado con voluntad criminosa al autor material a ejecutar el hecho, o lo haya confirmado en la resolución ya tomada, sea por medio de consejos formales, comisión, promesa de una recompensa, dádivas, violencias, amenaza u orden; sea induciéndolo intencionalmente en error, o aprovechándose del error en que se hallaba.

La nota decía: "Según el artículo, cuando se da un conse- " jo *fraudulento* y este es la causa, o una de las causas de la " acción criminal, al aconsejador se reputa autor principal, " y tiene la misma pena que en el caso de orden, recompensa, " etc. Esta decisión parecerá rigorosa a algunos, y lo sería en " efecto sin la facultad de arbitrar la pena que por este código se " da a los jueces. A los ojos de la moral, hay una notable dife- " rencia entre el que compra a precio de oro el brazo de un ase- " sino y el que no hace más que sugerir la idea de un crimen, " aunque esta idea determine al culpable.

El siguiente artículo, que es el tercero del título, se ocupa de la determinación involuntaria y del que por consejo, comi-

sión y otros medios semejantes fortifique en alguno la resolución tomada anteriormente de cometer un crimen.

El proyecto trae por fin las siguientes reglas:

—El autor principal, por orden, comisión, etc., no responderá sólo del hecho especial que hubiese tenido en vista cometer, sino también: 1.° De todo crimen o delito no reservado expresamente, y que el autor material del hecho se viese forzado a cometer para ejecutar el crimen o delito que se le había encargado; 2.° De todo crimen o delito que resulte como consecuencia del hecho ordenado, y que se imputaría al mandante si el mismo hubiese ejecutado el crimen o delito.

—Pero si sucede que en vez del crimen o delito ordenado, el autor material hubiese ejecutado otro que ninguna relación tuviese como medio ni como resultado con el crimen o delito ordenado, el mandante o cualquier otro autor mediato será castigado según las disposiciones de la ley contra la tentativa próxima del crimen o delito ordenado y no ejecutado.

—Si el crimen o delito cometido por el autor material como medio de ejecución del hecho principal que se le hubiese confiado, se reservó expresamente por el autor principal mediato, no se imputará a éste sino la acción principal ejecutada y si no se ejecuta, se reputará culpable solamente de la tentativa próxima del crimen ordenado o encargado.

—Si el autor principal mediato prescribe al autor material el modo de ejecución del crimen o delito; y éste, excediéndose de los límites prescriptos, lo consuma con circunstancias agravantes, el autor principal no será responsable más que del crimen o delito cometido, pero no de las agravaciones que no entraron en su mente.

Las notas transcribían párrafos del comentario oficial del código de Baviera.

Con respecto a los delitos de las corporaciones, decía: Cuando la mayoría o totalidad de los miembros de una corporación cometa un crimen o delito, no se considerarán culpables sino los individuos; y con arreglo a este principio los bienes de la corporación no podrán sufrir pena alguna pecuniaria, sino los bienes particulares de los miembros reconocidos como delincuentes.

La nota expresaba: "El motivo de la ley, dice el Comenta-
" rio Oficial, es que no pudiendo las municipalidades conside-
" rarse sino como personas morales y ficticias, no son suscepti-

" bles de resentir un mal cualquiera, ni por consiguiente de su-
" frir una pena. Hay casos excepcionales, sin embargo, como
" los de insurrección, traición y otros en que una comunidad puede
" ser castigada con su disolución, pérdida de los privilegios, u obli-
" gación de responder por parte de sus miembros. Esta especie de
" sanciones que no constituyen propiamente penas, se fijan por las
" ordenanzas particulares de cada corporación, y son la del ser mo-
" ral. Responsabilidad de los individuos que lo componen."

"Nuestras antiguas leyes, suponían la responsabilidad de
" las corporaciones."

El título 5.° se ocupa de la complicidad, empezando por darse en el artículo 1.° la definición en los términos siguientes: El que por palabras, acciones, comisión u omisión contraria a sus deberes, contribuya a sabiendas y voluntariamente a la ejecución de un crimen ya resuelto por otro, será considerado cómplice, a menos que la ayuda prestada al crimen hubiese sido tan esencialmente necesaria, que sin esta cooperación no habría habido posibilidad de consumar dicho crimen.

La nota explica la definición diciendo: "Los cómplices de
" que aquí se trata, dice el Comentario Oficial, deben tomarse
" en oposición con los autores principales del título anterior;
" porque las disposiciones de estos dos títulos, se completan en-
" tre sí. Así, lo que se dice allí del consejo formal se precisa por
" el inciso 1.° del artículo 2.° que habla de las instrucciones; y
" recíprocamente el artículo 1.° de este título, se explica por el
" contraste que con él forma el artículo 2.° del título 4.°, supo-
" niendo el primero la provocación a un crimen no concebido to-
" davía por el agente material, y el segundo la participación a
" un crimen ya resuelto por un tercero".

" Las condiciones constitutivas de la complicidad, son tres:
" 1.° La prestación de un concurso que sin haber producido la
" determinación criminal de la consumación del crimen, fortifi-
" ca la resolución del culpable, o facilita la ejecución del hecho,
" de tal modo que sin esta ayuda no se habría cometido el cri-
" men; 2.° La prestación de esta ayuda antes, o cuando más tar-
" de durante la acción, porque después de terminada, sólo hay
" auxiliadores; 3.° El conocimiento de la criminalidad del he-
" cho, y la voluntad de tener parte en él."

" Las circunstancias constitutivas de la complicidad, son

" esencialmente limitativas, porque en materia penal no pueden " admitirse analogías."

Los cómplices de primer grado, según el artículo 2.° son: 1.°. los que hayan dado al autor principal, instrucciones sobre el modo, medios u ocasión de ejecutar el crimen, cuando dicho crimen se cometa realmente a consecuencia de las instrucciones dadas; 2.°. los que hayan procurado al autor del delito, los objetos e instrumentos directamente necesarios para la consumación del crimen, como el veneno, si se trata de un envenenamiento, o las ganzúas, en el caso de un robo; 3.°. los que en el momento de la ejecución hayan prestado ayuda para que se consume el crimen, sea por una participación directa en la acción principal, sea estando en observación, haciendo reconocimientos, o de cualquiera otra manera; 4.°. los funcionarios del Estado y agentes públicos que estando obligados por su empleo a denunciar, descubrir, indagar o castigar las infracciones, hayan prometido, antes del hecho, o en momentos de consumarse, no cumplir con los deberes de su cargo, o que sin un acuerdo previo les hayan, antes o durante la ejecución, prestado un auxilio efectivo de cualquier manera.

La nota expresa: "La prestación de la ayuda tiene grados, "dice el Comentario Oficial, según que está más o menos cerca " de la participación completa del crimen. Desde entonces, la " pena de los cómplices debe también acercarse o alejarse más " o menos de la pena pronunciada contra los autores principa- " les. Es esta proporción la que tiene por objeto los tres grados " de complicidad establecidos por la ley en éste y artículos si- " guientes".

" La mayor parte, sin embargo, de los códigos modernos no " distinguen grados en la complicidad. Los cómplices de un cri- " men o delito, dice el código francés, serán castigados con las " mismas penas que los autores, salvo los casos en que la ley dis- " ponga otra cosa (Art. 59)." El español tampoco distingue, " pero disminuye la pena. "A los cómplices se impondrá, dice, la " pena inferior en un grado a la correspondiente a los autores " del delito (Art. 63)". "La complicidad, dice el brasilero, será " castigada con las mismas penas que la tentativa; y la compli- " cidad de tentativa, con las mismas penas de ésta, disminuida " en una tercera parte de su duración (Art. 35)". El código na-

" politano sigue la regla francesa (Art. 75). En el peruano, " véase el artículo 48.

" 1.°. **Los que hayan dado instrucciones, etc.**— Este es el " consejo acompañado de instrucciones, *consilium vestitum* en " el lenguaje de los autores. "A los mal fechores decían en gene- " ral las Partidas... e a los consejadores, deve ser dada igual " pena" (R. 19, tít. 34, p. 7—Véase también la ley 10, tít. 9, p. " 4 y 18, tít. 14 p. 7). Algunas leyes, sin embargo, castigaban con " menos pena a los aconsejadores."

2.°. **Los que hayan procurado los objetos, etc.**— El principio " del derecho romano era más rigoroso. Gayo decía: *qui ferra-* " *menta sciens commo daverint ad efficiendum hostium vel ar-* " *marium vel scalam sciens commo daverit, furti tenetur.* (L. 56, " § 4 D. de furtis); y lo mismo repiten varias de la leyes españo- " las (especialmente la 4, título 14, p. 7). Véase también la L. " 21, tít. 34, p. 7 y 10, tít. 8, p. 7."

3.°. **Los que en el momento de la ejecución, etc.**— Según al- " gunos autores, tan culpable es el que retiene la víctima como " el que la degüella, el que guarda la escalera, el que fuerza la " cerradura, el que penetra en la casa, el que está de centinela, " etc. (Rossi, t. 3, p. 50), pero la conciencia repugna vencer la " distancia que media entre el que empapa sus manos en la san- " gre, y el que resistiendo a esta horrible comisión, se limita a " una participación secundaria. Otra cosa es si hubiese precedi- " do complot (Tít. anterior). Según las leyes españolas, los cóm- " plices en cualquier grado, tienen la misma pena de los auto- " res. "Todos aquellos que fueron en el consejo y en matar y en " ayudar"—decía la ley 57 del Estilo."

Son cómplices en segundo grado: 1.°. Los que hayan dado los consejos e instrucciones de que habla el artículo 2.°, N.° 1, cuando no se verifiquen completamente las demás condiciones del mismo. 2.° Los que procuren al autor principal los objetos e instrumentos que no podían servir sino para los actos preparatorios o accesorios, o para empresas o proyectos posteriores a la ejecución de la acción principal. 3.°. Los que antes del momento de la ejecución del hecho presten cualquier clase de ayuda o asistencia. 4.°. Los funcionarios del Estado y agentes públicos designados en el artículo 2, N.° 4, que sin estar en inteligencia con los autores principales del crimen, faciliten su ejecución, omitiendo a sabiendas y con intención culpable, llenar los deberes

de su cargo, antes de la consumación del hecho. 5°. Todos los que antes o durante la consumación, hayan prometido a los criminales ocultar el hecho, o darles cualquier otra ayuda después de consumado el crimen.

La nota expresa: "**Los que hayan, etc.**—Debe notarse que " no se trata aquí, ni en el artículo de su referencia, sino de " los que no emplean autoridad, dones, ni promesas para excitar " a cometer el delito, *consilium dare videtur qui persuadet, im-* " *pellit, atque instruit* (L. 50 D. de furtis). De aquí la diferencia " entre la orden o el mandato y el consejo. En la orden o man- " dato, se trata principalmente del interés particular del que " da la orden o mandato, mientras el consejo tiene por objeto " el interés de aquel a quien se da.— *Consilium respicit gratiam* " *et utilitatem delinquentis, mandatum mandantis.* Algunos cri- " tican esta distinción, porque juzgan imposible que un indivi- " duo pueda aconsejar un crimen sin tener en él un interés gra- " ve y personal (Carmignani, t. 2, p. 386). Pero siempre queda- " ría entre los dos agentes esta diferencia, que el último se sir- " ve de medios corruptores para conseguir la cooperación del " ejecutor; mientras que el otro, sólo emplea la persuasión de la " palabra".

"2.°. **Los que procuren, etc.**— Rossi considera autores prin- " cipales, a los que prestan esta clase de ayuda y asistencia (t. 3, " p. 28 a 68)."

"3.°. **Los que antes, etc.**— Como los que sirven de interme- " diarios entre el mandante y mandatario, favoreciendo su en- " trevista o correspondencia, llevando sus cartas, etc., los cuales " eran colocados por los antiguos jurisconsultos en la clase de " autores principales (Farinacio, p. 132, N.° 41 y 135)."

Se reputan cómplices de tercer grado, dice el artículo 6.°: los que ven preparar o comenzar en su presencia un crimen o delito, o que saben que este crimen o delito debe cometerse y no lo impiden, sea por una denuncia inmediata a la autoridad más próxima, sea por un aviso transmitido a la persona expuesta al peligro; o que si no pueden hacerlo por sí mismos, no llaman o no piden el auxilio de otras personas, o no emplean cualquier otro medio en su poder, susceptible de ser puesto en uso, sin peligro para sí mismo o para un tercero.

La nota agrega: "**Se reputan, etc.**—Porque no lo son en rea- " lidad, la inacción o el silencio no ayudan ni provocan la per-

" petración del crimen. "Es del interés del Estado, dice el Co- " mentario Oficial, no sólo castigar, sino también y principal- " mente prevenir los crímenes. Así el hombre que pudiendo pre- " venir un crimen, descuida emplear con este fin los medios de " que dispone, viola un deber para con la sociedad, y merece " compararse a un cómplice moral. Sin embargo, esta complici- " dad por abstención nunca se califica ni castiga sino como delito."

" Según una regla antigua de las Partidas "el señor que ve " facer mal a aquel a quien lo puede vedar, si non lo vieda, se- " meja que lo consiente, e que es aparcero en ello." (R. 7, tít. 34, " p. 7).—*Qui prohibere potuit* decía también la ley romana, *tene-* " *tur si non fecit,* pero esta misma ley agrega que no habría cri- " men en el caso de no poder impedir el delito (L. 45, D. ad ley " Ag.). En algunos casos, las mismas Partidas imponían a esta " clase de complicidad la pena de muerte si bien abrían una an- " cha puerta a las excusas legítimas pero que non lo fasen con " maldad más por embargo que han de su cuerpo, o por mengua " de entendimiento; y en otras castigaban la no revelación como " el delito mismo (L. 3, tít. 27, p. 7).

" Entre nosotros un decreto del año 22 dice textualmente: " Todo individuo de quien se acredite que ha podido evitar con " su asistencia un atentado o crimen, y que no lo ha hecho, o que " no ha prestado su cooperación para la prisión de un delincuen- " te, sufrirá una prisión de 24 horas. Si pedida su asistencia la " rehusare, continúa, será puesto a disposición de la justicia or- " dinaria para ser juzgado con arreglo a la gravedad del delito " que se ha negado a evitar."

" Creemos que este artículo y el siguiente, tomados del có- " digo de Baviera, huyen de estas exageraciones, y satisfacen " al mismo tiempo al rigor del derecho."

Los cómplices se castigan con penas distintas a las que corresponden para los autores principales, pero relacionando las unas y las otras. A esos efectos, el proyecto dice, qué castigo se aplica al cómplice en relación al que corresponde al autor principal. Esas penas son menores para los cómplices que para los autores marcándose diferencias entre las que se dirigen a los de primero y segundo grado.

Los cómplices de tercer grado se reprimen con apercibimiento público, salvo el caso en que hubieren violado la obligación de

denunciar o avisar por un interés directo o indirecto en el éxito de la acción culpable.

El proyecto trae, además, otras disposiciones relacionadas con la cooperación ofrecida y no prestada, la tentativa y las obligaciones de ciertos parientes.

Al tratar de los autores principales, se ocupa también del complot y de la banda. Se define a la primera asociación diciendo: Si dos o más individuos resuelven un crimen o delito con un interés común, y se obligan bajo la promesa de auxilio recíproco a ejecutar conjuntamente dicho crimen o delito, esta asociación constituye un "complot", y cada uno de los partícipes que antes, durante o después de la ejecución haya cooperado de cualquier modo a esta ejecución, o se haya mostrado en aptitud de cooperar, o haya mantenido a sus compañeros en la convicción de que podían contar con su auxilio, será considerado, después de la consumación, autor principal del crimen o delito.

Sobre bandas se expresa que las disposiciones de la ley contra el complot en general se aplican igualmente a las "bandas", comprendiéndose bajo esta denominación los complots formados para ejecutar muchos crímenes o delitos determinados, en cuanto a su género, o especie, pero indeterminados en sí mismos.

Se colocan también otras disposiciones a las que no creo necesario referirme.

El título sexto se ocupa de los auxiliadores o fautores. Es auxiliador, dice el artículo 1.°, todo el que después de consumarse una infracción favorezca al autor por acciones u omisiones culpables que tengan relación con la infracción consumada sin haber prometido esta ayuda antes de la ejecución del hecho.

De los auxiliadores y de sus divisiones no nos ocuparemos aquí, porque el código vigente, por motivos que se verán más adelante, se ha apartado del sistema del proyecto Tejedor, mantenido en el código de 1886, por considerar que los encubridores no son partícipes. El encubrimiento se considera como un delito especial previsto y castigado en la sección correspondiente.

* * *

3. La participación en el proyecto Villegas-Ugarriza-García.— El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, se ocupa también de autores principales, cómplices y encubridores. Las

disposiciones que contiene son más reducidas que las del proyecto anterior, cuyo sistema se mantiene.

El artículo 16 dice: Son autores: 1.° Los que ejecutan el delito directamente, por su propio hecho; 2.°. Los que, antes o durante la ejecución, prestan para realizarlo una cooperación o auxilio sin el cual el hecho no habría tenido lugar; 3.°. Los que con intención dolosa determinan en otros la decisión de consumar el delito; 4.°. Los funcionarios públicos que obligados a esclarecer y penar los delitos hubiesen antes de la ejecución y para decidirla, ofrecido encubrirlos.

El 17 agrega: En el caso de los incisos 3.° y 4.° del artículo anterior el autor del delito responderá no sólo del hecho especial que se hubiera tenido en cuenta, sino también: 1.°. De todo delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se viera forzado a cometer para ejecutar el delito a que fué inducido; 2.° De todo delito que resulte como consecuencia inmediata del hecho principal.

El 18 y el 19 se refieren a complot y banda, en los siguientes términos:

—Si dos o más individuos resuelven la ejecución de un delito bajo la promesa de auxilio recíproco, o de ejecutarlo conjuntamente, esta asociación constituye un "complot"; y cada uno de los partícipes que antes, durante o después de la ejecución haya cooperado a ella, o mantenido a sus compañeros en la convicción de poder contar con su auxilio, será considerado también como autor del delito, salvo que, sin haber cooperado a la ejecución, lo denunciara a la autoridad, antes de ejecutarse y con la anticipación necesaria para evitarlo.

—Si dos o más individuos resuelven verificar conjuntamente delitos indeterminados, esta asociación constituye "banda", y serán considerados autores en todos los hechos que la banda haya cometido, salvo la prueba en contrario de la no participación en el hecho o hechos determinados.

Las demás disposiciones del proyecto del doctor Tejedor se eliminan.

Los cómplices son de primer lugar, de segundo lugar y de tercer grado.

Los artículos 20, 21 y 22 dicen respectivamente:

—Son "cómplices en primer lugar": 1.° Los que hayan dado al autor principal instrucciones sobre el modo, medio u oca-

sión de ejecutar el delito cometido en consecuencia de las instrucciones dadas; 2.°. Los que hayan procurado, a sabiendas, al autor del delito los objetos o instrumentos necesarios directamente para su consumación; 3.°. Los que, en momento de la ejecución y sin ser considerados autores principales, concurran a él, sea estando en observación, sea haciendo reconocimientos, o de cualquier otra manera no comprendida en los otros grados; 4.°. Los miembros de las bandas en los delitos en que no hayan tomado participación directa.

—Son "cómplices en segundo lugar": 1.°. Los que hayan dado los consejos e instrucciones de que habla el artículo anterior, número 1, cuando no se verifiquen completamente las demás condiciones del mismo; 2.°. Los que, a sabiendas, procuren al autor principal los objetos e instrumentos que no podrían servir sino para los actos preparatorios o accesorios, o para empresas o proyectos posteriores a la ejecución del delito principal; 3.°. Los que, antes del momento de la ejecución del hecho, presten a sabiendas cualquier clase de ayuda o asistencia no enumerados especialmente en los artículos anteriores; 4.°. Todos los que antes o durante la consumación del hecho hayan prometido ocultarlo o dar a los delincuentes cualquier otra ayuda después de consumado el delito; 5.°. Los funcionarios públicos que, sin estar en inteligencia con los autores principales del delito, faciliten su ejecución, omitiendo, a sabiendas y con intención dolosa, llenar los deberes de su cargo, antes de la consumación del delito; 6.°. Todos los demás no mencionados especialmente que, con conocimiento del hecho ilícito, hayan prestado cooperación de cualquier clase a la ejecución del delito.

—Se reputan "cómplices en tercer grado" los que viendo preparar o comenzar en su presencia la ejecución de un delito, o sabiendo que debe cometerse, no tratan de impedirlo, sea por una denuncia a la autoridad más próxima, sea por un aviso a la persona puesta en peligro, o que no pudiendo hacerlo por sí mismos no llamen y pidan el auxilio de otras personas, o no empleen cualquier otro medio en su poder, susceptible de ser puesto en uso sin peligro para sí mismos o para un tercero.

Los artículos 23 y 24, se refieren a las penas que son menores para los cómplices que para los autores y más reducidas para cada grado en relación al castigo correspondiente a los autores; el artículo 25 a ciertos parientes; y el 26 al hecho principal indispensable para que exista pena con respecto al cómplice.

Con relación a los encubridores, repito lo que he dicho anteriormente al ocuparme del proyecto del doctor Tejedor.

El informe con que se acompañó este proyecto al ministerio de justicia decía: "El epígrafe de "autores directos o indirec-
" tos" se ha variado por el de "autores principales". Unos y
" otros son igualmente autores e igualmente castigados."

" Como en este Título se trata sólo de los autores principa-
" les, la complicidad en los complots y bandas se ha reservado
" para el Título "de los cómplices"; pero la Comisión ha saca-
" do de este último Título el inciso 4.° del artículo 2.° para
" traerlo al de los autores, pues considera que merece la pena
" de autor de delito el funcionario que traiciona el poder que se
" puso en sus manos para objetos de orden público, y facilita,
" sino decide, el delito con la promesa de su ocultación, hecha con
" anterioridad a la ejecución."

" La sola promesa, el simple abuso de autoridad o poder
" basta, según el código belga, para constituir un autor de de-
" lito."

" El fondo de la parte dispositiva del Título 5.° del proyecto
" en revisión, y aun su redacción, ha sido mantenido hasta el
" artículo 8.°, con pequeñas variaciones."

" La palabra "a sabiendas" introducida en el 2.° inciso del
" artículo 20 del proyecto que se presenta era indispensable pa-
" ra que no quedase comprendido en la regla general, que pre-
" supone dolo, el hecho de proporcionar elementos materiales
" que hubieran servido a la ejecución del delito, si llegare el ca-
" so, no imposible, de que se hubiera procedido inocentemente."

" Igual razón ha habido para introducir en el inciso 2.° del
" artículo siguiente la voluntad dolosa, porque es ella la que
" constituye la complicidad en el delito, que no tiene igual signi-
" ficación cuando sólo ha habido omisión culpable."

" El inciso 6.° de este artículo abraza todos los otros casos
" de complicidad que por sus detalles especiales pudieran es-
" capar a una designación especial y expresa de circunstan-
" cias."

" Los artículos 9 a 12, página 57, del proyecto del doctor
" Tejedor han sido suprimidos. El primero de ellos está regido
" por la presunción de dolo, que se extiende a todo el acto pu-

" nible, mientras no se pruebe o aparezca lo contrario. El artículo 10 queda comprendido en la regla establecida por el artículo " 13 de que no hay complicidad sin la existencia del hecho principal de que la complicidad depende, y que la excepción personalísima de pena en el autor no alcanza al cómplice a quien " no favorezcan determinadas circunstancias. Los artículos 11 " y 12 están regidos por las disposiciones que afectan al delito " y modifican la penalidad en atención al desistimiento voluntario."

" La penalidad establecida en reglas más fijas, es consecuencia de la división de penas en grados, de que se hablará " más adelante."

* * *

4. Principios del código de 1886.—El código de 1886 dijo en el artículo 21 que se consideran autores principales: 1.°. El que ejecuta el delito directamente por su propia acción; 2.°. El que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación del delito , un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3.°. El que con voluntad criminal determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejos, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física o moral; o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmándolo en el que se hallaba.

Agregó en el 22: El autor principal por orden, comisión, etc., no responderá sólo del hecho especial que hubiese tenido en vista, sino también: 1.°. De todo delito no reservado expresamente y que el autor material del hecho se viese forzado a cometer para ejecutar el delito que se le había encargado, aconsejado, etc.; 2.°. De todo delito que resulte como consecuencia del hecho ordenado, aconsejado, etc., y que se imputaría al mandante o instigador, si el mismo hubiese ejecutado el delito.

Se refirió después a las relaciones entre copartícipes y definió el complot y la banda, trayendo varios artículos al respecto.

Los cómplices se definían en el artículo 32 en los siguientes términos: los que, no hallándose comprendidos en las disposiciones del título anterior, cooperen a la ejecución de un delito por actos anteriores o simultáneos.

Se dividieron en dos grados suprimiéndose uno con relación a los proyectos anteriores.

El artículo 33 dijo: Son cómplices en primer grado: 1.°. Los que hayan dado al autor principal instrucciones sobre el modo, medios u ocasión de ejecutar el delito, cuando éste se cometa siguiendo las instrucciones dadas en todo o en parte; 2.°. Los que hayan procurado al autor principal los objetos o instrumentos para la ejecución del delito; 3.° Los que en el momento de la ejecución hayan prestado ayuda para que se consume el delito, sea por una participación directa en la acción principal, sea estando en observación, haciendo reconocimientos o de cualquiera otra manera; 4.°. Los funcionarios del Estado y agentes públicos, que estando obligados por su empleo a denunciar, descubrir, indagar o castigar las infracciones, hayan prometido, antes del hecho o en momentos de consumarse, no cumplir con los deberes de su cargo; o, que sin acuerdo previo les hayan, antes o durante la ejecución, prestado un auxilio efectivo de cualquiera manera; 5.°. El que por consejos u otros medios fortifique en alguno la resolución tomada anteriormente de cometer un delito; 6.°. Los miembros de una banda que no hayan tenido parte en la ejecución de un delito concertado con los compañeros.

Y el 36 agregó: Son cómplices en segundo grado: 1.°. Los que hayan dado las instrucciones de que habla el artículo 33, inciso 1.° cuando no se verifiquen completamente las demás condiciones del mismo; 2.°. Los que procuren al autor principal los objetos o instrumentos que no podían servir sino para los actos preparatorios o accesorios, o para empresas o proyectos posteriores a la ejecución de la acción principal; 3.°. Los funcionarios y agentes públicos designados en el art. 33, inciso 4.°, que sin estar en inteligencia con los autores principales del delito, facilitan su ejecución, omitiendo a sabiendas y con intención culpable, llenar los deberes de su cargo, antes de la consumación del hecho; 4.°. Todos los que antes o durante la consumación, hayan prometido a los criminales ocultar el hecho, o darles cualquiera otra ayuda después de consumado el crimen.

Los castigos se graduaban de acuerdo con los proyectos anteriores, de los cuales se repetían algunos otros artículos.

5. El sistema en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 cambió el sistema de las leyes y proyectos anteriores, innovando en la materia y dando bases nuevas que han influido para la legislación en vigor.

El título V de ese proyecto con el epígrafe: "de las personas responsables", decía en el artículo 69: "Se consideran autores: 1.°. Los que toman parte en la ejecución del hecho; 2.°. Los que prestan al ejecutor un auxilio o cooperación sin los que el hecho no habría podido tener lugar; y 3.°. Los que instigan y determinan a otros a cometerlos.

El artículo 70 agrega: son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo precedente, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Los artículos 71 y 72 expresan:—Las circunstancias, cualidades y relaciones personales que excluyan, disminuyan o aumenten la criminalidad no se tomarán en cuenta, en la aplicación de las penas, sino respecto del autor o del cómplice a quien conciernan. Sin embargo, cuando las circunstancias, cualidades y relaciones personales que agraven la criminalidad, concernientes a uno de los partícipes, hayan servido para facilitar la ejecución del hecho, se tomarán en cuenta también para establecer la responsabilidad de los coautores y cómplices que las conocían en el momento en que concurrieron al hecho.

—Las circunstancias materiales que aumenten la criminalidad, aunque hagan cambiar la especie del hecho punible, se tomarán en cuenta respecto de todos los partícipes, a menos que resulte que no las conocían ni podían preverlas en el momento en que concurrieron a la ejecución del hecho.

Al cómplice se le aplica, de acuerdo con el sistema francés, la misma pena que al autor principal, no pudiendo sin embargo castigársele con el máximum.

El proyecto contiene por fin, en los artículos 74, 75, 76 y 77 las reglas siguientes:

—74. Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino a un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente, en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda.

—75. Si el hecho al cual se ha cooperado no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a las prescripciones de este título y del de la tentativa.

—76. Cuando un cómplice no presta la cooperación que había convenido dar o desista de la que hubiere comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada; y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones referentes a la tentativa.

—77. No se considera cómplices ni autores de los hechos punibles cometidos por la prensa a los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación.

La exposición de motivos explicó el sistema del proyecto diciendo: "El título V, libro I del Proyecto, abarca la materia "legislada en los títulos IV y V, libro I, del código vigente. Las "personas responsables son exclusivamente los autores y los "cómplices. Los encubridores no forman una tercera categoría "de cooperadores; son autores, y pueden también ser cómplices, "de un delito existente por sí, de un delito especial—el encu- "brimiento."

"El artículo 69 es, en su esencia, igual al 21 del Código. Sin "embargo, hemos modificado la redacción de éste porque es im- "propia y redundante, en los dos primeros incisos, y en el ter- "cero se entra en una enumeración de las diversas especies de "concurso moral en que no debe entrar la ley, pues el único "efecto que la enumeración produce, es limitar el alcance de la "disposición y particularizarla a los casos que prevé, excluyen- "do los modos de instigación o las especies de concurso moral "no enumerados."

"En el número 1.° del artículo 69 decimos que se conside- "ran autores a "los que toman parte en la ejecución del hecho" "en vez de repetir con el código actual "el que ejecuta el de- "lito directamente por su propia acción". Las palabras "direc- "tamente, etc." están de más, desde que es imposible ejecutar "un hecho indirectamente o por la acción de otro."

"En el número 2.° expresamos simplemente que se conside- "ran autores a "los que prestan al ejecutor un auxilio o coope- "ración sin los que el hecho no habría podido tener lugar"; no "añadimos, como lo hace el Código, que el auxilio se preste "antes o durante la ejecución" porque, desde que se trata de

" una cooperación o ayuda indispensable, no podrá prestarse en " otro momento; "después" de la ejecución sería completamen- " te inútil. Tampoco añadimos que se preste con el intento de " asegurar la consumación del delito", porque en virtud de la " regla sobre la responsabilidad, consignada en el artículo 58, " todo hecho punible o toda participación en un hecho punible " se presume realizado con voluntad criminal."

" En el número 3.°, nos referimos a los partícipes por con- " curso moral, diciendo que se consideran autores a "los que " instigan y determinan a otros a cometer el hecho". Esta cláu- " sula precisa claramente la condición necesaria para que un " individuo por medio de un mandato, una orden, etc., revista la " calidad de autor: es la de que "determine" a otro a ejecutar " el delito. Además, comprende todos los casos posibles de ins- " tigación y evita así los inconvenientes de la enumeración he- " cha en el precepto en vigencia."

" Suprimimos los artículos 22 al 31 del Código, que fijan la " extensión de la responsabilidad del instigador o autor media- " to, en diversos casos (arts. 22-24) y que legislan sobre el com- " plot (arts. 25-29) y sobre las bandas (arts. 30-31). Suprimi- " mos las disposiciones relativas a la extensión de la responsa- " bilidad, porque declarado "autor" el que instiga y determina " a otro a cometer un delito, su responsabilidad más o menos " grande, en cada caso, será deslindada y fijada por los tribuna- " les, de acuerdo con las reglas generales y amplias referentes a " la responsabilidad explicadas antes, de la misma manera que lo " será la del ejecutor. No hay razón alguna para hacer una ca- " suística en cuanto a la extensión de la responsabilidad del ins- " tigador y no hacerla respecto de la del ejecutor. Además, las " reglas especiales para casos que entran perfectamente en los " preceptos generales, sólo sirven para estrechar el criterio del " juez, para obligarlo a no apreciar a veces datos y circunstan- " cias dignos de ser considerados y susceptibles de aumentar o " disminuir la responsabilidad; pero que no podrá tomar en " cuenta, porque la ley no se lo permite."

" Suprimimos los artículos sobre el complot, porque el com- " plot en nuestro Código es exactamente lo mismo que la co- " delincuencia o complicidad, o más bien dicho, es un modo o " una especie de codelincuencia o complicidad."

" Se justifican los preceptos relativos al complot en algu

" nas legislaciones extranjeras, porque en ellas el complot sig- " nifica conspiración, o es la conspiración para realizar un deli- " to, especialmente un delito contra la seguridad o el orden " público; pero no se justifican en nuestra ley, desde que el " complot sólo designa un modo de coparticipación."

" El doctor Tejedor reprodujo, en su proyecto, las disposi- " ciones del código bávaro, que luego pasaron al argentino con " algunos cambios. En uno y otro caso no se tuvo en cuenta la " observación precedente."

" Finalmente, suprimimos los artículos relativos a las ban- " das (30-31); en primer lugar, porque la banda o la asociación " para delinquir constituye un delito por sí, por el mero hecho " de su formación, delito que, entre paréntesis, no figura en el " código y que es menester legislar en la parte especial de la " ley;—en segundo lugar, porque la responsabilidad de todos y " de cada uno de los miembros de una banda, sea por haberla " constituído, sea por los delitos que la asociación hubiere ejecu- " tado se determinará, en la práctica, en cada caso ocurrente, " por la aplicación combinada de las reglas de la parte general " y de la parte especial del Código."

" El artículo 70 que declara cómplices a "los que no hallán- " dose comprendidos en el artículo precedente, cooperan a la " ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos",—es " en el fondo y hasta en la forma, salvo una leve alteración re- " querida para concordar el precepto con los anteriores, idén- " tico al 32 del Código."

" Pero el Código, después de haber dado una noción cabal " y exacta de los cómplices, tomándola de la ley española, se " aparta del sistema a que responde su artículo 32; divide a los " mismos cómplices en dos categorías o grados, enumera los que " se hallan incluídos en uno y otro grupo y establece la pena con " relación al grado de complicidad. La división de los cómplices " en grados, la enumeración de los casos en que el individuo en- " tra en uno u otro grado y la fijación de la pena con referencia " al grado de complicidad, hacen superflua la noción del artícu- " lo 32 e imposible su aplicación, siempre que se trate de actos " de concurrencia no incluídos en la enumeración, aunque es- " tén comprendidos en los términos de dicho artículo."

" La división de los cómplices en categorías y la enumera- " ción de los casos incluídos en cada grupo, ¿son convenientes?

" Algunas legislaciones, como el código francés y el belga, enu-
" meran casos de complicidad. El código bávaro, que sirvió de
" modelo al de Tejedor, del que las tomó el argentino, supri-
" miendo una categoría de cómplices—la tercera,—sanciona una
" y otra cosa. Sin embargo, otros códigos, sobre todo los más re-
" cientes, las han rechazado. Ni el código español ni el alemán,
" ni el húngaro, ni el holandés, ni el italiano, ni el oriental han
" adoptado ese sistema. Y se explica que se rechace la división
" y la enumeración, "ya por las dificultades que ofrece la pre-
" visión de todos los casos que pueden ocurrir para señalarles de
" antemano el lugar que les corresponde en las diversas agru-
" paciones formadas por la ley, ya por la oscuridad a que puede
" dar lugar la diversidad de distinciones". Además, con semejan-
" te sistema se legisla, no la complicidad en género, sino casos
" de complicidad—lo que es contrario al fin que debe proponerse
" la ley."

* * *

6. Las modificaciones al código hechas por la ley N.° 4189.— Los preceptos y las explicaciones del proyecto de 1891 influyeron decisivamente en nuestra ley, porque la reforma de 1903 se apoyó en el mismo y sancionó en esta parte modificaciones de importancia en el sistema del código de 1886 que se inspiró en los antiguos modelos.

La ley N.° 4189 mantuvo la definición contenida en el artículo 32 del código y derogó los artículos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, y 41 del mismo.

El artículo 4.o que reemplazó a todos aquellos preceptos, decía: En reemplazo de los artículos 33 al 41: a) El cómplice será castigado con la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado, no pudiendo aplicársele el máximum. Si la pena que le correspondería como autor fuera la de muerte, sufrirá la de presidio perpetuo; y si correspondiese ésta, sufrirá la de presidio temporal;—b) Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y de la tentativa;—c) Cuando un cómplice no preste la participación que había convenido dar o desista de la que hubiere comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada; y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones referentes a la tentativa;—d) No se consideran cómplices ni autores de los hechos punibles, cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación.

Tuve oportunidad de estudiar esta reforma a raíz de la sanción de la ley número 4189 y con respecto a las razones generales que la determinaron dije: (1)—En los dominios de la ciencia, se han presentado tres teorías al considerar como delito a la complicidad. Una sostiene que la ley debe dar un principio general de lo que entiende por ella, y dejar que ajustándose a él resuelvan los tribunales en los casos que se presenten; otra según la que se deben enumerar los casos que la constituyen, y una tercera que se debe dejar al respecto completa libertad al árbitro judicial.

El Código nuestro seguía ambos sistemas: en el artículo 32 definía en general al decir: "Son cómplices los que no ha-
" llándose comprendidos en las disposiciones del título anterior,
" cooperen a la ejecución de un delito por actos anteriores o
" simultáneos", y en los siguientes aceptaba la división enumerando una serie de casos.

La ley de reformas ha hecho en este título dos modificaciones importantísimas: una que se refiere a la adopción de un sistema definido, y otra a la penalidad. Como se ha podido ver, suprime el eclecticismo del código y acepta sólo el principio genérico, conservando el artículo 32 y derogando los que formulaban divisiones.

La discusión del Congreso no se detuvo en este punto, aprobándose el artículo sin observación alguna. En la discusión en general, el doctor Argerich se limitó a decir que la división en grados era imposible de mantener, porque se prestaba a in-

(1) La Ley Penal Argentina. Pág. 117.

justicias. En cuanto a la Comisión del Senado, se concretó a referirse al Proyecto de 1891, que es también, en el caso presente, el inspirador de la reforma de 1903.

El doctor Rivarola, después de criticar la duplicidad de sistemas que el código adoptaba, decía que la ley debía proceder en cuanto fuera posible por preceptos generales, huyendo de las enumeraciones que tenían el peligro de ser incompletas, sin contar con las dificultades de determinar dentro del género los caracteres precisos de la especie. Citó en su apoyo las opiniones de Rossi y Obarrio. Estas razones, aceptadas por el proyecto citado, basaron la modificación que seguía en esta parte los códigos más modernos y adelantados.

Nuestra ley, entonces, después de deslindar en la participación criminal a los autores principales y a los cómplices, adoptaba, con respecto a estos últimos, el sistema más racional, o sea, el de consignar una noción genérica sin determinar grados.

La apreciación judicial es la que debía determinar en cada caso el grado para fijar la pena, dentro de la elasticidad de la ley, estudiando las circunstancias del hecho.

* * *

7. El punto en el proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 reprodujo las disposiciones del proyecto de 1891 y omitió otras.

Empezó por establecer en el artículo 48 que se considerarán autores: 1.° Los que tomaren parte en la ejecución del hecho; 2.° Los que prestaren al ejecutor un auxilio o cooperación, sin los cuales el hecho no habría podido cometerse; 3.° Los que determinaren a otros a cometerlo.

Agregó en el 49: Son cómplices, los que, no hallándose comprendidos en el artículo precedente, cooperaren a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. La pena para el cómplice es la misma que corresponde al autor principal, no pudiendo serle aplicado el máximum.

Los artículos 52, 53, y 54 agregan: Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al

cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda. Si el hecho no se consumare, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

—La tentativa de complicidad será reprimida conforme a las reglas de la tentativa.

—No se considerarán cómplices ni autores de los delitos cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, cuando el autor fuere conocido y se encontrare en el país.

Los preceptos consignados en el proyecto de 1891 con los números 71 y 72, no se repiten en el de 1906.

La exposición de motivos dijo: "Los tres títulos del código, "sobre autores, cómplices y encubridores, los hemos reunido "en uno solo, después de la eliminación de los últimos, por las "razones que hemos expuesto en otra parte de esta nota".

"Con referencia a los autores, en los dos primeros incisos "del código nos hemos limitado a modificar la redacción, a fin "de precisar los conceptos y evitar redundancias, y en el ter-"cero a suprimir la enumeración de los medios de determi-"nar a la ejecución de un delito, de acuerdo con las ideas ya "manifestadas sobre la inconveniencia de las enumeraciones."

"Los artículos 22, 23 y 24, han sido suprimidos porque son "simples soluciones de casos particulares, justas algunas como "la del 22, injustas otras como la del 23, pero que de todos "modos no deben figurar en la ley porque los preceptos gene-"rales, en concordancia con las circunstancias especiales en "cada caso, son suficientes al efecto."

"Se ha resuelto asímismo suprimir las disposiciones sobre "el complot, teniendo en cuenta que él no constituye sino una "forma especial de la codelincuencia o de la complicidad. Los "que formen un complot serán autores o serán cómplices, con "arreglo a las disposiciones generales y sin necesidad alguna de "dictar a su respecto preceptos de orden particular."

"Lo mismo hemos resuelto con referencia a las bandas, de "las cuales hacemos un delito en la parte especial del código, "siguiendo el ejemplo de muchas legislaciones, que conside-"ran, con toda razón, que una asociación cuyo fin es el delito, "debe ser castigada por el hecho solo de su organización."

"Por lo demás, las reglas generales sobre tentativa o de-
"lincuencia y complicidad, serán suficientes para determinar
"la parte de responsabilidad que tiene cada uno de los miem-
"bros, sea en los delitos cometidos o tentados, sea en la for-
"mación misma de la banda."

"En la complicidad sólo hemos modificado la redacción
"del inciso c) del artículo 4.° de la Ley de Reformas, y agrega-
"do al d) una condición esencial para que no se consideren
"cómplices de los delitos cometidos por la prensa a los edito-
"res y demás personas que prestan la cooperación material pa-
"ra la publicidad. Esa condición, que responde al propósito de
"evitar la impunidad de tales delitos, es que el autor sea co-
"nocido y se encuentre en el país."

* * *

8. El artículo 45 y sus concordancias.—Con estos antecedentes podemos pasar al estudio del Código.

ARTÍCULO 45

Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

CONCORDANCIAS.— Código de Noruega, artículo 58; Italiano, 63; Holandés, 47; Alemán, 47 y 48; Ruso, 51; Húngaro 70 y 71; Español 11 y 13; Japonés, 60 y 61; Proyecto Peruano de 1916, 72; Ante proyecto Suizo de 1916, 25; Proyecto Alemán de 1909, 78; Proyecto Austriaco de 1909, 13; Ante proyecto Sueco de 1916, capítulo VIII, 2; Proyecto del doctor Tejedor, Sección Primera, Título Cuarto, artículos 1.° y 2.°; Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, 16; Proyecto de 1891, 89; Proyecto de 1906, 48; Código de 1886, 21 y 22; Ley N.° 4189, 4.°.

* * *

9. Los fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que redactó el artículo en la forma en que fué sancionado, fundamentó la reforma diciendo en la exposición de motivos: "La Comisión se ha separado también en esta par-
"te de los enunciados del proyecto de 1906, suprimiendo las
"definiciones que aquél traía, de acuerdo con vetustos ante-
"cedentes de nuestra legislación."

"Se ha aceptado desde luego el cambio de rubro aconse-
"jado por el doctor Herrera, poniendo "participación criminal"
"en lugar de "autores y cómplices", porque el primer concepto
"tiene una acepción más general y más precisa."

"Se han suprimido las definiciones porque ellas son impro-
"pias en las leyes y se ha dejado únicamente la indicación del
"hecho y de la pena, que es lo que interesa a la ley represiva.
"El proyecto de 1906, en esta parte, considera autores a los
"que determinen a otro a cometer el delito, sin fijarse que
"quien determina a otro para que realice el hecho es un insti-
"gador y no un autor. Pero prescindiendo de palabras, lo que
"pretende la Comisión es fijar los conceptos de una manera
"precisa y en ese sentido empieza por establecer que tendrán
"la pena establecida para el delito los que tomaren parte en la
"ejecución del hecho, los que prestaren un auxilio o coopera-
"ción sin los cuales no habría podido cometerse y los que hu-
"bieren determinado directamente a otro para cometerlo."

"Esta disposición se aplica como lo establece el rubro del
"título a los casos de delitos en que intervenga más de una
"persona."

"Al imponer la pena del autor al que determinare a otro a
"la comisión del delito, hemos agregado la palabra "directa-
"mente" para significar cuál debe ser el carácter de la acción
"ejercida por el instigador sobre el autor o autores materiales.
"No es necesario establecer, como lo hace el código vigente, la
"forma en que puede hacerse efectiva la instigación, pues esos
"son puntos de hecho que se aprecian por el magistrado en ca-
"da uno de los casos sometidos en su decisión."

"Nos hemos apartado así no sólo de las reglas antiguas "del código de Tejedor, parte de las cuales se repetían en el "código vigente, criticado en la exposición de motivos de 1891, "sino del proyecto de 1906, cuyas disposiciones son inferiores "a las adoptadas por esta Comisión."

"También hemos suprimido la definición de complicidad, "fijando en el artículo 46 el significado de esa participación. "No se trata ya de los que ejecutan, prestan una ayuda esen- "cial o instigan, sino de los que cooperan de cualquier otro "modo a la ejecución del hecho."

"El proyecto de 1906 es incompleto en su misma defini- "ción porque no comprende los casos de ayuda posterior al "hecho prometido antes de su ejecución. Es claro que si esa "ayuda fuera posterior sin convenio previo, estaría comprendi- "da dentro de los preceptos que castigan el encubrimiento, pe- "ro si la colaboración fuera ofrecida de antemano, el caso debe "ser considerado como lo hace el artículo 46, declarando que "se trata de participación."

* * *

10. Contenido del artículo 45.—Como ha podido verse, la Comisión Especial de la Cámara de Diputados introdujo modificaciones en la redacción del artículo apartándose del sistema antes aceptado. Pero aun cuando no se han destacado en incisos diferentes los casos de participación que permiten calificar a los partícipes como autores y someterlos a la pena señalada para el delito, el precepto se refiere: 1.° a los que toman parte en la ejecución del hecho; 2.° a los que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse; y 3.° a los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

La Comisión Especial ha fundado la reforma en su exposición de motivos que es la fuente inmediata de interpretación, y ha dicho de donde se han tomado antecedentes. La redacción se hizo bajo la base del proyetco de 1906 y teniendo en cuenta la crítica formulada por el doctor Julio Herrera. Este decía (1),

(1) La Reforma Penal. Pág. 519.

sobre la materia, que desde el epígrafe del título del proyecto de 1906, todo o casi todo debía ser modificado. El rubro debía cambiarse, como se cambió reemplazando el de autores y cómplices por el de participación criminal, y las definiciones debían suprimirse, no sólo por ser peligrosas, sino impropias y sin objeto.

La Comisión de Códigos del Senado no propuso en esta parte ninguna modificación. En el encabezamiento de la exposición de motivos, dijo: "el proyecto en revisión legisla con gran "acierto la delicada cuestión relativa a los autores y cómpli- "ces, separándose del proyecto de 1906, cuyas definiciones su- "prime, por análogas razones a las que determinan la elimina- "ción de la definición de la tentativa".

Después transcribe, para acentuar la concordancia, una parte de la exposición hecha por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados.

* * *

11. Acción, cooperación y determinación. — Los tres casos señalados por el artículo se refieren: a la acción directa; a la cooperación; y a la instigación, o más bien determinación, para precisar los términos.

La acción directa comprende a los que ejercitan actos materiales vinculados íntimamente al delito. La ley se refiere así a los ejecutores, esto es, al que da el golpe, dispara el arma, se apodera de los objetos o consuma el atentado contra la honestidad.

La cooperación es de varias clases y dentro de sus diferentes grados, puesto que la ayuda prestada es susceptible de encerrar mayor o menor eficacia, podría decirse que puede ser indispensable o no.

Cuando la colaboración es indispensable, esto es, cuando el delito no hubiera podido realizarse sin esa ayuda, el cooperador es equiparado al autor. Cuando la cooperación no tiene esa importancia, el colaborador es solamente un cómplice.

Pero un sujeto puede contribuir al delito no solamente de los modos previstos desde que sin ejercitar ayuda material de ninguna clase, puede planear el crimen, disponerlo y ordenarlo. Tal ocurriría cuando el individuo busca a un agente para que

mate a otro mediante un precio. El mandante, el que ordena, no ataca, no hiere, pero el crimen no habría sido cometido si no hubiese él dado la orden en el sentido de realizarlo.

Los casos que pueden presentarse, tanto bajo este aspecto, como acerca de los antes examinados, son sin duda numerosos y variados (1).

El código antiguo admitía, como todas las leyes, el principio del artículo que considera autor del delito al que dispone su consumación sin participar en su materialidad pero siendo el eje alrededor del cual se produce; y al referirse al que determina a otro, señalaba los diferentes medios que podían usarse para tal determinación. Hablaba así de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, inducción en error, y confirmación en el mismo.

El código ha suprimido las enumeraciones que son innecesarias, desde que el concepto genérico es bien claro.

La participación supone la concurrencia de dos sujetos por lo menos, o de dos grupos de sujetos, esto es: el que manda y el que obedece, o los que ordenan y los que se someten.

El móvil de la determinación para el que ordena y para el que ejecuta, es una cuestión de hecho que se acreditará en el caso concreto que se presente.

Lo que la ley supone es que se haya ordenado por un lado y obedecido por el otro.

El ejecutor debe haber sido determinado de manera directa a la realización del acto, por la orden dada a su respecto. El vínculo debe ser así claro y acreditarse que el acto fué la consecuencia de la acción del instigador.

Tiene que fijarse ese principio de una manera muy precisa, por cuanto si así no se hiciera podría un autor material pretender aminorar su culpa complicando a otro e invocando instigaciones.

Las expresiones de carácter general que se vierten, ya sea en público, ya sea en privado, pueden dar lugar a que sean recogidas por cualquier individuo y traducidas en hechos. Pero en un caso de éstos, el causante de la acción, puesto que fué su exteriorización verbal lo que sugirió al agente, no puede ser con-

(1) Puede verse a este respecto a Hidalgo García.—El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Tomo I, págs. 252 y siguientes.

siderado como autor. Para que esto suceda es preciso que exista una especie de contrato ilícito: que uno, por los diferentes medios que pudiere usar, lance a otro a la comisión del delito.

Por eso el código habla de determinar directamente.

La instigación es otra cosa y a ella me referiré en la parte especial cuando me ocupe de ciertos delitos.

El autor material puede obrar por su voluntad o en contra de la misma. Procede del primer modo, cuando se le reduce y asiente; procede del segundo cuando se le violenta y amenaza. En el primer supuesto la pena concurre; en el segundo puede ser eximido de castigo, de acuerdo con lo establecido al legislar sobre los motivos que liberan de penalidad. En el Senado se resolvió la supresión de la palabra "directamente", pero la Cámara de Diputados no aceptó la modificación.

* * *

12. El artículo 46 y sus concordancias.

ARTICULO 46

Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuída de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años, y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

CONCORDANCIAS. — Código de Noruega, artículo 58; Italiano, 64; Holandés, 48; Francés, 59 y 60; Alemán, 48 y 49; Ruso, 51; Húngaro, 69; Español, 15; Japonés, 62 y 63; Proyecto Peruano de 1916, 74; Ante proyecto Suizo de 1916, 26; Proyecto Alemán de 1909, 79; Proyecto Austriaco de 1916, Capítulo VIII, 6; Proyecto de Tejedor, Sección Primera, Título 5.° artículos 1.° y siguientes; Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos, 20, 21 y 22; Proyecto de 1891, 70; Proyecto de 1906, 49; Código de 1886, 32; Ley número 4189, 4.°.

* * *

13. Participación en el hecho y después de su comisión.— La disposición comprende a los partícipes designados comun-

mente con el nombre de cómplices. El código prevee dos clases de participación de ese tipo: 1.° la cooperación en la ejecución del hecho, pero de tal manera que el cooperador no pueda ser considerado como autor; y 2.° la prestación de una ayuda posterior al hecho, pero cumpliendo promesas anteriores.

El que ayuda posteriormente pero sin compromiso anterior, no es un partícipe sino un encubridor. Y no es un partícipe porque no concurrió a la formación del contrato ilícito que existe en todo acto delictuoso cometido entre varios individuos que se ponen de acuerdo a tales efectos. La participación supone esa conformidad de voluntades y ese consentimiento.

* * *

14. La penalidad de los cómplices. — La primera cuestión que surge en esta materia, es la relativa a la penalidad que corresponde al cómplice.

La Comisión Especial de la Cámara de Diputados dijo al respecto: "La Comisión ha debido tener en cuenta el viejo pro-
" blema de la penalidad del cómplice, para usar un término
" consagrado".

" En el código vigente los cómplices se clasifican en cóm-
" plices de primero y segundo grado, aplicándose para unos y
" para otros penas diferentes."

" El proyecto de Tejedor iba todavía más lejos, pues le-
" gislaba sobre tres grados de complicidad, grados que se deta-
" llaban en cada caso pronunciando sanciones diferentes, de
" acuerdo con la intensidad de la colaboración."

" Esa misma clasificación con los términos de cómplices en
" primer lugar, en segundo lugar y en tercer término, se en-
" cuentra consignada en el proyecto de Villegas, Ugarriza y
" García."

" La evolución marcada por el código en vigor, que supri-
" mió un grado, fué completada por la ley 4189 de reformas a la
" legislación antes vigente, abrogando las divisiones y dejando
" sólo la definición, criterio que aceptaron los proyectos de 1891
" y 1906, el primero de ellos base de la citada ley de reformas."

" Pero el código, de acuerdo con sus antecedentes, presen-

" taba penas distintas para los diversos cómplices y penas di-
" ferentes a las que debían sufrir los autores."

" La ley de reformas realizó una modificación fundamental
" tomada del proyecto de 1891 y estableciendo que al cómplice
" le corresponde la misma pena que al autor principal, no pu-
" diendo serle aplicado el máximum."

" La exposición de motivos de 1891 dice que la respectiva
" Comisión, en mayoría, decidió mantener en principio la teo-
" ría en virtud de la cual se debe imponer al cómplice una pena
" inferior a la del autor principal, pero simplificada la legisla-
" ción sobre la complicidad, era preciso simplificar la penalidad
" dejando al juez la amplitud necesaria."

" En el hecho y a pesar del pronunciamiento respecto a la
" pena menor para el cómplice, la ley las equipara, puesto que
" la única limitación es la relativa a que no se puede aplicar el
" máximum."

" El doctor Rivarola, en su "Exposición y Crítica del Códi-
" go Penal", libro escrito mucho antes de haber colaborado en el
" proyecto de 1891, condenaba el sistema francés que equipara-
" ba la pena del cómplice a la del autor. El código de ese país
" es, como decía el doctor Herrera en el discurso que pronunció
" en la Cámara de Senadores, combatiendo el proyecto de ley de
" reformas, el único que verificaba la equiparación, la que es
" injusta hasta teniendo en cuenta principios de sentido común
" que llevan a considerar que la pena debe ser proporcionada al
" delito."

" El punto ha sido desarrollado por el mismo doctor Herre-
" ra en su libro "La Reforma Penal" y en "La Ley Penal Ar-
" gentina" del doctor Moreno."

" La Comisión, teniendo en cuenta los antecedentes invo-
" cados y los principios de la legislación comparada, ha consi-
" derado oportuno proyectar la penalidad para el cómplice re-
" lacionándola con la de los autores e instigadores, pero redu-
" ciendo aquélla de un tercio a la mitad. La reducción hecha
" en esta forma permite al juez las amplitudes que se persiguen
" a los efectos de la individualización. Ha tenido también en
" cuenta para fijar criterio, el caso en que pudieran corresponder penas perpetuas."

De acuerdo con esa exposición que fundamenta la ley san-

cionada, es preciso tener en cuenta lo que expresan las dos obras citadas como parte del informe parlamentario.

* * *

15. La opinión del doctor Herrera citada en el informe oficial.— El doctor Herrera dice a este respecto: (1) "El artículo "5.° sanciona la equiparación de la pena del cómplice a la del "autor principal, y decimos que sanciona la equiparación porque la limitación de no poderse imponer a aquél el máximum, "carece de toda importancia práctica. Se cumple la prescripción imponiendo al cómplice un día menos del máximum y "entonces no hay diferencia apreciable entre la pena de éste "y la del autor principal."

"Dos de los autores del proyecto, los señores Rivarola y "Moyano Gacitúa, sostienen en sus obras la necesidad de fijar "al cómplice una pena menor que al autor principal. Debemos "suponer que un cambio de opiniones tan fundamental, ha obedecido a razones muy serias y muy convincentes que no debieron omitir en el informe de la Comisión. Desgraciadamente, el silencio absoluto que éste guarda nos deja a obscuras "sobre ellas."

"Criticando idéntica disposición del proyecto de reformas "al código vigente, decíamos al Senado: "Si hay algún instituto en derecho penal que haya resistido triunfante durante siglos, que haya perdurado a través de las civilizaciones más "diversas resistiendo la profunda revolución que el genio de "Beccaria iniciara y que hoy continúa la escuela positivista, es "precisamente la diferente penalidad de los autores y de los "cómplices. Si hay algún hecho que haya echado raíces en la "conciencia humana—y ya se sabe que no arraiga profundamente en el corazón de los pueblos sino lo que es conforme a "la verdad y a la justicia,—es precisamente la diferencia de "punibilidad de los participantes de un delito."

"El derecho romano demasiado subjetivista, sancionó la "equiparación de la pena entre los partícipes, aunque con muchas excepciones; pero, en los tiempos posteriores y durante

(1) La Reforma Penal. Pág. 522.

"la edad media, fué abandonándose poco a poco este criterio "nivelador en la ciencia y en la doctrina, hasta dominar por "muchos siglos el principio contrario."

"Los códigos franceses de 1791 y 1810 volvieron al sistema "romano de la equiparación en la tentativa y la complicidad, "a pesar de que ya Beccaria había hecho oir su gran voz levantando la bandera de la humanidad, que no ha sido arriada "más; pero, felizmente, en este retroceso a la barbarie antigua, "la Francia quedó sola y las demás naciones civilizadas mantuvieron inconmovible el principio contrario de la diferenciación, el que reina hoy día soberano en el mundo entero."

"Fuera del código francés, no hay ningún código que establezca semejante equiparación."

"¿Para qué voy a citar autores si todos están contestes en "condenar la equiparación? Simplemente diré que se puede consultar—y esta enumeración será conveniente a los señores senadores para que vean que en ella van mezclados positivistas "y clásicos—a Carrara, Tissot, Chauveau et Helié, Haus, Rossi, "Sighele, Garofalo, Tarde, Ortolan, Garraud, Pessina Touzzi, "etcétera."

"No conozco más que un autor alemán, Von Buri, que sostenga la doctrina de este inciso, pero su opinión fué admirablemente refutada por Impallomeni y Sighele."

"El inciso no solamente es injusto, no solamente va contra "los fundamentos de la ley penal, sino que es impolítico. Rossi "particularmente lo hace notar y dice que es una disposición "que parece sugerida por los criminales que obran en común; "el de que el peligro sea igual para todos."

"Como desgraciadamente, mi opinión es tan poco autorizada, siempre que me sea posible sin fatigar a la H. Cámara, debo robustecerla con opiniones de algunos distinguidos autores, como haré en este caso, citando a Garraud, que dice lo "siguiente en su recientísima y grande obra en vía de publicación: "Esta asimilación del autor y del cómplice en cuanto a "la represión, es una de las concepciones más criticables del "derecho penal francés. Al punto de vista objetivo, a la diferencia de la criminalidad de los actos de cooperación debe "corresponder una diferencia en la penalidad de los autores y "de los cómplices. Al punto de vista subjetivo, los autores y los "cómplices están completamente separados los unos de los otros

" por su naturaleza física y moral, por sus caracteres y pasio-
" nes, por el peligro desigual y desemejante que su impunidad
" presentaría."

" Más adelante refuta el juicio de Von Buri bajo el doble
" punto de vista objetivo y subjetivo citando a continuación las
" opiniones vertidas en el Congreso de la Unión Internacional
" de Derecho Penal reunido en Linz por Von Litz, Fornitsky y
" Getz, aludiendo por fin a lo dicho por Sighele."

* * *

16. La opinión consignada en "La ley penal argentina", invocada por el informe oficial.— Por mi parte y criticando a la ley número 4189, que equiparó la pena del cómplice a la del autor, siguiendo al sistema francés, dije: (1)

" La segunda reforma que introduce la ley por el artículo
" en estudio es la relativa a la pena de los cómplices. Hemos
" visto que según el código, la penalidad se aplicaba de acuerdo
" con la graduación y con arreglo a una escala, en la cual el
" castigo correspondía al que debía aplicarse al autor princi-
" pal, pero bastante disminuído."

" La ley de reformas se aparta de ese principio y aplica al
" cómplice la misma pena que al autor, con solo estas diferen-
" cias: que al cómplice no se le puede imponer el máximum; que
" si al autor correspondería la pena de muerte, al cómplice se le
" dará presidio perpetuo; y si correspondiese esta última sólo
" sufrirá la de presidio temporal."

" Los motivos que se han aducido para fundar esta reforma,
" no me convencen. Ella ha sido calcada del proyecto de 1891,
" cuyo artículo 73, es idéntico al a) de la ley, salvo ligeros de-
" talles de forma."

En su obra sobre el Código Penal, el doctor Rivarola decía:
" La equiparación de cómplices y autores con respecto a la pe-
" nalidad, impuesta por el código francés, ha sido justa y seve-
" ramente criticada, y, en general, la legislación ha sancionado
" el principio contrario. Cualquiera que sea el sistema que se
" acepte en la formación de un código es posible fijar para la

(1) La Ley Penal Argentina. Pág. 119.

" participación secundaria en el delito una pena menor que la
" que corresponde a los autores principales. Si es el deseo de
" hacer justicia con arreglo a una noción preconcebida de lo
" justo, la equidad aconseja no castigar de la misma manera
" al que fué menos delincuente que el que lo fué más; si es el de
" la defensa social, la temibilidad del que sólo llega a tener una
" participación secundaria en el delito, es, por este solo dato,
" naturalmente menor que la del que la tiene principal. Hay
"aún motivos de utilidad en la diferencia de las penas aplica-
" bles a uno o a otro. He aquí cómo los expresa Rossi: Pronun-
" ciar contra un cómplice cualquiera la misma pena que contra
" el autor del crimen, es frecuentemente el medio de poner a los
" tribunales en el caso de no declarar probada la complicidad.
" Es también uno de los casos en que se llega a la impunidad
" por la vía del terror."

"En la exposición de motivos manifiestan los autores del
" proyecto que: "La mayoría de la Comisión decidió mantener
" en principio, la teoría en virtud de la cual se debe imponer al
" cómplice una pena inferior a la del autor principal; pero sim-
" plificada la legislación sobre la complicidad, era preciso sim-
" plificar también la penalidad respectiva. Así, para dejar a los
" jueces la amplitud necesaria, se ha creído suficiente disponer
" que, cuando se trate de la aplicación de penas divisibles, que
" constituyen la regla en el Proyecto, el cómplice sea reprimido
" con la pena correspondiente al hecho a que ha cooperado, sin
" que se le pueda imponer el máximum."

" Por su parte, el doctor Argerich creía que el aumento de
" la pena para la complicidad, debía sancionarse, porque se po-
" día asegurar, salvo rarísimas excepciones, "que la complici-
" dad se recluta entre los profesionales del delito" provocando
" el crecimiento de la delincuencia todas aquellas leyes que sua-
" vicen su castigo."

" En cambio, en el Senado esta reforma fué vivamente ata-
" cada en el discurso que, sobre el proyecto en general, pronun-
" ció el senador Herrera, quien hizo un estudio bastante com-
" pleto de los nuevos adelantos de la ciencia penal y de algunas
" materias legisladas por el código."

" Los autores del proyecto, admiten en teoría la distinta
" penalidad para cómplices y autores, pero en la práctica se han
" excedido porque la limitación del máximum y la elasticidad

" corriente de la pena, no establece la diferencia que lógica-
" mente debe existir entre el delito y la complicidad en sus re-
" presiones respectivas."

A continuación examinaba los casos prácticos a que daba lugar la ley, demostrando sus errores.

*

* *

17. Modificación hecha en el Senado al artículo 46. — La aplicación de las penas con relación al cómplice, teniendo en cuenta la fijada para los autores, no puede dar lugar a ninguna dificultad.

En este artículo, la segunda Comisión de Códigos del Senado, aconsejó se cambiase la palabra "castigados" que se incluyó en el proyecto de diputados, por el término "reprimidos", lo que se aceptó.

*

* *

18.—El artículo 47 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 47

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

CONCORDANCIAS. — Proyecto de Tejedor: Título 5.°, artículos 9, 10, 11 y 12; Código de 1886, 39; Ley número 4189, 4.°; Proyecto de 1891, 74; Proyecto de 1906, 52; Proyecto Peruano de 1916, 76.

*

* *

19. Antecedentes sobre cooperación ofrecida y hecho realizado en el proyecto Tejedor, código de 1886 y reforma de 1903.— El artículo se refiere a dos cuestiones distintas, comprendiendo cada apartado, supuestos diferentes.

Empezaré siguiendo el orden en que se encuentra redactado el precepto por referirme a la primera parte.

En el proyecto de Tejedor, el artículo 9.° del título V. colocado como una disposición general que se refería a los tres grados en que aquél conjunto dividía a los cómplices, legislaba acerca del presente asunto.

La disposición decía así: Si el acusado de complicidad pretende no haber querido cooperar sino a un crimen menos grave que el cometido por el autor principal, no le será admitido este medio de defensa, a menos que pruebe haber sólo prometido su concurso al autor principal para un crimen de una gravedad inferior a la del cometido, en cuyo caso la pena deberá ser aplicada solamente al cómplice en razón del crimen a que tenía intención de prestar la ayuda.

La nota explicativa expresaba a su vez: "La disposición
" de este artículo no es más que la aplicación de los principios
" del dolo a la complicidad. La prueba incumbe en general al
" cómplice, a no ser que resulte en su favor, de la naturaleza
" misma del hecho. Así, es fuera de duda que la ayuda conve-
" nida por heridas simples que no pueden según las nociones de
" la experiencia acarrear la muerte, no haría al partícipe cóm-
" plice de un asesinato, si contra lo convenido se daba la muerte
" por el autor principal."

El código de 1886, teniendo en consideración no sólo el texto del artículo del doctor Tejedor, sino la nota que se refería a la prueba por parte del cómplice, estableció en el artículo 38 que si el acusado de complicidad prueba no haber querido cooperar sino a un crimen menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice, solamente en razón del crimen a que tenía intención de prestar ayuda.

Ese artículo fué derogado por el 4.° de la ley número 4189, la que estableció en el inciso b) del mismo que si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda.

*

* *

20. Antecedentes de los proyectos de 1891 y 1906 y de la Comisión Especial de Diputados.— A su vez el artículo 74 del proyecto de 1891 decía: Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino a un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda.

La exposición de motivos se limita a decir que ese artículo repite el 38 del código de 1886.

El proyecto de 1906, en el primer apartado del artículo 52, dice: si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda.

La exposición de motivos no dice nada al respecto.

El artículo del código es análogo al correspondiente del proyecto de 1906, teniendo con aquél sólo dos diferencias. La primera consiste en que el proyecto de 1906 dice autor principal y el código autor, y la segunda en que el proyecto habla del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda, mientras que el código se refiere al hecho que prometió ejecutar.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria dice solamente que se ha mantenido el artículo 4.° inciso b) de la ley número 4189. Invoca también el proyecto de 1891 y la exposición de motivos.

La exposición de la Comisión Especial no explica las modificaciones, de manera que es preciso completar aquella información oficial.

* * *

21. Las modificaciones del Senado y sus fundamentos. — Explicaré ahora el alcance del artículo, de acuerdo con las modificaciones hechas en la Cámara de Senadores.

La supresión de la palabra principal que estaba en el proyecto sancionado por la Cámara de Diputados, fué propuesta por la Segunda Comisión de Códigos del Senado, y es perfectamente explicable, pues el código no habla de autores principales sino de autores, adoptando términos más precisos.

En cuanto al cambio del concepto intención por el de promesa de ejecución, merece ser precisado.

En los originales del proyecto de código que conservo en mi poder, el artículo 47 se encuentra redactado en la misma forma que tiene en el proyecto de 1906, pero en una nota marginal se halla la corrección.

He dicho al hablar de la reforma en general que el doctor Julio Herrera fué consultado por mí cuando se me encargó por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados la redacción definitiva del anteproyecto que se aceptó en todas sus partes. El doctor Herrera observó la redacción del artículo 47, invocando lo dicho en su obra de crítica; y como sus observaciones eran atinadas, proyecté el apartado del artículo en los términos en que fué sancionado, y salvo la palabra principal suprimida por el Senado.

El doctor Herrera decía: (1)

El artículo 52 es igual al b) de la ley de reformas de 1903 el que fué tomado del 74 del proyecto de 1891, menos el párrafo final que habla de la complicidad de tentativa y tiene su origen, con variantes de forma, en el artículo 38 del código reformado y en el 56 del proyecto Tejedor.

Este artículo, muy poco claro en su redacción, da lugar a dos hipótesis: 1.° El cómplice quiso cooperar a un delito distinto del realmente cometido; por ejemplo, quiso cooperar a un robo y el delito cometido fué un homicidio; 2.° Quiso cooperar a un delito menos grave que el realmente cometido, pero del mismo género; por ejemplo, quiso cooperar al delito de lesiones y se verificó un homicidio; quiso cooperar a un hurto y se verificó un robo.

En la primera hipótesis, es indudable que el cómplice por la sola cooperación material, como dice Carrara, sin concurso de voluntad *"específica"*, es un absurdo legal. De lo único que deberá responder es de tentativa del delito convenido, interrumpido por una causa independiente de su voluntad.

En la segunda hipótesis, el cómplice respondería del hecho a que realmente tuvo intención de prestar ayuda y no del cometido, puesto que aquí no se trata de intención totalmente distinta, sino del grado de ella.

(1) La Reforma Penal. Pág. 529.

Sólo a esta segunda hipótesis parece aplicable el artículo por la manera como está redactado; y siendo así, nada tenemos que objetar, a no ser la poca claridad de su redacción.

Las observaciones hechas se salvan con la redacción aceptada, quedando redactado el artículo de una manera perfectamente clara.

*
* *

22. Antecedentes nacionales sobre complicidad y tentativa.— El segundo apartado del precepto en estudio se refiere a una cuestión distinta de la anterior. El proyecto de Tejedor; el código de 1886 y el proyecto de 1891 traían la disposición en un artículo independiente. El código, siguiendo al proyecto de 1906, colocó el precepto como segunda parte de otro.

Examinaré en primer lugar los antecedentes.

El proyecto de Tejedor, en el artículo 10 del título V, decía: Si el crimen al cual se ha cooperado no se consuma, la pena del cómplice se determinará conforme a las prescripciones sobre la complicidad en sus tres grados y en proporción de la pena de la tentativa en que hubiese incurrido el autor principal.

Pero la circunstancia de que la tentativa no es pasible de pena alguna en el autor principal, no podrá invocarse por el cómplice, sino cuando los principios legales que eximen a la tentativa, de castigo, puedan aplicarse a la persona o acción del mismo cómplice.

La nota expresaba al respecto: "Supongamos el crimen consumado y castigado con la pena de muerte. Si no ha habido "más que tentativa próxima, la pena será el presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado. Pero el culpable no es el "autor principal de la tentativa, no es más que el cómplice en "primer grado. La pena entonces será de cuatro a diez años "de presidio o penitenciaría."

"Si la tentativa no es acompañada de las circunstancias "que la constituyen, cualquiera que sea la parte que en ella "tenga el cómplice, está exenta de pena. Así, el mandante que "encarga a un individuo cometer un crimen, que manifiesta esta "voluntad por actos exteriores, que no hace nada por impedir "su ejecución, no está sujeto a pena cuando el mandatario no

"obra, porque esta tentativa no es más que un proyecto mien-"tras no es seguida de un principio de ejecución. Tal era tam-"bién la decisión de los antiguos doctores: *mandans aliquod "delictum non videtur puniendus, si ellud non sequatur*".

El código de 1886 traía el artículo 39 que dice así: Si el crimen al cual se ha cooperado no se consuma, la pena del cómplice se determinará conforme a las prescripciones sobre la complicidad y en proporción de la pena de la tentativa en que hubiese incurrido el autor principal.

Pero la circunstancia de que la tentativa no es pasible de pena en el autor principal, no podrá invocarse por el cómplice, sino cuando los principios legales que eximen a la tentativa, de castigo, puedan aplicarse a la persona o acción del mismo cómplice.

Ese precepto fué derogado por la ley número 4189 la cual, en el segundo apartado del inciso b) del artículo 4.°, decía: Si el hecho no se consumase la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y de la tentativa.

El proyecto de 1891 tocaba la cuestión en el artículo 75 estableciendo: si el hecho al cual se ha cooperado no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a las prescripciones de este título y del de la tentativa.

La exposición de motivos se limitaba a decir que ese artículo reproducía el 39 del código penal de 1886, en vigencia cuando se redactó aquel proyecto.

En cuanto al proyecto de 1906, colocaba la disposición, como segunda parte del artículo 52.

La exposición de motivos tampoco se ocupaba de comentar el asunto.

*
* *

23. La tentativa de complicidad en la Comisión de Diputados.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, después de comprobar en la exposición de motivos que la primera parte del artículo repetía un precepto del código de 1886, se limita a decir respecto a la segunda lo siguiente: "Hemos su-"primido el precepto relativo a la tentativa de complicidad que "el proyecto de 1906 no explica, pero que se contiene en la ley

" de reformas y en su antecedente, por las razones que da Haus " diciendo: "la ley no castiga la tentativa de participación cri- " minal o como hay costumbre de decir la tentativa de complici- " dad. En efecto, los actos constitutivos de participación no tie- " nen, por regla general, criminalidad propia; ellos no son pu- " nibles sino porque se refieren a un hecho principal que la ley " califica de crimen o delito y que les imprime un carácter de- " lictuoso. A falta de ese lazo quedan impunes."

" Para los casos en que el hecho no se consumare habiendo " verificado el cómplice de su parte todo lo necesario para su " realización, rige la última parte del artículo 47."

* * *

24. El contrato ilícito en el código y su castigo. — Los términos de la exposición de motivos, la cuestión a la cual se refiere y las confusiones que podrían producirse si no se precisaran bien los conceptos imponen un examen detenido.

En las relaciones entre el autor y el cómplice que han concertado la ejecución de un delito, puede ocurrir: 1.° Que el delito no se consume por parte del autor no obstante haber hecho el cómplice todo lo necesario para que se realizara; y 2.° Que el delito se lleve a cabo y que el cómplice no preste la colaboración convenida.

El código, en la segunda parte del artículo en estudio, castiga al cómplice que ha cumplido su compromiso, aun cuando el delito no se consume y gradúa la pena conforme a los preceptos del artículo y de la tentativa.

Así, un sujeto ha prometido ayudar a otro en un robo. Su cooperación consiste en esperar en una esquina determinada y en vigilar las inmediaciones, dando aviso de cualesquiera novedad que pudiera comprometer el éxito.

El sujeto cumple lo convenido, concurre al lugar y llena su cometido, pero el delito no se consuma porque el autor no lo realiza. Los motivos que éste haya tenido para no llevarlo a término son una cuestión secundaria en relación al cómplice teniendo importancia con referencia al autor mismo y salvo el caso en que las circunstancias pudieran ser comunicables.

La ley castiga al cómplice y de conformidad al primer apar-

tado del artículo le aplica la pena correspondiente al delito que prometió ejecutar, en la forma que explicaré para la mayor claridad.

El código coloca penas para los autores; y con relación a los cómplices y según el artículo 47 establece que la condena se disminuirá del tercio a la mitad. Si la pena fuera de reclusión perpetua para el autor al cómplice le corresponderá reclusión de quince a veinte años, y si fuera de prisión perpetua, la de diez a quince años de esta última.

De manera que si un individuo prometió cooperar a la ejecución de un delito castigado con reclusión perpetua, su pena como cómplice sería la de reclusión desde quince hasta veinte años. Pero si el delito no se consuma, a pesar de haber cumplido por su parte con el compromiso ilícito contraído, se le aplicará la pena de la tentativa, teniendo en cuenta como principal, a los efectos de la graduación, la correspondiente al cómplice.

Así, siendo la pena de la tentativa, la que correspondería al agente disminuida de un tercio a la mitad, en el caso supuesto, correspondiendo al cómplice desde quince hasta veinte años. éste sería castigado con una pena oscilante entre el tercio y la mitad de quince a veinte años.

No he considerado los casos de penas perpetuas correspondientes al delito y reducidas para la tentativa, porque en los supuestos examinados, la pena a tomarse en consideración como base es la del cómplice y éstos en ningún caso se incriminan con penas perpetuas.

En general, puede decirse que el código castiga a los cómplices y a los autores de tentativa con penas que se relacionan con la correspondiente a los autores. El magistrado entonces, ante el hecho de complicidad que se le presenta, observa qué pena procede para el autor y le aplica la que corresponde de conformidad a la escala de la ley que incrimina con una cantidad menor al tal cómplice en relación con el autor.

Y el mismo criterio se aplica a la tentativa.

Pero en el caso del artículo la relación es doble, desde que no se debe reducir la pena del cómplice con referencia a la del autor, sino verificar una operación distinta. Debe establecerse, qué pena corresponde al cómplice teniendo en cuenta la que hubiera debido aplicarse al autor por el delito que se prometió ejecutar y

establecida esa pena se aplica la que procede para la tentativa no en relación a la del autor, sino a la del cómplice.

El cómplice será castigado, aun cuando el autor desista, pues la relación entre dirigente o ejecutor y cooperador quedó concluída con el convenio. La actividad criminal del cómplice se ha producido y su calidad de delincuente ha quedado de manifiesto. La peligrosidad misma del sujeto se revela según la participación que prometió prestar y el hecho al que pensó colaborar.

Las circunstancias que podrían eximir al autor, sólo se aplicarían al cómplice si fueran susceptibles de comunicarse.

*

* *

25. La tentativa de complicidad ante la ley vigente y en sus antecedentes.— Examinemos ahora los casos de tentativa de complicidad.

Se trata, como decía la ley número 4189 en el inciso c) del artículo 4.°, del cómplice que no presta la participación que había convenido dar o desiste de la que había comenzado antes de haber sido útil al autor. La citada ley, consideraba a esos casos, de complicidad tentada y les aplicaba las disposiciones referentes a la tentativa, siempre que la cooperación fuere punible.

El código no castiga esos hechos y esto impone la dilucidación doctrinaria. Los fundamentos de la exposición de motivos que cita a Haus, los hemos ya consignado.

Empezaré entonces por los antecedentes.

El proyecto de Tejedor, en el artículo 11 del título V, decía: Cuando un cómplice no preste a un crimen la cooperación que había convenido dar o desista de la que hubiese comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada, y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones de la ley contra la tentativa. La pena, sin embargo, no se aplicará en proporción de la pena principal del crimen consumado o por consumar, sino de las penas fijadas para la complicidad.

La nota fundamentaba el precepto diciendo: "La tentativa " no es punible cuando el agente se desiste de su empresa por " un movimiento espontáneo de su voluntad, de su conciencia, " etc., por compasión o temor de la pena. El cómplice no está

" exento de pena, sino cuando se desiste del mismo modo de la " cooperación que había empezado a prestar al crimen."

" Para aplicar el artículo en esta parte, es preciso hacer " exactamente la inversa de lo que se ha hecho para aplicar el " artículo 10. En vez de comenzar por determinar la pena del " autor principal, es preciso tomar por base la del cómplice. Así, " repitiendo la misma hipótesis, supongamos que se trata de un " crimen que tuviera la pena capital. La complicidad de primer " grado acarrea presidio o penitenciaría por tiempo indetermi- " nado. El culpable de tentativa próxima de complicidad sufrirá " de diez a cinco años."

Ese artículo no fué repetido en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ni en el código de 1886.

En cambio, la ley número 4189 introdujo la disposición que antes he transcripto, o sea el inciso c) del artículo 4.°.

Ese precepto fué tomado del artículo 76 del proyecto de 1891 que decía así: cuando un cómplice no presta la cooperación que había convenido dar o desista de la que hubiere comenzado, antes de que haya podido ser útil al autor principal, habrá complicidad tentada; y siempre que su cooperación sea punible, según los principios sentados, se aplicarán las disposiciones referentes a la tentativa.

La exposición de motivos fundamentó el precepto en los siguientes términos: "El artículo 76 restablece el 58 del código Te- " jedor, que reprime la tentativa de complicidad, pues no existe " razón alguna para eximir de pena al que, por actos externos " directa o inequívocamente relacionados con el delito, ha " tentado cooperar a su realización, si según los principios le- " gales relativos a la tentativa merece ser reprimido."

Al discutirse en la Cámara de Senadores la reforma penal en el año 1903, el doctor Julio Herrera criticó la disposición en proyecto, diciendo: "Los actos de complicidad no tienen crimi- " nalidad propia; ellos se castigan en cuanto se relacionan con " un hecho principal punible que les imprime su criminalidad. " Existe un nexo entre aquéllos y éste, y si este nexo se rompe, " porque el acto de complicidad no se ha realizado o se ha rea- " lizado sólo en parte, pero sin utilidad a la ejecución del delito, " queda solo una voluntad más o menos perversa; un acto aisla- " do que no se relaciona con ningún vínculo con el hecho crimi-

"noso; una acción que hay que estudiar en sí misma pero no en "relación con el delito."

Acepté en oportunidad la crítica precedente manifestando que la doctrina del inciso introducido en el código mediante la reforma, era desacertada, dando al respecto argumentos y presentando ejemplos. (1)

El proyecto de 1906 en el artículo 53 mantuvo el principio del de 1891, aunque cambiando la redacción. La disposición decía: la tentativa de complicidad será reprimida conforme a las reglas de la tentativa.

La exposición de motivos no traía nada con relación al punto.

La Comisión Especial de la Cámara de Diputados suprimió el artículo dando en la exposición de motivos transcripta las razones de la modificación.

* * *

26. El artículo 48 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 48

Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes corresponda, (2). Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

Concordancias. — Código Italiano, artículos 65 y 66; Holandés, 50; Húngaro, 74; Alemán, 50; Japonés, 65; Proyecto de 1891, 71 y 72; Proyecto Peruano de 1916, 77.

* * *

27. Antecedentes del artículo. — El artículo tiene antecedentes nacionales que explican su alcance.

El código de 1886. el proyecto del doctor Tejedor, el de los doctores Villegas, Ugarriza y García y la ley número 4189 no contenían un artículo análogo al presente.

(1) La Ley Penal Argentina. Pág. 127.

(2) La fe de erratas, sancionada por la Cámara de Diputados ha resuelto que se coloque la palabra «correspondan» en lugar de «corresponda».

El proyecto de 1891 lo introdujo estableciendo en su texto y con el número 71 la siguiente disposición: Las circunstancias, cualidades y relaciones personales que excluyan, disminuyan o aumenten la criminalidad no se tomarán en cuenta, en la aplicación de las penas, sino respecto del autor o del cómplice a quien conciernan. Sin embargo, cuando las circunstancias, cualidades y relaciones personales que agraven la criminalidad, concernientes a uno de los partícipes, hayan servido para facilitar la ejecución del hecho, se tomarán en cuenta también para establecer la responsabilidad de los coautores y cómplices que las conocían en el momento en que concurrieron al hecho.

El artículo 72 del mismo proyecto establecía: Las circunstancias materiales que aumenten la criminalidad, aunque hagan cambiar la especie del hecho punible, se tomarán en cuenta respecto de todos los partícipes, a menos que resulte que no las conocían ni podían preverlas en el momento en que concurrieron a la ejecución del hecho.

La exposición de motivos dijo: "Es conocida la teoría según "la cual las circunstancias, los accidentes y las condiciones personales de un partícipe, susceptibles de agravar, disminuir o "excluir la responsabilidad, no se comunican, ni afectan a los "otros partícipes o cooperadores. La edad, el sexo, la calidad de "padre o de hijo de la víctima, el estado mental, el hábito del "crimen, etc., son elementos personalísimos, propios sólo del sujeto que los posee, que no pueden modificar la situación de sus "copartícipes ante la ley y ante la justicia. Tal es el principio "que consagra la primera parte del artículo 71."

"Pero, es posible que algunas circunstancias, cualidades y "relaciones personales que agraven la criminalidad, concernientes a alguno de los partícipes, hayan servido para facilitar el "delito y hayan sido, al mismo tiempo, conocidas por los otros "cooperadores; en ese caso, las circunstancias, cualidades y relaciones mencionadas se tomarán en cuenta también al apreciar la responsabilidad de estos últimos, de acuerdo con la segunda parte del artículo 71. Así sucederá, por ejemplo, con la "condición de criado de la víctima en uno de los codelincuentes, cuando se haya valido de ella para hacer penetrar en la casa "a sus compañeros, porque entonces dicha circunstancia habrá "sido utilizada por todos y revestirá un carácter real, como se "ha observado, desde que sin ella habría sido menester que los

" partícipes se sirvieran de otro medio para entrar en el domi-
" cilio."

" La segunda parte del artículo 71, concordante con el ar-
" tículo 65 del código italiano, no sanciona para caso alguno la
" comunicabilidad de las condiciones personales; sanciona úni-
" camente—por una excepción, que explica cuándo ciertas cir-
" cunstancias individuales de un partícipe se tomarán en cuenta
" para estimar la responsabilidad de los otros—la verdad de la
" teoría que sostiene la incomunicabilidad de las condiciones y
" cualidades subjetivas, pues lo que en virtud de la regla se co-
" municará será la parte "objetiva", la parte realmente apro-
" vechada por todos, de las circunstancias personales."

" Más inconcusa aun que la precedente es la prescripción del
" artículo 72, que establece la comunicabilidad de las circuns-
" tancias materiales agravantes, que ordena se tomen en cuenta,
" aunque hagan cambiar la especie del delito, respecto de todos
" los partícipes, porque el hecho y sus diversos accidentes vincu-
" lan y afectan a los cooperadores que los conocían o podían pre-
" verlos. Empero, si algunos concurrentes al delito no conocían
" ni podían prever una o más circunstancias materiales, éstas no
" se tomarán en cuenta a su respecto, porque faltará la condi-
" ción indispensable de la comunicabilidad. Sería injusto e ilógi-
" co agravar la situación de un hombre por hechos que ignora-
" ba y que no entraron en sus previsiones."

El proyecto de 1906 alteró ese criterio, borrando el artículo sin decirse nada al respecto en la exposición de fundamentos.

El restablecimiento se debió a la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, la cual lo redactó en la forma en que fuera sancionado.

La exposición de motivos lo fundó diciendo: "El proyecto
" de 1891 traía un artículo, el 72, en el cual se refería a la comu-
" nicabilidad de las circunstancias agravantes del hecho, con
" relación a los partícipes. El de 1906 suprimió ese artículo sin
" dar explicaciones al respecto. El punto debe resolverse sin de-
" jarse a la incertidumbre que se crearía en el caso de no existir
" ninguna disposición al respecto. La Comisión lo ha definido
" en el artículo 48, por el cual se establece que las relaciones,
" circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea dismi-
" nuir o excluir la responsabilidad no tendrán influencia sino
" respecto al autor, instigador o cómplice, a quienes correspon-

" da. Tampoco la tendrán aquellas cuyo efecto sea agravar la
" penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partí-
" cipe."

" Quiere decir así que las circunstancias particulares que
" eximen o atenúan, no se comunican y sólo tienen alcance perso-
" nal; y en cuanto a las agravantes se comunican sólo cuando el
" partícipe las conoce, porque sólo así ha podido tenerlas en
" cuenta."

*

* *

28. Circunstancias materiales e individuales. — La cuestión que resuelve el artículo es la relativa a la comunicabilidad e incomunicabilidad de las circunstancias del delito. Estas se refieren al hecho o a las personas, siendo así materiales e individuales.

En la ejecución del delito pueden presentarse diferentes circunstancias de carácter material, como serían el engaño, la simulación, la fractura, el escalamiento, la violencia, el uso de armas, la nocturnidad, etc. Asímismo con relación a las personas pueden existir circunstancias de edad, estado mental, parentesco, etcétera.

Todas ellas contribuyen a fijar la situación del individuo y a influir en la pena que debe serle aplicada.

Las circunstancias personales afectan al sujeto al cual se refieren y es lógico que no se comuniquen. Así, en un delito cometido entre varios, la absolución de uno de los acusados, por enfermedad mental, no puede influir respecto a los otros que no teniendo ese motivo de eximente no pueden ser comprendidos en la misma. La atenuación especial por razones de edad que correspondería para un menor de 18 años, no puede favorecer al partícipe mayor de edad.

Por eso el código declara que no se comunican las circunstancias que excluyen o atenúan la penalidad respecto a alguno de los partícipes.

Pero la ley no sólo se refiere a las eximentes y atenuantes. En la segunda parte del artículo comprende las agravantes y expresa que sólo se comunican si el partícipe las conocía.

Se trata, por ejemplo, de un homicidio. Uno de los copartí-

cipes es pariente de la víctima en segundo grado, no teniendo los demás ninguna relación de esa clase.

Si los otros partícipes, o sean los no parientes, desconocían el vínculo, entre el asociado y la víctima, la agravación de la pena no les corresponde. En cambio, si lo conocían, los afecta, como si estuvieran en el lugar del pariente mismo.

*

* *

29. Opiniones del senador doctor Angel D. Rojas. — En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas, fundamentó su opinión sobre el artículo, diciendo: "Las relaciones, circunstancias y " calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la pe- " nalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor, instiga- " dor o cómplice a quienes correspondan".

" Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agra- " var la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas del par- " tícipe."

" Herrera—Hay dos sistemas: el de la comunicabilidad y el " de la personalidad; un tercero aspira a conciliarlos."

" Primer sistema.—Las circunstancias agravantes prove- " nientes de las cualidades del autor modifican la criminalidad " y el título de la infracción, y como la criminalidad del cómpli- " ce proviene del hecho principal, sufre la influencia de las cir- " cunstancias que le son extrañas."

" Este sistema no es admisible porque confunde la partici- " pación material en el hecho criminal y la participación en las " condiciones personales del autor, que agravan la criminalidad, " su culpabilidad."

" No existe nexo entre el autor y el cómplice bajo el punto " de vista de la imputabilidad subjetiva; sólo existe entre am- " bos con respecto a la materialidad del hecho. El cómplice debe " ser castigado con la pena que la ley fija para el delito que ha " consumado y en la proporción que ella establezca; pero no " puede serlo más severamente por la existencia de una cualidad " en el autor, que es extraña al hecho mismo."

" Segundo sistema.—La cualidad del autor determina una " agravación de la pena ordinaria, porque ella implica en él, ade- " más de la culpabilidad relativa del hecho, la falta de un deber

" especial resultante de esa cualidad, y esta falta no puede ser " reprochada al cómplice, el cual, no teniendo esta cualidad, no " tiene tampoco el deber que ella implica."

" Este sistema en su absolutismo, parece erróneo , si es que " los cómplices concurrieron a sabiendas a la violación del deber " especial del autor principal, y si ese conocimiento pudo servir " de medio a la perpetración del delito, compenetrándose hasta " cierto punto con el hecho mismo, sirviendo a su ejecución, como " sucede en la fractura, el escalamiento. El sistema conciliatorio, " el tercero, sería aquel en el cual las circunstancias personales " que agravan la penalidad se deben comunicar a los autores o " cómplices sólo, en cuanto han sido conocidos y han servido pa- " ra facilitar el delito"."

" Haus. N.° 573.—Las circunstancias agravantes que resul- " tan de calidades o relaciones personales son de cargo solo de " los partícipes en cuya persona se encuentran sin dañar a otros, " aun "cuando hayan conocido esas circunstancias"; esas cali- " dades son inherentes a la persona. Tales son, especialmente, la " reincidencia. la premeditación, la calidad de funcionarios, de " domésticos, de padres y de hijos, y, en general, toda calidad " en razón de la cual se agrava la pena impuesta al delincuente."

" Garraud—Tomo I, N.° 706.—Las circunstancias persona- " les que agravan o atenúan la responsabilidad, perjudican o be- " nefician al autor o cómplices a que dichas circunstancias se re- " fieren, pero la justicia exige que graviten sobre los copartíci " pes, que son extraños a ellas, bajo dos condiciones: que las " haya conocido y que esas circunstancias hayan servido a faci- " litar el delito."

Código italiano, artículo 65:

" Las circunstancias y cualidades inherentes a la persona, " permanentes o accidentales, que agravan la pena de algunos " de los que han concurrido a ejecutar el delito, cuando han ser- " vido a facilitarlo, están a cargo aun de aquellos que los cono- " cían en el momento en que han concurrido; pero la pena puede " ser disminuída en una sexta parte, y la del "ergastolo" puede " ser substituida por la reclusión de 25 a 30 años."

" Preferimos el artículo italiano al artículo 42 del proyecto", concluye el doctor Rojas.

La modificación aconsejada no se llevó a efecto. La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso se suprimiese la pala-

bra *instigador* colocada después del término *autor*. Esta modificación se aceptó. Entiendo que al hacerlo así no se ha cambiado ningún concepto, desde que el término *autor* comprende al de *instigador*, dado el sistema del código.

* * *

30. El artículo 49 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 49

No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículos 12 y 14; Holandés, 53 y 54; Proyecto de 1891, 77; Ley número 4189, 4.° inciso d); Proyecto de 1906, 54.

* * *

31. El precepto en los proyectos de 1891 y 1906.— El artículo tiene su origen en el proyecto de 1891 y de allí pasó a la ley de reformas N.° 4189 rigiendo desde 1903.

El proyecto de 1891, decía en el artículo 77: No se considera cómplices ni autores de los hechos punibles cometidos por la prensa a los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación.

La exposición de motivos lo fundamentaba así: "Hemos "completado la legislación sobre la codelincuencia con un pre- "cepto que declara exentos de responsabilidad por los hechos "punibles cometidos por la prensa, a los editores, impresores y "demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la "cooperación material necesaria para su publicación. Este ar- "tículo deroga aparentemente el principio común en materia de "codelincuencia, según el cual se presume responsables a todos "los que han cooperado a la realización de un delito, y se pre- "sume, porque se supone que todos han concurrido con intención "de delinquir. A pesar de la apariencia, el artículo puede no ser,

"y no será a menudo, una derogación al principio. El editor, los "cajistas, etc., cooperan, es verdad, a realizar el hecho; pero lo "hacen ordinariamente sin propósito criminal, sin el menor deseo "de agraviar derecho alguno, sin conocimiento de la trascen- "dencia del escrito o grabado y del fin a que se encamina; lo "hacen sólo para ejercer su industria o su modo de vivir. Sin "embargo, aunque las personas nombradas presten sus servicios "con intención criminal y para que el hecho punible se cumpla, "el artículo debe mantenerse, porque de la manera amplia como "está redactado consagra una garantía de la libertad de impren- "ta. La Constitución Nacional ha desechado la censura previa; "y sería restablecerla, y restablecer la peor de las censuras—la "de la ignorancia,—responsabilizar a los editores, grabadores, "cajistas, etc., por los actos punibles cometidos mediante la "prensa. En efecto, antes de imprimir cualquier trabajo exami- "narían si es o no ofensivo; y, si a su juicio fuera susceptible de "comprometer su responsabilidad, se rehusarían a imprimirlo. "El artículo 77 se apoya en la doctrina y en la legislación com- "parada."

Por su parte, la ley número 4189, en el inciso d) del artículo 4.°, estableció: No se consideran cómplices ni autores de los hechos punibles, cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestan al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación.

El proyecto de 1906 en el artículo 54 dijo: No se considerarán cómplices ni autores de los delitos cometidos por la prensa o los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, cuando el autor fuere conocido y se encontrare en el país.

Y la exposición de motivos, refiriéndose a la modificación hecha sobre la mencionada ley de reformas, dijo: "En la com- "plicidad sólo hemos modificado la redacción del inciso c) del "artículo 4.° de la ley de reformas y agregado al d) una condi- "ción esencial para que no se consideren cómplices de los deli- "tos cometidos por la prensa a los editores y demás personas "que prestan la cooperación material para la publicidad. Esa "condición, que responde al propósito de evitar la impunidad "de tales delitos, es que el autor sea conocido y se encuentre en "el país."

*

* *

32. La redacción de la Comisión Especial de Diputados.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria proyectó el artículo en la siguiente forma: No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa, a los editores, impresores y demás personas que prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

La exposición de motivos dijo: "La Comisión ha aceptado " el artículo 54 que establece que no se considerarán cómplices " ni autores de los delitos cometidos por medio de la prensa, a " los editores, impresores y demás personas que prestaren al au- " tor del escrito o grabado la cooperación necesaria para su pu- " blicación. Los motivos de este artículo, que son evidentemente " justos, se encuentran consignados en la exposición de motivos " del proyecto de 1891."

La Comisión transcribe aquellos fundamentos que hemos repetido antes y termina diciendo que ha hecho una pequeña modificación al proyecto de 1906, porque ha suprimido la salvedad relativa al hecho de ser conocido el autor y de encontrarse en el país. Con ese requisito, concluye, cualquier obrero de buena fe podría ser castigado. El precepto se refiere no sólo a la publicación sino a la difusión y a la venta.

*

* *

33. Observaciones del Dr. Rojas en el Senado.—En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas observó el precepto diciendo: " El artículo 54 del proyecto de 1906—igual al 49—terminaba en " esta forma "... cooperación para su publicación, cuando el au- " tor fuese conocido y se encontrare en el país."

" Varias provincias han legislado sobre los delitos cometi- " dos por medio de la prensa entendiendo que de esa manera ha- " cían aplicación del artículo 32 de la Constitución Nacional."

" Fundando el artículo, la Comisión Especial de la Cámara " de Diputados reproduce la exposición del proyecto del código " de 1891. El artículo deroga aparentemente el principio según el

" cual se presumen responsables todos los que han cooperado a " la realización de un delito."

" A pesar de la apariencia, el artículo no será a menudo una " derogación del principio. El editor, los copistas, cooperan, es " verdad, a realizar el hecho; pero lo hacen ordinariamente sin " propósito criminal. Sin embargo, aunque las personas nom- " bradas presten sus servicios con intención criminal, el artículo " debe mantenerse, porque la manera amplia en que está redac- " tado consagra la garantía de la libertad de imprenta. La Cons- " titución Nacional ha desechado la censura previa y sería res- " tablecerla responsabilizar a los editores, grabadores, etc., por " los actos punibles cometidos mediante la prensa. En efecto, " antes de imprimir cualquier trabajo examinarían si es o no " ofensivo y si a su juicio fuese susceptible de comprometer su " responsabilidad, se rehusarían a imprimirlo."

La Comisión Especial de la Cámara de Diputados ha hecho " una modificación al proyecto, pues ha suprimido la salvedad " de cuando el autor fuese conocido y se encontrara en el país." " Con este requisito, según la Comisión, cualquier obrero de " buena fe podría ser castigado."

" Doctor Herrera, 317.—"En la generalidad de los casos, " los repartidores y vendedores, no leen las publicaciones y no " proceden con intención criminal. No así el editor e impresor. " El delito de prensa tiene dos elementos esenciales: el escrito " incriminado y su publicación. El escritor y el que publica el " artículo (escritor o impresor) son autores del delito: y si la " ley sólo castiga subsidiariamente a estos últimos, apartándose " de los principios generales del derecho común, lo hace en ho- " menaje de la libertad de la prensa y porque le basta a los fines " de la represión castigar sólo al escritor, y, en su defecto, al " editor o impresor, por su orden."

" El artículo 54 del proyecto de 1906, corrige de todos mo- " dos el error del proyecto de 1891 y el artículo 4.° de la ley " 4189, según los cuales se libra de toda responsabilidad en el " delito cometido por medio de la prensa el editor impresor de la " publicación; y, de consiguiente, se sanciona la impunidad de " estos delitos y convierte el derecho de publicar sus ideas sin " censura previa, en una verdadera licencia."

" Pensamos que el artículo 49 del proyecto, tal como está " redactado, autoriza a cometer, sin responsabilidad, todas las

" agresiones contra el honor de la persona, todos los atentados " contra el orden social, bajo el pretexto de garantir la libertad " de la prensa. Por este motivo, redactaríamos el artículo 49 en " la siguiente forma:"

" Art... Sólo serán responsables de los delitos cometidos " por medio de la prensa los regentes, editores o administradores " del establecimiento tipográfico o de artes gráficas que han im- " preso o grabado el trabajo incriminado, siempre que no decla- " ren el nombre del autor y que éste sea persona que se encuen- " tre en el país."

*

* *

34. El artículo en el Senado.—La primera Comisión de Códigos del Senado no proyectó modificación alguna, pero la segunda propuso cambiar el artículo por el siguiente:

" No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por " la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del " escrito o grabado la cooperación material necesaria para su " publicación, difusión o venta. Exceptúase de esta disposición " el caso del que venda, ponga en venta, imprima, distribuya, " circule, exponga en lugares públicos o reparta los impresos y " las reproducciones mecánicas de que hablan los artículos 209 y " 212 incisos 2.° y 3.° y el 203, que sufrirá la mitad de la pena " prevista en dichos artículos para el autor principal del hecho."

La supresión de las palabras "editores, impresores y demás" fué aceptada, intercalándose el término *solamente* y quedando el artículo con su redacción definitiva.

*

* *

35. Alcance del artículo con su redacción definitiva.—En el libro Concordancias del Proyecto del Código Penal de 1917 se dice que la supresión de las palabras "cuando el autor fuere co- " nocido y se encontrare en el país," que se encontraban en el proyecto de 1906, es inexplicable, pues ellas le daban sentido al artículo.

Esa exigencia no se contenía en el proyecto de 1891 y la Comisión Especial de la Cámara de Diputados prefirió aconsejar la sanción sin tal requisito inserto en el proyecto de 1906.

La observación no tiene ahora razón de ser después de la modificación introducida por el Senado.

El proyecto de 1891 tomó como fuentes para el artículo 77, según se establece en las concordancias del mismo, el 18 de la Constitución de Bélgica y los 12 y 14 del código español.

La Constitución belga dice en el precepto mencionado: la prensa es libre, la censura no podrá jamás ser restablecida; no puede exigirse caución a los escritores, editores o impresores. Cuando el autor es conocido y domiciliado en Bélgica, el editor, el impresor o el distribuidor no pueden ser perseguidos.

El código español, en el artículo 12, establece que los autores responderán criminalmente de las publicaciones que hagan, y el 14 agrega que si no fuesen conocidos o no estuviesen domiciliados en España, se reputarán autores los directores, editores o impresores.

Fué a mérito de esos antecedentes que el proyecto de 1906 hizo el agregado. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados pensó que con esa disposición, cualquier obrero de buena fe podría ser castigado desde que no podría suponerse que averiguase antes de componer el impreso, si el autor estaba o no en el país.

Pero el artículo se extendía a los editores de manera que hechas las supresiones a que antes me he referido, el agregado no podía reputarse necesario, ni aún en el concepto de quienes lo sostenían.

*

* *

36. Participación de más de uno en un delito por culpa o imprudencia.— Se discute por los autores de derecho penal, si se pueden cometer delitos en participación por culpa.

Es conveniente recordar desde luego que nuestra ley no se ocupa de la culpa en general, como lo hacían el código de 1886 y los proyectos anteriores, sino que se refiere a la misma previendo y penando en la parte especial los delitos que pueden cometerse mediante ese factor.

Encuentro indudable que se pueden cometer delitos por varias personas sin que exista dolo sino culpa, lo que ocurriría en el caso de estar todos los partícipes vinculados por el mismo descuido. Von Litz (1), supone el caso y dice que cuando varias personas sin colaboración consciente han tomado parte en la producción o no impedimento del mismo resultado, cada una de ellas es responsable como autor. Así ocurre cuando varios albañiles arrojan conjuntamente una viga desde el andamio del edificio que estaban demoliendo, sin avisar a los transeuntes, y por su acción imprudente matan a una persona. Igual cosa acontece cuando los varios agentes, simultánea o sucesivamente, producen, por su cooperación, el mismo resultado, o conjuntamente no lo impiden obrando cada uno de ellos con descuido pero sin la conciencia de la actuación en común.

En esos casos el delito ha sido ejecutado por culpa, desde que todos los que tomaron parte en el hecho lo hicieron omitiendo deberes o precauciones que estaban obligados a llenar.

La naturaleza del delito no cambia por el hecho de haberse ejecutado con la colaboración de varios y no por un solo individuo.

*

* *

37. Los partícipes y sus diferentes situaciones.—Pero, ¿puede ocurrir que alguno de los partícipes proceda dolosamente y otro sea sólo culpable o negligente? La afirmativa me parece indudable, no obstante las divergencias entre los juristas

Tal cosa puede ocurrir cuando un individuo aprovecha del descuido de otro para consumar sus planes dolosos. El instrumento obra por negligencia, la que fué prevista y se tuvo en consideración, pero quien planeó el hecho y lo hizo consumar procedió dolosamente. El delito tendrá así que ser apreciado de diferentes maneras respecto a cada uno de lòs partícipes.

En general, la participación supone el contrato ilícito. Diversas personas se convienen para la ejecución de un delito y cada una de ellas toma a su cargo un papel determinado. El contrato se cumple o no, y de aquí las distintas consecuencias penales para quienes determinaron o ejecutaron.

(1) Tratado de Derecho Penal. Tomo 3.º, pág. 85.

En otras ocasiones la participación no resulta de un convenio madurado friamente, sino de los hechos mismos. La mutua colaboración en esos casos se produce sin haberse dividido de antemano la actividad criminal.

Pero aquí nos encontramos frente al caso de un autor o autores que habiendo planeado el delito, usan a un sujeto como instrumento sin haber convenido con el mismo la acción a realizar, pero suponiendo o descontando su descuido. Desde luego el instrumento podría ser totalmente ajeno a responsabilidad penal, como ocurriría cuando se pusiese el arma en manos de un alienado para que éste diera muerte a la víctima o cuando se entregase veneno al enfermero diciéndole que era el remedio que debía administrar. En esos casos no hay sino un autor; el ejecutor material se encuentra en la condición de una herramienta, pues por su falta de conciencia o de conocimiento justificado, no ha cometido delito alguno.

El caso que supongo es otro y consiste en el de una persona que si hubiera puesto el cuidado necesario no hubiese podido ser usada como instrumento habiéndose producido las consecuencias por su descuido.

Así, un individuo apunta a otro con un revólver creyéndolo descargado. Un tercero que sabe se encuentra cargado y que quiere vengarse de los dos actores o de uno de ellos, estimula el hecho e invita al que tiene el arma a que haga jugar el gatillo. El consejo se pone en práctica, el proyectil sale y hay un muerto o un herido grave. El autor del disparo debe ser considerado como homicida por culpa; en cambio, el que aconsejó el hecho, si se pone de manifiesto el dolo, es autor del delito.

Vemos así que en los delitos cometidos entre varios puede ocurrir que sean distintas las posiciones de los diferentes partícipes. Unos pueden haber realizado un hecho ilícito; otros ser autores; y otros sólo responder por su negligencia.

El que transporta el objeto robado sin saber que lo era, presta un concurso y no es delincuente. El que estimula el descuido de otro para que se produzca un daño, instiga y es autor, caso de consumarse el delito, mientras que el ejecutor sólo responde por la culpa en que ha incurrido. El que obedece una orden que le ha sido dada por descuido y ejecuta el hecho sabiendo

cuáles van a ser sus consecuencias, es en realidad el autor, mientras que quien ordenó es sólo culpable por la negligencia.

En resumen, cuando se trata de delitos en participación los distintos partícipes pueden estar en diferentes situaciones: 1.° Todos pueden ser delincuentes vinculados por dolo y sabedores del crimen; 2.° Todos pueden ser culpables; 3.° El instigador puede ser doloso y el ejecutor culpable; 4.° El determinador puede ser culpable y el ejecutor doloso.

El hecho debe así ser apreciado en sus distintos aspectos para la aplicación de las penas que correspondan a los distintos partícipes. Lo corriente es que exista un contrato ilícito y que todos los partícipes sean responsables, pero en el examen doctrinario deben tenerse en cuenta las diferentes posibilidades. (1)

Al tratar de los delitos en particular veremos lo establecido por el código al respecto, en concordancia con las ideas expuestas.

(1) En el libro de E. Jannitti de Guyanga, titulado Concorso di piú persone e valore del pericolo nei delitti culposi, se estudia ampliamente la materia.

II

Reincidencia

38. De la reincidencia y sus clases.—39. Importancia del problema de la reincidencia. — 40. El asunto en el proyecto del doctor Tejedor. — 41. Los fundamentos de la conveniencia de advertir al penado cumplido sobre los peligros de la reincidencia, en el mismo proyecto. — 42. La defensa de la tesis antigua por el doctor Tejedor. — 43. La reincidencia específica y la genérica en el proyecto Villegas-Ugarriza-García.— 44. El código de 1886 y la legislación posterior sobre reincidencia. — 45. La reincidencia genérica en el proyecto de 1891. — 46. La reforma de 1903. — 47. La reincidencia en el proyecto de 1906. — 48. El artículo 50 y sus concordancias. — 49. El proyecto de la comisión especial de diputados y sus fundamentos. — 50. Observaciones del senador Rojas. — 51. El artículo en el senado. — 52. El principio de la reincidencia genérica y su extensión dentro del código. — 53. La reincidencia y el perdón de la pena. — 54. El artículo 51 y sus concordancias.— 55. Los reincidentes y el lugar del cumplimiento de la pena. — 56. Reincidencias por primera, segunda y más veces en la ley vigente. — 57. Los menores y la reincidencia. — 58 El artículo 52 y sus concordancias. — 59. La reclusión indeterminada de los reincidentes. — 60. Fundamentos por la comisión especial de diputados. — 61. Observaciones del doctor Ro-

JAS. — 62. EL DESPACHO DE LA COMISIÓN DE CÓDIGOS DEL SENADO.— 63. OBSERVACIONES HECHAS AL SISTEMA DEL CÓDIGO. — 64. LAS MEDIDAS DEL CÓDIGO CONTRA LOS REINCIDENTES Y SU DISCUSIÓN. — 65. LA IRREPARABILIDAD DE LA RECLUSIÓN INDETERMINADA. — 66. LA LIBERTAD CONDICIONAL, EN EL PROYECTO DE LEY CARCELARIA. — 67. EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PARA LOS REINCIDENTES EN ESTABLECIMIENTOS NACIONALES. — 68. EL ARTÍCULO 53 Y SUS CONCORDANCIAS. — 69. LA PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA. — 70. ANTECEDENTES NACIONALES SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA. — 72. EL SISTEMA DE IDENTIFICACIÓN. — 73. LOS FUNDAMENTOS DADOS AL PROPONER LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE REINCIDENTES.

*
* *

38. De la reincidencia y sus clases. — El delito no solamente ocasiona un daño inmediato a la víctima y un perjuicio inmediato a todos los afectados, sino que representa un peligro colectivo, desde que no hay quien no se sienta impresionado ante su comisión y aun preocupado de que el hecho pudiera producirse a su respecto. De ahí un sentimiento de temor ante el crimen y un deseo de que se tomen medidas represivas no sólo para que con ellas se elimine el peligro que representa el infractor, sino a fin de que ellas tengan un carácter ejemplarizador y aparten a los demás del camino inconveniente.

El fenómeno de alarma social que produce siempre el ataque contra su estabilidad que significa el delito, se aumenta cuando el autor es un sujeto que ha cometido antes otras infracciones. Para la sociedad ese individuo es un enemigo que revela su inadaptabilidad, que acredita un peligro y que impone la defensa.

Cuando nos encontramos en presencia de personas que no han tenido nunca una cuenta que arreglar con la justicia represiva, no tenemos motivos para sospechar que quebrantarán la regla y se saldrán de la vía en la cual han persistido hasta entonces. Individualmente se podrán tener impresiones, pero en rigor no existe el derecho para tomar medidas de defensa.

En cambio, esa presunción varía cuando se trata de individuos que han cometido delitos y que han demostrado antes actividades criminales. Cuando uno de estos sujetos insiste en sus ataques, demuestra la persistencia en sentimientos y actividades que obligan a tomar a su respecto precauciones y medidas especialísimas.

Si un sujeto, después de haber sido condenado por un delito, comete otro, se dice que reincide, llamándose reincidencia a ese fenómeno social. La palabra se emplea no sólo en sentido jurídico, aplicándose también a otros aspectos y especialmente en medicina, donde se usa para designar la vuelta de una enfermedad que había tratado de dominarse o se había extirpado en apariencia por medio de la cirujía.

Para que exista reincidencia jurídicamente, es preciso que el sujeto que comete la nueva infracción haya sido antes condenado por otro delito.

Cuando no ha existido condena y nos encontramos en presencia de un individuo acusado de haber cometido más de un delito, pero no habiendo sido todavía juzgado definitivamente por ninguno de ellos, hay reiteración y no reincidencia.

He expresado que, a los efectos de la reincidencia se requiere que el autor del delito haya sufrido una condena anterior por lo menos y esto requiere una explicación.

Supongamos que una persona ha sido condenada por lesiones y ha cumplido su pena. Algún tiempo después de haber salido de la cárcel comete un nuevo delito de lesiones y se le inicia proceso. El individuo está sujeto entonces a una presunción de reincidencia que impide se le otorguen los beneficios procesales de la libertad provisional.

Al juzgársele en el segundo proceso se le considera como reincidente y acusado una tercera o cuarta vez, mantiene ese carácter. Si es absuelto, en cambio, el juicio no necesita hacerse desde que la reincidencia se tiene en cuenta para agravar la pena y no para liberar de ella.

La reincidencia no se juzga así por las acusaciones, ni por los procesos, sino por las sentencias condenatorias. Es importante tener esto en cuenta, a los efectos de la aplicación de la pena accesoria de relegación en los territorios del sud.

La reincidencia se divide en específica y genérica. Se considera reincidente específico, al que después de condenado por un

delito, comete otro de la misma especie; se considera genérico al que después de condenado comete otro delito cualquiera.

*

* *

39. Importancia del problema de la reincidencia. — Desde que los estudios de derecho penal se intensificaron, poniéndose a contribución para el examen del problema social de la delincuencia, los datos de la sociología y la antropología, autores y legisladores se han preocupado especialmente de la reincidencia.

Las estadísticas han demostrado que existe la tendencia por parte del que delinque una vez, a repetir sus maniobras antisociales, reclamándose por consiguiente contra los sujetos en esas condiciones medidas más severas y una vigilancia más cuidadosa.

El problema penal se vincula por eso, y muy estrechamente, con el de la reincidencia, habiéndose propuesto diferentes medios y sistemas para combatir la actividad criminal manifestada. La función es así represiva con relación al delito consumado y preventiva con respecto al sujeto al que debe tratársele de manera que no persista en su inconveniente dirección.

Garofalo, ocupándose de este asunto (1), dice que la criminalidad tiende cada vez más a encerrarse y concentrarse en un círculo definido, aumentando las reincidencias en mayor proporción que los delitos cometidos por sujetos que delinquen por primera vez. Demuestra eso que la delincuencia habitual se multiplica y prospera, al paso que el delito se retira lentamente del resto de la población a medida que la civilización avanza.

De aquí la necesidad de tomar medidas especiales contra los criminales habituales.

Ferri (2) reclama las mismas precauciones particulares, considerando que los delincuentes a juzgarse, o son infractores por primera vez o habituales. Entre los segundos tiene en cuenta a los incorregibles.

Las leyes más nuevas, entre ellas nuestro código, han aceptado en su política criminal una serie de instituciones que tienen

(1) La Criminología. Pág. 227.
(2) Sociología Criminal. Tomo II, pág. 321.

en cuenta la clase del delincuente y sus relaciones con la sociedad. Las instituciones permiten para resolver cada caso, apreciar el hecho, el sujeto y la situación de este último. De aquí las diferencias que se establecen para la concesión de la condena condicional y de la libertad condicional; de aquí las penas paralelas y los márgenes amplios que permiten la individualización; y las medidas especialísimas para combatir la reincidencia.

Conviene ahora examinar los antecedentes de nuestra ley y los sistemas establecidos y aconsejados.

*

* *

40. El asunto en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, en el artículo 5.° del título V, consideraba a la reincidencia como una agravación legal de la pena. Según el precepto, el que después de sufrir una pena cometa nueva y voluntariamente, dentro de los diez años siguientes, un crimen de la misma especie, será considerado reincidente y castigado con una pena mayor que la legal de la primera infracción, aumentándola en los términos que establecen los artículos siguientes.

Los principios del proyecto se ponen de manifiesto en la disposición mencionada, que se refiere solamente a la reincidencia específica y que admite la prescripción de la misma.

Después de establecerse la forma en que las penas se agravan a causa de la reincidencia específica, el artículo 10 contiene la siguiente regla: todo condenado por crimen o delito, después de sufrir su pena debe ser instruído de una manera precisa de las consecuencias legales que tendrá que sufrir si incurriese de nuevo en el mismo hecho primitivo.

Fundando el sistema, la nota al artículo 5.° dice: "La re-
" incidencia, expresa el Comentario Oficial, tiene de común con la
" reiteración o acumulación de crímenes homogéneos, que la rei-
" teración atestigua una perversidad más grande, una inclinación
" particular, y muchas veces un hábito del crimen que hace del
" culpable una persona peligrosa para la sociedad. Así, en al-
" gunos casos la reiteración, aun sin reincidencia, se castiga en
" este código de una manera especial. Pero las penas de la re-
" incidencia deben ser superiores a las de la reiteración, porque

"la recaída en el crimen después de una condenación, revela "en el agente una tenaz perversidad de que no ha podido triun- "far la pena sufrida. Esta perversidad tenaz contra la ley penal "es lo que hace punible la reincidencia en un grado superior a "la reiteración o continuación de crímenes homogéneos no cas- "tigados. De aquí en materia de reincidencia un aumento no "sólo en la "cantidad" sino también en la "calidad" de la pe- "na, aumento que no se admite por la ley en la reiteración."

"En el Digesto y en el Código de Justiniano, se encuentran "muchos textos que infligen un castigo más severo a los que in- "curren más de una vez en el mismo crimen. De aquí la máxima "formulada por los autores *consuetudo delinquendi est circuns- "tantia aggravandi delictum et delinquentem ácrius puniendi*. "Dos actos bastaban para establecer el hábito, *quod enim bis "fit frequenter fieri dicitur*, y la pena en este caso podía cam- "biar de naturaleza. Así el hecho que en sí mismo no era pasi- "ble más que de una pena pecuniaria, podía ser castigado, si se "renovaba, con una pena corporal y aún capital; porque según "se expresa la ley, *consuetudo delinquendi facit delictum alias "non capitale, capitale reputari*. (L. 1, Código de superexact.). "Pero la segunda reincidencia se castigaba con más severidad "que la primera, *groevius multo puniendus est qui ter delinquit "quam qui bis*. Así el tercer hurto, cualquiera que fuese la peque- "ñez del delito, podía acarrear la pena de muerte."

"Las leyes españolas no sientan regla alguna general a este "respecto, si bien muchas preven el caso de reincidencia y agra "van proporcionalmente la pena. Así, en la práctica el juez se "limitaba a agregar testimonios de las condenaciones anterio- "res para darles a su tiempo un valor arbitrario. Del mismo "modo las legislaciones extranjeras se limitan en general a "considerar la reincidencia como una circunstancia agravante "del segundo crimen. Así es como el código del Brasil, que pa- "ra cada crimen establece tres grados de castigo, reserva el "más grave para "cuando el delincuente reincide en un delito "de la misma naturaleza" (Art. 16). El código penal de Aus- "tria ordena igualmente la agravación de la pena, sea por la "duración, sea por las obras públicas, sea por la exposición, los "azotes o el ayuno, si el culpable ha sido castigado más de una "vez por el mismo delito (Arts. 17, 37 y 45). El código Prusia- "no dice, también: "La reincidencia acarrea siempre aumento

"de la pena establecida por la ley para el simple delito (Art. "52), pero sin que el juez pueda cambiar el género de pena que "ella determina (Art. 46). El mismo principio se encuentra en "las leyes húngaras y en las legislaciones de Suecia, Noruega "y Dinamarca. Según el código de Luisiana, en fin, la pena de- "be aumentarse en una mitad más cuando se reincide en el "mismo delito, y en caso de tercera condenación el culpable se "considerará inhábil para el estado social, y se le castiga con "obras públicas por el resto de la vida (Arts. 52 y 53)."

"La consagración, pues del principio de la agravación de "la pena en caso de reincidencia puede decirse universal. ¿Pero "debe deducirse de aquí su legitimidad? Carnot piensa que con "él se viola la regla *non bis in idem*, que es una de las bases "de la legislación. Según él también, la pena del crimen no puede "agravarse sino en razón de las circunstancias que le conciernen, "que le son concomitantes y que forman con él un todo indivisi- "ble. Pero estos razonamientos no nos convencen, dice con mucho "fundamento Chauveau Adolphe. Es incontestable que sufrien- "do la pena del primer crimen, el delincuente paga completa- "tamente su deuda, espía su crimen, no hay que pedirle otra vez "cuenta de él. Así, no es de este crimen que se le pide cuenta sino "del segundo solamente. Este segundo hecho se produce con una "circunstancia que agrava la culpabilidad del acusado. ¿Por qué "el legislador no tendrá el derecho de tomar esta circunstancia "en consideración para medir la pena? Ella no pertenece ni al "primer hecho ni al segundo: pertenece al acusado, caracteriza "su moralidad. Ahora bien, escapando esta moralidad tantas ve- "ces a la apreciación de la ley penal, por qué no hacer caso de "un hecho que la indica y la revela? El legislador, dice con ra- "zón Rossi, tiene derecho de tomar en cuenta la reincidencia, por- "que de un lado, acusa en el delincuente una gran perversidad "moral, y del otro revela a la sociedad un agente muy peligroso. "En el autor de la reincidencia hay una culpabilidad especial, "moral y política a la vez".

"Pero se agrega que esta circunstancia es extraña al hecho "acriminado, y que no puede por lo mismo entrar en el cálculo "de la pena. Sin duda, el hecho es siempre el mismo, el hurto "y el homicidio no cambian de naturaleza, porque se cometan "con reincidencia. Pero un crimen tiene dos elementos: la mate- "rialidad del hecho y la criminalidad del agente. El primero es "invariable, pero el otro tiene diversos grados, y es para poner

" la pena en relación con estas diversidades que la ley estable-
" ce diferentes castigos, y toma por base de su medida la exis-
" tencia de circunstancias atenuantes. Ahora bien, estas circuns-
" tancias son comunmente los antecedentes del acusado, su bue-
" na conducta anterior, su carácter honorable, su posición social,
" es decir, hechos extraños al delito. ¿Por qué, pues, la perver-
" sidad de su carácter y sus hábitos criminales, legalmente compro-
" bados, no serían puestos en la misma balanza? La vagancia y
" mendicidad son igualmente extrañas al hecho cometido por el
" mendigo y vago; y sin embargo, en ciertos casos estas circuns-
" cias son un motivo de agravar la pena."

" Pero la agravación dejaría de ser legítima si su aplicación
" no se restringiese en los límites de la justicia moral. Toda la
" teoría de la reincidencia está aquí."

" Si la reincidencia es castigada con una pena más severa
" que la primer falta, es porque se considera como una presunción
" legal de un hábito criminal en el agente. Así, el delincuente
" que ya condenado por hurto comete otro, se reputa justamente
" más culpable que la primera vez. *Iteratione augetur delictum,*
" decía Godefroi. ¿Pero este hábito del delito es igualmente ma-
" nifiesto cuando el delincuente condenado la primera vez por
" rebelión, es procesado por un hurto?, o si perseguido por una
" falsificación comete después un atentado contra el pudor?"

" Para que la reincidencia sea una presunsión de perversi-
" dad, es preciso que haya conexidad entre los delitos que la
" constituyen. Porque, ¿cómo presumir la incorregibilidad del
" ladrón, por el hecho de entregarse después a actos de rebe-
" lión o violencia?, o del condenado político porque comete en
" seguida falsificación o hurto?, como hacer concurrir dos crí-
" menes de naturaleza distinta para formar con ellos un há-
" bito?"

" La ley romana admitía esta primera restricción, la reinci-
" dencia agravaba la pena del delincuente, pero solo *si in üsdem*
" *sceleribus perseveret,* y Farinacio que reasume las opiniones
" de los antiguos jurisconsultos dice también: *consuetudinis de-*
" *linquendi proesumptio tantum in codem vel simile genere ma-*
" *li, secus si in diverso.* El código del Brasil, tampoco castiga la
" reincidencia, sino cuando el delito es de la misma naturaleza.
" (Art. 16) y el Código de Austria cuando el culpable ha sido
" castigado antes por un delito semejante. (Art. 37). Según la

" ley prusiana los jueces deben tener en consideración la pro-
" pensión del culpable a los delitos de la misma naturaleza (art.
" 53). En el sistema, en fin, del Código de Luisiana la reinci-
" dencia no existe sino entre delitos de la misma naturaleza.
" of the same nature".

"La segunda restricción se fundaba en el intervalo que en
" ciertos casos separaba los dos crímenes. Así los antiguos ju-
" risconsultos no hacían remontar la reincidencia más allá de
" los tres años, porque si el delincuente, dice Farinacio, *per dic-*
" *tum tempus bene et laudabiliter vixerit cessat proesumptio*
" *quod semel malus, iterum presumitur malus.*. El código de Ba-
" viera no fija término. Nosotros seguimos en los diez años la
" opinión de Chauveau Adolphe, t. 1 p. 286."

" *Después de sufrir una pena, etc.*—No bastaría, pues, para
" constituir la reincidencia una información no seguida de con-
" denación, pero después de pronunciado el fallo importa poco
" que se sufra enteramente la pena, o que el condenado obtenga
" indulto en todo o en parte. Siempre habrá reincidencia, si co-
" mete un nuevo crimen homogéneo, aunque su pena no hubie-
" se terminado, y se hallase todavía en el establecimiento pe-
" nal."

" Este principio data de la ley romana, Calistrato dice en la 28,
" § 3, *D. de poenis, quod si ita correcti, in iisdem deprehendantur,*
" *exilio puniendi sint nom numquan capite plectendi.* No obstan-
" te este texto algunos doctores dudaban que fuese necesaria
" una condenación anterior para constituir la reincidencia, y
" aun Gómez decide que la agravación debía aplicarse *etiam*
" *quando de primis delictis non fuit nec punitus nec condem-*
" *natus.* Pero Farinacio, al contrario, sienta como principio que
" el hábito del crimen no puede hacer agravar la pena, *nisi de*
" *primis delictis fuerit condemnatus et punitus.* Y da la siguien-
" te razón que es evidente, *alias sine tale punitione, reiterando*
" *delictum non possit dici incorrejibilis.* Tal es, en efecto, el
" verdadero motivo de la regla. Toda la legitimidad de la agra-
" vación penal reside en la advertencia que resulta de la prime-
" ra condenación. Esta condenación es la que únicamente pue-
" de demostrar la ineficacia de la pena ordinaria. ¿Qué prueba
" se tendría si no existiese esta condenación, que la primera pe-
" na había sido impotente para corregirle? ¿Quién podría decir
" que la justicia por una acción más rápida, y la pena por su

" benéfica influencia no hubiese prevenido la recaída del acu-
" sado? Sólo cuando la justicia ha agotado los medios de correc-
" ción, la advertencia y la disciplina de sus penas, tiene razón
" para declarar al condenado relapso incorregible, y desplegar
" contra él una severidad mayor. — Chauveau Adolphe, t. 1., p.
" 295."

" *Voluntariamente*—La ley no aplica los principios de la
" reincidencia a la culpa, sea que esta se haya reiterado, sea que
" haya sido seguida de un acto voluntario, pero desde que hay
" dolo, mala voluntad, las penas de la reincidencia son aplica-
" bles, sin distinción entre crímenes o delitos. (Com. of. del Cód.
" de Baviera)."

" *De la misma especie.* — No basta, pues, que los dos críme-
" nes sean del mismo género, ni que sean de una especie ana-
" loga. Es preciso que sean de la misma especie. Así el hurto
" simple, la retención y el fraude son crímenes de la misma fa-
" milia, por cuanto todos se dirigen contra la propiedad de otro,
" y son castigados muchas veces con penas idénticas, pero la
" ley no reconoce en ellos crímenes de la misma especie. Luego el
" ladrón que comete un acto de fraude no es pasible de las pe-
" nas de la reincidencia, como tampoco si después de haber
" sido condenado por hurto, comete un homicidio u otro crimen
" contra las personas. (Comentario Oficial del código de Bavie-
" ra). Contra Chauveau Adolphe, t. 1, p. 284, y Pacheco, t. 1.,
" p. 239."

" El principio de la identidad de especie, continúa el Co-
" mentario Oficial, es independiente del grado de criminalidad
" del primer hecho, y desde entonces poco importa que el se-
" gundo crimen cometido no sea más que un acto de tentativa
" o complicidad, o que solo constituya un delito. Si es de igual
" especie que el primer crimen, hay reincidencia. Pero si la di-
" ferencia de grado no impide la aplicación del principio, in-
" fluye esencialmente sobre la medida de esta aplicación. El
" hombre que después de condenado por un robo pasible de pe-
" na de presidio, comete un hurto simple, debe ser declarado
" reincidente. Pero las consecuencias de esta reincidencia deben
" ser proporcionadas a la poca gravedad, al grado de la segunda
" infracción. Para establecer esta proporción, es preciso en ge-
" neral atender a la extensión de la identidad existente entre
" los crímenes anteriores y el crimen constitutivo de la reinci-

" dencia. Así cuando el nuevo crimen es más grave que el pre-
" cedente, la pena del primer crimen se agrega a la del segundo.
" Hay entre los dos hechos identidad respectiva en la extensión
" del menos grave, según el axioma del derecho *semper in eo*
" *quod plus est et minus continetur*. La reincidencia debe recono-
" cerse en la medida de esta identidad, y es por eso que la pena
" del primer crimen se reproduce en la segunda condenación."

"Cuando la segunda infracción es menos grave que la pri-
" mera, y que sin embargo, es de la misma especie, no se agrega
" la totalidad de la primera pena sufrida a la incurrida por el
" nuevo crimen, sino que se aumenta la segunda pena con una
" cantidad igual a sí misma, porque se considera que la iden-
" tidad respectiva existe entre los dos hechos hasta la concu-
" rrencia de esta cantidad, determinada por la segunda conde-
" nación."

"Esta transición de un género de pena a otro tiene por
" objeto transformar la calificación misma del hecho, que pasa
" a ser un crimen, si la pena superior cuya aplicación se mani-
" fiesta por la reincidencia constituye una pena criminal."

"Por la misma razón cuando no hay transformación, sino
" acumulación de penas, la pena inferior toma la naturaleza de
" la pena más grave, y debe sufrirse en el mismo establecimien-
" to penal. Así, suponiendo un reincidente condenado a un año
" de presidio y seis meses de prisión, los seis meses de ésta se
" sufrirán por el reincidente en el presidio."

"No es necesario decir que las penas de la reincidencia no
" son aplicables cuando sólo ha habido tentativa no castigada
" por la ley, o cuando el primer crimen es de los que no pueden
" perseguirse de oficio, o cuando la ley tomando en cuenta el
" arrepentimiento, extingue o atenúa la responsabilidad, por-
" que no podía haber al mismo tiempo atenuación y agravación
" de la pena; y por el contrario, cuando la ley pronuncia penas
" particulares contra la reincidencia, los principios generales
" que acaban de exponerse, ceden ante la disposición especial."

" La reincidencia, dice Chauveau Adolphe, debe acarrear
" un aumento de grado de la misma pena, pero no motivar una
" pena diferente y de grado superior. La razón es clara, el he-
" cho que trata de castigarse no ha cambiado de naturaleza.
" La criminalidad del agente es más evidente, pero no altera
" el carácter de la acción"... Este principio desconocido por

" la ley Romana ha sido seguido por los legisladores del Brasil " y Luisiana, y en el artículo 46 del código prusiano lo procla- " ma igualmente en los términos más explícitos, (t. 1, p. 287)."

*
* *

41. Los fundamentos de la conveniencia de advertir al penado cumplido sobre los peligros de la reincidencia, en el mismo proyecto.—La precedente nota encierra la antigua doctrina sobre reincidencia específica hoy abandonada por la ciencia y las leyes.

A su vez el artículo 10 fundamentaba la conveniencia de la notificación al penado cumplido, en los siguientes términos: "To- " do condenado por crimen o delito después de sufrir su pena. " debe ser instruído de una manera precisa de las consecuencias " legales que tendrá que sufrir si incurriese de nuevo en el mis- " mo hecho primitivo."

El doctor Tejedor atribuye verdadera importancia a esa notificación al penado diciendo en la nota: "La advertencia " prescripta con motivo de la reincidencia, dice el Comentario " Oficial, puede producir excelentes efectos, porque se hace en " el momento, en que habiendo sufrido ya su pena el culpable, " va a entrar a la sociedad civil, y puede bajo la impresión re- " ciente del castigo formar la resolución de tener en adelante " una conducta mejor. No debe, pues tratarse como una vana " formalidad esta advertencia, sino que debe consistir en exhor- " taciones saludables que pongan vivamente a los ojos del en- " carcelado las consecuencias de su falta pasada, las más gra- " ves todavía de la reincidencia, y la necesidad de una seria en- "mienda. Por lo demás la prescripción que encierra este artícu- " lo concierne solamente a los magistrados y directores de las " casas penales. No es una de las condiciones de la reincidencia, " y aunque se omita el reincidente no podría prevalerse de la " omisión para evitar la agravación de la pena."

" Por la ilustrada justicia del fallo, dice Bonneville, por " la severidad tranquila y silenciosa de la expiación, por un sis- " tema ampliamente combinado de atenuaciones y agravaciones, " la sociedad se ha esforzado por operar la reforma del culpa- " ble. Viene por fin el día de la libertad. Día de graves e in- " quietantes preocupaciones, porque él va a marcar para el li-

" bertado la era del bien y del mal, la vida de trabajo y honra- " dez o la de desorden y crimen. En este momento supremo, yo " pregunto si para completar su alta misión regenerativa la jus- " ticia no tiene nada que hacer con los condenados, si su deber " no es por el contrario dejarles oir en el seno mismo de la ex- " piación, delante de la expirante realidad de la pena, saluda- " bles palabras de amenaza o estímulo, si a título de "a Dios" " no debe notificarle algunas palabras severas que puedan he- " rir su imaginación, y servirle más tarde de aliento, y de sal- " vaguardia, en medio de las aventuras de la vida peligrosa a " que se les abandona?..."

"Si es verdad que el magistrado es la ley viva, ¿no es ra- " cional que en el momento de restituir al condenado a la so- " ciedad el magistrado que ha requerido y hecho ejecutar la pe- " na, se encargue de comentar a este hombre débil e ignorante " el laconismo incompleto de la ley, que le señale por última " vez las causas de su crimen, las precauciones que debe tomar " contra la reincidencia, que le recuerde sobre todo con energía " los rigores especiales que le amenazan en caso de nuevos aten- " tados, del mismo modo que el médico prudente que al despe- " dirse del enfermo convaleciente se cuida de premunirlo con- " tra las ocasiones y peligros de una recaída?"

*
* *

42. La defensa de la tesis antigua por el Dr. Tejedor.—El Dr. Tejedor en su tratado de derecho penal (1) defiende la misma tesis y dice que las cuestiones más importantes respecto a reincidencia, son la legitimidad de la agravación, los límites que debe tener, el intervalo que debe mediar entre los dos delitos y la necesidad de una condenación anterior.

La primera es la de la legitimidad misma de esta agravación. Muchos creen que con ella se viola la regla, *non bis in idem*, que es una de las bases de la legislación. Pero a esto puede contestarse, que en la reincidencia no es del primer delito que se pide cuenta al delincuente, sino del segundo, que se produce con

(1) Curso de Derecho Criminal.—Leyes de fondo. Tomo I, pág. 102.

una circunstancia que agrava la culpabilidad. Todo delito además, tiene dos elementos, la materialidad del hecho y la moralidad del agente. El primero es invariable, pero el segundo puede tener muchos grados. Para poner la pena en relación con la culpa, se han inventado las circunstancias atenuantes. ¿Por qué la perversidad de carácter y hábitos criminales no entrarían también en la balanza?

La segunda es sobre los límites que debe tener esta agravación. Si la reincidencia se castiga más severamente, es porque se considera como una presunción de hábito. *Iteratione augetur delictum*, dice Godefroi. Pero no puede haber hábito cuando los delitos son distintos. Así, en el derecho romano, la reincidenciacia solo agravaba la pena, *Si in iisdem sceleribus perseveret*. Esto no quiere decir que los dos hechos deben revelar una completa identidad. Basta que ambos sean el resultado de la misma pasión: del mismo género de corrupción, como sucede en los delitos de una misma clase.

"La tercera es sobre el intervalo que debe mediar entre los " dos delitos. ¿Cómo reunir dos acciones separadas por un lar- " go tiempo, para sacar la prueba de la obstinación criminal que " constituye la reincidencia? Los antiguos jurisconsultos no ha- " cían pasar los efectos de la reincidencia de tres años, porque " si el delincuente, dice Farinacio, *perditum tempus bene et lau- " dabiliter vixerit cessat proesumptio quod semel malus, iterum, " presumitur malus*. Cuando la perpetración en efecto de dos " delitos tiene lugar en dos épocas remotas entre sí, no puede " suponerse que el delincuente ha sido arrastrado por un hábi- " to depravado, que establece la presunción de perversidad, con " que la ley rodea el segundo hecho."

"La cuarta es sobre la necesidad de una condenación ante- " rior. *Si ita correcti*, decía la ley romana; lo mismo sostiene " Farinacio, *alias sine tali punitione*, dice, *reiterando delictum " non possit dici incorregibilis*, y tal es en efecto, el verdade- " ro motivo de la regla. Toda la legitimidad de la agravación " reside en esta advertencia de la primera condenación. Sin ella " no hay prueba ninguna de que la primera pena ha sido im- " potente."

En esta materia es regla también que la agravación debe ser de la misma clase de pena, y que en igualdad de circunstancias la proporción con que se eleve por la reincidencia, debe ser menor que en el caso de acumulación de delitos.

Las primeras consideraciones hechas por el Dr. Tejedor tienen interés en cuanto demuestran el propósito de agotar los medios para la enmienda del delincuente. Los procedimientos modernos son otros y no se limitan a amonestaciones verbales sino que tutelan a los liberados, por medio de patronatos especiales.

* * *

43. La reincidencia específica y la genérica en el proyecto Villegas-Ugarriza-García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, consideró que la reincidencia específica era una circunstancia agravante; y la genérica también, pero solo en el caso en que al nuevo delito correspondiese una pena mayor que al anterior.

Los artículos 100, 101 y 102 que se ocupaban del asunto, decían:

—A todo el que después de haber sido condenado cometa un delito menor o igual que aquel por el cual fué penado, se le impondrá el máximum de la pena señalada para el hecho.

Si la imposición de tal pena correspondiese con prescindencia de la reincidencia, la pena pasará al grado inmediato mayor.

—Al que después de haber sido condenado cometa un delito punible de pena mayor que aquél por el cual había sido penado, se le impondrá la pena de un grado inmediato mayor a la que correspondería sin esa circunstancia.

La reagravación de la pena por reincidencia se prescribía a los diez años de cometido el hecho, o cumplida la pena en los casos de presidio o penitenciaría mayor, y a los cinco años en caso de penas menores. (art. 110).

* * *

44. El código de 1886 y la legislación posterior sobre reincidencia.—El código de 1886 aceptó esta misma solución, diciendo en los incisos 19 y 20 del artículo 84; son circunstancias agravantes: haber sido el culpable castigado anteriormente por deli-

to a que la ley señale igual o mayor pena; y ser reincidente de delitos de la misma especie.

En diferentes oportunidades se reclamaron leyes que defendiesen especialmente a nuestra sociedad contra la reincidencia, habiéndose destacado entre las distintas iniciativas, la que sometió al Congreso, el Poder Ejecutivo en 1883.

Con fecha 26 de diciembre de 1895 se dictó la ley número 3335 que disponía el cumplimiento de la pena por parte de los reincidentes en los territorios nacionales del sud que designe el Poder Ejecutivo.

Esa ley ineficaz que no atacó el problema en su fondo, permitió, sin embargo, que se levantara el presidio de Ushuaia y que se encauzara la reclusión de los criminales menos corregibles hacia ese lugar.

El sistema del código, fué modificado por la ley de reformas, pero como los preceptos nuevos fueron tomados del proyecto de 1891 conviene examinar éste antes de pasar al estudio de las modificaciones hechas en 1903.

*

* *

45. La reincidencia genérica en el proyecto de 1891. — El título VII del libro 1.° del proyecto de 1891 se ocupaba de la reincidencia, legislando acerca de la misma en los artículos 84, 85 y 86. Dichos preceptos establecen:

84.—Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, aunque haya mediado indulto o conmutación, cometa un nuevo hecho punible de cualquier naturaleza que fuere. No se contarán para los efectos de la reincidencia los delitos amnistiados.

—85.—El condenado a presidio perpetuo que reincidiera en un delito por el que merezca la misma pena, sufrirá la de muerte.

—86.—La pena de deportación será impuesta como accesoria de la última condena, cuando concurran las condenaciones siguientes:

1.° Dos condenaciones a presidio temporal. 2.° Una condenación a presidio temporal y dos a penitenciaría; 3.° Cuatro condenaciones a penitenciaría; 4.° Cuatro condenaciones de las cuales una sea a presidio; 5.° Cinco condenaciones, de las cuales dos por lo menos sean a penitenciaría; 6.° Siete condenaciones a penas inferiores a las de presidio o penitenciaría.

La exposición de motivos dijo: "En las reglas concernientes a la responsabilidad se incluye la reincidencia entre los elementos capitales que, en general, los magistrados deben pesar y tener muy en cuenta para indagar la perversidad del culpable y determinar la pena que se le ha de infligir. Al explicar esas reglas, hemos mostrado cómo la reincidencia denuncia el hábito del delito o la tendencia a adquirir este hábito y cuán importante es en el juicio, la consideración de ese dato individual. La ley sería, empero, incompleta, si, en el estado actual de la ciencia y de algunas legislaciones extranjeras y ante el desarrollo creciente de la criminalidad profesional, particularmente en los centros urbanos, se circunscribiera a expresar que entre los elementos personales que se considerarán para juzgar la perversidad del criminal y fijar su pena, se halla la reincidencia. Es preciso que determine también cuando y cómo las reincidencias reiteradas de un individuo exigirán la adopción, respecto de este, de medidas que amparen a la sociedad contra la repetición probable, por no decir segura, de sus crímenes, después de cumplir su última condena, y que procuren al mismo individuo un cambio en sus costumbres, la enmienda, si es posible; y, en todo caso, una vida más regular. De esto se ocupa el título VII del proyecto, empezando por precisar la noción de la reincidencia. Era necesario definir esta palabra, pues, a pesar de ser uniforme la vieja opinión, según la cual el delincuente que reincide es más malvado y nuestra mayor inclinación al crimen que el que sólo ha delinquido una vez, reinan las más serias discrepancias en la doctrina y en las leyes penales sobre lo que es y sobre las condiciones que ha de revestir la reincidencia."

"Para algunas legislaciones la reincidencia existe siempre que un individuo, luego de haber sido irrevocablemente condenado por un delito, comete otro de la misma especie. Para otras existe toda vez que el criminal ejecuta un hecho punible, no ya de la misma especie, sino del mismo género de aquel por el cual fué ejecutoriamente condenado antes. Algunas requieren que el culpable haya sufrido la primera condenación; otras no. Algunas exigen, como condición ineludible, que el segundo delito se cometa dentro de un lapso de tiem-

" po determinado—variable o no, según la naturaleza del he-
" cho—después del primero; otras no establecen plazo, y no pa-
" ran ahí las diferencias."

" El código Tejedor decía: "el que después de sufrir una
" pena cometa nueva y voluntariamente, dentro de los diez años
" siguientes, un crimen de la misma especie, será considerado
" reincidente y castigado con una pena mayor que la legal de la
" primera infracción, aumentándola en los términos siguientes".
" En seguida legisla la manera de efectuar el aumento. En el
" código vigente se han reemplazado los artículos del código Te-
" jedor por las siguientes reglas, tomadas del código español de
" 1850:"

" Son circunstancias agravantes:

"19.—Haber sido el culpable castigado anteriormente por
" delito a que la ley señale igual o mayor pena; 20.—Ser rein-
" cidente de delitos de la misma especie."—(art. 84)."

"La última regla consigna la reincidencia en "especie";
" pero no la define; de manera que no se sabe lo que es preciso
" entender legalmente por ella. No basta decir "reincidencia es-
" pecial", desde que existen divergencias manifiestas sobre las
" nociones contenidas en los códigos que solo admiten la rein-
" dencia especial."

" La primera regla transcripta, ¿alude a la reincidencia?
" Aunque la comparación de los términos en que se halla conce-
" bida con los de la segunda, parecería indicar la negativa, pue-
" de afirmarse que sí. Efectivamente, se refiere a la reincidencia
" en general, limitada a los casos en que, por el nuevo delito, el
" culpable "castigado anteriormente", merezca una pena igual
" o menor que la que sufrió."

" Ni el sistema del código vigente, ni el del código Tejedor,
" ni el de otros códigos, que limitan el alcance de la reinciden-
" cia, son satisfactorios. Esta debe tomarse en una acepción am-
" plia. Si la reincidencia revela la profesión o la tendencia a ad-
" quirir la profesión del delito y la mayor perversidad del su-
" jeto, es claro que el criminal acusa y pone de relieve aptitu-
"des más varias para el crimen, una habilidad más desarrollada,
" una audacia y una moralidad más considerables, cuando repi-
" te sucesivamente, no obstante las condenas de que es objeto,
" delitos muy diversos por su índole y clase."

" Fundados en las consideraciones precedentes y en otras

" análogas, fáciles de concebir, estatuímos, en el artículo 84, que
" habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia
" firme, aunque haya mediado indulto o conmutación, cometa un
" nuevo hecho punible de cualquier naturaleza que fuere." Así,
" no será necesario que el condenado haya sufrido la pena im-
" puesta por la sentencia firme antes de ejecutar el nuevo hecho,
" ni que realice éste dentro de un período de tiempo, después
" de cometido el primer delito o de dictada la condenación. Tam-
" poco será menester que los delitos sean homogéneos o de igual
" especie o género; pueden ser de índole y de clase muy dife-
" rentes."

" Establecemos que la reincidencia existirá, aunque haya
" mediado indulto o conmutación de la pena impuesta en la sen-
" tencia antecedente, por una razón muy simple. El indulto o
" la conmutación son modos diversos de la gracia, en virtud de
" los cuales se remite la pena o se la substituye por otra más
" benigna nada más. No impiden que al juzgar a un delincuen-
" te se aprecie una circunstancia positiva,—el delito anterior
" por el que fué condenado y luego perdonado total o parcial-
" mente. Al contrario, la comisión de un nuevo delito después
" del perdón, será un indicio más de su mayor inmoralidad, pues
" el indulto o la conmutación, de que se ha mostrado indigno,
" debería haberlo estimulado a respetar el derecho ajeno."

" La amnistía es otra forma de la gracia, es la principal y
" la que produce efectos más extensos. Establecemos también
" que "no se contará para los efectos de la reincidencia, los de-
" litos amnistiados"; no porque, etimológicamente, amnistía
" signifique olvido, o porque produzca el olvido o borre el deli-
" to y sus efectos, desde que un hecho no puede suprimirse;
" sino por una doble razón: 1.a porque la amnistía es una medi-
" da general: comprende y beneficia a todos los que han parti-
" cipado en los hechos a que se aplica, y se otorga antes, duran-
" te o después del proceso. Otorgada antes o durante el juicio,
" no se sabrá más tarde si las personas a quienes se concedió ha-
" brían sido absueltas o condenadas; sin embargo, sería nece-
" sario suponer que habrían sido condenadas para contar el
" hecho amnistiado en la reincidencia; 2.a porque la amnistía
" se concede, en la República Argentina, por delitos políticos
" únicamente; y los delitos políticos difieren profundamente,

"en cuanto a su moralidad y en cuanto a sus consecuencias, de "los delitos comunes."

"El artículo 85 legisla el único caso de imposición de la "pena de muerte admitido en el Proyecto aquel en que el con- "denado a presidio perpetuo reincidiese en un delito por el "que merezca la misma pena. Este sistema ha sido fundado en "el título segundo, al motivar la conservación de la pena de "muerte; de manera que sería superfluo volver ahora sobre él."

"El artículo 86 determina los casos en que se aplicará la "pena de deportación. Esta pena está destinada a combatir la "reincidencia; por eso se impondrá siempre a los reincidentes "y no a otros. El artículo establece el modo de hacerla efecti- "va y el número de condenaciones que se requerirá para impo- "nerla como accesoria de la última condena. Ese número va- "riará con la importancia de las condenaciones o, más bien di- "cho, con la mayor o menor gravedad de las penas que por las "mismas condenaciones se impongan; será tanto menor cuanto "más severas sean estas penas, y vice-versa. Y se percibe la ra- "zón: la reincidencia en delitos de mucha entidad, después de "haber sido condenado a una pena grave, denota desde luego "la tenacidad y la índole perversa del agente y constituye un "verdadero peligro para la sociedad. Al prescribir el número "de condenaciones que se necesitará, para imponer la deporta- "ción como accesoria de la última, se han tenido presentes las "disposiciones análogas de la ley francesa y, sobre todo, el sis- "tema y los medios de penalidad adoptados en el Proyecto."

*

* *

46. La reforma de 1903.—Gravitando los antecedentes enunciados, se discutió en el Congreso la reforma penal que terminó con la ley número 4189.

Esa ley derogó el inciso 20 del artículo 84 del código penal y lo reemplazó con otro que decía: "ser reincidente, no contándo- "se las condenaciones por delitos exclusivamente militar o polí- "tico. Esta agravante no podrá aplicarse si han pasado diez años "de la anterior condenación (artículo 15 de la ley N.° 4189)."

La ley estableció así la reincidencia genérica y consagró la

prescripción de la misma, siguiendo respectivamente al proyecto de 1891 y al de Tejedor.

*

* *

47. La reincidencia en el proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 dice en el artículo 55: Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.

A los efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos militares o políticos ni los amnistiados.

Las diferencias de esa disposición con la análoga del proyecto de 1891 consisten, aparte del orden de colocación de las palabras, en que el mencionado proyecto de 1891 dice "hecho punible" y no "delito" y en que omite mencionar los delitos militares o políticos.

Considero mejor la disposición del proyecto de 1906 porque excluye las condenas por contravenciones para caracterizar al reincidente. En cuanto a los condenados por cuestiones exclusivamente militares o políticas no era necesario expresarlo. Por lo demás, es claro que esa excepción no concurre cuando el delito militar o político importa una infracción de carácter común.

El artículo 56 del proyecto establece, de acuerdo con la ley número 3335: Los reincidentes por segunda vez, condenados a pena restrictiva de la libertad que excediera de un año, cumplirán su condena en un paraje de los territorios del Sud.

Y el 57 dice: La deportación será impuesta como accesoria de la última condena cuando mediaren: 1.° Dos condenas a presidio, o una a presidio y otra a prisión mayor de tres años; 2.° Tres condenas a prisión mayor de tres años, o una de presidio y dos de prisión de tres años o menos; 3.° Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4.° Cinco condenas a prisión de tres años o menores. No se computarán las condenas por delitos exclusivamente militares o políticos.

Se aplicará también como accesoria de la condena, en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados

hubieren sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuvieren fijada pena mayor de tres años de prisión.

La exposición de motivos para fundamentar el sistema, expresa: "Otra innovación al código vigente es el concepto de " la reincidencia, que según el proyecto existirá "siempre que " el condenado por sentencia firme, dictada por cualquier tri- " bunal del país, cometiere un nuevo delito."

" La reincidencia, hasta hoy, ha sido considerada como si " la Capital, los Territorios Nacionales y las Provincias fueran " Estados independientes con relación a la ley penal, y, en con- " secuencia, es reincidente todo el que ha cometido un delito " en cualquier punto del territorio nacional y cualquiera que " haya sido el tribunal que impusiere la pena. Desde que la ley " es una y desde que el territorio, para esa ley, es también uno, " no caben diferencias provenientes de las distintas localidades."

" Por lo tanto, si para el código penal no hay Provincias, " ni Capital, ni Territorios Nacionales, sino la Nación, queda " justificada esta reforma que, partiendo de esa base, no tiene " para nada en cuenta, al efecto de que se trata, el lugar don- " de se ha cometido el delito."

" Conviene con este motivo hacer presente a V. E. que el " complemento indispensable de esta reforma, porque sin ella " sería letra muerta, es la creación de una Oficina Central de " Reincidencias, donde consten, con todos los datos necesarios " para la identificación del delincuente, las sentencias en ma- " teria criminal dictadas por todos los tribunales del país."

" La Comisión encarece a V. E. la necesidad de esta ofici- " na; primero, para que la ley se cumpla, y segundo, porque es " indispensable para combatir la reincidencia, que, como es sa- " bido, constituye una de las grandes preocupaciones de los pe- " nalistas contemporáneos."

" En cuanto al concepto de que la reincidencia debe ser " general y no específica, la última ley de Reformas lo ha esta- " blecido en su artículo 15, y la Comisión propone su manteni- " miento porque piensa "que la perversidad humana no es me- " nos temible cuando se manifiesta bajo formas diferentes y " porque, como se ha observado con toda justicia, hay natura- " lezas de una sorprendente movilidad que recorren sucesiva- " mente, en el mal, los caminos más distintos, viéndose a menu- " do que grandes culpables, antes de perpetrar el crimen supre-

" mo, han sido condenados por la justicia por los delitos más " diversos". (Dalloz, Supplement V. Recidive-Relegation, N.° " 12)."

" Mantenemos también, como medio de combatir la reinci- " dencia, la pena accesoria de deportación para los delincuentes " que, por el número y clase de condenas sufridas, deben consi- " derarse incorregibles, y a quienes la sociedad, en uso de su " derecho, debe secuestrar por un tiempo indeterminado."

" Hemos incorporado también, con el mismo objeto de im- " pedir el avance de la reincidencia, la disposición de la ley " 3335, según la cual los reincidentes por segunda vez sufrirán " la pena en un paraje de los territorios del Sud."

" La eficacia de la ejecución de la pena, en esta forma, " es un hecho bien establecido, porque la observación ha com- " probado que los delincuentes ven con verdadero temor la " aplicación de dicha ley."

* * *

Con estos antecedentes podemos pasar al examen de los preceptos del código y a sus fundamentos oficiales.

48. El artículo 50 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 50

Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

A los efectos de la reincidencia, no se tomará en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistiados.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano, artículo 80; Francés, 56 (Ley del 28 de abril de 1832); Noruego, 53 y 61; Ruso, 67; Español, 10, incisos 1, 17 y 18; Japonés, 56; Proyecto Peruano de 1916, 86; Proyecto

Suizo de 1916, 66; Alemán de 1909, 87; Austriaco de 1909, 64; Ante proyecto Sueco de 1916, Capítulo V, 4; Proyecto del doctor Tejedor, Título V, artículo 5.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 100, 101 y 102; Código de 1886, artículo 84, incisos 19 y 20, Ley N.° 4189, 15; Proyecto de 1891, 84; Proyecto de 1906, 55; Proyecto Italiano de 1921, 7 y 9; Tratado de Montevideo, 21, 22 y 23, Ley N.° 3335; Ley número 1621, artículo 2.°.

* * *

49. El proyecto de la Comisión Especial de Diputados y sus fundamentos.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo 50 en los siguientes términos: Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia firme, dictada por cualquier tribunal del país, cometiere un nuevo delito, aunque hubiere mediado indulto o conmutación.

Como puede observarse comparando los textos, ese artículo ha quedado como primer apartado del precepto sancionado con la modificación que consiste en haberse intercalado las palabras " a una pena privativa de libertad".

Los otros dos apartados no fueron redactados por la Comisión Especial de mi presidencia, como se verá más adelante.

La exposición de motivos de la mencionada Comisión decía sobre reincidencia en general: "Todos los que han estudiado " derecho penal y sociología criminal, hacen una diferencia " grande entre el delincuente "primerizo"—si se permite la " expresión—y el que reincide en la repetición de acciones an- " tisociales. El primer delito puede ser el resultado de una can- " tidad de factores que no demuestren la existencia de un suje- " to peligroso; el segundo, realizado por el mismo individuo, de- " be ya producir un movimiento de alarma; los subsiguientes " tienen que provocar medidas serias para evitar repeticiones, " es decir, para defender a la sociedad de los ataques que con- " tra ella se dirigen."

" En los sistemas antiguos que examinaban el hecho, des- " cuidando al sujeto y que aplicaban una pena fija con caracter " expiatorio, la repetición del delito no podía apreciarse de la " manera en que hoy se estima. La ausencia de estadísticas, de " sistemas de identificación y de medidas de orden sobre los " penados, impedían el que se tuvieran los factores del proble-

" ma a la vista. El criterio social del momento prescinde de la " expiación, de la devolución del mal con otro mal y de los " puntos de vista sectarios para considerar el problema bajo el " aspecto de la colectividad afectada. Castiga, así, cuando con- " viene y como conviene, y si tiene en cuenta los elementos an- " tisociales es sólo por lo que ellos puedan caracterizar a un " sujeto y hacerlo más o menos peligroso. Por eso se ha insti- " tuído la condena condicional y debido al mismo propósito se " reprime con severidad mayor a los reincidentes. Para imponer " penas, la sociedad debe tener un objeto, ya que las penas res- " tringen la libertad y ésta no debe limitarse, sino cuando fue- " re necesario."

" La reincidencia, tratada especialmente en un título del " proyecto, ha sido considerada desde que se iniciaron los estu- " dios penales serios, como una circunstancia agravante. Pero la " preocupación científica y legislativa se ha acentuado cada " vez más con relación a este factor y hoy los códigos se pre- " ocupan del asunto, de manera especial, como deseamos que lo " haga el nuestro."

" Reincidir, equivale a repetir, de manera que reincidente, " es el sujeto que repite el delito. Como los delitos son de clases " diferentes, el primer punto a resolver, es el relativo al alcan- " ce legal del concepto, pues la reincidencia puede ser genérica " o específica. Genérica, la del que repite un delito cualquiera; " específica, la del que repite un delito de la misma clase. Hay " códigos, como se hace notar en el Digesto Italiano—que trae " un estudio muy completo sobre la materia (palabra "Recidi- " va", tomo XX, parte prima)—que limitan la agravante a la " reincidencia específica, y otros que la extienden a la genérica."

" Conviene, para determinar los alcances del proyecto, te- " ner en cuenta los antecedentes nacionales."

"En el proyecto del doctor Tejedor, se definía la reinciden- " cia específica diciendo el artículo 179: "el que después de su- " frir una pena cometa nueva y voluntariamente, dentro de los " diez años siguientes, un crimen de la misma especie, será con- " siderado reincidente y castigado con una pena mayor que la " legal de la primera infracción". La penalidad se aumentaba " según el número de reincidencias y según la pena que corres- " pondiera a cada caso, lo que se determinaba en varios artícu- " los. El mismo proyecto señalaba como origen de sus precep-

" tos el artículo 111 del código de Baviera y las referencias al " comentario oficial del mismo, puestas de manifiesto en una " extensa nota. La recaída en el crimen, después de una primera " condenación, se dice, revela en el agente una tenaz perversi- " dad de la que no ha podido triunfar la pena sufrida. Se acen- " túan en la misma nota las diferencias entre reincidencia y " reiteración y se invocan antecedentes del derecho romano y " de las leyes españolas, como asímismo de los códigos de Hun- " gría, Suecia, Noruega y Dinamarca. Se discute el principio de " la agravación en los casos de reincidencia y se expresa que tie- " nen carácter universal."

" El proyecto consideraba circunstancia agravante espe- " cial a la reincidencia específica, puesto que empleaba las pala- " bras "de la misma especie", las que comentaba en el curso " de la nota referida, en los términos siguientes: (se transcri- " be aquí una parte de la nota del doctor Tejedor, que no repi- " to de nuevo porque se ha repetido antes).

Agrega la exposición de motivos: "Nuestro código (se re- " fiere al de 1886), con un criterio más parecido al del proyecto " de los doctores Ugarriza, Villegas y García, que al de Tejedor, " se ocupó de la reincidencia como circunstancia general agra- " vante de la penalidad, mencionando los casos en los incisos " 19 y 20 del artículo 84."

" Desde luego, aceptó en el inciso 20 el criterio de la re- " incidencia específica y consideró en el 19 el de la reincidencia " genérica, declarando que se consideraba como agravante el " hecho de haber sido el culpable castigado anteriormente por " delito al que la ley señala igual o mayor pena. De manera " que la reincidencia específica era siempre agravante, y la ge- " nérica sólo cuando la pena del delito anterior fuere igual o " mayor que la del nuevo."

" El proyecto de 1891 cambió el criterio, adoptando en el " artículo 84, el de la reincidencia genérica; imponiendo la pena " de muerte al condenado a presidio perpetuo que cometiere un " delito que mereciere la misma pena, en el artículo 85; y " creando la pena de deportación como accesoria de la última " condena para los que tuvieren las condenas a que se refiere el " artículo 86."

A continuación se explica el sistema del proyecto de 1891 y se transcriben párrafos de la exposición de motivos, que omi-

to por haber sido antes repetidos, manifestándose que en ese proyecto se inspiró la reforma de 1903.

Continuando los fundamentos se expresa:

" La ley número 4189 derogó el inciso 20 del artículo 84 " del código penal que se refería a la reincidencia específica e " introdujo un inciso nuevo, el artículo 15 de aquélla, en la cual " adopta el criterio de la reincidencia genérica. Aceptó, tam- " bién, de acuerdo con el proyecto de 1891, la pena de deporta- " ción como accesoria de la última condena, para ciertos rein- " cidentes."

" El proyecto de 1906, más completo que el de 1901, consí- " dera que debe consagrarse la reincidencia genérica tal como " se encuentra ya en nuestra ley y de acuerdo con ese concepto " se han dictado sus respectivas disposiciones."

" Considera la Comisión que debe aceptarse ese punto de " vista. La reincidencia es una causa de agravación justa y le- " gítima porque aumenta la temibilidad del autor del delito. " La agravación no debe limitarse al que repite delitos de la " misma especie, sino al que repite cualquier delito. Haus, cita- " do por Rivarola, trae un ejemplo convincente, cuando dice: " Frecuentemente el individuo que recae en el mismo delito, es " más culpable que el que comete sucesivamnte dos delitos de " especie diferente; pero no siempre sucede así: un ladrón re- " cién salido en libertad provoca al testigo que ha depuesto " contra él; lo ataca y le infiere heridas graves. Otro ladrón " salido de la prisión, señalado a la desconfianza de los patro- " nes y de los obreros, no encuentra trabajo en parte alguna, " para alimentar a su familia hundida en la miseria; roba por " la noche algunas provisiones, ¿cuál de los dos es más cul- " pable?"

" El proyecto de 1906 no tiene en su exposición de motivos " una explicación extensa sobre el título de la reincidencia. Se " limita en las consideraciones generales a referirse a la misma " y a la deportación."

" Las consideraciones son análogas a las que fundamenta- " ron el proyecto de 1891. Hemos suprimido en el primer ar- " tículo del proyecto, lo relativo a delitos militares y amnistia- " dos, por creer que es evidente la exclusión de los mismos. Los " delitos militares forman parte de un orden y de una jurisdic- " ción diferentes. Obedecen a conceptos, reglas y disciplinas

" distintas y ajenas en mucha parte al factor civil. En cuanto a
" los amnistiados, basta tener en cuenta el concepto de amnis-
" tía que borra el hecho, para saber que no podría cargarse con
" un hecho suprimido a ningún sujeto, para hacerlo pesar co-
" mo un antecedente."

*
* *

50. Observaciones del senador Rojas.— En la Cámara de Senadores, el artículo proyectado por la Comisión Especial de Diputados, fué adicionado.

El doctor Rojas en su informe decía: "A los efectos de la " reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos esencialmen-
" te militares, ni los políticos, ni los amnistiados. Así lo esta-
" blece el artículo 55 del proyecto de 1906."

" Como la reincidencia es una circunstancia agravante ca-
lificada, la generalidad de los códigos imponen al reincidente
" una pena mayor que la que le correspondió por el delito co-
" metido por primera vez."

" De acuerdo con esa regla hemos modificado el artículo
" 51 del proyecto en la siguiente forma:"

" Artículo"

" Al condenado por primera vez como reincidente, se le im-
" pondrá un aumento de pena no mayor de la tercera parte de
" la que le corresponde por el nuevo delito."

" El reincidente por segunda vez condenado a pena priva-
" tiva de la libertad que excediera de dos años, cumplirá su
" condena con relegación en un paraje de los territorios del
" Sud."

*
* *

51. El artículo en el Senado.— La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores dió al artículo la redacción que tiene actualmente.

En la exposición de motivos se fundamentaron las reformas, diciéndose: "En el título VIII, introducimos algunas mo-
" dificaciones de importancia, de acuerdo con los últimos pro-

" yectos de codificación penal en las naciones europeas.

" En general, aceptamos el criterio fijado para la califica-
" ción de la reincidencia por los proyectos estudiados por la
" Comisión. Estos introducen una innovación al código vigen-
" te al determinar que existirá, "siempre que el condenado por
" sentencia firme, dictada por cualquier tribunal del país, co-
" metiere un nuevo delito."

" La reincidencia hasta hoy—dice el informe de los auto-
" res del proyecto de 1906—ha sido considerada, como si la
" Capital Federal, los Territorios Nacionales y las Provincias,
" fueran Estados independientes, con relación a la ley penal:
" sólo se tomaban en cuenta los delitos anteriores cometidos en
" la localidad donde el reo era juzgado."

"Esta situación, completamente irregular, porque es con-
" traria a la ley fundamental del país, debe desaparecer cuanto
" antes. La Nación es una para el código penal, y, en consecuen-
" cia, es reincidente todo el que ha cometido un delito en cual-
" quier punto del territorio nacional, y cualquiera que haya si-
" do el tribunal que impusiere la pena. Desde que la ley es una,
" y desde que el territorio, para esa ley, es también uno, no
" caben diferencias provenientes de las distintas localidades."

" Por lo tanto, si para el código penal no hay Provincias,
" ni Capital, ni Territorios Nacionales, sino la Nación, queda
" justificada esta reforma que, partiendo de esa base, no tiene
" para nada en cuenta, al efecto de que se trata, el lugar donde
" se ha cometido el delito."

" Pero esta Comisión considera, de acuerdo con las ideas de
" Stoos, que es conveniente y justo para calificar la reinciden-
" cia tener en cuenta la condena sufrida en el extranjero. Como
" dijo el insigne criminalista suizo, "el criminal no conoce
" fronteras". Y si ha de tomarse en cuenta en la lucha contra
" la criminalidad, la mayor temibilidad del delincuente, revela-
" da por su recidiva, debe considerarse únicamente a los efec-
" tos de la agravación de la pena la ejecución de un delito an-
" terior con independencia de la jurisdicción territorial."

" Esta es la tendencia moderna y seguida por un buen nú-
" mero de criminalistas. En el Congreso Penitenciario celebra-
" do en Washington en 1910, se recomendó la celebración de
" tratados internacionales para calificar la reincidencia. Al ocu-

" parse de los efectos de las sentencias penales pronunciadas " por tribunales extranjeros, el Congreso votó estas declaracio- " nes: 1.a El tribunal ante el cual se instancia un proceso por " crimen o delito, puede declarar reincidente al individuo pre- " cedentemente condenado por una jurisdicción extranjera " por crimen o delito de derecho común, y puede reconocer esta " condena como si hubiera sido pronunciada por un juez del " mismo Estado."

" 2.a Debería acordarse por tratados entre todos los Esta- " dos civilizados:"

" a) Que todo país reciba de los otros, notificación de las " condenas pronunciadas por sus jurisdicciones contra sus na- " cionales."

" b) Que todo país comunique a los otros los boletines de " condena de sus nacionales, por delitos de derecho común, a " requisición de las respectivas autoridades judiciales."

"3.a Debería estudiarse la organización de una Oficina In- " ternacional de informaciones sobre procesos judiciales e iden- " tificación de los criminales."

" Las resoluciones precedentes no se aplican a los crímenes " o delitos políticos (Armando Claros, Nuevas tendencias pe- " nales en el Congreso Penitenciario de Washington, pág. 50)."

" Además de aconsejar un agregado al artículo 50 en el " sentido indicado, la Comisión juzga necesario precisar en el " mismo que la reincidencia no existirá sino cuando la condena " anterior haya sido determinada por un delito que mereciera " la pena de reclusión o prisión. En este punto ha seguido a los " anteproyectos suizo y sueco."

" En el mismo artículo debe establecerse, como lo hace el " proyecto de 1906, que no se tomarán en cuenta a los efectos " de la reincidencia los delitos militares o políticos, ni los am- " nistiados. En este punto, como en otros relativos a la reinci- " dencia, concordamos con las observaciones hechas en el infor- " me del Dr. Rojas."

" De manera que el art. 50 quedaría en la siguiente forma: " Habrá reincidencia siempre que el condenado por sentencia " firme a una pena privativa de libertad, dictada por cualquier " tribunal del país, cometiera un nuevo delito, aunque hubiere " mediado indulto o conmutación."

" La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta

" para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un " delito que pueda según la ley argentina dar lugar a extradi- " ción."

" A los efectos de la reincidencia, no se tomarán en cuenta " los delitos militares, ni los amnistiados."

*

* *

52. El principio de la reincidencia genérica y su extensión dentro del código.— El código ha aceptado el principio de la reincidencia genérica teniendo en cuenta las opiniones más respetables y el hecho de que la actividad criminal y el peligro social que representan los delincuentes se manifiesta con el delito mismo de cualquier clase que sea. Sería absurdo que a un individuo condenado por homicidio no se le tuviera en cuenta la condena anterior si cometiera un robo; y en cambio a un penado por lesiones se le agravase la condenación si cometiere posteriormente otro delito de lesiones.

La ley tiene en consideración, para calificar la reincidencia, no sólo las condenas pronunciadas en el país, sino las que se hubiesen pronunciado en el extranjero. El sujeto es peligroso y reclama medidas especiales cuando ha manifestado su inadaptabilidad ejecutando delitos comunes en cualquier lugar. La disposición es bien lógica. ¿Por qué no habrá de tenerse en cuenta, por ejemplo, un homicidio juzgado y condenado en el Uruguay y sí ha de pesar uno ejecutado en Jujuy o en Santa Cruz?

La ley lo que pretende es la defensa en mejor medida con respecto al individuo peligroso.

Para establecer la reincidencia será necesario en cada caso una probanza especial y se requerirán instituciones determinadas que puedan tener ficheros donde consten antecedentes de los individuos que vienen al país.

La ley de extranjeros, se hace así necesaria por nuevas razones.

Para que el delito cometido en el extranjero pueda ser considerado entre nosotros a los efectos de la reincidencia, es preciso que sea de aquellos que puedan dar lugar a la extradición, según la ley argentina.

No creo que sea necesario que exista tratado de extradi-

ción con el país en que se haya producido la condena, sino que basta que el delito sea de aquellos, que para la ley argentina permite la tal extradición. Debe ser así un delito común de esos que nosotros consideramos atentatorios para el medio en que nos desenvolvemos y que convierte en sospechoso o peligroso a su autor.

El tercer apartado del artículo se refiere a los delitos militares, políticos y amnistiados.

De estos últimos me ocuparé al tratar de la extinción de las acciones y de las penas, pues allí estudiaré el concepto de la amnistía del cual deriva la disposición.

En cuanto a los militares y políticos hemos visto ya que la Comisión Especial que presidí en la Cámara de Diputados consideró innecesaria la mención. Podría decirse, ante las dudas del Senado, que no daña la disposición cuando se supone que su ausencia pudiera dar lugar a erróneas interpretaciones.

El motivo que la informa es bien claro. Los delitos exclusivamente políticos o militares, se refieren a infracciones contra determinadas organizaciones, que deben mantenerse, pero que no suponen en el autor peligrosidad social. Son como ciertas contravenciones que no pueden marcar un mal antecedente, ni social ni jurídico.

*

* *

53. La reincidencia y el perdón de la pena.— El código considera reincidente al condenado aunque haya mediado indulto o conmutación. El precepto es perfectamente lógico. El indulto, que equivale al perdón y la conmutación a la reducción de la pena, pronunciadas por el Poder Legislativo o Ejecutivo, según el sistema constitucional que se siga en la Nación o en la Provincia, donde se produzca el caso, se limitan a declarar extinguida o aminorada la pena.

El delito no se borra, la sentencia no se revisa y las condiciones del sujeto no cambian. De manera que la calificación no se modifica, ni puede modificarse.

Otra cosa sería si se tratase de la amnistía porque ésta no equivale al perdón, sino que borra el carácter delictuoso del hecho olvidando su comisión.

Los preceptos del código se encuentran así perfectamente de acuerdo con los conceptos fundamentales respecto a esos puntos jurídicos.

*

* *

54. El artículo 51 y sus concordancias.—

ARTICULO 51

El reincidente por segunda vez, condenado a pena privativa de la libertad que excediera de dos años, cumplirá su condena con reclusión en un paraje de los territorios del sud.

La pena de privación de libertad que el procesado sufrió antes de haber cumplido veintiún años, no podrá computársele para la agravación de la pena.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano: artículo 81; Español, 131; Japonés, 59; Proyecto Peruano de 1916, 89; Proyecto Suizo de 1916, 42; Alemán de 1906, 88; Proyecto de 1891, 86; Proyecto de 1906, 56; Ley N.° 4189, 11; Ley N.o 3335.

*

* *

55. Los reincidentes y el lugar del cumplimiento de la pena.— En el artículo anterior hemos podido comprobar cuál es el concepto de nuestra ley en materia de reincidencia y hasta qué extremos se extiende. Hemos observado igualmente la importancia de la cuestión y la necesidad de contar con medidas especiales para combatir con eficacia ese peligro social.

El precepto de que nos ocupamos ahora contiene las primeras previsiones concretas contra la reincidencia.

El reincidente, por el hecho de haber manifestado su tendencia, debe ser separado de los demás condenados y observado especialmente para evitar el contacto, la imitación y por ende el aumento de la criminalidad. Además, un sujeto en esas condiciones, tiene que ser sometido a un tratamiento más severo como consecuencia de las calidades personales que demuestra y a fin de apartarlo de nuevas repeticiones.

Esos conceptos informaron la ley número 3335 y la colocación en el proyecto de 1906 del artículo 56, cuya primera parte

es análoga al 51 del código en vigencia. La exposición de motivos de aquel proyecto, como lo hemos comprobado, se refería también a ese punto en especial.

El artículo en definitiva se limita a establecer en el primer apartado, que los reincidentes por segunda vez cumplirán su pena en un lugar de los territorios del Sud.

*

* *

56. Reincidencia por primera, segunda y más veces, en la ley vigente.— La redacción de este artículo y la del anterior no permiten dudas acerca de lo que debe entenderse por reincidente por segunda vez. El condenado por sentencia firme a una pena privativa de la libertad que comete un nuevo delito, es considerado reincidente por primera vez cuando le corresponde una sentencia condenatoria. Si se le absuelve no hay para qué formular el juicio. El que después de haber sido condenado en esas condiciones, o sea por dos veces, comete un tercer delito, es reincidente por segunda vez.

La Comisión de Códigos del Senado, en su exposición de motivos, expresó respecto a este punto: "El artículo 51 del proyecto en revisión dispone que los reincidentes por segunda vez, condenados a pena restrictiva de la libertad que excediera de dos años, cumplirán su condena con reclusión en un paraje de los territorios del Sud. Concuerda con el artículo 56 del proyecto de 1906 con algunas variantes.

En el informe del ex-senador Rojas se aconseja un aumento de pena al reincidente por primera vez, apartándose así del criterio fundamental seguido en materia de reincidencia por los proyectos de 1906 y de la H. Cámara de Diputados.

La Comisión considera que debe mantenerse en toda su integridad el texto de este último. No es necesario ni conveniente modificar el artículo en el sentido indicado por el Dr. Rojas, porque esto importaría alterar en cierto sentido el sistema lógico del proyecto en lo relativo al arbitrio judicial para apreciar la mayor o menor perversidad de los delincuentes. Conviene dejar margen al criterio de los jueces para apreciar las circunstancias del primer delito y los antecedentes y carácter del reo, recorriendo toda la escala penal, sin sujetarse en el caso de la

reincidencia por primera vez a una norma fija de agravación de la pena. Aceptar el criterio señalado en el informe de referencia, importaría volver al sistema tradicional, rechazado hoy por la ciencia penal y en abierta oposición con las orientaciones del proyecto de la H. Cámara de Diputados."

*

* *

57. Los menores y la reincidencia.— La segunda parte del precepto es concordante con lo establecido en el artículo 38, según el cual al menor de 18 años no se le puede declarar reincidente.

La innovación fué hecha por la Comisión de Códigos del Senado, la que fundó el agregado diciendo: "De conformidad " con el anteproyecto sueco (Capítulo V, art. 3.°) y con el sis- " tema adoptado por el proyecto en revisión sobre la penalidad " de los menores (artículos 36-39), proponemos un agregado al " artículo 51. Responde al propósito de no computar al proce- " sado, a los efectos de la agravación de la pena, la de priva- " ción de libertad que cumplió antes de haber cumplido vein- " tiún años."

" El artículo 38 del proyecto en revisión dispone que no " puede ser declarado reincidente el menor que no ha cumplido " 18 años. Lo podrá ser el menor de veintiún años cuando haya " reincidido por segunda vez—como el mayor de esa edad—en " las condiciones determinadas por el artículo 51; pero de acuer- " do con la modificación aconsejada por nosotros, inspirándonos " en las normas de la política criminal respecto de los menores, " en el caso de ser reincidente por primera vez, el juez no de- " berá tomarlo en cuenta para agravar la pena."

" El código se apartaría así de la norma general estableci- " da para casos idénticos respecto de los mayores de veintiún " años, en virtud de la cual los jueces podrían, según las cir- " cunstancias, tomar en cuenta el delito anterior a los efectos " de agravar la pena en el segundo proceso."

" El artículo 51 ha sido redactado por esta Comisión en la " siguiente forma: El reincidente por segunda vez, condenado " a pena privativa de la libertad que excediera de dos años,

" cumplirá su condena con reclusión en un paraje de los terri-
" torios del Sud."

" La pena de privación de libertad que el procesado sufrió
" antes de haber cumplido veintiún años, no podrá computár-
" sele para la agravación de la pena."

*

* *

58. El artículo 52 y sus concordancias.—

ARTICULO 52

La reclusión en un paraje de los territorios del sud será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren las siguientes circunstancias:

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

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

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

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

Se aplicará la relegación como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión.

CONCORDANCIAS. — Código Francés: artículos 57 y 58; Noruego, 65; Ruso, 67; Japonés, 57, 58 y 59; Proyecto Peruano de 1916, 87 y 88; Proyecto Alemán de 1909, 89; Austriaco de 1909, 38 y 63; Ante proyecto Sueco de 1916, Capítulo V, 1); Proyecto de 1891, 85 y 86; Proyecto de 1906, 57; Ley N.° 4189, 11.

*

* *

59. La reclusión indeterminada de los reincidentes.— La reincidencia es siempre un factor que debe tenerse en cuenta para la graduación del castigo. Así lo establece el inciso 2.° del artículo 41 al hacer una indicación de diferentes circunstancias calificativas.

La reincidencia por segunda vez implica el cumplimiento de la pena en un lugar de los territorios del Sud, esto es, en reclusión y bajo un régimen que debe suponerse más severo que el ordinario. Digo debe suponerse porque la ley carcelaria todavía no se ha dictado.

La repetición de los delitos o la gravedad de las condenas determinan nuevas consecuencias establecidas en el artículo. La reclusión por tiempo indeterminado se impone a las personas señaladas en los cinco incisos, como accesoria de la pena dictada en el último proceso, según lo establece el primer apartado de la disposición.

La disposición tiene antecedentes ya examinados en los proyectos de 1891 y 1906. En el primero de éstos, la reclusión por tiempo indeterminado que correspondía a los reincidentes que pueden considerarse habituales, recibía el nombre de deportación y se consideraba como una pena especial. En la ley número 4189 la institución fué introducida en la misma forma y en el proyecto de 1906 se la mantuvo también con idéntico nombre, mencionándosele igualmente como una pena especial.

*

* *

60. Fundamentos dados por la Comisión Especial de Diputados.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó el artículo 52 en los siguientes términos:

La relegación será impuesta por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena, cuando mediaren: 1.° Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión por más de tres años; 2.° Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos; 3.° Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4.° Cinco condenas a prisión de tres años o menores.

Se aplicará también como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión.

La exposición de motivos lo fundamentó diciendo: "Hemos
" aceptado el artículo 56, que es el 51 del proyecto de esta Co-
" misión, por los motivos que expresa la exposición de motivos

" de 1906, y hemos aceptado por idénticas razones el precepto " relativo a la relegación como accesoria."

" La relegación, que es la deportación del proyecto, no es " una pena nueva, puesto que equivale a la reclusión, pero en " un paraje de los territorios del Sud."

" La relegación se impone a los reincidentes por segunda " vez, condenados a reclusión o prisión estableciéndose que " cumplirán su pena en un establecimiento situado en un terri- " torio del Sud."

" Hoy no se cuenta para esos efectos sino con el presidio de " Ushuaia. Para los demás reincidentes a que se refiere el ar- " tículo 52 del proyecto, la relegación es una reclusión por " tiempo indeterminado, que se impone como accesoria."

*

* *

61. Observaciones del doctor Rojas.— En la Cámara de Senadores el doctor Rojas dijo al respecto: "¿Qué pena es la que " se impone a los reincidentes de que trata el artículo? La rele- " gación en un territorio del Sud—en Ushuaia. La deporta- " ción—dice la Comisión Especial de la Cámara de Diputados— " debía consistir, según la reforma de 1906, en la relegación " por tiempo indeterminado en un paraje que señale el P. E."

" Esta pena se cumple en el presidio de Ushuaia, donde hay " no solamente deportados, sino condenados a presidio, no exis- " tiendo entre unos y otros ninguna diferencia de régimen. Es " necesario crear una nueva pena, ya que la deportación es el " presidio o la penitenciaría, la reclusión, usando nuestros tér- " minos genéricos, que se cumple en Ushuaia."

" Hemos creído, pues, que debíamos limitarnos a estable- " cer que los reincidentes, en los términos en que el proyecto " señala, y los delincuentes considerados incorregibles, cumplie- " ran la pena de reclusión en la cárcel de Ushuaia o en las de- " más que se construyan al efecto."

" La gravedad de la pena impuesta al reincidente, de que " trata el artículo 52, reside, sobre todo, en que la relegación, " es una verdadera pena, se impone por tiempo indeterminado."

" En realidad, nosotros no nos explicamos el artículo 52."

" El establece que la relegación es una "pena accesoria"

" de la última condena, cuando el reincidente se encuentra " comprendido en algunos de los incisos de ese artículo."

"Si es pena accesoria, ¿cuál es, entonces, la pena principal?"

" La pena principal, tratándose de reincidentes, es la "re- " clusión" en un paraje de los territorios del Sud, es decir, la " relegación. Si la reclusión o relegación temporal es la pena " principal impuesta al reincidente, no nos explicamos qué sig- " nificado puede tener al imponer la relegación misma, la re- " clusión, como pena accesoria por tiempo indeterminado."

" Nosotros, imponemos la relegación a perpetuidad como " pena única, al reincidente considerado incorregible."

" El último párrafo del artículo 52 establece: que se apli- " cará también como accesoria de la condena, en los casos de " concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubiesen " sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pe- " na mayor de tres años de prisión."

" Doctor Herrera. 333—Al reincidente no se le puede equi- " parar con el autor de concurso de delitos; el primero ha de- " mostrado con su nuevo delito que la pena no le ha reformado " ni intimidado; en el caso de concurso, la justicia no ha hecho " ninguna advertencia al culpable; su impunidad pudo alentar- " lo a delinquir de nuevo. La agravante de la reincidencia y la " pena aplicable a causa de su incorregibilidad no puede apli- " carse al autor de varios delitos que no ha probado que es " incorregible."

" Según el doctor González Roura, el párrafo de que tra- " tamos debiera, en todo caso, figurar como artículo aparte, a " continuación del 58—concurso de delitos—en esta forma: " Artículo: Se aplicará la relegación por tiempo indeterminado " como accesoria de la condena, en los casos de concursos..."

" Aceptaría por mi parte las ideas del doctor Herrera, pe- " ro en las condiciones que determinaré en el capítulo siguiente."

*

* *

62. El despacho de la Comisión de Códigos del Senado.— La Comisión de Códigos del Senado aconsejó se redactase el artículo en los términos siguientes: La reclusión en un paraje de los territorios del Sud será impuesta por tiempo indetermi-

nado, y como accesoria de la última condena cuando mediaren: 1.° Dos condenas a reclusión o una a reclusión y otra a prisión, por más de tres años; 2.° Tres condenas a prisión por más de tres años o una de reclusión y dos de prisión de tres años o menos; 3.° Cuatro condenas a prisión, siendo una de ellas mayor de tres años; 4.° Cinco condenas a prisión de tres años o menores. Se aplicará también como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubiesen sido cinco por lo menos, y que dos de ellos tuvieran fijada pena de tres años de prisión.

Esa redacción se diferenciaba de la proyectada en la Cámara de Diputados, en el encabezamiento.

La Comisión de Códigos del Senado dijo con referencia a ese punto:

"En el artículo 52 hay que subsistir la palabra "relega-
" ción" por la de "reclusión", pues se trata de una errata. En
" efecto, en la "fe de erratas" del proyecto en revisión, publi-
" cado por la H. Cámara de Diputados, se hace constar que en
" el artículo anterior debe figurar la segunda palabra en lugar
" de la primera, pues la relegación no figura en el sistema de
" penas del proyectó. Por consiguiente, debe hacerse la misma
" corrección en el artículo 52, y así lo entienden los doctores
" Rodolfo Moreno (hijo) y Antonio de Tomaso, miembros de
" la Comisión de la H. Cámara de Diputados que preparó el
" proyecto, con los cuales ha consultado el punto esta Comi-
" sión."

La segunda Comisión de Códigos de aquel alto cuerpo aconsejó agregar después de "mediaren" las palabras "las siguientes circunstancias"; y suprimir la última parte del artículo 52, que pasaría a formar un artículo nuevo después del 50 redactado como sigue: se aplicará la relegación como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubiesen sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuvieran fijada pena mayor de tres años de prisión.

Sancionado en esa forma por el Senado, la Cámara de Diputados, previo dictamen de su Comisión Especial, resolvió aceptar las modificaciones introducidas en el artículo 52, sin que su última parte constituya una disposición separada y manteniéndose por tanto la colocación anterior.

*

* *

63. Observaciones hechas al sistema del código.— Todos los que se ocupan de derecho penal y sociología criminal convienen en que se debe reprimir a los reincidentes de una manera especialísima, pero cuando se legisla en concreto y las medidas se perfilan, las críticas se presentan.

A nuestro código se le ha observado: a) que la reclusión por tiempo indeterminado se dispone después de un cierto número de condenaciones, lo que importa aceptar un sistema parecido al de las penas fijas, abandonadas por la ciencia; b) que se ha sancionado un sistema irreparable por cuanto la accesoria se pronuncia por tiempo indeterminado; y c) que el régimen es inconstitucional, porque las Provincias no están obligadas a enviar a los penados sujetos a la jurisdicción de sus jueces a determinados sitios, correspondiendo, de acuerdo con sus instituciones autónomas, el cumplimiento de los castigos dentro de sus respectivos territorios.

Examinaré estas observaciones.

*

* *

64. Las medidas del código contra los reincidentes y su discusión.— El código tiene su antecedente más cercano en el proyecto de 1891, el que a su vez, según la información oficial del mismo, se inspiró en su propio sistema de penalidad y en la ley francesa de 1885. Esa ley pretendió organizar contra ciertos reincidentes considerados como incorregibles, un procedimiento de eliminación, o sea la relegación perpetua a la expiración de la última condena pronunciada. (1)

Para llegar a esa finalidad el autor del proyecto, que lo fué Berenguer, establecía una penalidad progresiva para cada nueva reincidencia y hacía obligatoria para el juez, la aplicación de la agravación en cada caso.

¿Cómo se manifiesta la tendencia criminal? Indudablemente con el delito que impone el juicio en el cual se verifica el

(1) R. Garraud.—Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Francais. Tomo III, pág. 69.

pronunciamiento. Los magistrados al dictar la sentencia tienen en cuenta todas las condiciones no sólo las relacionadas con el hecho, sino también las que se refieren al sujeto.

La pena es así una consecuencia del crimen cometido y su cantidad, lo mismo que su clase demuestran la calidad de la acción y el grado de peligro que entraña el sujeto.

Además, los jueces saben que el fallo no solamente tiene alcance respecto al hecho juzgado, sino al precedente que señala marcando al individuo con un antecedente que ha de ser tenido en cuenta después y siempre, salvo lo establecido acerca de la prescripción.

De manera que al requerir la ley un número de condenaciones para llegar a una conclusión determinada e imponer un criterio, no aplica un precepto legal a un hecho aislado, sino a un hecho inicial seguido de un juicio donde se han tenido en cuenta una serie de factores.

Una condena supone una serie de elementos; otra condena representa aquéllos mismos y los que han servido para la segunda; y así sucesivamente.

La reincidencia no se caracteriza por la existencia de un número mayor o menor de delitos, sino por la concurrencia de delitos juzgados y que hayan dado lugar a sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Cuando se presenta un número determinado de casos no está la sociedad en presencia de supuestos, sino de circunstancias indiscutibles que revelan la presencia de la actividad criminal y su acción no interrumpida. ¿Qué más cabe investigar? ¿Qué nuevos ensayos pueden intentarse? ¿Qué motivo serio puede concurrir para que la acción de la sociedad se ejercite, procediendo sin contemplaciones a realizar una contraacción frente al delito de nuevo manifestado?

Se habla de dar a los jueces mayores márgenes y no ceñirlos con números. ¡Pero si los márgenes, y amplísimos, se encuentran conferidos en toda la ley! Los magistrados tienen una libertad plena de apreciación, el arbitrio personal se encuentra autorizado dentro de justo límites y cada caso de los que han motivado un juicio y una sentencia, ha permitido hacer un examen completo!

De modo que, cuando se ha comprobado la concurrencia de

un cierto número de condenas, se puede proceder sin el temor de la equivocación.

El código de Noruega acotado por el doctor Ramos (1) dice que si un individuo es culpable de varios crímenes o tentativas criminales, el tribunal puede someter a los jurados, la cuestión de saber si el autor de esos actos, en razón de la naturaleza de los crímenes, los móviles que lo han determinado y los instintos que revela, debe ser considerado como especialmente peligroso para la sociedad o para la vida, la salud y los bienes de los particulares.

En el caso de una respuesta afirmativa, el acusado podrá ser mantenido en una situación de arresto suplementario. Esta detención no empieza sino desde que la pena termina y durará el tiempo que sea necesario, no pudiendo pasar del triple de duración de la pena, ni de quince años.

De la existencia de esos preceptos se desprende la consecuencia de que allí se tiene en consideración el estado peligroso del sujeto, mientras que en el código vigente sólo se aprecia la noción cuantitativa de la reincidencia.

La pena suplementaria en el código noruego puede ser objeto de la liberación condicional (2).

El juicio que se formula es, en mi concepto, equivocado, por las razones antes vertidas. Los números de las condenas revelan apreciaciones hechas con carácter definitivo acerca de la peligrosidad del sujeto y de los inconvenientes sociales que representa. Los jueces saben que los fallos condenatorios tienen dos alcances, el inmediato y el mediato y cuando los pronuncian se hacen cargo de las consecuencias.

Debe, además, tenerse en cuenta que según el propio código noruego (artículo 64), la reincidencia determina la aplicación de las penas más graves de la escala. El artículo 65 se refiere, así, a los casos de condenas de poca importancia sufridas con anterioridad, desde que no puede suponerse que un sujeto tenga una vida tan larga, como para cumplir varias penas de importancia en cuanto al tiempo y estar en condiciones de reincidir.

El conocido criminalista M. Garçon, en el prólogo que po-

(1) Concordancias al Proyecto de Código Penal de 1917. Pág. 301.
(2) Nouveau Code Penal Norwegien.—Note de M. du Mouceau. Pág. 84.

ne a la edición francesa del código penal de Noruega (1), dice refiriéndose a la reincidencia, que es necesario reducir a la impotencia y colocar en condiciones de imposibilidad para dañar a los reincidentes incorregibles, usando el único medio eficaz, o sea una larga o perpetua eliminación. Este punto, dice también, lo ha puesto en plena luz la ciencia contemporánea.

*
* *

65. La irreparabilidad de la reclusión indeterminada.— La relegación por tiempo indeterminado establecida en el código, no es una pena revocable. Es la agravación de la reclusión que reemplaza a la pena de muerte, puesto que la misma reclusión perpetua puede ser objeto de la libertad condicional, y solamente se convierte en irreparable cuando después de la concesión de esa libertad, se revoca el beneficio.

El código en los artículos 6 y 9 se refiere a las penas de reclusión y prisión perpetua y temporal, y en el artículo 13 autoriza la libertad condicional para los condenados, tanto a penas perpetuas como temporales. Ese beneficio no se encuentra permitido para la reclusión por tiempo indeterminado, de manera que esta accesoria de la última condena en los casos en que se pronuncia, no es revocable teniendo el alcance de una eliminación definitiva. La única manera de terminar con una condena de esa clase, sería el indulto o la conmutación.

Podría atacarse el sistema sosteniéndose que la gravedad es excesiva, pero debe tenerse en cuenta que suprimida la pena de muerte, la que no se aplica ni a los reincidentes por crímenes graves, la sociedad debe reemplazarla por la reclusión permanente, lo que equivale a la eliminación del medio social.

Además, dadas las exigencias que se requieren para que esa accesoria se pronuncie, es seguro que no afectará sino a individuos que habiendo estado recluídos durante mucho tiempo repitan sus ataques y acrediten un verdadero peligro.

Consideremos el primer caso, o sea aquel en que medien dos condenas a reclusión, o una reclusión y otra a prisión por más de tres años. Supongamos las condiciones más benignas, o sea el

(1) Code Penal Norwegien.—Preface, Pág. XVIII.

caso de un individuo que condenado a tres años de prisión, cumple su pena. Si ese sujeto comete un nuevo delito, para encontrarse en los términos del inciso 1.° es preciso que esté castigado con más de tres años de reclusión. Los tribunales que deben tener en cuenta la primera condena para aumentar la pena tendrán en consideración no sólo esa circunstancia, sino las consecuencias que la misma apareja y con seguridad, o harán efectiva una penalidad grave, o evitarán, si las condiciones personales y caracteres del hecho lo permiten, que la condena pueda documentar los graves efectos del artículo. Si corresponde lo primero la pena no será seguramente inferior a diez años.

Si el sujeto que sufrió la anterior condena después de cumplida esta nueva, la que corresponde íntegramente porque la libertad condicional no se acuerda a los reincidentes, comete un tercer delito, ¿qué más debe esperarse para tomar medidas definitivas? La ley al establecerlas defiende así acertadamente a la sociedad para la cual se ha dictado el código.

*
* *

66. La libertad condicional en el proyecto de ley carcelaria.— No obstante las observaciones hechas antes, he considerado que no debía cerrarse por completo todo horizonte al reincidente que se encontrare cumpliendo una reclusión por tiempo indeterminado, para no quitar ni aún al sujeto en esas condiciones, toda esperanza y todo estímulo.

Por esas consideraciones, en el proyecto que he presentado a la Cámara de Diputados sobre sistema carcelario, complementando, de acuerdo con ideas expuestas en este libro, el código penal vigente, he propuesto que la relegación tenga la posibilidad de un término.

Esa pena deberá cumplirse como lo establece el código, en un paraje adecuado de los territorios del Sud, que designará el poder ejecutivo. El relegado estará sometido al régimen de la reclusión durante los diez primeros años de su encierro. Después de ese término las autoridades del establecimiento con aviso al juez de la causa, podrán, si el condenado ha dado pruebas de corrección, permitirle dentro del distrito donde se encuentra,

que trabaje con particulares, bajo la vigilancia de dicha autoridad que percibirá el jornal, considerándolo como peculio. Cualesquiera infracción cometida por el penado, lo retrotraerá a la situación anterior. Durante el primer período de ensayo de trabajo libre, el penado deberá concurrir al establecimiento penal, en las horas no destinadas a ese trabajo. Después de dos años de ensayo podrá ser liberado de esa obligación. La relegación cesará después de quince años si el relegado justifica haber observado buena conducta. La cesación sólo podrá ser pronunciada por el juez de la causa con los informes del establecimiento penal. (1)

Como puede verse, se propone un régimen progresivo y se dan facultades extensas a las autoridades carcelarias. El doctor Arancibia Rodríguez, en su proyecto sobre la materia, también aconsejaba la libertad condicional para los relegados.

* * *

67. El cumplimiento de las penas para los reincidentes en establecimientos nacionales.— El artículo establece que la reclusión para los reincidentes en las condiciones del mismo, se debe cumplir en un paraje de los territorios del Sud. Como esos territorios son federales y como las provincias no tienen en ellos establecimientos carcelarios, surge una cuestión constitucional respecto a los poderes de la Nación, para imponer a los jueces y gobiernos provinciales, la obligación de mandar los penados de sus jurisdicciones respectivas a cumplir una pena en determinados establecimientos ajenos a su influencia.

El código tiene dos disposiciones referentes a esta cuestión: el artículo 18 y el presente. Según el primero, las provincias podrán mandar a los penados condenados por más de cinco años de reclusión o prisión, a los establecimientos nacionales, cuando no los tuvieren adecuados al cumplimiento del castigo. Según el presente, la accesoria de reclusión para los reincidentes, debe ser cumplimentada en un paraje de los territorios del Sud, y como las provincias no tienen establecimientos en esos lugares, se

(1) Cámara de Diputados de la Nación. Legislación Penal y Carcelaria.—Proyectos presentados por el señor Diputado Rodolfo Moreno (hijo). Páginas 6 y 86.

entiende que los penados serán entregados a la administración nacional para tales efectos.

En el Congreso Penitenciario reunido en Buenos Aires el año 1914, se planteó la cuestión de la admisibilidad de los penados por los tribunales provinciales en las cárceles nacionales, en los siguientes términos: ¿Debe la nación recibir en sus cárceles y establecimientos penales a los delincuentes condenados por los tribunales de provincias que no tengan establecimientos propios donde hacer efectiva la penalidad prescripta en el código?

El dictamen acerca del punto se encargó a una sub-comisión compuesta de los doctores Julio Herrera y Joaquín V. González (1).

El informe respectivo fué presentado por el doctor Herrera, quien expresaba al final del mismo que su opinión era afirmativa respecto a la cuestión propuesta y pensaba que era obligatorio para las provincias que no poseían los establecimientos penales exigidos por el código, mandar los condenados por sus tribunales a los establecimientos que la nación elija, en cumplimiento de su deber de hacer que dicho código se cumpla en todo el país (2).

Al considerarse el asunto en la sesión del 8 de Mayo, el doctor González Roura dijo: "Lamento la inasistencia del miembro "informante, doctor Herrera, pues hubiera sido conveniente re- "querirle precisara el alcance de su pensamiento. La primera "parte de la conclusión planteada involucra una categórica afir- "mativa respecto del punto cuestionado. Sin embargo, a ren- "glón seguido, el doctor Herrera, traduce una manera personal "de encarar el asunto, no sosteniendo aquella afirmación. Una "de dos: o el gobierno debe erigir cárceles para todos los con- "denados, o las provincias pueden tener establecimientos pro- "pios, no estando obligadas a remitir a aquéllos sus detenidos. "El señor miembro informante ha promovido la cuestión cons- "titucional que la comisión encargada de redactar el Programa "del Congreso ha querido evitar, y como sigo entendiendo que "no es práctico provocarla y conviene tomar los hechos tal co- "mo una larga tradición los ha consagrado, en el sentido de que "las provincias pueden tener cárceles propias, soy de opinión

(1) Trabajos y actas del Congreso Penitenciario Nacional de Buenos Aires. Páginas 15 y 16.
(2) Obra citada. Pág. 132.

" que debe votarse sólo la primera parte de la conclusión, que es " la que concuerda con la cuestión materia del informe, tal como " se encuentra expresada en el programa."

El doctor Prack, por su parte, afirmó que la Nación debía ser obligada a recibir los penados provinciales, pero que las provincias no podían serlo a mandarlos.

Se resolvió votar la cuestión por partes y se aprobó la primera en la siguiente forma: La Nación debe recibir en sus cárceles y establecimientos penales a los condenados por los tribunales de provincias que no tengan establecimientos propios para hacer efectiva la penalidad prescripta en el código.

Consultado el Congreso por moción del doctor Eusebio Gómez, acerca de si debía votarse la segunda parte, o sea la relativa a la obligación de las provincias, se resolvió negativamente.

De manera que en ese autorizado cónclave se evitó una opinión definitiva acerca de la obligación de las provincias, votándose sólo la relacionada con la Nación.

La Constitución federal, en el inciso 11 del artículo 67, ha dipuesto que se dicte un código penal para toda la Nación. Ese código debe prever los delitos y señalar los castigos.

Además, en la última parte del artículo 18 se dispone que las cárceles deben ser sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos, haciéndose responsable al juez de toda medida que a pretexto de precaución mortifique a los detenidos.

Desde el momento que el código penal debe regir en todo el país, las penas que establezca deben ser cumplidas de la misma manera. Si se advirtieran en cada provincia principios diferentes, contaríamos con tantas leyes de fondo como Estados federales, y eso es precisamente lo que la Constitución no admite.

Dentro, entonces, del más completo concepto autonomista, las provincias deben colocarse en las condiciones determinadas por el código y hacer cumplir las penas de la manera determinada en aquél o en la ley carcelaria. La regla de igualdad resultaría de ese modo respetada.

Pero como en el hecho las provincias, o la mayoría de ellas, no tienen establecimientos adecuados, se ha establecido, según lo hemos visto antes, que pueden mandar sus condenados en ciertas condiciones a las cárceles nacionales.

En mi concepto, puede y debe irse más allá. Corresponde crear la dirección general de establecimientos penales que inspec-

cione las cárceles de toda la República y que vigile el cumplimiento de las penas, para asegurar la igualdad. Además, creo que nada se opondría a que si las provincias no tienen establecimientos, o los que no poseen no se encuentran en condiciones, se les obligue a enviar sus condenados a los de la Nación.

Entre las reglas que confieren jurisdicción a las provincias y las que exigen una legislación uniforme e idéntica para todos los habitantes del país con referencia a derechos y obligaciones fundamentales, creo que deben primar las últimas.

Herrera, en su citado informe, decía: "La Constitución nacional, al distribuir el poder entre la Nación y las provincias, " ha dado a la primera la facultad de dictar el derecho, a las segundas la de hacerlo efectivo por medio de sus tribunales y " con arreglo a sus propias leyes. Así, pues, es facultad indiscutible de las provincias organizar sus propios tribunales, reglar " su jurisdicción y la forma de proceder en los juicios y, como " una consecuencia, ejecutar sus condenaciones."

" ¿Pero hasta dónde va esta facultad de las provincias? " ¿Tienen ellas el derecho de ejecutar las penas en la forma que " les parezca más conveniente y más de acuerdo con sus necesi" dades y recursos propios, aunque no se ajusten a las prescripcio" nes de la ley penal?"

" Desde luego, a cualquiera ocurre que si las provincias tu" vieran facultad para apartarse de la ley penal, imponiendo pe" nas diversas de las establecidas por ella, podrían modificarla en " ese punto y si pueden modificarla en un punto pueden modifi" carla en varios y si pueden modificarla en varios pueden modi" ficarla en el todo; es decir, que podrían dictar un nuevo có" digo. A este absurdo nos conduce, por una lógica rigurosa, la " opinión a que acabamos de referirnos. Pero vengamos a la cues" tión "constitucional".

" Si la Constitución nacional hubiera nacido de un pacto " entre Estados soberanos, como en Suiza o en los Estados Uni" dos del Norte, podría, talvez, sostenerse, con alguna apariencia " de razón, que al reservarse éstos íntegramente el derecho pro" cesal y de consiguiente la ejecución de las penas, tenían el de" recho de efectuarla en la forma que lo creyeran más conve" niente; pero, por el contrario, aquélla ha tenido origen en la " voluntad de un pueblo que fué uno bajo el gobierno colonial " y constituyó una sola nación al independizarse de la metrópo-

" li, sin que las provincias, pese a algunas apariencias, hubieran " tenido jamás existencia independiente y soberana, como lo de- " mostró Alberdi con su autoridad indiscutible en varios lugares " de sus obras, y como lo han sostenido y sostienen todos los que " de Derecho Constitucional se ocupan entre nosotros y se pro- " clamó por los constituyentes, particularmente por los que for- " maron parte de la Convención de Buenos Aires del año 60, uno " de los cuales, el doctor Seguí, dijo en ella estas elocuentes " palabras: "Escrito estaba en el libro de los destinos de las " naciones, que la República Argentina sería al fin para la vida " de la libertad y de las instituciones, lo que fué en los gloriosos " días de la independencia nacional: indivisible y una".

" El pueblo argentino, pues, al dictar su Constitución, dis- " tribuyó el poder entre la Nación y las provincias en la forma " que lo creyó más conveniente para garantir la libertad y sa- " tisfacer los votos de éstas. Al dejarles el derecho de aplicar " las leyes de fondo—no íntegramente, como lo prueban las li- " mitaciones consignadas en el artículo 18 y la prescripción del " 102 estableciendo para el futuro el juicio por jurados y facul- " tando al Congreso para que dicte la ley respectiva (Art. 67, inc. " 11),—lo hizo, se comprende fácilmente, en cuanto no compro- " metieran los poderes delegados "por la Constitución" a la Na- " ción y el gran propósito formulado en el preámbulo: Afianzar " la justicia. Las facultades dejadas a las provincias no pueden " estar jamás en pugna con las delegadas a la Nación y, por el " contrario, unas y otras deben concurrir al logro de los fines " consignados en ese preámbulo; y, para evitar cualquier con- " flicto que pudiera comprometerlos, sanciona en el artículo 31 " la supremacía de la Constitución, tratados y leyes que en su " consecuencia dicte el Congreso. Si las provincias pudieran de- " jar sin efecto o crear estorbos en su ejercicio, a los poderes del " gobierno federal, la soberanía nacional sería una mentira y la " Constitución una obra sin consistencia, destinada a destruirse " con su propio ejercicio."

" La Constitución, no sólo limita las facultades de las pro- " vincias en materia de jurisdicción penal y de reglamentación " procesal, sino que prescribe las condiciones que deben tener " las cárceles de la Nación: "deben ser sanas y limpias", dice " el artículo 18, esto es, establecimientos amplios, con luz y venti- " lación suficientes y con todos los servicios accesorios que la

" higiene hace necesarios en edificios destinados a contener gran- " des aglomeraciones de hombres. Este artículo, no necesito casi " decirlo, es letra muerta en la mayor parte de las provincias."

" Esta disposición y las demás del artículo 18 y de toda la " primera parte de la Constitución y las que tienen relación con " el propósito fundamental arriba mencionado, tienen su san- " ción en el artículo 5.°. Las provincias no sólo tienen el deber " de asegurar el cumplimiento de las declaraciones, derechos y " garantías, entre los que se encuentra el artículo 18 citado, si- " no de asegurar la administración de justicia cuando, por actos " imputables a ellas, se falsea en su aplicación la norma general " y obligatoria para los Estados en su capacidad política y los " particulares."

" El gobierno federal, pues, tiene el deber de hacer que el " código Penal se cumpla en todo el teritorio de la Nación, y pa- " ra llenarlo tiene los poderes expresos e implícitos que la Cons- " titución le acuerda (Arts. citados y el 67, inc. 28)."

Se refiere en seguida el Dr. Herrera a la falta de establecimientos carcelarios, a iniciativas parlamentarias y a la pena de deportación que exige para el cumplimiento de la misma, la reclusión del penado en una cárcel nacional.

Pero la dificultad frente al artículo 18 del Código Penal no se presenta, porque esa disposición se limita a crear una obligación para la autoridad federal y una opción para la provincial. Esta surge, en cambio, cuando se trata de los reincidentes a los cuales corresponde la reclusión en un lugar de los territorios del Sud.

El problema no es nuevo, puesto que la ley número 4189 creó la pena de deportación aplicable a los reincidentes y consistente en la relegación por tiempo indeterminado en un paraje adecuado designado por el Poder Ejecutivo.

En el hecho, sin embargo, los conflictos no se han presentado, a pesar de haber regido aquella ley durante diez y nueve años.

En mi concepto, si las provincias carecen de establecimientos especiales para la relegación, deben mandar los penados reincidentes a los establecimientos nacionales respectivos, pudiendo liberarse de esa obligación de un modo que se encuentra dentro de sus posibilidades jurídicas y que consiste en colocarse dentro

de las exigencias de la ley y contar con los establecimientos propios para el cumplimiento de las penas.

La última parte del artículo será considerada al tratarse del concurso de delitos.

*

* *

68. El artículo 53 y sus concordancias.—

ARTICULO 53

La condena anterior no se tendrá en cuenta a los efectos de considerar al reo como reincidente cuando hubieren transcurrido los términos señalados en el artículo 65.

CONCORDANCIAS. — Código Holandés: artículo 74; Ruso, 67; Ante proyecto Suizo de 1916, 296, 298 y 299; Proyecto Austriaco de 1909, 63; Proyecto del doctor Tejedor, Título V, artículo V; Ley Francesa sobre Reincidencia, artículo V; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, artículo 10.

*

* *

69. La prescripción de la reincidencia.— El artículo sanciona la prescripción de la reincidencia y está informado en un propósito de justicia. La ley al tomar medidas especiales contra los que repiten habitualmente el delito, ha querido combatir la tendencia criminosa puesta en ejercicio. Cuando una persona ha cometido un delito cualquiera y transcurre el tiempo sin que repita actos de esa clase, se le debe suponer corregido.

La ley que declara cancelada la condenación condicional después de cierto tiempo, que admite la libertad condicional revocable primero y definitiva después, teniendo siempre en cuenta el factor tiempo, la ley que declara la prescripción del derecho de acusar y aún la prescripción de la pena, no podía mantener para siempre la calificación personal que se produce después de una sentencia condenatoria.

El transcurso del tiempo en todos los órdenes de las actividades jurídicas, tiene siempre las mismas consecuencias y no sería justo, por consiguiente, que se hiciese con la reincidencia una excepción, sin tener para ello un fundamento.

*

* *

70. Antecedentes nacionales sobre prescripción de la reincidencia.— El doctor Tejedor, en su proyecto, consagraba la prescripción de la reincidencia, pues en el artículo destinado a definirla, consideraba tal al que después de sufrir una pena cometiera nueva y voluntariamente un crimen de la misma especie, dentro de los diez años.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, afirmaba el mismo concepto en el artículo 110 colocado en el título sobre la prescripción.

El código de 1886 no contenía disposición al respecto, de manera que el condenado una vez, quedaba marcado para siempre con el estigma y los efectos gravitaban permanentemente.

La ley número 4189, en la segunda parte del artículo 15, estableció que la agravante de reincidencia no se tendría en cuenta si habían pasado diez años de la anterior condenación.

Esta ley volvió sobre los anteriores conceptos y sus disposiciones son análogas a las que consignan los mencionados proyectos.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria que redactó el artículo en la forma en que fué sancionado, dijo en la exposición de motivos para fundamentarlo: "La Comisión ha agre-
" gado un artículo, el 53, que resuelve el problema de la prescrip-
" ción de la reincidencia. Aplicando el proyecto de 1906, el delin-
" cuente condenado una vez, deberá estar perpetuamente sometido
" a esas taras, aunque su vida posterior hubiese sido honesta. El
" derecho de acusar se prescribe, las penas también. ¿Por qué
" no ha de prescribirse el antecedente del delito, cuando una vi-
" da posterior honrada ha demostrado la corrección del sujeto?
" Proponemos, para que esa prescripción se opere, los mismos
" plazos que rigen para la extinción de las penas por el trans-
" curso del tiempo".

*

* *

71. La comprobación de la reincidencia.— Existe en todos

los países civilizados una preocupación constante ante los problemas que plantea la reincidencia. Se trata de la defensa contra sujetos que pueden cambiar de lugar y repetir sus atentados en distintos países y bajo el imperio de diferentes jurisdicciones.

Para que las medidas consignadas en las leyes se puedan aplicar, es preciso que, en presencia del autor de un delito, existan medios para saber si es o no un reincidente. Si esos recursos no concurren todo lo que las leyes digan, resulta teórico e ineficaz.

Entre nosotros especialmente, es preciso insistir sobre el asunto, porque dado el sistema federal de gobierno que hemos adoptado y las jurisdicciones locales que se mantienen y manejan con independencia las unas de las otras, contando con el código solo, carecemos de los elementos precisos para la defensa.

Se requiere, para luchar en buenas condiciones contra la reincidencia, la creación de un registro nacional que comprenda toda la república y pueda informar sobre la delincuencia nacional; se impone dictar una ley de extranjeros; y se necesita verificar el intercambio de fichas con los establecimientos extranjeros de la misma clase, para tener los datos de la delincuencia mundial.

He presentado a la Cámara de Diputados el proyecto sobre creación del registro de reincidencia tendiendo a las indicadas finalidades.

Según ese proyecto, el poder ejecutivo organizará el registro nacional de reincidencia en la forma establecida por la ley.

Todo juez o tribunal del país, al mandar cumplir una sentencia definitiva en materia penal, dispondrá se comunique al registro copia autenticada de la misma, dentro del término de cinco días.

Los jueces, antes de dictar sentencia y a los efectos establecidos en los artículos 41, inciso 2.°, 50 a 53 y demás concordantes del código penal, solicitarán del registro los informes correspondientes.

El pedido de informes de los jueces deberá contener:

a) Nombre y apellido del reo;
b) Apodo;
c) Edad;
d) Nacionalidad;
e) Profesión;
f) Ficha de las impresiones digitales de ambas manos;

g) Filiación; y
h) Cualesquiera otro dato que sirva para individualizar al sujeto.

El registro deberá evacuar los informes dentro de las 48 horas siguientes a la recepción. El pedido de informes y la respuesta a los mismos se harán por correo certificado. Por cada día de demora injustificada en la respuesta, el jefe del registro tendrá una multa de diez pesos moneda nacional que le será aplicada por el juez o tribunal que los hubiere requerido.

El informe del registro nacional de reincidencia hará fe y será tenido como cierto por los jueces al pronunciar sentencia.

El servicio del registro será reservado y sólo podrá suministrar informes a solicitud de autoridad competente.

El informe que debe pedirse antes de dictarse la sentencia, deberá también solicitarse a los efectos establecidos en el artículo 26 del código penal.

Será igualmente indispensable el informe del registro en los casos en que se solicite la libertad condicional legislada en los artículos 13, 14 y siguientes del código penal.

A los efectos establecidos en el segundo apartado del artículo 50 del código penal, el poder ejecutivo concertará el intercambio de fichas con los demás países y dispondrá la formación en el registro de un archivo de las correspondientes a condenados en el extranjero por delitos que puedan, según la ley argentina, dar lugar a la extradición.

El registro, al evacuar los informes que le fueren requeridos, proporcionará igualmente los referentes a personas comprendidas en lo que establece el artículo anterior.

Los jueces de la capital federal, tanto ordinarios como federales, enviarán al registro copia de la individual dactiloscópica y demás elementos necesarios para individualizar a los procesados, una vez que se hubiere dictado el auto de prisión preventiva.

Los mismos jueces mandarán al registro, cuando concedan una excarcelación, el informe respectivo con los datos relativos al excarcelado y a la clase de fianza o caución. Si ésta fuere personal, se expresará el nombre del fiador.

Los jueces mandarán también la copia de los autos de sobreseimiento definitivo una vez que estuvieren ejecutoriados. El procesado a cuyo favor se hubiere dictado puede pedir para que el juez lo ordene, la cancelación de la ficha de identificación y demás anotaciones hechas en el registro.

Con todos esos elementos se formará un registro especial destinado a informar a los jueces cuando se solicite ante los mismos una excarcelación bajo fianza o caución.

El informe no sólo debe comprender los datos relativos a cualquier proceso y al fiador, cuando se pidiere excarcelación bajo fianza personal, sino que debe completarse con los relativos a condenas anteriores registradas en el registro de reincidentes.

Los jueces de la capital federal no podrán decretar una excarcelación bajo fianza o caución sin requerir previamente informe al registro.

El poder ejecutivo organizará como sección de esta oficina la estadística penal y carcelaria, debiendo publicarse anualmente los datos referentes a la criminalidad de todo el país.

Dentro del año de la promulgación de la presente ley se procederá a levantar un censo de la población carcelaria de la nación.

Los resultados de este censo servirán de base para formar la estadística permanente de la criminalidad del país.

A los fines establecidos en los dos artículos anteriores, todas las autoridades y reparticiones, tanto nacionales como provinciales, quedan obligadas a suministrar al registro, los datos e informaciones que les fueran solicitados.

* * *

72. El sistema de identificación.—He propuesto en el proyecto presentado que se adopte como sistema para el registro de reincidentes, el dactiloscópico argentino de don Juan Vucetich.

La experiencia de muchos años, los diferentes contralores a que ha sido sometido el sistema en cuestión, su adopción en otros países, los resultados que ha dado, su sencillez y el hecho mismo de ser nacional, justifican la adopción del mismo para nuestras instituciones de Estado.

El sistema de Vucetich se encuentra, por lo demás, prácticamente adoptado, habiéndose organizado con esas bases los registros de la Capital Federal y Provincia de Buenos Aires.

El doctor Luis Reyna Almandos, en su obra Dactislocopía Argentina, lo ha explicado extensamente, y lo mismo ha hecho su autor el señor Vucetich en diferentes trabajos.

* * *

73. Los fundamentos dados al proponer la creación del registro de reincidentes.— Al presentar a la Cámara de Diputados el proyecto al cual he hecho referencia, lo acompañé de fundamentos extensos. Dejé constancia de la forma como se había desenvuelto la iniciativa y dije, entre otras cosas:

La formación del registro de reincidentes que antes fué conveniente es hoy indispensable, si se quiere llegar a la más acertada aplicación del código penal en vigencia.

Dicho código, en los artículos 26 y siguientes, autoriza la condenación condicional, esto es la suspensión del cumplimiento de la pena cuando fuere menor de dos años y siempre que se tratare de una primera condena. El magistrado deberá tener en cuenta, según el código, la personalidad moral del reo, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado en cuanto puedan servir para apreciar esa personalidad, y agrega: "El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio".

Es indudable que mientras no exista una oficina central donde se encuentren registrados los hechos delictuosos, con los nombres de los autores y los antecedentes que puedan servir para formar juicio acerca de los mismos, los jueces, a los efectos de conceder o negar el beneficio de la condenación condicional, pueden recurrir ampliamente a los elementos que crean suficientes. Informes policiales, datos de otros tribunales, informes particulares mismos podrían servirles, desde que la ley autoriza la suspensión de la pena y dice que el magistrado formará criterio sin ceñirlo a exigencias determinadas.

La casi totalidad de los jueces ha apreciado así el asunto y ha puesto en movimiento los preceptos del código. Un magis-

trado por excepción, ha encontrado que la falta de un registro nacional de reincidencia no permite conceder la suspensión de la condena, por carecer el juez de los elementos indispensables para la formación del criterio.

En mi manera de ver, hay un profundo error en esa solución, desde que el código, lejos de quitar facultades a los jueces, se las ha dado y bien amplias. Si la ley hubiera dicho que era indispensable un informe previo del registro de reincidentes para la concesión del beneficio, es indudable que no habría podido acordarse sin la existencia de la oficina destinada a producirlo.

Pero como el código no ha dicho de donde debe el juez tomar los elementos y antecedentes para la formación de juicio, es también evidente que puede sacarlos de donde lo encuentre oportuno, de acuerdo con sus facultades.

Pero es indudable que mientras no se cree la oficina central de la reincidencia, la sociedad no estará bien defendida en su lucha contra el crimen. Si los jueces conceden el beneficio de la condenación condicional, como lo hacen hoy casi todos, en cumplimiento del código penal, pueden acordarlo a reincidentes porque sus informaciones es difícil que sean completas; y si no lo conceden entorpecerán el desenvolvimiento de una de las mejores reformas introducidas por la ley actual, contribuyendo a dificultar la corrección de ciertos delincuentes primarios para los cuales la cárcel es inconveniente. Además, se contrariará lo establecido en la ley número 11,177 que extiende la libertad bajo caución, segura de que el beneficio de la condenación condicional ha de ser practicado en nuestros tribunales.

Pero no solamente con respecto a la condenación condicional es necesario que se cuente con el registro de reincidentes.

El inciso 4.° del artículo 13 del código penal dispone la revocación de la libertad condicional para los que cometieren nuevos delitos y aun cuando se supone en esos casos una información policial, el registro es la oficina especialmente destinada a proporcionar los datos.

La libertad condicional, según el artículo 14, no se concederá a los reincidentes. La condición de condenado es difícil de establecer sin la oficina especial, no sólo porque en rigor sería preciso pedir el dato a todos los jueces de la república, sino porque en muchos de los actuales juzgados no sería fácil encontrar la información completa. Actualmente la solicitud de datos

se limita a las policías locales en algunas de las cuales, como sucede en la capital federal y en la provincia de Buenos Aires, se cuenta con registros que contienen los datos referentes a los juicios de la propia jurisdicción y algunos de las extrañas.

El código penal ha tenido especialmente en cuenta la reincidencia, la cual es no sólo una circunstancia general calificativa establecida en el inciso 2.° del artículo 41, sino una circunstancia especial que autoriza la agravación de la pena. Esta puede convertirse a causa de la reincidencia en la reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del Sud, según lo establece el artículo 52.

La reincidencia consiste, según el artículo 50, en la comisión de un nuevo delito después de haber sido condenado el sujeto por sentencia firme a una pena privativa de la libertad dictada por cualquier tribunal del país. Esto impone la creación del registro general donde se lleven los anales completos de la reincidencia.

Conviene por fin recordar que en el segundo apartado del artículo 50 se establece que la condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda según la ley argentina, dar lugar a extradición. De manera que el registro deberá tener un intercambio de fichas con los demás países del mundo a los efectos de registrar los crímenes cometidos en el extranjero y poder informar al respecto.

El código penal ha tenido por objeto defender de la mejor manera posible a nuestra sociedad en la lucha que mantiene, como la de todos los países conocidos, contra el crimen y a esos efectos ha hecho grandes diferencias entre delincuente y delincuente. Para los primarios que no han manifestado una tendencia peligrosa, la ley es benigna; para los reincidentes es más severa a medida que se insiste en la actividad criminal llegando hasta la reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del Sud. Esta última pena, que no admite la libertad condicional, reemplaza en nuestro código a la de muerte.

Los antecedentes expuestos con referencia al código penal demuestran que éste, sin las instituciones complementarias, no dará en la práctica todos los frutos que había el derecho a esperar de la reforma.

III

Concurso de delitos

74. Precisión de fijar reglas cuando los delitos a juzgarse ofrecen distintas jurisdicciones. — 75. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor. — 76.—Alcance de las reglas del proyecto Tejedor. — 77. El sistema del proyecto Villegas-Ugarriza-García. — 78. El asunto en el código de 1886. —79. Concurso real e ideal. y delitos continuados. — 80. Proyecto de 1891. — 81. Modificaciones introducidas por la ley de reformas. — 82. El sistema del proyecto de 1906. — 83. El criterio de la comisión especial de la cámara de diputados. — 84. Soluciones del tratado de Montevideo para el juicio en un país, de los delitos cometidos en más de uno. — 85. Los primeros artículos del título. — 86. El artículo 54 y sus concordancias. — 87.—El concurso ideal de delitos. — 88. El artículo 55 y sus concordancias. — 89. La pena cuando media el concurso material. — 90. El artículo 56 y sus concordancias. — 91. La solucion de la ley cuando las penas son de distinta naturaleza. —92. El artículo 57 y sus concordancias. — 93. El orden de las penas para fijar la gravedad relativa de cada una. — 94. El artículo 58 y sus concordancias. — 95. La regla en los proyectos de 1891 y 1906. — 96. El sistema del código. — 97. Observaciones del doctor Rojas. — 98. Opiniones de la comisión de códigos del senado. — 99. El trabajo de la comisión especial de diputados y las opiniones dadas por el doctor Jofré. — 100. Las observaciones hechas al artículo. — 101. El concurso de delitos y las penas especiales para la reincidencia.

* * *

74. Precisión de fijar reglas cuando los delitos a juzgarse ofrecen distintas jurisdicciones.— Cuando un individuo comete un solo delito o cuando varios ejecutan una infracción, las dificultades jurisdiccionales no se presentan, desde que el sujeto o sujetos son sometidos al tribunal correspondiente, el que no puede ser sino uno. De manera que definidas las contiendas de competencia, si llegaren a presentarse, el proceso se tramita sin tropiezos en cuanto a la cuestión jurisdicción se refiere.

Pero cuando se trata de un individuo que ha cometido varios delitos, o de diferentes sujetos acusados por más de una infracción, se producen dificultades relacionadas con la jurisdicción y con la pena correspondiente.

Desde luego, debo acentuar una vez más las distinciones entre reincidencia y reiteración. La primera concurre cuando la persona condenada por un delito comete otro u otros; y la segunda se presenta cuando el sujeto o sujetos son acusados por haber incurrido en más de un delito sin haber sido juzgados definitivamente. La reiteración supone así el concurso de delitos, esto es, la concurrencia de más de una infracción ejecutada por uno o por varios.

En los casos de concurso de delitos, cuando el acusado es uno solo y ha incurrido en más de uno, es preciso establecer qué pena se aplica, desde que podría corresponder una especial: la suma de la correspondiente a todos, o la de uno solo de ellos.

Ese punto lo puede y lo debe resolver la ley penal, desde que se refiere a la materia de fondo.

Pero cuando los delitos se han producido en diferentes jurisdicciones, ¿qué reglas se aplican? Puede ocurrir que existan delitos cometidos en el extranjero y en el país, y que los del país se hayan ejecutado de manera que corresponda para cada uno la intervención de la justicia federal, de la justicia ordinaria de la Capital, o de la ordinaria de las provincias. ¿Cómo se solucionan los conflictos? ¿Hasta dónde puede la ley penal inmiscuirse en la solución de cuestiones jurisdiccionales entre tribunales de distintos Estados? Y resueltas las dificultades de hecho, ¿qué pena debe aplicar el tribunal que resulte competente?

Los problemas que se presentan cuando se trata de un individuo y varios delitos, se complican cuando se refieren a más de un sujeto y a más de un delito, desde que entre las infracciones pueden haber algunas destacadas y distintas de las otras y la vinculación presentarse por el hecho de haber participado los autores de los varios hechos, en un delito determinado que los une en el juicio único indispensable.

De acuerdo con el sistema desenvuelto, examinaré primero los antecedentes y estudiaré después las cuestiones concretas a través de las disposiciones del código.

* * *

75. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor.— En el proyecto del doctor Tejedor no se legislaba sobre el concurso de delitos. En el título V, que se ocupaba de la agravación legal de la pena, se trataba de la reiteración y de la reincidencia. Sobre la primera, decía el artículo 2.°: hay reiteración cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor, dos o varios crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en un solo proceso, y por el mismo tribunal.

La nota decía que era necesario que los hechos concurrentes no hubiesen sido castigados antes, porque de otro modo habría reincidencia, y agregaba que ésta se distingue de la reiteración: 1.° en que supone esta última la reunión de crímenes no castigados todavía, mientras que no puede haber reincidencia sin condenaciones anteriores; y 2.° en que los hechos de la reiteración pueden ser o no de la misma naturaleza, mientras que la homogeneidad es la condición característica y *sine qua non* de la reincidencia. Debe recordarse para que la afirmación última no parezca extraña, que en el proyecto del doctor Tejedor, se limita el alcance de la reincidencia al concepto específico, o sea comisión de delito de la misma especie.

El artículo 3.° del proyecto dice: Si se ha reiterado el mismo crimen contra muchas personas o cosas, o el mismo malhechor comete crímenes de diferentes especies por medio de otras tantas acciones, la pena del uno se agregará a la del otro, pero

si esta reunión fuese imposible por la naturaleza de las penas o por exceder todas reunidas el máximum de duración de cada una, se agregará a la mayor de los delitos procesados, la menor de las mismas, con excepción de la pena de muerte, que no admite agravación alguna.

La nota en que se apoyaba el precepto es extensa y la encabezan los siguientes párrafos del comentario oficial del código de Baviera.

"Cuando un hombre está en manos de la justicia, es necesario arreglar inmediatamente todas las cuentas que la ley penal puede tener con él. Pero es preciso al mismo tiempo tener cuidado de no traspasar el máximum normal de las penas, acumulándolas, y asegurar la impunidad de ciertos crímenes por querer castigarlos juntos. La acumulación indefinida tendría por resultado perturbar la economía de las penas, y reunir penas incompatibles como la muerte, con el presidio o la reclusión... Sería, por otro lado, soberanamente injusto que el mayor número de infracciones fuese una causa de impunidad, y que un culpable pudiese sustraerse a la expiación de uno o muchos crímenes, precisamente porque hubiese cometido mayor número de malas acciones. Para evitar este doble inconveniente, la ley penal debe determinar con exactitud la pena aplicable en casos de acumulación de diferentes crímenes en una misma instancia. Tal es el fin que se propone el código al reglar por disposiciones especiales la reiteración de ciertos crímenes o delitos, y sentar al mismo tiempo principios generales sobre la acumulación de las penas para todos los casos que no hubiesen sido objeto de prescripciones particulares."

Se refiere después a las leyes romanas y españolas, al código francés y a los de España, Austria, y Prusia, terminando con un párrafo de Adolfo Chauveau acerca de la pena de muerte.

No transcribo ese estudio porque no lo creo necesario a los efectos de la actual legislación.

Establece, por fin, el artículo 4.°, que si el crimen se comete muchas veces contra la misma cosa o persona, las diferentes acciones con que se haya continuado, no se considerarán sino como una sola; pero si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente, al crimen mayor.

Sobre este punto, la nota expresa: "Conocemos dos especies de concurso de crímenes, dice el comentario oficial: el concurso formal, y el concurso real. Hay concurso formal o ideal cuando de un solo hecho resultan muchos crímenes o delitos. Esta especie de concurso puede presentarse en tres casos: 1.° Cuando el acto dirigido con un solo fin encierra en realidad muchos crímenes o delitos; por ejemplo, un padre que abusa de su hija, o un hermano de su hermana, en que hay a la vez estupro e incesto. 2.° Cuando el acto encierra muchos actos criminales; por ejemplo, el rapto de un soldado, para conducirlo al enemigo, en que hay delito de rapto y traición contra el Estado: el acto es uno, pero las intenciones son varias. 3.° Cuando uno de los actos necesarios para la consumación del crimen constituye por sí mismo un crimen o delito *sui generis;* por ejemplo, cuando por cometer un fraude en perjuicio de un particular, el agente hace la falsificación de un instrumento público. Si se considera la intención, hay crimen de fraude, si se atiende al medio empleado, hay crimen contra la fe pública".

"Es de la más alta importancia distinguir bien esta tercer especie de concurso ideal, porque aquí el concurso influye no sólo en la arbitración de la pena, sino en la calificación de la acción. Es de regla general, en derecho criminal, que toda acción deba considerarse en su conjunto, y que su carácter debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias que a ella se refieran. No es sólo el fin lo que debe verse en el acto del malhechor, sino también el medio que caracteriza el hecho, y determina la penalidad... La regla sentada para los tres casos de concurso ideal es que debe solamente aplicarse la pena del crimen más grave."

"El concurso real es el que resulta de la reunión de muchos actos culpables, diferentes unos de otros. En él pueden presentarse también tres hipótesis: 1.° Cuando los diferentes actos son homogéneos y ofrecen la circunstancia de que, dirigidos contra el mismo objeto, no constituyen más que un solo y mismo crimen sucesivo (*continuatio delicti*), como la bigamia continuada entre las mismas personas, etc. Estos actos, aunque múltiples, no forman más que uno fraccionado por intervalos, pero único en realidad; y es por esto que el artículo declara que no hay más que un crimen y una pena... 2.° Cuando los

" actos en concurso forman muchos crímenes que son homogé-
" neos, pero que se han reiterado, sin relación entre sí, contra
" diferentes personas o cosas, *repetitio vel iteratio delicti;* por
" ejemplo, si un hombre comete adulterio o bigamia con muchas
" personas. 3.° Cuando los actos en concurso se componen de
" hechos heterogéneos, como una herida corporal, y un hurto,
" una falsedad y un homicidio (*Cumulatio delicti*). En estos ca-
" sos la ley ordena que se acumularán las penas, a menos que
" haya imposibilidad material o legal. Si esa imposibilidad exis-
" te, si por ejemplo la reunión de las penas debiera producir una
" condenación superior al máximum legal, la ley se detiene y
" prohibe la acumulación... Evítanse así esas penas desmesu-
" radas que produce la acumulación sin límites, y el desagrada-
".ble espectáculo que presentan condenaciones pronunciadas en
" pura pérdida, puesto que exceden de la duración de la vida
" humana. Según Mittermayer, sin embargo, este sistema no ha
" dado buenos resultados en la práctica y ha sido abandonado
" después por considerarse incompleto. Según el mismo autor
" no hay más que tres sistemas posibles en semejante materia:
" 1.° El sistema de acumulación pura y simple, pero muchas
" veces impracticable y siempre injusto, porque adicionados los
" tiempos de las diferentes penas en que se haya incurrido, la
" intensidad de la represión crece en una proporción que no es
"solo aritmética, sino también geométrica, lo que aumenta des-
" medidamente el mal sufrido por el condenado. 2.° El sistema
" de la absorción de las penas menores por la más grave, doctri-
" na que no tiene fundamento legal, y que es insuficiente para
" la seguridad de la sociedad. 3.° El sistema de la conversión,
" único que queda, y consiste en combinar las penas entre sí de
" modo que se forme una sola igual a todas las otras."

" Este sistema es ciertamente el mejor, pero necesita ser
" ejecutado convenientemente. El legislador tiene dos cuestiones
" que resolver: 1.° ¿Es justo hacer sufrir al culpable todas las pe-
" nas en que ha incurrido? 2.° Admitiendo que deban sufrirse to-
" das las penas, ¿cuál será el mejor medio de operar la conversión
" o reducción al mismo denominador penal? Esta misma segun-
" da cuestión puede resolverse de dos modos, o bien tomando
" por punto de partida el sistema de la acumulación y limitando
" por prescripciones particulares, que consistan en disminuir
" las penas entre sí, o en excluir la acumulación respecto de

" ciertas penas. La segunda solución, que es la adoptada en ge-
" neral por los nuevos códigos de Alemania, es muy complicada
" y produce efectos muy duros y tan injustos como inesperados."

* * *

76. Alcance de las reglas del proyecto Tejedor.— Como he-
mos podido comprobarlo, el proyecto del doctor Tejedor no se
refería a los conflictos de jurisdicción, limitándose a establecer
qué penas correspondían en los casos de reiteración. Las cuestio-
nes se solucionarían de conformidad a los tratados, a las leyes
de forma o al criterio de los jueces.

Debe notarse también a este respecto, que los códigos de
procedimientos que tienen alcance local, no podrían en ningún
caso, decidir acerca de las cuestiones que se produjeran entre los
tribunales para los cuales rigen y los tribunales de otros Esta-
dos federales o de otra jurisdicción.

* * *

77. El sistema del proyecto Villegas-Ugarriza-García. — El
proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza, y García, tampoco
se ocupaba del concurso de delitos, considerando a la reiteración
como una circunstancia agravante, señalada en el inciso 19 del
artículo 97.

El artículo 98 decía que al culpable de dos o más delitos se
le impondrán las penas correspondientes a las diversas infrac-
ciones. El sentenciado cumplirá todas las condenas simultánea-
mente, siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden
sucesivo, principiando por las más graves.

Por fin, el artículo 103 decía que las reagravaciones por la
reiteración y reincidencia no llegan nunca a la pena capital.

El proyecto mantenía los conceptos del anterior y no re-
solvía las dificultades a que antes me he referido.

* * *

78. El asunto en el código de 1886. — El código de 1886 tampoco legisló especialmente sobre concurso de delitos, limitándose a colocar tres artículos, el 85, el 86 y el 87 en el título que se destinó a la agravación de las penas.

Dichos artículos decían, respectivamente:

Si se ha reiterado el mismo delito contra varias personas o cosas, o si el mismo malhechor comete delitos de diferente especie por otras tantas acciones, la pena del uno se agregará a la del otro, pero si esta reunión fuese imposible por la naturaleza de las penas o por exceder del máximum legal la suma resultante de la acumulación, se aplicará la del delito mayor, agravándola con las adicionales que fuese posible.

Si no fuese posible acumulación alguna por la diversa clase de las penas, el delito menos grave será circunstancia agravante del más grave.

—Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante.

—Si el mismo culpable, con ocasión de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrase otros, se le aplicará la pena del más grave y los otros se considerarán circunstancia agravante.

El código suprimió la reiteración de la lista de las circunstancias agravantes.

*
* *

79. Concurso real e ideal y delitos continuados. — Al estudiar esta materia nos encontramos con casos de concurso real, de concurso ideal y de delitos continuados.

Cuando el delincuente es autor de varios delitos cometidos en distintas oportunidades, contra la misma o diferentes personas, se dice que el concurso es real. El código de 1886 resolvía la situación bajo el punto de vista penal disponiendo la suma de los castigos, pero hasta el máximum de la pena correspondiente en su grado mayor. Así, como la pena de prisión no podía pasar de tres años, si la suma excedía de esa cantidad, o si la adición no era posible por la naturaleza de los castigos, se aplicaba la correspondiente al delito mayor.

Cuando los diversos hechos criminosos se producen con relación a un crimen principal que se tuvo en vista, el concurso se llama ideal y al autor, según el código examinado, le correspondía la pena del delito más grave.

Existe el delito continuado cuando los actos penados se suceden, constituyendo cada uno un delito completo, pero se realizan con relación a la misma víctima y dentro de una misma clase. El ejemplo más típico del delito continuado se encuentra en el adulterio. Si es de la esposa, el acto primero lo caracteriza, pero los que lo siguen, no son otros tantos delitos, sino la repetición del mismo. Si se trata del esposo, el delito existe por el hecho de tener manceba dentro o fuera de la casa conyugal y la infracción se juzga por el hecho en sí, sin entenderse que cada día se comete un delito nuevo.

*
* *

80. Proyecto de 1891. — El proyec de 1891 introdujo innovaciones en esta materia, legislando sobre el concurso de hechos punibles en un título especial y por tanto fuera de las circunstancias agravantes.

El proyecto se refería: a) a los hechos castigados con más de una sanción; b) a los delitos continuados; c) a varios hechos incriminados con una especie de pena; d) a varios hechos incriminados con penas divisibles de diferente naturaleza; y e) a penas no divisibles.

Señalaré la solución en cada uno de esos casos por separado.

Hechos castigados con más de una sanción.— El artículo 78 dice que se aplicará la que fije pena mayor. Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición general y por una especial, se aplicará la última.

La exposición de motivos dice: "Hemos agrupado bajo un "solo título las disposiciones de la ley sobre el concurso de "hechos punibles. La importancia de la materia así lo exigía "y el ejemplo de los códigos más nuevos y mejor ordenados "nos lo aconsejaban."

"Es conocida la vieja división hecha por los juristas, del "concurso de acciones en ideal y material: ideal, cuando con

" un solo hecho se violan varias disposiciones legales o varias " leyes; material, cuando con hechos repetidos, independientes " entre sí, se cometen diversos delitos de la misma o de dife- " rente especie."

" En el caso de concurso ideal, la teoría más fundada y " consagrada por los códigos más adelantados, relativamente a " la represión, es la que sostiene que sólo se debe aplicar la ley " o la disposición que fija la pena más grave. Con arreglo a ella, " el artículo 78 del proyecto prescribe: en primer lugar, que si " un hecho estuviere diferentemente reprimido por una dispo- " sición general y por una disposición especial, se aplicará esta " última. La razón de la primera parte del artículo es que una " es la resolución del agente y uno es también el hecho que ha " ejecutado. Si hay unidad de hecho y unidad de resolución, lo " que importa decir que hay unidad de delito, debe aplicarse una " sola de las leyes o disposiciones violadas. ¿Cuál? La que esta- " blece la sanción más severa, porque es la destinada a amparar " el más importante de los derechos lesionados."

" A la razón consistente en la unidad del hecho y de la " resolución, se agrega otra, para fundar la segunda parte del " artículo; es la de que, en virtud de una regla común de in- " terpretación la disposición especial deroga la general en lo " que la especial comprende."

Sobre delitos continuados, el artículo 79 del proyecto dice: Si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomado aisladamente fuere punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción continua, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor.

Y la exposición de motivos establece: "El artículo 79 pre- " vé las acciones o delitos continuos y manda que a sus agentes " se aplique la disposición que fije la pena mayor. En el delito " continuo, uno es el designio del criminal y uno es también el " fin que se propone conseguir. Los distintos hechos que realiza, " en prosecución de ese fin, aunque sean culpables, considerados " aisladamente, no son independientes entre sí, no son sino di- " versos momentos de una sola acción, forman un conjunto. " Por esto el autor de esos hechos, en vez de ser penado por cada " uno de ellos, tomado separadamente, debe sufrir la pena que " corresponda a la acción continua y única que todos consti- " tuyen."

Acerca de varios hechos castigados con una especie de pena, el artículo 80 dice: Cuando concurran varios hechos independientes, reprimidos con una misma especie de pena, se aplicará una pena igual a la suma de las penas correspondientes a los diversos hechos; pero la acumulación, en los casos de penas restrictivas de la libertad, no excederá del máximum de duración fijada por este código a la especie de pena de que se trate y en los casos de pena pecuniaria no excederá del cuádruplo de la multa que corresponda al hecho más severamente reprimido.

Acerca de varios hechos castigados con penas divisibles de diferente naturaleza, el artículo 81 expresa, en su primera parte: Cuando concurran varios hechos independientes, reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se impondrá cada una de éstas, reducidas a la especie de la más grave, segun las proporciones del artículo 45, siempre que la suma resultante no exceda del máximum legal de aquella especie de pena.

Y en cuanto a penas divisibles, la segunda parte del artículo 81 dice que si alguna de las penas no fuese divisible, se aplicará la más grave de éstas.

La exposición de motivos se refiere a los artículos 80 y 81, en general, diciendo: "En los artículos 80 y 81 se legisla el con- " curso material. Entre las doctrinas adversas sobre la repre- " sión del concurso material, entre la que sostiene que se debe " imponer al criminal la pena del delito mayor y la que afirma " que debe aplicársele las penas correspondientes a todos los de- " litos ejecutados, la última se apoya en buenas razones y tiene " seguramente un fundamento más sólido. El criminal ha rea- " lizado los distintos delitos, y, por cada uno de ellos, se ha " hecho acreedor a la pena respectiva, la cual sin duda se le ha- " bría impuesto si hubiese sido juzgado a su tiempo. No obstan- " te, es posible que la acumulación no sea practicable y que no " responda a las exigencias sociales ni a los fines de la repre- " sión, dadas las condiciones del delincuente. De ahí la necesi- " dad de templar y de modificar la regla de la acumulación para " adecuarla a los diferentes casos de concurrencia. Es lo que " se ha hecho en los artículos 80 y 81, que ordenan la acumula- " ción, pero con varias alteraciones y limitaciones de importan- " cia. El primero de esos artículos dispone que, tratándose de he- " chos reprimidos con una misma especie de pena restrictiva de " la libertad, las penas de los diversos delitos se adicionarán

" sin que nunca la suma resultante de la adición pueda exceder " del máximum de duración fijado en el proyecto a la especie " de pena de que se trate. Así, si la especie de pena es la peni- " tenciaría, la suma procedente de la acumulación jamás pasará " de quince años. Este precepto se halla, en el fondo, compren- " dido en el artículo 85 del código."

" El límite que el citado artículo 80 fija a la acumulación, " en los casos de pena pecuniaria, es el de que la suma no exce- " derá nunca del cuádruplo de la multa que corresponda al he- " cho más severamente penado. Se concibe los graves inconve- " nientes que la adición indefinida de las multas es susceptible de " originar. Para obviarlos, en la necesidad de fijar un límite " máximum, hemos creído prudente establecer que no pasará " del cuádruplo de la multa más alta que el delincuente me- " rezca."

" El artículo 81 se refiere, ante todo, a la concurrencia de " hechos reprimidos con penas divisibles de diferentes clases; " y sanciona también la acumulación; pero, como se trata de " penas de diversa naturaleza, la agregación lisa y llana de las " unas a las otras no es posible. Es preciso reducirlas todas a "una especie, la cual no puede ser otra que la de la pena más " grave. Así lo preceptúa la disposición que exponemos y la " norma de reducción que en ella se adopta es la contenida en " el artículo 45, respecto al cómputo de la detención preventiva " en la pena. El límite de la acumulación queda marcado por el " máximum legal de la especie de pena a que las demás sean " reducidas."

" Sucederá a veces que concurran hechos por los que el de- " lincuente merezca la imposición de penas divisibles e indivi- " sibles."

" Las únicas penas indivisibles que el proyecto establece, " son las de muerte, el presidio perpetuo y la deportación. La " deportación es una pena accesoria; y, por lo tanto, insuscepti- " ble de acumularse o de sumarse con otra alguna. En cualquier " caso, sea o no de concurso de delitos, si procede su imposición, " con arreglo a las prescripciones que le son propias, deberá " siempre aplicarse. Quedan el presidio perpetuo y la muerte. " Toda vez que concurran hechos por los que el agente deba su- " frir estas penas con otros por los que deba imponérsele penas " divisibles, es obvio que la acumulación, aunque fuera prác-

" ticamente realizable, sería improcedente e inhumana. Bastará " entonces, como lo dispone el segundo inciso del artículo 81, " aplicar la pena indivisible más grave. ¿Qué se puede agregar " a la muerte, que no sea una crueldad inútil y repugnante, " cuando su aplicación es necesaria? ¿Con qué objeto y por qué " medio se agravaría el presidio perpetuo, sin demostrar un lujo " de severidad que ningún beneficio reportaría?"

" La inhabilitación podrá imponerse como pena principal " o como pena accesoria y, de una y otra manera, su aplicación " no ofrecerá dificultad de ningún género. Por eso, cuando con- " curra con otras penas de diversa naturaleza, no habrá para " qué reducirla a la especie de la más grave y deberá aplicarse " en calidad de accesoria de la que resulte de la acumulación. " Es lo que estatuye el inciso final del artículo 81. Al ordenar " que la inhabilitación se imponga sin la reducción aludida, el " inciso no prohibe en manera alguna que, si el criminal ha in- " currido en varias inhabilitaciones especiales o temporales, és- " tas se adicionen."

Los artículos 82 y 83 establecen, por fin: La gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 90.

—Las reglas precedentes se aplicarán en el caso en que, después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de dicha condenación.

Y la exposición de motivos, concluye: "Sancionada la acu- " mulación para los casos de concurrencia de hechos punibles, " reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, en " los términos y con las limitaciones, salvedades y excepciones " prescritas en el artículo 81, era menester consignar la regla " por medio de la cual se determinará la gravedad relativa de " las penas que el proyecto consagra, a fin de eliminar toda difi- " cultad y prevenir las dudas, que de otro modo suscitaría la " aplicación de ese artículo. A ello provee el artículo 82, dis- " poniendo que esa gravedad relativa se determinará por el or- " den en que las penas se enumeran en el artículo 69. Es visi- " ble que ese orden de enumeración, muerte, presidio, deporta- " ción, penitenciaría, etc., señala evidentemente el orden de gra- " vedad."

" El artículo 83 prevé el caso en que un individuo, ya juz-

" gado y condenado por uno o más delitos, deba ser llevado nue-
" vamente a juicio por un hecho realizado antes de la condena,
" pero que se ignoraba en el instante en que ésta fué pronuncia-
" da; y ordena que las reglas explicadas precedentemente se
" apliquen al resolver sobre ese hecho. Nada más justo, pues la
" circunstancia de haberse ignorado, durante el primer juicio,
" el otro delito cometido, no puede mejorar la situación del
" agente."

* * *

81. Modificaciones introducidas por la ley de reformas.—La ley número 4189, por medio del artículo 15, agregó un inciso, el 21, al artículo 84 del código penal. Según ese inciso es circunstancia agravante el concurso de varias personas en el hecho delictuoso, salvo los casos especialmente legislados.

Los demás artículos del código de 1886 quedaron subsistentes.

* * *

82. El sistema del proyecto de 1906. — El proyecto de 1906 siguió el sistema del de 1891 y colocó la materia referente al concurso de delitos en un título especial.

Se ocupaba el mismo: a) de los hechos que caen bajo más de una sanción; b) de los hechos reprimidos con la misma especie de pena; c) de los hechos reprimidos con penas diferentes; d) de la gravedad relativa de las penas; y e) de la acumulación en los casos de condena ya impuesta.

Sobre el título entero la exposición de motivos traía las siguientes palabras: "el concurso de delitos, legislado por el có-
" digo en el título de la agravación de las penas, es objeto de un
" título especial en nuestro proyecto, y las modificaciones que
" hemos introducido tienen por objeto llegar, lo más aproxima-
" damente posible a la justa proporcionalidad del castigo."

Veamos ahora la parte dispositiva.

Sobre hechos que caen bajo más de una sanción, el artículo 58 dispone que se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

Acerca de hechos reprimidos con una misma especie de pena, el artículo 59 establece que la pena aplicable al reo tendrá como mínimum el mínimum de la pena mayor y como máximum la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximum legal de la especie de pena de que se trate.

Cuando concurrieren varios hechos independientes, reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, dice el artículo 60, se aplicará la pena más grave teniendo en cuenta los delitos de pena menor. Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión por tiempo indeterminado y la de presidio temporal, en que se aplicará presidio por tiempo indeterminado.

La gravedad relativa de las penas, de diferente naturaleza según el artículo 61, se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el proyecto.

Esas reglas se aplicarán en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de dicha condenación.

* * *

83. El criterio de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados.— El criterio que tuvo la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria al afrontar el presente asunto, resulta bien de manifiesto en la introducción de la exposición de motivos.

Se dijo al respecto: "Las disposiciones del proyecto tenían
" en cuenta los hechos destinados a ser juzgados por un juez,
" esto es, los hechos producidos ante una misma jurisdicción.
" Cuando el acusado ha cometido un delito de lesiones y uno de
" hurto o ha realizado un homicidio y un robo, en tiempos
" próximos o lejanos y es sometido ante un magistrado para que
" lo juzgue, las disposiciones del proyecto no dan lugar a dificul-
" tades. Pero éstas se presentan cuando el autor de distintos
" hechos debe ser sometido a tribunales diferentes, lo que pue-
" de ocurrir no sólo cuando tales hechos carecen de relación,
" sino cuando la tienen".

"Si un individuo realiza un robo en la capital y no siendo "aprehendido comete, algún tiempo después, un homicidio en "la provincia de Buenos Aires y es sometido a la justicia de "ésta, nos encontramos con dos hechos diferentes que deben ser "juzgados por diversos tribunales independientemente. Los dis- "tintos delitos, en este caso, carecen de relación y se juzgan por "separado."

"No obstante esto, el código debe prever el caso, para no "exponernos a que teniendo un sólo código para toda la nación, "hechos iguales den lugar a consecuencias diferentes."

"Así, si el robo y el homicidio hubieran sido cometidos en "la capital, el primero un mes antes que el segundo, y como "hechos independientes, el juez de la capital llamado a juzgar "los dos delitos aplicará las reglas señaladas para el concurso. "En cambio, si el robo fué cometido en la capital y el homicidio "en la provincia, un mes después, los dos delitos serán juzgados "por jueces diferentes que no aplicarán las reglas del concurso, "porque no apreciarán sino un delito cada uno. Aplicando las "reglas del concurso, la pena para el autor de los dos delitos "sería inferior a la misma de las dos condenas sumadas que de- "bieran infligir los dos diferentes jueces que apreciarían los "hechos independientemente. De donde resultaría que, bajo la "vigencia de un código penal único y con las reglas relativas al "concurso, tendríamos, como tenemos hoy, soluciones distintas "para casos iguales. La ley no debe admitir estas diferencias, y "el código, para que no se produzcan, debe prevenirlas, tenien- "do como objeto primordial el que no se verifiquen condenacio- "nes distintas por hechos iguales a causa de las diferentes ju- "risdicciones. Un código penal no será único en el país, como lo "quiere la Constitución, si puede dar lugar a resultados diver- "gentes en su aplicación, por razón de tribunales destinados a "aplicarlos."

"Rivarola, en su "Derecho Penal Argentino", dice al res- "pecto: "La organización federativa de la administración de "justicia bajo la unidad del código penal de la Nación, condu- "ce a consecuencias contradictorias y absurdas. La materia del "concurso de delitos exige necesariamente la unidad del juicio en "que los diversos delitos deberán ser considerados en la unidad "del fallo que fijará la penalidad, sea que se sumen las diver- "sas penas o que se fundan en una sola."

"El código penal debería pronunciarse sobre esta materia "para evitar que las reglas fundamentales que él establezca, "queden suprimidas por las leyes de procedimientos que deben "proveer a su aplicación y no a su derogación."

"Las reglas sobre el ejercicio de las acciones en cuanto de- "ban resolver conflictos jurisdiccionales, deben ser incluídas "en la ley general de la misma manera que el código civil lo ha "hecho para fijar la competencia en materia de sucesiones, de "cumplimiento de contratos o de ejercicio de los derechos rea- "les. Pero el proyecto de 1906 no ha tocado esta cuestión, como "no ha tocado otras que pudieran conmover la susceptibilidad "federalista e impedir por la discusión de un detalle, la urgente "sanción de las reformas penales."

"La Comisión, cree, no obstante la autorizada opinión del "coautor del proyecto de 1906, que es necesario definir esa si- "tuación que puede tornarse anómala en numerosos casos prác- "ticos; declara desde luego que acepta el criterio del proyecto, "concordante con el de 1901 y sus disposiciones, pero considera "que las mismas, tal como están, son incompletas."

*
* *

84. Soluciones del tratado de Montevideo para el juicio en un país, de los delitos cometidos en más de uno.— Veamos ahora en concreto, cómo se solucionan las diversas cuestiones a que puede dar lugar esta materia, dentro de nuestra legislación.

Los diversos delitos pueden haberse cometido dentro del país, o puede ocurrir que el delincuente haya ejecutado, unos aquí y otros en el extranjero. En este último caso, ¿qué ley penal se aplica?, ¿qué castigo corresponde?, ¿qué tribunal interviene?

La solución no puede darla el código penal, que es una ley nacional cuyos mandatos rigen dentro del territorio, sino los tratados que representan el acuerdo de las voluntades soberanas de los distintos países.

En el tratado de Derecho Penal Internacional suscripto en Montevideo en 1888, cuando se celebró el Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado, se consignaron algunas disposiciones relacionadas con esta materia.

En el artículo 1.° se estableció, en términos generales, que los delitos se juzgan por los tribunales del país en el cual se cometen, cualesquiera que fuese la nacionalidad del agente. El artículo 2.° expresa que los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último.

Sobre concurso de delitos en concreto, el artículo 3.° dice que cuando un delito afecta a diferentes Estados, prevalecerá, para juzgarlo, la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se capture al delincuente. Si el delincuente se refugiarse en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradición. Si se tratare de un sólo delincuente, y según el artículo 4.°, tendrá lugar un sólo juicio y se aplicará la pena más grave de las establecidas en las distintas leyes penales infringidas. Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad. El juez del proceso deberá, en estos casos, dirigirse al poder ejecutivo para que éste dé conocimiento de su iniciación a los Estados interesados en el juicio.

Además de las reglas relativas a concurso de delitos, el tratado se refiere en el mismo título 1.°, que trata de la jurisdicción, a otras cuestiones, ocupándose en el 2.° del asilo; en el 3.° del régimen de la extradición; en el 4.° del procedimiento de la extradición; en el 5.° de la prisión preventiva; y en el 6.° de disposiciones generales.

El artículo 27, colocado en el título 3.°, dice que cuando varias naciones solicitaren la entrega de un mismo individuo por razón de diferentes delitos, se accederá en primer término, al pedido de aquella en donde a juicio del Estado requerido se hubiese cometido la infracción más grave. Si los delitos se estimasen de la misma gravedad, se otorgará la preferencia a la que tuviese la prioridad en el pedido de extradición; y si todos los pedidos tuvieran la misma fecha, el país requerido determinará el orden de la entrega.

Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, dice el artículo 28, sobreviene respecto del mismo individuo un

nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad.

*
* *

85. Los primeros artículos del título. — Los primeros artículos del título no tienen en cuenta las cuestiones de jurisdicción, sino que tienden a resolver las dificultades que se presentan ante el juez de la causa, cuando el acusado o los acusados lo son por más de un delito, o cuando el hecho tiene más de una sanción.

El juicio se entiende que debe ser uno y la ley fija la penalidad aplicable teniendo en cuenta que siendo varias las infracciones son también varios los castigos. Veamos así el primer precepto.

*
* *

86. El artículo 54 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 54

Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.

CONCORDANCIAS. — Código de Noruega, artículo 63; Belga, 65; Italiano, 78; Holandés, 55; Alemán, 73; Ruso 62 y 63; Húngaro, 95; Español, 88, 89, y 90; Japonés, 54; Proyecto Peruano de 1916, 79, 80 y 81; Anteproyecto Suizo de 1916, 67; Anteproyecto Alemán de 1909, 90; Proyecto Austriaco de 1909, 65; Anteproyecto Sueco de 1916, capítulo IX N.° 1; Proyecto de 1891, 78; Proyecto de 1906, 58; Código de 1886, 85 y 86.

*
* *

87. El concurso ideal de delitos. — La regla es general y no necesita mayores explicaciones. El artículo se refiere al concurso

ideal, esto es, al hecho con el cual se infringen varias leyes, lo que significa colocar al agente bajo el dominio de diversas sanciones.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, en la parte en que explica el artículo 78 de aquel proyecto, y que antes he transcripto, se aplica a la disposición de nuestro código.

Este artículo se aplica también a los delitos continuados.

Como caso para ejemplo podía señalar el de estafa con falsificación de documento. El delito es uno pero ataca más de un precepto del código y la pena a aplicarse es la de mayor gravedad.

* * *

88. El artículo 55 y sus concordancias.—

ARTICULO 55

Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrán como mínimum, el mínimum de la pena mayor y como máximum, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximum legal de la especie de pena de que se trate.

CONCORDANCIAS. — Código de Noruega, artículo 62; Italiano, 67, 68 y 71; Holandés, 57; Alemán, 74; Ruso, 64; Húngaro, 96, 97 y 99; Japonés, 47; Proyecto Peruano de 1916, 82; Proyecto Alemán de 1909, 91; Austriaco de 1909, 66 y 67; Sueco de 1916, Capítulo IX, N.° 1; Proyecto de 1891, 80; Proyecto de 1906, 59.

* * *

89. La pena cuando media el concurso material.—El artículo anterior se refería a un delito susceptible de distintas sanciones. El presente supone varios hechos independientes. En tal caso, las penas correspondientes a cada delito pueden ser de la misma o de diferente especie.

Cuando son de la misma, se produce la acumulación en las condiciones del precepto.

Los antecedentes los he expuesto ya al ocuparme de los proyectos anteriores.

El doctor Rojas, dijo respecto a este artículo: "Cuando con-" currieren varios hechos independientes reprimidos por una " misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso " tendrá como mínimum el mínimum de la pena mayor y como " máximum la suma resultante de la acumulación de las penas " correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta su-" ma no podrá exceder del máximum legal de la especie de pena " de que se trata.

" Respecto del concurso material o real de que trata el ar-" tículo, y con relación a la represión, en la legislación positiva, " se encuentran tres sistemas:

" 1.° Acumulación material de las penas; 2.° Absorción de " las penas menores por las más graves; 3.° acumulación jurídi-" ca, que consiste en pronunciar una pena más elevada que la " más grave, sea aumentando la duración de ésta, sea agravando " su régimen."

" El proyecto ha adoptado el sistema de la acumulación ma-" terial, cuando se trata de delitos castigados con la misma es-" pecie de pena, siempre que la acumulación no exceda del " máximum legal de la especie de pena de que se trata."

* * *

90. El artículo 56 y sus concordancias.—

ARTICULO 56

Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de diferente naturaleza, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua.

La inhabilitación se aplicará siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo 1.°.

CONCORDANCIAS. — Código de Noruega, artículos 62 y 63; Italiano, 70 y 73; Holandés, 56; Alemán, 74; Ruso, 60; Húngaro, 96; Español, 88; Japonés, 47, 48, 49 y 52; Código Penal de las faltas de Hungría, 29; Proyecto Peruano de 1916, 83; Proyecto Alemán de 1919, 91 y 92; Austriaco de 1909, 66 y 67; Sueco de 1916, Capítulo IX, N.° 3; Proyecto de 1891, 81; Proyecto de 1906, 60; Código Penal de 1886, 85.

*
* *

91. La solución de la ley cuando las penas son de distinta naturaleza.— La disposición se ocupa del caso en que las penas sean de distinta naturaleza. Corresponde entonces otro criterio que el de la suma, por cuanto las cantidades heterogéneas no se puede adicionar. El artículo anterior se refería a los casos de homogeneidad en que la suma era posible y procedente.

El artículo fija las reglas para resolver los concretos que se presenten y no requiere mayores explicaciones.

El doctor Rojas dijo sobre este precepto: "Las penas divi-
" sibles de diferente naturaleza, serían la reclusión, la prisión y
" la multa."

" En este caso no se sigue el sistema de la acumulación y sin
" razón por cuanto es posible convertir todas las penas a un co-
" mún denominador, diremos así, reduciendo las penas menos
" graves a las más graves, de acuerdo con las reglas del artículo
" 24. Es el sistema seguido por el código italiano."

*
* *

92. El artículo 57 y sus concordancias.—

ARTICULO 57

A los efectos del artículo anterior, la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5.°

CONCORDANCIAS. — Código Holandés, artículo 61; Proyecto Peruano de 1916, 84; Proyecto de 1891, 82; Proyecto de 1906, 61

*
* *

93. El orden de las penas para fijar la gravedad relativa de cada una.—La disposición es clara y no necesita explicaciones, desde que consagrada la acumulación de penas para los casos de concurrencia de delitos, castigados con represiones de diferente especie, se necesitaba dar una regla por la cual se fijase la gravedad relativa de las diferentes penas.

Lo que dice al respecto la exposición de motivos del proyecto de 1891, sobre el artículo 82 de aquel conjunto, es suficiente en mi concepto.

*
* *

94. El artículo 58 y sus concordancias.—

ARTÍCULO 58

Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor, dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

CONCORDANCIAS.— Código de Noruega, artículos 64 y 65; Italiano, 76; Holandés, 63; Alemán, 75; Ruso, 66; Húngaro, 104; Español, 131; Japonés, 50, 50 y 51; Proyecto Peruano de 1916, 85; Anteproyecto Suizo de 1916, 68; Proyecto Alemán de 1909, 93; Austriaco de 1909, 68; Sueco de 1916, Capítulo IX; Proyecto de 1891, 83; Proyecto de 1916, 62.

* * *

95. La regla en los proyectos de 1891 y 1906.—Los proyectos de 1891 y 1906 terminaban el título sobre concurso de delitos con un artículo en el cual establecían que las reglas de los anteriores se aplicaban también al caso en que, después de una condena pronunciada por sentencia firme, se debiera juzgar a la misma persona por otro hecho cometido antes de dicha condenación.

Se suponía, como lo dice el proyecto de 1891 en su exposición de motivos antes transcripta que se había ignorado cuando se pronunció la sentencia, la existencia del otro hecho delictuoso que ahora se descubre. Juzgar al sujeto por ese hecho como por un delito distinto y separado, era colocarlo en situación excepcional y fuera del sistema legal acerca del concurso. En un caso de esos, correspondía dictar nueva sentencia teniendo en cuenta todas las acusaciones y aplicar los principios del título.

* * *

96. El sistema del código.—El código ha ampliado la regla contenida en los proyectos, explicándose la nueva disposición en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria que redactó el artículo, el que no fué objeto de modificaciones.

Dicha exposición dice: "La Comisión consultó especialmente el punto con el doctor Tomás Jofré, profesor de derecho procesal de la Universidad de Buenos Aires y autor de los códigos de procedimientos penales de las provincias de Buenos Aires y San Luis; las contestaciones del mismo se encuentran en la "encuesta", habiéndose concertado, después del estudio más detenido, el artículo 58 del proyecto, que permite una solución."

"La dificultad fundamental reside en que las jurisdicciones, tanto en lo federal como en la ordinaria, se encuentran determinadas en la Constitución y no se pueden modificar por leyes del Congreso."

"Cuando el juzgamiento de un delito corresponde al juez

federal por razón de los lugares, personas o materia, el Congreso no puede atribuir la jurisdicción a un magistrado ordinario y recíprocamente."

"De manera que en esos casos la unidad del juicio no es posible y como la diversidad de procesos puede dar lugar a diferencia en los criterios, nos exponemos a las soluciones divergentes, a que antes hemos hecho referencia."

"El artículo salva las dificultades dentro de lo posible, dados los preceptos fundamentales que no podrían alterarse por medio de una ley. Se declara, desde luego, que las reglas relativas al concurso de delitos, se aplicarán también cuando después de una condena, pronunciada por sentencia firme, se debe juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por un hecho distinto o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. La ley se pone en el caso de que no pueda unificarse el proceso por razón de las jurisdicciones. Un ejemplo aclarará los casos posibles. Una persona se encuentra condenada o procesada por homicidio, ante la jurisdicción ordinaria. En la prisión comete otro homicidio; en ese caso, como se trata de un delito nuevo que debe ser juzgado por la justicia ordinaria, la unificación del proceso es no sólo posible, sino fácil."

"Pero, si el individuo estuviera procesado o condenado por falsificación de billetes de banco, el homicidio cometido en la cárcel daría origen a dos procesos, pues el primero no puede sacarse de la jurisdicción federal y el segundo no puede arrancarse de la ordinaria."

"Para esos casos se dispone que las partes pueden pedir y los jueces resolver la adaptación de las sentencias a las reglas establecidas para el concurso de delitos."

"Esa adaptación la deberá hacer la justicia federal o la ordinaria. El caso es que no se puedan producir sentencias desiguales, por razón de las jurisdicciones y que los acusados tengan en la ley el remedio contra cualesquiera alteración de las reglas determinadas en la misma."

"La ley, como puede verse, no sólo se ha referido a las penas que corresponden para el caso de concurso de delitos, sino a las jurisdicciones, fijando reglas para salvar las dificultades."

* * *

97. Observaciones del doctor Rojas.—En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas dijo: "Las reglas precedentes se apli-
" carán también en el caso que después de una condena pronun-
" ciada por sentencia firme, se deba juzgar a la misma persona
" que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se
" hubieren dictado dos o más sentencias firmes, con violación
" de dichas reglas."

" Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor
" dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las
" declaraciones de hechos contenidas en las otras."

" Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos
" en que ella ha intervenido, no puede aplicar esta regla, lo hará
" la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció en la in-
" fracción penal, según el caso."

" **Que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto.**"

" El proyecto de 1906, decía: Art. 62.—Las reglas preceden-
" tes se aplicarán también, en el caso en que después de una
" condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la
" misma persona por "otro hecho cometido antes de dicha con-
" denación."

" El artículo 58 del proyecto no hace distinción."

" ¿Debemos entender que las reglas que sienta el artículo
" 58 se refieren al caso de delitos consumados antes de la con-
" dena, como también al caso de delito perpetrado después de
" la sentencia, *mientras se sufre pena*?"

" Por mi parte, acepto esa interpretación, que es la que sur-
" ge del artículo desde que él no distingue. Además, si el que
" comete un delito está sufriendo una pena de quince años de
" reclusión, por ejemplo, y mientras sufre el castigo comete un
" homicidio, ¿qué deberá hacerse?"

" Lo más humano, lo más razonable: lo que dispone el ar-
" tículo 58 o lo que propongo en el artículo nuevo que debería
" seguir al artículo 56."

" Aplicación del artículo 57."

" Primer caso: Mientras sufre la pena se descubre que el de-
" lincuente ha cometido otro delito anterior al fallo que le ha

" impuesto la pena que está sufriendo. El artículo dispone que se
" apliquen las reglas de la acumulación en caso de concurso."

" No habrá dificultad mayor cuando el delito descubierto
" cae bajo la misma jurisdicción, sea del fuero común o del fue-
" ro federal; pero cuando el caso cae bajo distinta jurisdicción
" la situación varía. Por ejemplo: el delito por el cual se ha im-
" puesto la pena que sufre el delincuente es del fuero federal,
" falsificación de moneda; después se descubre que ha cometido
" un homicidio, delito del fuero común. Este caso no ofrecería
" mayores inconvenientes cuando los delitos se han cometido en
" la capital federal, en la misma provincia o en el mismo terri-
" torio federal, pero la dificultad se presenta cuando los delitos
" se han cometido en distintas provincias."

" ¿Qué hará el juez en cuya jurisdicción cometió el delin-
" cuente el delito no juzgado? ¿Pedirá la entrega del delincuen-
" te para juzgarlo? ¿Lo entregará a la provincia requerida? ¿Se
" esperará que haya cumplido la pena para solicitar la entrega
" y juzgarlo?"

" Segundo caso: Cuando se hubieren dictado dos o más sen-
" tencias firmes con violación de las reglas establecidas, corres-
" ponderá al juez que haya dictado la mayor pena, pronunciar
" una sentencia única, es decir, acumular las penas. No habría
" dificultad cuando se tratase de delitos de fuero federal, pero
" cuando fueren delitos de distinto fuero o cometidos en diferen-
" tes provincias, no encuentro que la regla sería fácilmente apli-
" cable."

" Tercer caso: Final del artículo. Según este párrafo, cuan-
" do la justicia federal no puede aplicar la regla del segundo
" caso, es decir, no pueda dictar la sentencia única, por no per-
" tenecer a su jurisdicción, lo hará la *justicia ordinaria nacional.*
" Supongo que esta justicia es la ordinaria de la capital federal
" o la de los territorios. La disposición sería aplicable cuando las
" sentencias se han dictado en el territorio de la capital, lo que
" sería casi extraordinario."

" Pero supóngase que la justicia federal de Jujuy dicte una
" sentencia y la justicia ordinaria de San Juan dicte otra: ¿qué
" juez dictará la sentencia única? ¿La ordinaria de San Juan?
" Así parece. ¿La Nación entregará el condenado a la justicia or-
" dinaria de San Juan?"

" Todas estas graves dificultades sólo podrían encontrar

" remedio mediante una ley especial, que por eso mismo no po-
" dría formar parte del código penal."

*

* *

98. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado expresó al respecto: "En el tí-
" tulo IX la Comisión no introduce ninguna reforma. Las dis-
" posiciones sobre esta materia del proyecto en revisión han sido
" tomadas del proyecto de 1906 (Art. 58-62), que hizo con razón
" objeto de un título especial al concurso de delitos, legislado
" por el código vigente en el de la agravación de las penas."

" Pero el proyecto en revisión introduce un agregado de
" importancia al artículo 62, que corresponde al artículo 58, cu-
" ya redacción viene a salvar todas las dificultades que pueden
" presentarse en esta materia en el caso de conflictos jurisdic-
" cionales."

" En el artículo 58 del proyecto en revisión se declara que
" las reglas relativas al concurso de delitos, se aplicarán también
" cuando después de una condena, pronunciada por sentencia
" firme, se debe juzgar a la misma persona que esté cumpliendo
" pena por un hecho distinto, o cuando se hubieren dictado dos
" o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. La ley
" se pone en el caso de que no pueda unificarse el proceso por
" razón de las jurisdicciones, como lo dice y lo explica claramen-
" te la Comisión de la H.Cámara de Diputados en la "Exposición
" de motivos" del proyecto."

" La misma consultó especialmente este punto con el doctor
" Tomás Jofré, profesor de derecho procesal de la Universidad
" de Buenos Aires, y de derecho penal de la de La Plata, cuyas
" opiniones se encuentran en la "Encuesta" sobre la reforma
" penal, publicada por la H. Cámara de Diputados."

" El doctor Rojas ha hecho también en su informe un inte-
" resante estudio sobre el concurso de delitos, y al ocuparse del
" artículo 58 del proyecto en revisión, estudia los diferentes ca-
" sos que pueden presentarse en su aplicación. Señala las graves
" dificultades que los distintos casos pueden ofrecer, y llega a
" la conclusión de que "sólo podrían encontrar remedio median-
" te una ley especial, que por eso mismo no podría formar parte

" del código penal. (Véase el informe publicado en este volumen,
" pag. 381-382.)"

Como puede verse, la Comisión del Senado consideró infundadas las observaciones hechas por el senador Rojas y consideró que el código solucionaba todas las dificultades.

*

* *

99. El trabajo de la Comisión Especial de Diputados y las opiniones dadas por el doctor Jofré.— La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria había encontrado en los antecedentes, preceptos que solucionaban la cuestión de la pena a aplicarse en los casos de concurso de delitos, pero no había hallado disposiciones respecto a la jurisdicción.

Cuando se trataba de delitos, de los cuales algunos se hubieran cometido en el extranjero, los tratados internacionales darían la norma, pero cuando hubieren infracciones ejecutadas en distintos puntos y que dieran lugar, dentro de nuestro territorio, a la intervención de jueces con jurisdicciones diferentes, el problema quedaba en pie. El precepto del código, en su última parte, tendió a resolverlo, y para obtener una opinión autorizada consultó especialmente sobre el asunto al doctor Tomás Jofré.

Considero oportuno insertar el texto de su respuesta. El referido profesor se dirigió a mí en los siguientes términos: (1)—"He
" pensado sobre el asunto de que conversamos ayer, y creo pue-
" de hacerse lo que usted quiere, a lo menos en parte."

" El artículo se redactaría así:"

" Cuando se trate de una persona a quien se atribuyan dos
" o más delitos, uno de competencia ordinaria, corresponde juz-
" gar de todos ellos al juez ordinario."

" Esta regla, no es aplicable a aquellos casos en que la Su-
" prema Corte nacional ejerce jurisdicción originaria."

" Para los otros casos, como serían por ejemplo: los relati-
" vos a jurisdicción de presas, defraudaciones contra la nación,
" delitos electorales, me parece que no sería conveniente am-
" pliar la regla."

(1) Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina. Edición de la Cámara de Diputados. Pág. 278.

" No es una novedad que un asunto de competencia federal " se atribuya por el Congreso a los tribunales ordinarios."

" En todos los juicios universales de concursos de acreedo- " res y partición de herencia, conocerá el juez competente de " provincia, cualquiera que fuese la nacionalidad o vecindad de " los directamente interesados en ellos, y aunque se deduzcan " allí acciones fiscales de la nación." (Artículo 12, inciso 1 de la " ley número 48).

" En los lugares en que no haya establecido jueces de sec- " ción o que se halle distante la residencia de éstos, los fiscales " o colectores de rentas o individuos comisionados al efecto, po- " drán demandar a los deudores del fisco ante los jueces de pro- " vincias (Artículo 12, inciso 2 de la ley número 48)."

" La Suprema Corte de Justicia ha resuelto que, de acuerdo " con lo dispuesto por el artículo 18 de la ley número 4507, so- " bre reformas a la carta orgánica del Banco de la Nación Ar- " gentina, éste, en sus gestiones judiciales para la liquidación del " Banco Nacional, puede optar, cuando es demandante, por la " jurisdicción local (Tomo 117, pág. 73)."

"Cuando se cometiere un crimen de los que por ley caen " bajo la jurisdicción nacional, los jueces de provincia, de cual- " quier categoría, podrán aprehender a los presuntos reos, que " pondrán a disposición del juez nacional de sección correspon- " diente, con la remisión del sumario que hayan levantado para " justificar la prisión (Art. 12, inciso 3.°, de la ley número 48)."

" Siempre que en pleito civil un extranjero demande a una " provincia o a un ciudadano, o bien el vecino de una provincia " demande al vecino de la otra ante un juez o tribunal de pro- " vincia, o cuando siendo demandados el extranjero o el vecino " de otra provincia contesten la demanda sin oponer la excep- " ción de declinatoria, se entenderá que la jurisdicción ha sido " prorrogada; la causa se sustanciará y decidirá por los tribu- " nales provinciales y no podrá ser traída a la jurisdicción na- " cional por recurso alguno, salvo en los casos especificados en " el artículo 14 de la ley número 48. (Art. 12, inciso 4.° de la ley " citada número 48 y fallos de la Suprema Corte en numerosos " casos.)"

" La ley número 927, de Setiembre 3 de 1878, excluyó de " la competencia de los juzgados de sección, todas aquellas cau- " sas de jurisdicción concurrente, en las que el valor del objeto

" demandado no exceda de $ 500 fuertes, cuando por otra parte " el conocimiento del caso cayera bajo la jurisdicción de la jus- " ticia de paz de la provincia respectiva, según las leyes de pro- " cedimiento vigentes en ella."

" En Estados Unidos se ha seguido una práctica análoga o " quizá con mayor amplitud. En los Estatutos anotados se lee " lo siguiente:"

" El Congreso está en la facultad de autorizar a los funcio- " narios judiciales de los varios Estados para ejercitar tal poder " como es ordinariamente asignado a los funcionarios de tribu- " nales que no sean de *record;* tales, por ejemplo, como el poder " de tomar declaraciones bajo juramento, de retener o someter " a juzgamiento a los infractores a las leyes de los Estados Uni- " dos, naturalizar a extranjeros y desempeñar cualesquiera otros " deberes que pudieran ser considerados como incidentales al " poder judicial, más que una parte del poder judicial mismo. " Robertson v. Balwin (1897), 165 U. S. 278, en el que el tribu- " nal dice: "La primera proposición de que el Congreso no tiene " autoridad, de acuerdo con la Constitución, para conferir poder " judicial en los tribunales o funcionarios judiciales de los varios " Estados, dió origen a una observación del juez Story en el " caso de Martim v. Hunter (1816) I. Wheat (U. S.) 304, 330, a " efecto de que "El Congreso no puede conferir ninguna porción " del poder judicial de los Estados Unidos, excepto en tribunales " creados y establecidos por el mismo." Esto se repitió en Hous- " ton v. Moore (1820) b. Weat (U. D.) 1, 27 y la misma doctrina " general ha recibido la aprobación de los tribunales de varios " de los Estados. La mejor opinión es aquella de que la segun- " da sección fué entendida como una definición constitucional " del poder judicial. Ghisholm v. Georgia (1793) 2. Dall. (U. S.) " 419, 745, que la Constitución entendía limitar a los tribunales " creados por el Congreso; en otras palabras, que dicho poder " se extiende únicamente al juzgamiento y determinación de " casos en los tribunales de *record;* y estableció que el poder de " los jueces de paz para detener a marinos desertores y entre- " garlos a bordo de los buques, no estaba dentro de la defini- " ción del poder judicial, tal como lo define la Constitución y " puede ser legalmente conferido a los funcionarios de Estados " y que las leyes del Congreso, confiriendo tal jurisdicción, no " son inconstitucionales. (Véase también Levin V.U.S.) (C.

" C. A., 1904), 128 Fed. Rep. 829. Exp. Gist. (1835) 26, 156.
" Véase Houston v. Moore (1820) 5 Wheat. (U. S.) 27."

" Puede conferirse poder a un funcionario de Estado como
" tal, para ejercitar un deber impuesto de acuerdo con una ley
" del Congreso, y el oficial puede ejecutar la misma, siempre
" que su ejecución sea prohibida por la Constitución o legisla-
" ción del Estado."

" Bellemagne v. Moisan (1905), 197 U.S. 174."

" En cuanto a los casos que escapan a la regla que le pro-
" pongo, no podrán ellos traer mayor inconveniente, desde que
" el remedio se encontrará en la aplicación del artículo 62 que le
" proyecté en mi carta anterior. Dictadas las dos sentencias con
" violación de las reglas que fija el código penal, vendría una
" especie de revisión que restablecería la pena justa."

El artículo proyectado en la carta mencionada por el doctor Jofré, decía así: "las reglas precedentes se aplicarán también en
" el caso en que después de una condena pronunciada por sen-
" tencia firme, se deba juzgar a la misma persona que esté cum-
" pliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren
" dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas
" reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor
" dictar, a pedido de parte, una única sentencia, sin alterar las
" declaraciones de hechos contenidas en las otras."

* * *

100. Las observaciones hechas al artículo.—Al exponer las dificultades existentes para resolver las cuestiones propuestas, se ha visto en qué consistían las mismas. Cabe ahora hacer notar que existen, con relación a este punto, reglas constitucionales que, si se aplicaran sin el propósito de conciliarlas, nos llevarían a contradicciones que no se deben producir.

Así, el código fija los principios a que se deben sujetar los jueces cuando se acusa a una misma persona de haber cometido diferentes delitos, y establece las penas que corresponde aplicar. Cuando un mismo juez aplica el código, los preceptos del mismo se cumplimentan; cuando concurren jueces de la misma jurisdicción la ley puede encargar a uno la substanciación del proceso y las dificultades tampoco aparecen.

Pero cuando los magistrados pertenecen a jurisdicciones distintas, las dificultades surgen porque la Constitución federal y las constituciones locales fijan las atribuciones de los distintos tribunales y les determinan sus asuntos, no pudiendo éstos salirse de los límites establecidos, sin contrariar las cartas fundamentales.

Y como, si no se aplicaran las reglas establecidas para el concurso de delitos, y cada juez condenara por el delito que estaba llamado a juzgar, las soluciones serían diferentes, porque estarían determinadas por diferentes disposiciones de la ley, la unidad perseguida e impuesta se habría quebrado.

De manera que, frente a los preceptos que se refieren a las jurisdicciones, tenemos las que imponen una sola legislación de fondo para todo el país, de tal modo que no puedan aplicarse en unos casos determinadas leyes y en otros iguales, leyes diferentes. Y si los principios relativos al concurso de delitos sólo pudieran aplicarse cuando la jurisdicción fuera la misma, las divisiones judiciales que constituyen la materia de forma, se habrían colocado sobre las de fondo.

Entiendo que lo primero que debe cuidarse en el país, a mérito de lo estatuído por la Constitución y en atención a la unidad nacional—que no es sólo política sino institucional,—es la uniformidad en la aplicación de las leyes, salvando ante ese propósito primordial, las dificultades de detalle. Creo, por eso, que el Congreso de la Nación, cuando tenga en vista esa alta finalidad, puede llegar hasta alterar las reglas jurisdiccionales que son secundarias pero solamente cuando se trate de consumar aquel propósito que es superior. En todos los casos de conflicto entre distintas disposiciones, es preciso adoptar un criterio y considerar que unas rigen sobre las otras. De lo contrario habría que confesar falta de sentido jurídico, por cuanto la ausencia de conciliación anarquiza las instituciones.

Me referiré ahora a las observaciones del doctor Rojas para precisar el alcance del artículo, por cuanto la Comisión de Códigos del Senado, a pesar de haber desestimado aquellas objeciones, no se ocupó de rebatirlas y pueden aparecer en pie.

Primer caso.—Mientras el delincuente sufre la condena se descubre que ha cometido otro delito. Según el artículo se deben aplicar las reglas relativas al concurso y producirse la acumula-

ción. Si uno de los delitos es de fuero federal y el otro de fuero ordinario, ¿qué juez resuelve el asunto?

Lo que planteaba el senador Rojas era la solución de una contienda de competencia, la que debe ser resuelta en caso de tratarse de jueces de diferentes jurisdicciones, federal el uno y provincial el otro, por la Suprema Corte nacional.

El código penal resuelve el punto central y hace algo más: autoriza al magistrado de la justicia ordinaria para solucionar el asunto, si no lo ha hecho el federal.

Pero yendo más al fondo de la cuestión. Supongamos que un sujeto está cumpliendo en la provincia de Mendoza una condena por homicidio. Se descubre, pendiente ésta, que en la capital federal ha falsificado moneda. Este delito lo debe juzgar el juez federal de la capital, a quien se debe mandar el individuo y el proceso sobre homicidio, resuelto. El juez federal juzga por el delito de falsificación de moneda y, sin reabrir la causa sobre homicidio, y sin alterar los hechos al dictar la sentencia en el proceso sobre el delito no juzgado, aplica las reglas del concurso y verifica la acumulación. Tal es lo que dispone el código.

Segundo caso.—Se han dictado varias sentencias firmes con violación de las reglas consignadas en la ley. Esas sentencias se han pronunciado por jueces de distintas jurisdicciones; el código dice que la sentencia única deberá ser pronunciada por el magistrado que aplicó la pena mayor.

El doctor Rojas dice que la regla no será fácilmente aplicable. ¿Por qué?

Si el juez que aplicó la pena mayor reclama los autos y no se los mandan promoviéndose la contienda, el tribunal correspondiente soluciona la cuestión de competencia, manda todos los procesos a un juez y asunto terminado.

Tercer caso.—Cuando la justicia federal no pueda aplicar la regla, o sea cuando no pueda dictar la sentencia única aquella corresponderá, dice el doctor Rojas, a la justicia ordinaria nacional. Supone que esa justicia es la de la Capital Federal y la de los territorios y encuentra la dificultad cuando se trate de justicias provinciales.

El artículo es bien claro y el senador Rojas, seguramente por error, omitió tenerlo presente en su integridad, pues el precepto dice justicia ordinaria nacional o provincial. Comprende así expresamente la justicia ordinaria de las provincias.

Y aquí venimos de nuevo a parar a la misma solución de que antes he hablado. Si se promueve una contienda entre jueces, la autoridad judicial correspondiente, define, y el juez autorizado, procede.

Las disposiciones del código, solucionan así todas las dificultades, siendo en ésta, en una de las partes en que hemos debido legislar teniendo en cuenta los hechos, los modos de ser de nuestro país y las instituciones nacionales especialmente.

* * *

101. El concurso de delitos y las penas especiales para la reincidencia.—Debo volver ahora al artículo 52, el que se refiere a la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria para los reincidentes.

En la primera parte se establecen las condiciones que determinan esa condenación especial y en la segunda se extiende aquella para ciertos autores de reiteración. El artículo en esa parte no se dirige así a los reincidentes, sino que extiende la disposición referente a los mismos, al concurso de delitos.

Según ese artículo, se aplicará la relegación como accesoria de la condena en los casos de concurso de delitos, siempre que los delitos juzgados hubieren sido cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena mayor de tres años de prisión.

El apartado ha sido tomado del proyecto de 1906 no encontrándose en el de 1891.

El doctor Rojas en su informe a la Comisión del Senado dijo acerca de la presente disposición: "No obstante la severidad "que parece caracterizar el sistema de la acumulación material, "hay casos en que él parece insuficiente para la represión. Así, "por ejemplo, un criminal comete dos homicidios, cuyos castigos acumulados exceden de varios años al máximum de la pena "de reclusión. Ese delincuente podría cometer impunemente "cualquier delito.

"Para salvar esta situación, el artículo 52, párrafo último, "establece: que se aplicará como accesorio de la condena, en "los casos de concurso de delitos, la relegación por tiempo indeterminado, siempre que los delitos juzgados hubiesen sido

" cinco por lo menos y que dos de ellos tuviesen fijada pena ma-
" yor de tres años de prisión."

" Estamos de acuerdo con el doctor González Roura en que
" dicho párrafo del artículo 52 no debe figurar en el título de la
" reincidencia, desde el momento que no se trata de reinciden-
" tes sino de concurso de delitos; pero no nos parece adecuado
" el párrafo tal como se halla redactado."

"Aunque el párrafo dice: "Siempre que los delitos juzga-
" dos..." debe entenderse que no se trata de "delitos juzga-
" dos" sino simplemente a juzgarse."

" Lo principal es lo siguiente: aunque se trate de cinco de-
" litos a juzgarse, de los cuales dos tengan pena mayor de tres
" años, reputamos que la pena podría ser muy severa, tratán-
" dose de simple concurso. Aunque se hubiesen consumado cin-
" co o más delitos, dos de ellos castigados con prisión de más
" de tres años, podría ocurrir que la acumulación no alcanzase
" al máximum de la pena de prisión. Entonces, tratándose de un
" delincuente que no ha sido castigado ninguna vez, que no ha
" sufrido la advertencia que importa la pena sufrida y las con-
" secuencias que para la reforma o la intimidación significa el
" castigo, no parece justo que se imponga una pena perpetua
" cuando no está agotado todavía el máximum de la pena tem-
" poral. Por esta razón nosotros impondríamos la relegación per-
" petua y como pena principal, sólo en el caso en que la repre-
" sión temporal se encuentra agotada."

" El párrafo final del artículo 52, lo redactaríamos en la si-
" guiente forma y como artículo a continuación del artículo 56:
" Artículo: Cuando el delincuente ha cometido más de dos delitos,
" dos de los cuales, por lo menos, llevan separadamente pena de
" reclusión superior a trece años, podrá imponérsele relegación o
" reclusión a perpetuidad."

" La exigencia concuerda con el criterio dominante en mate-
" ria de reincidencia, siendo lógico que no se distinga entre caso
" y caso por el momento en que los crímenes se han cometido."

IV

Extinción de acciones y de penas

102. El artículo 59 y sus concordancias. — 103. Las acciones, su noción y sus divisiones. — 104. Muerte del imputado.— 105. La amnistía.--106. Prescripción de la acción.--107. La prescripción en el proyecto del doctor Tejedor. — 108. El proyecto Villegas-Ugarriza-García. — 109. El código de 1886 y la ley número 4189. — 110. La prescripción en los proyectos de 1891, 1906 y 1917. — 111. Observaciones del doctor Rojas y opinión de la comisión de códigos del senado. — 112. Renuncia del agraviado —113. El artículo 60 y sus concordancias. — 114. Alcance del precepto. — 115. El artículo 61 y sus concordancias. — 116. Alcance de la disposición. — 117. El artículo 62 y sus concordancias. — 118. Los términos para la prescripción. — 119. Principios del proyecto de 1891. — 120. Ideas de la comisión especial de diputados y de la comisión de senadores. — 121. Antecedentes del doctor Herrera. — 122. El artículo 63 y sus concordancias. — 123. Fijación del momento en que empiezan a contarse los términos para la prescripción de la acción. — 124. El artículo 64 y sus concordancias. — 125. El pago de la multa y la extinción de la acción penal. — 126. El artículo 65 y sus concordancias. — 127. Términos para la prescripción de las penas. — 128. El artículo 66 y sus concordancias. — 129. Fundamentos del artículo. — 130. El artículo 67 y sus concordancias. — 131. Los términos de la prescripción con relación a los partícipes. — 132.—La interrupción de la prescripción en nues-

TROS ANTECEDENTES NACIONALES.—133. PROYECTOS DE 1891 Y 1906.—134. LA EXPOSICIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL Y LA OPINIÓN DE RIVAROLA — 135. EL CÓDIGO NO ADMITE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. — 136. LA OPINIÓN DEL DOCTOR HERRERA. — 137. OBSERVACIONES HECHAS A LA DOCTRINA DEL CÓDIGO Y DEFENSA DE LA MISMA. —138. LA INTERRUPCIÓN CUANDO SE COMETE UN NUEVO DELITO.—139. REFORMA PROPUESTA.

* * *

102. El artículo 59 y sus concordancias.—

ARTICULO 59

La acción penal se extinguirá:

1.° Por la muerte del imputado;

2.° Por la amnistía;

3.° Por la prescripción;

4.° Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada.

CONCORDANCIAS.— 1.°—Código Español, artículo 132, Nro. 1; Italiano, 85; Holandés, 69; Húngaro, 105, Nro. 1; Noruego 66, inciso 1.°; Chileno, 93, 1.°; Proyecto de 1891, 95, 1.°; Proyecto de 1906, 63, inciso 1.°; Proyecto Peruano de 1916, 90, inciso 1.°

2.°—Código Español, artículo 132, Nro. 2; Italiano, 88, Chileno, 93, 3.°; Proyecto de 1891, 95, inciso 2.°; Proyecto de 1906, 63, inciso 2.°; Proyecto Peruano de 1916, 90, inciso 2.°.

3.°—Código Español, artículo 132, Nro. 6; Código de 1886, 89; Proyecto del Dr. Tejedor, Título tercero, artículo 17; Italiano, 91; Alemán, 66; Húngaro, 105, Nro. 3; Chileno, 93, 6.°; Proyecto de 1891, 95, inciso 3.°; Proyecto de 1906, 63, inciso 3.°.

4.°—Código Italiano, artículo 88; Chileno, 19; Español, 24; Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales, 15; Proyecto de 1891, 95, inciso 4.°; Proyecto de 1906, 63, inciso 4.°.

* * *

103. Las acciones, su noción y sus divisiones.—Acción es la facultad de recurrir a las autoridades judiciales a los efectos de asegurar la protección de un derecho. El ejercicio mismo de ese derecho recibe también el nombre de acción.

Toda acción supone la existencia de un derecho que le da nacimiento y todo derecho supone la concurrencia de una acción para protegerlo. Si hubiera derecho y no se contase con acción sería lo mismo que si no existiese, equivaldría a dictar leyes sin imperio y a erigir hechos en delitos sin fijarles pena.

Como los derechos individuales en general están garantizados por el derecho privado o el público, las acciones corresponden a esos dos grupos, dividiéndose de acuerdo con los mismos en públicas y privadas. Ordinariamente y a causa del mayor número de derechos afectados que se ponen en movimiento, las acciones se distinguen en civiles y criminales, aplicándose el primer término para designar a las privadas y el segundo para las públicas.

El Código Penal en el artículo que estudiamos se refiere a la extinción de la acción criminal. La acción criminal importa la facultad de perseguir la aplicación de una pena contra el individuo que ha cometido un delito. La acción criminal como veremos después, es generalmente pública, esgrimiéndose como un derecho y un deber de la sociedad por intermedio de funcionarios especialmente autorizados. En casos excepcionales, sin embargo, se le atribuye carácter privado y otras veces el de mixto.

La acción se distingue de la pena en que la primera supone el delito e implica el ejercicio del derecho.

La existencia o inexistencia del mismo dependerá del juicio y lo determinará la sentencia.

El título que examinaré se ocupa de la extinción de las acciones y de las penas.

* * *

104. Muerte del imputado.—El primer inciso del artículo establece que la acción penal se extingue por la muerte del imputado. El precepto no necesita explicación desde que, en el estado actual de la civilización no se concebiría que las responsabilidades personales derivadas del delito se transmitiesen.

El código de 1886 no tenía un título para ocuparse del presente asunto, legislando sólo acerca de la prescripción. El pro-

yecto de Tejedor solamente se refería a tal prescripción y a la muerte del inculpado, diciendo en el artículo 17 del título III que el fallecimiento del delincuente extingue la pena, pero que los herederos están obligados a pagar la multa pronunciada y a cumplir los fallos de los tribunales en lo tocante a los bienes, si el delincuente muere después de deducida apelación del fallo de primera instancia.

En la nota, el doctor Tejedor se refiere a las leyes españolas y al comentario oficial del código de Baviera recordando también que las medidas de vejación sobre los cadáveres se han abandonado ya.

El proyecto de 1891 seguido por el de 1906 trajo un título análogo al presente. Fundando su necesidad, la exposición de motivos dijo: "El código vigente sólo ha legislado un modo ge-" neral de extinción de las acciones y de las penas,—la prescrip-" ción. De los demás modos de extinguir la acción penal o la " condena, no se ocupa en la parte general, y, sólo accidental-" mente, en la parte especial, menciona casos de extinción por " perdón o renuncia del agraviado. Nosotros, siguiendo el mé-" todo de los códigos más modernos, hemos reunido en un solo " título todas las reglas relativas a la extinción de las acciones " y de las penas por cualquiera de los modos admitidos por el " derecho, a saber, la muerte del inculpado, la amnistía, el in-" dulto, la prescripción y la renuncia o remisión del agraviado en " los hechos punibles que solo dan lugar a acción privada."

La exposición de motivos del proyecto de 1906 expresó acer-" ca del asunto: "Las disposiciones aisladas que contiene el có-" digo vigente sobre ejercicio de las acciones han sido reunidas " del mismo modo en un título especial, que lógicamente debía " figurar en esta parte del código, puesto que constituyen re-" glas de carácter general.."

" Fuera de esta modificación, más de forma que de fondo, " hemos dividido las acciones en tres categorías, según la na-" turaleza de los delitos, limitando la acción de oficio respecto " de algunos que, por sus caracteres, debían dejarse a la inicia-" tiva privada."

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se limitó a decir en general, que en el código de 1886 faltaba el título habiéndose salvado la omisión.

* *

105. La amnistía.—El segundo modo de extinción de las acciones establecido en el artículo, concordante con el correspondiente de los proyectos de 1891 y 1906, es la amnistía, cuya concesión corresponde al Congreso.

La Constitución establece en el inciso 17 del artículo 67 que una ley puede conceder amnistías generales.

La amnistía equivale al olvido y encierra como dice Vedia, una idea de remisión absoluta y general que no corresponde a ninguna otra forma de clemencia (1).

Una ley de amnistía borra el delito mismo, de manera que los acusados, procesados o condenados quedan en las mismas condiciones de las personas que no han cometido el hecho incriminado. Los que estuvieran encarcelados recobran su libertad y éstos como los otros quedan libres de toda incapacidad. Los demás quedan a su vez libres de proceso.

La amnistía se aplica a los delitos políticos y se produce cuando las pasiones se aplacan y se considera que es necesario volver a la normalidad por medio del olvido de los hechos y sus consecuencias.

La ley tiene siempre carácter general y alcanza a todas las personas relacionadas con los hechos cuyos efectos penales se hacen desaparecer.

Como la amnistía elimina el hecho mismo, fuente de las responsabilidades, aquel no gravita sobre quienes lo realizaron y no importa antecedente que se cargue al individuo. El amnistiado, no es, ni ha sido delincuente; luego no se le considera, aunque medie condena, condenado a los efectos de la reincidencia.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria dijo en su exposición de motivos: "La amnistía puede extinguir la " acción o la pena, según el momento en que se dicte la ley " respectiva, pero en todos los casos borra la acción de manera " que el hecho realizado por el sujeto a quien beneficia esa ley. " no puede ser tenido en cuenta para considerarlo reincidente."

Aunque la amnistía se concede por medio de una ley del

(1) Agustín de Vedia.—Constitución Argentina. Pág. 317.

Congreso, con relación a los delitos políticos que afectan a un estado federal, las legislaturas podrían concederla.

La Constitución de la provincia de Buenos Aires en el inciso 5.° del artículo 99 dice que corresponde al poder legislativo conceder indultos y acordar amnistías por delitos de sedición en la provincia.

*
* *

107. Prescripción de la acción.—La acción penal se extingue por prescripción, según el inciso 3.° del artículo en estudio.

En general la prescripción es un medio de adquirir derechos o de liberarse de obligaciones por el transcurso del tiempo. En los dos casos, cuando se adquiere y cuando se libera debe concurrir acción de una parte e inacción de la otra. Para adquirir es preciso que el tenedor del derecho se mantenga en su posesión y que los demás no lo perturben. Para liberarse es indispensable que el obligado no sea perseguido. El transcurso del tiempo sólo produce efectos jurídicos adquisitivos o extintivos cuando el interesado no es objeto de reclamo alguno.

Rivarola (1) encuentra que la prescripción en el orden civil y en el orden penal, tiene fundamentos distintos. Dejando de lado toda diferencia entre prescripción adquisitiva y liberatoria, los fundamentos de la institución en el orden civil y según Savigni, son: 1.° necesidad de fijar las relaciones inciertas de derecho susceptibles de dudas y de controversias, encerrando la incertidumbre en un lapso determinado de tiempo; 2.° presumida extinción del derecho que la acción protege, presunción que consiste en la inverosimilitud de que el titular del derecho hubiere descuidado tan largo tiempo el ejercitar su acción si el derecho mismo no se hubiere extinguido de un modo cualquiera por más que no exista prueba de ello; 3.° el castigo de la negligencia del titular del derecho, motivo que se indica claramente en las fuentes; 4.° que el demandante puede intestar su acción cuando le plazca y por tanto difiriéndola, aumentar las dificultades de la defensa, porque los medios de prueba pueden desaparecer, sin culpa del demandado, como sucede por ejemplo,

(1) Derecho Penal Argentino. Págs. 598 y siguientes.

si los testigos llegan a morir: la prescripción restringe este derecho absoluto del demandante y evita hasta cierto punto su mala fe; 5.° la disminución de los pleitos.

El doctor Rivarola agrega que de estos fundamentos no se aplica a la prescripción penal nada más que el último desde que con ella se evitan muchos procesos mal fundados y el peligro de la decisión injusta por falta de pruebas.

En mi concepto la prescripción en el orden jurídico en general deriva de una característica humana: el olvido. Los hechos todos producen cuando tienen lugar impresiones y consecuencias determinadas, borrándose poco a poco de la memoria de las gentes. La inacción, unida al hecho consumado la hacen triunfar en el orden civil, donde no existirían derechos estables sin esa institución. El absolutismo en el derecho daría lugar a permanentes alteraciones en la tenencia de los mismos y a conflictos sin solución o provocadores de perturbaciones sin término. La revisión de todo se impondría y eso haría imposible la vida social.

Bajo el aspecto represivo la prescripción por el transcurso del tiempo se impone: 1.° Por la falta de interés social que existe en el castigo de un sujeto que ha demostrado no reincidiendo, la corrección de su vida y sus procedimientos; 2.° Por la falta o insuficiencia de pruebas para un pronunciamiento justo; y 3.° Por la precisión de no mantener permanentemente los derechos en espectativa.

En definitiva la prescripción bajo cualquier punto de vista que se tome, se justifica por un solo y único factor: el tiempo.

Examinaré ahora los antecedentes nacionales en esta materia.

*
* *

107. La prescripción en el proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor no se ocupaba de la extinción de las acciones y de las penas. En el título VII se legislaba solo acerca de prescripción.

El artículo 1.° fijaba los tiempos que era preciso transcurriesen para la prescripción del derecho de acusar, esto es de la acción.

El artículo 2.° se refería a la prescripción de las penas.

En cuanto a la nota decía al respecto y con relación a los dos artículos:

"La prescripción en materia penal está hoy admitida y aprobada por casi todos los legisladores, publicistas y criminalistas. Según las leyes romanas, unos delitos se prescribían por un año, otros por dos, otros por cinco, y otros por veinte. En Inglaterra se prescriben todos por tres, menos los de lesa majestad. El código francés dispone que se prescribe por diez años la acción criminal procedente de un delito digno de pena de muerte o de otra cualquiera aflictiva o infamante y por veinte la sentencia de condenación ya pronunciada. En la antigua legislación española no se encuentra ley que determine en general el tiempo porque hayan de prescribirse los delitos; pero hay varias leyes que fijan la prescripción de algunos. Los de falsedad pueden acusarse por cualquiera del pueblo dentro del término de veinte años, y no después. (L. 5, tít. 7, p. 7). El adulterio puede acusarse solo dentro de cinco años; y si hubiese sido ejecutado por fuerza dentro de treinta. El incesto y el acceso con religiosa, viuda que vive honestamente, o con doncella, ha de acusarse en igual tiempo que el adulterio. La injuria tuerto o agravio puede acusarse por quien lo recibió en el transcurso de un año y no más, pues se presume por el silencio de tanto tiempo que no se tuvo por agraviado, o que perdonó la ofensa. La prescripción en los delitos empieza desde el día en que se cometieron. (L. 3 y 4, tít. 17, p. 7, 2, tít. 18, p. 7 y 22; tít. 9, p. 7). Sin embargo la ley 3, título 2, libro 10, Fuero Juzgo, señala en general el transcurso de treinta años para prescribir los delitos, *omnes causoe sive bono sive maloe aut etiam criminales,* etc. Por el código español del año 22 no había lugar en tiempo alguno a prescripción contra los sentenciados, (art. 178); pero por el código vigente se prescribe, no sólo la acción criminal, sino también la pena pronunciada. (Véase a Pacheco, t. 1, p. 528). Según el código napolitano las sentencias en que se impone pena de muerte, esgástulo, y cuarto o tercer grado de cadena no se prescriben por tiempo alguno; los demás por veinte, cinco, o un año (art. 613 a 616). Por el brasilero las penas impuestas a los culpables no se prescriben por tiempo alguno (art. 65). Por el peruano se prescribe tanto el derecho de acusar, como la pena, (art 95 a

98), y lo mismo por el boliviano (art. 103 a 109). Según el código de Baviera el lapso de cierto tiempo no es por sí solo razón bastante para extinguir el crimen ni la pena, y sin embargo, el culpable se libra de ésta pasados ciertos plazos, sino ha sido conocido de la justicia, o por culpa de los magistrados no ha habido proceso ni decisión judicial, y si durante esos plazos observa una buena conducta no interrumpida, (art. 139 a 140). "La prescripción en materia criminal, dice el Comentario Oficial, no debe considerarse bajo el mismo punto de vista que en materia civil. En derecho civil, el tiempo solo, sin otras condiciones, puede producir efectos; porque importa no dejar la sociedad en la incertidumbre; y porque el hombre negligente que pierde sus derechos, debe culparse a sí mismo. En derecho penal, el simple lapso de tiempo no puede destruir la penalidad, porque de otro modo bastaría a un malhechor hábil borrar las trazas de su crimen, o fugarse para procurarse la impunidad. El beneficio de la prescripción no puede aprovechar al que se oculta, destruye los medios de prueba, o procura de cualquier otro modo ilícito trabar la acción de la justicia y sustraerse al castigo. No es lo mismo cuando sin participación del culpable, el hecho o el agente quedan ignorados por los magistrados, o cuando por culpa del juez queda en suspenso la averiguación o el fallo. Si este estado se prolonga, y el culpable durante este tiempo guarda una conducta constantemente regular, el legislador puede encontrar en esto motivos poderosos de borrar el crimen y suspender la represión. Después de un lapso de muchos años, el interés de la sociedad en el castigo del crimen se ha debilitado como el recuerdo del crimen mismo. La prueba es incierta, la defensa más difícil, e importa al Estado estimular el retorno del culpable al bien y al orden; porque si la continuación de una buena conducta durante muchos años, si esta prueba tan positiva de un arrepentimiento real, no se aceptase como un medio de reconciliación, si el hombre criminal en un fatal momento, no pudiera alzarse jamás, se vería provocado por este solo hecho a nuevos crímenes y delitos. No es, pues, el lapso de tiempo, sino más bien la mejora manifestada durante este tiempo por el culpable, la que extingue el crimen. Así, el artículo exige una buena conducta no interrumpida durante los términos de la prescripción. En cuanto a los plazos mismos,

" no deben ser ni demasiado cortos, porque se comprometería " entonces la seguridad pública, ni demasiado largos, porque se- " ría duro dejar a un hombre esperando indefinidamente los " efectos legales de su mejora. La necesidad de proveer el in- " terés de la sociedad y de asegurarse de la enmienda del cul- " pable, exige que el legislador fije la duración de la prescrip- " ción, según la diferencia de los delitos y de los crímenes."

" La prescripción en materia penal descansa indudablemen- " te en una idea moral y equitativa, por diferentes que sean los " puntos de vista bajo que ha sido considerada en los códigos " que dejamos recorridos. Según un escritor antiguo, la base " de la prescripción es la posesión en que el delincuente ha es- " tado de la impunidad. Pero esta razón tomada únicamente de " los principios de la posesión no es satisfactoria. Filangieri da- " ba por motivo que nada es más difícil que defenderse de una " acusación formada muchos años después del crimen, porque " el tiempo al borrar el recuerdo de las circunstancias que han " acompañado al delito quita al acusado todos los medios de " justificación, ofrece a un calumniador audaz el velo que ha " de cubrir sus imposturas. Mr. Legraverand agrega a esta re- " flexión que si el crimen o delito no ha sido perseguido es pro- " bablemente porque el órgano de la sociedad, no habrá podi- " do reunir datos suficientes de culpabilidad, y el tiempo no " puede menos de aumentar la dificultad de tener pruebas se- " guras. La exposición de motivos del código francés daba por " principal razón que, a ejemplo de las venganzas individuales, " la vindicta pública debe olvidar también las injurias hechas " a la sociedad. Pero luego agrega esta observación más positi- " va. "¿Quién no sabe que durante el tiempo exigido por la " prescripción el culpable ha sido castigado por las agitaciones " y las tribulaciones interiores de su conciencia, los tormentos " de una vida incierta y precaria? que si después de este tiempo " no es libertado enteramente de este estado de tormento y an- " gustias interiores, merece al menos quedar libre de la pena " legal a que ha sido condenado, o si no ha habido condenación " verse amparado de un proceso criminal? En el caso de no " condenación, hay otra razón para no proceder contra él, y es " que después de un largo lapso de tiempo, no es fácil compro- " bar el cuerpo del delito, ni procurarse piezas de convicción, " ni hallar testigos". Así el fundamento principal de la pres-

" cripción en lo concerniente a la acusación, está en la dificul- " tad presunta de justificar la acusación o apoyar la defensa en " pruebas todavía existentes; y en cuanto a la pena ya pronun- " ciada por un fallo no ejecutado en los tormentos morales que " ha debido sufrir el condenado, o en un generoso olvido de la " vindicta pública. (Morin Rep. prescripción)."

Los fundamentos del doctor Tejedor reposaban en bases distintas a las que reconoce el código en vigor.

*
* *

108. El proyecto Villegas-Ugarriza-García. — El proyectto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupa de la prescripción en el título sexto, refiriéndose el artículo 104, que es el primero del título, a la prescripción del derecho de acusar.

En el informe se fundamentan las modificaciones hechas sobre el proyecto del doctor Tejedor, las que se refieren a los términos y que carecen de interés para este estudio.

*
* *

109. El código de 1886 y la ley N. 4189.—El código penal de 1886 mantuvo el sistema y se ocupó tan solo de la prescripción, tanto para el derecho de acusar como para las penas. La ley número 4189 introdujo modificaciones, pero en el detalle y no en el sistema general adoptado por aquel código.

*
* *

110. La prescripción en los proyectos de 1891, 1906 y 1917. —El proyecto de 1891 cambió el sistema, como antes lo hemos visto, y trajo un título especial destinado a ocuparse de la extinción de las acciones y las penas. El artículo 95 era análogo al presente.

Ese sistema fué seguido por el proyecto de 1906, no teniendo la exposición de motivos de éste, ni la del anterior, funda-

mentos especiales a propósito de la prescripción.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, tampoco trajo fundamentos al respecto.

*

* *

111. Observaciones del Dr. Rojas y opinión de la Comisión de Códigos del Senado.—En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas observó el artículo sosteniendo que era innecesario en tres de sus incisos.

Su opinión se fundó diciendo: "El artículo 59 contiene " cuatro incisos respecto de la extinción de la acción penal."

" 1.°.—Muerte del inculpado."

" Pensamos que las disposiciones de una ley que no tienen " aplicación práctica, no deben figurar en ella."

" Lo que es de mera doctrina no corresponde, en rigor, a " una ley positiva."

" El inciso 1.° no llena ningún rol y debe, por ende, des- " aparecer. A nadie se le ha ocurrido que muerto el imputado " pueda continuar existiendo la acción que se dedujo en vida " contra él."

" Si continuara existiendo, ¿contra quién se seguiría? "¿Contra los herederos para castigarlos, por el delito de su " causa habiente? No. Es elemental que la pena se impone so- " lamente al autor del hecho delictuoso. ¿Contra la memoria " del muerto? ¿Contra el cadáver? Han pasado los tiempos que " se podía formar proceso contra el cadáver del autor del delito, " contra la memoria del difunto."

" Y entonces, ¿a qué fin conduciría el inciso 1.°?"

" Si con los cuatro incisos del artículo 59 se quiere presen- " tar un cuerpo de doctrina diremos que eso sería propio de un " libro didáctico, de un tratado científico, porque ella no co- " rresponde a una ley positiva."

" Inciso 2.°.—Amnistía." — Consideramos que este inciso " es igualmente inútil. Desde luego, la amnistía se aplica no só- " lo a la acción penal sino también a la pena impuesta, como lo " establece el artículo 61."

" La amnistía es un acto excepcional del poder soberano, " que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta " categoría, aboliendo las persecuciones inciadas ya o a iniciar- " se, o las penas en ejecución en razón de esos delitos."

" La amnistía se ordena por el Congreso, artículo 67, in- " ciso 7.° de la Constitución: Corresponde al Congreso... con- " ceder amnistías generales. La ley que la dicte determina su " extensión y efectos."

" Si la amnistía en cada caso se rige por la ley especial que " la acuerda, el artículo 58, inciso 2.° no tiene objeto, y tan cier- " to es esto, que una disposición igual a la de que nos ocupa- " mos, no ha hecho falta jamás."

" Y también es superfluo el artículo 61, que dice: la amnis- " tía general extinguirá la acción penal y hará cesar la condena " y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas " a particulares."

" Las amnistías generales las acuerdan las leyes del Con- " greso; luego, no tiene objeto que el código penal establezca " lo que el Congreso resolverá en cada caso particular."

" El artículo 61 dispone que la amnistía no se extiende a " anular los efectos civiles, las indemnizaciones civiles y repara- " ciones de perjuicios debidas a terceros. Esto es obvio. Las " indemnizaciones pueden resultar de un hecho, que despojado " del carácter criminal crea obligaciones civiles. La amnistía " no tiene por fin despojar a nadie de un derecho que le acuerda " la ley civil."

La Comisión de Códigos de esa Cámara mantuvo el proyec- " to de diputados y refutó al doctor Rojas, expresando: "Tam- " poco introducimos modificación alguna en el título X, no obs- " tante las razones dadas por el doctor Rojas en su informe pa- " ra subtituir la leyenda por la "De la prescripción", de acuer- " do con el código vigente."

" Las disposiciones de este título han sido tomadas del " proyecto de 1906."

" Los proyectos sueco y suizo contienen también un título " sobre la extinción de la pena. El primero se ocupa de la mate- " ria en el capítulo XIII de la parte general. Entre las causas " de extinción comprende, no sólo la prescripción sino también " la muerte del imputado, como lo hace el artículo 59 del pro- " yecto en revisión."

"El anteproyecto suizo de 1916 trata especialmente de la "prescripción en los artículos 70-75, y se ocupa de la gracia y "la amnistía en los artículos 81, 423, 424, 425, 426 y 427."

"El código español dispone también que el indulto y la "amnistía extinguen la pena."

* * *

112. Renuncia del agraviado.—El artículo dice que la acción penal se extingue por la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada.

Esta materia se relaciona con la legislada, en el título XI sobre ejercicio de las acciones y será, por tanto, tocado el punto cuando estudie el mencionado título.

* * *

113. El artículo 60 y sus concordancias.—

ARTICULO 60

La renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal, sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos.

CONCORDANCIAS. — Código Húngaro, artículo 114; Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital y Territorios Nacionales, artículos 15 y 16; Proyecto de 1891, 96; Proyecto de 1906, 64.

* * *

114. Alcance del precepto.—El artículo repite una disposición contenida en los proyectos de 1891 y 1906. Se explica por su texto mismo confiriendo alcance personal a la renuncia de la acción. No hace sino aplicar una regla genérica establecida para todos los actos, los que, salvo los casos de autorizaciones o vinculaciones especiales, no tienen alcance sino para quienes los ejecutan.

La disposición se encuentra en el Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales, en los artículos 15 y 16.

* * *

115. El artículo 61 y sus concordancias.—

ARTICULO 61

La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano, artículo 86; Español, 132, 3.°; Proyecto Peruano de 1916, 98; Proyecto de 1891, 97; Proyecto de 1906, 65; Ley Nro. 7065; Ley Nro. 9522.

* * *

116. Alcance de la disposición. — El artículo se encuentra inspirado en el concepto de la amnistía que hemos explicado antes. Desde el momento que aquélla borra el hecho delictuoso, sus efectos penales tienen que desaparecer. De aquí que la acción caduque y que la condena cese, en caso de haberse pronunciado.

Las indemnizaciones civiles derivan del perjuicio. El hecho que las ocasiona puede o no ser delictuoso, de manera que la circunstancia de perder aquél el carácter de infracción castigada por la ley, no puede significar que apareje la eliminación del derecho a exigir indemnización y del deber de satisfacerla.

La disposición contenida en este artículo se encontraba en los proyectos de 1891 y 1906.

* * *

117. El artículo 62 y sus concordancias.—

ARTICULO 62

La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:

1.°—A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua.

2.°—Después de transcurrido el máximum de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos meses; (1)

3.°—A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua;

4.°—Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal;

5.°—A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos;

6.°—Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos; (2)

7.°—A los seis meses, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa que no excediere de quinientos pesos. (3)

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículo 133; Italiano, 91; Alemán, 67; Húngaro, 106; Holandés, 70; Proyecto del doctor Tejedor, Título séptimo, artículo 1.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, artículo 104; Proyecto de 1891, 98; Proyecto de 1906, 66; Código de 1886, 89; Ley Nro. 4189, 16, 1.ª parte.

* * *

118. Los términos para la prescripción.—El artículo establece los términos que deberán transcurrir para que la acción penal se prescriba. Admitido el principio de la prescripción, esto es, de la extinción de la acción y de la pena por el transcurso del tiempo, forzosamente es necesario establecer cuánto tiempo tiene que pasar para que los efectos jurídicos se produzcan. La fijación de los plazos tiene que ser arbitraria, pero dentro de ese concepto, deben señalarse los términos, de acuerdo con la importancia de la pena que correspondería al delito. Ese principio ha sido uniformemente aceptado.

Tanto en los proyectos de Tejedor y de los doctores Villegas, Ugarriza y García, como en los de 1891 y 1906, regían las mismas normas en cuanto a los términos, los que eran distintos en cada caso.

El código de 1886 determinaba los plazos para la prescripción del derecho de acusar en el artículo 89.

(1) La fe de erratas de la Cámara de Diputados dispone que se ponga la palabra años en lugar de la palabra meses.

(2) En la misma fe de erratas se establece que deben suprimirse las palabras "quinientos a" y agregar "o menos" después de "pesos". El inciso 6.° debería quedar redactado así: 6.° Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de dos mil o menos pesos.

(3) La fe de erratas dispone la supresión del inciso 7.°
De estas modificaciones las dos últimas, esto es, las de los incisos 6.° y 7.° no tienen importancia En cuanto a la del inciso 2.° importa más que una errata una modificación, puesto que amplía el plazo de dos meses a dos años. La medida se ha tomado teniendo en cuenta que dada la doctrina del código sobre prescripción, un término muy corto expone a la impunidad.

* * *

119. Principios del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, introdujo una novedad en el concepto de la disposición que establecía las condiciones en que se prescribía la acción penal, exigiendo, no sólo el transcurso del tiempo, sino la buena conducta del imputado, durante el término fijado en cada caso.

El respectivo artículo decía:

La acción penal se prescribirá por la buena conducta del imputado durante el tiempo fijado a continuación:

1.° A los veinte años, cuando se tratare de delitos cuya pena máxima sea la muerte o presidio perpetuo.

2.° A los quince años, si se tratare de delitos penados con presidio temporal o deportación.

3.° Después de transcurrido el máximum de duración de la pena señalada para el hecho punible, si se tratare de hechos reprimidos con penitenciaría o destierro, no pudiendo en ningún caso el término de la prescripción exceder de doce años, ni bajar de dos meses.

4.° A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con pena de inhabilitación perpetua.

5.° Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con la pena de inhabilitación temporal.

6.° A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa mayor de dos mil pesos.

7.° Al año, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa de quinientos a dos mil pesos.

8.° A los dos meses, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa que no exceda de quinientos pesos.

La exposición de motivos decía acerca del punto: "En "cuanto a la prescripción, hemos creído que ella no debe ope- "rarse por el sólo transcurso del tiempo, pues él no garante "suficientemente a la sociedad del arrepentimiento del culpa- "ble. Ya el código actual, en su artículo 92, hace de la enmien- "da del delincuente una condición de la prescripción, al esta- "blecer que ésta queda sin efecto si, antes de vencer el término, "comete el reo otro delito de la misma especie o que merezca "igual o menor pena. Más justo y más preciso, el artículo 134 del "código español declara interrumpida la prescripción por la "comisión de cualquier nuevo delito."

"Hemos generalizado esta regla, de acuerdo con la opinión "de criminalistas distinguidos, consignando, en los artículos "98 y 99 del Proyecto, que la acción penal y la pena se prescri- "ben por la buena conducta del imputado, durante el tiempo "fijado por la ley y agregando, en el 102, que si, antes de ven- "cido el término, comete el reo otro delito de cualquier natura- "leza que fuere, la prescripción de la acción penal o de la pena "queda sin efecto."

"En la fijación del término de la prescripción, hemos cui- "dado de mantener la proporcionalidad entre los plazos y las "penas, alterando el código actual en lo necesario para ponerlo "en armonía con el sistema de penalidad adoptado en nuestro "proyecto."

El proyecto de 1906 mantuvo la exigencia, sin decir nada al respecto en la exposición de motivos.

*

* *

120. Ideas de la Comisión Especial de Diputados y de la Comisión de Senadores.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo 62 en la forma en que quedó sancionado, habiéndosele suprimido la exigencia de la buena conducta de los proyectos anteriores y concordado la disposición con el sistema de la nueva ley.

La exposición de motivos dijo al respecto: "Establecía és- "te (se refería al proyecto de 1906), en el artículo 66, que la "prescripción de la acción se operará por la buena conducta "del imputado durante el tiempo fijado en el mismo. La mis- "ma exigencia contiene el artículo 69 relativo a la prescripción "de las penas. Estos preceptos, tomados del proyecto de 1891, "exigen la buena conducta, según la exposición de motivos de "aquél, porque la enmienda del delincuente es condición de "la prescripción, la cual es una gracia hecha por la sociedad "al culpable."

"El doctor Herrera critica esa exigencia, distinguiendo "entre gracia y prescripción y sosteniendo que ésta se opera "por el transcurso del tiempo. Aceptando las ideas sostenidas "en esa crítica, hemos suprimido ese requisito. La Comisión ha "tenido en cuenta que si el autor del hecho hubiera cometido "otro delito, la prescripción se interrumpiría y no lo podría "amparar. La condición para que ésta se produzca es que pase "el tiempo, sin que el delincuente tenga nada que hacer con la "justicia. Si cae en manos de ésta, viene el juicio. El factor "buena conducta puede ser motivo para injusticias, pues pasa- "do el término, el sujeto no podrá quedar librado sin que se "investigara qué conducta tuvo, y como eso es cuestión de "apreciaciones, podría atentarse contra la libertad obtenida. "Cuando el tiempo pasa, la sociedad olvida y el interés del cas- "tigo desaparece."

En la Cámara de Senadores el doctor Rojas indicó, sin fundarlas, algunas modificaciones de detalle, pero la Comisión de Códigos aceptó íntegramente el proyecto de la cámara iniciadora.

En la exposición de motivos se dice que se ha introducido una modificación importante en el proyecto de 1906 en cuanto disponía que la pena y la acción penal se prescribirían por la buena conducta del imputado, en atención a que la condición de la prescripción debe ser la enmienda del criminal.

Se alude a la exposición de motivos de la Cámara de Diputados y a la crítica del doctor Herrera, que informó la modificación, concluyéndose por transcribir una parte de aquella ex-

posición, en la cual se expresan las razones que se tuvieron en cuenta.

* * *

121. Antecedente del doctor Herrera.— El doctor Herrera, cuya obra resulta en esta parte un antecedente oficial, decía, refiriéndose al proyecto de 1906: (1)

"Desde luego, llama la atención la redacción de los artículos 66 y 67, que exigen, como condición especial para la prescripción, la buena conducta del imputado o penado. Estos artículos, en esta parte, son tomados literalmente de los 98 y 99 del proyecto de 1891, y en la exposición de motivos de éste se da la razón: que la enmienda del delincuente es condición de la prescripción, porque ésta es una gracia que la sociedad hace al culpable (ps. 122 y 123)."

"Los autores del proyecto han resucitado una rancia teoría sostenida por Carmignani y Coustorier, pero abandonada definitivamente por la ciencia moderna, porque hoy se reconoce por todos los escritores de derecho penal, que la enmienda no puede ser motivo fundamental de la prescripción, porque son pocos, raros más bien, los que se enmiendan por la acción del tiempo y porque esa enmienda podría ser fundamento para la gracia, nunca para la prescripción, que aunque tenga efectos análogos a ésta no pueden confundirse."

"La gracia sólo puede aplicarse a los condenados porque es necesario que su culpabilidad haya sido ya declarada, nunca a un imputado que puede ser inocente, o que, por lo menos, no se sabe que es culpable. Si se pudiera agraciar al imputado, éste podría y debería renunciarla cuando es inocente para dejar establecida esa inocencia; podría, de consiguiente, renunciar a la prescripción, que es irrenunciable."

"La gracia sólo puede ejercerse respecto de individuos determinados y en muy limitados casos para corregir los errores judiciales, la excesiva severidad de la ley o para estimular o premiar la enmienda; pero cuando se trata de individuos que han escapado a la acción de la justicia, la prueba de la enmienda es ilusoria."

(1) La Reforma Penal. Páginas 595 y siguientes.

"La gracia es facultativa en el poder que la confiere: puede otorgarla o negarla, y en el primer caso el agraciado puede renunciar a ella. La prescripción es de orden público; es adquirida de "pleno derecho" por el inculpado o condenado, aunque ignore o no lo quiera."

"Pero nos parece que hemos gastado ya demasiadas palabras para refutar lo que se refuta por sí mismo."

"La prescripción, por su naturaleza, no puede estar sujeta a condición alguna, la enmienda u otra cualquiera, y por eso dice Ortolan: "Que el delincuente no haya reparado el perjuicio", "que no haya cometido después ningún nuevo delito", ¿qué influyen en la obra del tiempo esas condiciones, cumplidas o no? ¿Se imaginaría, acaso, que se podrá tratar la prescripción como la gracia con respecto a la cual ciertas condiciones análogas pueden concebirse porque el poder competente se halla en libertad de concederla o no concederla? ¿El poder o el legislador no tienen facultad ni libertad para detener la marcha del tiempo?"

"Pretender hacer de la prescripción una prima a la enmienda, es pretender lo absurdo: es pretender que el tiempo, al correr, no modifique la sociedad, no borre los recuerdos, no cambie las necesidades, no cree nuevos intereses en pugna con los antiguos; es pretender que la sociedad se mantenga inalterable y como petrificada y que el tiempo, que todo lo renueva en el mundo físico y en el mundo moral, que calma todos los dolores y cicatriza todas las heridas, no la roce siquiera, y, cuando todo marcha, ella permanezca inmóvil, armada de todos sus prejuicios, de todos sus odios, sin olvidar nada, dispuesta a herir siempre al que una vez transgredió sus leyes!"

"Garofalo ha pretendido hacer revivir el viejo y desacreditado principio, pero con todo su talento no ha logrado convencer a nadie. Léanse las páginas que él dedica en su Criminología y se verá que su argumentación presenta la más extraña confusión de ideas. Quiere demostrar que debe hacerse de la enmienda la condición necesaria de la prescripción de la acción y nos habla del imputado, como pudiera hacerlo de un criminal condenado, cuya criminalidad es cierta. Nos habla de "criminales" cuyo delito se debe a la ociosidad y que se transforman moralmente por el trabajo, como el Valjean

" de los Miserables, de criminales de ocasión, y pide que se exi-
" ja la prueba de la transformación moral del delincuente. En-
" tre tanto, el imputado no es un criminal, ni aun se presume
" que lo sea; para la ley es un inocente, mientras una sentencia
" irrevocable no lo declare culpable. ¿Que transformación mo-
" ral pretende que se opere en aquel a quien no se ha probado
" ningún delito? Véase cómo el razonamiento del distinguido
" autor no es sino un gran sofisma."

" Aun en el caso de que él sólo se refiera a la prescripción
" de la pena, queda siempre en pie lo que hemos dicho: la pres-
" cripción no es una gracia que se acuerde a los mejores y su
" fundamento, en el que todos están de acuerdo, es muy distin-
" to."

*

* *

122. El artículo 63 y sus concordancias.—

ARTICULO 63

La prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano, artículo 92; Español, 133, 7.°; Chileno, 95; Alemán, 67; Húngaro , 107; Uruguayo, 102, inciso 1.°; Proyecto Peruano de 1916, 92; Proyecto del doctor Tejedor, Título séptimo, artículo 3.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 106; Proyecto de 1891, 100; Proyecto de 1906, 67; Código de 1886, 91; Ley número 4189, 16; Código Civil, 24.

*

* *

123. Fijación del momento en que empiezan a contarse los términos para la prescripción de la acción.—Desde el momento que la prescripción de la acción penal se produce una vez transcurridos ciertos términos fijados en el artículo 62, es indispensable establecer desde cuándo empiezan a contarse. Eso es lo que hace el artículo.

En el proyecto del doctor Tejedor, el plazo empezaba a contarse desde el día en que se comete el delito. Lo mismo dice el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García en el artículo 106.

El código de 1886 decía en el artículo 91 que el término para las acusaciones empezaba a contarse desde el día en que se comete el delito. Esa disposición fué modificada por la ley número 4189, la que estableció en la primera parte del artículo 16 que la prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

El precepto análogo al vigente fué tomado del proyecto de 1891, el que decía en el artículo 100: la prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse.

La exposición de motivos dijo sobre este punto:

" Los artículos 100 y 101, sobre el momento en que empie-
" za a correr la prescripción, corresponden al 91 del código vi-
" gente, y sólo contienen de más las disposiciones necesarias
" para ajustar el cómputo de los términos al modo establecido
" en el Código Civil y para prever el caso de los delitos conti-
" nuos, respecto de los cuales el Código no ha solucionado la
" debatida cuestión sobre el día que debe servir de punto de par-
" tida para la prescripción. Hemos adoptado el día en que ce-
" só de cometerse el delito, pues sólo desde entonces puede
" cumplirse la condición de buena conducta exigida al prescri-
" biente."

La ley, al fijar hora determinada y no día solamente, contribuye a evitar dificultades y discusiones. Además, se adapta al régimen del código civil, cuyo artículo 24 dice: El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

La parte referente a los delitos continuos es perfectamente lógica.

Desde luego, como esos delitos constan de actos diversos de los cuales uno solo caracteriza la infracción, no dando lugar sin embargo cada acto a que se le considere como un delito separado, es

evidente que la repetición significa la actividad criminal, y no es posible que la prescripción empiece a correr sino después que tal actividad ha cesado totalmente.

* * *

124. El artículo 64 y sus concordancias.—

ARTICULO 64

La acción penal por delito reprimido con multa, se extinguirá en cualquier estado del juicio por el pago voluntario del máximum de la multa correspondiente al delito y de las indemnización a que hubiere lugar.

CONCORDANCIAS. — Código Holandés, artículo 74; Italiano, 101; Proyecto de 1891, 105; Proyecto de 1906, 68.

* * *

125. El pago de la multa y la extinción de la acción penal.— La disposición tomada por el código del proyecto de 1906, fué incorporada a este último repitiendo el artículo 105 del proyecto de 1891.

La exposición de motivos, refiriéndose a la misma, la fundamentaba diciendo: "Hemos adoptado del nuevo código italiano " la extinción de la acción penal por oblación voluntaria de la " multa y de las indemnizaciones a que hubiere lugar, en los " casos de hechos reprimidos con pena pecuniaria. En tales casos, la oblación voluntaria suprime el motivo del juicio, en " cualquier estado en que se halle, sometiéndose el inculpado a " las consecuencias penales de su acción con ahorro de tiempo " y de gastos para él, para su víctima y para la autoridad. Tratándose de penas pecuniarias no hay peligro en dejar a las " partes este medio de terminar los procesos."

El doctor Rojas aconsejó la supresión del artículo, manifestando: "No comprendemos por qué causa haya de extinguirse " la acción penal en el caso de que trata el artículo. Un particular no puede declararse delincuente por autoridad propia, al " imponerse una pena. La pena es un acto que resulta de una " resolución solemne del poder público. Se dirá que desde el momento que el imputado abona la multa que trae consigo el delito de que se trata, no hay objeto de continuar el proceso, " pero debemos decir que el poder judicial, que el Estado, no " se dirige en ese caso a procurarse una suma de dinero sino a " descubrir si hay o no un delincuente: no tiende a percibir una " multa, a cobrarla, sino a reprimir una acción delictuosa, mediante prueba suficiente acumulada en el proceso."

" El pago de las multas no es prueba ni nada. Aceptar el " pago y dar por extinguida la acción, aparecería como un ras- " go equívoco de codicia fiscal."

No obstante esa crítica, que no fué aceptada por la Comisión de Códigos, continúo considerando buena la disposición contenida en el artículo. Si el interesado para terminar la cuestión pendiente admite la disposición legal primitiva y paga el importe, no hay perjuicio para nadie, ni para él mismo desde que la multa no tiene consecuencias a los efectos de la reincidencia.

Al acusado, puede resultarle más barato y más cómodo, pagar y no discutir.

* * *

126. El artículo 65 y sus concordancias.—

ARTICULO 65

Las penas se prescriben en los términos siguientes:

1.° La de reclusión perpetua, a los veinte años;

2.° La de prisión perpetua, a los quince años; (1)

3.° La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena;

4.° La de multa mayor de dos mil pesos, a los tres años;

5.° La de multa que no excediere de dos mil pesos, al año.

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados reemplaza quince por veinte.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano, artículo 95; Alemán, 70; Anteproyecto Suizo de 1916, 73; Proyecto Alemán de 1909, 94; Proyecto Austriaco de 1909, 76; Anteproyecto Sueco de 1916, 1.° y 14; Proyecto Peruano de 1916, 95; Proyecto de 1891, 90; Proyecto de 1906, 69; Código de 1886, 90; Código de Noruega, 72; Ruso, 68; Húngaro, 120; Español, 134; Japonés, 32; Proyecto del Dr. Tejedor, Título séptimo, Sección primera, artículo 20; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 105.

* * *

127. Términos para la prescripción de las penas. — El código se ocupa en el presente artículo, de los términos para la prescripción de las penas. Hemos visto en el artículo 62 los plazos fijados para la prescripción de la acción y comprobamos ahora los que se establecen con relación a la extinción de las penas por el transcurso del tiempo.

Cometido un delito, si no se persigue, si no se inicia el proceso, por cualesquiera causa—generalmente esto ocurre cuando se ignora su ejecución—existe el derecho, más bien la obligación de accionar públicamente, salvo los casos de ingerencia puramente privada.

Cometido un delito y entablada la acción correspondiente, puede ella suspenderse en su tramitación, lo que sucede ordinariamente cuando el acusado no se encuentra o cuando el mismo desaparece después de haber comparecido.

En todos estos casos, hay una acción que no se inicia o que se detiene. Pasa el tiempo y el crimen se descubre o el acusado aparece y es entonces el caso de establecer si han transcurrido o no los términos fijados para que la extinción del derecho de perseguir se haya o no producido.

Puede también suceder que el acusado haya sido castigado, que se dicte a su respecto sentencia condenatoria y que ésta no se cumpla, a causa de su desaparición. Como entre nosotros no se dictan sentencias en rebeldía, sino con la comparecencia personal del reo, que se defiende o se hace defender, esas situaciones no se producen sino cuando el acusado no ha sido detenido por falta de mérito, cuando desaparece después de estar bajo libertad provisoria, antes de ser encarcelado a consecuencia de la sentencia condenatoria, o cuando se evade del establecimiento

penal en el cual se encontraba cumpliendo la condena. Se puede presentar el caso igualmente, cuando se trata de delitos que no autorizan la prisión preventiva y en que el acusado, después de la condena, desaparezca para no cumplirla.

En todos los casos de pena aplicada por sentencia ejecutoriada, rige también la prescripción y se opera en los términos establecidos en el artículo.

En los proyectos de 1891 y de 1906 se consigna la exigencia de la buena conducta del condenado, lo mismo que en la parte relativa a la extinción de la acción penal. Lo dicho al ocuparnos del artículo 62 y los antecedentes allí enunciados se aplican al presente.

* * *

128. El artículo 66 y sus concordancias.—

ARTICULO 66

La prescripción de la pena empezará a correr desde la media noche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere empezado a cumplirse.

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículo 134, 6.°; Italiano, 96; Chileno, 98; Holandés, 77; Alemán, 70; Húngaro, 121; Uruguayo, 106, 1.°; Código de 1886, 91; Ley número 4189, 16; Proyecto del doctor Tejedor, título séptimo, artículo 3.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 106; Proyecto de 1891, 101; Proyecto de 1906, 70; Código Civil, 24.

* * *

129. Fundamentos del artículo. — El artículo establece para la prescripción de las penas, la misma regla que contiene el 63 respecto a la prescripción de la acción penal.

Caben, en consecuencia, idénticos fundamentos.

*

* *

130. El artículo 67 y sus concordancias.—

ARTICULO 67

La prescripción correrá o será interrumpida separadamente para cada uno de los partícipes de un delito. (1)

CONCORDANCIAS. — Código Alemán, artículo 68, 2.°; Húngaro, 108, 2.°; Código de 1886, 92 y 93; Proyecto de 1891, 104; Proyecto de 1906, 71; Proyecto del doctor Tejedor, Título séptimo, artículo 3.°, 2.ª parte; Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículos 107 y 108; Ley número 4189, 16 (última parte).

*

* *

131. Los términos de la prescripción con relación a los partícipes. — El precepto habla de la prescripción en los casos de participación y con relación a cada uno de los acusados o condenados. Se ha seguido el proyecto de 1906 considerando que debe tenerse en cuenta la persona del delincuente más que el hecho criminal en sí.

La prescripción se funda en el transcurso del tiempo, pero para que ella se produzca es necesario que el acusado o condenado no caiga en poder de la justicia antes de que se hayan vencido los plazos establecidos por el código. Si cayere bajo la acción de la justicia antes del vencimiento, es indudable que se ejercitarían sobre él los procedimientos del caso para la continuación del proceso o el cumplimiento de la condena. Sólo puede exceptuarse el caso poco probable de ignorancia de la existencia del delito anterior. La falta de identificación no la supongo por las precauciones que hoy se toman y los medios científicos que se aplican a esos efectos.

Supongamos que se comete un delito por varias personas

(1) La fe de erratas sancionada en la Cámara de Diputados dispone se agregue al presente artículo un segundo apartado que dice: La prescripción se interrumpe si, antes de vencido el término, comete el reo otro delito.

y que los partícipes desaparecen. Pasan los años y antes de que se cumplan los términos para la prescripción de la acción, uno de ellos es detenido, juzgado y condenado. Transcurre un tiempo más y los plazos para que la prescripción se opere, tienen lugar respecto a los desaparecidos y no capturados. ¿Qué objeto puede tener la sociedad, que debe suponer la corrección de los acusados, para atraparlos y sujetarlos a una condena? Se podría decir que es injusto, condenar a unos y eximir a otros, y esto podría ser exacto con un criterio de justicia absoluta, pero no con un punto de vista social y humano. Los Estados organizados no tienen por qué castigar cuando no es necesario y en el caso, un hecho extraño al sujeto, como es la detención del partícipe, no puede influir sobre él para interrumpir la prescripción. Lo contrario equivaldría también a desautorizar el sistema de la individualización penal.

Acerca de este asunto la exposición de motivos del proyecto de 1891, decía: "Cerramos las disposiciones sobre la prescrip-
" ción con la declaración de que ella corre o se interrumpe se-
" paradamente para cada uno de los partícipes de un hecho pu-
" nible. Evitamos así una cuestión ardua a la jurisprudencia.
" La solución contraria, adoptada por el código italiano, no nos
" parece ajustada a los principios del derecho penal. La pres-
" cripción es una gracia que la sociedad hace al culpable, y no
" debe otorgarse sino a aquellos que la han merecido por su
" conducta individual, no habiendo justicia ni lógica en que
" los beneficios de la prescripción concedida a un delincuente
" se hagan extensivos a los copartícipes que por su conducta no
" la hayan merecido".

*

* *

132. La interrupción de la prescripción en nuestros antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor, lo mismo que el código de 1886, establecían que la prescripción se interrumpía por todo acto directo del procedimiento contra la persona del condenado o del presunto delincuente.

El mismo proyecto del doctor Tejedor, en la segunda parte del artículo 3.°, título VII, decía: si antes de vencido el término comete el reo otro delito de la misma especie, o que merezca

igual o mayor pena, la prescripción queda sin efecto. La primera parte de la disposición se refiere a la prescripción, tanto para las acusaciones como para las penas.

En apoyo del artículo la nota dice: "Ya se manifestó que la "prescripción se halla fundada generalmente sobre la esperan- "za del arrepentimiento del culpable y sobre la presunción de "que estará corregido después de cierto tiempo, durante el cual "su conducta haya sido irreprensible. Pero si hallándose si- "guiendo el curso de la prescripción en lo relativo a un delito, "se comete otro por el mismo criminal, parece natural que "aquel término se interrumpa, y no pueda seguir prestando los "efectos referidos, puesto que el reo no ha desmentido con su "conducta la presunción que la ley había hecho en su favor. "Verdaderamente, no sería oportuno ni justo permitir gozar "del beneficio de la amnistía del tiempo, a quien sólo le había "empleado en multiplicar los atentados contra la sociedad; "pues estaba muy distante de manifestar remordimientos, y da- "ba a entender que el temor no había tenido influencia alguna "sobre él."

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, traía al respecto dos artículos: el 107, igual a la segunda parte del precepto del código Tejedor antes mencionado, y el 108 que dice así: todo acto directo del procedimiento contra la persona del delincuente, dentro del término de la prescripción, la interrumpe.

En cuanto al código de 1886, repite los artículos del proyecto anterior con los números 92 y 93. La ley número 4189, que no admite la reincidencia específica sino la genérica, derogó el artículo 92 y lo reemplazó con el 15, que dice así: si antes de vencido el término, comete el reo otro delito, la prescripción quedará sin efecto.

Según la ley vigente antes de sancionarse el nuevo código, la prescripción de las acciones y de las penas se interrumpía en dos casos: 1.° cuando antes de vencido el término comete el reo otro delito; y 2.° cuando se llevare a cabo contra el mismo, dentro de los términos para la prescripción, un acto directo del procedimiento.

*
* *

133. Proyectos de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891, teniendo en consideración las dificultades producidas al interpretarse el código de 1886 y al juzgarse sobre cuáles eran los actos directos del procedimiento, estableció que la prescripción se interrumpía de dos maneras: 1.ª Por todo acto del procedimiento judicial para la represión del delito o para la ejecución de la pena (artículo 103), y 2ª. Por el hecho de cometer el reo otro delito de cualquier naturaleza que fuere antes de vencido el término de la prescripción de la acción o de la pena (artículo 102).

Sobre este punto la exposición de motivos se limita a decir que debe entenderse claramente que todo acto directo del procedimiento judicial interrumpe, no sólo la prescripción de la acción sino la de la pena, lo que se había puesto en duda en vista de la ambigüedad del texto del código de 1886.

El proyecto de 1906 no se ocupa de la interrupción de la prescripción y solamente se refiere en los fundamentos antes recordados a que el solo transcurso del tiempo no puede bastar para considerarla procedente, sino que se requiere la buena conducta del acusado o condenado.

*
* *

134. La exposición de la Comisión Especial y la opinión de Rivarola. — La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que acepta el proyecto de 1906 con la modificación referente al requisito de la buena conducta, cita como fundamentos a las dos obras del doctor Rodolfo Rivarola sobre derecho penal.

Antes de examinar la tesis del conocido criminalista, conviene decir que en las diferentes legislaciones campean tres sistemas distintos en cuanto a esta materia se refiere. Algunos códigos, como el nuestro, no admiten la interrupción de la prescripción; otros como el vigente antes de la reforma, establecen que se interrumpe mediante actos de procedimiento o por nuevos delitos; y otros más precisos dentro del punto de vista, dicen cuáles son los actos que pueden dar lugar a la interrupción.

El doctor Rivarola (1) critica el artículo 93 del antiguo código, por la imprecisión de los términos al decir que la prescripción se interrumpe por actos de procedimiento directo. ¿Cuáles son esos actos?

Para demostrar el error del precepto se refiere a distintas disposiciones de la ley procesal y dice que a pesar de aquellas, la prescripción se opera, si no hay un delincuente, caracterizado por las decisiones judiciales correspondientes.

Refiriéndose después al proyecto de 1906 dice que ha introducido un concepto nuevo y es el de que se requiere a fin de que la prescripción corra, la buena conducta del imputado. La situación de éste es la misma de quien ha obtenido una condena condicional, o de quien está en libertad condicional.

" Las mismas razones que justifican la no ejecución de una " condena, o de una parte de la condena, justificarán que des- " pués de cierto tiempo no se proceda contra quien, desde el " delito ignorado o no perseguido, no ha dado nuevos moti- " vos para que de él se ocupara la justicia o simplemente la " policía preventiva. Si es la buena conducta del imputado, " el fundamento de la prescripción de la acción, desaparece " toda utilidad de interrupción de la misma por actos de pro- " cedimiento o por cualquier otro motivo: quien interrumpirá " la prescripción será siempre el imputado con los actos de su " propia conducta; y en este sentido el proyecto de 1906 ha " completado el sistema propuesto por el de 1891. Como en ese " sentido la prescripción es personalísima, correrá separada- " mente para cada imputado." (1).

El código ha suprimido el requisito de la buena conducta como antes lo hemos visto y se ha fundamentado la modificación en la exposición de motivos, mereciendo un elogio de la Cómisión de Códigos del Senado que hizo un pronunciamiento terminante.

En el Senado el asunto no fué objeto de un comentario especial, limitándose el doctor Rojas a decir en sus observaciones. que si antes de vencido el término para la prescripción de la pena, comete el delincuente otro delito, la prescripción queda interrumpida.

(1) Derecho Penal Argentino. Pág. 607.
(1) Rivarola.—Obra citada. Pág. 609.

La observación se refiere a la prescripción de la pena y no a la de la acción, pero la consigno por estarme ocupando de los dos asuntos en globo.

*
* *

135. El código no admite la interrución de la prescripción. —En materia civil donde se legisla sobre suspensión de la prescripción y acerca de interrupción de la misma y donde dependen las consecuencias jurídicas de la acción o la inacción de los particulares interesados, se distingue entre una y otra cosa.

Se entiende que la prescripción se suspende cuando los términos no corren, y los efectos no se producen; y se entiende que se interrumpe, cuando por medio de un acto determinado se hace inútil el tiempo transcurrido quedando las cosas en el mismo estado en que se encontrarían si no hubiese empezado a correr.

Tanto el código vigente como el anterior y los demás antecedentes nacionales, establecen un punto de partida para la prescripción de la acción y para la prescripción de la pena, estableciendo cuando empiezan a contarse una y otra.

En la ley que nos rige, el artículo 63 se refiere al momento en que empieza a correr la prescripción de la acción y el 66 al momento en que empieza la de la pena.

Pero en los proyectos del doctor Tejedor y de los doctores Villegas, Ugarriza y García, lo mismo que en el código de 1886, se establecían dos causales de interrupción de la prescripción, consistentes en el nuevo delito y en el acto directo de procedimiento. El proyecto de 1891 aceptó la misma tesis, pero dijo cuáles serían los actos directos de procedimiento capaces de producir la interrupción.

Supongamos entonces, para precisar nociones, que dentro del sistema de la ley anterior, un individuo comete un delito, cuya acción se prescribe a los diez años y se sustrae a la justicia. Pasan ocho años y ejecuta otro delito, consiguiendo sustraerse también al dominio de la autoridad. Pero pasan cinco años más y es detenido. Desde el momento en que cometió el primer delito han transcurrido trece años, pero como el segundo de-

lito ha interrumpido la prescripción, los ocho años corridos antes no se cuentan y se considera que solamente han transcurrido cinco a los efectos del ejercicio del derecho de acusar. La prescripción no se ha producido. En cambio si la interrupción no existiera, la prescripción se habría operado por el solo transcurso de los diez años y habría lugar a perseguir el segundo delito si no se encontrase a su vez prescripto.

El proyecto de 1906 suprimió la interrupción por acto de procedimiento y estableció tan sólo que ella correría mediando buena conducta por parte del sujeto. Como un delito cometido por el mismo implicaba tener mala conducta, la nueva infracción determinaba el que la prescripción no corriese.

Nuestro código suprimió esa exigencia, de manera que dentro de su sistema la prescripción que empieza a correr para la acción y para la pena respectivamente, en el momento señalado en los artículos 63 y 66, no se interrumpe por ningún motivo.

*
* *

136. La opinión del doctor Herrera.—El doctor Herrera que criticó en esta parte al proyecto de 1906, decía que la prescripción no debía interrumpirse, ni por el hecho de cometer el agente un nuevo delito, ni por actos de procedimiento.

Sobre el primer punto expresaba: (1).—"Ningún código moderno ni proyecto establece, como lo hacen los proyectos argentinos, que la comisión de un delito durante el término de la prescripción de la acción la interrumpa, pero son muchos los que establecen esa interrupción para la prescripción de la pena. La razón de esta diferencia para los códigos que así lo establecen, es obvia. En este último caso, ya se sabe que se trata de un criminal, cuyo delito no ofrece duda alguna, y la comisión del nuevo hace revivir el recuerdo del anterior, presentándolo como más peligroso: en el primer caso, no hay criminal, hay sólo un imputado, y un delito de éste no puede hacer revivir el recuerdo de otro que no consta que lo haya cometido ni prueba que se trate de un criminal peligroso."

"Nosotros, por las razones dadas, pensamos que ni una ni

(1) La Reforma Penal. Pág. 599, N.° 360.

"otra prescripción debe ser interrumpida por esta causa. Aún "tratándose de un condenado, el nuevo delito no puede hacer "que el tiempo no haya corrido y que el castigo tardío sea útil "para la conservación del órden público."

Acerca del segundo punto decía el mismo autor (1): "El pro- "yecto, apartándose en esto del de 1891, no habla de interrup- "ción de la prescripción por los actos de procedimientos diri- "gidos contra el imputado o condenado. ¿Es esto un olvido o "intencionalmente se ha querido evitar la causa de interrup- "ción?"

"No sería extraño esto último, pues es bastante discutible "la conveniencia de esta clase de interrupciones. Carrara las "combate enérgicamente en su Programa. La califica de nove- "dad tomada de los códigos napoleónicos que la sancionaron "por analogía con las leyes civiles, analogía radicalmente sofís- "tica. "En mis *Pensieri sul progetto de Codice*", dice, demos- "tré que la interrupción por actos de procedimiento en materia "criminal no se admitía en el derecho romano ni en las antiguas "prácticas ni jamás se admitió en la antigua Francia, donde "hoy los criminalistas que prefieren al positivismo los sagrados "dictados de la razón reprueban este sistema como una enormi- "dad insensata y cruel, acariciada sólo por quienes anhelan pros- "tituir el derecho punitivo haciéndolo un arma de los partidos "políticos. Y agrega enseguida, que los actos de instrucción de "un juez no mantienen vivo el interés social a la pena que se su- "pone perdida por el transcurso del tiempo, y que la prolonga- "ción del término de la prescripción resulta fatal a la inocencia "del culpado, dificultando su prueba."

"La razón que se da para justificar la interrupción en estos "casos es la que expresa Ortolán: el motivo, dice que todos esos "actos conservan judicialmente el recuerdo del crimen y del de- "lito y por consiguiente la necesidad del ejemplo. Pero semejan- "te razón no nos parece concluyente. La necesidad del ejemplo "no existe sino por el recuerdo que la sociedad ha conservado del "delito; pero este recuerdo de la sociedad es del todo extraño al "recuerdo judicial de que nos habla Ortolán. Una diligencia pro- "cesal cualquiera que ella sea, no puede conmover de nuevo a la "sociedad como si el delito acabara de cometerse."

(1) Obra citada. Pág. 600, N.° 361.

"Pero en caso de conservarse esta disposición de nuestro actual código, se debía, a imitación del italiano y del proyecto suizo, declarar que estas interrupciones no podrán prolongar el término más allá de la mitad sobre lo ordinario, es decir, que si el término es de diez años, la prescripción se operará necesariamente a los quince años."

* * *

137. Observaciones hechas a la doctrina del código y defensa de la misma.—La prescripción de la acción empieza a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito y como la interrupción no existe, quiere decir que la condena deberá producirse antes que los términos de la misma hayan transcurrido.

La cuestión no ofrece ninguna dificultad práctica si se tiene en cuenta los delitos castigados con penas de importancia, porque se necesita un largo tiempo para la prescripción y en ningún caso la duración de la causa excederá el término señalado para que aquella tenga lugar.

Pero cuando la pena es reducida y cuando la prescripción de la acción se opera a los seis meses y aún al año (artículo 62, incisos 6.° y 7.° del Código Penal) de la fecha de la comisión del delito, como los procesos criminales y correccionales duran generalmente más de seis meses y aún de un año, lo probable es, que en esos casos y adoptando la tesis del código, los delitos de poca importancia, castigados con penas leves, no puedan dar lugar a condenas.

Desde luego, y aun cuando la observación sea exacta, conviene dejar establecida con claridad, una constancia. El código penal se ha sancionado aisladamente, pero con el propósito de llegar a una reforma en el sistema carcelario, en ciertas leyes sociales y en las procesales.

La demora de las causas tal como tiene lugar entre nosotros es anacrónica e inconveniente, debiendo la legislación de fondo impedir que ella se afirme como un sistema y tomar las providencias necesarias para evitar lo que es un mal.

La ley de fondo en consecuencia, no debe contemplar una mala práctica, sino hacer todo lo necesario para impedir su continuación.

El sistema según el cual la prescripción en materia criminal no se interrumpe serviría de acicate para que las legislaturas locales al dictar los códigos de procedimientos abrevien los términos de las causas de menor cuantía y no permitan la impunidad como consecuencia de la demora.

Las modificaciones introducidas por la fe de erratas redactada por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados bajo la base del proyecto del doctor Roberto Parry y sancionada por ese cuerpo, han tenido por objeto en cuanto se refiere al artículo 62, aumentar los plazos de la prescripción, evitando así que corra siempre en los procesos en los cuales la pena a aplicarse sea de poca importancia.

Según esa reforma la prescripción de la acción en ningún caso podría operarse antes de que hubiere transcurrido un año, a contarse desde la fecha en que se cometió la infracción.

Y hemos de convenir en que un año es un lapso de tiempo sobrado para que una causa de menor cuantía termine por completo.

En cuanto a las penas, ninguna se prescribe antes de que pase un año a contarse de la fecha de la sentencia o del quebrantamiento de la condena (artículos 65 y 66).

* * *

138. La interrupción cuando se comete un nuevo delito.—Se ha pensado por algunos que si bien en el texto expreso de la ley no se consagra la interrupción de la prescripción desde que solamente se habla de ella en el artículo 67 para decir que correrá o se interrumpirá separadamente para cada uno de los partícipes del delito, debe entenderse que se ha reconocido, en virtud de lo que dice al respecto la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

Observo desde luego que el artículo 67, es muy claro en su concepto y significado. Según él, cuando un partícipe es detenido, la prescripción no deja de correr respecto a los otros. En pocas palabras el sometimiento de un partícipe a la justicia, no

interrumpe la prescripción de la acción o de la pena respecto a los otros, porque dentro de nuestro sistema, la interrupción no se admite.

La interpretación de la exposición de motivos antes recordada se desprende de las palabras de aquélla, cuando dice que "la comisión ha tenido en cuenta que si el autor del hecho hu- " biera cometido otro delito, la prescripción se interrumpiría y " no lo podría amparar. La condición para que ésta se produz- " ca es que pase el tiempo, sin que el delincuente tenga nada " que hacer con la justicia. Si cae en manos de ésta, viene el " juicio."

Observo desde luego, que no sería posible y menos en materia represiva, resolver que una disposición existe por vía de interpretación. Esta puede y debe producirse alrededor de los preceptos de la ley a los efectos de aplicarlos a los casos que se presenten, pero no puede concurrir ante la carencia de regla jurídica.

La ley existe por su texto, se pueden sacar consecuencias acerca del alcance del mismo, pero no se puede crear el artículo ausente por vía interpretativa. De manera que aun cuando la exposición de motivos pudiera hacer pensar en que se inclinaba a una tesis determinada, si la disposición concreta no está, ella no puede ser suplida por los términos del informe.

Aparte de esto y como redactor que fuí de la exposición de motivos referida, debo declarar que aquella no tiene el alcance en que ha podido pensarse.

El código no admite la interrupción de la prescripción y el informe oficial ha debido partir de esa base. Cuando se habla de la interrupción respecto al agente que comete un nuevo delito, lo que ha querido expresarse es bien preciso. Un presunto delincuente, esto es, un acusado sustraído a la acción de la justicia por ignorancia de la existencia del delito, por no saberse que es el autor o por haberse fugado o negado a comparecer, se encontrará en condiciones de liquidar sus cuentas con la justicia si corre el término para la prescripción. Un condenado, que no cumple su pena está en las mismas condiciones. Si uno de estos individuos comete un nuevo delito, y es capturado, la justicia le hace efectivas las responsabilidades pendientes. Si se trata de un condenado, la pena debe cumplirse si no ha corrido

todo el término para la prescripción y si se trata de un acusado el proceso sigue siempre que no se haya operado aquella.

En ese sentido ha hablado de interrupción la exposición de motivos, no en el de que puedan borrarse los efectos del tiempo corrido.

*
* *

139. Reforma propuesta. — En la fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados se ha resuelto agregar al artículo 67 un segundo apartado que dice así: la prescripción se interrumpe, si antes de vencido el término, comete el reo otro delito.

Con ese artículo se consagra de nuevo la interrupción de la prescripción de manera que la fe de erratas en esta parte, no corrige un error de impresión, ni de copia, ni se refiere a un detalle de menor cuantía, sino que se propone modificar en el código un punto de verdadera importancia.

V

Extinción de acciones y de penas

140. Indulto. el artículo 68 y sus concordancias. — 141. Significado del indulto. — 142. Opinión de la suprema corte federal sobre el concepto del indulto. — 143. El indulto extingue la pena y no la acción. — 144. Los antecedentes del artículo y el código de chile. — 145. El indulto de procesados y la nueva tesis de la mayoría de la suprema corte federal.— 146. La opinión de la minoría concordante con los antecedentes y la doctrina. — 147. La cuestión en las constituciones norte-americana y argentina. — 148. El código penal no se ha tenido en cuenta por la suprema corte. — 149. Las penas que pueden ser objeto del perdón. — 150. El poder ejecutivo y las funciones judiciales. — 151. Las consecuencias de distinto orden que produce el delito y las dificultades emergentes cuando se indulta antes de la solución del caso. — 152. La reincidencia en los casos de indulto. — 153. La exigencia del informe previo para la concesión del beneficio. — 154. La jurisdicción sobre los procesados. — 155. La conmutación antes de la condena. — 156. Delitos de jurisdicción federal y ordinaria. — 157. Menores, alienados y personas peligrosas. — 158. El artículo 69 y sus concordancias. — 159. Alcance del precepto. — 160. El artículo 70 y sus concordancias. — 161. Fundamentos del artículo. — 162. Antecedentes de la disposición

140. Indulto. — El artículo 68 y sus concordancias.

ARTICULO 68

El indulto del reo extinguirá la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

CONCORDANCIAS. — Código de Chile, artículo 93, inciso 4.°; Proyecto de 1891, artículo 106; Proyecto de 1906, 72.

*
* *

141. Significado del indulto.—El código se refiere en el presente artículo al indulto y a sus efectos. Es por consiguiente necesario empezar por establecer qué es el indulto y cuáles son sus alcances jurídicos.

La Constitución en el inciso 6.° del artículo 86, dice que el Presidente de la Nación puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.

González en su Manual de la Constitución Argentina, dice que por indulto se entiende el perdón absoluto de la pena ya impuesta por el juez competente y por conmutación el cambio de una pena mayor por otra menor (1). Esa facultad de perdonar procede de la tradicional prerrogativa que han tenido siempre los soberanos para conceder gracia.

El doctor González estudia el origen de la institución y explica sus fundamentos, agregando que el indulto es un poder exclusivo en el orden nacional y discrecional dentro de sus limitaciones generales con relación a los otros poderes y a los casos en que debe aplicarse. Esa facultad no es absoluta y la ley puede fijar ciertas formas para su ejercicio, sin alterar su esencia. (2).

Expresa también que, según nuestro texto constitucional el ejercicio del derecho de indulto, debe seguir al juzgamiento, en

(1) Página 585, número 547.
(2) Manual de la Constitución Argentina. Pág. 587, número 550.

el que se ha de calificar primero el delito y se ha de designar el delincuente y la pena, pues de otro modo no podría indultarse en el sentido de la Constitución y previo informe judicial, a quien no es declarado culpable o conmutarse penas que no son conocidas, ni han sido pronunciadas por la única autoridad a que está reservada esta función.

Don Agustín de Vedia se refiere a los fundamentos de la facultad de indultar y dice que hay una gran diferencia entre la constitución norteamericana y la argentina. La primera confiere al Poder Ejecutivo la facultad de conceder amnistías generales e indultos; la segunda divide esas atribuciones y da al Congreso la facultad de dictar leyes de amnistía, y al Poder Ejecutivo el derecho de indultar (1)

Acerca del momento en que puede ejercitarse la facultad, el distinguido constitucionalista, no dice nada, probablemente por la claridad del punto mismo y por los antecedentes judiciales a que me referiré después.

Montes de Oca tampoco emite una opinión terminante, pero en toda la exposición que verifica acerca del inciso, habla del perdón de la pena y aun de los individuos encerrados en las cárceles (2).

*
* *

142. Opinión de la Suprema Corte Federal sobre el concepto del indulto.—He considerado conveniente referirme a las opiniones de los autores de libros, más conocidos sobre materia constitucional, para convenir en que el indulto equivale al perdón de la pena , lo que quiere decir, que, para el ejercicio de aquella facultad, es necesario que haya ante todo una pena, aplicada por el único que puede hacerlo o sea por el poder judicial.

La Suprema Corte de Justicia, ha sentado esa misma opinión. En el proceso seguido como consecuencia del movimiento revolucionario producido en Córdoba en agosto de 1868, el juez federal doctor José María Zuviria, vertió en su sentencia, los siguientes conceptos: (3), "Para darse cuenta del mérito intrín-

(1) Agustín de Vedia.—Constitución Argentina. Pág. 484.
(2) Lecciones de Derecho Constitucional. Pág. 437.
(3) Fallos de la Suprema Corte de la Nación. Tomo 6, pág. 227.

"seco de los indultos expedidos y de su valor jurídico, forzoso "es examinar el origen de ese derecho, quien lo ejerce, como, "en qué circunstancias. La Constitución de la República en su "artículo 86, inciso 6.° autoriza al Presidente de ella, para in- "dultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdic- "ción federal, previo informe del tribunal competente, lo que "bien claro muestra, que el ejercicio de ese derecho debe seguir "al juzgamiento, en el que se ha de calificar, primero el delito, "y se ha de designar el delincuente y la pena; pues, de otro "modo, no podría indultarse en el sentido de la Constitución "y previo informe judicial, a quien no es declarado culpable, "o conmutarse penas que no son conocidas ni han sido pronun- "ciadas por la única autoridad a que está reservada esta fun- "ción, quedando así, por último, invertido el orden natural de "las funciones de los poderes públicos y burlados los propó- "sitos de la Constitución. Al mantener ella el derecho de gra- "cia en la forma que lo ha hecho, subordinándola a una trami- "tación especial, en que el juzgamiento preceda al indulto, ha "querido, sin duda, que este evite o modifique el excesivo rigor "que puede acompañar a la aplicación de la ley en ciertos casos "y circunstancias, de que no debe darse cuenta el juez; ha que- "rido que todos y cada uno de los poderes cumplan con su de- "ber en la esfera que les está marcada; que la moralidad se "levante en alto; que la ley conserve siempre su prestigio, sien- "do ciegamente obedecida, y finalmente, que la conciencia que "inspire el perdón al dispensar la pena, valga tanto como el "mismo castigo y nada defraude a la justicia con que se aplica "la ley en el proceso."

La sentencia fué confirmada por sus fundamentos y en la colección oficial de fallos, el resumen del pronunciamiento se encuentra hecho en los siguientes términos: "Para que el Presi- "dente de la República pueda ejercer la facultad de conmutar "o indultar las penas en los delitos sujetos a la jurisdicción fe- "deral, es necesario que haya habido un juicio en que se califi- "que el delito, y se designe al delincuente y la pena que me- "rece."

El fallo lo suscriben los doctores Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado y José Barros Pazos.

*

* *

143. El indulto extingue la pena y no la acción.—El código, como hemos podido comprobarlo, se refiere a la extinción de la acción penal y a la extinción de la pena. La primera se extingue, según el artículo 52, por muerte del imputado, amnistía, prescripción y renuncia del agraviado, cuando procede.

La segunda, se produce por prescripción (artículo 65); por indulto (artículo 68); por perdón de la parte ofendida en los casos en que procede, (artículo 69); y por amnistía (artículo 61).

El código distingue así entre dos cosas distintas: la acción y la pena, determinando concretamente por qué medios se produce la extinción de una y de otra.

Como el indulto extingue la pena y no se encuentra comprendido dentro de la enumeración del artículo 59, es evidente que esa facultad no se puede ejercitar sino existiendo una condena ejecutoriada. El artículo 68 dice de una manera terminante: *el indulto del reo extinguirá la pena* y sus efectos.

Cuándo un medio de extinción de la acción, extingue también la pena, la ley lo dice expresamente como ocurre con la amnistía acerca de la cual se ocupan los artículos 59 y 61.

Pero estos argumentos derivados del texto mismo del código, se encuentran terminantemente concretados en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, donde se dice:

"El indulto hace desaparecer la pena, pero no el delito y "la conmutación, generalmente confundida con el perdón, sólo "indica un indulto relativo, pues equivale al reemplazo de la "pena impuesta, por otra inferior. La conmutación y el indul- "to no se pueden decretar sino después de la condena del acu- "sado por sentencia ejecutoriada. Esta regla se ha violado en "algunos casos, pero no por eso es menos imperativa. El acu- "sado se pone a la orden del juez y no sale de esa jurisdicción "hasta que termina el proceso. Sólo cuando media condena, se "entrega el reo a la autoridad administrativa, la cual lo tiene "a sus órdenes para hacer cumplir la sentencia."

*

* *

144. Los antecedentes del artículo y el código de Chile.—El artículo en estudio fué tomado del proyecto de 1906 cuyo artículo 72 era igual al 68 del código vigente. El proyecto mencionado lo tomó a su vez del artículo 106 del de 1891, igual también al que rige.

Este último proyecto tomó la disposición del código de Chile el que dice en el inciso 4.° del artículo 93: "la responsabili-" lidad penal se extingue: 4.° "Por indulto. La gracia de indul-" to sólo remite o conmuta la pena, pero no quita al favorecido " el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia " o nuevo delinquimiento y demás que determinan las leyes."

La referencia al código de Chile se encuentra en las concordancias puestas al proyecto de 1891 por la Comisión redactora y en la edición oficial impresa por orden del Poder Ejecutivo de la Nación.

* * *

145. El indulto de procesados y la nueva tesis de la mayoría de la Suprema Corte Federal.—He precisado el alcance del artículo porque la materia a la cual se refiere ha sido objeto de viva controversia en presencia de resoluciones judiciales relacionadas con la misma.

Indultado un procesado por el Poder Ejecutivo, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital, le desconoció ese derecho, sosteniendo de acuerdo con la Constitución, que no podía usar de la facultad de indultar sino con relación a los condenados por sentencia firme.

Esa resolución fué llevada a la Suprema Corte Nacional, la que ha declarado por mayoría de votos que los procesados pueden ser indultados por el Poder Ejecutivo. Como entiendo que esa solución atenta contra la Constitución y contra la ley, que no se ha invocado en el fallo, he querido concretar bien, para que por lo menos resulte la doctrina triunfante en el terreno de la controversia jurídica, aun cuando se encuentre accidentalmente desconocida por la mayoría del tribunal superior que deberá volver sobre sus pasos.

La mayoría de la Suprema Corte formada por los doctores Antonio Bermejo, José Figueroa Alcorta y N. González del Solar sostuvo:

Establecido que para la procedencia del ejercicio de la facultad de indultar la Constitución requiere que exista causa abierta contra el delincuente, ella no exige que dicha causa haya alcanzado necesariamente hasta determinado límite del procedimiento, o sea el de sentencia ejecutoriada, pues esto no es indispensable para que sea posible determinar las circunstancias del hecho delictuoso y del procesado sobre los que ha de recaer el informe.

Al referirse la constitución a "las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal"—expresión que, como lo ha hecho constar la jurisprudencia, excluye los de jurisdicción provincial —no hace distinción alguna entre las penas que establezca la ley y las que apliquen los Tribunales en sus fallos; siendo de notar que los constituyentes del 53 tomaron, sin duda, en consideración el texto de la cláusula primera, sección 2, artículo 2, de la Constitución americana, y la definición de Marshall "el perdón es un acto de gracia procedente del poder de ejecutar las leyes que libra al individuo, a quien es concedido, del castigo que la ley inflige por un crimen que ha cometido" (7 Pet-150), cuando en su proyecto habían admitido la misma excepción de los casos de acusación de la Cámara de Diputados y traducido el texto americano "for offenses against the United States", en la expresión "por delitos cometidos contra la Confederación", que fué reemplazada por la fórmula actual en la sesión del 29 de abril de 1853, complementando la cláusula americana con la exigencia del "previo informe del Tribunal correspondiente" tomada de la Constitución de 1819, artículo 89, y de 1826, artículo 99.

De la combinación del texto de la Constitución americana, ilustrada por la doctrina de sus tratadistas, con el de las que habían regido anteriormente en la Nación, surgieron las cláusulas del inciso 6.°, artículo 86 de la ley de 1853, que al suprimir algunas restricciones contenidas en las anteriores, como la aplicación exclusiva del perdón a la pena capital y cuando mediaran "graves y poderosos motivos", se limitó a tomar de éstas la exigencia del "informe previo del Tribunal correspon-

diente'' sin señalar un estado determinado del proceso, y en conformidad con las leyes de la época colonial (ley 27, título 3, libro 3, Recopilación de Indias), que acordaban a las autoridades ejecutivas la facultad de perdonar cualquier delito y librar los despachos necesarios para que las justicias de todos nuestros reinos y señoríos no procedan contra los culpados a la averiguación y castigo, así de oficio como a pedimento de parte, en cuanto a lo criminal, reservando su derecho en lo civil, daños e intereses de las partes, para que le pidan y sigan como les convenga.''

De lo que precede debe deducirse que el ejercicio de la facultad de indultar es procedente dentro de los propósitos enunciados en el considerando 5.°, cuando existe proceso, ya sea antes o después de pronunciada sentencia firme de condenación, puesto que en lo más está comprendido lo menos—con tal que proceda el informe del Tribunal y no se trate de delitos exceptuados.

Determinados los requisitos y oportunidad en que puede ser ejercida la facultad de indultar del artículo 86, inciso 6.°, derivado, naturalmente, de los fines que se tuvieron en vista al adoptarla y del texto mismo de nuestra Constitución—de conformidad con la citada regla de interpretación de Story—y de las disposiciones correlativas vigentes en el país antes y después de la emancipación, es innecesario reproducir los fallos americanos ampliatorios de esa facultad y las opiniones de los procuradores generales de la Nación, a que hace referencia el dictamen de fojas 107. Sería, por lo demás, inconducente historiar las evoluciones de esa institución a través de diversas épocas y naciones, o las controversias de que ha sido objeto entre los publicistas, concretándonos a apreciarla tal como la ha admitido nuestra carta fundamental.

No puede decirse que los indultos y conmutaciones de penas atribuídos al P. E., así como las amnistías generales correspondientes al H. Congreso, sean contrarias a la separación de los Poderes creados por la Constitución, o la independencia del Poder Judicial, en razón de que ni el Congreso ni el Presidente, en sus respectivos casos, revén ni modifican sentencias, ejerciendo funciones judiciales, con sujeción a las leyes vigentes, puesto que subordinan sus actos a motivos de otro orden

previstos y autorizados por la misma Constitución (art. 67, inciso 17; artículo 86, inciso 6.°, y arts. 94 y 95, Const. Nac. Fallos: tomo 102, pág. 43, y 120, pág. 19).

*

* *

146. La opinión de la minoría concordante con los antecedentes y la doctrina.—La minoría representada por los doctores Dámaso Palacios y Angel M. Méndez sostuvo que el Poder Ejecutivo carecía del derecho para conceder el indulto antes de haberse pronunciado sentencia firme que imponga pena. En el antiguo derecho no se hacía distinción entre la gracia o indulto y la amnistía. Tenía el príncipe el derecho de eximir de la aplicación de la ley, en los casos particulares, sin quitarle a aquélla su fuerza y su alcance general; el derecho de perdonar no tenía más límite que la voluntad del jefe del Estado; se ejercía sin dependencia de formalidad alguna y en cualquier momento, después de cometida la infracción.

No es, sin embargo—agrega,—el concepto del derecho de gracia en los tiempos modernos, después que los Gobiernos se revistieron de formas constitucionales, quedando consagrado el principio de la división de los Poderes. En el derecho moderno la gracia no se confunde con la amnistía. Es la mera remisión o renuncia de la ejecución de la pena impuesta por la justicia en un caso particular; no borra el delito y, por consiguiente, no destruye la acción ni produce la abolición de los procesos. Es un supremo recurso destinado a remediar los errores inevitables de los jueces y a mitigar las sanciones que en casos especiales resulten desprovistas de equidad o desproporcionadas con la naturaleza de la falta. El fundamento y finalidad de esta institución determina los justos límites de esta prerrogativa en cuanto a la oportunidad de ejercerla. La amnistía, en cambio, es una medida política y de carácter general que no tiene en vista un delincuente ni un hecho determinado. Para la amnistía no existe, por lo tanto, limitación en cuanto al tiempo de su ejercicio y ello es una consecuencia de la naturaleza de los fines de la misma facultad.

Invocan los doctores Méndez y Palacio las citas pertinentes al caso de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ex-

tranjeras, y añaden que los constituyentes argentinos al atribuir al Poder Ejecutivo la facultad de indultar y conmutar las penas, por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del Tribunal correspondiente, adoptaron, sin ninguna duda, la doctrina dominante en la época en que actuaron, sobre la naturaleza, finalidad y extensión del derecho de gracia.

Más adelante dicen que el Poder Ejecutivo tiene el derecho de indultar penas, pero no tiene el de impedir la imposición de ellas, ni el de suprimir la acción de la justicia, desde que no está investido de la potestad de borrar la infracción, de quitar a los hechos delictuosos la calificación que les ha dado la ley. En el ejercicio de la facultad de indultar su misión comienza cuando hay una pena definitivamente impuesta, que puede ser materia de perdón; esto es, cuando la justicia ha llenado su función de juzgar. La intervención del P. E. antes de la sentencia resulta incompatible con la acción independiente y a la vez armónica de los Poderes del Estado; y es muy difícil admitir que los mismos constituyentes que declaraban que: "en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas", hayan entendido acordarle el medio de suprimir las acciones judiciales y de anular los procesos en tramitación, por medio de un indulto prematuro que importa un sobreseimiento.

Siguen diciendo que la jurisprudencia norteamericana no es aplicable al caso sub-lite, por cuanto los constituyentes de aquel país han transportado textualmente a su Constitución el poder de perdonar tal como lo tenían los reyes de Inglaterra, con todos sus atributos y todos sus defectos. En la Constitución norteamericana no existe sino el poder de perdonar, que confunde en sí la amnistía y la facultad de indulto; y por ello es lógico que sea limitado y pueda ejercerse antes, durante o después de cualquier procedimiento judicial, como se establece en el fallo dictado por el procurador general (ex parte Gartland, 4 Wallace 333).

A su vez, la Constitución argentina ha separado ambas facultades y las ha repartido en diferentes departamentos del Gobierno; pues la facultad de indultar atribuída al Presidente no incluye, como la de perdonar de la Constitución norteamericana, la prerrogativa de amnistías. Este argumento basta para demostrar la tesis de que la institución del indulto de la Constitución Argentina, no ha sido inspirada por la del perdón de la ley fundamental de los EE. UU.

Resulta así que la Suprema Corte Federal ha consagrado por mayoría y en contra de su anterior criterio, que el Poder Ejecutivo puede indultar a un procesado.

Debe hacerse presente que la Suprema Corte estableció con la opinión unánime de los cinco jueces que era indispensable el informe previo requerido al tribunal correspondiente tal como lo determina la Constitución.

*
* *

147. La cuestión en las constituciones norteamericana y argentina.—La Suprema Corte de Justicia no se ha fundado en ley sino que la ha violado y para ello, sin citar los preceptos vigentes, ha buscado la justificación en la Constitución de los Estados Unidos.

La ley fundamental de ese país puede servir como antecedente para interpretar la nuestra cuando existe semejanza o identidad entre una y otra y sólo tiene el alcance de un argumento, nunca de un precepto desde que no rige en nuestro país.

Pero cuando la Constitución norteamericana es distinta de la nuestra en un punto cualquiera, resulta absurdo invocarla para fundar una decisión conforme a su texto y contraria al de la ley nacional.

Con el criterio esgrimido en el caso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se podría sostener que el código penal dictado por el Congreso lo ha sido con violación de la Constitución, pues, si bien es cierto que esta dispone se sancione, la constitución de los Estados Unidos, dice que esa facultad corresponde a las legislaturas de los estados y no al parlamento federal.

La Constitución argentina autoriza al Poder Ejecutivo para *indultar o conmutar penas;* la constitución norteamericana dice en la última parte de la Sección II que el presidente tendrá poder para acordar *la suspensión del castigo y el perdón por ofensas.* Traduciendo el concepto, resulta como dice González (1),

(1) Manual de la Constitución. Pág. 586 y 588.

que el Presidente de los Estados Unidos tiene el derecho de decretar amnistía e indultos, esto es dos facultades que aquí se han dividido entre el poder legislativo y el ejecutivo.

El poder de perdonar en el Presidente de la República es allí amplísimo (1).

El presidente tiene el derecho de otorgar indultos y perdones, por delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de acusación política (2). El perdón podrá otorgarse individualmente a determinada persona que ha sido sentenciada, el cual tendrá efecto desde el momento que le fuere entregado, si no se dispone otra cosa en él. Puede otorgarse antes de la sentencia y aún antes de iniciados los juicios y puede concederse por medio de una proclama general. El presidente puede, así, indultar las penas, reducirlas o conmutarlas y amnistiar a los acusados o condenados. En este último caso, la criminalidad del acto se borra por completo y los favorecidos quedan liberados de toda criminalidad actual o supuesta (3).

Siendo así distintos los textos y el alcance de las constituciones argentina y norteamericana, las opiniones de autores yankees referentes al estatuto de su país, no se pueden considerar como un comentario, ni como un antecedente de la constitución nacional de esta parte.

*

* *

148. El Código Penal no se ha tenido en cuenta por la Suprema Corte.—Existiendo como existe un código donde está prohibido el indulto de procesados, para verificarse una declaración en contra del mismo hubiera sido necesario declarar que sus disposiciones en cuanto no permiten sino el perdón de penados, eran contrarias a la Constitución. Los tribunales de todas las gerarquías tienen que cumplir las leyes del Congreso y sólo pueden desconocerlas cuando esas leyes estén en pugna con la ley superior, con la ley fundamental, con la Constitución. Cuando una de esas declaraciones se formula, la ley no se aplica por considerarse inconstitucional y queda en rigor abrogada.

(1) J. Story.—Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos.—Traducción de N. A. Calvo. Tomo I, pág. 26 y Tomo II, pág. 246.
(2) Tomás M. Cooley.—Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América.—Traducción de J. Carrié. Pág. 98.
(3) Cooley.—Obra y lugar citados.

Pero en el caso que me ocupa la declaración no se ha hecho y la ley no ha sido ni mencionada ni tenida en cuenta, como si no existiese. Esto mismo hace suponer que se volverá sobre el erróneo criterio y que el fallo en cuestión no sentará una jurisprudencia.

Para referirme a todos los aspectos del asunto, me ocuparé de examinar la concordancia o la discrepancia posibles entre la Constitución y el Código Penal.

*

* *

149. Las penas que pueden ser objeto del perdón. — La Constitución dice que el Poder Ejecutivo está autorizado para indultar o conmutar penas. Indultar es perdonar, es hacer cesar la pena, es levantar las restricicones a la libertad del sujeto, impuestas por aquélla. Conmutar es cambiar una pena por otra inferior, siendo así un perdón reducido, puesto que no es total, sino parcial.

Ambos términos: indultar y conmutar, se han colocado juntos, como si respondiesen a un mismo concepto.

La Constitución, por consiguiente, se ha referido a penas, y el Código Penal ha dicho que sólo éstas se pueden perdonar cuando se han aplicado a un sujeto.

Las leyes pueden reglamentar la Constitución y únicamente es posible sostener que una ley contraría a la Constitución, cuando los textos de una y otra se encuentran en pugna o cuando la ley hace imposible el uso del derecho terminantemente consagrado en el estatuto fundamental.

Se dice entretanto y sutilizando la cuestión, que las penas indultables por el Poder Ejecutivo, son las impuestas y las no impuestas. La pena es una amenaza legal que se aplica a un sujeto o que permanece sin adaptarse a un individuo como un precepto teórico. Si la Constitución dice que el Poder Ejecutivo puede remitir, perdonar las penas, sin limitar el derecho, eso significa que está en condiciones de perdonar la pena impuesta y la no impuesta todavía.

La Suprema Corte ha hecho una distinción entre penas aplicadas a un sujeto y penas establecidas por la ley y no infligidas a un individuo determinado y ha declarado que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de remitir unas y otras.

Al hacer esa interpretación ha olvidado la diferencia que existe entre amnistía o indulto. La primera borra la pena desde que suprime el hecho delictuoso; la segunda perdona el castigo y nada más.

La amnistía, según la Constitución corresponde al Congreso y no al Poder Ejecutivo. Se han olvidado además otra serie de factores, como lo comprobaré fácilmente.

* * *

150. El Poder Ejecutivo y las funciones judiciales. — La Constitución en el artículo 95 afirmando la división de los poderes y precaviendo al poder judicial de las invasiones del Ejecutivo que teniendo la fuerza puede imponerse, ha dicho que en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

Para indultar un procesado, esto es, un individuo sometido a causa pendiente de la decisión de los tribunales, el Poder Ejecutivo tiene que sustraerlo a la jurisdicción en que se encuentra, declarar terminada la intervención de la justicia y pronunciar una decisión. No otra cosa importa la orden de libertad por sobre la autoridad del poder judicial.

Nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, dice el artículo 18 de la ley fundamental, no obstante lo cual el Poder Ejecutivo entiende y la Suprema Corte consagra que puede el primero resolver en definitiva un proceso antes de que los tribunales se pronuncien al respecto.

* * *

151. Las consecuencias de distinto orden que produce el delito y las dificultades emergentes cuando se indulta antes de la solución.—El proceso penal no interesa solamente al acusado.

Se vincula con las demás partes, afecta a la víctima o a su familia y puede lesionar a terceros. Todas esas personas están interesadas en la decisión definitiva.

El delito engendra responsabilidades de carácter civil. La indemnización del daño material puede ser fijada en la sentencia del juez de la jurisdicción criminal, según lo dice el artículo 29 del Código Penal vigente. Si el acusado es sustraído a la jurisdicción de los jueces antes de la sentencia por medio del indulto, aquellos no pueden hacer efectiva la indemnización pecuniaria, puesto que no pueden dictar sentencia.

En el juicio criminal no sólo puede discutirse la condena o la absolución del acusado, sino la restitución de objetos (artículo 29, inciso 2.°). El pronunciamiento no lo hace el juez, sino al resolver sobre el asunto, de manera que, si se le quita ese derecho, quedan o pueden quedar sin solución, cuestiones de interés fundamental.

Si el acusado es culpable, los objetos que sirvieron para cometer el delito se deben decomisar, según el artículo 23 del Código Penal. Si se absuelve, esos objetos se deben devolver al prevenido restableciéndolo en la plenitud de sus derechos.

Si se indulta antes de la aplicación de la pena, ¿que se hace con esos instrumentos? ¿Se decomisan o se devuelven?

La sentencia dictada en la jurisdicción criminal influye sobre la jurisdicción civil en cierta manera. Así lo establecen los artículos 1101, 1102 y 1103 del Código Civil. El indulto durante el proceso puede crear situaciones sin salida que no se han tenido en cuenta por los señores jueces de la mayoría de la Suprema Corte de Justicia.

Así, según el artículo 1101 del código civil:

"Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o " fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el jui- " cio civil antes de la condenación del acusado en el juicio crimi- " nal, con excepción de los casos siguientes: 1.° Si hubiere falle- " cido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cu- " yo caso la acción civil puede ser intentada o continuada con- " tra los respectivos herederos.—2.o En caso de ausencia del acu- " sado, en que la acción criminal no puede ser intentada o con- " tinuada."

De manera que si se indulta, es decir si se impide la condena, ¿qué deben hacer los jueces civiles obligados a esperarla?

El artículo 1102 del mismo código civil establece:

"Después de la condenación del acusado en el juicio crimi-
" nal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del
" hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa
" del condenado."

Y el 1103 dispone:

"Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco
" alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre
" el cual hubiese recaído la absolución."

Lo que quiere decir que la falta de pronunciamiento en el juicio criminal, crea para los casos en que existen asuntos civiles, una situación sin solución, desde que en la jurisdicción civil se necesita la sentencia criminal previa, que el indulto del procesado suprime.

Ninguna de estas gravísimas consecuencias se han tenido en cuenta al dictarse un fallo tan poco meditado.

Puede así afirmarse que toda nuestra legislación es concordante en el sentido de establecer que el indulto se refiere a las penas pronunciadas por los jueces y no a los procesos pendientes de la resolución de los magistrados judiciales.

Observo una vez más que estas cuestiones no se presentan en los casos de amnistía porque borrado el delito mismo, no existe ni se puede producir ninguna consecuencia.

*
* *

152. La reincidencia en los casos de indulto.—El Código Penal en el artículo 50, último apartado, dice que a los efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos militares o políticos, ni los amnistiados. Son las únicas excepciones de las que me he ocupado antes recordando fundamentos y antecedentes.

Cuando se indulta a un penado, se remite la pena y nada más. La mancha del delito subsiste y el antecedente se cuenta a los efectos de la reincidencia. El prontuario del penado no se destruye, queda gravitando sobre el individuo y cuando se piden informes a su respecto, aparece con todas sus constancias.

El indulto del procesado, ¿en qué condiciones lo deja respecto a la reincidencia? El indultado no puede considerarse penado y sin embargo no ha sido amparado por una ley de amnistía. Los

efectos son sin embargo, los de esta última lo que acredita una vez más que se usaría por el P. E. al proceder así de una atribución conferida solamente al Congreso.

*
* *

153. La exigencia del informe previo para la concesión del beneficio.—Pero hay otros elementos que afirman la tesis que sustento.

El indulto y la conmutación no se pueden conceder, según el texto de la Constitución, sino previo informe del Tribunal correspondiente. Esta exigencia es esencial y así lo ha dicho la Corte Suprema en más de una oportunidad.

Cuando el informe se pide después de la condena, el Tribunal está en condiciones de darlo desde que el proceso ha pasado en autoridad de cosa juzgada y la opinión de la justicia se ha emitido. Pero si el informe se debiera dar durante la sustanciación de la causa. ¿que puede decir el Tribunal que debe fallar el proceso?.

Los jueces no pueden emitir opinión antes del fallo definitivo.—Si lo hacen son recusables por las partes y hasta podrían ser acusados por inconducta o falta al cumplimiento de deberes esenciales.—¿Cómo puede entonces exigirse a un Juez que dé un informe sobre la conveniencia o inconveniencia de indultar a un procesado cuya causa tiene a su cargo y en la cual debe pronunciar sentencia condenando o absolviendo?

El informe sólo puede darse después de la sentencia ejecutoriada que ha impuesto la pena.

Además, ¿con qué derecho el P. E. le impide a un individuo la posibilidad de ser absuelto, esto es, de no tener en su foja de antecedentes, un proceso concluído de manera tan irregular?

Se me podrá decir que el indulto se pide, lo que es cierto, pero si se reconoce la facultad, todas las demasías serán posibles

*
* *

154. La jurisdicción sobre los procesados.—Los procesados durante la secuela del juicio se encuentran a la orden del juez

de la causa. Cuando en primera instancia se resuelve el proceso y se apela la sentencia, el acusado pasa a depender del tribunal superior. Es una regla general que el prevenido esté a la disposición del tribunal que entiende en el asunto.

Al ocuparme de la necesidad de que se dicte una ley carcelaria como complemento del Código Penal, he puesto bien de manifiesto la diferencia entre procesados y penados a los efectos de las respectivas jurisdicciones. El reo recién después de encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria, se pone a la orden del Poder Ejecutivo.

Si este es el sistema, si es la doctrina y si es la práctica, ¿cómo puede el P. E., colocándose por encima del Poder Judicial, tomar medidas sobre un sujeto que no se encuentra sometido a su jurisdicción?

En realidad los empleados mismos encargados de la custodia de los procesados no podrían ejecutar la orden de libertad dada por el Poder Ejecutivo, puesto que el penado no se encuentra sometido sino a la autoridad de los magistrados.

*
* *

155. La conmutación antes de la condena. — La disposición constitucional dice que el Poder Ejecutivo puede indultar o conmutar. Si se usara durante el proceso y antes de la sentencia, cuando se indulta se remitiría la posibilidad de la condena, pero si se conmutara, ¿cuáles serían los efectos?

Supongamos un acusado por homicidio en cuyo proceso no hubiera recaído sentencia. El indulto del procesado, reconocido por la mayoría accidental de la Suprema Corte, significaría la libertad del mismo y la conclusión del proceso. En cambio la conmutación equivaldría durante el juicio a la indicación a los jueces para que aplicaran una pena inferior a la fijada para el delito, por ejemplo, la que correspondería ser inflijida por lesiones en un caso de homicidio.

El tribunal recibiría así una orden de fallar en determinado sentido.

Las hipótesis absurdas podrían multiplicarse frente a la atentatoria doctrina consagrada. Es cierto que la Suprema Corte sólo se ha pronunciado en un caso de indulto, pero si ha reconocido

el derecho para perdonar totalmente, que es lo más, nada podría oponerse a que se consagrara la facultad de reducir las penas antes de la sentencia, lo que sería otro atentado.

*
* *

156. Delitos de jurisdicción federal y ordinaria.—Podría discutirse al Poder Ejecutivo el derecho de conmutar e indultar fuera de los casos de delitos juzgados por la justicia federal, pero eso no se ha hecho, no obstante las disposiciones tan precisas de la Constitución.

Nuestro estatuto fundamental reconoce solamente dos clases de justicia: la federal de la Nación y la ordinaria de las provincias (artículos 5.°, 94, 86, incisos 5.° y 6.°, 106 y 107).

El Poder Ejecutivo puede indultar o conmutar cuando se trate de delitos juzgados por los tribunales federales. La justicia ordinaria de la Capital, no es ni federal ni ordinaria de las provincias y se encuentra en una situación especialísima porque cuando se dictó la Constitución no existía. El territorio federal de la Capital, era territorio perteneciente a la provincia de Buenos Aires.

Con todo la cuestión no se ha hecho teniendo probablemente en cuenta lo que dice el artículo 94 del estatuto fundamental donde se habla de los tribunales que establezca el Congreso en el territorio de la Nación y el hecho de ser el Presidente de la República el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación (artículo 86, inciso 3.°).

Pero de todas maneras, el Presidente hace uso de una facultad que no es expresa y únicamente por vía de interpretación cuando indulta penados que no han sido condenados por tribunales federales.

La justicia ordinaria de la Capital no emana de la Constitución, de manera directa y expresa y sí solamente de la ley, la cual no ha dicho nada acerca del derecho de indulto.

*
* *

157. Menores, alienados y personas peligrosas.—Me he detenido en las precedentes consideraciones por la gravedad que atribuyo a la doctrina sentada y por las consecuencias de todo orden, civil, penal, preventivo y represivo que apareja.

Bastaría observar para concluir con el punto, que el código autoriza medidas precaucionales con respecto a los menores y a los alienados. Los jueces después de concluído el proceso y al resolver en definitiva pueden absolver, pero tomar medidas precaucionales, que són en rigor de tutela social con respecto a sujetos que representan o pueden representar un peligro.

Si el procesado se le sustrae antes de que se pueda hacer el juicio, la sociedad es despojada de medidas precaucionales que la ley ha querido expresamente se tomen para su salvaguardia.

La inconveniente doctrina puede tender a que se devuelvan al medio social personas peligrosas que deberían encontrarse recluídas.

*

* *

158. El artículo 69 y sus concordancias.—

ARTICULO 69

El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el artículo 73.

Si hubiere varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovechará a los demás.

CONCORDANCIAS. — Código Italiano, artículo 88; Español, 132, inciso 5.°; Chileno, 93; Proyecto de 1891, 107.; Proyecto de 1906, 73.

*

* *

159. Alcance del precepto.—La primera parte del artículo se refiere al perdón del ofendido y la segunda a la comunicabilidad del beneficio. El proyecto de 1906 de donde se ha tomado la disposición, es igual en esta parte al presente, no así el de 1891 que no admitía la comunicabilidad y sólo traía la primera regla.

La acción privada es la excepción. Generalmente la acción

proveniente de los delitos es de carácter público. Según el código, esa acción privada sólo procede en los casos de: adulterio; calumnias e injurias; violación de secretos, salvo el caso del empleado público en ejercicio de su cargo; y concurrencia desleal (artículos 73 y 159).

Se considera en esos casos que la represión interesa más al individuo que a la sociedad y por eso se confiere al sujeto el derecho de esgrimirla. Se entiende también que la acción se vincula a situaciones individuales que deben tenerse en cuenta al mismo tiempo que el propósito inspirador.

Pero si bien es todo eso exacto, no es posible que la sociedad se ponga al servicio de las venganzas o de los negocios del acusador, porque eso sería inmoral y repugnante. El acusador podría subastar su derecho y desistir respecto a quienes le pagasen, por ejemplo, manteniendo la querella para los demás. La ley por eso encuentra que es indivisible la acción y que el desistimiento tiene alcance general.

Este asunto será tratado también al ocuparnos del ejercicio de las acciones.

*

* *

160. El artículo 70 y sus concordancias.—

ARTICULO 70

Las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas, podrán hacerse efectivas sobre los bienes propios del condenado, aún después de muerto.

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículo 125; Código Civil, 1098; Proyecto del doctor Tejedor, Libro Segundo, Título Tercero, artículo 17; Libro Primero, Título Séptimo, artículo 3.°; Proyecto de 1891, 108; Proyecto de 1906, 74.

*

* *

161. Fundamentos del artículo.—Los bienes de las personas fallecidas forman una universalidad llamada herencia. Ese con-

junto responde de todas las obligaciones del difunto, porque se considera que la desaparición de aquél no puede haber ocasionado la nulidad de las mismas. Cuando existen herederos y estos aceptan la herencia, las obligaciones se les transfieren junto con los derechos, y cuando no los hay o cuando aquellos no aceptan la sucesión, se procede a la liquidación de los bienes y al pago de los gravámenes para entregar el remanente si lo hubiere a quien corresponda.

Esta es la doctrina jurídica que rige con carácter general.

Las leyes de los países civilizados no admiten la trasmisión de las penas de unas personas a otras, ni la ejecución de las mismas en la persona de parientes o allegados. Pero siendo los bienes, propiedad individual, es indudablemente justo establecer que las indemnizaciones pecuniarias se hagan efectivas sobre éstos, aun después de la muerte del obligado a satisfacerlas. Lo contrario, equivaldría a desautorizar las normas generales respecto a obligaciones.

* * *

162. Antecedentes de la disposición.—El proyecto del doctor Tejedor, después de decir en el artículo 17 del Título Tercero Libro Segundo que la muerte del delincuente extingue la pena, agregaba en el segundo párrafo: "los herederos sin embargo están " obligados a pagar la multa que se hubiese pronunciado contra " él durante su vida, y a seguir la apelación, y a cumplir los fa- " llos de los tribunales en lo tocante a los bienes, si el delincuen- " te muere después de deducida apelación del fallo de primera " instancia."

El mismo proyecto en el artículo 3.° del libro Primero, Título Séptimo, dice que la responsabilidad civil pasa a los herederos del ofensor, y el derecho de exigirla se trasmite a los herederos del ofendido.

La nota respectiva transcribe una ley de Partida y cita otras concordancias.

El proyecto de 1891 traía una disposición igual a la del código vigente en el artículo 108, repetida en el artículo 74 del proyecto de 1906.

La exposición de motivos del primero de esos proyectos decía:

"Establecemos finalmente en este título, que las indemniza- " ciones pecuniarias inherentes a la pena puedan hacerse efecti- " vas sobre los bienes propios del condenado aun después de su " muerte, porque no sería justo que los herederos del delincuen- " te aprovecharan la parte de fortuna que éste debió entregar " a sus víctimas en reparación del daño causado."

La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso que este artículo pasara a ocupar el lugar de último párrafo del 33.—El Senado lo sancionó así, pero la Cámara de Diputados insistió en su colocación. El cambio fué propuesto por el doctor Rojas que aceptó la opinión del doctor González Roura, según lo expresa sin dar fundamentos.

VI

Del ejercicio de las acciones

163. El sistema de la ley y los antecedentes. — 164. Los artículos 71, 72, 73 y sus concordancias. — 165. Las clases de acciones y su ejercicio. — 166. Fundamentos de la comisión especial de diputados. — 167. Observaciones del doctor rojas. — 168. Opiniones de la comisión de códigos del senado. — 169. El código y el proyecto de 1906. — 170. El asunto en el proyecto de 1891. — 171. El criterio de la comisión redactora del proyecto de 1906. — 172. Excepciones de la ley al principio de la acción privada. — 173. El artículo 74 y sus concordancias. — 174. Alcance del precepto y antecedentes del mismo. — 175. El artículo 75 y sus concordancias. — 176. Origen de la disposición y modificaciones introducidas. — 177. El artículo 76 y sus concordancias. — 178. Casos que comprende el artículo. — 179. La acción en los delitos contra la libertad política.

* * *

163. El sistema de la ley y los antecedentes.—Al ocuparme en los capítulos anteriores de la extinción de las acciones, he dado

las nociones doctrinarias y fijado los conceptos. La acción es un derecho en movimiento que se ejercita por el interesado o por la sociedad según el carácter de la lesión de la cual surge la procedencia del reclamo.

Cuando la acción es personal, la ejercita el afectado por sí o por medio de sus representantes voluntarios o necesarios, y si ha desaparecido corresponde a los sucesores, lo mismo que en los casos de cesión. Si la acción es social, se ejercita por los representantes del estado, los que obran en cumplimiento de los deberes que les imponen los ministerios que desempeñan.

En el Código Penal de 1886 no existía un título destinado al ejercicio de las acciones. Esa ley se refería a las mismas cuando se ocupaba de delitos especiales y cuando quería señalar excepciones al principio general relativo al carácter público de las acciones penales.

Así en el artículo 124 dice que el cónyuge ofendido es el único que puede querellar por delito de adulterio, debiendo acusar a ambos culpables. El cónyuge ofendido, según el artículo 125, puede en cualquier momento remitir la pena a su consorte debiendo en ese caso también perdonar al cómplice.

Para intentar la acción penal, según el artículo 18 de la ley número 4189, es necesario que se declare el divorcio por causa de adulterio.

En los delitos de violación, estupro o rapto no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiere hallado cuando se cometió el delito. Si se hubiese cometido contra una impúber que no tenga padre ni guardador, puede acusar cualquiera del pueblo o procederse de oficio, lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por su ascendiente, tutor, o por cualquiera persona encargada de la guarda de la menor (artículo 141).

En materia de calumnias e injurias el artículo 21 (inciso 3.°) de la ley número 4189, derogó el 185 del código y estableció, que las respectivas acciones sólo podrán ser ejercitadas por el ofendido y, después de su muerte, por el cónyuge, hijo, nietos o padres sobrevivientes.

Este sistema tiene su origen en el proyecto del doctor Tejedor y fué seguido en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

El proyecto de 1891 reunió la materia relativa a las acciones en un título especial, consultando como lo dice la exposición de motivos el buen orden en la redacción de la ley.

El sistema fué seguido por el proyecto de 1906 y de allí ha pasado al código vigente.

* * *

164. Los artículos 71, 72, 73 y sus concordancias.—

ARTICULO 71

Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes:

1.°—Las que dependieren de instancia privada;

2.°—Las acciones privadas.

CONCORDANCIAS. — Proyecto de 1891, 87; Proyecto de 1906, 75.

* * *

ARTICULO 72

Son acciones dependientes de instancia privada, las que nacieren de los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

CONCORDANCIAS. — Código Holandés, artículos 245 y 281; Italiano, 336,

párrafo 1.° y 334; Húngaro, 238, 245 y 322; Código Ecuatoriano de enjuiciamiento en materia criminal, 9, 2.ª y3.ª; Proyecto de 1891, 87; Proyecto de 1906, 76.

*

* *

ARTÍCULO 73

Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

1.°—Adulterio;

2.°—Calumnias e injurias;

3.°—Violación de secretos, salvo en los casos del artículo 154;

4.°—Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159.

CONCORDANCIAS. — **Inciso 1.°** Código de 1886, artículos 124 y 125; Proyecto de 1906, 77, inciso a).

Inciso 2.°—Código Holandés, artículo 296; Italiano, 400, Húngaro 268; Ecuatoriano de enjuiciamiento, 9, 4.ª; Código de 1886, 185; Proyecto de 1891, 87, inciso 2.°; Proyecto de 1906, 77, inciso b).

Inciso 3.°—Código Holandés, 272 y 273, párrafos segundos; Italiano, 164; Húngaro, 327 in fine y 328; Proyecto de 1891, 87, inciso 5.°; Proyecto de 1906, 77, inciso d).

Inciso 4.°—Proyecto de 1906, 77, inciso f).

*

* *

165. Las clases de acciones y su ejercicio.—Las acciones criminales se dividen, según el código vigente en tres grupos: las públicas; las privadas; y las dependientes de instancia privada, necesitándose ésta para que se pongan en movimiento.

La acción pública es la que se inicia de oficio, la que corresponde a la autoridad investida por ley de las facultades necesarias y que se ejercita, como consecuencia inmediata del delito.

La acción es siempre la consecuencia de una lesión. Esa lesión crea o afirma el derecho y éste da nacimiento a la acción. En materia civil, más bien en las relaciones privadas, la lesión perjudica individualmente y por tanto el juez del reclamo es el

propio afectado. Si éste lo desea, ejercita el derecho y entabla la acción; si no quiere hacerlo no lo pone en movimiento y nadie sino él es beneficiado o perjudicado con el acto que realiza.

En el orden penal, en el derecho público en general, el hecho, el delito en nuestra materia, afecta a la sociedad y por consiguiente la acción, la tutela, la vigilancia, la defensa, tienen que colocarse en un plano superior al de la voluntad individual. De aquí que en el orden civil las acciones sean privadas y en el penal, públicas.

Pero la regla tiene sus excepciones y en derecho penal mismo existen las acciones privadas. Cuando se considera que un acto perjudicial para otro y erigido por la ley en delito, interesa en la sustanciación de sus consecuencias, más al afectado que a la sociedad, se deja librado al mismo el derecho de perseguir la aplicación del castigo contra el autor de la infracción.

La acción privada se ejercita por la víctima o los herederos en su caso, y al interesado se le defiere el derecho al desistimiento.

En otros casos el criterio social tiene que ser distinto. Hay delitos que importan para la víctima, no sólo un perjuicio, sino una deshonra. En muchos casos ésta prefiere ocultar el hecho y evitar un castigo contra el autor, por el daño que la exhibición de su desgracia le produciría y por el antecedente que documentaría en su contra gravitando durante toda su vida. La ley por eso, defiere a la víctima el derecho de denunciar o de ocultar, pero si la denuncia se hace, como el daño está ya producido, no se deja a la voluntad de la víctima la posibilidad de que el proceso se lleve o no adelante. Puesta en movimiento la justicia, se continúa la acción aún en contra de los deseos de la persona afectada.

*

* *

166. Fundamentos de la Comisión Especial de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria refiriéndose a este título, dijo en la exposición de motivos:

"La ley vigente en diferentes partes, y de manera desorde-
" nada, habla del ejercicio de las acciones. El proyecto de 1906
" procediendo con acierto, ha dedicado un título a este impor-
" tante asunto. La exposición de motivos dedica pocas líneas a

" los fundamentos del título, probablemente porque en la que
" fundamentó el proyecto de 1891, de donde ha sido tomada esta
" parte, se trata el asunto con cierta extensión."

" Las acciones se dividen en tres grupos: las que se inician
" de oficio, las que dependen de instancia privada y las priva-
" das. Los diferentes artículos caracterizan bien las respectivas
" situaciones."

" La Comisión ha aceptado los artículos del proyecto de 1906
" y los fundamentos de éste y los del de 1891, suprimiendo sólo
" el artículo 77, en nuestro proyecto, el 73 lo relativo a ame-
" nazas, de acuerdo con lo aconsejado en la parte especial."

* * *

167. Observaciones del doctor Rojas.—En la Cámara de Senadores, el doctor Rojas dijo respecto a los artículos transcriptos, lo siguiente: "Deberán iniciarse de oficio todas las acciones, con
" excepción de las siguientes:

" 1.°—Las que dependieran de instancia privada.

" 2.°—Las acciones privadas.

"Doctor Herrera, párrafo 367.—"Son acciones que dependen
" de "instancia privada", aquellas en las cuales las denuncias
" o querellas del agraviado o de su representante es requi-
" sito indispensable para poder formar causa; pero que una vez
" llenado dicho requisito, es parte el ministerio público, pudiendo
" proseguir dicho ministerio aun contra la voluntad del denun-
" ciante o querellante."

"La acción privada es aquella que corresponde únicamente
" al ofendido, que él sólo puede ejercitarla y que de consiguien-
" te, puede desistir de ella cuando quiera, sin que el ministerio
" público pueda continuarla."

" Los términos de que se vale el artículo 61 y lo que dispo-
" nen los siguientes no obligan a entenderlo así; pero la redacción
" del artículo 76 nos hace dudar de esta interpretación, pues re-
" firiéndose a alguna de las acciones privadas consigna la misma
" disposición que la que trae el artículo 72, para las acciones
" dependientes de instancia privada, es decir, que basta la que-
" rella o denuncia del agraviado o de su representante para se-
" guir el juicio correspondiente."

El doctor Rojas continúa diciendo en su informe:

" La división de las acciones penales en tres grupos: 1.° ac-
" ciones que se inician de oficio; 2.° acciones dependientes de ins-
" tancia privada; 3.° acciones privadas, se encuentra en el pro-
" yecto de 1906; y no se halla en el proyecto de 1891. Este pro-
" yecto en su artículo 87 dispone:

" Pueden iniciarse de oficio todas las acciones penales excep-
" to las que nacen de los siguientes hechos punibles:

" 1.° Violación, estupro, rapto o ultraje al pudor de las per-
" sonas púberes, cuando no resultare la muerte de la persona
" ofendida.

" 2.° Calumnia o injuria.

" 3.° Violación de domicilio, etc.

" Los fundamentos que el doctor Herrera da para establecer
" la división consignada en el artículo 71 son muy plausibles,
" pero ello no aparece en el informe de la comisión y los efec-
" tos de esa división, que anuncia el doctor Herrera, no se notan
" en los artículos del título IX."

"¿Cuáles son los efectos prácticos, no meramente doctrina-
" rios, que se derivan de la división entre acciones dependientes
" de instancia privada y acciones privadas?"

" Las acciones dependientes de instancia privada que enume-
" ra el artículo 72 sólo pueden iniciarse esto es, sólo pueden dar
" lugar a un proceso, mediante acusación o denuncia del agra-
" viado o representante legal."

" En cuanto a los delitos de acción privada del artículo 73,
" el artículo 74 dispone que la acción por adulterio corresponde
" al cónyuge ofendido, inciso 1.°; que la acción por calumnias,
" inciso 2.°, sólo podrá ser ejercitada por el ofendido, artículo 75;
" y que, en los demás casos del artículo 73, se procederá única-
" mente por querella, o denuncia del agraviado, artículo 76. Bajo
" el punto de vista de la iniciación de la causa, la acción depen-
" diente de instancia privada y la acción privada se confunden."

"Iniciada la acción, los diversos artículos del título XI no
" establecen tampoco con claridad, diferencia alguna entre di-
" chas acciones durante la marcha del proceso: no hay ninguna
" prescripción expresa, según la cual el proceso continuará a
" cargo del Ministerio Fiscal, aun cuando el agraviado desista
" de la acción y quiera evitar la prosecución de la causa."

"Las diferencias que se notan en el proyecto entre las acciones privadas y las dependientes de instancia privada, se originan de la naturaleza de cada delito. Así, cuando se trata de delitos de violación, estupro, rapto y ultraje al pudor, el artículo 72 dispone que se procederá de oficio, cuando el delito fuera cometido contra un menor que no tuviera padres y tutor y guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador."

"Esta sola circunstancia no basta para fundar la diferencia establecida en el artículo 71 por cuanto ella implicaría una simple peculiaridad de la acción privada de que trata el artículo 72."

"La acción de adulterio también tiene su especialidad: ella está prevista por el artículo 74, y también la tiene la acción por calumnia, artículo 75, luego, no aparece en el proyecto, con efectos jurídicos positivos la división que expresa el artículo 71."

"Corresponde dejar establecido de una manera expresa en la ley, los efectos de la división de las acciones dependientes de instancia privada y de las acciones privadas para evitar que esas acciones sean confundidas, como ha ocurrido en los códigos de procedimientos de algunas provincias."

"La acción pública, en ciertos casos— dice el doctor Jofré,— no puede deducirse si no se han cumplido determinados requisitos exigidos por la ley."

"Eso ocurre en los delitos cometidos contra la honestidad, etcétera. Existe la acción que depende de denuncia del interesado, en los delitos contra la honestidad. En la violación, en el estupro, etc., no se puede proceder a formar causa si la interesada o la persona bajo cuyo poder se hubiese hallado cuando se cometió el delito, no ha hecho la denuncia o promovido la querella ante quien corresponda. Se ha creído que era mayor el perjuicio que iba a experimentar la víctima con la divulgación del delito, que con la impunidad del delincuente. En cambio cuando la interesada, su padre o guardador, jueces exclusivos para hacer la denuncia ponen ese hecho en conocimiento de la autoridad debe la sociedad reprimir ese delito. No es que se trata de una acción privada en esos casos, sino que es una acción que no puede iniciarse, sin simpatías de la interesada. Una vez puesta en movimiento la acción, ya no pertenece al damnificado, ya no puede desistir, y no hay otra solución que dictar la sentencia."

"Lo único que priva el Código Penal es proceder de oficio; pero una vez iniciada la querella, por parte legítima, no cabe más solución que la que acabamos de indicar. Doctor Tomás Jofré, Código de Procedimientos Penales de la provincia de Buenos Aires, tomo 1.°, páginas 120 y 121."

"Doctor Rivarola.—Exposición y crítica del Código Penal, tomo 2.°, números 611 al 615."

"Para evitar confusiones, para aclarar bien las nociones jurídicas y definir efectos, nosotros redactaríamos el segundo apartado del artículo 72 en la siguiente forma:

"En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representante legal. Producida la acusación o denuncia, intervendrá el Ministerio Fiscal y el proceso continuará su curso como en el caso de cualquier acción pública."

"Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padre, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador."

"El artículo 73 inciso 4.° del proyecto, enumera como delito que dá lugar a la acción privada, la extorsión, en el caso del artículo 170."

"El doctor González Roura dice a este respecto: "Si la simple privación de la libertad (artículo 141 del proyecto) constituye un delito de acción pública, no puede constituir un delito de acción meramente privada, cuando tiene por fin cometer un atentado contra la propiedad. Artículo 170. Sufrirá prisión de tres a diez años el que retuviera en rehenes a una persona para sacar rescate."

"Lo dispuesto en este artículo constituye un delito mucho más grave, según la misma doctrina del proyecto, que el determinado en el artículo 141. Por otra parte, detener la acción de la justicia a la espera de la denuncia de la víctima, valdría tanto como renunciar a obtener la prueba del delito en muchos casos."

"Nosotros aceptamos las conclusiones del doctor González Roura y suprimimos el inciso 4.°."

"Después del artículo 73, colocaríamos el artículo 69 del proyecto."

* * *

168. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado, expresó por su parte:

"En el título XI aconsejamos, de acuerdo con las observaciones formuladas en su informe por el ex senador Rojas, la supresión de las palabras "difamación y ultraje" del inciso 2.° del artículo 73, y la supresión del inciso 4.° del mismo artículo."

"Por lo tanto, dicho artículo debe quedar así: "Son acciones privadas, las que nacen de los siguientes delitos:

"1.° Adulterio."

"2.° Calumnias e injurias."

"3.° Violación de secretos, salvo en los casos del artículo 154."

"4.° Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159."

"En consecuencia, deben suprimirse también las palabras "difamación o ultraje", en el artículo 75."

* * *

169. El código y el proyecto de 1906.—El artículo 71 se limita a decir que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales con excepción de las privadas y las que dependieren de instancia privada.

El concepto a que obedece la disposición lo he expuesto antes, debiendo agregar que el precepto coincide con el artículo 75 del proyecto de 1906 de donde fué tomado.

En el artículo 72 se indican las acciones dependientes de instancia privada y en el 73 las acciones privadas. Esos son artículos que se han tomado también del proyecto de 1906, siendo el 72 igual al 76 de dicho proyecto.

El 73, en cambio, tiene diferencias con el 77 del proyecto que sirvió de antecedente.

El artículo 77 del proyecto de 1906 decía, en efecto:

Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

a) Adulterio;

b) Calumnias, injurias, difamación y ultrajes;

c) Amenazas y violencias, comprendidas en los artículos 155 y 157;

d) Violación de secretos, salvo en los casos del artículo 162;

e) Extorsión en el caso del artículo 185;

f) Concurrencia desleal, prevista en el artículo 167.

Como puede verse, el inciso b) cambiado por el 2.°, sufrió la supresión de las palabras difamación y ultraje; el inciso c) se suprimió; y el inciso e) corrió la misma suerte.

La supresión del inciso c) relativa a las amenazas y violencias, fué proyectada por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados y las otras se hicieron en el Senado.

En las exposiciones de motivos antes transcriptas se dan las razones de los cambios, las que se encuentran en concordancia con las disposiciones de la parte especial.

* * *

170. El asunto en el proyecto de 1891.—Los artículos del proyecto de 1891 obedecían a un sistema análogo, pero estaban redactados de una manera diferente.

Desde luego, las acciones penales no se dividían, diciendo el artículo 87 que todas pueden iniciarse de oficio, excepto las que nacen de los siguientes hechos punibles:

1.° Violación, estupro, rapto o ultraje al pudor de las personas púberes cuando no resultare la muerte de la persona ofendida;

2.° Calumnia o injuria;

3.° Violación de domicilio;

4.° Amenazas y coacciones comprendidas en los artículos respectivos de la parte especial;

5.° Descubrimiento y revelación de secretos fuera de los casos correspondientes al empleado de correo, telégrafo u otra repartición encargada de la correspondencia, que se apoderase de una carta para divulgar su contenido;

6.° Usurpación;

7.° Daños;

8.° Lesiones en los casos señalados en los artículos 120 y 124, que dicen así: Se impondrá la pena de penitenciaría de un mes a un año al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño

que no esté previsto en otra disposición de este código; y el 124: El que por imprudencia o negligencia, o por impericia en su propio arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, sufrirá la pena de doscientos a mil pesos de multa e inhabilitación especial por uno a cuatro años;

9.° Abuso de armas, cuando se tratare de agresión producida con una que no fuese de fuego y no se causare herida;

10° Suposición de filiación cuando se trate de mujer casada con relación al hijo tenido en adulterio;

11.° Extorsión en el caso del artículo 204, que dice así: Sufrirá penitenciaría de seis meses a dos años, el que obligare a otro, por amenaza de imputaciones contra el honor, o de violación de secretos, a la entrega de una cosa que no sea del culpable, o a contraer una obligación, o a extinguir un crédito.

El artículo concluye diciendo que las acciones provenientes de delitos contra la libertad política, pueden ser iniciadas por cualquier ciudadano.

Agrega el artículo 88: Los delitos mencionados en las excepciones del artículo anterior, sólo podrán ser perseguidos por acusación o denuncia del agraviado o de sus representantes legales o guardadores.

Si se tratare de un delito contra una persona impúber que no tenga padres ni guardadores, se procederá de oficio, lo mismo que en el caso de que el delito fuese cometido por un ascendiente, tutor o guardador de la persona impúber.

Si se tratare de injurias o calumnias, la acción penal sólo podrá ejercerse por el ofendido, y después de su muerte, por el cónyuge, hijos o nietos sobrevivientes.

Y dice el 89: No podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.° Los cónyuges, a no ser por delito cometido por el uno contra la persona del otro, o la de sus hijos y por el delito de bigamia.

2.° Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cuñados; a no ser por delito cometido por los unos contra las personas de los otros o de sus hijos.

La exposición de motivos expresa acerca de esos artículos lo siguiente:

"Hemos reunido en un solo título las disposiciones dispersas en el código actual sobre el ejercicio de las acciones penales, consultando el buen orden en la redacción de la ley."

"Así, el artículo 87 enumera todos los hechos punibles que sólo dan lugar a acciones privadas. En el artículo 88 hemos refundido los artículos 141 y 185 del código vigente, generalizando su aplicación de modo que comprenda, no sólo el ejercicio de las acciones provenientes de delitos contra la honestidad y el honor, sino todos los demás delitos sustraídos a la acción del Ministerio Público, puesto que no hay entre aquellos y estos diferencia fundamental que motive una excepción."

"El artículo 89 contiene en el fondo la misma disposición protectora de la familia que el 223 del código vigente, pero su forma es más amplia y comprende, entre las acciones prohibidas a los cónyuges ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados, no sólo las provenientes de hurtos, defraudaciones y daños, sino todas las provenientes de delitos que no sean contra la persona ni contra el vínculo matrimonial."

El artículo 90 del proyecto de 1891 dice que nadie será obligado a responder por delito que se le impute sin que el tribunal competente declare antes haber lugar a la acusación.

Fundando ese precepto en el que se anota como concordancia la enmienda 5.ª a la constitución de los Estados Unidos, la exposición de motivos expresa:

"El artículo 90 introduce en nuestra legislación penal una garantía preciosa para la libertad individual, la de no ser obligado a responder por delito que se le impute sin que el tribunal competente declare antes haber lugar a la acusación, garantía consignada en la enmienda 5.ª de la constitución de los Estados Unidos, donde el tribunal competente para hacer tal declaración es el gran jurado. Consideramos indispensable esta disposición para evitar que la aplicación del código penal siga siendo, como lo es frecuentemente, un instrumento de opresión injusta respecto de tantos inocentes que por la sospecha de un empleado de policía o de un juez de paz de campaña, se ven obligados a sufrir largos procesos, al cabo de los cuales obtienen una absolución tardía."

Trae además el proyecto, tres artículos relacionados con la jurisdicción que dicen así:

Art. 91.—La acción penal deberá entablarse ante el juez competente del lugar donde el hecho se haya cometido.

Art. 92.—Cuando no conste el lugar en que se haya cometido el hecho, o se hubiere preparado o ejecutado fuera de la República, la acción deberá instaurarse:

1.°—Ante el juez del lugar en que se hayan descubierto pruebas materiales del hecho.

2.°—Ante el del lugar en que el presunto reo haya sido aprehendido.

3.°—Ante el de la residencia del presunto reo.

Si se suscitare competencia entre estos dos jueces, se decidirá dando la preferencia por el orden en que quedan expresados.

Art. 93.—Cuando se imputen al procesado diversos hechos cometidos en distintos lugares, será juez competente el que lo sea para juzgar el hecho a que esté señalada pena mayor, y, en el caso de que a los hechos esté señalada igual pena, el que hubiere prevenido en el conocimiento de la causa.

La exposición de motivos los fundamenta diciendo: "Los artículos 91 a 93 contienen reglas para determinar la jurisdicción ante la cual deben ser instauradas las acciones penales; porque hemos creído que el código penal debe establecer por sí mismo los principios directores de su aplicación, como lo ha hecho el código civil en su esfera propia."

"En un país unitario, la materia de jurisdicción puede ser totalmente legislada en el código de procedimientos, porque este emana de la misma autoridad que la ley sustantiva y no es más que uno para todo el territorio nacional. Pero, en un país federativo, como el nuestro, donde la autoridad central no dicta las leyes de procedimientos, sino únicamente la ley sustantiva, ésta necesita impedir el desorden en su aplicación, estableciendo las reglas fundamentales a que debe obedecer dicha aplicación en todo el territorio."

"El vecino de Córdoba necesita saber con exactitud si debe entablar sus acciones en esa provincia, en Jujuy o en Buenos Aires, y no tiene por qué estar esperando, para acogerse a un código nacional, que se resuelva primero un conflicto de leyes provinciales sobre jurisdicción."

El artículo 94 cierra el título con la siguiente disposición:

La acción criminal no depende en ningún caso de cuestiones prejudiciales. Las cuestiones civiles propuestas con motivo del hecho punible serán resueltas en el mismo proceso, al sólo efecto de la condenación o absolución del acusado.

Y la exposición de motivos fundamenta el precepto diciendo:

"En el artículo 94 hemos resuelto las dudas y dificultades que suscitaba la disposición del artículo 1104 del código civil sobre cuestiones prejudiciales. Creemos que el código civil, en ese punto, ha invadido la esfera propia del Código Penal, reglamentando las acciones criminales, y ha creado una fuente inagotable de conflictos. Nosotros pensamos que la acción criminal no depende en ningún caso de cuestiones prejudiciales y así lo hemos consignado en el artículo referido, estableciendo que las cuestiones civiles propuestas con motivo del hecho punible sean resueltas en el mismo proceso al solo efecto de la condenación o absolución del procesado. Como nuestro proyecto devuelve al derecho penal la materia de la reparación del daño causado por el delito, que el código civil hacía suya, desaparece la necesidad artifical de legislar la influencia de la sentencia civil sobre la criminal y vice-versa. Cada rama del derecho conserva su independencia. El juicio civil sólo producirá efectos civiles; el juicio criminal sólo producirá efectos penales, incluyendo entre éstos la reparación debida a las víctimas del delito, como es lógico y justo."

"Se simplifica así la administración de la justicia, evitándose la multiplicidad de los procesos y el gasto inútil de tiempo y de dinero que resulta de seguir dos o más juicios, cuando puede seguirse uno solo."

* * *

171. El criterio de la Comisión redactora del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, que no se ocupa en la exposición de motivos de fundamentar las disposiciones del título sobre ejercicio de las acciones, es menos extenso que el anteriormente examinado, pues solamente se ocupa de las acciones, sus clases y el ejercicio de las mismas, sin traer preceptos relacionados con la jurisdicción, ni con cuestiones prejudiciales, ni con la decla-

ración respecto a la procedencia de la acusación. En una palabra, los artículos 90, 91, 92, 93, y 94 del proyecto de 1891 no tienen equivalente en el de 1906.

Rivarola dice (1), que la comisión redactotra del proyecto de 1906 de la cual él formó parte, preocupada tal vez de no suscitar discusiones sobre ciertos principios declarados en el proyecto de 1891, limitó la extensión de la reforma propuesta reduciéndose a reunir las disposiciones aisladas que antes existían sobre la materia y formando con ellas un título especial.

La exposición de motivos es, por lo demás, lo único que dice al respecto como se ha visto antes.

Agregaré a ésto que el artículo 91 del proyecto de 1891, según el cual la acción penal debe entablarse ante el juez competente del lugar donde el hecho se haya cometido, es inútil, puesto que la Constitución Nacional en el artículo 102 dice que los juicios se actuarán en la provincia donde se hubiere cometido el delito y si se hubiesen cometido fuera del territorio de la Nación contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial, el lugar en que haya de seguir el juicio.

El artículo 92 se refiere a una cuestión jurisdiccional y el 93 a un asunto que corresponde ser tratado y resuelto en el título sobre concurso de delitos, tal como lo ha hecho el código en vigor.

Por fin, el artículo 94 modificaba el código civil y presentaba la perspectiva de cuestiones que la Comisión de 1906 consideró oportuno evitar.

*
* *

172. Excepciones de la ley al principio de la acción privada. —El artículo 72 en su última parte consigna una excepción al principio respecto a que las acciones dependientes de instancia privada sólo pueden iniciarse por el mismo interesado. Se autoriza, en efecto, el procedimiento de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o cuando el delito hubiese sido cometido por los ascendientes, tutor o guardador. En el primer caso la ley concurre

(1) Derecho Penal Argentino. Pág. 580.

en socorro del desamparado y en el segundo proteje a la víctima contra el delito cometido por quien tenía la obligación de evitarlo.

Los motivos que fundamentan en cada caso las acciones privadas a que se refiere el artículo 73 resultan de la naturaleza de los delitos, de los derechos que afectan y de la situación de las víctimas, como se verá al estudiarlos en particular.

*
* *

173. El artículo 74 y sus concordancias.—

ARTICULO 74

La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción.

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

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículo 359; Francés, 336; Peruano, 266; Austriaco, 248; Código de 1886, 124 y 125; Ley N.° 4189, 18; Proyecto de 1906, 78; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 266 y 267; Proyecto del doctor Tejedor, Sección Segunda, Libro Primero, Título Tercero, § 1, artículos 4.° y 5.°

*
* *

174. Alcance del precepto y antecedentes del mismo. — La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el presente artículo en los siguientes términos:

La acción por delito de adulterio corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, pero

no podrá intentar la acción penal mientras no se declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal.

La disposición fué tomada del artículo 78 del proyecto de 1906.

La Comisión de Códigos del Senado lo amplió en la forma siguiente:

"La acción por delito de adulterio corresponde únicamente "al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables, "pero no podrá intentar la acción penal, mientras no se declare "el divorcio por causa de adulterio. La sentencia en el juicio "de divorcio, no producirá efecto alguno en el juicio criminal."

"El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha perdo-"nado no tiene el derecho de iniciar la acción."

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

La misma Comisión en la exposición de motivos dijo al respecto:

"En el artículo 74 hemos agregado las siguientes disposiciones: "El cónyuge que ha consentido el adulterio o lo ha per-"donado, no tiene el derecho de iniciar la acción."

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

"Hemos tomado estas disposiciones del artículo 185 del an-"teproyecto suizo, que castiga por igual al marido o mujer que "ha cometido adulterio. Así lo propuso también en el seno de "esta Comisión el senador por la capital, doctor del Valle Iber-"lucea, mientras no se suprimiera la represión del adulterio, co-"mo lo propusieran al Congreso penitenciario argentino de 1914, "los doctores Jorge E. Coll, Eusebio Gómez y otros. Las dispo-"siciones indicadas son lógicas y concuerdan con lo dispuesto "en el artículo 74 del proyecto en revisión."

Al ocuparme en la parte especial del delito de adulterio, me referiré al precepto, pues se relaciona directamente con el delito en sí y con su represión.

* * *

175. El artículo 75 y sus concordancias.—

ARTICULO 75

La acción por calumnia o injuria, podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

CONCORDANCIAS. — Código Español, artículo 463; Húngaro, 268, 327 y 328; Holandés, 64 y 65; Ecuatoriano de enjuiciamiento, 10; Código de 1886, 141; Proyecto del doctor Tejedor, Sección Segunda, Libro Primero, Título Séptimo, artículo 11; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 251; Proyecto de 1891, 88 última parte; Proyecto de 1906, 79; Código Civil, 1089, 1090 y 1099.

* * *

176. Origen de la disposición y modificaciones introducidas. —El artículo ha sido tomado del proyecto de 1906 que traía una disposición análoga con el número 79. Solamente se suprimieron del texto las palabras "difamación o ultraje" colocadas a continuación del término injuria, por no encontrarse esas denominaciones en el nuevo proyecto, no obstante estar en el de 1906. La observación fué hecha por el doctor Rojas en el informe presentado a la Cámara de Senadores.

Al tratar de los delitos de calumnia e injuria me ocuparé de nuevo del precepto.

* * *

177. El artículo 76 y sus concordancias.—

ARTICULO 76

En los demás casos del artículo 73, se procederá únicamente por querella o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales.

CONCORDANCIAS. — Proyecto de 1906, artículo 80; Proyecto de 1891, 88.

178. **Casos que comprende el artículo.**—Habiéndose ocupado el artículo 74 de la acción de adulterio mencionada en el inciso 1.° del artículo 73 y el 75 de la acción de calumnia e injuria considerada en el inciso 2.° del recordado artículo 73, el presente se refiere a los otros dos incisos, al 3.° y al 4.° que legislan sobre violación de secretos y concurrencia desleal.

Con respecto a la violación de secretos se exceptúan los casos del artículo 154 y con referencia a la concurrencia desleal se cita el artículo 159.

El artículo 154 castiga al empleado de correos o telégrafos que abusando de su empleo se apoderase de una carta, un pliego, su contenido, lo entregare o comunicare a otro, que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

Para estos casos la acción es pública.

En cuanto al artículo 159 castiga al que por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar en su provecho la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

La acción en estos casos, es privada.

179. **La acción en los delitos contra la libertad política.**—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, siguiendo al proyecto de 1906, colocó en el título XI del libro primero, cuyo examen acabamos de terminar, el artículo 77 que dice: "por los delitos contra la libertad "política, además de la acción penal, procederá la acción parti- "cular de cualquier ciudadano. Iniciada la acción por un ciuda- "dano, el representante del Ministerio Fiscal deberá intervenir "en el proceso, desde el principio hasta la terminación, y no po- "drá desistir de la querella, aunque desistiere el acusador par- "ticular."

El doctor Rojas propuso la supresión de ese artículo invocando la opinión del doctor González Roura, y basándose en que el código no legislaba sobre delitos contra la libertad política.

Transcribió una parte de los fundamentos que contenía la exposición de motivos de la Cámara de Diputados y agregó:

"Pensamos que no hay razón para conservar dicho artícu- "lo, que se refiere a una clase especial de delitos."

"Si lo prescripto en el artículo 77 es una disposición gene- "ral relativa a "los delitos políticos no debe figurar en el có- "digo penal, desde que éste no se ocupa de dichos delitos; si "es una prescripción especial, claro está que tiene que encon- "trarse en la ley de elecciones. En cualquier caso, el artículo 77 "es extraño al código."

"La ley Nacional de elecciones se ocupa de las acciones "que nacen de los delitos contra la libertad electoral y de la ma- "nera de ejercerlas, artículos 88 y 91, inciso 5.°"

"Corresponde, pues, suprimir el artículo 77."

La primera Comisión de Códigos del Senado no tomó en cuenta la observación, pero la segunda proyectó la supresión del artículo 77 y así lo estableció en la planilla que fué aceptada en esa parte.

VII

Significación de conceptos empleados en el Código

180.—El artículo 77, sus concordancias y su objeto. — 181. El proyecto de 1906. — 182. Disposiciones del proyecto de 1891. — 183. Modificaciones hechas durante la reforma. — 184. El artículo 78 y su alcance.

* * *

180. El artículo 77, sus concordancias y su objeto.—El código siguiendo a los proyectos de 1891 y 1906 ha establecido el concepto en que deben tomarse ciertos términos para facilitar la aplicación de sus disposiciones.

ARTÍCULO 77

Para la inteligencia del texto de este código, se tendrá presente las siguientes reglas:

Los plazos señalados en este código se contarán con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

La expresión "reglamentos" u "ordenanzas", comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa ac-

cidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

Con la palabra "mercadería", se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio.

El término "capitán", comprende a todo comandante de embarcación o al que le sustituye.

El término "tripulación", comprende a todos los que se hallan a bordo como oficiales o marineros.

CONCORDANCIAS. — Proyecto de 1891, artículo 109; Proyecto de 1906, 82; Código Holandés, Título IX, Libro I.

*

* *

El presente artículo se ocupa como lo comprueba su simple lectura de establecer el significado de algunos conceptos empleados en el código.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, dice al respecto:

"El proyecto trae un título destinado a explicar la signifi-
"cación de algunos términos. Hemos considerado más preciso
"hablar de conceptos y no de palabras y en ese sentido se ha
"redactado el epígrafe, pues aceptamos ideas y no definiciones.
"Hemos suprimido por eso, todo lo que tiene este último carác-
"ter, conservando lo demás."

*

* *

181. El proyecto de 1906.—El precepto fué tomado del artículo 82 del proyecto de 1906, el cual decía:

"Para la inteligencia del texto de este Código se tendrán
"presentes las siguiente reglas:

"Los plazos señalados en este Código se contarán con arre-
"glo a las disposiciones del Código Civil."

"La expresión "reglamentos" u "ordenanzas", comprenden
"de todas las disposiciones de carácter general, dictadas por la
"autoridad competente en la materia de que traten."

"Por los términos "funcionario público y empleado públi-
"co", usados en este Código, se designa a todo el que participa
"accidental o permanentemente del ejercicio de funciones pú-
"blicas, sea por elección popular o por nombramiento de auto-
"ridad competente."

"Se entiende por "banda" la asociación de dos o más in-
"dividuos para cometer delitos determinados."

"Se entiende que hay "escalamiento", cuando se penetra
"por vía que no está destinada a servir de entrada."

"Con la palabra "mercadería", se designa toda clase de
"efectos susceptibles de expendio, incluso las drogas o medica-
"mentos."

"El hecho de narcotizar una persona u ocasionarle un sín-
"cope, se asimilará a la violencia o fuerza."

"El término "capitán" comprende a todo comandante de
"embarcación o al que le sustituye."

"El término "tripulación", comprende a todos los que se
"hallan a bordo como oficiales o marineros."

El encabezamiento del título decía: "significación de algu-
"nos términos empleados en el código", empleando la palabra términos y no conceptos, como lo ha hecho notar la exposición oficial.

En la exposición de motivos se dice solamente que:

"El último título del proyecto en la parte general, no figu-
"ra en el Código actual, y tiene por objeto fijar el alcance de
"algunos de los términos empleados en el Código. Su utilidad
"nos parece evidente, porque servirá para evitar dudas y con-
"troversias en la aplicación de la Ley."

*

* *

182. Disposiciones del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 en el título X con el mismo epígrafe que el correspondiente del proyecto de 1906, decía:

Artículo 109.—Para la inteligencia del texto de este Código se tendrá presente las siguientes reglas:

La unidad monetaria a que este Código se refiere al expresar sumas en dinero, es el peso nacional de "oro" o su equivalente en moneda de curso legal.

Los plazos señalados en este Código se contarán con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

La expresión "reglamentos u ordenanzas" comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que traten.

Por los términos "funcionario público y empleado público" usados en este Código, se designa a todo el que, por disposición de la ley, participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

La expresión "hecho punible" comprende todo delito o falta prevista en este código o en cualquiera otra ley penal.

Se entiende por "banda" la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados.

Se entiende que hay escalamiento cuando se penetra por vía que no está destinada a servir de entrada.

En el término "jueces" se comprende a los árbitros y arbitradores.

Con la palabra "mercadería" se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio, incluso las drogas o medicamentos.

La exposición de motivos se limitaba a decir que imitando al código holandés se habían agrupado en un solo título las definiciones de palabras y locuciones cuya exacta significación debe fijarse para la mejor inteligencia de la ley que las emplea.

* * *

183. Modificaciones hechas durante la reforma.—La Comisión Especial de la Cámara de Diputados repitió el artículo del proyecto de 1906, suprimiendo en el apartado referente a mercaderías, las palabras incluso las drogas o medicamentos por considerarlas inútiles y suprimiendo también el apartado que considera al hecho de narcotizar a una persona o de ocasionarle un síncope, como equivalente al de usar violencia o fuerza.

El doctor Rojas se manifestó partidario de la supresión del artículo, diciendo:

"Las reglas que contiene el artículo 78 no son necesarias " para la inteligencia del código".

"**Plazos señalados.**—Este inciso es inútil desde el momento en que los artículos 23 al 29 del Código Civil, establecen " que las disposiciones contenidas en ellos se aplican en todos los " plazos señalados por las leyes."

"**Reglamento y ordenanzas.**—Tienen estas voces un sentido legal y común conocido. Si se examina cada uno de los artículos del Código en que están usados, se encontrará que " su significado es perfectamente claro y que no necesita ser " explicado o definido."

" **Funcionario público, empleado público.** — El concepto de " estas palabras es completamente claro y no requiere definición."

" **Banda.**—El artículo 210 establece que la asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos, es " punible por el solo hecho de existir."

" Artículo 166, inciso 2.°—Si el robo se cometiere en despoblado y en "banda".

" Artículo 167, inciso 2.°.—Si el robo se cometiere en poblado y en "banda".

" Artículo 184, inciso 4.°. Daños.—Cometer el delito en despoblado y en "banda".

" La significación que el artículo 78 del proyecto le da a la " palabra "banda", no es igual a la del artículo 210."

" **La banda.**—Según el artículo 78, es la asociación de dos " o más individuos para cometer delitos determinados; la ley " artículo 210, es la asociación de tres o más personas para cometer delitos determinados o indeterminados."

" La banda cuya noción da el artículo 210, debe ser la misma de que tratan los artículos 166, 167 y 184, porque de no ser " así esa palabra tendría dos acepciones: la del artículo 78 y la " del artículo 210, y por consiguiente, suprimiríamos la contenida en el artículo 78."

" **Mercaderías.**—Palabra empleada en el artículo 300, cuyo " significado no ofrece dudas."

" **Capitán.**—Voz cuya acepción da el artículo 904 del Código " de Comercio."

" **Tripulación.**—Término empleado en el artículo 198, y que " no hay objeto de definir.

Esta opinión no fué compartida por la Comisión de Códigos " del Senado, la cual propuso solamente la supresión del apartado sobre "banda".

La exposición de motivos dijo: "El título XII, último del "libro primero, no figura en el código vigente, ha sido tomado "del proyecto de 1906 y tiene por objeto, según los autores, de "éste, fijar el alcance de algunos de los términos empleados en "el mismo, siendo evidente su utilidad, porque servirá para evi- "tar dudas y controversias en la aplicación de la ley."

"El proyecto suizo de 1916 sigue también el sistema de de- "finir algunos términos empleados en el mismo. El artículo 192 "contiene todas las definiciones legales."

"La comisión piensa que debe mantenerse este título, pero "cree que, a fin de evitar repeticiones, podría suprimirse del "artículo 78 la definición de "banda", en razón de que lo está "con toda precisión en el artículo 210 del proyecto."

"La segunda Comisión de Códigos propuso también se supri- "miera el apartado referente a bandas y se agregase otro que "dijera: "quedan comprendidos en el concepto de "violencia" "el uso de medios hipnóticos, narcóticos u otros semejantes."

Las dos modificaciones se aceptaron, pero el último párrafo se incorporó como artículo nuevo.

*
* *

184. El artículo 78 y su alcance.—

ARTICULO 78

Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

Concordancias. — El origen del artículo ha sido señalado. El Dr. Parry lo concuerda con las disposiciones del Código que emplean el concepto de violencia o sea con los artículos 87, 95, 125, 126, 142, inciso 1.°, 158, 164, 166 inciso 1.°, 168, 181 incisos 1.° y 3.° y 180.

*
* *

El presente artículo fué incorporado por el Senado como un agregado al anterior, en concordancia con el proyecto de 1906.

Se le incorporó como artículo nuevo, para que no se alterase la numeración del código en relación al proyecto de la Cámara de Diputados, a causa de las molestias y confusiones a que da lugar siempre un cambio de conjunto en los números.

La alteración se producía porque el artículo 77 referente a la acción penal en casos de delitos contra la libertad política, se había suprimido, y por consiguiente, la primera disposición del título XII, tomaba el número que tuvo la última del título anterior que se había desestimado.

La ordenación se hizo en la Cámara de Diputados de acuerdo con el dictamen de la Comisión Especial de 1921.

Considero, que el artículo, si bien no es perjudicial, no es tampoco necesario, desde que, sin duda alguna, el empleo de medios que suprimen la voluntad del sujeto sobre el cual se ejercita el delito, equivale a la violencia. Esta se caracteriza por una acción sobre la víctima que la obliga a determinadas acciones forzando su voluntad, ya sea con amenazas o con vías de hecho. El uso de los medios que indica el artículo tiende al objeto expresado y suprime la voluntad del individuo.

Si fuera preciso indicar todos los medios por los cuales se puede llegar al propósito, sería necesario extenderse en largas enumeraciones.

PARTE ESPECIAL

VIII

El sistema del Código

185. Contenido del código en la parte general y en la especial. — 186. Puntos de vista de la comisión especial de diputados. — 187. Pensamiento de la comisión de códigos del senado. — 188. La unificación de las leyes penales y la iniciativa de 1916. — 189. Orientaciones de la comisión especial de diputados. — 190. La preparación del proyecto según la comisión especial. — 191. Los criterios generales según la misma comisión. — 192. La parte especial según el proyecto de 1891. — 193. Criterio del proyecto de 1906 en la parte especial.

* * *

185. Contenido del código en la parte general y en la parte especial.—El código, en la parte general, se ocupa de la aplicación de la ley, de las penas, de la condenación condicional, de la reparación de perjuicios, de la imputabilidad, de la tentativa, de la participación criminal, de la reincidencia, del concurso de delitos, de la extinción de las acciones y las penas, del ejercicio de las acciones y de la significación de conceptos empleados. El código fija en esa parte las reglas aplicables a todos los delitos, cualquiera que sea su clase y su importancia, y las normas correspondientes al delincuente. Los jueces son los encargados de la adaptación de esos principios a los casos concretos que se presenten para su resolución.

De la buena aplicación de esas disposiciones depende la más acertada justicia, y en ese sentido, la mejor legislación lleva ventajas a las menos eficientes.

En la parte especial, en cambio, se señalan los delitos, esto es, los hechos o las omisiones a los que se atribuye ese carácter, y se determinan las penas aplicables a los mismos.

El libro segundo de nuestro código que se ocupa, según el epígrafe genérico, de los delitos, se encuentra dividido en doce títulos: el primero legisla sobre delitos contra las personas y se subdivide en seis capítulos que tratan de los delitos contra la vida; lesiones; homicidio o lesiones en riña; duelo; abuso de armas; y abandono de personas. El título segundo se ocupa de los delitos contra el honor. El tercero de los delitos contra la honestidad, comprendiendo los cinco capítulos, respectivamente, el adulterio, violación y estupro; corrupción y ultrajes al pudor; rapto; y disposiciones comunes. El título cuarto legisla sobre delitos contra el estado, civil y los capítulos en que se divide, se refieren a matrimonios ilegales y supresión y suposición del estado civil. El título quinto comprende los delitos contra la libertad y tiene seis capítulos referentes a delitos contra la libertad individual; violación de domicilio; violación de secretos; delitos contra la libertad de trabajo y asociación; delitos contra la libertad de reunión; y delitos contra la libertad de prensa. El sexto comprende los delitos contra la propiedad, y los ocho capítulos en que se divide, se refieren a hurto; robo; estafas y otras defraudaciones; quebrados y otros deudores punibles; usurpación; daños; y disposiciones generales. El título séptimo legisla acerca de delitos contra la seguridad pública, y los cuatro capítulos se ocupan de incendios y otros estragos; delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación; piratería; y delitos contra la salud pública. El título octavo comprende los delitos contra el orden público, refiriéndose sus cuatro capítulos a instigación a cometer delitos: asociación ilícita; intimidación pública; y apología del crimen. El título noveno comprende los delitos contra la seguridad de la Nación, ocupándose sus dos capítulos de traición y delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación. El décimo, de los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, consta de tres capítulos que incriminan la rebelión y la sedición; conteniendo uno final sobre disposiciones comunes. El título undécimo comprende los delitos contra la administración pública y tiene catorce capítulos, que se refieren a las siguientes materias: atentado y resistencia contra la autoridad; desacato; usurpación de autoridad, títulos u honores; abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos; violación de sellos y documentos; cohecho; malversación de caudales públicos; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; exacciones ilegales; prevaricato; denegación y retardo de justicia; falso testimonio; encubrimiento; y evasión. El título duodécimo, que es el último, legisla sobre delitos contra la fe pública, y se divide en seis capítulos referentes a: falsificación de sellos, timbres y marcas; falsificación de documentos en general; disposiciones comunes a los capítulos anteriores; de los fraudes al comercio y a la industria; y del pago de cheques sin provisión de fondos.

El código termina con un título sobre disposiciones complementarias al que no se le ha puesto número.

* * *

186. Puntos de vista de la comisión especial de diputados.— El criterio general que ha informado la redacción del código, ha sido consignado al estudiarse las instituciones básicas del mismo. En esta parte, o sea la especial, se verifica la aplicación de aquellos principios.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria dió los puntos de vista aceptados, diciendo al iniciar la parte especial: "El presente informe ha debido "ser extenso en la parte general, ya que los problemas de derecho "deben resolverse al dictar las disposiciones genéricas y las ex- "plicaciones se alargan por grande que sea el propósito de sinte- "tizar. Como en esta parte se limita el código a indicar los "delitos y a señalar las penas, la comisión puede y debe reducir "la exposición, pues las normas están explicadas y no corres- "ponde verificar comentarios."

"Para llegar a la individualización de la pena, la comisión "ha proyectado represiones que permitan la mayor amplitud a "los jueces, aceptando los criterios de flexibilidad proclamados "en 1891 y seguidos en 1906. Ha aceptado también, con el mismo "propósito, el criterio de las penas paralelas llamado a dar gran-

" des resultados. Cuando solamente se tiene en cuenta el hecho " material, la pena única y rígida, se explica; pero cuando se " considera el agente, su naturaleza y su carácter, se conviene " en que deben sancionarse para los mismos hechos, penas flexi- " bles y aun diferentes. El doctor Herrera así lo sostiene, y re- " cuerda que aceptan el sistema los códigos más adelantados y mo- " dernos como el italiano, el alemán, el húngaro y el holandés, con- " teniéndolo los proyectos suizo, japonés, ruso, francés y austriaco."

" El sistema consiste en aplicar para los delitos más graves, " penas alternativas que permitan al juez elegir según el sujeto. " Por eso, en los delitos castigados de manera más severa, damos la " opción aplicando la pena de reclusión o prisión."

" El proyecto de 1906, aplicaba este criterio en los casos para " los cuales mantenía la pena de muerte, pues la admitía de " manera alternativa."

" Alimena, en su obra "I limiti e i modificatori dell'imputa- " bilitá", se ocupa de las penas paralelas y verifica una elocuente " defensa de las mismas (tomo 1.°, página 399)."

" La comisión ha acentuado en la parte general su manera " de pensar, de modo que es innecesario insistir ahora sobre los " mismos puntos."

* * *

187. Pensamiento de la Comisión de Códigos del Senado.—El doctor Rojas, que en su carácter de miembro de la Comisión de Códigos del Senado, examinó de una manera prolija la parte general, declara al iniciar el estudio de la especial, que acepta el orden de clasificación de los delitos, pasando a las observaciones concretas que serán estudiadas en sus correspondientes lugares.

La Comisión de Códigos del Senado, en el capítulo 1.° de la exposición de motivos, hizo sintéticamente la historia de la reforma penal y señaló la necesidad urgente de resolver un asunto de tan capital importancia. En el capítulo 2.°, se refirió al fracaso del sistema penal basado en una represión excesiva, y reprodujo los fundamentos dados por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria cuando criticaba la reforma de 1903.

Agregó, dando rumbos en la materia: " La bancarrota de la " actual administración de la justicia penal la confiesan todos los " penalistas, sin distinción de escuelas. Muchos señalan la con-

" veniencia de variar el rumbo de la justicia penal, introduciendo " substanciales y radicales reformas en el sistema vigente. Consi- " deran que debe modificarse el concepto mismo de la pena, pro- " curando que la reacción social contra el delincuente sea una " medida de interés o de utilidad para la organización. Se ha " observado con razón, que la pena es un remedio casi del todo " ineficaz para impedir el desarrollo de la criminalidad, que es, " en sí, todo el problema penal."

" Y el sistema ha fracasado en todas partes, como lo observa " el ilustre autor de "El derecho protector de los criminales". " La traducción de ese fracaso se encuentra en las estadísticas de " todos los países. " Sólo en Inglaterra—dice Pedro Dorado—y " de pocos años a esta parte, también en Francia es donde se " advierte descenso. Mas el descenso no obedece, por cierto, "a " haberse acentuado el rigor penal", cosa que no ha ocurrido en " esos pueblos ni en ningún otro, sino a la implantación y difu- " sión de las instituciones preventivas y de patronato, que son " justamente la antítesis de la pena represiva y las que han de " dar con ella en tierra."

" Nos llevaría demasiado lejos el estudio de las causas y fac- " tores determinantes del fracaso del sistema clásico como defen- " sa de la sociedad frente a los ataques de la delincuencia. Por " otra parte, han sido señalados por los criminalistas más insig- " nes, por clásicos, positivistas y eclécticos. Entre los primeros, " bastaría recordar a Holtzendorff, quien confesó, francamente, " que los sistemas penitenciarios estaban en quiebra. La escuela " positiva señaló con aguda crítica los defectos de la organización " penal inspirada en los principios clásicos, que uno de sus jefes " resumía así, en la mejor de sus obras: " dosificación quimérica " de la responsabilidad penal, ignorancia y negligencia absoluta " de los caracteres fisio-psicológicos del hombre criminal, separa- " ción entre la ley y la sentencia de una parte y entre la senten- " cia y su ejecución de la otra, con el abuso consiguiente de la " gracia; efectos prácticos desastrosos, tales como la corrupción " y las asociaciones criminales en las prisiones, millares de indivi- " duos condenados a penas de detención cortas, estúpidas y risi- " bles; aumento continuo e inexorable de la reincidencia. Y la " misma escuela indicó como reacción contra el sistema tradicio- " nal de tan funestas consecuencias, los criterios fundamentales " que deben inspirar la defensa social contra el crimen: 1.° Tiem-

" po indeterminado de la segregación del criminal; 2.° Carácter " social y público de la reparación de daños; y 3.° Adopción de " las medidas defensivas a las diferentes categorías de criminales (clasificación de delincuentes). Más que César Lombroso, su " ilustre maestro, Ferri y Garófalo, señalaron con precisión el " sistema defensivo contra el crimen de la escuela positiva. (Garófalo, "La Criminología", páginas 338 y siguientes; Ferri, "La " sociologie criminale", páginas 493 y siguientes)."

" Pero, más que la escuela positiva, ha influído en la legislación penal contemporánea, la Unión Internacional de Derecho " Penal, cuyos miembros más insignes como von Liszt, van Hammel, Prins y Garraud, prestigian lo que se ha dado en llamarse " *la política criminal*. El primero define ésta en su "Tratado de " Derecho Penal", como el "contenido sistemático de principios " garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, según los cuales el Estado dirige " la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus medidas " afines."

" Los defensores de la moderna "política criminal", parten " del punto esencial de tomar como objetivo de la lucha contra " la criminalidad al delincuente en lugar del delito. No tienen la " preocupación absoluta y exclusivista de los juristas de la escuela " clásica, la preocupación de estudiar el "delito" en sí. Esos juristas " hicieron de éste una abstracción, discutieron con raciocinios y sigo- " lismos su definición y de éste hicieron uno de los grandes dog- " mas del Derecho Penal. El delito, al decir de Franck, era la " violación de un deber social; consistía, según Pessina, en la " negación del derecho; y Carrara, el insigne autor del "Pro- " gramma del corso di diritto criminale", sostenía que no era " otra cosa sino la violación de la ley promulgada. Apegados a " la ley escrita, a sus fórmulas, a sus casuísmos, dejaron a un lado " el "delincuente" que es la realidad. No investigaron las cau- " sas que originan el delito; no buscaron los medios de prevenir- " lo—Romagnosi es la excepción entre los criminalistas clási- " cos,—y prescindieron por completo de buscar los remedios para " la criminalidad. Los códigos infalibles, intangibles, libros sa- " grados casi, contienen, según ellos, la panacea que ha de termi- " nar con el crimen: la represión, tal debe ser la misión única " del Estado para extirpar la plaga de la delincuencia."

" Los legistas tradicionales olvidaron, deliberadamente, las

" distintas modalidades del fenómeno criminoso. El "delito" es, " según ellos, único y absoluto. Habrá diferentes categorías; " pero las clasificaciones tendrán por base, no la naturaleza an- " tropológica del autor del delito, no los caracteres psicológicos " de su personalidad, sino la característica, la naturaleza del " hecho punible. Según el Derecho Penal dogmático, la pena debe " ser proporcional a la gravedad del delito, y la ley no ha de " considerar la modalidad, el carácter, el temperamento del cri- " minal, el medio social donde vivió su educación, su condición " económica, sus antecedentes hereditarios y los móviles de su " acción. El viejo derecho penal admite como punto de partida " un principio absoluto: la libertad moral del hombre. Este de- " linque porque así lo quiere su voluntad. La ley positiva fija " con un criterio arbitrario, antojadizo, las causas eximentes, " atenuantes o agravantes de la pena; éstas, en gran parte, obe- " decerán a determinadas relaciones del "libre albedrío"; no " estarán relacionadas con aquellas condiciones que, realmente, " determinan la génesis del delito."

" No hay que estudiar, según el criterio clásico, las diferen- " tes fases de la criminalidad. Medir el delito, aplicándole la " pena que le corresponde, es la tarea del legista; como el comer- " ciante, tiene él su vara de medir. Le interesa muy poco el estu- " dio de la delincuencia según las profesiones, las edades, las " regiones, las épocas, los sexos. Nada más conveniente, justo y " necesario, sin embargo, que el conocimiento de los diversos " aspectos de la delincuencia. A ello debe dedicar con empeño " sus fuerzas el criminalista-sociólogo. Son los hechos delictuo- " sos, sus causas, sus direcciones, sus correlaciones, es decir, lo " que existe, la realidad, lo que debe estudiarse, y no la entidad " abstracta resultado de un proceso ideológico, el delito, que es " a la criminología lo que a la "vida" para el fisiólogo: un prin- " cipio sin mayor importancia para el éxito del combate contra " el crimen o para el natural desarrollo del organismo indi- " vidual."

" La ciencia penal tiene que completar el estudio del "de- " lito" con el conocimiento del "criminal". El uno y el otro son " complementarios, lo mismo que la enfermedad y el paciente. " Por otro parte, no es lógico considerar el delito como un he- " cho "civil", según lo hace Carrara, porque es un fenómeno na- " tural, como lo demuestra Garófalo en su "Criminología". Si

" nos llegamos a convencer de esta verdad, nos decidiremos a " investigar los hechos criminosos, vinculándolos unos a otros, re- " lacionándolos con sus motivos determinantes, a fin de encon- " trar los elementos componentes, por así decirlo, del "crimen". " Es preciso conocer la vida del delincuente, si se quiere fijar la " modalidad del delito."

El capítulo 3.° de la exposición se ocupa de las innovaciones concretas, esto es, de la individualización de la pena, clasificación de los delincuentes, el arbitrio judicial, el tratamiento preventivo y las enseñanzas de la legislación comparada, fijando conceptos y acentuando los rumbos del código en vigor.

* * *

188. La unificación de las leyes penales y la iniciativa de 1916.—El código anterior a la reforma tenía bajo el punto de vista de los fundamentos inconvenientes de verdadera gravedad. El proyecto de Tejedor que tenía unidad y concepto, que estaba explicado en las extensas notas del autor y que obedecía a un sistema, fué reducido y modificado por el Congreso al ser sancionado en 1886. La crítica básica hecha en la discusión parlamentaria se refería a las penas fijas, pero las modificaciones no se limitaron a dar un pequeño margen de elasticidad a los castigos, sino que tocaron una serie de puntos distintos.

La reforma de 1903 agravó la situación porque se introdujeron en el texto de la ley muchas disposiciones sacadas de otro conjunto como era el proyecto de 1891 y colocadas sin haberse preocupado de concordar las unas con las otras. Se injertaron sin adaptarlas produciendo los lamentables resultados que anotaran tantas veces, los fallos de los jueces y la crítica jurídica. Y ese estado de cosas que parecía de difícil empeoramiento se tornó aún más serio con la sanción de leyes posteriores. Todo esto sin contarse con la ley número 49, anticuada e inaplicable bajo diversos aspectos.

Por eso pude decir, cuando presenté en 1916 el proyecto de código penal a la Cámara de Diputados: " Nuestra legislación pe- " nal es diversa, desordenada y contradictoria. Existen un códi- " go, una ley de reformas, una ley federal que castiga ciertos deli- " tos contra la Nación, una serie de leyes que modifican parcial-

" mente al Código, como son la de seguridad social, la que re- " prime ciertas formas de corrupción y la que castiga los cheques " dolosos, más otro conjunto de leyes que rigiendo materias di- " versas, como ser: marcas, correos, telégrafos, elecciones, con- " tienen disposiciones de carácter represivo que necesitan ser apli- " cadas por los jueces del fuero criminal o correccional."

" Esta serie de disposiciones, que deben encontrarse reuni- " das en un código por disposición expresa del inciso 11 del ar- " tículo 67 de la Constitución dan lugar a incertidumbres e inse- " guridades que sólo podrían desaparecer con la sanción del có- " digo ordenado por la ley fundamental."

" Hay un código, podría decirse, lo que sería exacto nada " más que en el nombre, pues ese Código, derogado en parte, mo- " dificado en otras e incompleto siempre, no rige sino algunas " de las materias que comprende la legislación represiva."

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

" Esfuerzos frecuentes y continuados se han hecho en el sen- " tido de la reforma que es al propio tiempo unificación, pero " todos ellos se han estrellado, tanto los científicos como los ofi- " ciales, en la incuria legislativa, que no ha afrontado la reso- " lución de problema tan importante."

" Planteo de nuevo esta cuestión, que considero vital, reco- " giendo una bandera que no es propia, pero a cuyo sostenimien- " to he contribuído en la cátedra, en el libro y en la propaganda."

* * *

189. Orientaciones de la Comisión Especial de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados aceptó esos conceptos y en la exposición de motivos que redacté y que aceptaron los colegas, se dieron las orientaciones que es oportuno recordar.

Al iniciar el informe se expresa que la Comisión ha estudiado el proyecto presentado por el diputado Rodolfo Moreno (hijo) y que aconseja la sanción con la serie de modificaciones que ha introducido.

Agrega:

Leyes vigentes y sus reformas.—" En la exposición que presentó a V. H. el diputado antes mencionado, cuando sometió su " trabajo a vuestra consideración, se hizo notar la necesidad de " sancionar el Código Penal de la Nación, que reuna el conjunto " de los preceptos represivos, hoy dispersos y contradictorios. Se " aludió, entonces, a los graves defectos de la legislación en vi- " gor y se hizo referencia a los diferentes esfuerzos hechos en el " sentido de la reforma."

" Desde que se inició en 1890 la tarea de redactar el Código, " cuatro años después de sancionado el proyecto que tuvo por ba- " se el del doctor Tejedor, la crítica ha sido continua y uniforme " porque sobre todos los detalles a que la misma se ha referido, " se ha hecho sentir unánimemente la aseveración de que es malo " e incompleto lo que existe entre nosotros en materia de legis- " lación penal."

" El proyecto de 1891 no llegó completo a la discusión legis- " lativa, dando lugar el mismo, doce años después de su presen- " tación a la ley 4189, conocida con el nombre de ley de refor- " mas al Código Penal. Pero, esa ley, que modifica sólo una par- " te del Código, no resolvió el problema, dando lugar, después " de su promulgación, a críticas aún más intensas que aquellas " que se habían hecho sentir sobre el código mismo."

" La ley 4189, lejos de resolver el problema de nuestra le- " gislación penal, lo agravó, pues se dictó sin tener en cuenta " al pronunciar sus represiones lo que ya establecían los pre- " ceptos vigentes. El código elaborado a base del proyecto del " doctor Tejedor, inspirado a su vez principalmente en el Código " de Baviera, era con todos sus defectos, una unidad que obede- " cía a un criterio. El proyecto de 1891 constituía otra unidad " inspirada, sobre todo, en el Código Holandés y conteniendo una " orientación diferente de la que presidió a la ley en vigor.

" De manera que al tomarse del proyecto de 1891 una serie " de disposiciones y colocarlas sin preocuparse de la concordan- " cia, en reemplazo de otras del código vigente, se destruyó el

" conjunto de ambos cuerpos y se complicó el problema. El có- " digo pudo modificarse, teniendo en cuenta su conjunto al in- " troducirse disposiciones nuevas, pero nunca debieron zurcirse " al articulado existente preceptos que respondían a otra unidad. " Esas mezclas, en materia legislativa producen los resultados " que hemos tenido oportunidad de palpar en la aplicación de " nuestro código represivo."

"En la parte especial, el criterio que predominó para las " modificaciones fué el de aumentar las penas, creyéndose con " pensamiento simplista, que el crimen se atenúa con la mayor " severidad en el régimen represivo. Si ese factor tuviera el va- " lor que se pensó cuando la ley 4189 fué promulgada, el pro- " blema de la criminalidad sería muy sencillo, pues bastaría vol- " ver a las leyes de Dracon o a las más semejantes a las mis- " mas, para tenerlo resuelto."

" La ciencia penal ha comprobado por medio de la expe- " riencia, la estadística y la observación que ese postulado pri- " mitivo no es acertado y que el crimen dependiente de factores " sociales e individuales no se suprime ni se disminuye aumen " tando los castigos."

" Pero en nuestro medio y con parte de la ley de reformas " ha ocurrido un fenómeno que es corriente en los casos seme- " jantes: cuando una ley contraría un modo de ser social, todos, " directa o indirectamente, consciente o inconscientemente, la vio- " lan y contribuyen a que no se aplique."

" La ley referida prodiga la pena de muerte en el título del " homicidio, y a pesar de regir desde hace catorce años, sola- " mente dos ejecuciones han tenido lugar en la Capital de la Re- " pública y ninguna en las provincias y territorios."

" Los jueces, como si se hubiesen puesto de acuerdo, han " evitado la aplicación de la pena capital, y en los contados ca- " sos en que se ha pronunciado, los poderes ejecutivos de la na- " ción o de las provincias han concurrido con la salvadora con- " mutación."

"Lo que demuestra una vez más, que no basta sancionar una " ley para resolver un problema, requiriéndose como elemento " esencial que ella se adapte a las necesidades y al pensamiento " dominante en el medio al cual ha de aplicarse."

" Los ataques más violentos y más generalizados que se han

" hecho al sistema penal vigente, se relacionan con las penas " pronunciadas para los atentados a la propiedad."

" La deficiencia en esa materia es tan notoria, que ha salido " ya del dominio de los jurisconsultos y aun de los curiales, para " que sea comentada por la generalidad. Es frecuente observar " que a un doméstico, muchas veces menor de quince o diez y " seis años, se le manda a penitenciaría por dos, tres y cuatro " años por haber hurtado un objeto cuyo valor no pasa de unos " centavos. La ley, en esa materia, es inexorable y contraría to- " do criterio científico y social. Es tan absurda que se ha repe- " tido el caso de jueces que, después de haber condenado, se han " dirigido al poder ejecutivo correspondiente requiriendo el uso " de la facultad de perdonar. Así entendían que se salvaba la " ley y que se evitaban las consecuencias de sanciones mons- " truosas."

" Esa crítica acertada se repite continuamente, haciéndola " sentir, más que las víctimas, generalmente desamparadas, los " defensores, los mismos fiscales y jueces y la prensa diaria, ca- " da vez que se ocupa del asunto. Sin embargo, la ley se mantiene " hace catorce años, y los tribunales siguen mandando a peni- " tenciaría a pobres criaturas que hurtan, como sirvientes, obje- " tos de escaso valor."

" Todo eso debe ser modificado y con urgencia, por nues- " tro propio prestigio de país civilizado."

" El proyecto de 1891 no motivó ningún trabajo especial, " de manera que no hay al respecto bibliografía, contándose sólo " con la exposición de motivos y los antecedentes de doctrinas " y de legislación comparada. La ley de reformas fué objeto de " críticas doctrinarias que no se concretaron en libro, salvo el " del doctor Duffy y el del doctor Rodolfo Moreno (hijo): "La " ley Penal Argentina".

" El proyecto de 1906, acompañado también de una exposi- " ción de motivos y orientado de manera análoga al de 1891, fué " objeto de un estudio por el doctor Julio Herrera, titulado "La " Reforma Penal".

" Este proyecto fué pasado al Congreso, pero ha permane- " cido sin despacharse en la H. Cámara de Senadores, donde va- " rias veces se han hecho esfuerzos individuales para conver- " tirlo en ley."

" En 1910, y como homenaje al Centenario de la Indepen-

" dencia, el doctor Rodolfo Rivarola, coautor de los proyectos " de 1891 y 1906, publicó su "Derecho Penal Argentino" en el " cual estudia la parte general de los dos proyectos referidos. " Y en 1914 el Congreso Penitenciario reunido en Buenos Aires, " verificó un estudio sobre el proyecto de 1906, aconsejando su " sanción con algunas modificaciones. El relator oficial fué el " doctor Octavio González Roura. Además aconsejó ese Congreso " que se adoptasen las conclusiones del doctor Jorge E. Coll con " relación a la represión de los menores delincuentes."

" La bibliografía acerca de nuestro problema penal es, como " puede observarse, bastante reducida, como si el asunto care- " ciera de importancia."

" El doctor Eusebio Gómez, por su parte, y en un erudito " trabajo, titulado "Criminología Argentina", ha reunido todos " los antecedentes, no sólo de nuestra reforma penal, sino de to- " da nuestra obra en la materia. Ese trabajo es un índice de nues- " tra labor.

" Pero la ley 4189, por otra parte, no ha sido la última de " las leyes penales que ha dictado el H. Congreso."

" En 1910, y bajo la presión de circunstancias conocidas, se " dictó la ley 7029 conocida con el nombre de "Ley de Seguri- " dad Social" o simplemente de "Ley Social". Ese conjunto de " preceptos legales agravó aún más las dificultades de nuestra " deficiente legislación penal, pues modificó sin tener en cuenta " lo establecido por los otros conjuntos, lo que hubiera sido indis- " pensable para evitar discordancias, lo relativo a jurisdicción y " a procedimientos, además de principios consagrados en la parte " general del Código Penal."

" La Suprema Corte de la Nación, en diferentes casos que " son del dominio público, ha resuelto que tal ley es contraria " a la Constitución en cuanto se refiere a jurisdicción, y los tri- " bunales federales, ordinarios y de provincia no han dado ni po- " dido dar cumplimiento a lo que la misma ley dispuso, sobre el " procedimiento y el término de diez días para la duración de " los procesos. Eso solo demuestra que la ley ha sido en la prác- " tica un fracaso."

" Además esa ley es contraria, a pesar de ser una ley penal " a los criterios del Código y de su reforma, en todo lo que se " refiere a tentativa y participación criminal. Repite en algunos " casos los preceptos vigentes y señala para otros, penas que con-

" tradicen a las que se encuentran en vigor. Por eso decíamos " que se ha empeorado con ese articulado la situación inconve- " niente de nuestro derecho represivo."

" Posteriormente se ha dictado una ley 9143, tendiente a re- " primir la trata de blancas y la cual ley, a pesar de sus defi- " ciencias, llena una necesidad."

" Todos estos antecedentes y los proporcionados por la ley " 9077 sobre cheques dolosos, han debido ser considerados por la " Comisión, al formular el despacho acompañado."

" Además de esas leyes, la Comisión ha tenido presente los " proyectos que le fueron remitidos, cuando se instaló de acuer " do con una votación de la Cámara. Los que presentaron el dipu- " tado de Tomaso sobre leyes de residencia y social y el diputado " Moreno acerca de expulsión de extranjeros, fueron enviados " después de examinados bajo el punto de vista penal, a la Co- " misión de Negocios Constitucionales. El que presentó el dipu- " tado del Valle, sobre cheques dolosos, ha sido tenido en cuenta " por la Comisión al redactar la parte especial, y el que se refie- " re a organización carcelaria del diputado del Barco, será objeto " de estudio al formularse el despacho sobre el régimen de las " prisiones."

* * *

190. La preparación del proyecto según la Comisión Especial.—"El proyecto sometido al estudio de la Comisión es el que " presentó el doctor Rodolfo Moreno (hijo), o sea el de 1906, " con las modificaciones que le introdujo dicho legislador, tenien- " do en cuenta las leyes dictadas posteriormente."

" El doctor Moreno, una vez impreso el proyecto con sus " fundamentos y la exposición de motivos de la Comisión de 1906 "promovió una encuesta requiriendo opinión sobre el mismo, a " los profesores de Derecho Penal de las Universidades Naciona- " les y a los jueces, Fiscales y Defensores de toda la República, " encargados de aplicar y usar el código represivo en sus diver- " sas funciones."

" La encuesta significaba someter el proyecto a la crítica " de los más capacitados por sus estudios en la materia, y reco- " ger una serie de observaciones acerca del mismo. Todos los

" grandes países, cuando han tratado de dictar sus códigos, que " son expresión de justicia y de cultura, han empleado ese pro- " cedimiento requiriendo las opiniones que pudieran servir para " los mejores resultados."

" La Comisión, una vez constituída, aceptó la iniciativa en " curso, renovándose la encuesta a nombre de la misma y requi- " riéndose opinión también a los principales órganos de publici- " dad, los que podían a su vez contribuir con la colaboración de " especialistas. También se dirigió con el mismo objeto a perso- " nas de reconocida competencia en la materia, habiendo obte- " nido de esa manera diferentes y apreciables concursos. Para fa- " cilitar la tarea de los legisladores, la Comisión remitió a cada " uno de los señores senadores y diputados un ejemplar del pro- " yecto acompañado de la nota que figura en la encuesta."

" Requirió igualmente la opinión del Poder Ejecutivo, quien " expresó por medio del señor Ministro de Justicia e Instruc- " ción pública, que la daría en oportunidad. En el Mensaje del " mismo Poder Ejecutivo, esa opinión se ha manifestado en for- " ma francamente favorable al proyecto remitido por la Comi- " sión."

" La encuesta, cuyas conclusiones se acompañan por separa- " do, fué contestada por tres profesores de la Universidad de " Buenos Aires, los doctores Juan P. Ramos, Enrique B. Prack " y Tomás Jofré. Los profesores de la Universidad de La Plata " no lo hicieron en ese carácter, porque de otra manera y en " otras oportunidades habían vertido opinión completa y exten- " sa sobre el proyecto. El doctor Rodolfo Rivarola, como coautor " del mismo y como autor del libro antes recordado, y el doctor " Octavio González Roura, como miembro informante del Con- " greso Penitenciario de 1914 en el estudio hecho sobre el pro- " yecto de 1906 y además como miembro de la Cámara de lo " Criminal y Correccional de esta Capital."

" Respondieron además, y algunos en forma erudita, diver- " sos magistrados y funcionarios auxiliares de la administración " de justicia, cuyas respuestas aparecen en la encuesta que se " adjunta."

" Además, la Cámara de lo Criminal y Correccional de la Ca- " pital envió las opiniones ya vertidas en la Comisión del H. Se- " nado acerca del proyecto de 1906, al que aconseja verificar al- " gunas modificaciones."

" Con todos estos elementos y antecedentes que sintetizan " la opinión científica del país dada bajo el punto de vista de " la teoría y bajo el aspecto práctico, la Comisión emprendió el " estudio y llegó a formular el proyecto que presenta."

" Ha tenido, además, en cuenta la Comisión, diversos códi- " gos, proyectos y autores extranjeros, desde que era necesario " recibir impresiones propias y extrañas para llegar a lo más " acertado. Ha recibido, por lo demás, todas esas inspiraciones " con cuidado, tratando de tomar lo ya experimentado y lo que " se adapta a nuestra manera de ser. Las novedades que seducen " a muchos autores, generalmente teóricas, suelen ser como cier- " tas panaceas, que entusiasman a unos pocos, pero no curan a " nadie."

" Para que no sea este despacho demasiado extenso, y a fin " de que tenga la mayor precisión, seguiremos el orden del pro- " yecto, título por título, dando con brevedad explicaciones don- " de fuese necesario e indicando las reformas con relación al pro- " yecto de 1906, que fué tomado como base y a la legislación " vigente."

* * *

191. Los criterios generales según la misma Comisión.—"Ha " sido un pensamiento dominante en el seno de la Comisión, el de " hacer obra práctica y eficiente. En materia penal, las teorías, " las opiniones y los enunciados abundan. En códigos de otros " estados se han ensayado instituciones que seducen porque re- " velan culturas superiores encaminadas a resolver el problema " de la delincuencia. Pero muchas de ellas, explicables en países " de población compacta e intrucción difundida, no podrían apli- " carse entre nosotros por falta de los elementos necesarios para " hacerlas efectivas."

" Hemos debido, en consecuencia, aceptar lo que se encuen- " tra dentro de nuestros medios, de nuestros recursos y hasta de " nuestros establecimientos. ¿De qué serviría hablar en el Códi- " go Penal de instituciones que no existen y que no podríamos " tener, por ahora al menos?

" Esto no quiere decir que deban abandonarse los propósi- " tos de perfección porque, a medida que progresemos, podrían

" crearse los organismos necesarios para el mejoramiento de las " instituciones. El proyecto no excluye en ningún caso. Se limita " a consignar preceptos susceptibles de aplicarse en la hora ac- " tual con los medios existentes y susceptibles también de hacerse " prácticos con elementos más complejos."

" En este sentido, el proyecto marca un camino que debe se- " guirse en progresión ascendente. La ley teórica, que se sabe " de antemano no será aplicada por imposibilidad circunstancial, " desprestigia al poder que la sanciona y al núcleo para el cual " se promulga."

" Las orientaciones del Derecho Penal han sufrido una ver- " dadera transformación desde que los positivistas italianos apli- " caron reglas y procedimientos científicos al estudio de esta ra- " ma de las ciencias jurídicas."

" Cuando la ciencia pudo comprobar, después de experimen- " taciones numerosas, que los principios proclamados por los " maestros del positivismo, que indicaban causas y remedios, eran " exagerados, se notó en el mundo de los estudiosos un movi- " miento de desaliento. Los nuevos campeones de este derecho, " recurriendo a la estadística, a la historia, y al razonamiento, " demostraron lo que llamaban la bancarrota de la penalidad, es " decir, el fracaso de los sistemas represivos en vigor, que no sólo " no suprimían el crimen, sino que ni siquiera atajaban la rein- " cidencia de una manera eficaz. Como ellos, al mismo tiempo " que demostraban la ausencia de éxito, indicaban las causas " del fenómeno y anotaban los remedios, pudo pensarse en la co- " rrección del efecto, por medio del ataque de esas causas. Se reno- " vaba la vieja cruzada que pretendía destruir el crimen difun- " diendo la instrucción, por medio de otros factores, ya que esa " instrucción tan decantada, no había tenido influencia en la dis " minución del delito. La experiencia demostró que los nuevos " evangelistas, como se llamó a los porta-estandartes de la cam- " paña, estaban equivocados, y de allí el primer desaliento des- " pués de tanto deseo compartido."

" La tarea científica no se interrumpió, sin embargo, y los " estudios hechos con más cuidado, mejor examen y menos lige- " reza, han demostrado que era necesario hacer mucho en mate- " ria represiva, si no para suprimir el delito, por lo menos para " defender mejor a la sociedad contra sus ataques."

" El crimen es un fenómeno social, que acompaña como acon-

" tecimiento fatal a todas las agrupaciones humanas. Suprimirlo " mientras la naturaleza humana mantenga sus actuales caracte- " res, es imposible. Todo lo que puede hacerse es estudiarlo y " buscar los medios de hacerlo lo menos frecuente posible, tra- " tando también de que no se repita con relación al sujeto que " una vez lo realizó. Un delito demuestra la existencia de un in- " dividuo peligroso o inadaptable al medio en que vive; luego, " los esfuerzos sociales deben tender, no a expiaciones ni a la " imposición de sufrimientos con relación al autor, sino a tomar " medidas necesarias para que el individuo peligroso no repita el " acto antisocial."

" Todo esto no depende sólo del código penal, sino de un sis- " tema legislativo que prevenga en todos los aspectos de las acti- " vidades sociales."

" El código, sin embargo, puede tomar una serie de precau " ciones, partiendo siempre del peligro que represente el suj:t" " para la sociedad, pues la libertad individual no debe restrin " girse sino teniendo en cuenta las necesidades del medio social " en que los sujetos viven."

" El criterio antiguo era meramente personal. Se castigaba " haciendo purgar el hecho al delincuente, repeliendo el ataque " que causaba dolor, ocasionaba peligros o arrancaba satisfac- " ciones, con la imposición de otros sufrimientos a quienes habían " violado la regla jurídica."

"Se tenía en cuenta un punto de vista individual relacionado " con la persona de la víctima y con la persona del autor. Pero ese " criterio individual no tendía a la aplicación de la pena adecua- " da, a la necesidad o a la conveniencia social, sino al propósito " de infligir al delincuente un sufrimiento, repitiéndose en defi- " nitiva y en el fondo, la venganza tradicional."

" La ciencia ha cambiado esos principios y, considerando que " el delito es un fenómeno social, ha tomado para las represiones " un punto de vista también social. ¿Qué es lo que conviene a la " sociedad? ¿Cuáles son sus deberes frente al hecho del crimen? " Eso es lo que debe consultarse principalmente, porque, desde el " momento que el fenómeno es social y que se relaciona con cau- " sas sociales, el criterio para afrontar las soluciones debe ser " también social. Esto sin perjuicio de que la pena se aplique " adaptándola de la manera más precisa a la situación y condi- " ciones de la persona que debe recibirla, pues individualizando

" y dando a cada uno lo que más conviene, se llena el fin social " de la represión."

" Los mismos enamorados del factor antropológico, eminen- " temente personal, han dado a los elementos sociales importan- " cia decisiva, entendiendo que las eventualidades de esta índole, " presionaban a los sujetos, haciéndolos actuar de acuerdo con " sus temperamentos."

" Con todo eso, un código penal no debe embarcarse en es- " cuelas, ni aceptar teorías, por atrayentes que sean, porque ese " es el mejor medio de incurrir en sectarismos y por consiguiente " en errores. Pero tampoco conviene por tradición y por temor a " innovaciones conservar términos e instituciones que han fraca- " sado y que todos reconocen como inconvenientes."

" La comisión que preparó el proyecto de 1906 decía con " acierto al empezar la exposición de motivos, que un código pe- " nal no es el sitio aparente para ensayos de teorías más o menos " seductoras."

" Por eso agregan que han renunciado a novedades que no " se encuentran abonadas por la experiencia, sin preocuparse de " averiguar si las patrocinan clásicos o positivistas."

" La Comisión comparte esa manera de ver sensata, pero ha " creído oportuno estudiar el problema y enunciarlo, ya que no " es posible proyectar en materia penal, sin tener en cuenta los " esfuerzos hechos por la ciencia en esta materia. Ha entendido " también, y en esto modifica un tanto el criterio de la Comisión " antes referida, que no había porqué mantener ciertos princi- " pios tradicionales en nuestra ley, en sus antecedentes y en los " códigos españoles que hemos tomado como referencia, cuando " ellos no responden a necesidades actuales. Ha preferido dejar- " los de lado y aceptar las orientaciones más sensatas del Código " noruego y de los proyectos suizo y alemán, propiciados por " los penalistas modernos más eminentes."

" Un publicista argentino, Belisario J. Montero, en su libro " Estudios Sociales", sostenía en 1910 que nuestra ley penal de- " bía orientarse de manera más moderna, aceptando las conclu " siones de la experiencia, instituyendo la condenación condicio- " nal, la libertad condicional, los patronatos y los tribunales in- " fantiles. Sostenía también con entusiasmo la individualización " de la pena."

" Sin plantear, por lo tanto, cuestiones relacionadas con es-
" cuelas, la Comisión, de acuerdo con los principios más adelan-
" tados en materia penal, entiende:

" 1.° Que el número de penas debe reducirse, porque es in-
" necesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos;"

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

" 3.° Que conviene a esos efectos, consignar penas elásticas
" y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicar-
" las dentro de términos bien amplios;"

" 4.° Que debe variarse el criterio legal de la responsabili-
" dad, sin engolfarse en los tradicionales problemas del libre al-
" bedrío que complican una ley sin necesidad;"

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

" 6.° Que la imputabilidad de los menores debe sujetarse
" a reglas especiales, teniendo en cuenta el porvenir de los mis-
" mos;"

" 7.° Que la reincidencia debe ser motivo de especial preocu-
" pación a fin de impedir en cuanto sea posible, la repetición de
" delitos por el mismo sujeto;"

" 8.° Que la gracia otorgada a los penados irrevocablemen-
" te, después que cumplieron con buena conducta una parte de la
" pena, es más conveniente reemplazarla con la libertad condi-
" cional revocable;"

" 9.° Que la condena condicional, o sea la suspensión de la
" pena para delitos leves es de todo punto necesaria;"

" 10. Que la tentativa y la participación criminal deben le-
" gislarse con espíritu moderno, abandonando definiciones vetus-
" tas que dificultan la aplicación de la ley a los casos que se pre-
" sentan."

" Estos puntos de vista se desenvuelven en la parte general
" del proyecto y se concuerdan con la parte especial donde se
" enumeran delitos y se señalan las penas que corresponden a
" los mismos."

" Con estos enunciados, conviene ahora ocuparse en concre-
" to de las disposiciones del proyecto tal como ha sido elaborado
" por la Comisión."

* * *

192. La parte especial según el proyecto de 1891.—Pero antes de pasar al estudio en particular donde podrá comprobarse cómo se han llenado los propósitos que se tuvieron en vista y que ponen de manifiesto las comisiones parlamentarias, considero conveniente referirme a los proyectos de 1891 y 1906, que influyeron de manera tan decisiva en la reforma hecha.

El proyecto de 1891 sobre el método de la parte especial, decía: " La parte especial del Código Penal vigente está dividida
" en dos secciones: 1.° *De los delitos y sus penas;* 2.° *Delitos po-
" líticos y delitos peculiares a empleados públicos.* Esta división
" deriva de la distinción frecuentemente hecha de los delitos en
" *públicos y privados;* pero el Código Penal no la ha seguido en
" sus consecuencias lógicas, adoptando la denominación corres-
" pondiente, de lo que ha resultado que ha dado a la primera
" sección un epígrafe general que conviene a todo el libro segun-
" do y ha incluído en la sección segunda las falsedades y los de-
" litos contra la salud pública, que no son delitos políticos ni
" delitos peculiares a empleados públicos."

" Hemos suprimido, en consecuencia, esta gran división, por-
" que es ilógica toda vez que conservamos la idea más impor-
" tante del Código, de no distinguir entre delitos públicos y
" delitos privados, distinción doctrinaria rechazada ya por la
" ciencia y eliminada en la codificación moderna. La agrupación
" de los delitos en títulos, según la naturaleza de los derechos
" lesionados, y prescindiendo de aquella distinción, se encuentra
" en efecto, en los códigos de Bélgica, España, Italia, Alemania,
" Holanda, Hungría, Chile, República Oriental del Uruguay, etc.

" En la parte especial además del libro sobre *faltas,* hemos
" introducido nuevos títulos y capítulos, que no podían faltar en
" el Proyecto, dado nuestro propósito de acuerdo con las instruc-
" ciones del decreto de nuestro nombramiento, de presentar en
" este trabajo un cuerpo de legislación penal tan completo como

" nos fuese posible. Al tratar de ellos en particular, explicare-
" mos los motivos que nos han determinado a comprenderlos en
" el Proyecto."

* * *

193. Criterio del proyecto de 1906 en la parte especial.—La exposición de motivos del proyecto de 1906 con referencia al libro segundo decía: " En lo que forma la materia de este libro, nues-
" tra preferente atención se ha contraído al doble objeto de ate-
" nuar en ciertos delitos el rigor excesivo de la ley actual y de
" no dejar sin castigo acto alguno que revista los caracteres del
" delito."

" V. E. conoce las frecuentes críticas de que ha sido objeto
" la penalidad de ciertos delitos, y especialmente de algunos con-
" tra las personas y la propiedad y sabe también que, desgracia-
" damente, muchas de ellas son a todas luces justificadas."

Después se ocupaba en concreto de los delitos.

Pero la exposición de motivos al principio de la misma, decía cuál había sido el criterio general de la reforma y cuáles las bases fundamentales en los términos siguientes: " Podemos, desde
" luego, asegurar que todos los miembros de la Comisión, penetra-
" dos de que un Código Penal no es el sitio aparente para ensayos
" de teorías más o menos seductoras, han renunciado deliberada-
" mente y desde el primer momento, a toda innovación que no
" esté abonada por una experiencia bien comprobada, y que, cuan-
" do han adoptado alguna, en estas condiciones, no se han preo-
" cupado de averiguar si ella se debe a la iniciativa y al patro-
" cinio de los clásicos o de los positivistas."

" Las preocupaciones de escuela, las discusiones teóricas, las
" disquisiciones académicas, no han tenido cabida en el seno de
" la Comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones persona-
" les de sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia
" penal, todos han estado de acuerdo en que no era la oportuni-
" dad de sostenerlas, porque queríamos que la obra común resul-
" tara libre de todo espíritu sectario y constituyese una zona
" franca, a cubierto de cualquier reproche de exclusivismo."

" Libre, pues, nuestro espíritu de prejuicios de escuela y em-
" peñados solamente en que el proyecto consulte las necesidades

" del país y las aspiraciones generales, hemos iniciado y termi-
" nado este trabajo, tomando como norma las bases fundamenta-
" les siguientes: 1.° La unificación, de acuerdo con los términos
" del decreto de 19 de Diciembre de 1904 de las múltiples leyes
" penales existentes en la República; 2.° La adopción de algunas
" instituciones modernas, cuya eficiencia para el castigo o la co-
" rrección está abonada por la experiencia de las naciones que
" las han implantado. y la mejora de otras ya incorporadas a
" nuestra legislación; 3.° La simplificación del sistema penal, de
" modo que pueda ser fácilmente aplicado en la República, dados
" sus elementos actuales; 4.° La inserción de algunas disposicio-
" nes tendientes a suplir vacíos y deficiencias que se notan en el
" Código, tanto en la parte general como en la relativa a los de-
" litos y sus penas; y 5.° La ordenación en forma más lógica de
" las distintas materias que comprende dicho Código."

Se ocupaba después de la unificación de las distintas leyes penales e iniciaba en seguida el estudio de las instituciones nuevas, para pasar a los distintos puntos desenvueltos en la parte general.

Con todos los elementos antes recordados nos podemos formar una idea clara de la reforma penal, de sus propósitos y de los resultados obtenidos. El estudio en particular demostrará cómo se han concretado aquellas finalidades.

IX

Delitos contra la vida

Nociones generales

194. Elementos indispensables para la concurrencia del delito de homicidio. — 195. El factor injusticia en la definición. — 196. Concepto variable del homicidio en distintos tiempos y sociedades. — 197. El homicidio en el proyecto del doctor Tejedor. — 198. El delito de homicidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. — 199. Disposiciones del código de 1886. — 200. El proyecto de 1891. — 201. El proyecto de 1906. — 202. Fundamentos dados por la comisión de diputados. — 203. Fundamentos dados por la comisión de códigos del senado. — 204. Las disposiciones del código.

* * *

194. Elementos indispensables para la concurrencia del delito de homicidio.—La persona es el sujeto del derecho, reposando sobre la misma todo el orden jurídico.

El derecho como facultad y como obligación supone para su existencia a los individuos considerados solos o colectivamente, como personas o como agrupación.

De aquí que de todos los derechos el esencial sea la vida,

puesto que su desaparición implica la del ente jurídico. El ataque, por consiguiente, a ese elemento primordial, compromete la salud del organismo que todos tenemos interés en mantener. En consecuencia el homicidio o sea la destrucción de la vida de un hombre por acción injusta de otro, constituye el delito de mayor importancia para la legislación penal.

El homicidio se ha defnido diciendo: *violenta vitae hominis ademptio;* o *violenta hominis caedes ab homine injuste patrata,* esto es, como la voluntaria e ilegítima destrucción de la vida humana por obra del hombre. Los elementos necesarios para la existencia de este delito son: 1.° Una vida humana existente; 2.° Un acto del hombre que la destruya; y 3.° La voluntad determinante del mismo (1).

Pessina (2), en el encabezamiento de su capítulo sobre la individualidad humana como sujeto del derecho cita a Fuerbach, el que dice en su tratado de derecho penal: "sólo el individuo " es sujeto posible de un delito, no una persona moral, una uni- " versalidad, porque si una sociedad sólo a causa de su fin de- " terminado subsiste como persona moral, los individuos no obran " como sociedad, al obrar no para el fin de la sociedad misma " sino para un fin diverso."

Solamente el hombre es imputable como autor del delito y solamente él es sujeto posible del hecho criminal, esto es, sólo el hombre puede cometer y ser objeto de delitos, pues únicamente él está sometido al orden jurídico y es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Como consecuencia de lo expuesto el homicidio solamente puede tener lugar sobre una persona. En el antiguo derecho se distinguía entre hombres en términos genéricos y personas. Estas últimas eran los individuos que podían adquirir y obligarse, existiendo otros sujetos, como los esclavos que se encontraban fuera del organismo legal en cuanto a facultades y que mantenían una situación semejante a la que hoy tienen los animales.

En las organizaciones presentes, todos los hombres son personas, de manera que para fijar las nociones dentro de nuestro sistema jurídico debemos recurrir a los preceptos del código civil referentes a la materia.

(1) Giulio Crivellari.—Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo VII, página 713.

(2) Elementos de Derecho Penal. Pág. 198.

La definición la encontramos en el artículo 30 que dice: son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Pero esta noción se refiere al individuo como sujeto jurídico y no expresa desde cuándo se considera persona a un ser. El artículo 70 establece que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno quedando adquiridos los derechos de tal desde el nacimiento con vida. Antes de éste, se pueden adquirir ciertos derechos, pero sujetos a la condición de la existencia extra-uterina. Naciendo con vida, agrega el artículo 71, no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica. Si el sujeto muere antes de la completa separación del seno materno, se considerará a los efectos civiles como si nunca hubiese nacido. (Artículo 74).

Todos los entes, dice el artículo 51, que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

De manera que, la personalidad empieza con el nacimiento o sea con la separación completa del nuevo ser del seno materno.

La destrucción de la vida después del nacimiento por obra individual importa la comisión del delito de homicidio.

Quedan así bien caracterizadas las dos primeras exigencias anotadas para la concurrencia del homicidio: o sean, una vida humana existente; y su destrucción por obra también humana.

* * *

195. El factor injusticia en la definición.—El elemento intencional o sea el factor voluntario será examinado más adelante. Se sostiene también que es necesario al precisar la noción de homicidio tener en cuenta que la acción debe ser injusta. El verdugo que ejecuta, el militar que mata en determinados momentos, el que cumple, en fin, con un deber exigible al quitar la vida a un semejante, no incurre en delito. En consecuencia decir solamente que es homicidio la muerte de un hombre por otro, es sentar una generalidad, que haría considerar como delincuentes a muchos individuos que obrasen con derecho.

No le atribuyo a la cuestión mayor importancia y no creo que valga la pena discutirla, dada la claridad del concepto de fondo

y la certeza de su aplicación, se consigne o no el detalle en las definiciones. Pero comprendo que en realidad no es indispensable enunciarlo, desde que el delito supone siempre un hecho o una omisión ejecutadas en contra de la ley y en ataque al régimen legal existente. De manera que en ningún caso se podrá considerar como tal delito al hecho que se encuentre en concordancia con la ley y no en contra de la misma.

Al decir ley, podría referirme con el mismo alcance al concepto de norma jurídica, desde que el delito es siempre una infracción contra una regla, y aun cuando se quisiera buscar su noción natural, siempre nos encontraríamos en el fondo con la regla, erigida o no en ley y con su violación.

* * *

196. Concepto variable del homicidio en distintos tiempos y sociedades.—El concepto del homicidio no ha respondido en todos los tiempos a las ideas impuestas en la actualidad. Hoy se considera homicidio a la muerte de un sujeto realizada por otro, sin distinciones ni excepciones, fuera de aquellos muy contados casos en que se obra en cumplimiento de un ministerio social.

En otras sociedades, la idea que ha estado vinculada a las reglas generales dominantes en el medio respectivo, respondía a otros puntos de vista, unas veces religiosos, otros veces sociales.

Ha sido así general, considerar que el homicidio no era repudiable cuando se ejercitaba en personas de otras tribus o de otros pueblos, esto es, cuando se producía en las personas de los enemigos. El hecho presentado con toda desnudez parece atroz, pero cuando se examina se observa que la regla era perfectamente lógica. Actualmente y durante los estados de guerra, el homicidio en el campo de batalla es la ley, y el que más muertes realiza o más enemigos inutiliza, mejor sirve a la patria y más honores conquista. Para los pueblos que consideraban lícito matar al enemigo, la noción fundamental era la misma; sólo que allí la guerra, la situación de hostilidad era permanente y el campo de batalla era el lugar en que dos adversarios se encontraban.

En otros pueblos la religión imponía determinados homicidios, los que se realizaban a título de sacrificios y no con un propósito de crueldad personal, sino de salvación colectiva.

En determinadas sociedades se consideró al homicidio como una cuestión privada arreglable entre los interesados, con el mismo criterio con que hoy puede solucionarse un asunto civil o resolverse una querella por calumnias o injurias.

El homicidio además no se refería a todos los individuos, desde que no todos eran personas, esto es, seres capaces de derecho.

En ciertos regímenes donde la esclavitud dominaba, el patrón tenía derecho de vida o muerte sobre el esclavo y, por tanto, a nadie debía cuentas del homicidio del siervo. Pero si éste tenía lugar sobre el esclavo ajeno, se habría ocasionado un daño que debía repararse. El homicidio de esas personas, se equiparaba a la muerte de un animal ajeno, lo que se castiga como daño hecho al dueño del mismo.

El examen del homicidio, sobre todo a través de las edades, ha permitido a Garófalo, afirmar que los conceptos sobre los delitos varían en todas las sociedades y tiempos, lo que es exacto en términos genéricos. No obstante esto, puede asegurarse que en todos los tiempos y lugares adonde ha alcanzado la observación o la investigación histórica, el homicidio de ciertas personas, ha sido considerado como lo es hoy, o sea como el más importante de los atentados. Lo que sucede es que la noción no debe buscarse aislada, sino vinculada a las condiciones del medio en el cual se investiga.

Las sociedades contemporáneas se encuentran constituídas bajo la base de la igualdad personal y, por consiguiente, del respeto a la vida humana. La protección debe ser así general y extenderse a todos. Como entre los pueblos existen relaciones que sólo se interrumpen accidentalmente y para los combatientes en los casos de guerra, los derechos fundamentales se protegen con relación a los nacionales y a los extranjeros. La calidad de hombre, significa el goce de determinados derechos en cualquier parte del mundo.

En cambio, en una sociedad constituída con enemigos y esclavos, hay que excluir dos clases numerosas de la solidaridad que hoy aceptamos y encontrar que para ellas no rigen los principios que sólo afectan a la clase ciudadana. Y aun dentro de

ésta dominan matices que dividen a los que mandan, de los que obedecen.

Pero en todas esas sociedades, la vida de los directores, llámense jefes, sacerdotes o como se quiera, estaba ampliamente protegida y el asesinato de los mismos, era un atentado enorme. De manera que en realidad, si bien al homicidio con la extensión actual no se le consideraba como nosotros, el homicidio en relación a los individuos cuya conservación interesaba era severamente reprimido.

Lo que ha variado es el criterio acerca de la personalidad humana, cuyos caracteres se extienden hoy a todos los hombres, esto es, a todos los nacidos con vida.

*
* *

197. El homicidio en el proyecto del doctor Tejedor.—Tejedor, en su proyecto de código, definía el homicidio simple diciendo que era culpable del mismo quien sin reflexión ni premeditación resuelva y ejecute contra otro un acto capaz de poner en peligro su vida, si tiene lugar la muerte. (Parte segunda, primer libro, título primero, artículo 1.°).

La nota decía, explicando el precepto: "El homicidio, *hominis coedes,* comprende en su sentido más general todo ataque a la vida del hombre, *violenta ritoe hominis ademptio;* pero bajo de esta denominación genérica se comprenden hechos distintos por su naturaleza y carácter moral. Así el homicidio puede ser resultado de un accidente o la consecuencia de una falta, puede cometerse sin intención o ser premeditado. En cada uno de estos el hecho se modifica y cambia de naturaleza: en unos casos no es punible, en otros es pasible de una pena ligera y en otros, un crimen grave, el más grave de todos."

"**Sin reflexión, etc.**—La cólera es por lo común la pasión que empuja al hombre al homicidio; pero el sufrimiento, el punto de honor, la embriaguez y otras impresiones violentas pueden también dominar al hombre hasta el punto de quitarle la reflexión, que lo habría quizá contenido, si hubiese conservado la sangre fría. Estos diferentes móviles con excepción de la avaricia, se consideran exclusivos de la premeditación y constitutivos del homicidio. Poco importa, por lo demás, las

formas en que se manifieste la pasión. Un hombre ardiente grita y se agita: el hombre melancólico encierra la tempestad en sí mismo hasta que estalla. El legislador no puede tomar en cuenta semejante diferencia, porque esto sería subordinar las penas a la diversidad de los temperamentos. El hecho en que se fija para caracterizar el homicidio es la falta de reflexión, de designio premeditado. Si la concepción del pensamiento y la ejecución son la obra del mismo momento, en el sentido de que no haya habido intervalo suficiente para que el culpable pudiese recobrar su calma y reflexionar tranquilamente en las consecuencias de su acción, el juez está autorizado para no ver en el hecho más que un acto apasionado y castigarlo como homicidio simple. (Comentario Oficial del código de Baviera)."

"**Capaz de poner en peligro su vida, etc.**—No se comete, pues delito cuando no hay homicidio, o tentativa de homicidio."

"De esta regla, evidente por sí misma, se derivan varios corolarios."

"El primero es que para que haya homicidio se necesita que el hombre sobre quien se comete el atentado esté vivo en el momento de la consumación. Así, nada importa que estuviese atacado de una enfermedad sin esperanza, que no tuviese más que una hora, un momento de existencia: el hecho que abreviase esta vida de un momento, de una hora, sería un homicidio. Pero si había cesado de existir, por efecto de una enfermedad o por caso fortuito, en el momento que se cometía el atentado, no habría homicidio (L. 15, Dig. ad leg. Aguil); falta el hecho material; y no queda más que una voluntad culpable sin duda, pero estéril. La ignorancia en que el agente estaba de la muerte de la víctima, no puede hacer asemejar su hecho al caso en que el mismo la hubiese producido. De una ficción no puede crearse un crimen."

"El segundo corolario, al cual los antiguos jurisconsultos daban mucha importancia, en sus sutiles distinciones, es que para la existencia del crimen se necesita que el fin del atentado sea "quitar la vida a un hombre". Así, cuando la víctima era uno de esos seres extraños y miserables en que la forma humana aparece alterada, decidían según la ley romana que la muerte de esos monstruos no era un crimen, *monstrosos partus sine frunde coeduntur.* La jurisprudencia, sin embargo, tenía que definir estos seres, para aplicar esta ley bárbara y su defini-

" ción fué naturalmente restrictiva. Distinguiéronse dos especies
" de monstruos: unos que no eran más que deformes; y otros
" que participaban del hombre y de la bestia, y sólo estos últi-
" mos quedaron comprendidos en los términos de la ley que per-
" mitía sacrificarlos. En todo esto se encuentran las tradiciones
" de la antigüedad, y las ideas del paganismo, aunque los autores
" que más se han ocupado de estas sutiles dificultades hayan es-
" crito bajo el imperio de las más fervientes ideas del catolicis-
" mo. Estos seres mismos extravagantes, de dos naturalezas ex-
" trañas, eran una de las creaciones de esos tiempos, en que los
" dioses mismos participaban por mitad de la naturaleza huma-
" na. Estas cuestiones han desaparecido con las creencias y bar-
" barie de esos tiempos. Toda criatura, por deforme y extraña
" que sea cuando nace del hombre, está protegida por la ley.
" *Multilus home est, quippe animam habet per quam homo est.*
" (Malheus).

" Por lo demás, en la expresión de hombre, *hominis coedes,*
" se comprende todo el género humano. *Lex Cornelia non de cer-*
" *to hominum genere laquitur, sed ipsam humanitatem tuetur.*
" Así, cualquiera que sea el sexo de la víctima, su edad o reli-
" gión, y ya sea extranjero o regnícola, el crimen es el mismo.
" La ley protege a toda la humanidad. (L.2, D. ad leg Corn. de
" Sicariis)."

" Lo esencial es que haya un acto material que pueda dar
" la muerte. Así no habría lugar a intentar una acción por homi-
" cidio, cuando el agente no hubiese puesto en obra más que un
" sortilegio para causar la muerte en el caso mismo en que tu-
" viese fe en su poder, o cuando emplease una droga que cre-
" yera un veneno sin serlo, porque aun suponiendo la voluntad
" de dar la muerte, esta voluntad no va en ambos casos acompa-
" ñada de un principio de ejecución del acto homicida, puesto
" que el acto ejecutado en ningún caso podía perjudicar a la
" vida del hombre. Es preciso que el acto material cuando no
" cause la muerte tenga al menos en sí mismo el poder de darla,
" tales como los golpes, que aunque no sean mortales, pueden,
" sin embargo, constituir, cuando se dan con la intención de ma-
" tar, una acusación de homicidio. Los golpes, en efecto, cuales-
" quiera que sea su resultado, constituyen un principio de eje-
" cución del crimen, puesto que por su naturaleza habrían bas-
" tado para consumarlo."

" El homicidio se comete no sólo por un acto material, sino
" también por una omisión de este acto. Tal sería la omisión de
" dar alimento a una persona secuestrada cuando estuviese en-
" cargado de hacerlo por deber o por funciones. Podría citarse
" también el caso de privar a una persona enferma de un reme-
" dio prescripto y del cual dependiese su vida. Fácil es de com-
" prender, sin embargo, cuán difícil sería la cuestión en este úl-
" timo caso, puesto que para apreciar el acto sería preciso apre-
" ciar cuáles han sido los efectos, y, por consiguiente, la posición
" real del enfermo, el poder del remedio y su resultado presu-
" mible. La justicia aunque prevea en esta hipótesis un acto ma-
" terial, trepidaría, sin duda, entrar en esta vía oscura. En cuan-
" to a la negativa de dar socorro al que lo invoca, aunque este
" socorro sea un deber de las funciones del agente, no consti-
" tuye, por lo general, más que un homicidio involuntario."

" ¿Para la existencia del homicidio será menester que se
" consume por un acto material? El homicidio moral que se ve-
" rifica por los tormentos del alma, no entra en los términos de
" la ley penal? Supongamos que un marido, o un padre no se
" sirvan de su poder sino para cubrir de amargura los días del
" hijo o de la mujer: que a sabiendas gaste su vida en el dolor,
" que trate de abreviarla por un sufrimiento moral continuo y
" prolongado; y que, en fin, por una barbarie calculada conduz-
" ca de este modo su víctima hasta la tumba. ¿No habría en esto
" un homicidio? ¿No es precisamente el más odioso de todos, el
" que encubre mayor atrocidad? Creemos que sí, ¿pero la conse-
" cuencia es que deba la ley castigarlo? ¿Cómo probar un cri-
" men de esta naturaleza? ¿Cómo hacer constar el poder del do-
" lor y sus efectos? (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 373 y siguientes,
" y Boevesco, p. 152 y 153)."

" **Resuelva, etc.**—La voluntad es un elemento indispensable
" y constitutivo del homicidio. El crimen no deja de subsistir
" porque el hecho material no se ejecute del todo o se produzca
" sólo en parte. Pero no subsiste el crimen, desde que la voluntad
" no sea completa, desde que haya cualquier sombra acerca de
" su existencia, desde que pueda ponerse en duda. *Divus Adria-*
" *nus rescripsit eum que hominem occidit, si non occidendi ánimo*
" *hoc admisit absolvi posse; et qui hominem non occidet sed vul-*
" *nerabit ut occidoet, pro homicida damnandum* (L 3, D. ad leg.
" Corn. de Sicariis)."

" **Si tiene lugar la muerte.**—Seguida la muerte, dice Goyena, " nada importa con qué instrumentos se haya hecho. La ley 2, " tít. 31, p. 7, la 2.ª, tít. 8, la 1.ª, tít. 10 y la 7.ª, tít. 33 de la " misma, así como la 3.ª, tít. 16, p. 2, no sólo hablan de cuchi- " llos, espadas y lanzas, sino de palos, piedras y otras armas cua- " lesquiera. Tampoco importa que se haya dado la muerte sin " usar de instrumento alguno, como cuando se da a puñadas o " patadas, o estrechándole a uno contra la pared o el suelo, o " comprimiéndole las fauces, o sumergiéndole en el agua; o por " hambre, o dando causa a la muerte, como impidiendo que se " dé socorro a los náufragos, azuzando perro u otro animal feroz " contra alguno para que lo mate, o de otro modo cualquiera " La ley 4.ª, tít. 5, lib. 6, F. Juzgo, castigaba como homicida al " que por injuriar daba a otro puñada o patada si de esto resul- " taba la muerte, igualando este caso al de homicidio voluntario " de la ley 11, pero dar simplemente con la mano o puño no " prueba voluntad o intención de matar cuando no lo corrobo- " ran otras circunstancias."

El final de la misma nota se ocupa de la pena aplicable y de legislación comparada.

El carácter esencial del homicidio simple, el que comprende ferentes casos, es la falta de premeditación. Cuando concurre e último factor o la alevosía, el homicidio se llama asesinato. Parte segunda, libro primero, título primero, 2. artículo 1.°).

La nota dice: " Lo que caracteriza al asesinato, dice el Comentario Oficial, no es la voluntad de matar que se encuentra en todos los homicidas, sino la perversidad fría y reflexiva, la premeditación, la reflexión, la ejecución de un plan concebido de antemano, y son todas estas circunstancias las que modifican la aplicación que hace la ley en este caso de la pena más severa, la muerte. Importa poco, por lo demás, que el motivo del crimen sea el amor, la religión, la política o un falso patriotismo. Nada puede atenuar la inmoralidad de un hecho tan grave como el asesinato concebido y ejecutado a sangre fría."

" La palabra asesinato no siempre ha significado lo mismo. Después de haber sido originariamente el *homicidio oculto*, pasó a ser el *homicidio mercenario* y acabó por ser sinónimo de *homicidio premeditado*. El derecho romano distinguía muchas especies de homicidio según que el hecho se había cometido

" *proposito, impetu, casu.* (L. 2, parág. 2, D. de poenis). El homi- " cidio cometido por un arrebato, *impetu*, como ejecutado en un " momento de perturbación mental, era castigado menos severa- " mente que el premeditado. Tal la doctrina conocida y profe- " sada por los criminalistas italianos del 15.° siglo. De la prác- " itca y desarrollo de los principios sobre el *dolus malus*, y el " *impetus* nació más tarde la distinción moderna entre el ase- " sinato y el homicidio." (Notas históricas)."

" En general, los códigos definen hoy el asesinato "todo ho- " micidio cometido voluntariamente y con premeditación."

En apoyo del aserto, la nota se refiere a lo que dicen diferentes códigos extranjeros.

Las circunstancias especiales de calificación que se mencionan, se definen en los artículos del proyecto. La premeditación consiste en el designio formado de antemano de atentar contra la persona de un individuo cierto o incierto. La alevosía en dar una muerte segura fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente.

La premeditación se explica en la nota diciéndose: " La pre- " meditación difiere esencialmente de la voluntad criminal. La " voluntad concibe el deseo del crimen y lo ejecuta inmediata- " mente. Una ocasión súbita la despierta, no reflexiona, sino que " obedece a la pasión que la agita; se precipita en el mal con el " conocimiento del mal, pero sufriendo la influencia de un sen- " timiento instantáneo. La premeditación supone que el agente " obra de sangre fría, porque delibera antes de obrar, madura y " prepara el proyecto; su pensamiento no es oscurecido por nin- " gún impulso apasionado, la reflexión ha enfriado el impulso: " un tiempo más o menos largo, ha transcurrido entre el pro- " yecto y la ejecución y ha podido calcular el alcance y los efec- " tos de su acción; no sólo ha querido el crimen, sino que ha " calculado los medios de cometerlo: no sólo se ha vengado, sino " que ha meditado su venganza y la ha ejecutado friamente."

" Los antiguos doctores separaban con mucha claridad estos " dos elementos distintos: *homicidium simplex illud est in quo* " *occidendi animus concurrit tempore rixoe; promedidatum vero* " *in quo occidendi deliberatio ante rixam procedit.*"

" Nada más evidente que esta distinción en principio, pero " en la práctica es difícil muchas veces aplicarla. Los autores " enseñan que la premeditación debe presumirse cuando el agen-

" te prepara de antemano las armas o instrumentos necesarios
" para la ejecución, cuando se coloca en emboscada, cuando hu-
" biese proferido amenazas o manifestado una profunda enemis-
" tad hacia la víctima, cuando la atacase a traición o sin provo-
" cación, y, por el contrario, creen que no resulta tal presunción
" de la reiteración de una riña, del número de las heridas he-
" chas, o del tiempo corrido entre la provocación y el crimen.
" Una riña puede, en efecto, volver a comenzar bajo el imperio
" de la misma emoción, y cuando la reflexión no la ha calmado
" todavía, *creditur commisso calore iracundiae et ferventis san-*
" *guinis.*"

" La premeditación no es tampoco la consecuencia necesaria
" de la reiteración de las heridas. Las heridas, y golpes repeti-
" dos prueban seguramente el furor del agente y la voluntad
" que le animaba, pero no prueba que esta voluntad fuese delibe-
" rada antes del crimen. De aquí puede inducirse que el agente
" tenía en el momento de herir, el designio de matar, pero la
" violencia con que se manifiesta una voluntad no es un indicio
" de que esa voluntad haya sido acompañada de reflexión."

" No basta, en fin, para presumir la premeditación, que
" transcurra cierto tiempo entre el pensamiento del crimen y su
" ejecución. Supóngase, por ejemplo, que en un acceso de cólera
" el agente corra a tomar un arma, y vuelva inmediatamente
" a descargarla sobre su víctima. ¿Estos cortos instantes trans-
" curridos entre su voluntad y la ejecución imprimirán a una
" acción hasta entonces espontánea el carácter de la premedita-
" ción? No, porque el agente ha dejado de obrar bajo la impre-
" sión de una pasión instantánea, y los momentos rápidos que
" median entre el ultraje y la venganza no bastan para estable-
" cer la premeditación. La duración de la cólera no puede en-
" cerrarse en ciertos límites: sus arrebatos sobreviven muchas
" veces a la hora que la vió nacer. Mientras el agente está some-
" tido como un ciego instrumento a su influencia, su acción no
" cambia de naturaleza. Mientras la pasión no le permita refle-
" xionar, no puede imputársele reflexión. Para excluirla basta,
" decía Farinacio, que el homicidio se cometa mientras dura el
" calor de la riña, *dummodo rixoe calor duret.* Así, los antiguos
" doctores extendían la duración del primer momento a varios
" días, *ad aliquos deis.*"

" Pero esta decisión lleva evidentemente el sello de un siglo

" y de un país en que se otorgaba mucho a las venganzas priva-
" das. No puede admitirse que durante muchos días, ni siquiera
" un día, no haya podido la razón sobreponerse a las emociones
" del agente. La influencia de la provocación subsiste quizá, pe-
" ro no ya irresistible, y el agente es culpable de no haberla
" combatido. Por otra parte, la premeditación no supone que el
" crimen se haya combinado necesariamente de sangre fría. Su-
" pone sólo que ha precedido la reflexión, que no es el resultado
" del primer movimiento. Así, toda vez que el intervalo que
" separa la voluntad del crimen de su ejecución es bastante lar-
" go para dejar presumir que ha mediado la reflexión, debe su-
" ponerse la premeditación. Por lo demás, una presunción de esta
" naturaleza tiene necesariamente que modificarse con los hechos;
" y sólo estudiándolos con cuidado, es que el juez puede descu-
" brir los signos y actos que denotan una acción reflexionada.
" fijar el instante en que la voluntad abdicando su espontaneidad
" se detiene en su proyecto, persistiendo en él, y separar de su
" conjunto las circunstancias que caracterizan la premeditación
" (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 410 y siguientes)."

" **Individuo cierto e incierto.**—¿El error en la persona de
" la víctima excluye la premeditación?"

" En otros términos, ¿el hecho de descargar un arma sobre
" una persona, con intención de matar y premeditación consti-
" tuye el crimen de asesinato, cuando la persona herida no es la
" que el acusado quería matar?. Esta cuestión dividió a los an-
" tiguos jurisconsultos: unos no veían en este hecho más que
" un homicidio accidental, otros le encontraban por el contra-
" rio los caracteres del asesinato. Los primeros se apoyaban en
" que el homicidio era el resultado de un error, puesto que el
" agente no había tenido la intención de matar esa persona. Los
" otros oponían que el error no impedía que el culpable hubiese
" obrado con intención de matar, con premeditación; que si esta
" voluntad y esta premeditación no se refería a la persona muer-
" ta, no dejaban por eso de verificarse, y que bastaba que exis-
" tiesen las dos circunstancias en el acto, aunque fuesen extrañas
" al resultado. Entre estas dos opiniones contradictorias, surgió
" un tercer parecer; a saber, que si el error del agente en la elec-
" ción de la víctima no borraba la voluntad, hacía desaparecer
" la premeditación. Es evidente, en efecto, que este hecho com-

" plexo, cualesquiera que sea su calificación, no es un homicidio " involuntario."

" ¿Cómo prescindir de la voluntad de matar que guiaba el " brazo del agente? Se ha engañado en la víctima, pero ha herido " voluntariamente a la persona que se presentaba a su vista. Es- " ta voluntad pertenece al hecho y le imprime su criminalidad. El " error del agente no la hace desaparecer, porque cualquiera " que sea el objeto, ha existido con la acción. No es por im- " prudencia que el agente ha disparado el tiro o clavado el puñal, " sino porque quería matar."

" ¿Pero puede decirse lo mismo de la premeditación? A pri- " mera vista parece que la premeditación, que es el designio for- " mado de antemano de atentar a la persona de un individuo " determinado, difícilmente puede existir cuando la persona he- " rida no es la que amenazaba el pensamiento criminal, aquella cu- " ya muerte se había premeditado. Pero esta distinción es más " sutil que sólida; porque si la premeditación no se dirigía con- " tra la persona que ha sido víctima de la acción no por eso " existe menos en la acción. Del mismo modo que la voluntad " de matar, ella animaba el pensamiento del agente, y lo colocaba " en el camino de su víctima. Su error no ha cambiado más que " el resultado del crimen, y no su naturaleza. El no puede hacer " que no lo haya premeditado, que su designio no se haya for- "mado de antemano, que la persona atacada no haya sido en su " pensamiento el objeto de ese designio. La premeditación como " el pensamiento han acompañado, pues, su acción, y la crimina- " lidad es la misma que si hubiese tenido buen éxito en su pro- " yecto, puesto que ni siquiera puede presentar como una excusa " el error que le haya engañado, desde que ha hecho una vícti- " ma."

Con respecto a la alevosía se citan las leyes de Partida y las Recopiladas, agregándose: "lo que caracteriza esta clase de ase- " sinato es el haber sido sorprendida la buena fe de la víctima " por una fingida amistad, u otras maniobras hipócritas o do- " losas."

También se considera asesinato, al homicidio cometido: 1.° por precio o promesa remuneratoria; 2.° con ensañamiento aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; 3.° por medio de inundación, incendio o veneno.

El homicidio del padre o madre sean legítimos o ilegítimos.

se llama parricidio y se establece que no es excusable en caso alguno. (Parte Segunda, Libro Primero, Título 1.°, 3, artículo 1.°).

La nota decía: "**Castigado con la pena del asesinato, etc.**— " El parricidio no es más que un homicidio, dice Chauveau Adol- " phe. De aquí se derivan dos consecuencias. La primera es que " el crimen es el mismo, sea que se cometa con o sin premedita- " ción, con asechanzas o sin ellas. Estas circunstancias que en " los casos ordinarios establecen una gradación en el crimen son " indiferentes en el parricidio. Se ha creído que desde que un " hijo podía levantar la mano sobre su padre, no podía ya co- " meter crimen más grande. Esta disposición por lo demás no " es sino la reproducción de la antigua legislación, según la cual " bastaba para la existencia de este crimen que se cometiese con " dolo malo sin que fuera necesario hacer constar la voluntad " de matar. (L. 1 D. ad leg. Pomp. de Parricidiis). La ley roma- " na castigaba hasta los actos preparatorios y aún el pensamien- " to del crimen. Bastaba que un hijo hubiese comprado el ve- " neno con el fin de dárselo a su padre para que incurriese en las " penas del parricidio, aunque no lo emplease. Lo mismo sucedía " con el que había dado dinero para que matasen a su padre, " aunque no tuviese lugar el ataque (L. 7 D. at leg. Pomp de Pa- " rricidiis". La otra consecuencia es que el parricidio debe con- " tener en sí mismo los elementos del homicidio, es decir, el he- " cho material del homicidio, y la voluntad de dar la muerte. " Para que el hijo, pues, sea pasible de la pena de este crimen, " se necesita que conste que el hijo que mató a su padre tuvo " la intención de matarle. (Chauveau Adolphe t. 3 p. 383 y 384)."

" La pena por la ley 12 t. 8, P. 7, era la misma que en el " último estado del derecho romano. El parricida después de "azotado públicamente debía ser metido en un saco de cuero " con un mono, un perro, un gallo, una culebra, y cosida la boca " del saco era echado en la mar o río más próximo para que, " según la expresión de Justiniano, *careciese de la vista del cie- " lo antes de morir, y de la tierra después de muerto.* La misma " pena establecía la ley contra todos los que aconsejaban o ayu- "daban al parricido aunque no fuesen parientes del muerto, y " contra el hijo que compraba veneno para matar a su padre, " y trabajaba por dárselo, aunque no pudiese llevarlo a efecto. "Además, el hermano que, sabedor de esto no lo revelaba a su

" padre, debía ser desterrado por cinco años a una isla (L. 12
" cit.)."

"Los códigos modernos no han considerado este crimen del
" mismo modo. Algunos, es decir, la mayor parte de los códigos
" de Alemania no lo han previsto de un modo especial; lo han
"confundido entre los crímenes de homicidio voluntario, y como
" tal lo castigan con la pena de muerte. Otros lo han previsto,
" pero de una manera general, infligiéndole una pena común a
" toda la clase de delitos que llaman asesinatos calificados. Otros
" hay, en fin, que lo han previsto de una manera especial... To-
" das estas fluctuaciones de las principales leyes europeas, prue-
" ban que aún no se tienen las ideas bien fijas sobre el modo con
" que deba castigarse un parricidio. Además, en los códigos más
" recientes, este crimen se confunde con los otros, o se disminu-
" ye la agravación de la pena. Lo que prueba que con el tiempo
" desaparecerán todos los accesorios de la pena principal. Sólo
" la opinión pública puede agravar este crimen con la más gran-
" de y la más legítima infamia. (Boevezco, p. 109 a 112).

" **Padre o madre, etc.**—Otro elemento del parricidio es la
" calidad de las personas en quienes se comete. La legislación
" ha extendido más o menos el círculo de estas personas. En los
" primeros tiempos de Roma comprendía todas las especies de
" homicidio; después se restringió a la familia, comprendiendo en
" ella a los parientes hasta el 4.° grado, y aun los socios, esposos
" y patrones. Los jurisconsultos distinguieron entonces en el
" parricidio dos grados *proprium parricidium et improprium.* El
" primero que se cometía respecto de los ascendientes o descen-
" dientes; el segundo respecto de los esposos y demás personas
" enumeradas en la ley. Sólo el parricidio verdadero tenía la
" pena especial de este delito. Estas leyes no mencionaban el
" padre o madre adoptivo y los comentadores decidían general-
" mente que la pena del parricidio no era aplicable al hijo adop-
" tivo que mata al padre adoptante. No hay comparación posi-
" ble, en efecto, entre un caso y otro. La terrible responsabilidad
" del parricidio está basada en que el parricida ha desoído la
" voz poderosa, que le mandaba respetar a su padre, en que ha
" desconocido el sentimiento sagrado que todos los hombres en-
" cuentran en su corazón, en que holla un deber no perecedero
" como el reconocimiento, sino eterno como la naturaleza. ¿Qué
" son delante de estas relaciones de sangre las que la ley única-

" mente forma? El adoptado que aplica una mano criminal sobre
" su padre adoptante, es culpable sin duda, más culpable que
" cualquier otro homicida, pero no es un parricida. Ha descono-
" cido el vínculo de la gratitud, el vínculo civil; pero no ha te-
" nido que romper el vínculo de la naturaleza, no ha quitado la
" vida al que se la había dado, no ha debido hacer el inmenso
" esfuerzo que supone el homicidio de un padre, y que revela
" tan profunda perversidad. (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 387).

" **Legítimos o ilegítimos.**—¿De qué padre se trata aquí? De
" los que han reconocido solamente a sus hijos?. La respuesta
" debe ser afirmativa, porque la paternidad no es cierta sino res-
" pecto de éstos. ¿Cómo castigaría la ley, respecto de los demás,
" el vínculo de la sangre cuando ella lo ignora? ¿Cómo hacer
" valer la calidad de padre adúltero o incestuoso para agravar
" la pena del culpable? ¿Y quién probará que éste ha conocido
" esa calidad que no tenía duda alguna sobre la filiación, que sa-
" bía que al que mataba era su padre? La pena no podía agra-
" varse sin que fuese establecida esta circunstancia agravante.
" Pero la investigación de la paternidad está prohibida, y no
" es sino a petición del hijo y en su interés que se admite la
" de la maternidad. (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 391). En el pro-
" yecto de Código Civil por el Dr. Vélez Sarsfield véase el título
" 5 del libro 1.

" **No es excusable, etc.**—Esta disposición se funda en que el
" respeto religioso que se debe al autor de nuestros días, impo-
" ne el deber de sufrir todo, antes que poner sobre él una ma-
" no sacrílega. Sin embargo, esta prohibición por absoluta que
" sea, admite una distinción. Ella no se aplica sino a la excusa
" que permite atenuar la pena, y de ningún modo a la justifi-
" cación que la hace desaparecer del todo. Si el hijo parricida,
" pues no puede invocar como excusa la provocación que ha
" recibido de su padre, puede justificarse probando que se ha
" hallado en estado de legítima defensa, que su vida se vió ame-
" nazada, y que sólo por salvarla mató a su padre. Tal era tam-
" bién la regla admitida en el antiguo derecho *in ilio occidenti*
" *patrem, ad sui defensionem, homicidiumhoc impunibile est.*
" Chauveau Adolphe, t. 3, p. 395)."

" El Fuero Juzgo trató de este delito en las leyes 17, 18
" y 19, título 6, libro 5.° con la misma y mayor extensión de
" parentesco que el derecho romano, admitiendo siempre el de-

" recho de propia defènsa. La ley 12, título 8, p. 7, consagrada " únicamente al crimen de homicidio, guarda un absoluto si- " lencio sobre esta delicada cuestión, a saber si será excusable " el parricidio hecho en propia defensa. Tal vez la palabra *a tuerto* " de que usa esta ley envuelva el mismo sentido que la del Fuero " La citada ley 19 del Fuero Juzgo lo excusa. Las de Partida ex- " cusan en general y sin ninguna distinción todo homicidio hecho " por aquella causa, y es regla de derecho que en lo general es- " tá comprendido lo especial o particular. (Goyena Cod. crim. n. " 1021. Véase también Pacheco, t. 3, p. 15)."

El homicidio de un recién nacido que no tuviese tres días completos se llamaba infanticidio. (Parte, Libro y Título citados. 4, artículo 1.°

De los términos del artículo resulta, según la nota que no existe este delito sino cuando concurren las siguientes condiciones: "1.ª voluntad de matar, porque no hay homicidio sin la " intención de dar la muerte; 2.ª que la criatura nazca viva por- " que si hubiese nacido muerta, el homicidio es imposible. 3.ª Que " sea recién nacida, porque si hubiese perdido esta calidad no " habría infanticidio sino homicidio."

" Es evidente en primer lugar que siendo el infanticidio " un homicidio, es condición esencial de su existencia que se " cometa con intención de matar. Así no bastará la intención " maligna que se revela por falta de cuidado o malos tratamien- " tos. "Por horrible que fuese esta conducta de una madre, ella " no implicaría necesariamente el pensamiento del crimen. La " ley, sin embargo no exije el concurso de una premeditación " cualquiera, sino que la supone. La primera condición, pues " del crimen, la condición esencial, es la voluntad constitutiva " del homicidio, la intención de dar la muerte."

" Esta voluntad es muchas veces difícil de apreciar en " esta clase de homicidio. En el homicidio ordinario, en efecto, " basta en cierto modo colocar al homicida delante de su víc- " tima, y es deber suyo explicar su acción. En el infanticidio la "ocultación del embarazo, las trazas de un parto clandestino, el " descubrimiento mismo del cadáver de la criatura, no son toda- " vía más que vagos indicios del crimen, porque si el embarazo " y nacimiento mismo han sido ocultados, basta para explicar " este misterio en una madre culpable el terror de descubrir su " vergüenza; y si la criatura se encuentra sin vida, es posible

" que su muerte haya precedido al parto, como también que ha- " ya sido el resultado accidental de un parto aislado."

"Finalmente, en el caso mismo en que debiera imputarse a " la madre podría ser el efecto de su ignorancia, o de su debili- " dad, y no de su voluntad. Así la muerte de la criatura puede " ser natural, el resultado de un accidente, efecto de la culpa " de la madre, o de un crimen. Tales son las hipótesis que pue- " den hacer nacer el descubrimiento del cadáver de un recién nacido " y que la acción pública debe dirigirse antes de ponerse en " movimiento. La madre puede ser perseguida como homicida por " imprudencia, si la muerte ha sido el resultado de un falta gra- " ve de su parte o por infanticidio si ha tenido la intención de " consumar el crimen."

" El segundo elemento del infanticidio es que la criatura " nazca viva, pero no es necesario como lo pensaban muchos au- " tores que nazca viable. Esta opinión, último resto de la antigua " ley que permitía el homicidio de los niños débiles, se funda en " que la criatura que no nazca viable, se juzga que no existe " para la ley. Pero esta opinión no puede seguirse hoy. La ley " penal no se explica sobre el grado de vitalidad que debe po- " seer la criatura para que su muerte sea un crimen. Ella no " determina ni el tiempo de la gestación, ni el desarrollo que " debe tener. Basta que haya existido, por ligera que haya sido " la existencia. No se necesita siquiera que viva la vida extra- " uterina, es decir, que se efectúe la respiración. Cualquier movi- " miento o grito que atestiguase la vida, bastaría para que la " ley viese un crimen. ¿Con qué derecho se dispondría de la vida " de un ser humano? Ni por qué sería permitido precipitar su " carrera?.."

" La tercera condición del crimen de infanticidio es que la " muerte recaiga sobre un recién nacido. ¿Qué es un recién na- " cido? La ley francesa guarda silencio a este respecto (art. 300). " El Código de Nápoles considera infanticidio, el homicidio co- " metido en un recién nacido no bautizado ni inscripto en el re- " gistro civil. (art. 343). El austriaco no considera infanticidio " sino la muerte dada en el momento mismo de nacer. (art. 122). " Y quizá esta solución es la más conforme al carácter especial " del crimen que se basa en el violento afecto que se apodera " del alma en el momento mismo del parto, pero sería peligroso

" restringir en un límite tan estrecho la garantía acordada a " la criatura. (Chauveau Adolphe, t. 3, p. 398 y sig.)."

" **Que no tenga tres días completos.**—Según los médicos le- " gistas el niño debe considerarse recién nacido, hasta la caída del " cordón umbilical, es decir, hasta ocho días después de su na- " cimiento."

El título se ocupaba además, del aborto, del suicidio y del duelo.

De manera que en el proyecto del doctor Tejedor, extensamente acotado con notas explicativas, los delitos contra la vida se dividen en homicidio simple, asesinato, parricidio, infanticidio, aborto, homicidio causado en duelo y suicidio.

198. El delito de homicidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García suprimió las denominaciones de asesinato y parricidio y dividió los delitos contra la vida en homicidio, infanticidio, aborto, suicidio y duelo.

El artículo 196 dice, el que voluntariamente mate a otro será reo de homicidio. Las penas varían, según las circunstancias especiales que la ley señala, teniendo en cuenta las características que influían en el proyecto anterior para las denominaciones.

El infanticidio, según el artículo 208, consiste en dar muerte a un recién nacido que no tenga tres días completos.

En materia de suicidio, por fin se castiga al que presta ayuda a la persona que lo consuma.

El informe oficial se limita a decir que se han suprimido las subdivisiones de homicidio simple, asesinato y parricidio que contenía el proyecto del doctor Tejedor y se han colocado esos hechos bajo la clasificación general de homicidio.

199. Disposiciones del código de 1886.—El Código de 1886 siguió este último sistema, desestimando también las clasificaciones especiales del proyecto del doctor Tejedor.

El título primero del Libro Segundo se ocupa de los delitos contra las personas y se divide en cuatro capítulos que legislan sobre: homicidio, infanticidio, aborto y duelo.

El homicidio simple se define así: "el que mata a otro" y a continuación se fija la pena. El parricidio sin emplearse la palabra desde que se usa el vocablo homicidio en general, castigándose los hechos de distinta manera, se define en los siguientes términos: "el que a sabiendas mata, a su padre, madre o hijo legítimo o natural o "a cualquier otro ascendiente, descendiente o a su cónyuge", será castigado, etc.

El concepto, como puede verse, se amplía y califica especialmente no sólo el homicidio de los padres como lo hacía el proyecto del doctor Tejedor, sino el de otros parientes.

Las penas se aumentaban o disminuían, segun el número de las circunstancias agravantes o atenuantes y se reducían especialmente, en caso de provocación por parte de la víctima.

El infanticidio como delito especial sólo se admitía respecto a la madre que lo cometiese para ocultar su deshonra y a los abuelos que lo consumasen para ocultar la deshonra de la madre, esto es de la hija de ellos.

El capítulo correspondiente al suicidio que se encontraba en los proyectos anteriores se suprimió manteniéndose los relacionados con el aborto y el duelo.

La ley N.° 4189 modificó las penas consignadas para el homicidio sin alterar fundamentalmente los conceptos, como lo veremos al estudiar los artículos del código en particular. Las disposiciones fueron tomadas del proyecto de 1891.

200.—El proyecto de 1891.—La Comisión reformadora formada en 1890 por los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo, proyectó en esta materia una serie de modificaciones sobre el código penal de 1886, una parte de las cuales, como lo he hecho notar, se incorporaron a la ley por medio de la reforma.

En la exposición de motivos, los autores dan sus puntos de vista acerca del título, diciendo:

" Comprende el primer capítulo de este título todos los de- " litos en que el derecho lesionado es el de la existencia. Poca

" transcendencia tiene, en realidad, que se consigne en capítulos " distintos, o reunidas en uno solo, las disposiciones relativas al " homicidio, al infanticidio y al aborto; pero desde que la lesión " de derecho es la misma, sea que la víctima fuere una persona " mayor o menor de tres días, nacida o por nacer, hemos con- " siderado más ajustado a una buena clasificación la agrupación " de todos los atentados contra la vida, en un solo capítulo, acep- " tando como razonable el ejemplo que a este respecto hemos " encontrado en los mejores códigos."

" En las disposiciones especialmente relativas al homicidio " hemos introducido reformas importantes que serán más fácil- " mente explicables desde que se observen los defectos de que " adolece el actual capítulo del Código. Si se comparan sus dis- " posiciones con las del proyecto del Dr. Tejedor se observará " que en esta materia el Código se apartó también de su ante- " cedente."

"Nuestra reforma consiste principalmente en modificar la " medida de las penas, imponiéndolas más severas a un delito que " está, desgraciadamente, muy generalizado en nuestro país, y " que entra en la criminalidad general por una asombrosa pro- " porción."

La exposición de motivos estudia enseguida los casos particulares de homicidio los que consideraré a medida que vaya estudiando el texto del Código.

*
* *

201. El proyecto de 1906.—Con todo el conjunto de antecedentes examinados, se elaboró el proyecto de 1906, el cual en la parte referente al homicidio colocó disposiciones en las cuales se atribuye mayor márgen a la justicia en la aplicación de los castigos.

Los delitos contra la vida no se contienen en un título, sino en el primer capítulo del título que se ocupa de los delitos contra las personas.

Se contiene una pena para el homicidio en general; otra mayor para los casos de agravación; otra menor cuando concurren atenuaciones; y otra en el caso de concurrir atenuaciones y agravaciones.

Se castiga además, la instigación al suicidio, el homicidio por imprudencia y el aborto.

La exposición de motivos no fundamenta las disposiciones.

Cuando presenté ese proyecto a la Cámara de Diputados, como base de encuesta para la elaboración de la ley definitiva, consideré oportuno a fin de dar mayor amplitud a los jueces y teniendo en cuenta los resultados prácticos de la ley N.° 4189, fijar en ocho y no en diez años el mínimum de la pena para el homicidio simple. Así lo expresé en los fundamentos acompañados con el proyecto.

*
* *

202. Fundamentos dados por la Comisión de Diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria dijo en la exposición de motivos respecto al título: "Hemos aceptado el " articulado del proyecto de 1906 concordante con el de 1891, con " las modificaciones introducidas por el diputado Moreno."

" Las disposiciones son análogas a las que hoy rigen, pero " mejor ordenadas y con el criterio científico que impone la parte " general. No debe olvidarse que el código en esta parte fué mo- " dificado por la ley número 4189, que tomó sus preceptos del " proyecto de 1891."

El proyecto que fué modificado en el curso de la tramitación legislativa como lo comprobaremos al ocuparnos de los preceptos en particular, legislaba sobre delitos contra las personas en el título primero, cuyo primer capítulo contenía las disposiciones relativas a los delitos contra la vida.

Se fija en el mismo la pena de reclusión o prisión desde ocho a veinticinco años al que matare a otro, siempre que no se estableciere otra pena. Es esta la regla para el homicidio, que podríamos llamar simple.

En seguida, se señala una pena mayor para los casos comprendidos en tres incisos del artículo y una menor en el siguiente para las previsiones de los cuatro respectivos incisos.

Es decir que la pena se eleva o se reduce en los casos especiales que se señalan.

Además, se ocupa de la instigación al suicidio, del homicidio por imprudencia y del aborto.

* * *

203. Fundamentos dados por la Comisión de Códigos del Senado.—La Comisión de Códigos del Senado verificó al entrar al examen de la parte especial, un estudio relacionado con el sistema del proyecto y con sus puntos de vista en materia penal. Ese examen se hizo teniendo en cuenta que los principios desenvueltos en la parte general, están destinados a ser aplicados en la especial al enumerarse los delitos y señalarse los castigos.

Como esa exposición representa un comentario oficial, considero conveniente transcribirlo. Dice así:

"Como lo hemos dicho incidentalmente en la parte general "de este informe, una de las grandes innovaciones y de las ma- "yores ventajas del proyecto en revisión, es la aplicación en "el libro segundo del sistema de las penas paralelas."

"Se ha apartado en este punto fundamental del proyecto "de 1906, que sólo admitía el criterio de las penas alternativas "para los casos en que mantenía la pena capital. En efecto, "el artículo 84 impone "presidio por tiempo indeterminado o "muerte" al que matare a su ascendiente, descendiente, cón- "yuge o bienhechor sabiendo que lo hacía; al que matare a "otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remu- "nerativa, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, o "por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión, "o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos; y "al que matare a otro para preparar, facilitar, consumar u "ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o la impu- "nidad para sí o para sus cooperadores, o por no haber obteni- "do el resultado que se propuso al intentar el otro hecho "punible."

"El proyecto de la H. Cámara de Diputados ha generaliza- "do el paralelismo de las penas, siguiendo el ejemplo de los "códigos más modernos y de los proyectos más recientes. Ha "sido aceptado, en verdad, por los códigos italiano, húngaro y "holandés y los proyectos o anteproyectos de Austria, Rusia, "Japón, Suiza, Francia y Suecia."

"La ciencia lo ha acogido con igual favor y según lo re- "cuerda el doctor Herrera en "La Reforma Penal", lo sostie-

"nen los más distinguidos tratadistas: Garçon, Liszt, Vidal, "Gauckler, Alimena, Berner, Prins, de la Grasserie, Proal, y lo "sostuvo ya a fines del siglo XVIII Jeremías Bentham."

"El sistema de las penas paralelas, dijo el primero de los "autores nombrados hace ya más de veinte años, "es más o "menos universalmente aceptado hoy día, pudiéndose decir que "él forma como una especie de derecho común de las legislacio- "nes represivas modernas". Se ha dicho con razón que la sabia "Memoria publicada por Garçon sobre *Les peines non deshono- "rantes* en la *Revue Penitentiarie* (1896), es el documento capi- "tal sobre tan importante punto."

"Una de las primeras tentativas, dice Saleilles, que han te- "nido por objeto establecer, desde el punto de vista de aplica- "ción de la pena, distinciones entre los delincuentes, se hizo al "preparar el código penal italiano, y fué esta una de las ideas "nuevas más fecundas aceptadas y desenvueltas por el código "de 1899. Este ha aceptado una especie de sistema mixto, según "el cual se clasifican los delitos en tres grupos. Aquellos para "los cuales la única pena fijada por la ley es la reclusión, pena "común; aquellos para los que la ley sólo admite la detención, "pena especial; y aquellos, en fin, respecto de los cuales la ley "faculta al juez para elegir entre reclusión y detención. Por lo "tanto, el código penal italiano, en lo que afecta al criterio de "diferenciación, adopta paralelamente dos sistemas diferentes, el "de la aplicación legal y el de la aplicación judicial. Respecto "a los delitos para los que la pena se fija invariablemente por la "ley, ésta se reserva la elección y aplica una de las penas parale- "las según el carácter del delito."

"Pero en los delitos respecto de los cuales se deja al juez la "elección entre dos penas, éste aplica una u otra, según el interés "que presenta el individuo. Es un sistema que no está más que "dibujado. Otro tanto hay que decir del sistema de las penas "paralelas en el código penal alemán. El artículo 20 revela que "en ciertos casos, que deben estar previstos por la ley, el juez "tiene dos penas de prisión a su disposición, y para aplicar la "más rigurosa, hace falta que el sentimiento que inspiró el cri- "men haya sido vil. Pero la ley no admite, ya que a ella corres- "ponde prever y permitir su aplicación, el paralelismo de estas "dos penas alternativas más que en casos que no se extienden "más allá del dominio de los delitos políticos y de algunos delitos

" de funcionarios." (R. Saleilles, "La individualización de la pena", página 306).

" Pero el proyecto de código penal para Alemania contiene " un sistema de penas de prisión que, dado el moderno punto de " vista de atender más al delincuente, a su personalidad, que al " hecho realizado, permitirá a la represión adaptarse mejor a los " diversos matices de los caracteres criminales."

" Un comentarista del proyecto, el doctor Aschroth—escribe " un catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barce- " lona,—alaba que la apreciación del motivo, del sentimiento que " originó el delito, se haya tomado como base para determinar " la clase de pena que debe imponerse."

" Para aquellos delincuentes sin honor que han delinquido " bajo el impulso de un sentimiento vil —dice,—debe existir una " pena de privación de libertad distinta de la que debe imponerse " a los individuos cuyo sentimiento no está viciado. En aquéllos " la pena tiene que formar un carácter, en éstos, no tiene más " misión que hacerles sentir de un modo perceptible la autoridad " de la ley. A aquéllos es preciso someterlos durante largo tiem- " po a una disciplina metódica; para éstos es suficiente una sim- " ple privación de la libertad."

" La pena impuesta a la primera categoría debe denominarse " "reclusión"—"con cuya designación la idea popular une toda- " vía entre nosotros, la carencia de honor".—La pena de la se- " gunda categoría podría designarse "arresto".

" Existe, además, un tercer grupo de acciones punibles que, " sin mostrar un sentimiento desprovisto de honor, son, sin em- " bargo, provenientes de un sentimiento reprensible, y cuando " contienen una grave violación del derecho, debe imponérsele " una privación de libertad. Para estos actos es adecuada una " pena de privación de libertad expresada con la denominación " de prisión." (Citado por Eugenio Cuello Calon, "La reforma " de la legislación penal alemana", página 23).

" El anteproyecto suizo deja al libre arbitrio judicial la de- " terminación de la pena, bien dándole el derecho de optar entre " dos o más géneros de penas, bien otorgándole poder valuador " entre un mínimum y un máximum. Cuando la pena no se de- " signa más que por su género, sus límites, son los que fijan las " disposiciones generales que establecen la duración de las penas " privativas de la libertad. Por eso ha dicho con razón Jiménez

" de Asúa, que el libre arbitrio judicial "es el espíritu vivifica- " dor del anteproyecto suizo". (La unificación del derecho penal " en Suiza, página 330)."

" Si quiere aceptarse en toda su amplitud la doctrina de la " individualización de la pena, que ha sido una de las bases fun- " damentales de nuestra reforma penal, será menester, no sólo " que el código autorice al juez para fijar la cantidad, sino tam- " bién la naturaleza de la pena, dentro de los límites necesaria- " mente señalados por la ley."

" El juez debe tener dos puntos de vista y dos bases muy " diferentes, dice Saleilles: " Debe fijar la duración de la pena, " según la criminalidad activa, tal como ha caracterizado el ac- " to. Esto corresponde a la idea de sanción que subsiste. Y debe " determinar la naturaleza de la pena, según la criminalidad pa- " siva del agente, es decir, según el fondo de su naturaleza; y " esto corresponde a la idea de fin y de individualización de la " pena. Ese grado de criminalidad pasiva se determinará bas- " tante a menudo por la revelación de los motivos y la crimi- " nalidad subjetiva del hecho." (Ob. cit. pág. 326).

" En virtud de los antecedentes expuestos y de los autori- " zados juicios precitados, la Comisión no ha considerado opor- " tuno ni conveniente modificar el sistema de las penas alter- " nativas, aplicado en el Libro segundo del proyecto en revisión, " creyendo que debe mantenerse y experimentarse, para que pue- " da apreciarse su eficacia en el combate contra el crimen."

* * *

204. Las disposiciones del código.—Me ocuparé ahora y en el capítulo siguiente de las disposiciones del código. Deberá tenerse presente que los principios antes consignados se encuentran en la parte general y no se dirigen solamente al homicidio, sino que constituyen reglas aplicables a todo el conjunto represivo

X

El homicidio en el Código

205. El artículo 79 y sus concordancias. — 206. El criterio del código respecto a la penalidad del homicidio. — 207. La concurrencia del dolo. — 208. El homicidio simple en el proyecto de 1891 y los fundamentos oficiales. — 209. Criterio para la aplicación de las penas en el código. — 210. Concepto de persona para precisar el delito de homicidio. — 211. Acción y omisión en la ejecución del delito. — 212. Medios empleados para la comisión. — 213. Causas anteriores que influyen en el hecho. — 214. Causas sobrevivientes. — 215. El dolo determinado e indeterminado. — 216. El artículo 80 y sus concordancias. — 217. Homicidios especialmente calificados y sus penas. — 218. Parricidio y uxoricidio. — 219. El requisito del conocimiento del parentesco. — 220. Agravantes generales y especiales. — 221. La apreciación de las eximentes en el homicidio calificado por su gravedad. — 222. El homicidio calificado por el parentesco y el proyecto de 1891. — 223. El asesinato según la vieja calificación. — 224. Alevosía y ensañamiento. — 225. La premeditación. — 226. Ensañamiento. — 227. Precio. — 228. Promesa remuneratoria. — 229. Sevicias graves. — 230. Impulso de perversidad brutal. — 231. El impulso de perversidad en el proyecto de 1891. — 232. Veneno. — 233. Incendio. — 234. Inundación. — 235. Descarrilamiento. — 236. Explosión. — 237. Cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos. — 238. Los casos comprendidos en el tercer inciso del artículo 80. — 239. La agravación especial si se cometiere más de un homicidio. — 240. La penalidad.

205. El artículo 79 y sus concordancias.—

ARTICULO 79

Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena.

Concordancias. — Código Italiano, artículo 364; Holandés, 287; Húngaro, 279; Alemán, 212; Uruguayo, 317; Belga, 393; Español, 419; Francés, 295; Código de 1886, 96, Ley número 4189, artículo 17, inciso 1.°; Proyecto Peruano de 1916, 123; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Título 1.°, Libro 1.°, § 1, artículo 1.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 196 y 197; Proyecto de 1891, 110; Proyecto de 196, 83.

* * *

206. El criterio del código respecto a la penalidad del homicidio.—Incurre en el delito de homicidio según el código, el que matare a otro. La calificación de injusticia no se coloca y no es necesario hacerlo desde que sólo se pena el delito. Cuando la muerte de una persona por acción de otra no importa un delito, el código no contiene una pena y con eso es suficiente.

La pena para el homicidio es la de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, esto es, la pena para el homicidio sin circunstancias especiales, pues para casos determinados el castigo aumenta o disminuye, como lo veremos después.

Dos novedades se encuentran en el presente artículo con relación a las leyes anteriores. La primera consiste en la penalidad con límites extensos; la segunda en la pena alternativa.

La elasticidad de las penas es uno de los principios que más han proclamado los autores modernos y a él me he referido en diferentes partes del presente estudio.

Antiguamente, cuando se tenía en cuenta el hecho en sí y la persona solamente bajo el punto de vista de su clase o importancia social, la uniformidad del castigo era la regla, en presencia del delito cometido. Las leyes, como lo hemos observado antes, llegaban al detalle y cuando se trataba de castigar las lesiones, por ejemplo, las penas se fijaban teniendo en cuenta el miembro afectado o mutilado y señalando para cada clase de herida un castigo determinado y fijo. Para los delitos más graves, como el homicidio, la pena era también fija, consistiendo generalmente en la de muerte y a veces en los trabajos forzados a perpetuidad. Las diferencias se hacían más que en los castigos en los modos de ejecución.

Pero a medida que los estudios penales fueron demostrando que existen entre los delincuentes diversidades fundamentales, que el grado de peligro social representado por los unos, es distinto del que ofrecen los otros, y que las represiones no pueden ser iguales si se quiere la justicia y la defensa, se fué comprendiendo que las penas fijas, el cartabón idéntico para todos los delitos, era un resabio de barbarie.

De aquí han nacido dos principios jurídicos, hoy axiomáticos: la precisión de señalar castigos con márgenes amplios; y la necesidad de considerar en cada caso el conjunto de las circunstancias, tanto las referentes al individuo, como las que rodean al hecho producido.

Las dos ideas son complementarias desde que, si las penas son fijas, el juez no tiene necesidad de apreciar circunstancia calificativa alguna. Su sentencia se resuelve dentro de un dilema, pues o se absuelve o se condena a la pena única y fija de la ley. En cambio, si las penas tienen un máximum y un mínimum para formar el criterio que ha de llevar a la solución, se requiere apreciar las circunstancias calificativas.

El código, siguiendo los principios más avanzados y más lógicos, se ha pronunciado por las penas elásticas, consignadas ya en el código de 1886 que rectificó el proyecto del doctor Tejedor, donde las penas eran de dos clases, fijas las unas y con máximum y mínimum las otras; y aceptadas en toda su extensión en los proyectos de 1891 y 1906. Pero la ley vigente ha afirmado aquellos criterios y ha ido más lejos que las anteriores leyes y proyectos, aumentando la extensión de los límites establecidos.

Así, el proyecto de 1891, de donde tomó sus disposiciones la ley número 4189, estableció para el homicidio simple la pena de presidio desde diez hasta veinticinco años, mientras que el actual código, ha reducido el mínimum a ocho.

De esta manera los magistrados tienen un amplio margen y pueden llegar a la individualización de la pena.

En derecho civil el lema jurídico impuesto por la tradición de los romanos, dice que la justicia consiste en dar a cada uno

lo que es suyo. En materia penal y con referencia a los castigos, la justicia debe consistir en aplicar a cada delincuente la sanción que le corresponda de acuerdo con el delito y con sus condiciones de peligrosidad.

Para llegar a esos resultados, esto es, a la verdadera justicia social, que es principio y conveniencia al mismo tiempo, es necesario dotar a los magistrados de un instrumento flexible y eficaz. Y tal es lo que ha hecho el nuevo código argentino.

Pero no nos hemos detenido ahí. Las penas en nuestra ley y en todas las leyes se encuentran diferenciadas, aunque afecten en el fondo la misma clase de derechos. Las penas más graves, desechada la de muerte, que es siempre, aun en los países que la admiten, una represión excepcional y aplicable en contados casos, afectan principalmente la libertad personal e imponen el encierro del delincuente.

Pero entre las penas de encierro existen diferencias derivadas de distinciones en el régimen carcelario y en las privaciones accesorias. Hay así penas más graves y menos graves.

Nuestro código, con el propósito de permitir la individualización y de reprimir cada delito como corresponde, ha puesto en la ley penas distintas para la misma infracción con carácter alternativo. El juez debe elegir la que estime más oportuna.

Tal es el sistema conocido con el nombre de penas paralelas, al que se ha aludido en varias partes de este trabajo y al que se refieren los comentarios oficiales.

El proyecto de 1891 no seguía este sistema, pero el de 1906 lo aplicó con referencia a la pena de muerte y a las más severas penas de encierro, dando la opción a los magistrados.

Es indudable que este sistema reposa en la competencia y contracción de los jueces. Estos tendrán no sólo que examinar los casos con toda su atención para apreciar todas las circunstancias, sino que formar criterio propio y bajo su responsabilidad personal en cada emergencia.

Se han formulado observaciones en diferentes oportunidades, sobre todo por los derrotistas, los que no quieren el progreso basados en las dificultades que siempre se presentan para las instituciones nuevas y descontando la falta de aptitudes de los llamados a juzgar. No comparto el pensamiento y confío en la bondad de la nueva ley, la que teóricamente no es atacable y la que prácticamente estimulará a los magistrados, los que serán dignos de la confianza depositada en los mismos por el parlamento.

* * *

207. La concurrencia del dolo.—La generalidad de los autores y de las legislaciones requieren para el homicidio la concurrencia de un factor esencial. Es preciso, dicen, que haya sido voluntario, esto es, que el acto se haya ejecutado intencionalmente. Las acciones casuales pueden tener o no pena según que haya o no concurrido imprudencia en el autor, pero nunca pueden ser consideradas como los delitos ejecutados con intención.

La concurrencia del dolo es indispensable para calificarlo. De manera que el homicidio simple debe ser llamado también homicidio voluntario.

Nuestra ley en esta materia ha adoptado un criterio particular. No se ha embanderado en escuelas, ni ha aceptado tesis determinadas considerando que las discusiones de esa índole son ajenas a un código que tiene ante todo y sobre todo una finalidad de defensa social.

Para que concurra el castigo basta que la ley imponga una pena al que realiza un acto determinado. Si el código dice que quien mata a otro es castigado con determinada pena, con eso basta, desde que, producido el hecho del homicidio el autor debe ser detenido y juzgado de acuerdo con las leyes de procedimiento. Ni siquiera es necesario como lo hacía el código de 1886 conforme en esa parte con los proyectos anteriores y posteriores a su sanción, colocar una disposición general que declare la presunción de intención criminal en todo autor de un hecho u omisión castigado por la ley. La regla es inútil desde que basta decir cuáles son los hechos u omisiones penadas.

Si se ejecuta el hecho castigado o se abstiene el sujeto de la acción que estaba obligado a realizar, se incurre en delito y se cae dentro de la regla genérica que impone el castigo. Pero como la ley contiene excepciones que son las eximentes y como entre ellas se encuentran las que se refieren a la ausencia de voluntad, al examinar la defensa, se discutirán los factores personales.

Tal es el sistema que ha informado en la materia al código vigente.

* * *

208. El homicidio en el proyecto de 1891 y los fundamentos oficiales.—La exposición de motivos del proyecto de 1891 decía respecto al homicidio simple: "El código impone la pena de "muerte al homicidio en la persona del padre madre o hijo, le- "gítimo o natural, o de cualquier otro ascendiente, descendiente "o de su cónyuge, y al que mata por precio, o con alevosía o por "medio de veneno, incendio o descarrilamiento; pero agrega "*siempre que no haya circunstancia atenuante alguna*. Dado, por "otra parte, el sistema de las circunstancias atenuantes, cuyos "defectos quedan ya apuntados, la aplicación de la pena de "muerte cede ante la pena inmediatamente inferior, que, en "realidad, no consta de más de quince años de presidio o peni- "tenciaría, pena que todos los que tienen que aplicar el código "reconocen ser excesivamente leve dada la importancia y grave- "dad del delito porque se aplica y la frecuencia con que éste se "comete."

"Las penas del homicidio y las distinciones sobre este de- "lito fundadas en el número, y no la importancia, de las circuns- "tancias agravantes o atenuantes que concurran, constituyen "un modo de penalidad totalmente despojado de razón y fun- "damento. La importancia de las circunstancias atenuantes o "agravantes varía de tal manera de uno a otro delito, que no "se explica cómo haya podido ajustarse la penalidad del homi- "cidio a una suma de cosas heterogéneas. Ninguno de los códi- "gos que hemos tenido a la vista adopta ese sistema."

"Nuestro artículo 110 consigna una disposición general so- "bre el homicidio, en la cual se comprenden todos los casos no "reprimidos de distinta manera por un precepto especial."

"Se tratará aquí del homicidio doloso, con dolo cierto, o sea "con intención determinada de matar; forma que no requiere "precisamente que haya mediado *premeditación*, concepto que, "de conformidad con el código vigente, no mencionamos como "circunstancia calificativa del homicidio, pero que servirá cuan- "do concurra, para demostrar la intención determinada de "matar."

"Este homicidio, acompañado de la *voluntad de dar* la muer- "te, en el derecho francés se llama *meurtre*. El código francés "contiene en la definición los términos *cometido voluntariamen- "te;* el italiano expresa también el *fin de matar* (*a fine di ucci- "dere*); el holandés, usa la voz *con intención;* el húngaro la pa-

"labra *intencionalmente*, y así los demás códigos concordantes "que prevén la forma del homicidio voluntario."

"Nuestro artículo no consigna en este caso cuál es la vo- "luntad o la intención que debe acompañar al hecho, para no "crear una excepción a la regla observada en toda la articula- "ción de la parte especial, respecto al elemento moral concu- "rrente en la ejecución de un hecho calificado de delito. Para "este caso y para todos los demás rige la regla del artículo 58."

"Fijamos la pena de este delito en presidio de diez a vein- "ticinco años. Consideramos que esta pena es la necesaria para "reprimir el homicidio cometido con voluntad de matar y con "todas las agravaciones que no hayan dado motivo para una "calificación especial en el artículo siguiente. Esta pena, cuyo "mínimum coincide con el máximum de la que el código vigen- "te fija para el homicidio sin circunstancias agravantes, se apli- "cará también a los casos del artículo 96, inciso 1.°, del mismo "código, que se reprimen con presidio de diez años hasta presi- "dio por tiempo indeterminado."

* * *

209. Criterio para la aplicación de las penas en el código.—¿Cuál es el criterio que deberá tenerse en cuenta para la aplicación de la pena, ya que el código fija castigos que pueden ser tan diferentes? Para un mismo delito, para el homicidio simple, en efecto, el juez puede condenar a ocho años de prisión o a veinticinco de reclusión, esto es, a tiempos muy distintos y a penas de diferente clase.

El código de 1886 enumeraba las circunstancias atenuantes y agravantes en la parte general, y en la especial castigaba el homicidio teniendo en cuenta para cada una de sus clases, el número de circunstancias atenuantes y agravantes, la ausencia de unas y otras o la concurrencia de algunas.

La pena para el delito era la del término medio entre el máximum y el mínimum, y desde ese término medio se elevaba o disminuía según las circunstancias.

El juez debía hacer así operaciones de aritmética, después de haber determinado las circunstancias calificativas. Si había ausencia de unas y otras, se limitaba a la aplicación del término medio.

De manera que con ese sistema y no obstante la elasticidad de los castigos, el criterio del magistrado tenía poca influencia y la ley lo ceñía con bastante firmeza. Es claro que del sistema de la pena fija a ese había una gran distancia, como la hay de ese mismo al del código en vigor.

El sistema del código de 1886 fué modificado por la ley número 4189, la cual suprimió en la parte especial la cuestión del número de las circunstancias calificativas y estableció en la general que la pena era la del término medio, debiendo elevarse y disminuirse con arreglo al carácter de las atenuantes y agravantes.

Nuestro código ha cambiado el sistema acentuando la amplitud del arbitrio judicial. Los jueces no deberán, para aplicar las penas, partir del término medio entre el máximum y el mínimum, sino que fijarán la represión según las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso. (Artículo 40). Para esos efectos se tendrán en cuenta las acentuaciones que verifica el artículo 41.

La apreciación de esos factores u otros, ya que la ley no los determina ligando al magistrado, al que le permite toda amplitud, debe ser hecha por el juez, según su propio criterio. La conciencia del magistrado tiene así un gran campo de aplicación.

Con ese sistema se evitan injusticias y se impiden extremos de todo punto inconvenientes. Bajo el dominio de la anterior orientación, un juez se veía muchas veces precisado a absolver, no obstante considerar que el caso exigía una pena, para no aplicar un castigo demasiado violento. Con las instituciones aceptadas, el juez se encuentra armado del instrumento necesario para hacer justicia plena sin que la sentencia tenga que producirse nunca en contra de su convicción. Lo que afirmo no es un simple supuesto. Antes, en más de una oportunidad y sobre todo en ciertos casos de hurto, los jueces dejaban constancia de su opinión contraria a la ley y hasta se han dirigido al Poder Ejecutivo, pidiendo el indulto o la conmutación del reo.

*
* *

210. Concepto de persona para precisar el delito de homicidio.—La mayor parte de las cuestiones a que puede dar lugar el delito de homicidio se encuentran resueltas en las exposiciones oficiales que han sido examinadas. No obstante eso, creo oportuno ocuparme de las mismas.

Desde luego, consistiendo el homicidio en la muerte de una persona por la acción de otra, se pregunta qué es persona y la interrogación cabe si se tienen en cuenta las disposiciones de los antiguos legistas aludidos en una de las notas del doctor Tejedor.

La cuestión entre nosotros se encuentra resuelta en el código civil, el que ha adoptado los principios que hoy no se controvierten en la doctrina.

La persona empieza con el nacimiento, careciendo del carácter de tal, el ser humano que no se ha separado del seno materno, pues carece de vida individual.

La personalidad se adquiere por el nacimiento con vida, no habiendo sido nunca persona el ser que muere antes del nacimiento puesto que no tuvo vida independiente (1).

Nuestro código civil resuelve el punto en los artículos 51, 70, 71, 73, 74 y 75, que dicen:

—Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

—Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

—Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.

—Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida.

—Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido.

—En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

La ley no hace, así, diferencias de edades cuando se produce la muerte de una persona por acción de otra.

(1) Rodolfo Moreno (hijo).—Las personas en el derecho civil comparado. Pág. 47.

El infanticidio, o sea el homicidio de un recién nacido, no se considera un delito especial, sino un homicidio que se castiga con una pena inferior a la ordinaria cuando quienes lo cometen son ciertas personas que han tenido como móvil ocultar la deshonra de la madre.

El delito no es de homicidio, sino de aborto, cuando se refiere a una persona no nacida. En este caso puede ser víctima la madre, o puede también ser autora. Antes del nacimiento, como hemos visto, pueden adquirirse algunos derechos civiles, pero si el ser no nace con vida, se considera que nunca existió.

*
* *

211. Acción y omisión en la ejecución del delito.—Hemos visto ya en una de las notas del doctor Tejedor, que el delito de homicidio, si bien se ejecuta generalmente por acción, puede ser el resultado de una omisión. Así ocurriría en el caso de no llevarse alimentos y dejarse morir de hambre o de sed a una persona a la cual se tenga la obligación de atender.

En la mayor parte de los casos en que la muerte se produzca por omisión, habrá en realidad una acción, siendo contados aquellos en que se presente la omisión sola para la ejecución del delito.

Así un individuo secuestra a otro y mientras lo mantiene en el encierro no le proporciona alimentos. Sin duda alguna la causa de la muerte, si se produce, sería la omisión en el suministro de alimentos pero es indudable que si no hubiera mediado el secuestro o sea la acción y si ella no se mantuviera con el encierro, la consecuencia fatal no tendría lugar.

La omisión sola puede ser causa de la muerte cuando se refiere a un enfermo, a un inválido, cuando se encontrasen las personas en cuestión en un lugar apartado y sin recursos, en los casos, en fin, en que dependiera del agente la proporción de elementos con cuya falta se pudiera producir la muerte.

Se discute también si el hecho de no darse medicinas a un enfermo, teniendo la obligación de hacerlo, podría dar lugar a que se condenase por el delito de homicidio al que no los proporcionó, en caso de fallecer el paciente.

No es posible dar reglas absolutas, ni en este ni en los otros

casos, por cuanto las situaciones pueden ser distintas en los diferentes supuestos. Sería, desde luego, difícil establecer si el enfermo ha muerto a causa de la privación de medicinas y si aun mediando éstas, el fallecimiento se habría producido.

Reglas precisas no se pueden dar hipotéticamente. Será preciso en los casos que se presenten examinar todas las circunstancias para resolver teniendo presente los enunciados generales.

*
* *

212. Medios empleados para la comisión.—La ley no habla de los medios que se pueden usar para la comisión del delito de homicidio y no necesita hacerlo, bastando con que fije la noción.

Los que pueden usarse para causar la muerte de una persona son diversos. Desde luego, se pueden emplear armas que ocasionen lesiones cuya consecuencia sea la muerte. Esas armas pueden ser todas las susceptibles de ocasionar esos efectos, sin distinguirse entre las que tienen por objeto la defensa personal, o sean las armas propiamente dichas, de los otros instrumentos que no se han fabricado con ese propósito, pero que se hayan usado a esos efectos.

Es frecuente también el empleo de veneno, debiendo entenderse en términos generales que cualquier agente que introducido en el organismo por acción de otro, cause la muerte de la persona, hace incurrir a su autor en las penas del homicidio, salvo los casos de exención. De tal manera que la ingestión de cultivos de microbios, la de toxinas o fermentos orgánicos, la de toda substancia que produzca el resultado, caracteriza el delito para el autor. Tampoco la ley hace cuestión de las formas de administración y así una inyección de una substancia inofensiva, como el agua, por ejemplo, que dada en ciertas condiciones puede matar, haría incurrir al autor en el delito si tuvo el propósito y en culpa cuando sólo obró por descuido.

Los medios morales también están comprendidos en la ley que no hace distinciones, como he dicho antes, y que abarca a todos, bastándole que por medio de uno de ellos se haya llegado a la consecuencia. El código, para que no haya al respecto ninguna duda, ha traído un precepto expreso en la parte general, contenido en el artículo 78, según el cual queda comprendido

en el concepto de violencia, el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

Puede también usarse de la fuerza física y de los órganos naturales, sin recurrir a armas para dañar y aun matar a otro.

* * *

213. Causas anteriores que influyen en el hecho.—Es interesante establecer también cuál es la calificación legal que corresponde al caso en que se ocasione la muerte de un sujeto como consecuencia de un ataque llevado a cabo por otro, pero no a causa de la violencia ejercitada, sino por la repercusión que tuvo la misma en el organismo enfermo o debilitado de la víctima.

Numerosas hipótesis de este tipo se podrían presentar. Así, un individuo riñe con otro y en el calor de la discusión lo golpea. El afectado fallece y hecho el reconocimiento del caso se comprueba que tenía una lesión orgánica y que ésta ha hecho crisis por la excitación a que ha sido sometido. ¿Es el agente autor del delito de homicidio?

La materia se relaciona con la doctrina de las causas concurrentes. Estas causas, ajenas al agente, pero propias de la víctima, pueden ser de dos clases: anteriores al hecho o preexistentes, y posteriores o sobrevinientes.

El caso que he planteado al principio se refiere a una causa anterior o preexistente y se presenta todas las veces que la muerte se ha producido, no como consecuencia normal del ataque llevado a cabo sobre la víctima, sino y principalmente por motivos morbosos, funcionales u orgánicos correspondientes a esta última.

Así ocurre cuando el lesionado es un alcoholista, un enfermo, un sujeto débil y siendo la lesión de aquellas que generalmente no ocasionan la muerte, la ha producido por esos motivos orgánicos, que pueden ser congénitos o adquiridos.

El código italiano resuelve expresamente la cuestión en el artículo 367, según el cual cuando la muerte no se hubiese producido sino con el concurso de condiciones preexistentes ignoradas por el culpable, la pena debe disminuirse en la forma que el mismo precepto determina.

Quiere decir entonces que se considera al agente reo del delito, pero se atenúa su responsabilidad, disponiéndose una reducción especial del castigo.

Bajo el sistema de nuestra ley que no hace distinciones, es indudable que el autor del hecho responde de sus consecuencias, debiendo graduarse la penalidad según las circunstancias. Para eso tiene el código los amplios márgenes a que antes me he referido.

Cuando el propósito del agente no fuera el de matar, sino el de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima y se produjera la muerte habiéndose empleado un medio que no debía razonablemente producirla, se aplicará la pena más reducida que la ordinaria, del artículo 81, inciso 1.°, b), del código vigente.

* * *

214. Causas sobrevinientes.—La lesión causada a la víctima puede ser de aquellas que en los casos generales se curan, pero que en el especial que suponemos, produce la muerte por haber concurrido motivos posteriores al hecho que han precipitado la fatal solución.

Así, el lesionado ha sufrido una infección, él mismo ha ingerido alimentos que no le convenían, ha descuidado las prescripciones facultativas, no se ha curado en forma, etc., etc.

Debemos distinguir, desde luego, entre varias clases de causas. Estas pueden ser voluntarias o involuntarias, pudiendo las primeras depender de la víctima, del victimario o de terceros.

Cuando la causa es voluntaria y depende de la víctima que ha querido el resultado inconveniente, sólo a ella sería imputable el acto y no tendría influencia la muerte con relación al acusado. Así, si el lesionado para no afrontar la enfermedad se quitara la vida, el agente no tendría más responsabilidad que la proveniente de las lesiones.

Si la lesión ocasionada fuera de aquellas que por razón del medio empleado no debió ocasionar la muerte, y ésta se produce sin que el agente haya tenido el propósito de causarla, se aplicará la penalidad especial del inciso 1.°, b), del artículo 81.

Si la causa depende del victimario, esto es, si siendo la lesión de aquellas que ordinariamente no producen la muerte, pe-

ro que se requiere para que los efectos no se produzcan asistencia rápida que no ha sido prestada, las consecuencias del hecho recaen sobre el agente que ha ejecutado la acción y que no ha tomado medidas para evitar los resultados.

Si la causa dependiera de un tercero, esto es, si otro fuese el autor voluntario de la agravación causante de la muerte, sobre él recaería la responsabilidad.

Es de tenerse en cuenta para la graduación de la penalidad en cada caso, que las causas posteriores pueden haber sido previstas o no por el autor del delito.

En el código italiano y en el mismo artículo 317 se aplican al caso de causas posteriores, las mismas reglas que para las anteriores, esto es, se declara la responsabilidad del agente, pero se reduce el monto del castigo.

*
* *

215. El dolo determinado e indeterminado.—Bajo el sistema penal clásico en que no se consideraba tanto el hecho en sí mismo, sino tratando de estudiarlo desde su gestación en el cerebro del delincuente, se ha discutido mucho la cuestión del dolo determinado e indeterminado.

Un individuo piensa en la ejecución de un delito de homicidio y elige su víctima; otro sin premeditar el hecho ataca a un contrincante o dispara contra él un arma y ambos consuman su propósito. En los dos casos el dolo es determinado y las acciones han correspondido al pensamiento que se tuvo en vista.

Pero un individuo riñe con otro y dispara contra él, un arma de fuego. El atacado no es lesionado, pero en cambio el proyectil se incrusta en el corazón de un transeunte, el que, como es natural, fallece. ¿Es el agente, reo del delito de homicidio voluntario?

Para los que relacionan el pensamiento con la acción haciendo desenvolvimientos como los que podrían emplearse para interpretar los contratos o demás actos lícitos, podría decirse que en el caso planteado, habría por un lado tentativa de homicidio y por otro homicidio culpable.

Haus (1), expresa, que la culpabilidad supone la inteligencia y la libertad. Entiende por inteligencia la facultad de conocer la ilegalidad de la acción prohibida por la ley. La libertad es externa o interna. La primera es la facultad de querer o no querer, de determinarse espontáneamente. La segunda consiste en el poder de actuar o de no actuar, de hacer o de abstenerse. Faltando esas condiciones la culpabilidad desaparece y el hecho no es imputable al agente.

(1) Principes Généraux du Droit Penal Belge. Páginas 170 y siguientes; números 245, 248, 249, 250, 251 y siguientes.

Para que un acto pueda ser castigado es preciso que haya entrado en las previsiones del autor; si el agente no hubiera podido prever las consecuencias, nos encontraríamos más bien en presencia de un accidente.

Agrega Haus en una nota, que si durante una riña uno de los combatientes resbala y al caer se fractura el cráneo o muere de un ataque de apoplejía o por la ruptura de un aneurisma, el caso debe clasificarse de accidente si no ha habido acción voluntaria ni negligencia por parte de otro sobre la víctima.

El dolo se caracteriza por la resolución de cometer una acción cuya criminalidad se conoce. El agente para ser imputable debe conocer el carácter de la acción aun cuando ignore la pena que deba aplicarse a quien la realice.

El autor citado distingue entre el dolo general o sea la culpabilidad general que es una condición de todo delito, pero que no basta siempre para dar al hecho carácter delictuoso, del dolo especial que consiste en el designio de dañar o de procurarse a sí mismo o a otro ventajas ilícitas.

El agente debe haber querido o previsto el mal a causarse con su acto. Puede haber querido directamente un mal determinado y en ese caso el dolo es determinado; puede haber deseado causar un daño sin localizarlo y en ese caso el dolo es indeterminado o alternativo.

El dolo es indirecto o eventual cuando se tuvo el propósito de realizar una determinada acción y se ejecuta otra de mayor gravedad.

Las referencias al conocido autor belga, muestran el desenvolvimiento que se daba al asunto por parte de los autores, bajo el dominio del sistema clásico.

Entre nosotros la cuestión no se presenta. Producido el hecho, el caso se juzga de conformidad al hecho, estudiándose el sujeto, las circunstancias del suceso y todos los detalles que per-

mitan formar un criterio acertado. Las situaciones personales se investigan al considerar las eximentes que puedan o no corresponder.

*
* *

216. El artículo 80 y sus concordancias.—

ARTICULO 80

Se aplicará reclusión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 (1):

1.° Al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;

2.° Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos;

3.° Al que matare a otro para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible.

Concordancias. — Inciso 1.° Código Húngaro, artículo 280; Alemán, 215; Belga, 395; Chileno, 390; Español, 417; Uruguayo, 319; Proyecto del doctor Tejedor, Parte 3.ª, libro 1.°, Título 1°, § 3, arts. 1.° 2.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 201; Código de 1886, 94, Ley número 4189, 17, inciso 2.°; Proyecto de 1891, 111, inciso 1.°; Proyecto de 1906, 84, inciso 1.°; Proyecto Peruano de 1916, 124.

Inciso 2.°—Código Español, artículo 418; Italiano, 366; Uruguayo, 319 y 320; Chileno, 391; Proyecto del Dr. Tejedor, Parte 2.ª, Libro 1.°, Título 1.°, § 2, artículos 1,2 3 y 4; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 202; Código de 1886, 95, artículo 17, inciso 3.°; Proyecto de 1891, 111, inciso 2.°; Proyecto de 1906, 84, inciso 2.° Proyecto Peruano de 1916, 25, inciso 1.°

Inciso 3.°—Código Francés, artículo 304; Italiano 366, inciso 6.°; Holandés, 288; Alemán, 214; Ley número 4189, 17, inciso 3.° b); Proyecto de 1891, 111, inciso 4.°; Proyecto de 1906, 84, inciso 3.°; Proyecto Peruano de 1916, 125, inciso 2°.

(1) La fe de erratas al Código Penal sancionada por la Cámara de Diputados el 27 de septiembre de 1922, dispone que en el presente artículo se agregue, después de la palabra "perpetua", las palabras "o prisión perpetua". La corrección se ha hecho para colocar en todos los casos las penas alternativas y teniendo en cuenta que no sólo la reclusión perpétua, sino la prisión perpétua se encuentran consignadas en la ley. (Artículos 6 y 9 del Código Penal).

*
* *

217. Homicidios especialmente calificados y sus penas.—Los casos enumerados en el artículo son los de homicidio especialmente calificado en cuanto a su mayor gravedad.

La pena se sujeta al mismo criterio anterior, desde que si bien es la de reclusión perpetua, puede aplicarse la agravación especial que se consigna ordinariamente para ciertos reincidentes (1).

Los casos del artículo son aquellos que se han reprimido generalmente con la pena de muerte y que se sustituye por la reclusión perpetua, que es la más seria de las consignadas en nuestra ley y que puede ser especialmente agravada con la relegación indeterminada.

La pena de reclusión perpetua no es una pena fija, desde que no obstante su carácter, la perpetuidad depende del propio individuo condenado. La buena conducta de éste puede determinar la libertad condicional, de manera que, en rigor es un castigo que se impone por veinte años y después de ese término la cesación ha de depender del propio condenado. La agravación especial de relegación se refiere al lugar de cumplimiento, al régimen que deberá ser fijado por la ley carcelaria y al término, pues para los condenados indeterminadamente, la libertad condicional no procede.

El juez tiene así, no obstante el carácter de la pena, un cierto margen y el penado mismo el suyo, a los efectos de la permanencia o cesación.

Veamos ahora los casos a que se refiere el artículo.

*
* *

218. Parricidio, filicidio y uxoricidio.—El inciso 1.° se refiere al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.

(1) Si se sancionara definitivamente la fe de erratas, podría aplicarse también la pena de prisión perpétua.

Estas clases de homicidio tienen nombres especiales. La muerte del padre o madre se denomina parricidio; la del cónyuge uxoricidio; la de los hermanos, caso no comprendido en el precepto, fratricidio. La denominación general que se les ha aplicado es la de parricidio, sobre todo cuando se trata de los ascendientes. El homicidio de un hijo por sus padres, salvo el caso de infanticidio, se ha llamado filicidio.

Se considera que esta clase de homicidio es la más grave de todas y la que revela en el delincuente mayor perversidad.

En Grecia, en la antigua Roma y en Persia no existían leyes que contuviesen penas para el parricidio. Se consideraba que ese grave delito no podía ser cometido por un hijo contra el padre, y cuando un caso tenía lugar se aplicaban las penas del homicidio y se entendía que el autor no podía ser hijo de la víctima. Se pensaba con ese silencio de la ley que se hacía honor a la naturaleza humana .

Los decemviros fueron los primeros que crearon una pena especial para este delito, la que consistía en encerrar al delincuente en una bolsa junto con un perro, una serpiente, un gallo y un mono para ser arrojado al río, donde perecía ahogado.

Después se instituyeron diversos suplicios terminados siempre con la aplicación de la pena de muerte.

En el código de 1886 se calificaba especialmente el homicidio del padre, madre o hijo legítimo o natural, lo mismo que el de otro ascendiente, descendiente y cónyuge.

El proyecto del doctor Tejedor, con el nombre de parricidio se refería sólo al asesinato de padre o madre, pero en el mismo capítulo calificaba también especialmente al homicidio de ascendientes, descendientes, hermano, padre, madre o hijo adoptivo y cónyuge.

El proyecto de 1891 se refirió a padre, madre o hijo, a cualquier otro ascendiente o descendiente, al cónyuge o al benefactor.

Y la ley número 4189, comprendió al padre, madre, hijo, ascendiente o descendiente y cónyuge.

El proyecto de 1906 habla de ascendiente, descendiente, cónyuge o bienhechor. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria suprimió la calificación para el caso del bienhechor como lo había hecho ya la ley de reformas respecto al proyecto de 1891, omitiendo la palabra benefactor que aquél empleaba.

Los términos ascendiente y descendiente son comprensivos y hacen innecesario hablar de padre, madre o hijo, sin incurrir en una redundancia, como ha ocurrido en otras leyes.

La generalidad de las expresiones ascendiente o descendiente, supone su aplicación a todos los que tengan ese carácter, sean legítimos o naturales. El código de 1886 se refería a unos y otros expresamente, pero en el proyecto de 1891 se suprimieron los calificativos por innecesarios. La ley comprende a todos sin distinciones.

Surge entretanto otra cuestión y es la de saber si los ascendientes y descendientes adulterinos se encuentran o no comprendidos dentro de los preceptos del código.

Si hubiera de raciocinar exclusivamente con mi criterio personal para fijar un criterio legislativo, mi opinión sería definitiva en el sentido de que diferencias artificiales en las familias no pueden influir en el fondo del punto a resolver.

El motivo de la agravante reposa en el vínculo de sangre y éste se presenta lo mismo en el hijo legítimo, que en el natural o el adulterino.

Pero como se trata no de legislar sino de comentar la ley existente, tenemos que tomarla como es y hacernos cargo de las interpretaciones.

El código penal puede observarse que se ha ocupado de la materia que le es propia, y en cuanto a las demás, ha debido admitir el orden jurídico existente, desde que por medio de una ley represiva no se cambian los criterios fundamentales consignados en los otros códigos. De manera que cuando se presentan cuestiones de familia es preciso recurrir al código civil destinado a reglamentar esa clase de relaciones. Hijo o padre, ascendiente o descendiente serían entonces las personas a quienes el derecho existente atribuye ese carácter.

En nuestra ley civil se admite la existencia de parientes legítimos y naturales, pero no de parientes adulterinos. El código civil dice en el artículo 342 que los hijos adulterinos no tienen por las leyes padre, ni madre, ni parientes, estándoles prohibida toda indagación de paternidad o maternidad. No estoy de acuerdo con la doctrina que ha informado esa ley (1) pero en presen-

(1) Rodolfo Moreno (hijo).—"La Filiación". Págs. 252, 253 y 254.

cia de ella, es indudable que no podría en el orden civil investigarse la filiación adulterina.

Otra cosa sucede y no obstante las observaciones de que me hecho cargo, en el órden penal. La prohibición de investigar la filiación adulterina, se funda en el escándalo a que daría lugar en el seno de las familias, la indagación de los hechos relacionados con aquella y en la precisión de amparar las instituciones básicas de la sociedad, poniéndolas a cubierto de todo aquello que pueda conmoverlas.

Pero cuando el escándalo se ha producido y en la peor de las formas, desde que se ha revelado con el crimen, no hay nada que cuidar y existen en cambio motivos poderosos para defender a la sociedad ante el ataque sobrevenido. Para esa defensa y a los fines de su eficacia, es preciso que todos los factores puedan apreciarse. De aquí que, desaparecidos los únicos motivos que detenían la admisión del vínculo, sea preciso tenerlo en cuenta para la aplicación del castigo.

Además, debe tenerse en consideración que en la exposición de motivos del proyecto de 1891, antecedente del código vigente, se dice expresamente que al modificarse los términos del código de 1886, se ha querido que no se tomasen aquellos en el sentido del derecho civil y que se comprendiera a todos los ligados por el vínculo de sangre a que se refiere el artículo.

El Código se ha limitado a los parientes en línea directa y al cónyuge, teniendo en cuenta la estrecha vinculación de sangre, o la vinculación que supone el matrimonio, en el cual los esposos a los efectos del parentesco con los consanguíneos respectivos, se consideran como una sola persona. Ha entendido que las demás vinculaciones no están en la misma condición que esa. Los motivos de afecto que pueden determinar una especial disposición con referencia a ciertas personas, como el benefactor, son difíciles de precisar. Además, teniendo ese criterio, sería preciso extender los casos a los amigos íntimos, a los que hacen vida común y a otras relaciones donde se supone que domina el afecto.

Por lo demás, para graduar la penalidad en general y según el inciso 2.° del artículo 41 los *vínculos personales* deben tenerse especialmente en consideración.

*
* *

219. El requisito del conocimiento del parentesco.—Es esencial para que el homicidio de uno de los parientes señalados en el inciso dé lugar a la aplicación de la pena determinada especialmente, que el hecho se haya producido sabiendo el delincuente en la persona de quién lo ejecutaba.

El motivo de la ley, es la vinculación de sangre, el respeto especial que debe tenerse a causa de esa circunstancia, la tolerancia que se impone entre esas personas y las condiciones que revela el sujeto que se levanta contra todo eso y mata sin tener en cuenta el parentesco. Pero, para que esas razones graviten, es preciso que el autor las conozca y no se detenga ante ellas. Si el individuo ha creído que estaba en presencia de un indiferente cualquiera y procede, la pena que le corresponde es la del homicidio simple y no la especial, puesto que no han concurrido las circunstancias que la determinan.

*
* *

220. Agravantes generales y especiales.—La agravante del inciso, lo mismo que la consignada en los demás del artículo, es una agravante especial que determina la aplicación de una pena distinta a la correspondiente para los casos comunes.

El código tiene a este respecto un sistema muy claro. Para los delitos establece penas elásticas, las que tienen un máximum y un mínimum. Para la fijación de las mismas a los casos concretos que se presenten, deben tenerse en consideración las circunstancias calificativas, atenuantes y agravantes. Estas hacen que la pena descienda, acercándose al mínimum o que se eleve aproximándose al máximum.

Pero además, contiene para ciertos casos, represiones especiales motivadas por la concurrencia de agravantes o atenuantes determinadas que califican especialmente el delito. Las agravantes de que trata el artículo, son de estas últimas.

*
* *

221. La apreciación de las eximentes en el homicidio calificado por su gravedad.—El proyecto del doctor Tejedor decía

que el parricidio no era nunca excusable, lo que significaba que no se podrían alegar los motivos comunes de exención para justificar la absolución del acusado en uno de esos casos.

El código no dice nada al respecto, lo que quiere decir que las reglas comunes de la ley se aplican también en estos casos.

Es indudable, sin embargo, que los jueces con su amplio poder de interpretación y el arbitrio que la ley les confiere para que hagan justicia , deberán, teniendo en cuenta los *vínculos personales,* apreciar las eximentes que se aleguen. (Ver artículo 44, inciso 2.o del Código Penal vigente).

La defensa legítima que entre extraños se justifica fácilmente será seguramente muy difícil de acreditar entre ascendientes y descendientes y aun entre otros parientes no comprendidos en la calificación especial.

Las cuestiones de hecho que se presenten tendrán que ser resueltas teniendo muy en cuenta las obligaciones que imponen ciertos parentescos.

*
* *

222. El homicidio calificado por el parentesco y el proyecto de 1891.—En la exposición de motivos del proyecto de 1891 se decía respecto al homicidio de ciertos parientes: "El artículo 111 " determina los casos de homicidio calificado por el concurso " de ciertas circunstancias especiales de agravación, que causan " en la generalidad de los códigos la aplicación de la pena de " muerte o de las penas perpetuas. El Código fija para estos " casos la pena de muerte o la de presidio por tiempo indeter- " minado, que baja en el último caso del artículo 95 a un míni- " mun de diez años de presidio, por la concurrencia de dos o más " circunstancias atenuantes. Se verá en el artículo siguiente que " que si la naturaleza del hecho lo requiere, nuestro proyecto " permite también reducir la pena a un mínimum mucho me- "nor".

" Volvamos ahora a los casos comprendidos en este artícu- " lo. Es el *primero* el de parricidio previsto en el artículo 94 " del Código Penal. Hemos modificado ligeramente la redacción " en obsequio a una expresión más clara; hemos suprimido los " términos *legítimo o natural,* a fin de que no se tomara este úl-

" timo término en el sentido del derecho civil y no se viera que " la causal de toda agravación pueda ser otra que el vínculo " natural de sangre. Hemos equiparado la muerte de un *benefac-* " *tor* a la de las demás personas comprendidas en el inciso, con- " siderando que los vínculos de la gratitud, pueden ser tan po- " derosos como los de la sangre y que la misma perversidad que " el que mata a su padre demostraría el que matara a quien la " hubiera colmado de beneficios, le hubiera criado, mantenido y " educado paternalmente."

*
* *

223. El asesinato según la vieja calificación.—El inciso 2.° comprende una serie de casos que examinaré por su orden.

Al estudiar el primer inciso hemos visto que la ley califica de una manera especial el homicidio que se ejecuta en personas vinculadas al autor por un determinado parentesco. En el presente, ese lazo no existe, pero se entiende que la gravedad concurre por otras razones. La mayor criminalidad del individuo correlativa de su mayor peligrosidad, se presenta cuando la decisión de cometer el delito persiste por mayor tiempo, cuando el crimen se prepara, cuando se elabora como una operación lícita, cuando en una palabra, la actividad del individuo para el ataque es más intensa, más persistente y más eficaz.

Las calificaciones especiales del inciso que caracterizaban el homicidio como asesinato, según antiguas denominaciones son: 1.° Alevosía o ensañamiento; 2.° Precio; 3.° Promesa remuneratoria; 4.° Sevicias graves; 5.° Impulso de perversidad brutal; 6.° Veneno; 7.° Incendio; 8.° Inundación; 9.° Descarrilamiento; 10, Explosión; y 11, Cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.

En el homicidio simple la acción es circunstancial, el impulso sobreviene, no es contenido a tiempo y el atentado se produce aparejando muchas veces tardíos arrepentimientos. El acto es generalmente el resultado de un movimiento primo, mientras que en estos casos especialmente calificados, concurre o un pensamiento criminal persistente que prepara el crimen o una insistencia en el mal, una vez comenzada la acción. El contralor existente en la generalidad de los individuos no concurre y los sen-

timientos altruistas no se presentan. El interés o el odio, enervan la compasión y la generosidad.

*
* *

224. Alevosía y ensañamiento.—El doctor Tejedor en su proyecto, como lo hemos visto antes, distinguía entre alevosía y ensañamiento. La primera consistía en dar una muerte segura fuera de riña o pelea, de improviso y con cautela tomando desprevenida a la víctima. La segunda tenía lugar cuando se aumentaba deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se refiere en el artículo 202 a la alevosía sin definirla por separado al ensañamiento, diciendo que concurre cuando se aumenta deliberada, inhumana e innecesariamente para el delito, la aflicción de la víctima.

Pero el concepto de alevosía se fija en el inciso 4.° del artículo 97 donde se dice enumerando esa agravante que consiste en la agresión segura sin peligro para el agresor. También en ese artículo y en los incisos 2.° y 3.° respectivamente se definen la perfidia y la traición; la primera consistente en cometer el delito con engaño o sirviéndose de las relaciones de parentesco, gratitud o amistad; y la segunda en aprovecharse del descuido de la víctima.

El código de 1886 se refirió en el artículo 95, inciso 1.° a la alevosía sin definirla, pero al tratar de las agravantes en general dió el concepto diciendo que aquella concurría cuando se obraba a traición o sin peligro para el agresor. (Artículo 84, inciso 3.°). De manera que se comprendía en el concepto alevosía, la alevosía y la traición del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

El ensañamiento no se definía, pero el inciso 3.° del artículo 84 consideraba agravante el hecho de aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución.

La ley número 4189 suprimió la definición de alevosía por el sub-inciso b), inciso 3.°, artículo 17, y en el sub-inciso a) del mismo artículo, calificando ciertos homicidios se refirió a la alevosía o ensañamiento. Esa modificación fué hecha a base del proyecto de 1891 que establecía lo mismo y fué seguido el sistema en el de 1906, de donde los términos pasaron al código vigente.

La definición tradicional en materia de alevosía es la que contienen las Partidas. En ese viejo código se dice que la traición es la cosa peor y más vil que puede caber en corazón de hombre, *et traycion tanto quiere decir como traer un home a otro so semejanza de bien a mal: et es maldat que tira así la lealtad del corazón del home.*

La alevosía se caracteriza por el empleo de maniobras tendientes a realizar el crimen sin peligro para el autor. Debe en consecuencia emplearse la astucia, el engaño, la celada, la traición o cualesquier otro procedimiento que conduzca a esa finalidad.

Para que esa circunstancia pueda ser tenida en cuenta a los efectos de la calificación del homicidio, es necesario que el delincuente haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma. Un individuo puede, en efecto, cometer un homicidio sin haber corrido peligro alguno, pero si él no buscó la circunstancia especial y si no la conocía, no podría serle cargada a su haber.

*
* *

225. La premeditación.—En algunos códigos se coloca como factor calificativo el de la premeditación y cuando las circunstancias se discuten se confunde muchas veces esta última con la alevosía.

Conviene en consecuencia dilucidar el punto, tanto más cuanto que el Código Penal vigente no se refiere a la premeditación la que no fué considerada circunstancia especial en el código de 1886 ni fué admitida en los proyectos de 1891 y 1906.

El concepto de premeditación contenido en el código de 1886 como agravante ganeral, (inciso 4.° del artículo 84), se encontraba desarrollado en el proyecto de Tejedor, como antes hemos visto. Allí el homicidio premeditado era asesinato y el autor de la ley en la nota explicativa del artículo que antes he transcripto fijaba bien el concepto.

Por premeditación se entiende el designio formado de antemano para la ejecución del acto. La premeditación supone un plan pensado con tiempo y ejecutado en el momento oportuno.

Desde luego el factor premeditación considerado como pen-

samiento formado de antemano existe en todos los delitos desde que la resolución mental precede a la acción. Pero lo que caracteriza ese factor es la deliberación fría, la meditación tranquila acerca del acto que se va a ejecutar.

Basta enunciar el concepto para percibir las dificultades en los casos en los cuales se supone la concurrencia. Si el individuo no ha exteriorizado el designio criminal y éste no se manifiesta sino con el crimen mismo, es imposible descubrir la existencia de aquel factor. Este solo se pone de manifiesto cuando se exteriorizan actos vinculados al crimen realizado después y que demuestran la consumación de un plan urdido de antemano.

Pero dos dificultades se presentan para el que deba apreciar la concurrencia o la ausencia del factor. En primer lugar los actos reveladores de la existencia de un propósito criminal consumado pueden poner de manifiesto ese designio o no servir para proporcionar esa prueba, según como se consideren. Así la compra del arma que sirvió para el crimen, ¿revela que se quiso cometer el delito o no? Bajo ciertos puntos de vista debe sacarse esa consecuencia del hecho de la adquisición, pero, ¿no sería posible el error y ser la coincidencia aparente y no real? Siempre que se trata de levantar conclusiones a base de supuestos estados de ánimo las dificultades abundan.

Además, ¿cuánto tiempo debe transcurrir entre la resolución descubierta o confesada y el acto, para que exista premeditación?

Si el pensamiento es siempre anterior al hecho, y si la premeditación se caracteriza por cierta anticipación, ¿cómo se fija esta? ¿Y cómo podría saberse en presencia de hechos extremos contradictorios, si el pensamiento se tuvo, se desistió después del mismo y se volvió a insistir? ¿Qué término, en una palabra, se requiere de persistencia en la resolución delictuosa antes de la acción que consuma el crimen?

Algunas leyes han hablado de 24 horas, la mayor parte han guardado silencio y las discusiones se han multiplicado.

Entre tanto, ¿por qué se vincula la premeditación a la alevosía? Se dice, que si la alevosía se caracteriza por un cálculo hecho por el delincuente que busca la falta de peligro para actuar y que planea su crimen en esas condiciones, es evidente que debe pensarlo deliberar y resolverlo. El argumento es exacto y

en la mayoría de los hechos, cuando concurre alevosía existe premeditación. No obstante eso, pueden presentarse algunos en que la alevosía sea manifiesta y en que la premeditación no haya concurrido. Supongamos el caso de un sujeto que odia a otro, pero al mismo tiempo le teme. De pronto encuentra a su enemigo que está durmiendo tranquilamente. Ante esa situación, su hostilidad se despierta y teniendo en cuenta la ausencia de peligro procede y le da muerte. El crimen es alevoso y no puede según las nociones clásicas considerarse premeditado, porque no medió entre la resolución y la acción un discreto lapso de tiempo.

Nuestro código ha marchado con bases menos deleznables que todas aquellas tan discutidas entre los autores antiguos y ha dado a los jueces amplios márgenes para la aplicación de la ley. El factor premeditación se ha desechado como elemento de calificación especial para el homicidio, pero se han incluído en tal carácter todas las circunstancias que revelan por medio de hechos un pensamiento criminal o una resolución atentatoria ejecutada después.

* * *

226. Ensañamiento.—Conocemos la noción dada por el doctor Tejedor en su proyecto de código y en la nota correspondiente. El concepto concuerda con el que se tiene generalmente acerca de esa agravante especial. Se revela el ensañamiento cuando se expone a la víctima del crimen a sufrimientos innecesarios, cuando el delincuente con el propósito de inferirle padecimientos prolonga su agonía y la martiriza. El ensañamiento nos recuerda una institución procesal: la del tormento que se empleaba en otros tiempos como un recurso ordinario del procedimiento criminal.

La crueldad excesiva e innecesaria revela persistencia del instinto criminal y peligrosidad mayor en el sujeto. Es por eso lógico que el crimen caracterizado con la concurrencia de tal agravante, tenga una pena especial.

* * *

227. Precio. — El homicidio cometido por precio implica la necesidad de la participación criminal. Para que se produzca es preciso que actúen por lo menos dos personas: un mandante que paga el precio y un mandatario que ejecuta el acto mediante el mismo.

Los dos partícipes se consideran autores de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 del código vigente.

El proyecto del doctor Tejedor calificaba también de asesinato al homicidio cometido por precio. En la nota explicativa del precepto se refería a las Partidas y a varias legislaciones concordantes.

El código de 1886, la ley número 4189 y los proyectos de 1891 y 1906, lo mismo que el proyecto Villegas, Ugarriza y García, calificaban especialmente como lo hace el código vigente, al homicidio por precio.

De los partícipes que intervienen en el hecho, uno contribuye con su orden, su fuerza moral diremos y el otro con la fuerza material. El segundo es determinado por el beneficio; el primero pretendiendo ocultarse y liberarse de responsabilidad es el interesado en el crimen que se ejecuta.

El homicidio por precio supone el mandato o sea el contrato ilícito. Al tratar de la participación criminal nos hemos ocupado de las diferentes modalidades que pueden ofrecer los convenios verificados con el objeto de cometer delitos , los que se pueden realizar gratuita u onerosamente.

El código no califica todo homicidio ejecutado en virtud de un mandato de una manera especial, reservando la sanción más grave para los casos de precio y promesa remuneratoria. En los demás casos, si no concurren otros factores calificativos, el mandato no implica una circunstancia especial que determine la inclusión del hecho en la categoría de mayor gravedad.

El homicidio por precio produce una gran alarma social, desde que si ese medio de acción se difunde, nadie se encuentra seguro de la propia vida. Revela la existencia de un sujeto de tan poco sentido moral que se presta por interés a quitar la vida a un semejante y pone de manifiesto la existencia de un verdadero peligro. Además revela una persona que deseando producir efectos criminales, toma precauciones, y usa como instrumento a otro aunque representa la verdadera acción en el crimen.

Como la ley castiga especialmente el homicidio por precio y como, tanto el que paga como el que es pagado incurren en el delito así calificado, la agravante se extiende a ambos. Las circunstancias que no se comunican son las personales a cada sujeto, según lo establece el artículo 48.

Generalmente el homicidio por precio supone la premeditación, pues se necesita la resolución del instigador, el ofrecimiento al ejecutor, la aceptación por parte de éste y la acción material.

Por parte del instigador, del mandante puede existir alevosía si tuvo en vista su falta de peligro personal para encargar a otro de la actuación. Pero para la aplicación de la pena basta la concurrencia del factor precio como determinante del crimen.

En algunos casos el homicidio por precio podría ejecutarse sin premeditación. El caso sería raro, pero puede suponerse. Tal sucedería si un sujeto encontrándose en presencia de otro, ofreciera a un tercero una suma para que lo matase. La exteriorización del mandato, sería, si se cumpliese casi simultánea con la ejecución.

* * *

228. Promesa remuneratoria.—Esta agravante especial tiene las mismas características que la anterior. Se trataba antes del precio; ahora de la promesa de remuneración. Lo primero supone el pago de una suma convenida; lo segundo una recompensa posterior.

En ambos casos lo que domina es el interés del ejecutor y la conveniencia o la pasión del otro autor. Existiría promesa remuneratoria, por ejemplo, cuando un individuo para heredar a otro o para cobrar un seguro ofreciese a un ejecutor material, una parte de su beneficio en expectativa para cuando lo recibiese como consecuencia del crimen.

Las formas pueden ser las más diversas, y sólo los casos que se presentan las ponen en evidencia.

* * *

229. Sevicias graves.—El término sevicia significa crueldad excesiva. En nuestra ley civil es una causa para fundar el divorcio (artículo 67, inciso 4.° del código respectivo) y se entiende que comprende los malos tratamientos materiales (1).

Crivellari (2), expresa, que concurre sevicia cuando el homicida al dar muerte a la víctima usa una particular crueldad sobre la misma gustando mejor de su venganza y gozando de la agonía del adversario. El culpable no sólo ha querido matar, sino hacer sufrir, poniendo así de manifiesto una mayor ferocidad.

Groizard (3), cuando habla de ensañamiento atribuye a esa palabra que encierra una circunstancia calificativa, un alcance análogo al de sevicias graves.

El código italiano emplea esta última expresión y no habla de ensañamiento y en cambio el código español se refiere a esta última circunstancia y no a la anterior.

Sevicias graves significa malos y crueles tratamientos; ensañamiento quiere decir la aplicación de tormentos tendientes a hacer sufrir a la víctima. Ambas clases de actos suponen crueldad y revelan en el autor a un sujeto peligroso particularmente

Las sevicias graves pueden existir aunque el propósito no sea el de atormentar o hacer sufrir especialmente. Así, un individuo castiga a otro, cosa que ocurre con desgraciada frecuencia en relación a menores que prestan determinados servicios, y como consecuencia de estos castigos materiales, ya sean flagelaciones u otros, el menor fallece. El caso sería de homicidio con sevicias graves, aunque no haya mediado el ensañamiento.

* * *

230. Impulso de perversidad brutal.—Esta circunstancia que se encuentra en los proyectos de 1891 y 1906, se halla también en el código de Italia y a ella se refiere Groizard diciendo que el código español no hubiera perdido nada dándole entrada (1).

(1) José O. Machado.—Exposición y comentario del Código Civil argentino. Tomo I, pág. 376.
(2) G. Crivellari.—Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo 7.°, pág. 740.
(3) El Código Español de 1870. Tomo IV, pág. 396.
(1) Obra citada. Pág. 397, Tomo IV.

La perversidad brutal supone que el homicidio se comete sin causa, sin que medie un interés o una pasión y concurriendo tan sólo un instinto bestial que ha empujado al agente. La ley quiere castigar especialmente esos homicidios inexplicables que se ejecutan en ciertos casos y que muestran la presencia de sujetos que son verdaderas fieras en libertad.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 se ha referido a esa circunstancia especial diciendo que se ha tomado del código italiano y que encierra tanta gravedad como la de ensañamiento.

Los positivistas al clasificar a los delincuentes se han ocupado particularmente de los individuos que delinquen sin causa y han entendido que esos sujetos son los más peligrosos, pues revelan tendencias criminales contra las que debe precaverse la sociedad. Los delincuentes llamados natos dentro de esas doctrinas, suelen proceder de esa manera, manifestando ausencia de sentido moral.

Crivellari, estudiando la causal, hace presente que algunos autores la rechazan, entendiendo, como Carrara, que la prueba de la ausencia de causa y del impulso brutal es difícil y agregando que en caso de duda la agravante no se rebe computar. Recuerda, asimismo, que Carmigniani considera inconveniente la admisión de esa agravante específica.

Entiendo que la demostración de la ausencia de causa y de la perversidad brutal como motivo determinante del crimen, resulta del hecho mismo. En el comentario que se hace ante el homicidio realizado, el espectador sin nociones jurídicas, califica los hechos y generalmente los acentúa con acierto. ¿Cómo van entonces a equivocarse los magistrados que tienen elementos de juicio, ilustración general y conocimiento de la ley? Las causas del crimen son lo primero que salta a la vista. La personalidad del autor se pone en evidencia con sólo examinar al sujeto y la mayor o menor perversidad en la acción, surge con la sola observación.

Los tribunales se encuentran entonces en condiciones de apreciar y decidir con justicia.

* * *

231. El impulso de perversidad en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 dice respecto al inciso en estudio y en la exposición de motivos que se ha agregado: 1.° La forma de homicidio por sólo impulso de perversidad brutal sacada del código italiano y como análoga en gravedad al ensañamiento; y 2.° La forma de inundación o explosión como análogas por el peligro a que exponen, a las de descarrilamiento o incendio. Además se ha agregado, dice, una fórmula general que comprende cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.

* * *

232. Veneno.—El código se refiere ahora a la mayor gravedad del homicidio por la clase de medios usados para consumarlo. Las circunstancias anteriores, se referían a la vinculación de parentesco entre víctima y victimario o a particularidades en la gestación del delito o en la acción misma; ésta tiene en cuenta el instrumento a que se recurre para ejecutarlo.

El doctor Tejedor calificaba de asesinato el homicidio cometido por medio de veneno y en la nota correspondiente invocaba la legislación comparada y especialmente el código de Baviera.

El empleo de veneno calificaba particularmente el homicidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García y en el código de 1886. La ley número 4189 suprimió esa circunstancia siguiendo al proyecto de 1891, el que se fundó para eliminarla en lo establecido por los códigos holandés, húngaro, alemán, de Zurich y del Tesino. La exposición de motivos que invoca esas fuentes, se refiere también a la ley inglesa y dice que el empleo de veneno para cometer el homicidio no implica necesariamente la alevosía y la premeditación, como se ha sostenido muchas veces desde que puede ser suministrado en un estado de excitación o irreflexión. Prefirió, por eso, que fuera la alevosía y no el uso del tóxico lo que caracterizase al homicidio para la agravación especial de la pena.

El proyecto de 1906 mantuvo la circunstancia, la que se dejó también por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

Se considera que entre todos los medios insidiosos que pueden usarse para dar la muerte, el más vil y el más terrible es el

veneno (1). Supone en quien lo usa y salvo casos contados de excepción, designio formado de antemano; ocultación de la intención dolosa; cálculo sobre los resultados; perspectivas de impunidad; y actuación sobre la víctima indefensa e inadvertida.

Revela, por consiguiente, fría perversidad y pone de manifiesto un ser particularmente peligroso.

Los adelantos de la ciencia han quitado la eficacia que antes tenía este medio de eliminación, pues hoy es fácil descubrir la ingestión de substancias tóxicas y los facultativos no se engañan entre la muerte producida naturalmente y la ocasionada por la absorción de venenos. Por eso seguramente los homicidios de esta clase, tan en boga en otros tiempos y sobre todo entre ciertas personas, se han abandonado hoy, ante lo improbable de la impunidad.

Para que el homicidio por este medio exista se requiere: el veneno, la suministración del mismo y que la causa de la muerte derive de la absorción de aquél.

Veneno es toda substancia capaz de perjudicar la salud de una persona hasta el punto de causar la muerte. Para el derecho penal no son necesarias en esta materia distinciones de tipo eminentemente científico. Basta que la substancia tenga esos caracteres y produzca tales resultados para que deba considerarse veneno. De aquí que sean tales los productos vegetales, animales o minerales. Lo mismo sería veneno, una sal, que un alcaloide o que una ptomaina. Y lo mismo tendría ese carácter un cultivo de microbios que produjera una enfermedad a consecuencia de la cual falleciese la víctima. El concepto debe tomarse en sentido amplio.

El veneno puede matar violenta o lentamente; puede requerir administraciones sucesivas o producir sus resultados de inmediato; puede intoxicar o enfermar, aun de una dolencia ordinaria .En todos los casos debe considerarse jurídicamente que concurre el factor especial desde que el propósito de la ley, es incriminar particularmente la administración de substancias por medio de las cuales se ocasiona la muerte. La forma en que ésta tenga lugar es cosa que no influye para cambiar el concepto.

(1) Crivellari.—Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo 7.°, pág. 786.—Groizard.—El Código Español de 1870. Tomo 4.°, pág. 878.—Carrara-Programma.—Parte Speciale. Tomo 1.°, pág. 247, números 1171 y siguientes.

Desde que el veneno para que produzca efectos debe ser suministrado, es evidente la necesidad de que concurra esa circunstancia. Es, además, preciso que la ingestión se verifique por obra del autor del crimen, quien puede valerse de medios diversos.

Si el veneno se tomara por la víctima sin acción extraña no habría homicidio, sino suicidio o efectos casuales. Ahora el delincuente puede o bien propinar el tóxico o bien hacer que la víctima lo tome sin saberlo, lo que ocurriría por ejemplo si lo colocara en el frasco que aquélla tiene con un remedio de que acostumbra a hacer uso. Pero todo lo que se refiera a medios se relacionaría con el caso particular, siendo lo que interesa establecer en general, que se requiere la administración del veneno a la víctima para que el delito agravado se presente.

Se discute si en estos casos existe siempre la insidia o si puede no concurrir.

Carrara define (1) esta clase de homicidio como la muerte de un hombre operada mediante veneno que le ha sido dolosa y ocultamente propinada .

Más adelante y comentando la opinión del profesor Ziliotto, dice que el criminalista al dar la definición del homicidio por veneno, no puede prescindir de la idea de la insidia (2).

Pessina, citado por Crivellari, entiende que la insidia no concurre siempre en los casos de envenenamiento, pero cree que la calificación especial procede desde que el delincuente al actuar por ese medio quiere asegurar en mayor medida la consumación del crimen. Además, demuestra sin duda una perversidad mayor.

Por mi parte, encuentro que no es necesario para caracterizar el delito, la concurrencia de un factor especialmente insidioso. Nuestro código castiga sobre todo con un propósito de defensa social y al decir que el homicidio cometido por medio de veneno tiene una pena más grave que el homicidio común es porque ha considerado que ese hecho impone la precisión de tomar medidas de defensa más serias y eficaces.

Hemos observado ya que se requiere para la existencia de ese crimen especial, que se use el veneno y que se propine a la víctima. Y hemos dicho también que se necesita la concurrencia

(1) Programma.—Parte Speciale. Tomo I, pág. 247. número 1171.
(2) Programma.—Parte Speciale. Tomo I, pág. 211. Nota al número 1172.

de un tercer factor o sea que se produzca la muerte de la víctima como consecuencia de la absorción de la sustancia extraña. Si el fallecimiento no se produce y la maniobra se descubre, existirá tentativa.

En algunos casos la propinación del veneno es seguida de la muerte. Esto sucede cuando se ha suministrado un tóxico violento. En otros, la ingestión se verifica por dosis para que los efectos se produzcan gradualmente, aun cuando la finalidad sea la misma. Desde que a nosotros no nos interesa estudiar todos los procesos mentales que se hayan desenvuelto en el cerebro del autor, sino comprobar los hechos, no tenemos para qué discutir acerca de cuando empieza y cuando termina el delito. Tampoco procede establecer si en caso de diversas propinaciones de veneno el delito o es no continuado desde que el crimen está en el homicidio y éste no se puede consumar más de una vez sobre una misma persona.

En los casos que puedan presentarse, la apreciación es sencilla. Si la muerte se ha producido hay homicidio y esto es lo esencial; si el fallecimiento no ha tenido lugar, a pesar de haberse propinado el veneno, el caso sería de tentativa.

Se discute también si el homicidio por medio de veneno va necesariamente unido a la premeditación. En mi concepto, casi siempre los dos factores calificativos van unidos, desde que en el homicidio por medio de veneno, el autor prepara el crimen, adquiere los medios para consumarlo y lo ejecuta conforme a un plan. Pero reconozco que es posible la ejecución de un crimen de esa clase, sin que haya mediado la circunstancia de la premeditación. Así el individuo que estando en un laboratorio donde tuviese tóxicos al alcance de la mano, resolviese súbitamente matar a otro y le diera en el momento el veneno para que ingiriese, no habría realizado un crimen premeditado, no obstante haber usado el tóxico como vehículo.

Pero esta cuestión tampoco tiene para nuestra ley importancia mayor, porque dentro de ella la premeditación no es una circunstancia especial calificativa y sí lo es, el empleo de veneno para consumar el homicidio.

233. Incendio.—El homicidio se considera especialmente agravado cuando se ha usado del incendio para ejecutarlo. La circunstancia de agravación especial se encuentra en las leyes y proyectos nacionales anteriores al código en vigor. Se apoya la misma en el peligro que representa ese medio, en la alarma que ocasiona y en los daños que causa.

El incendio en sí es un delito que se castiga especialmente, no sólo por el daño a la propiedad ajena, sino por la alarma que produce y el peligro que representa, aun cuando se ejecute en la cosa propia y no se tenga en vista un perjuicio a tercero. Pero aquí se castiga el incendio como medio para cometer un delito más grave o sea el homicidio.

Para que el homicidio cometido por este medio sea objeto de la calificación especial, es necesario que se haya usado el incendio como instrumento destinado a consumarlo. Puede suceder que un individuo resuelva incendiar una propiedad ajena para dañar a su dueño o la propiedad de su pertenencia para defraudar a un asegurador o la propiedad suya sin finalidad alguna y que en cualquiera de estos casos se produzca la muerte de un hombre. Si ocurriere una de estas eventualidades, la pena tendría que buscarse en el título sobre incendios y no en el presente, pues es distinto el caso del fuego usado como medio para consumar el homicidio, a la muerte producida como consecuencia de aquel, pero sin haberse pensado producirla.

* * *

234. Inundación.—Las consideraciones que he hecho anteriormente para el homicidio ejecutado por medio de incendio, caben para este otro procedimiento especial. Se requiere que el fin de la inundación sea el crimen, la muerte de una persona. Si el homicidio, es efecto de la inundación producida por acción personal y no la causa que provocó el fenómeno, las penas serían las señaladas para los estragos o para las muertes ocasionadas como consecuencia del hecho.

Las causas por las cuales se califica especialmente el homicidio cometido por este medio, son las mismas que gravitan para sostener igual solución en el caso del incendio.

* * *

235. Descarrilamiento. — Basta enunciar la palabra y percibir la gravedad que tendrá el empleo de medio semejante para justificar la disposición del código.

Las consideraciones que se han hecho antes y que no hay objeto en repetir, rigen respecto a esta circunstancia.

* * *

236. Explosión.—Este medio suscita gran alarma, pone o puede poner en peligro, vidas y bienes, revela en el delincuente mayor perversidad y preocupación por la eficacia en la consumación del crimen.

Se pueden repetir al respecto las anteriores consideraciones y debe tenerse en cuenta que en todos estos casos, el designio formado de antemano, es la regla. Es cierto que en éste y los demás, especialmente enumerados, puede ocurrir que la resolución sea repentina, lo que es posible en supuestos muy raros, pero es indudable que en general se necesita para matar por todos estos medios, una preparación, un plan y una ejecución de antemano elaborada.

* * *

237. Cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.—El código no ha querido limitar la enumeración y para comprender todos los casos posibles análogos a los anteriores ha terminado el inciso refiriéndose a cualquier medio capaz de causar grandes estragos.

Así el que para cometer un homicidio provocara un naufragio, el que destruyera un puente o un camino por donde debiera pasar la víctima, el que hiciera precipitar un alud de nieve, el que usara gases venenosos, el que provocara la caída de un edificio o el derrumbe de instalaciones, el que usara en fin cualquier medio dentro del concepto del código capaz de causar grandes estragos, cae dentro de la disposición.

* * *

238. Los casos comprendidos en el tercer inciso del artículo 80.—Nos resta estudiar ahora el inciso 3.° del artículo. La previsión contenida en el mismo no se encontraba en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García. Tampoco se contenía en el código de 1886, pero se introdujo en el mismo por la ley de reformas número 4189, la que tomó el precepto del proyecto de 1891, el que el de 1906 lo mantuvo a su vez incorporándose al código en virtud de esos antecedentes.

En la exposición de motivos del proyecto de 1891 se decía simplemente que el inciso introducía una previsión especial no contenida en el código y en las concordancias puestas al pie del artículo se invoca lo dispuesto en los códigos francés, italiano, holandés y alemán.

El inciso plantea varios supuestos: 1.° el homicidio ejecutado para preparar, facilitar o consumar otro delito. Se supone en este caso que el homicidio es un hecho previo que se realiza en vista del otro delito a cometerse; 2.° el homicidio ejecutado para ocultar otro delito, lo que supone el crimen posterior, desde que el objeto es la ocultación de un delito cometido antes; 3.° el homicidio para asegurar los resultados de otro delito, lo que significa que ese otro delito se cometió anteriormente; 4.° el homicidio realizado para asegurar la impunidad para sí o para sus cooperadores; y 5.° el homicidio cometido por no haberse obtenido el resultado propuesto al intentar el otro hecho punible.

Esos casos pueden reducirse en realidad a dos: el homicidio cometido como condición de otro delito a realizarse y el homicidio consumado después de ejecutado el otro delito. En el primer caso el homicidio es antecedente; en el segundo, consecuencia.

Las condiciones que deben presentarse para la concurrencia de la agravante especial son en el primer caso: a) el homicidio; y b) el fin particular del mismo consistente en preparar, facilitar o consumar otro delito. La vinculación entre los dos delitos es indispensable para la particular calificación, siendo preciso que el uno sea la causa o el motivo del otro. De lo contrario ambos se consideran como hechos aislados y si se deben juzgar juntos se aplican las reglas correspondientes al concurso y no las penas consignadas en el presente artículo.

Los motivos por los cuales la ley incrimina especialmente en este caso, no necesitan mayor explicación. La peligrosidad del sujeto que persiste, que se empeña en el crimen, que vincula unos delitos con otros, que no se detiene ante sus consecuencias, es indudablemente mayor que la de aquel que sólo en un momento y por medio de un hecho, ha acreditado sus tendencias antisociales.

Al decir el código que se castiga especialmente al que mata para ocultar otro delito, ¿requiere que ese otro delito sea de una clase distinta al de homicidio, o comprende a éste también? En mi concepto lo que se castiga particularmente es la insistencia en la actividad criminal y ésta se manifiesta con cualquier delito. Por lo demás el código no hace distinciones.

En el segundo caso se requiere el homicidio ejecutado con posterioridad al otro delito y con alguno de los objetos señalados en el inciso. La condición esencial es también la vinculación, pues de lo contrario los hechos punibles aislados se juzgan aplicando las reglas establecidas para el concurso de delitos.

* * *

239. La agravación especial si se cometiere más de un homicidio.—El proyecto de 1891, de acuerdo con el artículo 280 del código húngaro, comprendía en el inciso 3.° del artículo 111, concordante con el que hemos estudiado, el caso del que matare a la vez dos o más personas. El proyecto de 1906 no repitió la disposición en esta parte y el código en vigencia tampoco la incorporó en el presente título.

El precepto existe, sin embargo, y con mayor generalidad en el último apartado del artículo 52.

* * *

240. La penalidad.—La pena establecida por el código para todos los casos examinados es la de reclusión perpetua, pudiendo aplicarse la reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del sud. Los jueces tienen así la opción entre las dos penas más graves del código: la reclusión perpetua que debe durar veinte años en el mejor de los casos, en virtud de

la libertad condicional posible después de cumplido ese tiempo de pena, y la reclusión por tiempo indeterminado que es el castigo más serio no sólo, porque no tiene término ni libertad dentro del orden legal y fuera del indulto, sino por el lugar donde debe cumplirse y el severo régimen a que deberán someterse esos condenados.

Debo hacer presente una vez más que si se sanciona la fe de erratas, los tribunales podrán aplicar también la pena de prisión perpetua.

XI

El homicidio en el Código

(Continuación)

241. Circunstancias especiales qpe determinan la disminución de la penalidad. — 242. El artículo 81 y sus concordancias. — 243. Los casos que comprende el precepto y los antecedentes. — 244. Las disposiciones semejantes del código de 1886. — 245. Las reformas del senado sobre el proyecto de la cámara de diputados y sus fundamentos. — 246. El homicidio provocado en la antigua ley y en la vigente. — 247. El homicidio en los casos especiales de ataque a la honestidad, en los antecedentes y en la ley. — 248. Homicidio con dolo indeterminado. — 249. El punto en los antecedentes y en la ley de reformas. — 250. Alcance de la disposición. — 251. Del infanticidio. el delito en el proyecto tejedor. — 252. El infanticidio en el proyecto de los doctores villegas, ugarriza y garcía, código de 1886 y ley n.º 4189. — 253. La cuestión en los proyectos posteriores. — 254. Modificaciones propuestas por la comisión de códigos del senado y sus fundamentos. — 255. Noción del delito de infanticidio. — 256. Reglas del código. — 257. La cuestión del plazo. — 258. Criterio para cuando la ley no señala un plazo. — 259. La fijación de un término. — 260. La cuestión en el código vigente. — 261. El infanticidio con relación a determinados parientes. — 262. La pena para el delito. — 263. El delito y la clase de filiación. — 264. El artículo 82 y sus concordancias. — 265. Alcance de la disposición.

* * *

241. Circunstancias especiales que determinan la disminución de la penalidad.—Hemos comprobado que dentro del sistema de la ley que nos rige, el homicidio en general se castiga con una pena de márgenes amplios, que permite la apreciación de todas las circunstancias y la aplicación del criterio judicial.

Hemos visto también que esa pena se cambia por otra más grave cuando concurren circunstancias especiales que califican el homicidio de una manera también especial.

Ahora debemos considerar los casos en que la penalidad disminuye por la concurrencia de circunstancias particulares que califican el homicidio de una manera también especial, atribuyéndole menor gravedad.

* * *

242. El artículo 81 y sus concordancias.—

ARTICULO 81

1.° Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable;

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2.° Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1.° de este artículo.

Concordancias. — Inciso 1.° a)—Código Húngaro, artículo 281; Alemán, 213.

Inciso 1.° a).—Código Húngaro. artículo 281; Alemán, 43.

Inciso 1.° b).—Código Francés, artículo 309; Italiano, 368; Húngaro, 323; Húngaro, 306; Alemán 226.

Inciso 2.°—Proyecto del Dr. Tejedor, Parte Segunda, Libro primero, Título Primero, § 4, artículos 1.°, 3.° y 3.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 208, 209 y 210; Código de 1886, 100 y 101, Ley número 4189, artículo 17, capítulo I, inciso 4.°; sub-inciso b); Proyecto de 1891, 112, inciso 2.°; Proyecto de 1906, 85; inciso 2.°; Código Belga, 396; Holandés, 291; Húngaro 284; Alemán, 217; Español, 336; Italiano, 369; Portugués, 356; Noruego, 234, incisos 1.° y 2.°

* * *

243. Los casos que comprende el precepto y los antecedentes.—Los tres incisos de que se compone el presente artículo se refieren a cuestiones distintas y tienen fuentes diferentes. Se impone por consiguiente el estudio por separado de cada uno de ellos. La parte común que los vincula es la relativa a la pena que es igual en los tres casos, los que califican especialmente el homicidio.

El primer inciso comprende al que mata a otro en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hiciesen excusable.

Ese inciso no se encontraba, ni en el proyecto de 1891, ni en el de 1906, ni en el código de 1886, ni en los proyectos anteriores. La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados adoptó el artículo correspondiente del proyecto de 1906 y así fué sancionado en esa rama del parlamento. La modificación sobre el precepto fué hecha en el Senado, donde se suprimieron dos incisos y se creó uno nuevo.

Para tener una idea completa del asunto, veamos cuáles han sido las partes suprimidas y reemplazadas por la disposición en estudio.

El proyecto de 1891 calificaba especialmente el homicidio y aplicaba una pena menor que en los casos ordinarios: 1.° Al que matare a otro en el acto de ser provocado por una injuria inmerecida, o cuando la víctima con anterioridad, le había provocado con una injuria u ofensa igualmente inmerecida y grave; 3.° Al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana en el acto de sorprenderla en ilegítimo concúbito. Esas dos disposiciones fueron repetidas por la ley número 4189, de modo que quedaron incorporadas al código de 1886.

El proyecto de 1906, en el artículo 85 incriminó con la pena

de tres a seis años de prisión: 1.° al que matare a otro, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves; 3.° Al cónyuge, al ascendiente o al hermano que matare a su cónyuge, descendiente o hermana, o al cómplice o a ambos en el acto de sorprenderles en ilegítimo concúbito, pudiendo los jueces eximir de pena, según las circunstancias particulares del hecho.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó, los dos incisos en la misma forma sancionándose así por la Cámara de Diputados.

Las exposiciones de motivos del proyecto de 1906 y del presentado por la Comisión Especial de Diputados, no se ocupan de fundamentar el artículo. En cambio en la que acompaña al proyecto de 1891 se dice respecto al primer inciso que el código de 1886 preve el caso en el artículo 97 y en el inciso 4.° del 83, agregando: "el código admite como atenuante una simple provoca-
" ción con ofensas o injurias ilícitas y graves, fijando para el pri-
" mer caso una pena de tres a seis años de presidio y para el
" segundo tres años de prisión. Dependiendo la importancia de
" la provocación en todos los casos de circunstancias especiales
" que deben librarse a la apreciación de los magistrados, es pre-
" ferible que dentro de los límites amplios de la pena, estos pue-
" dan determinar la que por su apreciación corresponda al caso."

*
* *

244. Las disposiciones semejantes del código de 1886. — Los dos casos a que se referían los proyectos de 1891 y 1906 estaban contenidos en el código de 1886 y como el criterio de la ley ha cambiado, es conveniente verificar un estudio detenido y precisar bien el alcance de las disposiciones nuevas.

El artículo 97 del código de 1886 decía: "la pena será de
" tres años de prisión, si la víctima misma provocó el acto homi-
" cida con ofensas o injurias ilícitas y graves."

Además de esa calificación especial para el homicidio provocado por la víctima del inciso 4.° del artículo 83 que enumera las atenuantes, considera que concurre una de aquellas, cuando ha procedido provocación, amenaza u ofensa por parte del ofendido.

El Código establecía también entre las circunstancias eximentes del artículo 81 las siguientes: "están exentos de pena:
" 12.° el cónyuge que sorprendiendo a su consorte en flagrante
" delito de adulterio, hiere o mata a los culpables o a uno de
" ellos; 13.° el padre o el hermano que hiere o mata al que en-
" cuentra yaciendo con su hija o hermana menor de 15 años."

La ley número 4189 en el sub-inciso a) del inciso 4.° del artículo 17 castigaba con penitenciaría desde 3 hasta 10 años al que matare a otro, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves. En el sub-inciso c) del mismo aplicaba idéntica pena al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana en el acto de sorprenderla en ilegítimo concúbito.

*
* *

245. Las reformas del Senado sobre el proyecto de la Cámara de Diputados y sus fundamentos.—En la cámara de Senadores se introdujeron reformas serias al artículo sancionado en Diputados. Se reemplazaron los incisos 1.°, 3.° y 4.° del precepto que concordaba con el proyecto de 1906 por el siguiente: artículo 81, 1.° Se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años: a) al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hacían excusable; b), al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonadamente ocasionar la muerte.

La exposición de motivos fundamentó la reforma diciendo: "Ha modificado el artículo 81, reduciendo sus cuatro incisos a
" dos partes. Ha creído lógico dividir el artículo en dos partes;
" una se refiere al homicidio por pasión y a la muerte de una per-
" sona causada por otra, que tuvo el propósito de causar un daño
" en el cuerpo o en la salud, cuando el medio empleado no debía
" razonablemente ocasionar la muerte. La otra se refiere al in-
" fanticidio."

"Los incisos 1.° y 3.° del artículo 81 del proyecto en revisión
" imponen reclusión o prisión de tres a seis años al que matare
" a otro, si la víctima misma provocó el acto homicida con ofen-
"sas o injurias ilícitas y graves; y al cónyuge, al ascendiente

" o al hermano, que matare a su cónyuge, descendiente o herma-
" na o al cómplice, o a ambos, en el acto de sorprenderles en ile-
" gítimo concúbito, pudiendo los jueces eximir de pena, según las
" circunstancias particulares del hecho."

" Siguiendo al pie de la letra, aunque modificando la dura-
" ción de la pena, el artículo 105 del anteproyecto suizo de 1916,
" hemos creído más justo y razonable establecer una regla gene-
" ral para el caso de homicidio por pasión, que puede ser apli-
" cable, cuando las circunstancias lo hicieran excusable, a los
" que se encontraren en las condiciones preindicadas. El inciso
" sería así menos casuista y podría abarcar otros casos de muer-
" te dada en estado de *emoción violenta*.

" No admitamos la exención de pena que establece el inciso
" 3.° del artículo 81, siguiendo al proyecto de 1906, que suprimió
" las eximentes consignadas en los incisos 12 y 13 del artículo 81
" del Código Penal vigente, pero el cual admitió que el juez la
" pudiera declarar, según las circunstancias particulares del he-
" cho. Y no la admitimos, precisamente, por la misma razón,—
" pero aplicando el principio lógico con justa inflexibilidad—in-
" vocada por los autores de aquel proyecto para modificar las
" citadas disposiciones de la ley: por creer, que si bien puede ex-
" plicarse la ejecución del delito en las circunstancias de referen-
" cia por la emoción violenta y debe reducirse, por consiguiente
" la pena, dejando al juez el arbitrio de aplicar la de prisión
" o reclusión, de acuerdo con las circunstancias particulares del
" hecho y los antecedentes del autor, no debe reconocerse el *dere-
" cho de matar*."

" En cambio, hemos dado al juez suficiente margen para que,
" adaptando la pena al delincuente en cada caso, pueda aplicar
" un mínimum bajo,—hasta de un año de prisión—si lo creyese
" justo, y en vista de las circunstancias especiales en que se en-
" contraron los autores de la muerte de otras personas indicadas
" en el inciso 3.° del artículo 81. Pero también podría, según los
" casos, aplicar el máximum de tres años de prisión o bien in-
" fligir la pena de reclusión de tres a seis años."

El artículo fué sancionado en los términos propuestos y la Cámara de Diputados aceptó la modificación.

* * *

246. El homicidio provocado en la antigua ley y en la vigente. —En mi concepto las reformas hechas por el Senado y aceptadas por la Cámara de Diputados mejoran el artículo y concuerdan de manera más completa con el espíritu general del código.

Los dos incisos reemplazados se referían como hemos visto: 1.° al homicidio provocado por injurias u ofensas; y 2.° al homicidio ejecutado ante el hecho de la sorpresa verificada al cónyuge, a la hija o hermana en las condiciones previstas.

Como se trata de dos cuestiones bien distintas en su apariencia, debo examinar por separado uno y otro caso.

El homicidio provocado se califica especialmente porque se supone que el autor no procede llevado de un instinto criminal peligroso, sino como consecuencia de una reacción violenta ante el ataque. El artículo no suponía la agresión, que pone en peligro al sujeto atacado, porque en este caso la defensa puede ser legítima, sino el insulto que si bien no compromete la integridad material, justifica en cierto modo una respuesta.

El doctor Tejedor, que tiene en su proyecto un artículo análogo al 97 del código de 1886 (Parte Segunda, Libro Primero, Título Primero, § 1, artículo 2.°), dice en la nota: "En una socie-
" dad regular a nadie es permitido rechazar un ultraje por otro,
" una vía de hecho por otra. El individuo no debe vengarse, sólo
" le es permitido defenderse. Toca a la justicia reparar las inju-
" rias que han podido inferírsele. Toca al poder social sustituir
" el poder del juez a las querellas privadas, la espada de la ley
" a las venganzas de las ciudadanos. El que venga por sí mismo
" la injuria que ha recibido es culpable a los ojos de la ley,
" como a los ojos de la moral; porque usurpa el poder social y
" pide a la fuerza una reparación que debía esperar de la jus-
" ticia: se vuelve, en fin, agresor en el momento que excede la
" medida de las violencias ejercidas sobre su persona. Su cul-
" pabilidad, sin embargo no es la misma que si ningún insulto
" hubiese precedido a la acción, porque no ha obrado con preme-
" ditación, ni aun con sangre fría; ha herido en la emoción de
" la cólera, y esa cólera no carecía de motivos. Es, pues, culpa-
" ble, pero en grado menor; la injuria no lo justifica, pero lo
" excusa. (Chauveau Adolphe, t. 4, p. 103).

" Cuando entre dos personas, dice Goyena, sobreviniera de
" repente querella o riña y la una mata a la otra, cometerá sim-
" ple homicidio, y lo mismo deberá decirse cuando en el acto

" mismo se retiran aparte para terminar su querella con espada " en mano, porque es un acto perseverante y continuo de arre- " bato de cólera y no de sangre fría o premeditación. Igualmente, " si alguno a quien se hace una gran injuria cortándole, por " ejemplo, la nariz, o de otro modo parecido mata en el acto mis- " mo al injuriante, aunque no pueda excusarse con el derecho de " la propia defensa, pues que no se ha visto en absoluta necesi- " dad de matar, sin embargo como no ha habido premeditación " cometerá tan sólo simple homicidio. (Cod. crim. n. 1068 y si- " guientes).

" **Ofensas o injurias ilícitas, etc.**—Cuando el ataque es legí- " timo la defensa deja de serlo; *"ubi offensio est licita ibidem* " *defensio est ilicita."*

" Si las ofensas son ordenadas por la ley o exigidas por la " necesidad no constituyen una ofensa, no forman una provoca- " ción que pueda excusar el homicidio. Así, cuando la fuerza " pública procede regularmente al arresto de un malhechor, o " recibe orden de dispersar una reunión sediciosa, las violencias " que cometa no pueden ser una excusa de las violencias que con- " tra ella se ejerzan, porque entran en el ejercicio de sus fun- " ciones, y sus actos son legítimos, siempre que las violencias que " emplee no sean más que el remedio necesario para cumplir la " misión legal de que estaba encargado. Estas vías de hecho ejer- " cidas en nombre de la ley no pueden ser una justa causa de " represalía: ellas no envuelven ultraje alguno personal no son " más que la manifestación de la fuerza pública; y siendo como " sería un delito la sola resistencia a los actos cuya ejecución " aseguran, ¿cómo podrían fundar una excusa en favor del que " no sólo hubiese resistido, sino que cometiese homicidio o infi- " riese heridas a los agentes del poder? (Chauveau Adolphe)."

Quiere decir entonces que con el sistema anterior, el hecho sólo del insulto suponía la perturbación que obligaba a la aplicación de la pena especial. El magistrado no tenía nada más que comprobar la concurrencia de ese requisito para dictar su fallo. Podrá ocurrir, como ocurre algunas veces que la injuria no produjera la excitación creadora de la respuesta de hecho, pero ese factor no debía examinarse, bastando la prueba de la existencia de las injurias ilícitas, graves o inmerecidas.

Con el actual sistema, la apreciación judicial tiene un mayor campo de actividad. El magistrado debe, ante los hechos, preci-

sar el estado del sujeto y si las injurias pueden verosímilmente haber producido el estado de emoción violenta corresponde la pena especial. En caso contrario sólo procedería aplicar la pena simple.

* * *

247. El homicidio en casos especiales de ataque a la honestidad en los antecedentes y en la ley.—Veamos ahora los otros casos antes previstos y la situación en que deben ser apreciados cuando se presenten, de acuerdo con la nueva disposición.

El criterio con relación a los mismos ha sido distinto en las leyes y proyectos nacionales.

Así en el proyecto del doctor Tejedor se castigaba con prisión desde uno hasta tres años al cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte dé muerte en el acto, a ésta, o a su cómplice o a los dos juntos. (1).

El mismo proyecto castigaba con tres años de prisión a los padres y los hermanos mayores que dan muerte a los que yacen con sus hijas o hermanas menores de edad, en el acto de sorprenderlos *infraganti* (2).

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no aprovecha a los que hubiesen promovido, causado o tolerado la prostitución de sus mujeres, sus hijas o sus hermanas. (3).

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García modifica ese criterio y declara en el artículo 93, inciso 11, 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, siempre que la mala conducta del cónyuge no haga excusable el hecho de su consorte.

En cuanto al otro caso, dice en el artículo 198 que los padres y los hermanos mayores que dén muerte a los que encuentren yaciendo con sus hijas o hermanas menores de edad, sufrirán la pena de prisión menor, o sea de uno a dos años (artículo 54).

El código de 1886 no siguió a ninguno de los dos proyectos

(1) Parte Segunda. Libro Primero, Título Primero, artículo 8.°.
(2) Parte Segunda. Libro Primero, Título Primero, artículo 4.°.
(1) Parte Segunda. Libro Primero, Título Primero, artículo 5.°.

en absoluto. En el inciso 12 del artículo 81 aceptó el precepto análogo del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García y declaró exento de pena al cónyuge o a uno de ellos; y en el inciso 13 que se aparta de los dos anteriores proyectos, declara también exento de pena al padre o al hermano que hiere o mata al que encuentra yaciendo con su hija o hermana menor de quince años.

Esta última disposición se diferencia de las anteriores: a) en que declara la exención de pena y no la disminución; b) en que no se necesita como en los antecedentes que el padre o el hermano sea mayor; y c) en que la hija o hermana debe ser menor de quince años.

Además, se suprime la sensata condición del proyecto Tejedor respecto a la conducta del padre o hermanos con relación a las hijas o hermanas.

En ninguna de esas disposiciones se alude a la madre o a las hermanas; se usa simplemente la palabra en masculino, lo que implica un error y una injusticia.

Cuando la hija o hermana tuvieren más de quince años, el homicidio era simple con atenuantes o provocado especialmente, si se entendiera que el hecho podría equipararse al de la provocación. En caso de perturbación profunda de la mente ante el hecho podría caber la eximente del inciso 1.° del artículo 81.

La ley número 4189 no modificó el Código en cuanto a las eximentes y calificó especialmente el homicidio disminuyendo la gravedad de la pena con respecto al ascendiente o hermano que matare a la descendiente o hermana en el acto de sorprenderla en ilegítimo concúbito. (Artículo 17, inciso 4.°, sub-inciso c.)

En cuanto a los proyectos de 1891 y 1906 hemos visto ya lo que establecían al respecto, lo mismo que lo proyectado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

El artículo en la forma general en que ha sido redactado comprende todos los casos sin referirse especialmente a ninguno. Toda vez que del examen del asunto resulte que el acusado se encontró en un estado de emoción violento en las condieiones previstas cabe la calificación especial. Cuando esas circunstancias no concurren, la pena es la del homicidio simple.

En el antiguo sistema se podían producir crímenes alevosos terminados con un pronunciamiento absolutorio. El marido podía espiar a su consorte, preparar la escena, tomar todas sus medidas y producir la sorpresa en el momento oportuno matando o hiriendo. Se le daba, como lo ha dicho la comisión del Senado, el derecho a matar, la facultad de implantar el divorcio de sangre como decía el doctor Balestra al discutirse en la Cámara de Diputados la cuestión del vínculo matrimonial. Podía, además, esa disposición prestarse a la extorsión, puesto que un marido, padre o hermano corrompido, estaba en condiciones de preparar una celada, hasta de acuerdo con la mujer respectiva y ante el hecho y en conocimiento de la situación de privilegio, exigir dinero u otros beneficiados para no proceder.

La disposición de la ley, evitará injusticias, vela por la moral bien entendida, ampara los casos razonables y no tutela los inconvenientes.

* * *

248. Homicidio con dolo indeterminado.—El segundo sub-inciso, o sea el b) del inciso 1.° del artículo 81 en examen, califica especialmente el homicidio cometido por el que, con propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

Veamos en los antecedentes el origen inmediato del artículo.

El proyecto de 1891 en el inciso 4.° del artículo 112, extendía la calificación especial al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, causare la muerte de alguna persona.

La exposición de motivos se limita a decir que comprende el homicidio con dolo indeterminado.

El proyecto de 1906 se refiere en el inciso 4.° del artículo 85, al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados introdujo un nuevo elemento en ese homicidio especial con dolo indeterminado, redactándose el inciso 4.° del artículo 81 en los siguientes términos: al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía, razonablemente, ocasionar la muerte.

Por su parte la Comisión de Códigos de la Cámara de Sena-

dores, como consta en las páginas 83 y 118 del libro "La Reforma Penal en el Senado", aconsejaba se cambiase la palabra *razonablemente* por el término *razonadamente*.

El artículo se sancionó así, como consta en el Diario de Sesiones del Senado y en la correspondiente orden del día de la Cámara de Diputados, donde se encuentra el texto del despacho aprobado (1).

No obstante eso, en la edición oficial aparece la palabra *razonablemente*, o sea la substituída. El cambio no tiene importancia en cuanto se refiere al alcance del artículo.

* * *

249. El punto en los antecedentes y en la ley de reformas.—El proyecto de Tejedor no contenía un precepto análogo al que examinamos y tampoco se encontraba en el código de 1886. En este último el homicidio en las condiciones del inciso, debía considerarse como homicidio simple con una circunstancia atenuante, la que consigna el inciso 3.° del artículo 83 y que ampara al delincuente que no tuvo la intención de causar todo el mal que produjo.

La ley número 4189 incorporó al Código la disposición del proyecto de 1891 por medio del sub-inciso d), inciso 4.°, artículo 17, capítulo 1.°.

* * *

250. Alcance de la disposición.—El homicidio se puede cometer con dolo y sin dolo. Cuando concurre el primer propósito y se consuma el delito, tiene todos sus caracteres. Cuando el móvil no existe y la muerte se produce por acción del sujeto que ha incurrido en descuido o negligencia, el homicidio es culposo.

Pero el dolo puede tener diferentes caracteres. Si el agente procede contra otro y lo daña de tal manera que la muerte del

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación.—Reunión del 8 de septiembre de 1921. N.° 37.—La Reforma Penal en el Senado, lugar citado y órden del día, número 183 de la Cámara de Diputados. Año 1921, pág. 1624.

atacado se produce, basta eso para que el homicidio simple exista. Concurre, en efecto, la muerte de una persona, causada por acción voluntaria de otra, que ha procedido sin excusas, aun cuando no haya tenido el deliberado propósito de matar. Si aquél ha sido madurado fríamente y la voluntad se ha dirigido precisamente a la consumación de la muerte, el homicidio puede tener mayor gravedad y la pena aumentarse.

Puede ocurrir, entretanto, que una persona tenga por objeto dañar a otro, pero no matarlo y que la voluntad se haya, precisamente, concretado en ese propósito y nada más. Si en un caso de esos, el dañado fallece como consecuencia de la lesión, el homicidio se califica especialmente.

Así, si un individuo de fuerza corriente le da a otro un golpe de puño, un puntapié para hacerlo caer, o un bastonazo, teniendo el propósito de dañar y no de matar, y por circunstancias especiales, se produce la muerte del golpeado, el caso no debe juzgarse de acuerdo con las reglas ordinarias. El dolo ha existido, pero la previsión ha sido excedida; hay delito, pero éste no tiene la gravedad, a pesar del resultado que presenta, cuando el sujeto manifiesta sus condiciones de peligrosidad pensando primero y ejecutando después.

La prueba de la intención es, indudablemente, muy difícil. ¿Cómo se acredita que el individuo no tuvo el propósito de matar, cuando la muerte ha sido la consecuencia de su acto?

La disposición resuelve el punto por medio del agregado hecho en la Cámara de Diputados a propuesta de su Comisión Especial.

En efecto, cuando el sujeto usa un medio capaz de matar en condiciones ordinarias no puede razonablemente invocar la excusa. Ese medio, un revólver, un puñal por ejemplo, pueden y deben producir el resultado acaecido de manera que las consecuencias íntegras del acto en toda su gravedad deben pesar sobre el agente.

En cambio, cuando éste ha empleado un medio de aquellos que, generalmente, no producen la muerte, pero que dañan, si el fallecimiento tiene lugar, es más que verosímil, evidente, que el delincuente no ha pensado sino en los resultados corrientes y no en el excepcional que se ha presentado.

Esto sólo se encontraría contrariado con la prueba de que el autor conocía particularidades de la víctima que no permitían el

uso de ciertas acciones sobre la misma sin un peligro inminente.

Así, una persona para impedir que otra salga de su casa, le hacer ingerir un narcótico en dosis suficiente para que produzca sus efectos sin peligro .Pero la persona en cuestión tiene una afección cualquiera que hace ser peligrosa para la misma, la absorción de la droga y como consecuencia de la ingestión de la misma, fallece. La disposición del inciso ampararía al autor salvo el caso de que él conociese aquella particularidad personal. En ese supuesto el homicidio resultaría especialmente agravado.

* * *

251. Del infanticidio. El delito en el proyecto Tejedor.—El último caso comprendido en el artículo se refiere al delito conocido generalmente con el nombre de infanticidio.

Examinaré primero los antecedentes nacionales y después me ocuparé del artículo del código especialmente.

En el proyecto del doctor Tejedor se contenía la siguiente definición: "es calificado de infanticidio la muerte de un recién " nacido que no tenga tres días completos". (Artículo 1.°, parte segunda, libro primero, título primero, 4).

La nota colocada al pie del artículo decía: " De los términos de este artículo resulta que no existe este delito sino cuando concurren las siguientes condiciones: 1.ª Voluntad de matar, porque no hay homicidio sin la intención de dar la muerte; 2.ª Que la criatura nazca viva porque si hubiese nacido muerta, el homicidio es imposible; 3.ª Que sea recién nacida, porque si hubiese perdido esta calidad no habría infanticidio, sino homicidio."

" Es evidente, en primer lugar, que siendo el infanticidio un homicidio, es condición esencial de su existencia que se cometa con intención de matar. Así, no bastará la intención maligna que se revela por falta de cuidado o malos tratamientos. Por horrible que fuese esta conducta de una madre, ella no implicaría necesariamente el pensamiento del crimen. La ley, sin embargo, no exige el concurso de una premeditación cualquiera, sino que la supone. La primera condición, pues, del crimen, la condición esencial, es la voluntad constitutiva del homicidio, la intención de dar la muerte."

" Esta voluntad es muchas veces difícil de apreciar en esta clase de homicidio."

" En el homicidio ordinario, en efecto, basta en cierto modo colocar al homicida delante de su víctima, y es deber suyo explicar su acción. En el infanticidio la ocultación del embarazo, las trazas de un parto clandestino, el descubrimiento mismo del cadáver de la criatura, no son todavía más que vagos indicios del crimen, porque si el embarazo y nacimiento mismo han sido ocultados, basta para explicar este misterio en una madre culpable el terror de descubrir su vergüenza; y si la criatura se encuentra sin vida es posible que su muerte haya precedido al parto, como también que haya sido el resultado accidental de un parto aislado."

" Finalmente, en el caso mismo en que debiera imputarse a la madre, podría ser el efecto o de su ignorancia, o de su debilidad, y no de su voluntad. Así, la muerte de la criatura puede ser natural, el resultado de un accidente, efecto de la culpa de la madre, o de un crimen. Tales son las hipótesis que pueden hacer nacer el descubrimiento del cadáver de un recién nacido, y que la acción pública debe dirigirse antes de ponerse en movimiento. La madre puede ser perseguida como homicida por imprudencia, si la muerte ha sido el resultado de una falta grave de su parte o por infanticidio si ha tenido la intención de consumar el crimen."

" El segundo elemento del infanticidio es que la criatura nazca viva, pero no es necesario, como lo pensaban muchos autores que nazca viable. Esta opinión, último resto de la antigua ley que permitía el homicidio de los niños débiles, se funda en que la criatura que no nazca viable, se juzga que no existe para la ley. Pero esta opinión no puede seguirse hoy. La ley penal no se explica sobre el grado de vitalidad que debe poseer la criatura para que su muerte sea un crimen. Ella no determina ni el tiempo de la gestación, ni el desarrollo que debe tener. Basta que haya existido, por ligera que haya sido la existencia. No se necesita siquiera que viva la vida extra-uterina, es decir, que efectúe la respiración. Cualquier movimiento o grito que atestiguase la vida, bastaría para que la ley viese un crimen. ¿Con qué derecho se dispondría de la vida de un ser humano? ¿Ni por qué sería permitido precipitar su carrera?..."

" La tercera condición del crimen de infanticidio es que la " muerte recaiga sobre un recién nacido. ¿Qué es un recién na- " cido? La ley francesa guarda silencio a este respecto. (Ar- " tículo 300). El código de Nápoles considera infanticidio, el ho- " micidio cometido en un recién nacido no bautizado ni inscrip- " to en el registro civil. (Artículo 347). El austriaco no consi- " dera infanticidio sino la muerte dada en el momento mismo " de nacer (Artículo 122). Y quizá esta solución es la más con- " forme al carácter especial del crimen que se basa en el vio- " lento efecto que se apodera del alma en el momento mismo " del parto, pero sería peligroso restringir en un límite tan es- " trecho la garantía acordada a la criatura. (Chauveau Adol- " phe, t. 3, p. 398 y siguientes)."

" **Que no tenga tres días completos.**—Artículo 159 del có- " digo de Baviera y 336 del Español. Según los médicos legis- " tas el niño debe considerarse recién nacido, hasta la caída del " cordón umbilical, es decir, hasta ocho días después de su na- " cimiento."

La definición, no obstante su generalidad, no hacía que se castigara con una pena especial a todos los autores de infanticidio. Y así el artículo 2.° del artículo citado, decía que la madre que por ocultar su deshonra matase a su hijo recién nacido, será castigada con dos años de prisión y los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometiesen el mismo delito, serán castigados con tres.

Fuera de estos casos, concluye el artículo 3.°, el que matase a un recién nacido incurrirá en la pena lel homicidio simple.

La nota respectiva, después de referirse a la pena consignada en el código español de 1822 y a la opinión de Pacheco, dice que es indispensable para la aplicación del castigo especial, que concurra el propósito de ocultación de la deshonra, que es la causal de la disculpa.

Y agrega: " Según el código de Baviera, la madre que dé " violentamente la muerte a su hijo *ilegítimo* recién nacido y via- " ble, será condenada a presidio por tiempo indeterminado. (Ar- " tículo 151). " No es sino en el caso del nacimiento de un hijo " ilegítimo, dice el Comentario Oficial que los móviles ordina- " rios del infanticidio, es decir, el deseo de conservar su honor, " el temor de la vergüenza pública y la perspectiva de la ruina " de toda su vida, obran sobre la madre y combinándose con el

" estado de excitación extrema en que se encuentra el sistema " nervioso de una mujer que ha alumbrado, determinan al le- " gislador a no mostrarse riguroso y se abstiene entonces de pro- " nunciar la pena de muerte contra un hecho que presenta, sin " embargo, todos los caracteres de un homicidio premeditado."

" La misma distinción hacen todos los códigos de Alemania, con " excepción de los de Brunswik y Austria. Semejante distinción " es lógica y fundada en la naturaleza de las cosas. El código " de Baviera considera también como infanticidio la muerte de " un niño legítimo recién nacido: pero sólo en el caso de que el " crimen se cometa antes de alumbrar completamente, porque " en este momento la irritación del sistema nervioso se cree tan " fuerte en la mujer casada como en la que no lo es. (Artícu- " lo 171).

" **Dos años.**—La mayor parte de los pueblos antiguos casti- " gaban el infanticidio, como cualquier otro homicidio, o lo co- " locaban en la misma categoría del parricidio. La divergencia " provenía sobre todo del punto de saber si el crimen se había " cometido por el padre o la madre. Como se sabe, muchas le- " gislaciones daban al padre derecho de vida y muerte sobre sus " hijos. Nunca podía, pues, hacerse culpable de infanticidio. La " ley romana del tiempo de los emperadores colocaba este hecho " entre los parricidios, y la pena era la capital, o la deportación " en una isla, según la calidad de las personas. Las leyes españo- " las no hicieron más que repetir estas disposiciones y el resul- " tado de tanta severidad en la pena ha sido la impunidad. " La " pena de muerte por el infanticidio cometido por la madre, di- " ce Bentham, es la violación más manifiesta de la humanidad, " porque, ¿qué proporción hay entre el mal del delito y el mal " de la pena? La muerte de un hombre que ha dejado de exis- " tir antes de haber conocido la existencia sólo puede causar " sentimiento a la persona misma, que por pudor o compasión " no quiso que se prolongase una vida empezada bajo tristes aus- " picios, y la pena es un suplicio bárbaro y afrentoso impuesto " a una madre desgraciada y ciega por la desesperación que casi " a nadie ha hecho mal sino a sí misma, resistiendo el más dulce " instinto de la naturaleza." Puede encontrarse exagerada esta " doctrina, pero sin duda ninguna más exagerada sería la pena " de muerte a esta clase de hechos."

" La ciencia nueva, dice Boeresco, se ha separado totalmen-

" te de estas ideas. El progreso del derecho penal sobre la apre-
" ciación de la imputabilidad, y los datos de la fisiología han
" conducido por lo que respecta al infanticidio, a una teoría jus-
" ta e ingeniosa, que está en vigor en los nuevos códigos de Euro-
" pa. En cuanto al padre no hay distinción que hacer. Ya cometa
" la muerte de su hijo o de cualquiera otra persona, desde que
" hay premeditación, hay asesinato. Pero respecto de la madre,
" es preciso distinguir si es legítimo o ilegítimo el hijo, si es
" recién nacido y ha nacido viable o no. Si el hijo es legítimo,
" ¿qué razón ha podido impeler a la madre a matarlo? ¿Tenía
" vergüenza del fruto de su matrimonio? Se ha visto forzada a
" ocultar su hijo a la sociedad y a su familia? No, se ha contes-
" tado en general, y se ha señalado contra este hecho la pena
" de homicidio. Pero cuando se trata de un hijo natural, la cues-
" tión cambia. La madre forzada a ocultar su embarazo y sus-
" traer de todas las miradas su propio hijo, piensa antes de todo
" en su honor... Pero la ley prescribe al mismo tiempo el res-
" peto a la vida de un ser inocente. Colocada entre estos dos de-
" beres opuestos, qué hacer? ¿Sacrificará la ley a la opinión pú-
" blica o ésta a la ley? En esta lucha tiene lugar la muerte de
" la criatura. Sin duda, a los ojos de la moral esta mujer es muy
" culpable. ¿Pero la ley social no debe tenerle en cuenta su po-
" sición, sus luchas interiores, los motivos que le hacen cometer
" el crimen, la debilidad de su sexo? Sí, responde la ciencia ra-
" cional, en este caso, el homicidio no puede asemejarse a cual-
" quier otro homicidio voluntario. La pena que haya de impo-
" nerse tiene que ser menor..."

" Esta teoría verdaderamente lógica ha obtenido fuerza de
" ley en los nuevos códigos de Alemania. Los otros códigos euro-
" peos, por el contrario, no hacen ninguna de estas distinciones
" racionales y dictadas por la naturaleza de las cosas... (Boe-
" resco, p. 114 a 117)."

* * *

252. El infanticidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, código de 1886 y ley número 4189.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García modifica el criterio del anterior. Define el infanticidio en el artículo 208, coin-

cidiendo con aquél y diciendo que consiste en dar muerte a un recién nacido que no tenga tres días completos.

La pena para el infanticidio es la penitenciaría mayor, que se reduce a prisión cuando quien lo realiza es la madre en la persona de su hijo para ocultar su deshonra.

Según el doctor Tejedor, el infanticidio tiene la pena del homicidio simple fuera del caso de ser ejecutado por determinados parientes. Según este proyecto, el infanticidio tiene siempre una pena especial que se reduce cuando quien lo comete es la madre con el propósito de ocultar su deshonra.

Recordaré que según el último proyecto, la pena para el homicidio simple es la de penitenciaría menor o sea inferior a la pena que se coloca para el infanticidio. Con relación al homicidio se hacen distinciones y se señalan clases; con respecto al infanticidio no se verifica ninguna acentuación de circunstancias particulares.

El código de 1886 siguió al proyecto del doctor Tejedor.

Así, el artículo 100 decía: la madre que por ocultar su deshonra cometiese infanticidio en la persona de su hijo, en el momento del nacimiento o hasta tres días después, y los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre, cometiesen el mismo delito, serán castigados con la pena de penitenciaría por tres a seis años.

Y agregaba el artículo 101: fuera de esos casos, el que cometa infanticidio, será castigado con la pena del homicida.

La ley número 4189 modificó esas disposiciones, tomando las que contiene del proyecto de 1891 al que voy a referirme primero para dar los antecedentes en el mejor orden.

* * *

253. La cuestión en los proyectos posteriores.—El proyecto de 1891 no colocó al infanticidio en un capítulo especial como lo hicieron los anteriores y el código de 1886. En el inciso 2.° del artículo 112 que comprende los casos de homicidio especialmente calificados en el sentido de su menor gravedad, estableció que correspondía la pena de penitenciaría desde tres hasta diez años, " a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo " durante el nacimiento o tres días después, y a los padres, her-

" manos, marido o hijos que, para ocultar la deshonra de su " hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito."

Sobre este asunto la exposición de motivos decía: " La ate- " nuación en el infanticidio, fundada en el ánimo de ocultar la " deshonra, no comprende en el código sino a la madre que mata " a su hijo menor de tres días y a los abuelos maternos. Como " en varios de los concordantes del artículo del proyecto, com- " prendemos en la misma excusa a los hermanos, marido o hijos " que procediesen impulsados por el móvil de ocultar la des- " honra de la hermana, esposa o madre."

La ley número 4189 incorporó esa disposición al código penal por medio del sub-inciso b) del inciso 4.° del artículo 17, capítulo I.

El proyecto de 1906 siguió el mismo sistema del de 1891 y en consecuencia en el inciso 2.° del artículo 85 castigó con la pena de prisión de tres a seis años a "la madre que para ocultar " su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o hasta " tres días después y a los padres, hermanos, marido o hijos " que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o " madre, cometieren el mismo delito". Repitió así el precepto anterior, pero disminuyó la pena.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria mantuvo la disposición en los mismos términos y así fué sancionada por la Cámara de Diputados. (Artículo 81, inciso 2.°).

* * *

254. Modificaciones propuestas por la Comisión de Códigos del Senado y sus fundamentos.—La Comisión de Códigos del Senado propuso la modificación del inciso. La exposición de motivos donde se fundamentan las reformas dice al respecto: " En " lo relativo al infanticidio, introducimos dos modificaciones. Por " la primera reducimos la pena de reclusión o prisión por tres " a seis años, señalada en el artículo 81, a reclusión de uno a " tres años o prisión de seis meses a dos años; y por la segunda, " establecemos que la aplicación de esa pena será la que corres- " ponda, no sólo en el caso de la muerte del hijo por la madre " durante el nacimiento o hasta tres días después, sino también " mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerpe-

" ral", como es justo y como lo dispone el artículo 108 del ante- " proyecto suizo de 1916."

" La misma pena se aplicará a los padres, hermano, marido " e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, es- " posa o madre, matase al hijo de ésta. El inciso 2.° del artícu- " lo 81 del proyecto en revisión les aplica la pena de reclusión " o prisión por tres a seis años, pero nosotros la reducimos, exi- " giendo, en cambio, para que proceda la aplicación de la pena " indicada en el apartado 2.° del artículo 81, que los padres, her- " manos, marido e hijos se encuentren en las circunstancias in- " dicadas en la letra a) del inciso primero del mismo artículo, " es decir, en un estado de emoción violenta que las circuns- " tancias hacían excusable."

" El artículo, en consecuencia, debería quedar redactado en " los siguientes términos: " Se impondrá reclusión hasta tres " años o prisión de seis meses a dos años a la madre que para " ocultar su deshonra matare a su hijo durante el nacimiento " o mientras se encontrase bajo la influencia del estado puerpe- " ral, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocul- " tar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometie- " ren el mismo delito en las circunstancias indicadas en la le- " tra a) del inciso 1.° de este artículo."

Las circunstancias a que se alude son las de la emoción violenta que hemos examinado con anterioridad.

Expuestos los antecedentes, pasaré a ocuparme de las nociones doctrinarias y de las observaciones que sugiere el precepto.

* * *

255. Noción del delito de infanticidio.—Ante todo conviene establecer, qué es el infanticidio doctrinariamente. Si nos atenemos a la palabra misma diríamos que consiste en la muerte de un infante, esto es, de una criatura de corta edad, pero ese concepto sólo, no da una idea del delito.

El derecho a la vida se tiene en todas las edades. La ley no hace ni puede hacer distinciones, considerándose que se incurre en homicidio cuando se mata a otro, cualesquiera que sea el tiempo de su nacimiento, sexo o estado de salud. Las características personales de la víctima no califican especialmente el crimen que

se comete, aun cuando se tengan siempre en consideración todas las circunstancias.

En consecuencia, la muerte dada a una persona recién nacida debe considerarse homicidio, lo mismo que la ejecutada sobre un anciano o sobre un individuo de mediana edad.

Cuando se mata a ciertos parientes se considera que el crimen es mayor y que la pena ordinaria debe ser agravada. Aplicando esas reglas generales, la muerte de un niño dada por su madre, por sus abuelos o por otras personas allegadas, debería caer dentro de la calificación especial y ser objeto de un castigo más grande que el correspondiente al homicidio simple.

Pero esa regla debe quebrantarse por la intervención de otros factores, cuando se trata de niños recién nacidos y si el crimen tiene por objeto ocultar la deshonra de la madre.

Una vez más la ley tiene que adaptarse a las preocupaciones sociales del medio para el cual se dicta, aun cuando motivos de moral y de humanidad aconsejaran otras soluciones.

En nuestra sociedad existe la preocupación, afortunadamente cada vez más desvanecida, de que la concepción fuera del matrimonio implica la deshonra de la mujer y la revelación de su deshonestidad. La falta de la prueba irrecusable que presenta el hijo, excusa muchos actos, pero su presencia elimina la discusión y pone a la mujer en una situación a veces desesperante. De aquí el crimen del aborto, siempre frecuente y de aquí el crimen mayor aún del infanticidio.

Pero la ley que debe tener en cuenta las causales, las tendencias y la peligrosidad del autor del delito, tiene que considerar cuando se encuentra en presencia de una madre que mata a su hijo para ocultar la maternidad, que ésta se ha visto encerrada dentro de un verdadero dilema, pues debía revelar lo que la sociedad llama su desgracia o deshonra, u ocultarla.

Una mujer en la situación antedicha ha debido pasar por un largo período de sufrimiento. El embarazo ha tenido que ser ocultado, su estado delicado ha debido disimularse y el parto que es siempre doloroso, no se ha revelado, escondiéndose el propio sufrimiento. La mujer en esas condiciones ha comprometido su salud y ha debido tener un estado mental fuera de la normalidad al cual la ha arrastrado eso que se llama el prejuicio social.

Por todos esos motivos, la ley ha debido calificar especialmente el homicidio de un niño cometido por la madre o por determinados parientes con el objeto de ocultar la deshonra de aquélla.

El infanticidio es, así, un homicidio especial que requiere para ser caracterizado diversas circunstancias particulares, relacionadas con el autor, con la víctima y con el propósito.

El autor debe ser la madre o algún pariente cercano; la víctima debe ser un niño recién nacido; y el propósito tiene que ser el de salvar la honra de la madre comprometida con el hecho de la maternidad.

Precisada la noción veamos cómo ha sido desenvuelta en el código.

* * *

256. Reglas del código.—En nuestra ley el infanticidio se encuentra caracterizado de distintas maneras según quien fuere el autor. La palabra infanticidio no se emplea, sino que se califica especialmente el homicidio cometido por ciertos parientes en determinadas condiciones. El uso del término antiguo, no corresponde en realidad y si lo recuerdo y uso es porque tradicionalmente se ha empleado, pero esa calificación como la de asesinato y parricidio, tiende a desaparecer.

Incurre en infanticidio: 1.° La madre que para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal; y 2.° Los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusable.

Primer caso.—Es indispensable para la existencia del delito así calificado que la madre proceda a ejecutarlo con el objeto de evitar su deshonra.

Si el propósito fuese otro, no correspondería la clasificación especial. Para que la madre tenga como finalidad la ocultación de su deshonra, es necesario que el hecho no sea conocido, pues si se hubieren divulgado las circunstancias del embarazo o del parto, es fuera de duda que la causa del crimen no podría ser aquélla. También concurriría la circunstancia cuando la madre creyera que el hecho no se conocía, no obstante su publicidad.

En el caso de no tener el crimen el objeto que determina la disminución de su gravedad jurídica, la madre que matare a su hijo sabiendo que lo es, tendría la pena del homicidio especialmente agravado, consignada en el inciso 1.° del artículo 80.

Se sostiene también a este respecto que es necesario no se haya denunciado el nacimiento al registro civil desde que la inscripción en esa oficina importa la publicidad y es precisamente el propósito de la ocultación para salvar la honra, lo que justifica la categoría especial y la penalidad reducida.

* * *

257. La cuestión del plazo.—Pero no sólo se requiere el parentesco y el propósito, sino que es preciso se verifique la muerte dentro de un cierto plazo.

Los proyectos anteriores, el código y la ley de reformas exigían que el crimen tuviera lugar durante el nacimiento o dentro de los tres días del mismo. El código ha cambiado la disposición tradicional y ha dicho que el homicidio debe ejecutarse: a) durante el nacimiento; o b) mientras la madre se encontrare bajo la influencia del estado puerperal.

Los sistemas de las leyes son distintos a este respecto: unas, como el código francés, dicen que se califica de infanticidio la muerte de un niño recién nacido; otras, como el código argentino de 1886 y los proyectos nacionales anteriores y posteriores a aquél, entienden que el infanticidio es el homicidio ejecutado por ciertos parientes sobre un niño dentro de los tres días del nacimiento o de otro término que fijan; y otros, como nuestro código actual, según el que, el infanticidio, existe cuando la madre mata a su hijo recién nacido mientras estuviere bajo la influencia del estado puerperal, o cuando ejecutan el crimen ciertos parientes dominados por una emoción violenta excusable.

En el primer caso y en el tercero no hay términos fijos; en el segundo sí.

Habiendo plazos determinados en la ley, cuando se presenta una situación de hecho, basta con averiguar a los efectos del proceso y de la pena ulterior, si el crimen se ha cometido dentro de los tres días del nacimiento o del plazo fijado. Si lo ha sido dentro de ese tiempo y concurren las demás circunstancias,

la pena es la del homicidio especial. Si el plazo ha pasado y el crimen se ha ejecutado fuera del mismo, rigen las disposiciones comunes, las que agravan especialmente el homicidio, por razón del parentesco o por la clase de víctima que dado su escaso desarrollo físico, es un sujeto indefenso.

Tendrán para fijar los hechos una importancia esencial los informes periciales que serán los que inclinarán la opinión del juez, sobre todo cuando fueren asertivos. En caso contrario y mediando dudas sobre todo, habrá que aceptar otras comprobaciones y entre ellas la confesión de la persona acusada.

Cuando el infanticidio se descubre inmediatamente después de ejecutado, la prueba es sencilla, pero cuando el descubrimiento se hace mucho tiempo después y el cadáver se encuentra descompuesto o reducido simplemente a huesos, ¿cómo se puede llegar a la prueba del tiempo de vida que tuvo el niño? Cuantos más días transcurren desde el momento del fallecimiento y más cambian las condiciones del cuerpo, más difícil es la comprobación y el juicio definitivo. Por eso decía, que en la mayoría de los casos de esa índole, la declaración del propio autor sería el elemento que debería tomarse de base para la solución, aun cuando no encerrase la verdad.

De los tres sistemas consignados, ¿cuál es el menos defectuoso?

* * *

258. Criterio cuando la ley no señala un plazo.—En Francia la cuestión ha dado lugar a discusiones y dificultades. El código penal castiga de la misma manera, con la pena de muerte, a los autores de infanticidio, asesinato, parricidio y envenenamiento.

El infanticidio se califica como la muerte de un niño recién nacido, de manera que interesa en un caso práctico, decir hasta cuándo se considera a los efectos de la ley recién nacido al niño, o sea cuántas horas o días después de la separación del seno materno.

Como el código no ha dado plazos, la jurisprudencia ha debido resolver el asunto. Un fallo dice que (1) el infanticidio es

(1) Casación.—24 de diciembre de 1885.

el homicidio voluntario cometido sobre un niño en el momento de nacer o en un tiempo muy cercano al del nacimiento.

Otro, expresa que después de la inscripción del nacimiento en el registro civil no se considera infanticidio al crimen, sino homicidio.

Garraud (1), dice, que el infanticidio se comete mientras la vida del niño no se encuentra rodeada de garantías comunes, de tal modo que el homicidio haya podido hasta destruir las huellas del nacimiento. La jurisprudencia agrega, parece haber adoptado esa fórmula, pero sería necesario darle a la misma la mayor precisión.

Se ha creído, agrega, poder trazar un límite a la calificación y afirma que no hay infanticidio, sino homicidio cuando el nacimiento consta en los registros del estado civil o cuando no hayan transcurrido los tres días que la ley fija para que la declaración se verifique. Hecha la inscripción o finalizando el plazo que se ha establecido para que deba tener lugar, el niño se encontraría rodeado de las garantías comunes y cubierto por la sanción general que protege la vida humana.

Garraud dice, además, que es necesario tener en cuenta dos situaciones. Cuando la inscripción del nacimiento se ha realizado en el registro respectivo, el hecho de aquél, se conoce oficialmente y ya no hay un recién nacido, sino una persona. Es lógico, en consecuencia, que el homicidio de un sujeto en esas condiciones esté regido por las reglas comunes y no de un modo excepcional.

Pero cuando el plazo de tres días ha expirado y la anotación no se ha producido, si la notoriedad del nacimiento no se acredita, puede, en su concepto, en caso de crimen, considerarse que ha concurrido infanticidio y no homicidio.

Esta opinión y la de otros autores, demuestra, que en Francia, donde rige el primer sistema aludido, la cuestión de saber si hay infanticidio u homicidio en los casos que se presenten, es un asunto de hecho librado a la apreciación de los jueces.

Las cuestiones a que da lugar el código francés se presentan también en otras leyes donde se sigue un sistema análogo. Así, el código belga dice que la muerte debe producirse inmediatamente después del nacimiento y el holandés, el alemán y el húngaro hablan de poco tiempo después.

(1) Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Francais. Tomo IV, pág. 562.

Debe recordarse para que no se incurra en errores, que según el código francés, el infanticidio es un delito especial, equiparado al asesinato, al parricidio y al envenenamiento y que la pena es más severa para él que la correspondiente al homicidio simple.

El infanticidio cometido por la madre no reconoce allí atenuantes especiales, pero los jueces pueden aplicarle las generales teniendo en cuenta el hecho, sus antecedentes, las condiciones personales y demás modalidades particulares.

* * *

259. La fijación de un término.—Otras leyes fijan plazos, y dicen que se incurre en infanticidio cuando se mata a una persona dentro de un cierto término después del nacimiento.

El código de 1886, los proyectos del doctor Tejedor, de los doctores Villegas, Ugarriza y García, de 1891 y de 1906, marcaban el de tres días; el código español señala el mismo plazo; el italiano considera recién nacido al niño que no tiene cinco días; el portugués extiende ese término a ocho días; y el código de Noruega lo admite hasta 24 horas después del nacimiento.

El plazo resuelve el asunto en la ley, pero no en los hechos desde el momento que, como hemos visto, se necesita acreditar cuando el caso se presenta, si la muerte ha tenido lugar dentro o fuera del término.

* * *

260. La cuestión en el código vigente.—El código argentino, de acuerdo con el último proyecto suizo, como lo hace notar la exposición de motivos de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, no señala un plazo, sino que se refiere al estado puerperal, o sea al parto y sus consecuencias.

En Francia, probablemente porque el código no se ocupa de calificar especialmente el homicidio de recién nacidos, sino para considerarlo como un delito especial y sumamente grave,

se ha recurrido con frecuencia a la excusa mental, sosteniéndose que las parturientas pueden en el momento del parto ser atacadas por un delirio durante el cual la responsabilidad desaparece. El crimen en esas condiciones sería excusable.

Las observaciones de esa clase concretadas principalmente por Marcé (1), en una obra ya vieja, son generalmente aceptadas por los estudiosos en cuanto tienen de fundamental, pues generalmente se admite que el parto ocasiona no sólo pertubaciones físicas, sino mentales, que pueden llegar hasta lo que se llama la manía puerperal (2).

Los disturbios físicos y mentales producidos por el parto son una consecuencia ordinaria y probable de aquél, pero no necesaria, desde que en ciertos casos, no se producen. Generalmente, sin embargo, tienen lugar y es de suponerse que se agravan cuando la madre tiene la preocupación de que el hecho, lejos de procurarle ventajas o satisfacciones que mitiguen sus dolores, le aparejaría desgracia y vergüenza. Se explica así una situación de ánimo excepcional que justifica la penalidad atenuada.

La ley no ha querido por eso fijar términos y establece que mientras dure esa influencia la atenuación especial favorece a la madre criminal.

La averiguación respecto a la persistencia de ese estado especial o a su desaparición es una cuestión de hecho que deberá establecerse en cada caso con las pruebas periciales correspondientes. Es claro que si el examen se produce a raíz del crimen será fácil establecer las referidas circunstancias. En cambio, si el tiempo ha pasado será preciso presumir más que demostrar.

El código no señala términos fijos porque el estado puerperal no dura el mismo número de días en todas las madres y siendo no el plazo en sí, sino el estado especial lo que contribuye a la calificación del hecho, ha debido referirse a ese estado, sin hablar de tiempo.

*

* *

261. El infanticidio con relación a determinados parientes. —El segundo caso de infanticidio contenido en nuestro código,

(1) Traité de la folie des femmes enceintes, des nouvelles accouchés et des nourrices.

(2) Digesto Italiano y sus citas. Tomo 13. Primera parte, pág. 669.

es distinto al primero. En el anteriormente estudiado la ley se refiere a la madre y exige: a) la muerte del hijo ocasionada voluntariamente por la madre; b) el propósito de evitar la deshonra; y c) la influencia del estado puerperal cuando el crimen se ejecuta.

La ley se refiere ahora a ciertos parientes y exige para que el delito concurra: 1.°, que se mate a un niño voluntariamente; 2.°, que el matador sea el padre, madre, hermano, hermana, marido hijo o hija de la madre del niño; 3.°, que el crimen se haya cometido para ocultar la deshonra de la hija, hermana, esposa o madre; 4.°, que el autor se encontrase en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusable.

Las circunstancias antes establecidas no necesitan un mayor comentario desde que ya han sido estudiadas. Baste decir que los parientes aludidos, se supone que proceden inspirados por el mismo móvil que la madre. Pero como esos parientes no pueden estar influídos por el estado puerperal y la ley no admite el derecho de matar en ningún caso, y sólo reconoce la atenuación especial porque supone un estado mental determinado como consecuencia del hecho, el código exige el estado de emoción violenta.

Si todos los factores anotados no concurren, habrá homicidio simple u homicidio calificado especialmente en razón de su gravedad, según el caso. Así, si el homicidio del niño lo realizare un ascendiente, el caso se encontraría regido por el inciso 1.° del artículo 80; si lo ejecutase un hermano, sería homicidio simple sometido al precepto general del artículo 79.

El código no dice nada respecto al tiempo en estos casos, esto es, con relación al término en que debe ser ejecutado el crimen para que la atenuación especial concurra.

La falta de determinación de un plazo responde al propósito de la ley de dejar la solución al criterio judicial, el que debe pronunciarse en cada hecho, de conformidad a las circunstancias del mismo.

Los factores que deberán tenerse especialmente en cuenta son: el propósito de ocultar la deshonra, lo que supone la falta de publicidad acerca del hecho y el estado de la parturienta. Mientras dure la influencia del período puerperal concurriendo los otros requisitos, procede la especial calificación.

262. La pena para el delito.—La pena se ha disminuído con relación a la que consignaban los proyectos anteriores y esa reducción se explica por los cambios introducidos en cuanto al carácter del delito.

En la fijación del castigo se han aceptado los principios generales, siendo las penas alternativas y elásticas. El mínimum es de seis meses de prisión y el máximum de tres años de reclusión.

263. El delito y la clase de filiación.—Se pregunta si el niño debe ser ilegítimo para que el delito tenga la pena atenuada o si concurre esta última, cualquiera que sea su carácter.

El asunto a primera vista parece no prestarse a ninguna discusión, desde que siendo indispensable el propósito de ocultar la deshonra y no pesando ese factor cuando se trata de filiación legítima, la calificación sólo concurrirá en aquellos en que el niño tuviese una filiación ilegítima.

Pero cuando el punto se relaciona con las reglas del derecho civil las cuestiones surgen, puesto que ciertas reglas allí establecidas pueden encontrarse contrariadas por los hechos.

Así, bajo el régimen de esas leyes, el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Pero puede ocurrir que esa presunción legal que gravita en las legislaciones desde los tiempos del derecho romano, se encuentre en los hechos completamente contrariada y que el hijo no sea del marido. Para el código civil sería legítimo, mientras no se produjera una sentencia que acreditase el adulterio y la falsa filiación; en el hecho no lo sería.

En el orden penal basta que el objeto haya sido evitar la deshonra y por eso es que se atenúa la pena con respecto al esposo que mate al hijo de su mujer, que debe presumirse no suyo.

Si una mujer matase a su hijo legítimo sin ese propósito, habría incurrido en un homicidio regido por el inciso 1.° del artículo 80.

264. El artículo 82 y sus concordancias.—

ARTICULO 82

Cuando en el caso del inciso 1.° del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1.° del anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años (1).

Concordancias. — Código Italiano, artículo 370; Holandés, 294; Húngaro, 283; Español, 421; Chileno, 393; Uruguayo, 324; Proyecto de 1891, 113; Proyecto de 1906, 86; Ley número 4189, 17, inciso 5.°; Proyecto Peruano de 1916, 133.

265. Alcance de la disposición.—El código en el inciso 1.° del artículo 80 castiga especialmente al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. En el inciso 1.° del artículo 81 se castiga también especialmente, pero para atenuar la pena y no para agravarla al que procede en estado de emoción violenta y al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjera la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

En el presente artículo se relacionan las dos disposiciones y se coloca un castigo especial para el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son, en las circunstancias señaladas en los sub-incisos a) y b) del inciso 1.° del artículo 81.

En el proyecto de 1891 se consigna el artículo 113 análogo al presente. La exposición de motivos lo funda diciendo que si respecto de los casos consignados en el precepto que se refiere a la agravación de la pena media una mayor severidad fundada en la calidad o número de las víctimas o en los medios brutales de la ejecución del hecho, debe concurrir una relativa atenuación de la pena cuando en aquellos casos concurran las circunstancias especiales de atenuación.

La disposición pasó del referido proyecto a la ley número 4189, cuyo inciso 5.° del artículo 17 la reprodujo.

Se incluyó también en el artículo 86 del proyecto de 1906 y de allí pasó al código vigente.

(1) La fe de erratas de la Cámara de Diputados, ha dispuesto se agregue la palabra "artículo" antes de "anterior". La corrección se explica por sí misma.

XII

El suicidio

266. El suicidio no es un delito. — 267. El suicidio en el proyecto del doctor Tejedor. — 268. El proyecto del doctor Tejedor constituye una excepción en los antecedentes nacionales. — 269. Los proyectos posteriores y la ley de reformas.— 270. El artículo 83 y sus concordancias. — 271. El artículo en las cámaras de diputados y senadores. — 272. Los casos que comprende el artículo.

* * *

266. El suicidio no es un delito.—Incurre en suicidio el que se quita voluntariamente la vida.

La ley no puede castigar al que consuma su designio desde el momento que muerto el sujeto, desaparece la persona sobre la cual pudo aquélla hacerse sentir.

Las represiones tomadas sobre el cadáver no son de estos tiempos y no encuadran dentro de los conceptos del derecho penal.

Las medidas que podrían tomarse serían de orden civil, se referirían a los bienes y no afectarían al fallecido, sino a sus herederos; o de orden penal con respecto al que no consumase su propósito o al que prestase ayuda al suicida.

Filósofos y juristas se plantean un interrogante. ¿Es delito el suicidio?, preguntan. No me engolfaré en una larga discusión

doctrinaria que no tendría objeto y tomaré solamente en cuenta la cuestión bajo el punto de vista del derecho positivo.

Para la ley, la noción de delito es correlativa de la noción pena. No puede haber delito sin el castigo correspondiente. Ahora bien, erigir en delito un hecho de castigo imposible, ya que no podemos ni en hipótesis admitir que se condene a quienes no han hecho nada, lo que ocurriría en el caso de atribuirse consecuencias para los parientes al suicidio del autor, es sancionar un absurdo.

Entre nosotros, una pena para el suicida sería contraria a la Constitución que no permite el procesó sin defensa. Desaparecido el sujeto, no podría ser defendido, puesto que la defensa cuando no se trata de derechos transferibles, sólo puede provenir del interesado, del reo en materia penal.

Se podrá observar, sin embargo, que si bien es cierto que la consumación del suicidio elimina al sujeto e impide la aplicación de pena, no ocurriría lo mismo con respecto a la tentativa, o sea al individuo que habiendo tenido el propósito de matarse y habiendo llevado su pensamiento a la práctica ha fracasado en el propósito. En este caso habría la posibilidad de castigar, aunque no conveniencia de hacerlo, como lo demuestra la opinión unánime de los que se ocupan de esta materia.

La pena, tras el acto de desesperación que ha movido al que atentó contra su vida, sólo serviría para colocarlo en peores condiciones sin objeto ni beneficio social. Por el contrario, podría convertirse en peligroso un ser hasta ese momento inofensivo para los demás.

No sucede lo mismo cuando se trata de la ayuda prestada al que ha querido suicidarse, consume o no su propósito.

Pero antes de examinar la cuestión en detalle y de estudiar la disposición pertinente, de nuestro código, me ocuparé de sus antecedentes.

* * *

267. El suicidio en el proyecto del doctor Tejedor.—El primer artículo del capítulo 6.° del título donde se legisla sobre el homicidio, dice: "el que se quite voluntariamente la vida incu-
" rre por el mismo hecho en la privación de los derechos civiles

" y las disposiciones últimas que hubiese hecho se tendrán por
" nulas y de ningún valor."

La nota dice: " El suicidio era condenado en Grecia por la
" filosofía, y la ley hizo otro tanto. Los tebanos infamaban la
" memoria del que había atentado a sus propios días. En Atenas
" se cortaba la mano del suicida y se le privaba de los honores
" de la sepultura. Pero en Roma la secta de los estoicos se le-
" vantó contra la doctrina platónica. Ella reconocía en el hom-
" bre el derecho de disponer de la vida como de un vestido que
" incomoda. La ley positiva no hizo tampoco más que confor-
" marse con la opinión dominante, porque es de observar que en
" este delito más que en ningún otro el legislador ha seguido
" siempre al moralista o al filósofo."

" Así, en principio, la ley romana no castigaba el suicidio.
" Dos títulos en el cuerpo de derecho romano, uno en el Digesto
" y otro en el código, hacen, sin embargo, algunas distinciones.
" Si el que se daba la muerte lo hacía con el objeto de sustraerse
" a una condenación de pena de muerte o deportación, sus bie-
" nes eran confiscados. En el caso contrario, los bienes pasaban
" a los herederos, pero en todos los casos era permitido a éstos
" probar la inocencia del acusado. De modo que los bienes no
" se confiscaban sino en tanto que se probaba el crimen imputa-
" do. Y es por esto que Diocleciano y Maximiliano dicen en un
" rescripto: *factum sponte se precipitantes innocenti criminis pe-*
" *riculum afferre non potest.*"

" El derecho de la edad media no fué más favorable al sui-
" cidio. Los doctores cristianos fundándose en el precepto del
" decálogo *no matarás,* llegaron hasta comparar el suicidio con
" el homicidio. La ley siguió las mismas ideas y no tardó en sa-
" car las más absurdas consecuencias. Apoderándose del cadá-
" ver del suicida se estableció contra él un proceso criminal. Se
" le juzgaba y condenaba a una ejecución repugnante y se con-
" fiscaban sus bienes. Este estado de cosas duró hasta el si-
" glo 18."

" El efecto del rigor de estas leyes que hacían recaer la pe-
" na sobre un cadáver o sobre inocentes, fué que los publicistas
" y las leyes mismas acabaron por tolerar el suicidio y no cas-
" tigarlo, y esto mismo es lo que hacen todas las leyes actual-
" mente en vigor."

Los códigos de Brunsvick y de Bade se ocupan indirecta-

" mente del suicidio. Ninguna pena pronuncian contra este de-
" lito, pero la provocación al suicidio se castiga por el primero
" con uno a cinco años de trabajos forzosos, y la ayuda o asis-
" tencia con tres meses a un año de la misma pena. El segundo
" castiga toda participación con prisión de cuatro semanas a un
" año o seis meses a seis años de trabajos forzosos. Estas dispo-
" siciones son justas, porque aunque no se quiera castigar el sui-
" cidio, no hay razón para que el que provoca el suicidio, o par-
" ticipa de cualquier otro modo, no sea castigado. (Boeresco, pá-
" gina 274 y siguientes)."

" El código sardo es el único que castiga el suicidio de un
" modo especial y directo, y de él es que tomamos la disposición
" de estos dos artículos que distinguen entre el crimen consu-
" mado y la tentativa. En el primer caso no se ejerce ninguna
" represión sobre el cadáver, porque sería cruel y bárbaro cas-
" tigar un cuerpo frío e insensible. Se declaran solamente nu-
" las sus últimas disposiciones y en esto no hay nada que sea
" injusto puesto que el que atenta a su vida se hace por este
" hecho indigno de reglar él mismo su sucesión. Sus herederos
" entrarán a heredar según el orden establecido por la ley. Si
" no ha habido más que tentativa es justo y humano que el cul-
" pable sea colocado bajo la vigilancia activa y benéfica de la
" sociedad. Dejándole libre y abandonado a sus inspiraciones fa-
" tales podría volver a comenzar un acto que sólo le impidió
" ejecutar una circunstancia fortuita. Colocado, por el contra-
" rio, en una casa especial, por un tiempo más o menos largo
" y bajo la vigilancia saludable, podrá volver sobre sí mismo y
" renunciar para siempre a toda idea de concluir con sus días.
" Hay más crueldad en abandonar a un hombre después que ha
" tentado matarse, que en detenerlo por algún tiempo, para con-
" servarle así a su familia y a sus amigos."

" En general, dice Chauveau Adolphe, no hay que ocultar-
" se que la acriminación legal del suicidio no puede tener más
" que un poder incierto, porque las pasiones y afecciones que
" llevan al suicidio son muchas veces más fuertes que la auto-
" ridad de las leyes. Sólo la religión tiene el poder de encadenar
" la voluntad, porque tiene imperio sobre las pasiones, y su voz
" habla bien alto aun en medio de las tempestades del alma para
" aplacar sus furores. No creemos, sin embargo, que toda dis-
" posición sea impotente y estéril. La inscripción del suicidio

" entre los delitos tiene por lo menos la ventaja de ser una alta
" lección, una advertencia para los pueblos. ¿Quién sabe si esta
" saludable reprobación no desvía de su cumplimiento a algunos
" espíritus momentáneamente extraviados? Y bastaba que impi-
" diese una sola muerte voluntaria para que la ley ya no fuese
" inútil."

El artículo castiga, por consiguiente, a los sucesores del suicida favorecidos por éste en su testamento. El hecho tiene así consecuencias civiles que no perjudican al propio sujeto, desde que desaparece, sino que anulan sus disposiciones de voluntad.

El artículo 2.° del mismo capítulo se refiere al que intenta suicidarse sin consumar su propósito por circunstancias independientes de su voluntad y no por un arrepentimiento espontáneo y dispone la conducción del mismo a lugar seguro y la sujeción a vigilancia rigurosa de un año por lo menos y tres a lo más.

Y el artículo 3.° y último expresa: El que a sabiendas preste a otro medios para que se suicide, será castigado con uno a tres años de prisión. El que lo ayude a la ejecución del homicidio cooperando personalmente, sufrirá el mínimum del presidio o penitenciaría.

La nota dice al respecto después de anotar concordancias con los códigos peruano, brasileño, ruso, de Luisiana y España:

" Si aprobamos a la ley, dice Pacheco, no haber tratado de penar
" al suicidio, no la aprobamos menos en haber penado los auxi-
" lios que se den para éste. Aquí nos hallamos plenamente en
" otro caso: aquí faltan de todo punto las razones que impedían
" castigar el primero; aquí hemos pasado a una esfera en que
" la ley puede tener eficacia; y en que pueda pedírsela, por con-
" siguiente, que sancione en sus preceptos lo que inspira en los
" suyos la moral. La ley distingue dos casos. Uno, el de prestar
" nuevo auxilio al homicida, facilitarle el veneno o el puñal, o
" impedir eficaz, poderosamente, que acudan a salvarle de su
" mala intención. Otro, ejecutar por sí mismo la acción que el
" suicida desea, clavarle el puñal, darle a beber el veneno, en-
" cender el brasero y cerrar herméticamente la habitación. Los
" casos, en efecto, son distintos: el auxilio del uno ha pasado a
" ser acción completa en el otro. Allí hay complicidad; aquí hay
" cooperación más importante; hay, en una palabra, un homi-
" cidio concertado con el que va a ser su víctima. (T. 3, p. 31)."

" La ley francesa no castiga los actos de asistencia, así co-

" mo no castiga el suicidio mismo; y en esto se muestra más con-
" secuente que las legislaciones extranjeras, que castigan la par-
" ticipación de un hecho que según ellos no es delito."

" **Cooperando personalmente.**—Este punto ha sido materia
" de largas discusiones en los tribunales franceses. Se ha dudado
" si la cooperación en este caso era un acto de complicidad del
" suicidio, o un crimen principal, un homicidio voluntario, un
" asesinato. Según refiere Chauveau Adolphe, la corte de casa-
" ción resolvió dos veces afirmativamente. Pero semejante reso-
" lución no es admisible. No basta, dice el mismo autor, para
" que haya homicidio o asesinato que en el pensamiento haya
" existido la voluntad de matar, porque esta voluntad no es
" esencialmente criminal. Es preciso, además, que nazca de la
" perversidad y deseo de dañar, que se proponga cometer un
" delito. ¿Existe esta voluntad criminal cuando una convención
" liga al agente y la víctima? ¿Cuándo aquél no hace más que
" obrar por la orden de éste? ¿O cuándo las dos voluntades se
" reunen y concurren a la perpetración del homicidio? Evidente
" es que este hecho modifica completamente la criminalidad
" de la acción. Ella no procede de la violencia, de la avaricia,
" o de otra pasión odiosa; sino de una falsa piedad, de una con-
" sagración mal entendida. El agente deriva su interés, no ya
" de la satisfacción de sus deseos personales, sino de la víc-
" tima. Es evidente que su acción difiere del asesinato, como
" la culpa lata del dolo, como la preocupación del crimen, como
" ignorancia grosera de una voluntad culpable. El ha querido la
" muerte de la víctima porque ella misma la quería, ha pres-
" tado su brazo a la ejecución del homicidio, porque ella misma
" imploraba su auxilio. Pero antes de ese impulso no había con-
" cebido el pensamiento, no lo había meditado en secreto. Nin-
" gún interés ni pasión lo animaba. La resolución era criminal,
" sin duda, pero no criminal en el sentido de la ley penal. Te-
" nía la voluntad de matar, pero no tenía el pensamiento que
" pudiese dañar, quitando la vida al que quería morir. Su ac-
" ción es culpable, la conciencia la reprueba, la sociedad debe
" castigarla; pero con otra calificación que la de homicidio o
" asesinato. (T. 3, p. 433).

* * *

268. El proyecto del doctor Tejedor constituye una excepción en los antecedentes nacionales.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García no siguió el anterior.

El artículo 216 se limitó a castigar al que a sabiendas prestare a otro medios para que se suicide y al que lo ayude en la ejecución cooperando personalmente.

Las disposiciones del proyecto del doctor Tejedor acerca del suicidio no tuvieron aceptación y al sancionarse como código para la provincia de Buenos Aires se le quitó el artículo que sancionaba la nulidad de los testamentos. Se conservó únicamente un artículo, el 220, que castigaba: 1.°, al que a sabiendas preste a otro medios para que se suicide; y 2.°, al que lo ayuda a la ejecución del homicidio cooperando personalmente.

En cuanto al código de 1886, no traía disposición alguna apartándose así de los antecedentes.

* * *

269. Los proyectos posteriores y la ley de reformas.—El proyecto de 1891 cambió el sistema de la ley anterior, diciendo en el artículo 114: "el que instigare a otro al suicidio o le ayudare
" a cometerlo, será reprimido, si el suicidio tuviere lugar, con la
" pena de uno a cuatro años de penitenciaría."

La exposición de motivos fundó la disposición diciendo: "El
" artículo 114 prevé la cooperación y la instigación al suicidio
" como delito especial que tiene su perfecta colocación en este
" grupo de delitos contra la vida. El proyecto Tejedor había
" erigido el suicidio en delito, imponiéndole como pena la anu-
" lación de las disposiciones de última voluntad del suicida, y
" al autor de tentativa de suicidio la sujeción a una rigurosa
" vigilancia por uno a tres años. Estas disposiciones fueron su-
" primidas, conservándose sólo la de cooperación al suicidio, en
" el proyecto adoptado interinamente, o sea, en el código Teje-
" dor .La ley actual, no consigna prescripción alguna sobre este
" punto. Hubo razón en suprimir la infundada prescripción del
" proyecto Tejedor con sus penas ridículas e ineficaces, pero no
" hubo razón para guardar silencio sobre la instigación y la coo-
" peración al suicidio, a las que puede procederse por maligni-
" dad, por mal entendida misericordia o por interés."

La ley número 4189 repitió el precepto del proyecto de 1891 cambiándolo sólo en cuanto a la pena que se fijó en penitenciaría desde tres hasta seis años (inciso 6.° del artículo 17, capítulo I).

En cuanto al proyecto de 1906, estableció en el artículo 87, que será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio, o le ayudare a cometerlo, si el suicidio tuviere lugar.

* * *

270. El artículo 83 y sus concordancias.—

ARTICULO 83

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Concordancias. — Código Italiano, artículo 370; Holandés, 294; Húngaro, 283; Español, 421; Chileno, 393; Uruguayo, 324; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, Título Primero, § 6, artículos 1, 2 y 3; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 216, Ley número 4189, artículo 17, inciso 6.°, capítulo I; Proyecto de 1891, 114; Proyecto de 1906, 87; Código del doctor Tejedor, para la provincia de Buenos Aires, 220.

* * *

271. El artículo en las Cámaras de Diputados y Senadores. —La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó el artículo 83 en los siguientes términos: "será reprimido con " prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio " o le ayudare a cometerlo, si el suicidio tuviere lugar."

La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores no proyectó modificación alguna, publicándose el artículo con el texto anterior en el libro "La Reforma Penal en el Senado". Fué la segunda Comisión que en su planilla propuso se agregara al final del artículo las palabras *tentado o consumado*, suprimiéndose los términos *tuviere lugar*. En esa forma se sancionó el artículo aceptándose los cambios en la Cámara de Diputados.

* * *

272. Los casos que comprende el artículo. — Nuestro código castiga la instigación al suicidio y la ayuda prestada al autor, tanto para el caso de consumación del propósito como para el de tentativa.

Existe instigación cuando se aconseja y se determina. Una observación, una palabra, un consejo simple no tienen el alcance a que se refiere el precepto. Para que la instigación se considere producida, es preciso que la acción del consejero haya sido un motivo determinante del acto, aun cuando no fuere el único.

Al considerar la ayuda, es necesario tener en cuenta que ella no se puede referir a los actos materiales del que la presta sobre el autor y víctima. Si una persona por pedido de otra la mata, usando revólver, puñal o cualquier otro medio, ese sujeto es autor de homicidio. El hecho de que la víctima haya pedido que le den muerte no le quita al acto el carácter de homicidio.

La ayuda, pues, tiene que ser una colaboración, pero nunca una acción capaz de causar la muerte del otro, como consecuencia de la misma. Ayuda, por ejemplo, el que le proporciona a otro el veneno o le presta el arma sabiendo el objeto que van a tener, pero si el colaborador, le lleva la copa a los labios y le hace ingerir el tóxico, o usa el arma para dar la muerte, no es ya un ayudante, sino un autor.

Crivellari (1), dice que, si dos amantes resuelven suicidarse, y uno de ellos mata al otro y después pretende quitarse la vida sin conseguirlo, lo que ocurriría si se lesionase, por ejemplo, con el revólver o el puñal, sería reo de homicidio. En cambio, si preparase el brasero de carbón o un veneno cualquiera al cual se sometiesen ambos por la propia acción personal, el que no falleciese sería un ayudante y no un autor de la muerte del otro.

El código, como hemos visto, reprime, no sólo al que ayuda cuando el suicidio se consuma, sino al que contribuye al mismo en los casos de tentativa.

(1) Obra citada, Tomo VII. Pág. 745.

XIII

De la culpa o imprudencia

273. Homicidio voluntario, casual y culpable. — 274. La culpa en el proyecto del doctor Tejedor.—275. El proyecto Villegas-Ugarriza-García. — 276. El sistema del código de 1886. — 277. El sistema del proyecto de 1891. — 278. El proyecto de 1906. — 279. Los sistemas examinados al redactarse el código vigente. — 280. El proyecto que presentó la comisión especial de diputados. — 281. El artículo 84 y sus concordancias. — 282. Condiciones requeridas para que se produzca el homicidio por culpa o imprudencia. — 283. Casos que comprende el artículo.

* * *

273. Homicidio voluntario, casual y culpable.—Bajo el punto de vista de los principios jurídicos y de las leyes, se distinguen tres clases de homicidio: el voluntario; el casual; y el culpable.

El voluntario es aquel que el agente ha querido; su acto es el resultado de su voluntad normal o enferma, se le imputa al mismo, se le carga en su cuenta y la justicia lo condena o absuelve, según las circunstancias. El homicidio de esa clase es el que hemos estudiado a través de sus diferentes fases.

El homicidio casual no da lugar a las acciones penales. Se produce como consecuencia de hechos que no tienen relación voluntaria con la consecuencia acaecida y que no pudieron ser previstos por el autor. La justicia no tiene en esos casos, sino que averiguar si realmente el hecho ha sido casual.

Así, si un ciudadano en el polígono de tiro, dispara su fusil contra el blanco y el proyectil hiere a un individuo que estaba detrás de aquél o que se interpone sin que el tirador haya infringido disposición alguna, éste ha incurrido en un acto lícito que ha producido una consecuencia casual. La ley penal no puede castigar el hecho porque nada se ha violado al realizarlo, siendo lo sucedido una desgracia imprevista.

Puede suceder, entretanto, que una persona realice un acto sin el propósito de dañar a nadie, pero ocasionándolo por haber hecho uso de medios peligrosos o sin tomar las precauciones debidas. Cuando una persona mata a otra, sin la intención de haber hecho nada en su contra, pero habiendo incurrido en descuido o negligencia, ejecuta un homicidio culpable.

Así, si un sujeto dispara un arma de fuego en el patio de su casa sin intención de herir a nadie y con el solo objeto de hacer ruido y el proyectil de la misma mata a un transeunte, el autor del disparo no puede ser considerado un homicida simple, sino por culpa o imprudencia.

En la doctrina y en las leyes los homicidios cometidos en esas condiciones se califican especialmente, pero se señalan divergencias en las formas de considerar la cuestión y de resolverla. En los antecedentes nacionales que examinaré podrán apreciarse bien los conceptos acerca de la materia.

* * *

274. La culpa en el proyecto del doctor Tejedor.—El título tercero de la parte primera, libro primero, se ocupaba en este proyecto de la culpa o imprudencia. La ley no se refería a un caso, ni a un delito particular, sino a todos aquellos en los cuales interviniese el factor culpa o imprudencia.

El artículo 1.° decía que siendo deber de todo hombre en sociedad, abstenerse de los actos peligrosos y debiendo proceder en todo lo que emprenda con la atención y reflexión necesaria para no causar perjuicio involuntariamente a los derechos de los demás, ni a las leyes del Estado, el que contraviniendo a esta obligación haga u omita alguna cosa, o incurra aunque sea sin intención, en una infracción prevista en el código, cometerá delito por culpa o imprudencia.

La nota puesta al pie del artículo empezaba por referirse al comentario oficial del código de Baviera y decía de acuerdo con aquél que la culpa se encuentra entre la voluntad criminal (dolus) y la fuerza mayor (casus). La culpa se distingue del dolo en que ésta supone una intención culpable, y de la fuerza mayor en que ésta supone un acontecimiento imposible de prever ni de impedir, mientras que en el caso de imprudencia ha habido siempre posibilidad de evitar el perjuicio causado. De esta posibilidad es de donde deriva la culpa del que causa el perjuicio.

Agrega la nota: " La imprudencia no difiere del dolo en que " los hechos de imprudencia son hechos negativos y los actos de " dolo, actos positivos. El dolo puede consistir en un hecho nega- " tivo u omisión, así como la culpa puede resultar de un acto " positivo, por ejemplo de la imprudencia de un tutor que colo- " case los dineros de su pupilo sin tomar las seguridades necesa- " rias. Sin embargo, aunque la culpa no sea el dolo, puede a veces " combinarse con él. Así, un individuo comete contra otro una vía " de hecho que no es de naturaleza capaz de dar la muerte. Pero " la muerte se verifica contra todas las probabilidades. El agente " será responsable de dolo en todo aquello que haya tenido volun- " tad de hacer, y de culpa en lo que haya sucedido en contra de " su voluntad a no ser que la ley por una disposición expresa dis- " ponga de otro modo, y lo haga responsable a título de crimen, " aun del resultado involuntario, como en el caso de violación si " muere la víctima."

La nota termina con citas de legislación comparada y con una referencia a la opinión de Pacheco que abona la tesis del codificador.

La culpa se divide en grave y ligera. El proyecto no trae definiciones, sino que señala los casos en que concurre una y otra.

La culpa es grave: 1.° Cuando el autor del daño se ha apercibido del peligro de su acción, y sin embargo no se abstiene de ella por irreflexión o ligereza; 2.° Cuando el hecho encierra en sí mismo tal grado de peligro, que basta la menor atención de parte del delincuente para apercibirse que el hecho podía producir el resultado ilícito; 3.° Cuando por razón de sus conocimientos personales o de las circunstancias en que se encuentra, el delincuente fuese capaz de prever el peligro de su acción, o prevenir sus desagradables consecuencias; 4.° Cuando el hecho ejecutado con imprudencia era ya ilícito y prohibido por otros motivos; 5.° Cuan-

do independientemente de la obligación general de todo hombre de abstenerse de actos peligrosos, el delincuente tiene deberes particulares resultantes de su estado, profesión, compromisos contraídos u otras circunstancias análogas que le obliguen a una diligencia y atención especial; 6.° Cuando sin haber recibido del Estado autorización para ejercer una ciencia, arte o profesión, ni verse obligado por una circunstancia urgente y legítima, ejecuta algo que supone el conocimiento o la práctica de esa ciencia, arte o profesión; 7.° Cuando en el ejercicio de un arte, ciencia o profesión con autorización o comisión del Estado, se causa no obstante daño proveniente de falta de conocimientos o talentos manuales exigidos por la ciencia, arte y profesión.

La culpa es ligera: 1.° Cuando la acción cometida por imprudencia no tiene más que una relación lejana con el resultado ilegal, y no ha podido preverse, sino como un efecto posible, pero inverosímil y no acostumbrado; 2.° Cuando en el caso segundo del artículo anterior, el agente por debilidad de espíritu o por efecto de una afección moral no imputable, pero susceptible de perturbar la atención y la reflexión, no haya podido prever fácilmente el tamaño del peligro de su acción, o no haya podido impedir su resultado perjudicial sino por medio de un esfuerzo extraordinario del cuerpo o del espíritu; 3.° Cuando el agente se haya visto obligado por circunstancias urgentes, y que no puedan imputársele, a tomar resoluciones súbitas; 4.° Cuando el acto peligroso se haya cometido en el cumplimiento de un deber de las funciones propias, o de cualquiera otra clase, por puro exceso de celo.

La nota se refiere a lo que llama el doctor Tejedor los grados de la culpa, de acuerdo con lo establecido en el comentario oficial del código de Baviera. Dice entre otras cosas, que el legislador no puede ocuparse sino de los grados principales, reuniendo en categorías las diversas variedades. En derecho civil los grados son tres: la culpa grosera (lata), la ligera (levísima), y la leve que forma un término medio entre las dos anteriores.

En derecho penal cree que conviene fijar sólo dos grados simplificando la materia y dadas las dificultades para precisar los matices.

El castigo se gradúa según la clase de culpa, de acuerdo con el que correspondería al delito consumado con dolo.

El título encerraba, por fin, dos disposiciones relacionadas con la ignorancia de la ley. Según la primera contenida en el artículo 6.°, el acusado de una acción declarada culpable por el código que pretendiese haber ignorado la disposición de la ley penal, no será admitido a hacer esa defensa, a menos que esté apoyada en la imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de la inteligencia.

Incurre en culpa y será castigado con las penas de la culpa, agrega el artículo 7.°, el que por ignorancia de una circunstancia de hecho no haya conocido la criminalidad de su acción, pero que deba imputarse esta ignorancia, porque haya omitido tomar informaciones o emplear la circunspección necesaria. Si no ha podido sin embargo conocer la verdad, o si ha hecho por descubrirla todo lo que era posible según sus fuerzas y en las condiciones y circunstancias en que se encontrara, su ignorancia no le será imputada como delito.

La nota transcribe un párrafo de Escriche sobre la ignorancia voluntaria que proviene de negligencia en aprender y la involuntaria que es un efecto de la falta de medios físicos o morales para evitarla.

* * *

275. El proyecto Villegas-Ugarriza-García. — El sistema del anterior proyecto es seguido por el de los doctores Villegas Ugarriza y García. El título séptimo del libro primero se ocupa de *las culpas*. La definición del proyecto Tejedor se omite, enumerando el artículo 37 los casos de culpa grave y el 38 los de culpa leve.

El primer artículo tiene siete incisos lo mismo que el correspondiente del proyecto anterior, siendo iguales los cuatro primeros. Los números 5.° y 6.° comprenden casos análogos a los consignados en los incisos 5, 6 y 7 del proyecto Tejedor, y el último contiene un precepto que hoy rechaza la ciencia y no admiten los códigos, pues considera que se incurre en culpa grave cuando los hechos son cometidos por un beodo habitual. Lejos de agravarle la pena, el precepto la disminuye para los sujetos en esas condiciones.

El artículo 38 enumera los casos de culpa leve, llamada ligera en el proyecto del doctor Tejedor. Esos casos se producen:

1.° Cuando la acción cometida por imprudencia no tiene sino una relación lejana con el resultado; 2.° Cuando por un defecto físico o acción moral no se encuentra el individuo en las condiciones generales para conocer las consecuencias del acto; 3.° Cuando el agente se ha visto obligado, por circunstancias urgentes que no puedan imputársele, a tomar una resolución súbita; 4.° Cuando el acto se ha verificado en cumplimiento de deberes oficiales y por exceso de celo; y 5.° Cuando se ha cometido en estado de embriaguez accidental.

* * *

276. El sistema del código de 1886.—El artículo 15 se limita a decir que son punibles las contravenciones a la ley cometidas por culpa o imprudencia.

El artículo 16 dice que la culpa es grave: 1.° Cuando el autor del daño ha podido prever el peligro de su acción y sin embargo no se abstiene de ella por pasión, irreflexión o ligereza; 2.° Cuando el hecho encierra en sí mismo tal grado de peligro, que basta la menor atención para prever que el hecho podía producir el resultado ilícito; 3.° Cuando por razón de sus conocimientos personales o de las circunstancias en que se encuentre, el delincuente fuese capaz de prever el peligro de su acción o sus consecuencias; 4.° Cuando el hecho ejecutado con imprudencia era ya ilícito o prohibido por otros motivos; 5.° Cuando por razón de su estado, profesión, empleo, compromiso u otras circunstancias análogas, el autor estuviese obligado a mayor diligencia y atención; 6.° Cuando sin título legal se ejerce ciencia, arte o profesión, no estando ese ejercicio justificado por la urgencia y necesidad del caso.

Y el 17 expresa que la culpa es leve: 1.° Cuando la acción cometida por imprudencia, no tiene sino una relación lejana con el resultado; 2.° Cuando por defecto físico o afección moral, no se encuentra el individuo en las condiciones generales para conocer las consecuencias del acto; 3.° Cuando el agente se ha visto obligado por circunstancias urgentes, que no pueden imputársele, a tomar una resolución súbita; 4.° Cuando el acto se ha verificado en cumplimiento de deberes oficiales y por exceso de celo.

Las penas se gradúan conforme a la clase de culpa y de acuerdo con las que corresponderían al delito consumado con dolo.

La ley número 4189 no introdujo en esta parte ninguna modificación.

* * *

277. El sistema del proyecto de 1891. — El proyecto de 1891 cambió las antiguas nociones, suprimiendo el título relativo a la culpa o imprudencia.

La innovación fué fundada en la exposición de motivos, la cual dijo al respecto: "El artículo 115 prevé especialmente el "caso de homicidio causado por culpa o imprudencia. Nuestro "proyecto no consigna en la parte general disposiciones sobre la "culpa, encontrándose en el segundo libro, determinada la repre-"sión que corresponde en los casos en que la merezcan los hechos "producidos por aquella causa. Preferimos este sistema al adop-"tado por el código por motivos que se explican fácilmente. El "número de los hechos reprimibles aunque no concurra la volun-"tad criminal es reducido relativamente a los hechos que no es "posible producir por imprudencia, y no hay porqué generalizar "una disposición que corresponde a casos excepcionales en que "precisamente sufren una derogación los principios comúnmente "admitidos de la responsabilidad. Tampoco hay motivo fundado "para establecer una relación proporcional entre la penalidad del "hecho cometido con intención criminal y la del cometido por "imprudencia: no hay entre los hechos derivados de una u otra "causa sino una relación puramente material; y el hecho mate-"rial por sí solo no justifica la medida de la pena."

* * *

278. El proyecto de 1906. — El sistema anterior fué seguido también en el proyecto de 1906. La exposición de motivos, fundamentándolo, expresó: "Otra innovación, que por el carácter ge-"neral que reviste nos parece conveniente indicar en este capí-"tulo, es el sistema que hemos adoptado para legislar la culpa o "imprudencia y el encubrimiento."

"Respecto de la primera, en vez de establecer reglas gene-"rales, que por su condición de tales deberán aplicarse a todos

" los delitos—sistema seguido por el código vigente,—hemos pre-
" ferido el de establecer, a continuación de todo delito susceptible
" de ser cometido por imprudencia, la pena que le corresponda
" por razón de esa circunstancia."

" El motivo principal de esta reforma, en la que seguimos
" a los modernos códigos de Italia y Holanda, es que considera-
" mos impropio dictar disposiciones de carácter general, y que,
" sin embargo, no pueden ser aplicadas sino a ciertos y determi-
" nados delitos."

" Por esto y porque las dudas e incertidumbres existentes
" en esta materia hacen insegura e ineficaz la generalización, cree-
" mos que el mejor medio de legislar la culpa es el que acabamos
" de exponer, debiendo agregar únicamente que nos hemos abste-
" nido de definir y dividir la culpa, porque una y otra cosa son
" prácticamente imposibles, porque la apreciación exacta de la
" culpabilidad punible de un hecho depende de mil circunstan-
" cias que la ley no puede prever y porque, en fin, nadie mejor
" que el juez, que conoce todas las modalidades y motivos del ac-
" to, puede decir si éste se ha cometido con imprudencia o sin
" ella."

* * *

279. Los sistemas examinados al redactarse el código vigente. — Como hemos podido notarlo, los proyectos del doctor Tejedor y de los doctores Villegas, Ugarriza y García, lo mismo que el código derogado, se ocupaban de la culpa o imprudencia en general y en título aparte. La culpa se legislaba como una circunstancia genérica correspondiente a todos los delitos y por eso no se contenía en la parte especial donde se enumeran los delitos y se consignan las penas, sino en la general.

En cambio, los proyectos de 1891 y 1906 suprimieron ese título y en la parte especial y con respecto a los delitos que pueden cometerse por culpa o imprudencia, consignaron la previsión y el castigo.

La culpa no es una circunstancia que pueda concurrir en todos los delitos, desde que ella existe cuando con motivo de un acto voluntario, se producen efectos delictuosos imprevistos y no deseados, pero que pudieron preverse.

Un delito de violación por culpa no se concibe; un robo por negligencia tampoco; de modo, entonces, que basta, como lo hace la ley en vigor, referirse en la parte correspondiente a los casos en que puede intervenir ese factor calificativo.

Se explica que las eximentes, las agravantes, las atenuantes, la responsabilidad civil, las reglas para las acciones, etc., se contengan en la parte general porque rigen toda la parte especial, pero no es acertado, introducir entre esos principios, preceptos que tienen un alcance limitado a determinadas infracciones del libro sobre delitos y penas.

Considero, por eso, que el código ha procedido con acierto al reaccionar sobre el antiguo sistema y aceptar los puntos de vista de los proyectos de 1891 y 1906. Nuestra ley coincide ahora con el código francés, el italiano y los demás que han seguido al primero.

El código español destina un título que contiene un solo artículo con el epígrafe de la imprudencia temeraria.

Castiga al que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que constituiría un delito grave si mediare malicia y al que con infracción de los reglamentos cometiere un delito por simple imprudencia.

* * *

280. El proyecto que presentó la Comisión Especial de Diputados. — La exposición de motivos dijo respecto a este punto:
" La Comisión ha aceptado también los principios del proyecto
" de 1906, sobre la culpa, suprimiendo el título especial que legis-
" laba sobre la misma para fijar en cada caso las penas que co-
" rrespondan cuando el delito ha sido cometido por imprudencia.
" Y ha introducido algunas otras modificaciones de detalle, que se
" explican por sí mismas."

* * *

281. El artículo 84 y sus concordancias.—

ARTICULO 84

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

Concordancias. — Código Italiano, artículo 371; Belga, 418 y 419; Francés, 319; Uruguayo, 325; Proyecto del Dr. Tejedor, Título 3.°, Libro 1.°, artículos 1, 2, 3, 4 y 5; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 37 y 38; Proyecto de 1891, 115; Proyecto de 1906, 88; Código de 1886, 15, 16 y 17; Proyecto Peruano de 1916, 132.

*
* *

282. Condiciones requeridas para que se produzca el homicidio por culpa o imprudencia. — Para que exista homicidio por culpa, es necesario: 1.° Que se produzca la muerte de una persona a consecuencia de la acción de otra; 2.° Que esa acción se haya realizado sin el propósito de causar el daño; 3.° Que el agente haya podido o debido suponer cuando realizó el acto, que éste era susceptible de ocasionar las consecuencias sobrevenidas.

En el homicidio culpable concurre siempre una ligereza o imprudencia por parte del agente, desde que si no hubiera accionado como lo hizo, absteniéndose con prudencia, la consecuencia funesta no habría tenido lugar. La imprudencia puede ofrecer distintos aspectos, desde que, el descuido es susceptible de ser mayor o menor. Hasta en el lenguaje corriente acostumbramos a decir en ciertos casos que un descuido es imperdonable o que se ha incurrido en el mismo existiendo más que culpa, desgracia. Las distinciones son difíciles de hacer porque los matices son sutiles y los casos son frecuentemente desiguales. Los jueces, sin embargo, al estudiarlos, deberán tener en cuenta el conjunto de circunstancias y de acuerdo con las mismas fijar la pena correspondiente.

En la apreciación de la culpa debe tenerse presente siempre lo que podríamos llamar la previsibilidad. Cuanto más fácil, más verosímil, más clara debió ser la previsión de las consecuencias, mayor es la culpa; cuanto más difícil hubiera sido pensar en el resultado, menor es la negligencia.

Y cuando las circunstancias han sido tales, que el hecho no hubiera podido preverse, se considera casual y no apareja consecuencias. La culpa se mueve así entre el hecho fortuito y casual y el hecho que sin ser doloso, debió evitarse, calculando las consecuencias.

*
* *

283. Casos que comprende el artículo. — 1.° *Imprudencia.* — Equivale a falta de cordura, de moderación o de discernimiento.

Se considera imprudente a quien no toma las precauciones necesarias, procede con apresuramiento y se decide con demasiada rapidez sin fijarse en los invonvenientes resultados que puede tener su acción. Es imprudente, por ejemplo, el que marcha por una calle o camino, manejando un automóvil con velocidad excesiva.

2.° *Negligencia.*—Incurre en la misma, el que por descuido, holgazanería o cualquier otra cosa, omite las precauciones que se deben tomar ordinariamente en la función o acto que debe realizar. Sería negligente el conductor de un automóvil que no hubiese tenido la precaución de cargar los depósitos de aceite y en esa forma se lanzara con su máquina, sin tener en cuenta que un accidente sería lo natural en tales condiciones.

3.° *Impericia en el arte o profesión.*—Todas las profesiones imponen en su ejercicio una serie de reglas y precauciones.

Un farmacéutico que no tuviera la precaución de tener las drogas separadas y señaladas; un médico que operase un enfermo sin esterilizar los instrumentos y sin cuidar de su propia higiene; una partera que incurriese en la misma omisión, serían responsables si se produjera la muerte del cliente o paciente por esa causa.

.4° *Inobservancia de los reglamentos.*—Algunas profesiones están sujetas a reglamentaciones especiales que se dictan precisamente para evitar accidentes. La violación de esas reglas supone la culpa, en caso de homicidio. Lo mismo ocurre cuando se infringen los deberes del cargo que se desempeña.

XIV

Aborto

284. Noción del delito de aborto. — 285. Requisitos para la existencia del delito. — 286. La clase de delito. — 287. El artículo 85 y sus concordancias. — 287. Casos que comprende la disposición. — 288. El sujeto procede sin consentimiento de la mujer. — 289. Antecedentes de la disposición. — 290. La falta de consentimiento en los demás antecedentes nacionales.— 291. Consentimiento de la mujer. — 292. Antecedentes de la disposición. — 293. El artículo 86 y sus concordancias. — 294. Agravación especial para ciertos autores. — 295. El proyecto del doctor tejedor. — 296. Proyecto de los doctores villegas, ugarriza y garcia. — 297. El código de 1886 y la ley número 4189. — 298. Los proyectos de 1891 y 1906. — 299. La redacción aceptada por la comisión especial de la cámara de diputados. — 300. El artículo 86 en el senado. — 301. La disposición general y la primera excepción. — 302. La segunda excepción.—303. El artículo 87 y sus concordancias.—304. El aborto culpable. — 305. Antecedentes del artículo. — 306. El código de 1886 y la ley número 4189. — 307. Los proyectos de 1891 y 1906. — 308. El artículo 88 y sus concordancias. — 309. El delito en la mujer. — 310. La regla respecto a la tentativa. — 311. Proyecto del doctor tejedor. — 312. Proyectó de los doctores villegas, ugarriza y garcia. — 313. La disposición en los proyectos de 1891 y 1906. — 314. El código de 1886 y la ley número 4189.

*

* *

284. Noción del delito de aborto. — Distintas definiciones se han dado para caracterizar el delito de aborto provocado. Digo de aborto provocado aun cuando en adelante suprimiré la calificación, porque aquel que no hubiese tenido lugar merced a un acto voluntario, importaría una casualidad o una desgracia, pero nunca un delito.

El aborto consiste en la expulsión del feto del seno materno ejecutada con dolo, sea por los padres o por extraños antes del tiempo natural requerido para el parto.

Se define también diciendo que se caracteriza por la dolosa muerte del feto en el seno materno o la expulsión violenta que sea seguida de la muerte.

Otros dicen que consiste en la expulsión prematura o violentamente provocada del producto de la concepción independientemente de toda circunstancia de tiempo, de vitalidad y aun de formación.

Se expresa también que es la dispersión prematura, violenta o maliciosamente provocada, del producto de la concepción, con el objeto de impedir el desarrollo y nacimiento, sin reparo alguno a la mayor o menor distancia respecto a las épocas de la concepción y del parto.

Crivellari, (1), dice que estas definiciones divergen porque en algunas se hace referencia a la expulsión del feto solamente y en otras a la muerte del mismo.

El delito de aborto tiene por objeto destruir la vida del feto. No se trata con el mismo de anticipar el parto, sino de impedir el nacimiento. Por lo demás, cuando el aborto se provoca, el ser en formación no está en condiciones de nacer, esto es, de tener vida, desde que su desarrollo no es el que se requiere para la existencia extrauterina.

*

* *

285. Requisitos para la existencia del delito. — Los extremos de este delito pueden resumirse así:

(1) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo 7, pág. 1012.

1.° Embarazo de la madre;
2.° Existencia del feto;
3.° Dolo;
4.° Empleo de medios violentos;
5.° Muerte subsiguiente del feto. (1).

Examinaré cada uno de esos requisitos, para determinar después la clase del delito, por cuanto este último punto ha dado lugar a discusiones doctrinarias.

Estado de embarazo. — La exigencia de este requisito parece innecesaria por ser evidente. Desde que el aborto se caracteriza por la expulsión violenta del feto antes de tiempo y mediante una acción humana, se comprende ser indispensable el embarazo de la mujer. Carrara y Mittermaier, citados en el Digesto recuerdan no obstante, el caso de una muchacha que fué condenada en Sajonia el año 1852 por tentativa de aborto, producida por haber ingerido substancias abortivas creyéndose embarazada sin estarlo.

Se recuerda también el caso de un proceso incoado en Londres contra un farmacéutico que vendía drogas destinadas a producir abortos y que fué acusado de tentativa de ese delito.

Por todo eso es bueno señalar la exigencia.

Existencia del feto. — La formación del embrión humano se produce paulatinamente. La concepción misma escapa a la acción de los sentidos, empezando por suponerse ante la presencia de determinados síntomas, para obtenerse la certidumbre cuando ellos revelan la presencia del nuevo ser dentro del seno materno.

Se ha discutido el punto referente a saber, desde cuando debe considerarse que la persona por nacer, empieza a tener vida y acerca del asunto se discute invocando precedentes y aun principios de las religiones.

En mi concepto, no se necesita detenerse mucho en la cuestión. Desde el momento que el aborto consiste en una acción tendiente a hacer fracasar un nacimiento, basta que la mujer se encuentre embarazada y que se accione sobre la misma a fin de que ese estado desaparezca, lo que implica matar al nuevo ser, para que se considere haberse incurrido en el delito.

Las discusiones acerca del principio de la vida, a propósito

(1) Digesto Italiano.—Palabras Aborto Procurato. Tomo 1, pág. 110.

de la respiración, del movimiento o de otros caracteres del ser, son innecesarias. La nueva vida en rigor, se inicia con la concepción, la que se revela por una serie de manifestaciones exteriores. De manera que cuando se destruye, el delito se produce y el autor cae dentro de las disposiciones que lo castigan. La pericia dará los datos de hecho en los casos que se presenten.

El dolo.—Este carácter es general a todos los delitos, salvo aquellos que se cometen por imprudencia. En el aborto se requiere el propósito de destruir al nuevo ser impidiendo el nacimiento. Es preciso así que se conozca el estado de embarazo y que se proceda para hacerlo desaparecer.

Empleo de medios violentos. — Los medios empleados para cometer el delito pueden ser mecánicos, físicos y morales.

Los mecánicos equivalen a las vías de hecho que se ejercitan sobre el sujeto a los fines de la expulsión. Pueden ser directos o indirectos. Los primeros son los que se hacen efectivos sobre los órganos respectivos en forma de compresiones; golpes, perforaciones, etc., y los segundos se ejercitan sobre el cuerpo en general, pero con el mismo propósito. Tales serían los que procurasen una agitación excepcional por ejercicios violentos, paseos a caballo, caídas, etc.

Los medios físicos llamados también medicinales consisten en la absorción de drogas que producen los efectos buscados, y los morales en impresiones violentas que influyen sobre los órganos genitales y provocan la expulsión del feto.

Todo esto corresponde más que al derecho a la medicina legal y forma el eje de los dictámenes periciales en cada caso.

Muerte del feto.—El propósito del aborto no es provocar un nacimiento anticipado, sino impedir que tenga lugar. En consecuencia, la muerte del feto es precisa para que el delito se produzca. Si se presentara un caso extraordinario de aborto provocado sin muerte del feto, el delito podría ser, si hubiese sido ejecutado por una persona que no fuese la madre, el de lesiones contra ésta, pero no el de aborto.

* * *

286. La clase de delito.—Se ha discutido entre qué delitos

debe colocarse el aborto, si como un delito contra el órden familiar o contra la vida.

El asunto no necesita en mi manera de ver de mayores desenvolvimientos y basta con lo dicho antes para considerar que el aborto es un delito contra la vida y que como tal debe ser considerado y castigado.

* * *

287. El artículo 85 y sus concordancias.—

ARTICULO 85

El que causare un aborto será reprimido:

1.° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2.° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximum de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Concordancias. — Inciso 1.°—Código Italiano, artículo 383; Holandés, 296; Húngaro, 286; Español, 425; Alemán, 220; Belga, 348; Chileno, 342; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, Título Primero, § 5, artículo 2.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 211; Proyecto de 1891, 116, inciso 1.°; Proyecto de 1906, 89, inciso 1.°; Código de 1886, 102, inciso 2.°, Ley número 4189, 17, inciso 7.°; Proyecto Peruano de 1916, 137.

Inciso 2.°—Código Italiano, artículos 382 y 383; Holandés, 297; Español, 425; Alemán, 218, Belga, 350; Chileno, 342; Húngaro, 285; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, título 1.°, § 5, artículo 1.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 211; Proyecto de 1891, 116, inciso 2.°; Proyecto de 1906, 89, inciso 2.°; Código de 1886, 102, inciso 3.°, Ley número 4189, 17, inciso 7.° Proyecto Peruano de 1916, 136.

* * *

287. Casos que comprende la disposición — El código empieza por castigar al que causare un aborto. Se ocupa así del tercero

que acciona sobre una mujer embarazada. El artículo 85 tiene dos incisos, que preveen dos casos diferentes: en el primero se supone la falta de consentimiento de la mujer y en el segundo, el consentimiento de la misma.

Estudiaré esas dos disposiciones por separado, anotando al hacerlo los antecedentes nacionales.

*

* *

288. El sujeto procede sin consentimiento de la mujer.—La pena en este caso es la de reclusión o prisión de tres a diez años, la que puede elevarse hasta quince, si como consecuencia del hecho sobreviene la muerte de la mujer.

El código no exige la concurrencia de medios determinados, sino que le basta comprobar la existencia del aborto, sin hacer cuestión de las formas en que se haya producido.

Como el aborto exige violencias materiales sobre la mujer, puede ocasionarse la muerte de la misma y de ahí la previsión del último apartado del inciso.

*

* *

289. Antecedentes de la disposición. — El proyecto del doctor Tejedor en la primera parte del artículo 2.° (Parte Segunda, Libro Primero, Título Primero, § 5), castiga al que de propósito ocasione el aborto de una mujer, empleando violencias, bebidas u otros medios.

La parte de la nota que se refiere a la disposición, dice: "Es " preciso, pues, que el agente haya tenido voluntad de hacer abor- " tar a la mujer. Si el aborto se verifica por violencia ejercida " voluntariamente, pero sin intención de producirlo, el autor de " las violencias no podrá ser castigado por esta disposición. ¿Cómo podría existir el crimen si el agente no tenía intención de " cometerlo? La calificación y la pena tomaría por base única " el hecho material, con abstracción de su moralidad? Si el agente ha cometido violencias es responsable de ellas, y debe ser castigado según su gravedad. ¿Pero puede ser responsable del aborto que las violencias causen, si ignoraba el embarazo? Evidentemente este resultado no atestigua la gravedad de las violencias, " sino la posición particular de la persona. La acción no puede " cambiar de carácter por la circunstancia accidental que ha producido. Respecto del agente, las violencias son punibles, porque " son voluntarias. El aborto no lo es ni podría serlo sino como " una herida o golpe dado involuntariamente, y por imprudencia.

*

* *

290. La falta de consentimiento en los demás antecedentes nacionales. — El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García castiga también en el artículo concordante al que maliciosamente causara el aborto, cuando ejerciere violencia sobre la mujer embarazada y cuando obrare sin consentimiento de la misma, aunque no usare violencia.

El proyecto de 1891 contiene un artículo, el 116 análogo al 85 del código vigente. En el primer inciso de ese precepto se castiga al que causare un aborto sin consentimiento de la mujer con la pena de tres a diez años de penitenciaría. La pena puede elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

La exposición de motivos decía al respecto: "Los artículos " 116 a 119 contienen las prescripciones relativas al delito de " aborto. Se observarán en esta materia las siguientes modificaciones."

"Los artículos del proyecto no expresan, como el artículo 102 " del Código Penal, que el hecho penado es el aborto que se cause *maliciosamente*. No se trata por esto de suprimir tal ele- " mento como característico del delito; pero siendo la malicia, " esto es, la voluntad criminal, un elemento esencial del delito, " era preferible no repetir excepcionalmente en la parte especial " del código la disposición de la regla general de la responsabilidad, siempre que no lo requiriese una imperiosa e imprescin- " dible necesidad, lo que por cierto no puede decirse en este caso. " En el que cause aborto, como en el que produzca cualquier otro " hecho punible que no esté expresamente atribuído a culpa o im- " prudencia, la voluntad criminal se *presume*, salvo que las cir- " cunstancias particulares de la causa autoricen una *presunción*

" contraria. Por lo demás, la *prueba* establecerá en su caso la ver-
" dadera responsabilidad o inocencia.

" Para graduar la pena en los casos de aborto, el proyec-
" to no toma en consideración la naturaleza del medio empleado,
" esto es, si se ha causado el aborto con violencia o sin ella. La
" naturaleza del medio empleado podrá o no, según las circuns-
" tancias, servir de elemento de juicio para la determinación de
" la pena en los casos particulares dentro de los límites fijados
" por la ley, suficientemente amplios para responder a aquella
" consideración."

" Lo que modifica con mayor trascendencia la gravedad del
" delito de aborto, es el hecho de causarlo con consentimiento o
" sin consentimiento de la mujer."

" El proyecto eleva la penalidad fijada al aborto por el ar-
" tículo 102 del código, especialmente en el máximum, sin alte-
" rar considerablemente el mínimum. La penalidad del proyecto
" es todavía benigna, si se la compara con la fijada por los códi-
" gos concordantes."

" En el mismo artículo se prevé el caso en que el aborto
" cause la muerte de la mujer que se hace abortar, circunstancia
" no prevista en el código."

El proyecto de 1906 se ocupa del asunto en el primer inciso del artículo 89, el cual dice; el que causare un aborto, será reprimido: 1.° Con prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuese seguido de la muerte de la mujer.

La exposición de motivos no se ocupó especialmente del asunto.

El artículo 85 fué redactado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados en la misma forma en que se encuentra en el código, sin haberse dado fundamentos en la exposición de motivos.

En cuanto al código de 1886 en los dos primeros incisos del artículo 102 castigaba al que maliciosamente causare un aborto, si ejerciere violencia sobre la mujer embarazada y si obrare sin consentimiento de la mujer aunque no ejercitare violencia.

La ley número 4189 repetía en el primer apartado del inciso 7.° del artículo 17 la disposición concordante del proyecto de 1891.

* * *

291. Consentimiento de la mujer. — El inciso 2.° del artículo prevé el caso e impone al sujeto desde uno hasta cuatro años de reclusión o prisión cuando obrare con consentimiento de la mujer. El máximum de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

La disposición es clara y no necesita explicaciones. Fué redactada en los términos en que se encuentra por la Comisión Especial de Diputados y no se le hicieron modificaciones durante la discusión legislativa de la reforma.

* * *

292. Antecedente de la disposición. — La segunda parte del artículo del proyecto Tejedor, citado anteriormente, rebaja la pena de tres años de prisión a la mitad cuando la mujer hubiese solicitado el aborto.

La nota fundando el artículo dice: "La gravedad del crimen
" no es la misma cuando el aborto se verifica con el consentimien-
" to de la mujer que contra su voluntad. El atentado entonces
" no sólo se comete en la persona de la criatura, sino que hiere
" a la madre misma en su persona y esperanzas más caras. No puede
" ponerse en la misma línea al que con su consentimiento hace
" abortar a una mujer embarazada clandestinamente, y al que ha-
" ce abortar sin ese consentimiento a la esposa legítima que lleva
" en su seno la esperanza de una familia entera. Contra Cha-
" veau Adolphe, t. 4., p. 51 "El cómplice, dice este autor, es mu-
" chas veces más culpable que la mujer misma. Esta es arrastra-
" da por motivos que pueden quizá excitar alguna piedad. El cóm-
" plice que ninguna relación de parentesco tiene con la mujer,
" sólo tiene por móvil el vergonzoso salario que se le ofrece, y si
" es pariente de la mujer, o el padre de la criatura traiciona el
" deber más sagrado."

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García también castiga ese delito y los proyectos de 1891 y 1906 contienen disposiciones análogas a las del código vigente.

El código de 1886 castigaba en el inciso 3.° del artículo 102 al que causare maliciosamente un aborto con el consentimiento de la mujer.

Y la ley número 4189 repitió en el inciso 7.°, apartado 2.°, del artículo 17, el precepto concordante del proyecto de 1891.

* * *

293. El artículo 86 y sus concordancias.—

ARTICULO 86

Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1.° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2.° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Concordancias. — Código Italiano, artículo 384; Uruguayo, 344; Holandés, 298; Español, 428; Belga, 353; Chileno, 345; Código de 1886, 105, Ley número 4189, 17, inciso 8. ; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, Título 1.°, § 5, artículo 3.° Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García; 214, Proyecto de 1891, 117; Proyecto de 196, 90.

* * *

294. Agravación especial para ciertos autores.—La ley castiga al que cause un aborto, de manera que dentro del precepto punitivo general se comprende a todos los agentes, ya sea que tengan o no conocimientos especiales que faciliten su acción.

En este artículo el código se refiere para agravar la penalidad a la versación particular en la ciencia médica de la persona que produzca el aborto.

Los que tienen en una ciencia cualquiera conocimientos especiales que han sido generalmente proporcionados por el Estado, quien por medio de las universidades, acuerda los diplomas que acreditan competencia, están particularmente obligados a no abusar de aquéllos. Esas personas han recibido un depósito sagrado, se las ha considerado dignas de particular confianza y el abuso implica así una violación de compromisos fundamentales. De aquí la mayor gravedad del acto y la pena de inhabilitación para el ejercicio profesional con que el código aumenta la penalidad establecida.

Veamos ahora y antes de pasar al examen de las excepciones al principio contenidas en el artículo, los antecedentes nacionales del mismo.

* * *

295. El proyecto del doctor Tejedor. — En el proyecto del doctor Tejedor, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su arte para causar el aborto, debían sufrir además de la pena de tres años de prisión, la de inhabilitación perpetua para volver a ejercer la profesión respectiva.

La nota decía: "Estas personas son culpables como la mujer "misma, y cualquier otro cómplice, haciendo uso con el objeto "de destruir, de un arte que aprendieron para conservar. Si la "mujer no encontrase tanta facilidad para procurarse los me-"dios de aborto, el temor de exponer su propia vida haciendo "uso de medicamentos que no conociera, la obligarían muchas "veces a diferir su crimen dando así ocasión a que naciese el "arrepentimiento. No es necesario agregar que si la intención cri-"minal debe verificarse con cuidado en toda acusación de crimen, "esta verificación debe ser más minuciosa cuando se trata de un "aborto en que sea cómplice el médico. Este hecho ha podido ser "el resultado involuntario de remedios dados con buena fe. En "mil circunstancias los cuidados prodigados a un enfermo pue-"den procurar el aborto. Puede suceder también que la mujer "finja una enfermedad ocultando su embarazo con el objeto de "procurarse el aborto. Si el médico ha ignorado la enfermedad,

" o si sabiéndola no ha tenido intención de concurrir a un pen-
" samiento criminal, no es responsable."

La misma nota terminaba diciendo respecto a la inhabilitación perpetua, que la agravación era justa, porque debía pesar mayor responsabilidad sobre las personas que por su profesión tienen obligación de cuidar y socorrer a las mujeres embarazadas.

* * *

296. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.— El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García aplica a los médicos, cirujanos, parteras y farmacéuticos que causen un aborto, la pena ordinaria y además la de inhabilitación mayor para el ejercicio de la profesión o arte. Esta inhabilitación se aplicaba por un tiempo mínimo de cuatro años y por uno máximo de seis.

* * *

297. El código de 1886 y la ley número 4189. — El código derogado castigaba a los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, con la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación por doble tiempo.

La ley número 4189 menciona solamente a los médicos, parteras o farmacéuticos, y les aplica la pena ordinaria aumentada con inhabilitación especial por tiempo doble al de la condena.

* * *

298. Los proyectos de 1891 y 1906. — El proyecto de 1891 en el artículo 117, dice: los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, o cooperaren a causarlo, incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior, y sufrirán además inhabilitación especial por tiempo doble que el de la condena.

La exposición de motivos se limita a decir que el artículo

prevé la circunstancia agravante del abuso de la ciencia o arte para causar el aborto proporcionando las penas a la relativa gravedad de los casos del precepto anterior que fija el castigo ordinario con más la agravación de la inhabilitación especial.

En el proyecto de 1906, el artículo se redactó en los términos siguientes: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar aborto, o cooperaren a causarlo.

* * *

299. La redacción aceptada por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados. — El artículo 86 incluído en el despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, repite sin ninguna modificación el precepto contenido en el artículo 90 del proyecto de 1906.

La exposición de motivos no tenía al respecto ningún fundamento.

* * *

300. El artículo 86 en el Senado.—La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores aconsejó cambiar la redacción del artículo 86, sustituyendo el precepto del proyecto de 1906 sancionado en la Cámara de Diputados por otro preparado en los siguientes términos: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto, o cooperaren a causarlo.

El aborto causado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1.° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2.° Si el embarazo proviene de una violación, de un atentado

al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

La exposición de motivos fundamentó las reformas, diciendo: "En el artículo 86 hemos propuesto el siguiente agregado: "El "aborto practicado por un médico diplomado con el consentimien- "to de la mujer en cinta, no es punible:"

"1.° Si ha sido hecho con el fin de evitar un peligro para "la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser "evitado por otros medios."

"2.° Si el embarazo proviene de una violencia, de un aten- "tado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente, incons- "ciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es "idiota o demente, el consentimiento de su representante legal de- "berá ser requerido para el aborto."

"Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del ante- "proyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita ex- "plicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es in- "dispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye "delito."

"La segunda importa una verdadera innovación en la legis- "lación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido "profesor de derecho penal, citado varias veces en este informe "que es sumamente interesante la última redacción del antepro- "yecto de código penal suizo, que no figuraba en ninguna de las "ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda "comisión de peritos."

"Es la primera vez, agrega, que una legislación va a atre- "verse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar "que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un "ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo "apunta, ya que en el caso de incesto *se podrían añadir conside- "raciones de orden étnico* y que cuando *el embarazo sea el resul- "tado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer "idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia* podría "argüirse, *más justamente aún que en el caso de incesto el inte- "rés de la raza ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer de- "mente o cretina?* (Jiménez de Asúa, La política criminal en las "legislaciones europeas y norteamericanas, pág. 206)."

"El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría "llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugé- "nica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comi- "sión una importancia trascendental y cuyos problemas deben "interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, "sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se "preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir "con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Con- "greso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, "se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece esta- "dos de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de "criminales y enfermos mentales."

"Pero no es el momento de hacer en este informe largas con- "sideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la cri- "minalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si "bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el dere- "cho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los de- "lincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sin- "tiéndose por esa medida, según dijera van Hamel, una repug- "nancia afectiva, es practicado, con intervención facultativa, a "los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha "planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de "las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres bel- "gas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales."

La Segunda Comisión de Códigos de la misma Cámara de Senadores, revisó el despacho anterior y propuso que el proyectado inciso 2.° se modificase, cambiándose su redacción por la siguiente: Si el embarazo proviene de una violación, o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

En la Cámara de Diputados se aceptaron las modificaciones, quedando sancionado el artículo de acuerdo con lo propuesto por las dos comisiones de la Cámara de Senadores.

* * *

301. La disposición general y la primera excepción. — El artículo agrava el castigo para ciertos profesionales. La ley indica

cuáles son de manera que no se pueden producir aquí las discusiones que surgen bajo la vigencia de otros códigos

La primera excepción al principio se refiere al médico diplomado que produce el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, que no pueda ser conjurado por otros medios.

No creo en la necesidad de la disposición y entiendo que la falta de la misma no daría lugar en ningún caso a la aplicación de una pena, producido el supuesto previsto por aquélla.

Los médicos tienen deberes profesionales que cumplir, limitados por las reglas de las leyes y por la conciencia de cada uno. El deber primordial es el de conservar la vida y la salud del paciente y a eso se dirigen todos los esfuerzos. Cuando se presenta un caso de conflicto profesional procede, de acuerdo con los imperativos de su fuero interno, no pudiendo incurrir en delito cuando obra en cumplimiento de un deber. Lo contrario equivaldría a desnaturalizar el concepto mismo de las leyes represivas.

El que cumple con su deber o el que causa un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño, no pueden ser considerados como delincuentes. (Artículo 34, incisos 3.° y 4.° del código penal).

Contando solamente con las disposiciones generales, no sólo se prevé el caso, sino que se deja a los jueces un margen mayor de apreciación. Así, el artículo sólo se refiere a los médicos diplomados. En nuestro país existen lugares donde tales médicos no se encuentran y donde los auxilios facultativos son proporcionados por personas idóneas en el arte de curar.

Producido un caso práctico, si una de esas personas causa un aborto para salvar la vida de la madre, ¿debería ser castigada? Si tomamos el código a la letra, sí; si tenemos en cuenta los preceptos generales, no.

Eso sólo serviría para demostrar la inconveniencia del agregado.

Además, el código exige el consentimiento de la mujer, sin tener en cuenta que en muchos casos, no se podría prestar y sin considerar que esa imposibilidad se puede producir precisamente en los más urgentes y en aquellos en que se requiere con más apuro la intervención. Así sucedería cuando la mujer se encontrase en estado de inconsciencia por motivos de enfermedad.

Por todo ello, pienso que hubiera sido mejor no legislar sobre

el fuero íntimo de los profesionales, dejando a la conciencia y responsabilidad de los mismos, la acción o la omisión, bien entendido que sin prescindir del derecho de imputarles criminalmente el acto cuando importare un delito. No sostengo la exención, sino la deferencia de la situación a los mismos encargados de resolver en cada caso.

* * *

302. La segunda excepción. — El precepto es necesario a los efectos que el código se propone. Con la ausencia del mismo, el acto autorizado constituiría un delito.

Como fundamento de la disposición, creo que basta lo dicho por la Comisión de Códigos del Senado en la parte de la exposición de motivos antes transcripta.

* * *

303. El artículo 87 y sus concordancias.—

ARTICULO 87

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Concordancias. — Código Belga, artículo 349; Chileno, 343; Español, 426; Húngaro, 304; Proyecto del doctor Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, Título Primero, § 5, artículo 2.°; Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 212; Proyecto de 1891, 118; Proyecto de 1906, 91; Código de 1886, 103, Ley número 4189, 17, inciso 10; Proyecto Peruano de 1916, 139.

* * *

304. El aborto culpable.—El artículo comprende el caso de culpa o imprudencia, puesto que se refiere al aborto causado sin

el propósito de producirlo, pero empleando violencias sobre la mujer.

El código, teniendo en cuenta las observaciones que fueron hechas a la disposición análoga del código español, exige que el embarazo le conste al agente o que sea notorio.

* * *

305. Antecedentes del artículo. — En el proyecto del doctor Tejedor se castiga con la tercera parte de la pena ordinaria al que hubiere ocasionado el aborto con maltratos, bebidas u otros medios, que no hubiesen tenido por objeto directo hacer abortar, sino producir otro mal menor.

En rigor, ese precepto no se refiere a un caso de culpa, sino a uno de dolo, desde que el objeto del autor ha sido producir un mal, habiendo ocasionado otro. Tal cosa ocurriría si un individuo hubiese golpeado a una mujer y ésta hubiese abortado como consecuencia del hecho, sin que ese resultado hubiese sido tenido en cuenta por el autor del maltrato.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, castiga con la pena ordinaria señalada para el aborto, al que lo causare con violencia, aunque no haya tenido el propósito de ocasionarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuera notorio o le constare.

* * *

306. El código de 1886 y la ley número 4189. — El código derogado castigaba con prisión de seis meses a un año al que con violencia causare un aborto sin que haya tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Y la ley de reformas que derogó ese precepto decía en el inciso 10 del artículo 17 que quien con violencia causare un aborto sin que haya tenido el propósito de causarlo, siendo notorio y constándole el embarazo, será castigado con uno a tres años de prisión.

* * *

307. Los proyectos de 1891 y 1906. — El proyecto de 1891 repetía en el artículo 118 el precepto del artículo 103 del antiguo código penal aumentando el máximum del castigo como lo decía la exposición de motivos.

En cuanto al proyecto de 1906 contenía el artículo 91, idéntico al del código vigente, pues no fué modificado ese texto, ni por las comisiones legislativas, ni en las discusiones parlamentarias.

* * *

308. El artículo 88 y sus concordancias.—

ARTICULO 88

Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

Concordancias. — Código Húngaro, artículo 285; Español, 427; Alemán, 218; Belga, 351; Chileno, 344; Proyecto del Dr. Tejedor, Parte Segunda, Libro Primero, Parte Primera, § 5, artículo 1.°; Proyecto Villegas, Ugarriza y García, 213; Proyecto de 1891, 119; Proyecto de 1906, 92; Código de 1886, 104, Ley número 4189, 17, inciso 9.°; Proyecto Peruano de 1916, 135.

* * *

309. El delito en la mujer.—Dos disposiciones contiene nuestro código en este artículo: la primera se refiere al castigo de la mujer que causa su propio aborto; y la segunda a la impunidad para la tentativa.

La pena que se coloca para la mujer que causa su propio aborto tiene límites extensos desde uno hasta cuatro años de prisión

La ley ha debido establecer un castigo de ese tipo, no sólo teniendo en consideración los motivos generales dados al ocuparnos de las penas, sino por cuanto con respecto a este delito, las causales son en cada caso particularmente diferentes.

Desde luego, la mujer que causa su propio aborto o que con-

siente en que otro se lo cause, es a la vez victimaria y víctima. Es victimaria porque suprime con su acción la vida del hijo en vías de formación y nacimiento y es víctima porque ejercita sobre su propio cuerpo una acción que compromete la salud y que puede ocasionar la pérdida de la vida.

El aborto, cualesquiera que sean los medios que se empleen para efectuarlo, implica la lesión de órganos internos que perturban la salud de la persona sobre la cual se ejercita la violencia.

La mujer sufre así un castigo físico por el hecho mismo de su acción. Es sujeto activo y pasivo al propio tiempo.

La ley no distingue motivos ni supone que el delito pueda cometerse solamente en los casos de embarazo ocasionado fuera del régimen de las relaciones legales. Para todos los casos aplica la misma regla, debiendo graduarse la pena de conformidad a las circunstancias.

Generalmente el aborto se produce por motivos análogos a los que determinan el infanticidio. El concepto del honor y la preocupación social de la deshonra que gravita sobre las madres solteras, determinan el acto criminal que tiende a ocultar la maternidad y el nacimiento.

Pero en los casos de aborto median otras circunstancias que no se presentan en los de infanticidio. Así, en algunos casos se procede ante la preocupación de malas situaciones económicas y teniendo en cuenta el peligro de la miseria que sobreviene cuando aumentan los gastos sin mejorar las entradas.

En otros casos, es la simple preocupación de la maternidad que ocasiona molestias, privaciones e invalidez para el trabajo. En otros son múltiples factores de carácter social, económico y privado.

Cuando la causa deriva de alguno de estos motivos ajenos al concepto del honor, el aborto no se ejecuta tan sólo por madres solteras, sino por mujeres casadas.

Las circunstancias de cada hecho deben ser tenidas en cuenta por los magistrados, a los cuales escapan un número enorme de casos. El aborto es, en efecto, un delito que se comete frecuentemente, sin que los procesos se instauren por falta de conocimiento de la justicia. Los profesionales mismos se prestan a cometerlo ocultándose las consecuencias.

* * *

310. La regla respecto a la tentativa.—Se ha discutido muchas veces, si la tentativa de aborto, es o no punible.

La tentativa puede en este delito tener distintos aspectos. Así, la mujer sobre la cual se ejercita la violencia puede no experimentar consecuencia alguna, lo que equivale a haberse hecho lo posible para obtener el resultado, sin producirlo.

Pero puede también suceder que la acción ejercitada sobre la mujer ocasione el alumbramiento del ser vivo. En este caso no puede decirse que exista aborto, sino nacimiento, esto es, vida y no muerte del feto, lo que equivale a falta de concurrencia de uno de los elementos esenciales para la existencia del crimen.

En general, no existe ningún motivo para que pueda considerarse que las reglas de la tentativa no puedan aplicarse con relación a este delito. Aquellas normas son generales, se dirigen a todos los casos y rigen, por consiguiente, para el presente.

No habría, por otra parte, ningún motivo para una excepción. El aborto es un delito y la tentativa de todo delito se castiga en el código penal.

La excepción del código respecto a la tentativa de la mujer es lógica bajo todo punto de vista. Aparte de los motivos del proyecto de 1891, donde se transcribe la opinión de Rivarola, basta considerar el caso para resolverlo. Si la acción realizada no tuvo resultado, la falta de persistencia hace suponer el desistimiento desde que en el caso, manteniéndose el estado de embarazo, la inacción supone el abandono voluntario del propósito.

Si se procesara a la mujer sería preciso, en el caso de continuar el embarazo, ejercitar acción y aprisionar a una mujer grávida, cuyo estado se perturbaría con peligro para ella y para el vástago. Si se procesase a la mujer después del alumbramiento provocado, se ejercitaría acción sobre una parturienta y se chocaría con los mismos inconvenientes.

Me ocuparé ahora de los antecedentes de nuestra ley.

* * *

311. Proyecto del doctor Tejedor. — El primer artículo del respectivo capítulo castigaba con la pena de un año de prisión a la mujer embarazada que de propósito causase su propio aborto o consintiere en que otro lo causare. Cuando fuese de buena fama

y cometiese el delito poseída por el temor de que se descubra su fragilidad, se disminuirá la mitad del tiempo de la pena.

La nota decía: " El aborto cuando se comete voluntariamente " es un crimen grave, *grave scelus est partus abactio;* privar de " la vida a un ser humano, denota muchas veces en su autor una " horrible inmoralidad, y supone necesariamente la premeditación. " Algunos autores después de notar que el crimen tiene su origen " en los mismos motivos y produce los mismos resultados que el " infanticidio, han parecido dispuestos a confundir los atentados " Pero esta aproximación no sería justa. En el estado de la rela- " jación en que se hallan las costumbres, decía con razón Camba- " ceres, es posible que una madre seducida por una falsa vergüenza " crea prevenir más bien que extinguir la existencia de la criatura " que lleva en su seno, mientras que dar la muerte al hijo des- " pués de nacido es un acto de barbarie cuyo horror no puede " paliarse por ninguna ilusión. Esta distinción es evidente. La " mujer embarazada no es todavía madre. No está retenida por el " amor de una criatura que no conoce, y es más excusable cuando " se deja arrastrar por el sólo temor del deshonor. Su acción es " menos atroz, porque tiene menos repugnancia que vencer. ¿Qué " seguridad hay, por otra parte, de que este ser que destruye hu- " biese continuado viable? La criminalidad es menos grave, y los " resultados menos funestos. Estos dos motivos colocan necesaria- " mente el aborto abajo del infanticidio."

" La mayor parte de las legislaciones consagran esta distin- " ción. La ley romana no castigaba sino con el destierro a la mu- " jer que se dejaba abortar violentamente (L. 8, D. ad leg. Corn. " de Sicariis) y sólo imponía la capital cuando mediaba un senti- " miento de avaricia, como cuando recibía dinero de los heredе- " ros del marido para destruir el feto. (L. 39, D. de poenis).

" El derecho canónico estableció la distinción que los docto- " res transportaron después a la interpretación misma de la ley " romana. Se distinguía si el feto estaba formado, si tenía vida, " o si no constituía sino una materia inerte e inanimada. En el " primer caso, el aborto era un verdadero homicidio. En el segun- " do no constituía más que un delito pasible de pena pecuniaria. " ¿Pero cómo determinar la época de la animación del feto? Los " doctores estaban divididos. Unos fijaban esta época a los cua- " renta días del embarazo, otros a los sesenta, otros a los tres " meses."

" Las legislaciones modernas han sido más explícitas, muchas " distinguen la tentativa de aborto del aborto consumado. La ten- " tativa no seguida de efecto, o el aborto frustrado, no es casti- " gado más que con prisión de un mes a un año en los códigos de " Austria (artículo 129) y Prusia (artículo 985). El código de " Luisiana en el mismo caso eleva la pena a tres años (artícu- " lo 471). Las leyes de Nápoles distinguen la simple tentativa " cuya ejecución se suspende espontáneamente del crimen frus- " trado. En el primer caso la pena es de uno a seis meses, en el " segundo de seis meses a dos años (artículo 398)."

" Otra distinción establecida por las leyes extranjeras es la " relativa al consentimiento de la mujer. La pena se agrava si el " aborto se procura sin su consentimiento. Así, en el código de " Austria la pena se eleva de uno a cinco años. En el código napo- " litano de la relegación a la reclusión. En el de Prusia, la deten- " ción temporal en el primer caso puede prolongarse por toda la " vida. En las leyes americanas, en fin, las penas se duplican."

" La mayor parte de estas leyes agravan las penas cuando el " crimen se comete o favorece por un médico o cirujano. Los esta- " tutos ingleses prevén el caso en que no sea cierto que la mujer " estaba embarazada: queda entonces una intención criminal con " un hecho material equívoco; y la pena se reduce a una prisión " que el juez mide casi arbitrariamente. La ley austriaca y la ame- " ricana consideran como una circunstancia agravante el caso en " que de la violencia o drogas resulte un peligro para la vida, " una alteración de salud, o la muerte misma de la mujer. El có- " digo de Luisiana iguala este caso al de homicidio (artículo 474)."

La misma nota dice respecto a tentativa: " Por esta dispo- " sición no se castiga, pues, la tentativa de aborto, y es fácil dar " con los motivos de ella. El aborto aun cuando se verifica, está " lleno de misterios, es difícil siempre señalar sus causas y aun " comprobarlas. ¿Cómo se haría, pues, esta apreciación cuando la " tentativa no es seguida del resultado? ¿Cómo discernir a falta " del hecho material, cuáles medicamentos han sido capaces de " producir el aborto y qué remedios se han suministrado con in- " tención de procurarlo? ¿No tendrán el cómplice y la mujer mis- " ma razón para decir que si el aborto ha dejado de verificarse, " ha sido por efecto de su voluntad, puesto que de ellos dependía " aumentar la fuerza y la cantidad de las drogas? ¿Cómo la ley " por otra parte, acometería semejantes indagaciones? ¿No sería

" exponer a las mujeres a las más vergonzosas pesquisas y hacer
" depender el honor de las familias de los indicios más inciertos!
" (Chauveau Adolphe, t. 4, p. 59)."

* * *

312. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.— Este proyecto contiene una disposición análoga a la examinada anteriormente. El artículo 213 dice: la mujer que voluntariamente causare el aborto, o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con prisión mayor y con prisión menor si lo hiciere por ocultar su deshonra.

El factor que tienen especialmente en cuenta, este código y el de Tejedor, no existe en el vigente, como lo he hecho notar antes, pero entiendo que al graduar la pena debe ser tomado en consideración.

* * *

313. La disposición en los proyectos de 1891 y 1906.—El artículo 119 del proyecto de 1891, dice: la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare, será reprimida con penitenciaría de uno a cuatro años. En este caso, la tentativa de la mujer no es punible.

La exposición de motivos, expresa: " El 119 es reproducción
" del 104 del código. El proyecto no menciona la circunstancia
" especial de que el aborto se cause por el móvil de ocultar la
" deshonra, desde que esta circunstancia podrá tenerse en cuenta
" para determinar la pena dentro de los límites fijados."

" En la parte final del artículo 119 se declara que no es
" punible en la mujer la tentativa de su propio aborto. " Racio-
" nalmente es indiscutible la existencia de la tentativa de aborto.
" Tampoco aparece obstáculo alguno a la conveniencia de castigar
" la tentativa de aborto ejecutada por un extraño; pero respecto
" de la punibilidad de la tentativa de aborto ejecutado por la em-
" barazada, la doctrina común de los criminalistas decide la in-
" conveniencia de todo castigo. Desde luego, habría respecto de la
" tentativa de aborto las mismas razones que respecto de los de-

" litos contra la honestidad, para no acordar al ministerio público
" la acción para perseguirlos, por cuanto el juicio que se iniciara
" por tentativa de aborto llevaría el escándalo y la turbación a una
" familia, sin utilidad apreciable para la sociedad, que no se sen-
" tiría muy alarmada por la ineficaz tentativa. "

Los últimos párrafos referentes a la tentativa han sido transcriptos del libro del doctor Rodolfo Rivarola sobre exposición y crítica del código penal de 1886.

En cuanto al proyecto de 1896, el artículo 92 que se ocupa del asunto, es igual al del código vigente.

* * *

314. El código de 1886 y la ley número 4189. — El código de 1886 dice en el artículo 104 concordante con los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García: la mujer que violentamente causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con uno a tres años de prisión; y si lo hiciere por ocultar su deshonra, con el mínimum de esta pena.

En cuanto a la ley número 4189, repite el precepto correspondiente del proyecto de 1891 diciendo que la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare, será castigada con uno a tres años de prisión. La tentativa de la mujer no es punible.

FIN DEL TOMO III

INDICE

INDICE

GENERALIDADES

I

Participación criminal

		Pág.
1.	Las formas de la coparticipación	8
2.	Los antiguos sistemas y el proyecto del doctor Tejedor	9
3.	La participación en el proyecto Villegas, Ugarriza y García	18
4.	Principios del código de 1886	22
5.	El sistema en el proyecto de 1891	24
6.	Las modificaciones al Código hechas por la ley número 4189	28
7.	El punto en el proyecto de 1906	30
8.	El artículo 45 y sus concordancias	32
9.	Los fundamentos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria	33
10.	Contenido del artículo 45	34
11.	Acción, cooperación y determinación	35
12.	El artículo 46 y sus concordancias	37
13.	Participación en el hecho y después de su comisión	37
14.	La penalidad de los cómplices	38
15.	La opinión del doctor Herrera citada en el informe oficial	40
16.	La opinión consignada en "La ley penal argentina", invocada por el informe oficial	42
17.	Modificación hecha en el Senado al artículo 46	44
18.	El artículo 47 y sus concordancias	44
19.	Antecedentes sobre cooperación ofrecida y hecho realizado en el proyecto Tejedor, código de 1886 y reforma de 1903	44
20.	Antecedentes de los proyectos de 1891 y 1906 y de la Comisión Especial de Diputados	46
21.	Las modificaciones del Senado y sus fundamentos	46
22.	Antecedentes nacionales sobre complicidad y tentativa	48
23.	La tentativa de complicidad en la Comisión de Diputados	49
24.	El contrato ilícito en el código y su castigo	50

Pág.

25. La tentativa de complicidad ante la ley vigente y en sus antecedentes 52
26. El artículo 48 y sus concordancias 54
27. Antecedentes del artículo 54
28. Circunstancias materiales e individuales 57
29. Opiniones del senador doctor Angel D. Rojas 58
30. El artículo 49 y sus concordancias 60
31. El precepto en los proyectos de 1891 y 1906 60
32. La redacción de la Comisión Especial de Diputados 62
33. Observaciones del doctor Rojas en el Senado 62
34. El artículo en el Senado 64
35. Alcance del artículo con su redacción definitiva 64
36. Participación de más de uno en un delito por culpa o imprudencia 65
37. Los partícipes y sus diferentes situaciones 66

II

Reincidencia

38. De la reincidencia y sus clases 70
39. Importancia del problema de la reincidencia 72
40. El asunto en el proyecto del doctor Tejedor 73
41. Los fundamentos de la conveniencia de advertir al penado cumplido sobre los peligros de la reincidencia, en el mismo proyecto 80
42. La defensa de la tesis antigua por el doctor Tejedor 81
43. La reincidencia específica y la genérica en el proyecto Villegas-Ugarriza-García 83
44. El código de 1886 y la legislación posterior sobre reincidencia .. 83
45. La reincidencia genérica en el proyecto de 1891 84
46. La reforma de 1903 88
47. La reincidencia en el proyecto de 1906 89
48. El artículo 50 y sus concordancias 91
49. El proyecto de la Comisión Especial de Diputados y sus fundamentos 92
50. Observaciones del senador Rojas 95
51. El artículo en el Senado 96
52. El principio de la reincidencia genérica y su extensión dentro del código 96
53. La reincidencia y el perdón de la pena 100
54. El artículo 51 y sus concordancias 101
55. Los reincidentes y el lugar del cumplimiento de la pena 101
56. Reincidencia por primera, segunda y más veces, en la ley vigente 102
57. Los menores y la reincidencia 103
58. El artículo 52 y sus concordancias 104
59. La reclusión indeterminada de los reincidentes 104
60. Fundamentos dados por la Comisión Especial de Diputados... 105

Pág.

61. Observaciones del doctor Rojas 106
62. El despacho de la Comisión de Códigos del Senado 107
63. Observaciones hechas al sistema del código 109
64. Las medidas del código contra los reincidentes y su discusión 109
65. La irreparabilidad de la reclusión indeterminada 112
66. La libertad condicional en el proyecto de ley carcelaria 113
67. El cumplimiento de las penas para los reincidentes en los establecimientos nacionales 114
68. El artículo 53 y sus concordancias 120
69. La prescripción de la reincidencia 120
70. Antecedentes nacionales sobre prescripción de la reincidencia.. 121
71. La comprobación de la reincidencia 121
72. El sistema de identificación 124
73. Los fundamentos dados al proponer la creación del registro de reincidentes 125

III

Concurso de Delitos

74. Precisión de fijar reglas cuando los delitos a juzgarse ofrecen distintas jurisdicciones 130
75. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor 131
76. Alcance de las reglas del proyecto Tejedor 135
77. El sistema del proyecto Villegas, Ugarriza y García 135
78. El asunto en el código de 1886 136
79. Concurso real e ideal y delitos continuados 136
80. Proyecto de 1891 137
81. Modificaciones introducidas por la ley de reformas 142
82. El sistema del proyecto de 1906 142
83. El criterio de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados 143
84. Soluciones del tratado de Montevideo para el juicio en un país, de los delitos cometidos en más de uno 145
85. Los primeros artículos del título 147
86. El artículo 54 y sus concordancias 147
87. El concurso ideal de delitos 147
88. El artículo 55 y sus concordancias 148
89. La pena cuando media el concurso material 148
90. El artículo 56 y sus concordancias 149
91. La solución de la ley cuando las penas son de distinta naturaleza 150
92. El artículo 57 y sus concordancias 150
93. El orden de las penas para fijar la gravedad relativa de cada una 151
94. El artículo 58 y sus concordancias 151
95. La regla en los proyectos de 1891 y 1906 152

Pág.

96. El sistema del código 152
97. Observaciones del doctor Rojas 154
98. Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado 156
99. El trabajo de la Comisión Especial de Diputados y las opiniones dadas por el doctor Jofré 157
100. Las observaciones hechas al artículo 160
101. El concurso de delitos y las penas especiales para la reincidencia 163

IV

Extinción de Acciones y de Penas

102. El artículo 59 y sus concordancias 166
103. Las acciones, su noción y sus divisiones 166
104. Muerte del imputado 167
105. La amnistía 169
106. Prescripción de la acción 170
107. La prescripción en el proyecto del doctor Tejedor 171
108. El proyecto Villegas, Ugarriza y García 175
109. El código de 1886 y la ley número 4189 175
110. La prescripción en los proyectos de 1891, 1906 y 1917 175
111. Observaciones del doctor Rojas y opinión de la Comisión de Códigos del Senado 176
112. Renuncia del agraviado 178
113. El artículo 60 y sus concordancias 178
114. Alcance del precepto 178
115. El artículo 61 y sus concordancias 179
116. Alcance de la disposición 179
117. El artículo 62 y sus concordancias 180
118. Los términos para la prescripción 180
119. Principios del proyecto de 1891 181
120. Ideas de la Comisión Especial de Diputados y de la Comisión de Senadores 182
121. Antecedentes del doctor Herrera 184
122. El artículo 63 y sus concordancias 186
123. Fijación del momento en que empiezan a contarse los términos para la prescripción de la acción 186
124. El artículo 64 y sus concordancias 188
125. El pago de la multa y la extinción de la acción penal 188
126. El artículo 65 y sus concordancias 189
127. Términos para la prescripción de las penas 190
128. El artículo 66 y sus concordancias 191
129. Fundamentos del artículo 191
130. El artículo 67 y sus concordancias 192

Pág.

131. Los términos de la prescripción con relación a los partícipes.. 192
132. La interrupción de la prescripción en nuestros antecedentes nacionales 193
133. Proyectos de 1891 y 1906 195
134. La exposición de la Comisión Especial y la opinión de Rivarola 195
135. El código no admite la interrupción de la prescripción 197
136. La opinión del doctor Herrera 198
137. Observaciones hechas a la doctrina del código y defensa de la misma 200
138. La interrupción cuando se comete un nuevo delito 201
139. Reforma propuesta 203

V

Extinción de Acciones y de Penas

140. Indulto. El artículo 68 y sus concordancias 206
141. Significado del indulto 206
142. Opinión de la Suprema Corte Federal sobre el concepto del indulto 207
143. El indulto extingue la pena y no la acción 209
144. Los antecedentes del artículo y el código de Chile 210
145. El indulto de procesados y la nueva tesis de la mayoría de la Suprema Corte Federal 210
146. La opinión de la minoría concordante con los antecedentes y la doctrina 213
147. La cuestión en las constituciones norteamericana y argentina .. 215
148. El Código Penal no se ha tenido en cuenta por la Suprema Corte 216
149. Las penas que pueden ser objeto del perdón 217
150. El Poder Ejecutivo y las funciones judiciales 218
151. Las consecuencias de distinto orden que produce el delito y las dificultades emergentes cuando se indulta antes de la solución 218
152. La reincidencia en los casos de indulto 220
153. La exigencia del informe previo para la concesión del beneficio 221
154. La jurisdicción sobre los procesados 221
155. La conmutación antes de la condena 222
156. Delitos de jurisdicción federal y ordinaria 223
157. Menores, alienados y personas peligrosas 224
158. El artículo 59 y sus concordancias 224
159. Alcance del precepto 224
160. El artículo 60 y sus concordancias 225
161. Fundamentos del artículo 225
162. Antecedentes de la disposición 226

VI

Del ejercicio de las acciones

		Pág.
163.	El sistema de la ley y sus antecedentes	230
164.	Los artículos 71, 72, 73 y sus concordancias	231
165.	Las clases de acciones y su ejercicio	232
166.	Fundamentos de la Comisión Especial de Diputados	233
167.	Observaciones del doctor Rojas	234
168.	Opiniones de la Comisión de Códigos del Senado	238
169.	El Código y el proyecto de 1906	238
170.	El asunto en el proyecto de 1891	239
171.	El criterio de la Comisión redactora del proyecto de 1906	243
172.	Excepciones de la ley al principio de la acción privada	244
173.	El artículo 74 y sus concordancias	245
174.	Alcance del precepto y antecedentes del mismo	245
175.	El artículo 75 y sus concordancias	247
176.	Origen de la disposición y modificaciones introducidas	247
177.	El artículo 76 y sus concordancias	247
178.	Casos que comprende el artículo	248
179.	La acción en los delitos contra la libertad política	248

VII

Significación de conceptos empleados por el Código

180.	El artículo 77, las concordancias y su objeto	251
181.	El proyecto de 1906	252
182.	Disposiciones del proyecto de 1891	253
183.	Modificaciones hechas durante la reforma	254
184.	El artículo 78 y su alcance	256

PARTE ESPECIAL

VIII

El sistema del Código

185.	Contenido del Código en la parte general y en la parte especial	261
186.	Puntos de vista de la Comisión Especial de Diputados	263
187.	Pensamiento de la Comisión de Códigos del Senado	264
188.	La unificación de las leyes penales y la iniciativa de 1916	268
189.	Orientaciones de la Comisión Especial de Diputados	269
190.	La preparación del proyecto según la Comisión Especial	274
191.	Los criterios generales según la misma Comisión	276
192.	La parte especial según el proyecto de 1891	281
193.	Criterio del proyecto de 1906 en la parte especial	282

IX

Delitos contra la vida

Nociones generales

		Pág.
194.	Elementos indispensables para la concurrencia del delito de homicidio	285
195.	El factor injusticia en la definición	287
196.	Concepto variable del homicidio en distintos tiempos y sociedades	288
197.	El homicidio en el proyecto del doctor Tejedor	290
198.	El delito de homicidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García	304
199.	Disposiciones del código de 1886	304
200.	El proyecto de 1891	305
201.	El proyecto de 1906	306
202.	Fundamentos dados por la Comisión de Diputados	307
203.	Fundamentos dados por la Comisión de Códigos del Senado	308
204.	Las disposiciones del código	311

X

El homicidio en el Código

205.	El artículo 79 y sus concordancias	314
206.	El criterio del código respecto a la penalidad del homicidio	314
207.	La concurrencia del dolo	317
208.	El homicidio en el proyecto de 1891 y los fundamentos oficiales	318
209.	Criterio para la aplicación de las penas en el código	319
210.	Concepto de persona para precisar el delito de homicidio	320
211.	Acción y omisión en la ejecución del delito	322
212.	Medios empleados para la comisión	323
213.	Causas anteriores que influyen en el hecho	324
214.	Causas sobrevinientes	325
215.	El dolo determinado e indeterminado	326
216.	El artículo 80 y sus concordancias	328
217.	Homicidios especialmente calificados	329
218.	Parricidio, filicidio y uxoricidio	329
219.	El requisito del conocimiento del parentesco	333
220.	Agravantes generales y especiales	333
221.	La apreciación de las eximentes en el homicidio calificado por su gravedad	333
222.	El homicidio calificado por el parentesco y el proyecto de 1891.	334
223.	El asesinato según la vieja calificación	335
224.	Alevosía y ensañamiento	336

Pág.

225. La premeditación 337
226. Ensañamiento 339
227. Precio 340
228. Promesa remuneratoria 341
229. Sevicias graves 342
230. Impulso de perversidad brutal 342
231. El impulso de perversidad en el proyecto de 1891..... 344
232. Veneno 344
233. Incendio 348
234. Inundación 348
235. Descarrilamiento 349
236. Explosión 349
237. Cualquier otro medio capaz de causar estragos..... 349
238. Los casos comprendidos en el tercer inciso del artículo 80... 350
239. La agravación especial si se cometiere más de un homicidio ... 351
240. La penalidad 351

XI

El homicidio en el Código

241. Circunstancias especiales que determinan la disminución de la penalidad 354
242. El artículo 81 y sus concordancias 354
243. Los casos que comprende el precepto y los antecedentes.... 355
244. Las disposiciones semejantes en el código de 1886 356
245. Las reformas del Senado sobre el proyecto de la Cámara de Diputados y sus fundamentos 357
246. El homicidio provocado en la antigua ley y en la vigente 359
247. El homicidio en casos especiales de ataque a la honestidad en los antecedentes y en la ley 361
248. Homicidio con dolo indeterminado 363
249. El punto en los antecedentes y en la ley de reformas 364
250. Alcance de la disposición 364
251. Del infanticidio. El delito en el proyecto Tejedor 366
252. El infanticidio en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, código de 1886 y ley número 4189..... 370
253. La cuestión en los proyectos posteriores 371
254. Modificaciones propuestas por la Comisión de Códigos del Senado y sus fundamentos 372
255. Noción del delito de infanticidio 373
256. Reglas del código 375
257. La cuestión del plazo 376
258. Criterio cuando la ley no señala un plazo 377
259. La fijación de un término..... 379
260. La cuestión en el código vigente 379

Pág.

261. El infanticidio con relación a determinados parientes 380
262. La pena para el delito 382
263. El delito y la clase de filiación 382
264. El artículo 82 y sus concordancias 383
265. Alcance de la disposición 383

XII

El suicidio

266. El suicidio no es un delito..... 385
267. El suicidio en el proyecto del doctor Tejedor 386
268. El proyecto del doctor Tejedor constituye una excepción en los antecedentes nacionales..... 391
269. Los proyectos posteriores y la ley de reformas 391
270. El artículo 83 y sus concordancias 392
271. El artículo en las Cámaras de Diputados y Senadores 392
272. Los casos que comprende el artículo 393

XIII

De la culpa o imprudencia

273. Homicidio voluntario, casual y culpable 395
274. La culpa en el proyecto del doctor Tejedor 396
275. El proyecto Villegas, Ugarriza y García 399
276. El sistema del código de 1886 400
277. El sistema del proyecto de 1891 401
278. El proyecto de 1906 401
279. Los sistemas examinados al redactarse el código vigente 402
280. El proyecto que presentó la Comisión de Diputados 403
281. El artículo 84 y sus concordancias 404
282. Condiciones requeridas para que se produzca el homicidio por culpa o imprudencia 404
283. Casos que comprende el artículo 405

XIV

Aborto

284. Noción del delito de aborto 408
285. Requisitos para la existencia del delito 408
286. La clase de delito 410
287. El artículo 85 y sus concordancias 411

	Pág.
287. (Bis) Casos que comprende la disposición	411
288. El sujeto procede sin consentimiento de la mujer	412
289. Antecedentes de la disposición	412
290. La falta de consentimiento en los demás antecedentes nacionales	413
291. Consentimiento de la mujer	415
292. Antecedente de la disposición	415
293. El artículo 86 y sus concordancias	416
294. Agravación especial para ciertos autores	416
295. El proyecto del doctor Tejedor	417
296. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García	418
297. El código de 1886 y la ley número 4189	418
298. Los proyectos de 1891 y 1906	418
299. La redacción aceptada por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados	419
300. El artículo 86 en el Senado	419
301. La disposición general y la primera excepción	421
302. La segunda excepción	423
303. El artículo 87 y sus concordancias	423
304. El aborto culpable	423
305. Antecedentes del artículo	424
306. El código de 1886 y la ley número 4189	424
307. Los proyectos de 1891 y 1906	425
308. El artículo 88 y sus concordancias	425
309. El delito en la mujer	425
310. La regla respecto a la tentativa	427
311. Proyecto del doctor Tejedor	427
312. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García	430
313. La disposición en los proyectos de 1891 y 1906	430
314. El código de 1886 y la ley número 4189	431