271
345.001
MOR
t. 4

RODOLFO MORENO (hijo)

El Código Penal y sus antecedentes

BIBLIOTECA DE LA PROCURACION GENERAL 1537
Nº DE ORDEN 845
UBICACION E-83

TOMO IV

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

Lesiones

1. Concepto de la lesión y elementos del delito. — 2. Clasificación de las lesiones. — 3. Lesiones, homicidio y tentativa. — 4. El delito en el proyecto del doctor Tejedor. — 5. Proyecto Villegas, Ugarriza y García. — 6. El código de 1886. — 7. Proyecto de 1891. — 8. La ley de reformas. — 9. Proyecto de 1906. — 10. Redacción de la comisión especial de diputados. — 11. El artículo 89 y sus concordancias. — 12. Cuándo se incurre en el delito de lesiones y pena correspondiente. — 13. Elementos del delito de lesiones. —14. El artículo 90 y sus concordancias. — 15. Casos especiales de agravación consignados en el precepto. — 16. Debilitación permanente de la salud. — 17. Debilitación de un sentido, de un órgano o de un miembro. — 18. Dificultad permanente de la palabra. — 19. Peligro de vida del ofendido. — 20. Inutilización para el trabajo por más de un mes. — 21. Deformación permanente del rostro. — 22. Opinión de Pujia y Serratrice sobre la cuestión en el código italiano. — 23. El artículo 91 y sus concordancias. — 24. Casos que comprende el precepto. — 25. Enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable. — 26. Inutilidad permanente para el trabajo. — 27. Pérdida de un sentido. — 28. Pérdida de un órgano o del uso de un órgano. —29. Pérdida de un miembro o del uso de un miembro. — 30. Pérdida de la palabra. — 31. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. — 32. Las penas. — 33. El artículo 92 y sus concordancias. — 34. Contenido y alcance de la disposición. — 35. El artículo 93 y sus concordancias. — 36. Fundamentos de la disposición. — 37. El artículo 94 y sus concordancias. — 38. Lesiones por culpa o imprudencia. — 39. Tentativa de lesiones.

*
* *

1. Concepto de la lesión y elementos del delito.—En términos generales, lesión equivale a daño. El perjudicado, ya sea en sus intereses, en su derechos, en sus facultades, en su integridad corporal, se considera lesionado. Esa lesión puede provenir de un hecho propio, de un acto ajeno o de un acontecimiento natural, del cual el hombre no es responsable.

En derecho penal la lesión tiene un alcance más restringido y equivale al daño causado por un sujeto sobre otro en su integridad física o en su funcionamiento orgánico.

Hemos visto ya que las leyes protegen, considerándolo primordial, el derecho a la vida, lo que no es bastante. La legislación debe amparar también por los mismos motivos el derecho a no ser dañado.

Pujia y Serratrice (1) dicen que, según Filippi, lesión personal es todo acto violento que ocasiona en el cuerpo de un individuo dolor físico y no produce la muerte. También son lesiones personales todos aquellos actos que, sin violencia externa, producen alteración psíquica por alteración funcional del aparato nervioso central.

Esa definición exige el dolor y atiende a la causa, la que puede consistir en violencia o en actos que, sin la concurrencia de la misma, produzcan alteraciones psíquicas.

Los autores citados definen las lesiones personales diciendo que son el resultado de todos los hechos o procesos violentos materiales, morales y de cualquier naturaleza, capaces de producir, directa o indirectamente, alguna alteración en la perfecta, regular y fisiológica integridad, funcionamiento, estructura y vitalidad de los tejidos y órganos, sin llegar a producir la muerte, y siempre que el agente no tuviera intención de matar.

La lesión corporal se caracteriza, así, por un daño ocasionado en el cuerpo o en la salud de una persona, sin haber tenido el agente el propósito de dar la muerte.

Se requiere, en el delito de lesiones, la concurrencia de las

(1) El Delito de Lesiones. Página 14.

siguientes circunstancias: a) Daño; b) Propósito; c) Acción individual. Examinaré estos requisitos.

Daño.—Algunas leyes antiguas hablaban de golpes o heridas al tratar de las lesiones. El concepto moderno es más genérico y se sintetiza con el empleo de la palabra *daño*.

La lesión puede afectar: 1.° La integridad física; 2.° La salud; 3.° Las facultades mentales.

Las primeras injurias son visibles y se manifiestan exteriormente. Una herida, producida con cualquier arma, un golpe, modifican las condiciones normales del organismo y caen bajo el dominio de los sentidos. Para ejecutarlas ha sido necesario accionar físicamente y ocasionar desgarramientos o traumatismos en los órganos o tejidos.

Otras lesiones afectan el funcionamiento del organismo. Así, la administración de ciertas drogas puede dar lugar a una alteración en la salud individual; la respiración de gases venenosos puede aparejar las mismas consecuencias, y la ingestión de determinados cultivos de bacterias es susceptible de acarrear modificaciones morbosas. En todos estos casos y, en general, en aquellos en que por absorción, cualesquiera que sea la forma de verificarse, se dañe o altere la salud de otro, existe una lesión.

La lesión en estos casos puede tener lugar, no sólo por acción, sino también por omisión. Así, si una persona encerrara a otra y no le diese alimentos, ni le permitiera procurárselos, sería el agente reo de homicidio si la víctima falleciese, y de lesiones si no se produjera la fatal consecuencia, pero se ocasionase al sujeto un daño en la salud.

Pueden, por fin, producirse otros casos que son más raros, pero que tienen lugar y en los cuales se hubiesen empleado traumatismos psíquicos para ocasionar el daño. Toda vez que, poniendo en práctica un propósito, se provoca una perturbación mental, usando medios psíquicos, como ser el hipnotismo, una impresión violenta, etc., se entiende que se ha incurrido en el delito de lesiones.

El concepto de lesión es, así, extenso, y comprende todos los casos en que se dañe a otro sin matarlo.

Propósito.—La concurrencia de este factor es indispensable. En todo delito debe existir relación entre la resolución y el resultado. Si el autor decidió matar y solamente daña, no debe ser

considerado ni juzgado como reo de lesiones, sino de homicidio tentado.

ACCIÓN HUMANA.—Los daños pueden sufrirse como consecuencia de hechos de la naturaleza. Un terremoto, una inundación, lo mismo que otros fenómenos naturales, aunque excepcionales, pueden causar muertes y lesiones. Estos casos no caen bajo el dominio de la legislación represiva, donde se necesita para la existencia del delito la acción individual.

*
* *

2. Clasificación de las lesiones.—Las lesiones se clasifican teniendo en cuenta la gravedad del daño y el peligro que ha corrido la vida de la víctima. Se dividen, así, en gravísimas, graves y leves; en lesiones que implican pérdida de órganos o de miembros; que comprometan el funcionamiento de los mismos o que ocasionan la supresión de una función, etc.

Esas clasificaciones teóricas no tienen mayor importancia, ni a los efectos de la doctrina, ni de la aplicación de la ley.

Cuando estudiemos los preceptos en particular, podrá notarse cómo, a los efectos de las penas, distingue la ley entre diferentes clases de lesiones, considerando a unas más importantes que a otras.

*
* *

3. Lesiones, homicidio y tentativa.—La distinción entre homicidio y lesión es bien sencilla. El homicidio se presenta cuando ocurre la muerte de la víctima; la lesión cuando sólo hubo daño que no fué seguido de fallecimiento.

En muchos casos, la muerte del sujeto lesionado no se produce de inmediato. Pero después de algún tiempo el deceso sobreviene. En estas emergencias es preciso atenerse a los hechos y comprobar si la muerte fué o no consecuencia de la lesión para formar juicio. Si el fallecimiento fué producido por aquélla, el autor es reo de homicidio; si derivó de otras causas, el autor de la lesión no puede ser castigado sino por el daño real que causó.

Pero, aparte de este factor, que podría llamarse material, concurre otro, también de decisiva importancia, y es el intencional. Para que el agente no pueda ser acusado sino por el delito de lesiones, es preciso que no haya intentado cometer homicidio. Así, si un individuo resuelve matar a otro y hace todo lo necesario para consumar su propósito sin conseguirlo, por causas ajenas a su voluntad, incurre en tentativa de homicidio. Puede haber lesionado a su víctima o puede no haberla dañado. En cualesquiera de los casos es autor de tentativa, y para graduar la pena se tendrán en cuenta las circunstancias y, por tanto, la gravedad material del hecho.

En cambio, cuando el propósito no se ha manifestado claramente o se ha limitado a la decisión de dañar, se considera que se ha incurrido en el delito de lesiones, caso de haberse producido.

Generalmente, el propósito no se manifiesta, ni se acredita, debiendo tomarse para decidir los elementos de juicio que se exteriorizan.

*
* *

4. El delito en el proyecto del doctor Tejedor.—Antes de examinar los artículos del código vigente, me ocuparé, como lo he hecho en los capítulos anteriores, de estudiar los antecedentes nacionales.

Empezaré por referirme a la materia en el proyecto del doctor Tejedor.

El primer artículo del libro segundo, sección primera, título segundo, dice:

"El que sin intención de dar muerte, pero con voluntad criminal, ataque violentamente la persona de otro, se entregue a vías de hecho contra su cuerpo, o atente a su salud por lesión, heridas o de cualquier otro modo, será culpable de lesión corporal en los casos siguientes."

Esos casos se comprenden en los artículos sucesivos, de manera que el primer precepto encierra una noción general del delito en sí.

Las previsiones de las disposiciones que se colocan a continuación son las que paso a considerar, indicando el contenido de las mismas.

1.° La lesión consiste en sacarle los ojos a una persona;

2.° Se refiere a la castración. Si ésta se verificare en el acto del ultraje violento al pudor y por la persona ofendida, la pena que es en los otros casos de seis años de presidio o penitenciaría, se reduce a uno de prisión;

3.° Mutilación de un miembro principal del cuerpo;

4.° Mutilación de un miembro que no sea principal;

5.° Lesión que produzca incapacidad para el trabajo o enfermedad de más de cuatro días y menos de treinta;

6.° Enfermedad de un mes o más;

7.° Incapacidad para el trabajo por uno o más meses;

8.° Mutilación, deformación o privación incurable del uso de un miembro;

9.° Inhabilitación completa para el trabajo sin probabilidad de restablecimiento;

10. Privación del uso de la palabra, de la vista, de los pies, de las manos, o de las funciones generatrices de su sexo;

11. Delirio, imbecilidad, locura u otra afección moral de la misma naturaleza producida por la lesión.

En cada uno de esos casos la pena es distinta. Las lesiones se clasifican, así, teniendo en cuenta la gravedad, o más bien el daño que causan.

La pena para las lesiones leves es reducida, correspondiendo arresto de quince días a tres meses. En los demás casos las penas son fijas y se consignan por uno, dos, tres y seis años, según la clase de lesión. Los jueces llamados a resolver no tenían margen alguno de apreciación, sino que, comprobada la categoría de la herida, debían aplicar el castigo señalado, sin poder tener en cuenta circunstancias de ninguna especie.

Los fundamentos del sistema se encuentran en las notas puestas al pie de los artículos. Acerca del concepto general, se empieza por invocar el Comentario Oficial del código de Baviera, según el cual, "lo que hace de la lesión corporal un crimen distinto es la falta " de intención homicida y la voluntad de causar la lesión por la " lesión en sí misma, prescindiendo de cualquier otro designio " culpable. Lo que constituye este crimen es la alteración de la " salud de otro, sea que esta alteración resulte de la introducción " de substancias nocivas, sea que provenga de ataques a las partes " sólidas de los órganos, o sea causada por cualquier otro acto " dirigido contra el cuerpo humano. Las lesiones corporales com-

" prenden, así, lo que en otro tiempo se llamaban *injurias reales,* " y forman crímenes o delitos según su gravedad y duración. Son, " en fin, premeditadas o no, y las mismas lesiones premeditadas " pueden dividirse en varios grados.

" La teoría de las lesiones corporales no tenía existencia pro- " pia en el derecho romano, sino que se encontraba comprendida " entre las dos categorías generales de las injurias (injuriae) y " de las violencias (vis). Cuando en tiempo de los emperadores " cayó en descrédito el *ordo judiciarum,* las injurias perseguidas " *extra ordinem* dieron lugar a penas arbitrarias (*exilium tempo-* " *rale, interdictio certae rei, &*). Son conocidos los detalles con " que las leyes bárbaras reglan todo lo concerniente a golpes y " heridas. El sistema de las composiciones permitía establecer " verdaderas tarifas, que fijaban un precio corriente por cada " lesión. Estas disposiciones variables con cada pueblo, no son " susceptibles de resumen; pero al través de esas variaciones se " nota una clasificación general que importa conocer. Esta cla- " sificación dividía las vías de hecho consideradas en sí mismas " en tres categorías: 1.ª Los golpes; 2.ª Las heridas; 3.ª Las " mutilaciones. Los golpes son las violencias ejercidas con las " manos, piedras o bastones. Las heridas son las lesiones hechas " con armas y efusión de sangre. Las mutilaciones suponen la " separación de un miembro o de un órgano, o la imposibilidad " de servirse de ellos. Las heridas se subdividían también en " heridas simples y heridas de tratamiento médico.

" En la edad media se conservó la clasificación precedente. " Las graduaciones de la tarifa se mantuvieron para los golpes. " Pero no sucedió lo mismo respecto de las heridas graves o mu- " tilaciones, que acarreaban contra el culpable la cárcel, la pérdi- " da de la mano, y aun la pena capital. En el siglo quince los " doctores italianos, distinguiendo entre *percutere* y *vulnerare,* o " *percussio* y *vulmus,* reprodujeron con pocas diferencias la an- " tigua distinción de golpes y heridas. Admitieron como signo " característico de la herida la *effusio sanguine* y la *fractura* " *ossium,* examinaron *au cicatrix et signus perpectuo erat reman-* " *surum et au membrum remaneoet debilitatus.* Se ocuparon, " en fin, de la naturaleza de los instrumentos vulnerantes, armas, " cuchillos, palos, etc.

" La doctrina estaba, pues, de acuerdo con la tradición, y de

" aquí habría resultado un derecho común uniforme, sin el prin-
" cipio del derecho romano, que declaraba arbitraria la pena de
" las injurias graves. Este principio. invocado siempre que se
" presentaba una cuestión dudosa, produjo el efecto de introducir
" una diversidad extrema en la jurisprudencia.

" En cuanto a la determinación de la represión penal en esta
" materia, tres sistemas se presentan al legislador para graduar
" la pena según la diversidad infinita que presentan las lesiones
" corporales: 1.° El sistema que consiste en distinguir entre lesiones
" graves y lesiones ligeras, dejando lo demás a la apreciación del
" juez; este sistema, el más simple de todos, tiene el inconveniente
" de prestarse demasiado al arbitrio; es el del código de Austria;
" 2.° El sistema que subordina la clasificación de las heridas a la
" duración de la enfermedad e incapacidad para el trabajo; es el del
" código francés; 3.° Los sistemas mixtos o compuestos de estos
" dos. El código de Prusia y de Baviera pertenecen a esta última
" categoría, que es la más numerosa.

" En las Partidas no se encuentra un título que trate de este
" punto expresa y separadamente, y sólo por incidencia o vía de
" ejemplo tratan de él las leyes 6 y 20 del título de las deshonras
" e injurias que es el 9, partida 7. Puede decirse que se encuentra
" el mismo vacío o falta en la Novísima Recopilación; pues aunque
" su título 21 lleva el epígrafe de los homicidios y heridas, en
" cuanto a éstas no se encuentra disposición general, y únicamente
" se enumeran casos excepcionales, en que, por circunstancias par-
" ticulares, se agrava la pena, o se iguala a la del homicidio. Este
" silencio de las Partidas y Recopilación contrasta sigularmente
" con la minuciosa y circunstanciada enumeración de casos que
" sobre esta misma materia se lee en el título 4, libro 6 del Fuero
" Juzgo, y señaladamente en sus leyes 1 y 3. El solo epígrafe hace
" el más alto honor a la discreción y buen tacto de sus autores de
" *contumelio vulnere et debilitatione hominum.* Las citadas leyes
" 1 y 3 son como un arancel de penas para todas las heridas, mu-
" tilaciones y malos tratamientos de obra, recorriendo todos los
" miembros, desde los pies a la cabeza, y dedo por dedo, distin-
" guiendo el caso de simple contusión, de rompimiento del cutis,
" de herida hasta el hueso, de rotura de éste, &. La pena, habien-
" do malicia, es en general la del talión, a menos de componerse

" en dinero por lo que estime el herido, mutilado o maltratado.
" Faltando la malicia es pecuniaria más o menos fuerte, según
" la malidad de la herida o mutilación. El mismo espíritu respira
" la ley 3, título 5, libro 3, F. R. Las Partidas no señalan pena
" determinada, y dejan al arbitrio del injuriado, o pedir repara-
" ción pecuniaria, o instar criminalmente para el castigo. En
" este segundo caso, y probado el hecho, podrá el juez imponer
" pena corporal o pecuniaria, según las circunstancias, pero esta
" última nunca será aplicable al injuriado. Por las Recop. las
" heridas cometidas con alevosía o premeditación tenían en al-
" gunos casos pena de muerte, aunque el herido no muriese. Estos
" casos eran cuando precedían acechanzas o consejos; cuando la
" herida se infería con arma prohibida, o en camino público, &.
" Según las mismas leyes (3, tít. 25, lib. 12, Novís.), las injurias
" en que intervienen armas, o hay efusión de sangre, dan lugar a
" procedimientos de oficio, y así se practicaba en todos los tribu-
" nales. Además, en ninguna otra clase de injurias se observa la
" ley de Partida sobre reparación pecuniaria a beneficio del in-
" juriado. (Goyena Cod. Crim. n. 1301 y siguientes). En Buenos
" Aires ha regido especialmente un decreto de 5 de enero de 1830,
" que señala pena de azotes y cuatro años de presidio por toda
" herida hecha con instrumentos punzantes o a bala, y capital en
" caso de circunstancias que llamen la espectación pública, o de
" seguirse la muerte.

" SIN INTENCIÓN DE MATAR.—Cuando las heridas se infieren con
" la intención de matar, constituyen tentativa de homicidio.
" (Chauveau Adolphe t. 4, p. 21).

" VOLUNTAD CRIMINAL.—Ha de haber indudablemente ánimo de
" herir porque la voluntad ha sido considerada siempre como un
" elemento necesario del crimen; sin excluir, por esto, en las he-
" ridas, el caso de imprudencia o culpa, que tiene lugar en los
" homicidios, ni tampoco su mayor gravedad, en caso de seguir la
" muerte. *La ferida es carrera de muerte*—dice una ley de
" Partida,—*e non sabe el que la face a quanto puede llegar.* (L. 26,
" tít. 13, P. 2)."

Las consideraciones de las demás notas las tendré presentes cuando me ocupe de los artículos del código vigente, y al relacionar las disposiciones con los antecedentes.

*
* *

5. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García castiga las heridas, los golpes, la administración de substancias nocivas y cualesquiera otras lesiones cometidas voluntariamente contra la salud de las personas. Los términos del artículo general, que tiene el número 228, son análogos a los del proyecto Tejedor.

Castiga especialmente:

1.° Al que sacare a otro los ojos;

2.° Al que lo castrare;

3.° Al que le mutilase miembro u órgano igualmente importante a los anteriores;

4.° A los que causen lesiones que lleven consigo el peligro de la vida, o facultades mentales;

5.° A los que causen lesiones que destruyan o debiliten permanentemente un sentido o un órgano;

6.° A los que produzcan lesiones menos importantes, pero que aparezcan incurables;

7.° A los que ataquen la persona de otro, produciéndole lesiones menos graves.

El concepto es idéntico al que predominó en el proyecto del doctor Tejedor, variando la penalidad que no es fija, sino que se mueve entre un máximum y un mínimum.

*
* *

6. El código de 1886.—El código de 1886 siguió también la misma orientación.

Los artículos 119 y 120, establecieron:

"Las heridas, los golpes, la administración de substancias "nocivas y cualesquiera otras lesiones cometidas voluntariamente, "serán castigadas según las siguientes reglas:

"1.° El que sacare a otro los ojos o lo castrare, con penitenciaría por seis a diez años.

"2.° La mutilación de otro miembro u órgano principal del "cuerpo, se castigará con penitenciaría por tres a seis años.

"3.° Con la misma pena, si de resultas de las lesiones quedare "el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido "de algún miembro principal o notablemente deforme.

"Las lesiones no comprendidas en los artículos anteriores serán "penadas:

"1.° Con prisión de uno a tres años, si la lesión produce in-"capacidad para el trabajo por más de un mes;

"2.° Con arresto de un mes a un año, si la lesión no produce "incapacidad para el trabajo, o si la produce por un mes o por "menos."

*
* *

7. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 cambió el sistema, aceptando formas nuevas mucho más lógicas que las anteriores.

Colocó primero un precepto general contenido en el artículo 120 y que comprende todas las lesiones dentro del amplio concepto de la noción. Ese artículo dice:

"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."

Fijada esa regla, que comprende todos los casos y que podría decirse aplicable a la lesión simple, con el criterio que se tuvo al legislar sobre el homicidio, se presentan las excepciones.

Y así, la pena se eleva desde dos hasta seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido o de un órgano, o una dificultad permanente de la palabra, o si hubiese puesto en peligro la vida del ofendido o lo hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes, o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

El castigo se eleva más, fijándose en penitenciaría desde tres hasta diez años, cuando la lesión produjere una enfermedad mental o corporal; cierta o probablemente incurable; inutilidad permanente para el trabajo; pérdida de un sentido, de un órgano o del uso de un órgano; de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Los artículos se relacionan también con los que se colocan en el capítulo del homicidio, teniéndose en consideración las agravantes especiales allí consignadas.

Por fin, el proyecto se ocupa de las lesiones ocasionadas por culpa o imprudencia.

La exposición de motivos dice acerca del asunto:

" El capítulo "Lesiones" no puede ser separado del título " Delitos contra las personas", puesto que la lesión ataca directa- " mente a la persona. No se comprende por qué razón ha podido " tratarse en dos capítulos separados del Código Penal los *delitos* " *contra las personas y las lesiones corporales.*

" Las disposiciones de este capítulo han sido reformadas en " el sentido que aconseja la experiencia recogida en la aplicación " del Código Penal y el ejemplo de las diversas legislaciones que " la comisión ha tenido presentes.

" Una disposición general (el artículo 120), prevé todo daño " que se cause en el cuerpo o en la salud, que no sea motivo de " una prescripción especial. Esta disposición es análoga a la del " artículo 120, inciso 2.° del Código Penal, y fija la misma " penalidad."

*
* *

8. La ley de reformas.—La ley número 4189 derogó el capítulo del código anterior al vigente y lo reemplazó con el capítulo II del artículo 17, el que contiene cinco incisos que repiten las disposiciones del proyecto de 1891 con pocas modificaciones.

El principal error de esa reforma consistió en fijar el mínimum de la pena de las lesiones simples en seis meses, rectificando el criterio del proyecto inspirador que la había reducido a un mes. Con el precepto sancionado, los jueces tenían, como lo dije al estudiar la ley número 4189, poco margen para distinguir entre un rasguño y una puñalada (1).

(1) La Ley Penal Argentina. Página 204.

*
* *

9. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, siguió el mismo sistema del de 1891. Colocó para las lesiones en general, consideradas como un daño causado en el cuerpo o en la salud, la pena de prisión de un mes a un año; aumentó esas penas para ciertas lesiones graves señaladas por el mayor daño producido; y se refirió a las agravantes y atenuantes especiales consignadas para el delito de homicidio, relacionando los preceptos.

Al estudiar los artículos del código en vigor, precisaremos las concordancias.

*
* *

10. Redacción de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, aceptó con pocas modificaciones el proyecto de 1906. Las reformas hechas se relacionan con la penalidad en cuanto a su clase, pues el Código desechó el presidio y la penitenciaría y mantuvo solamente la reclusión y la prisión. Además, y de acuerdo con su sistema general, ha colocado las penas con carácter alternativo en los casos de mayor gravedad.

La exposición de motivos se limitó a decir:

" Ha mantenido, igualmente, en esta materia, las disposiciones " del proyecto de 1906, adaptándolas a las normas de la parte " general. Los antecedentes de este capítulo se encuentran en el " proyecto de 1891, tomado principalmente del código italiano.

" Este delito, de acuerdo con los principios de nuestra ley, " se encuentra bien estudiado en la obra de Francisco Pujia y " Roberto Serratrice, titulada: "El delito de lesiones".

" No vale la pena hacer transcripciones, bastando la cita."

En el Senado no se introdujeron modificaciones, salvo un pequeño agregado en el artículo 93, que es de forma y sin importancia. Se sancionó, así, el proyecto en esta parte, tal como se preparó por la comisión de la Cámara de Diputados.

*
* *

11. El artículo 89 y sus concordancias.—

Artículo 89

Se impondrá prisión 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.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 372.—Alemán, 223.—Proyecto del doctor Tejedor, libro primero, parte segunda, sección primera, título segundo, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 228.—Proyecto de 1891, 120.—Proyecto de 1906, 93.—Código de 1886, 120.—Ley número 4189, capítulo II, artículo 17, inciso 1.°—Proyecto peruano de 1916, 140.

*
* *

12. Cuándo se incurre en el delito de lesiones y pena correspondiente.—El artículo se refiere a todo daño en el cuerpo o en la salud.

El concepto vulgar, según el cual para que concurra lesiones es necesario que exista golpe, herida, dolor, no es el de la ley. Para ésta todo daño en el cuerpo o en la salud es una lesión, cuando se produce como consecuencia de la acción voluntaria de otro.

Los medios para producir el daño pueden ser diversos, y todos ellos caen dentro del principio general de la disposición. La lesión, en efecto, puede ser externa o interna; ser producida con instrumentos cortantes, punzantes o desgarrantes; ejecutarse por medio de la administración de drogas, por vía estomacal, o por otra cualquiera, o producirse usando medios psíquicos, como las impresiones violentas, la sugestión causante de enfermedades, el hipnotismo, etc. El concepto de la ley es general, y dentro del mismo las distinciones se verificarán en los casos prácticos que se presenten. Debe tenerse presente a este respecto lo que dice el

artículo 78, que incluye en el concepto de violencia el uso de medios hipnóticos o narcóticos.

El Código no fija la extensión del daño; basta que éste se produzca y que sea o pueda ser apreciado como tal.

Se ha preguntado muchas veces si un golpe que no produce un daño, como ser un bofetón, dado con poca fuerza y que no deja ninguna señal, ni siquiera momentáneamente, puede considerarse como una lesión.

En mi concepto, la cuestión no presenta dificultades. Para que exista lesión es necesario que concurra un daño. Este no se caracteriza por el dolor, sino por las modificaciones que haya producido el ataque en la integridad física. Aquél debe producir una consecuencia apreciable por los sentidos.

Cuando se da, por ejemplo, un pequeño golpe en la cara, que no lastima, que no daña, pero que afrenta, el objeto ha sido sin duda injuriar, y la acción no se ha traducido en un daño corporal, sino en un ataque al honor individual. El delito no sería, así, el de lesiones.

He dicho ya, cuando me he ocupado de las nociones generales, que la lesión se caracteriza por un ataque a la integridad física que no produce la muerte, y que fué causado sin el propósito de matar. El elemento intencional debe, así, ser tenido en cuenta, para establecer cuándo puede haber tentativa de homicidio y cuándo delito de lesiones.

La pena para las lesiones simples, con el amplio margen de un mes a un año, permite al juez hacer justicia, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Los daños en el cuerpo o en la salud son y pueden ser tan diferentes que conviene una penalidad como la sancionada.

La exposición de motivos del proyecto de 1906, se ocupaba de la pena, que se propuso en los mismos términos que tiene en el código vigente y se refería a la que se contenía en el código de 1886, después de la reforma hecha por la ley número 4189, diciendo al respecto:

" El delito de lesiones, por ejemplo, tiene como mínimum seis " meses de arresto, y esta pena forzosamente tiene que ser apli- " cada, cualesquiera que sean el número y calidad de las atenuan- " tes, y aunque se trate de una contusión levísima. La comisión " tiene, acerca de esta penalidad, el juicio de muchos funcionarios " judiciales, y ninguno discrepa en cuanto a la necesidad de dis-

"minuirla a términos más moderados. Si este mismo delito de "lesiones es cometido por un marido contra su mujer, la pena "no baja hoy de un año de prisión, y no son pocos los casos en "que un simple golpe de puño entre marido y mujer ha dado "lugar a la aplicación de esta pena."

*
* *

13. Elementos del delito de lesiones.—Crivellari, comentando el artículo 372 del código italiano, dice que los elementos del delito de lesiones, son tres: a) La voluntad de dañar la integridad física de otro; b) El hecho que la dañe; y c) Un efecto dañoso en el cuerpo, la salud o la mente.

Las penas que corresponden al delito consumado en cada caso, se fijan por la ley, teniendo en cuenta la gravedad del mismo, o sea la intensidad de la lesión.

*
* *

14. El artículo 90 y sus concordancias.—

Artículo 90

Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 372, inciso 1.°—Alemán, 224.—Húngaro, 303.—Proyecto del doctor Tejedor, parte primera, libro primero, título segundo, artículo 9.°—Proyecto de 1891, 121.—Proyecto de 1906, 94.—Ley número 4189, 17, capítulo II, inciso 2.°—Proyecto peruano de 1916, 141, inciso 1.°.

*
* *

15. Casos especiales de agravación consignados en el precepto.—El artículo comprende unos cuantos casos para los cuales se agrava la penalidad ordinaria a causa de la gravedad de la lesión, del peligro que ha representado para la víctima o de las consecuencias.

Conviene, a los efectos del estudio, precisar cuáles son los distintos casos y examinarlos separadamente.

El Código se refiere:

1.° A la debilitación permanente de la salud;
2.° Debilitación de un sentido.
3.° Debilitación de un órgano;
4.° Debilitación de un miembro;
5.° Dificultad permanente de la palabra;
6.° Peligro de vida del ofendido;
7.° Inutilización para el trabajo por más de un mes;
8.° Deformación permanente del rostro.

La pena para todos esos casos es alternativa, pudiendo aplicarse reclusión o prisión de uno a seis años. El margen es, como puede verse, amplísimo, permitiéndosele al juez graduar el castigo teniendo en cuenta todas las circunstancias.

*
* *

16. Debilitación permanente de la salud.—El proyecto del doctor Tejedor no contenía un artículo análogo al presente, pero en sus diferentes disposiciones consignaba algunas de las agravantes a que se refiere el precepto en estudio.

El artículo 9 del artículo 2.°, libro 1.°, parte segunda, castigaba con la pena fija de seis años de presidio o penitenciaría al que sin intención de dar la muerte, pero con resolución de dañar, haga tomar a otro veneno u otras substancias nocivas, y cause por este medio su muerte, o una alteración permanente en la salud de su cuerpo o de su espíritu.

La nota se refiere a la intención del autor, pero no dice nada sobre la debilitación permanente de la salud.

El código de 1886 no trajo un precepto como el presente, pero la ley número 4189 tomó el artículo del proyecto de 1891, análogo al del código vigente, y admitió, por tanto, la agravante especial que estoy examinando.

La exposición de motivos se limitó a decir que los artículos 121 y 122 del proyecto son correlativos de los 119 y 120, inciso 1.°, del código de 1886, teniendo en cuenta circunstancias no distinguidas por este último, como ser que la lesión haya producido una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano o de una facultad, o que haya producido su pérdida.

El proyecto de 1906, repite en el artículo 94 el 121 del proyecto de 1891, con ligeras diferencias de redacción y con un cambio en el mínimum de la pena, que en el primer proyecto era de dos años y en el segundo de uno.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados aceptó la redacción del proyecto de 1906, cambiando solamente la clase de las penas para adaptar el precepto al sistema del Código. Esa redacción no fué modificada en el curso de la discusión parlamentaria, quedando la disposición sancionada en los términos propuestos.

El artículo correspondiente del código italiano no habla de la debilitación permanente de la salud, concepto introducido en nuestros antecedentes legislativos por el proyecto de 1891, que lo supongo inspirado en la disposición antes mencionada del proyecto Tejedor.

Una persona tiene buena salud cuando todas sus funciones orgánicas se desenvuelven sin dificultades y sin dolor. Cuando esas mismas funciones se entorpecen, o el sufrimiento sobreviene al desarrollarse normalmente, la salud es más o menos deficiente.

El organismo tiene una resistencia determinada, que es variable de sujeto a sujeto, porque unos individuos son más fuertes que otros. Pero, aparte de todas las diferencias individuales, hay una existencia normal, constituída por la que ofrece el término medio de las personas.

Cuando una lesión ha quebrantado el organismo, haciéndolo menos resistente de lo que es ordinario en un sujeto común, se puede afirmar que lo ha debilitado permanentemente si el fenómeno tiene ese carácter.

Debilidad no es enfermedad. La segunda, fuera de los casos de cronicidad, que importaría cuando fuere la consecuencia de una lesión, una tara permanente, es en general transitoria. La enfermedad supone una crisis que pesa o que produce la muerte del paciente. La debilitación es un estado que se crea como consecuencia del daño, y que si bien no altera el funcionamiento del organismo lo predispone permanentemente a la enfermedad o a la fatiga. El individuo debilitado, es un sujeto disminuído en sus posibles actividades y restringido en su acción.

La lógica de la agravación especial no necesita explicarse. Basta con señalar el caso para que aquélla se aprecie.

*

* *

17. Debilitación de un sentido, de un órgano o de un miembro.—Esta agravación se encuentra consignada en los proyectos de 1891 y 1906 y en la ley número 4189. Se consigna también en el código italiano, fuente en esta parte del proyecto de 1891.

Sentidos, según Pujia y Serratrice, autores citados por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, son las facultades por medio de las cuales recibimos las impresiones de los objetos externos. Los órganos son el conjunto de las partes que sirven para el ejercicio de una determinada función. Para los efectos penales, la palabra *órgano* se entiende, no en sentido anatómico y restrictivo, sino en sentido fisiológico comprensivo de las varias funciones animales (1).

La ley se refiere a sentidos, órganos y miembros, de manera que conviene establecer cuál es el concepto que corresponde a cada uno de esos términos.

Los sentidos nos relacionan con el mundo exterior y son las facultades por medio de las cuales recibimos las impresiones del mismo. Los sentidos nos comunican con ese mundo y nos suministran la noción de los objetos.

Los órganos son las partes del cuerpo que sirven a los efectos de una función necesaria para la vida. La voz *órgano*, según Puglia, citado por Pujia y Serratrice, se debe tomar en el sentido fisiológico y no en el anatómico, puesto que varios órganos pueden servir para el ejercicio de una sola función.

(1) Obra citada, página 88. Mención de Maino.

Los pulmones, el estómago, son órganos en el sentido fisiológico, pues aun cuando anatómicamente estén compuestos de distintos órganos, es el conjunto el que desempeña la función.

Miembro es cualesquiera de las extremidades del hombre articuladas con el tronco.

Un sentido, un órgano o un miembro se encuentran debilitados cuando no concurriendo privación completa de los mismos, sus funciones se alteran, y no llenan su destino fisiológico regularmente. Para que se considere que existe un debilitamiento es preciso que sin que el sentido, órgano o miembro dejen de prestar su servicio, éstos no se produzcan como antes de haberse experimentado la lesión (1).

Una noción teórica precisa que se aplique a todos, es difícil. Cada persona tiene su temperamento, su salud particular y sus modalidades, y es teniéndolas en cuenta que debe hacerse el examen y formarse el criterio. Sobre este y los demás puntos del artículo en estudio es decisiva la opinión facultativa. Son, en efecto, los peritos competentes los llamados a decir en cada caso, si se ha producido o no la consecuencia grave que determina la calificación especial de la ley.

Pujia y Serratrice, a quienes cito como comentario oficial del Código, dicen (2):

" Son los sentidos las facultades por las cuales recibimos las " impresiones de los objetos externos. Los órganos son el conjunto " de las partes que sirven para el ejercicio de una determinada " función. Para los efectos penales, la palabra *órgano* se en- " tiende, no en sentido anatómico y restrictivo, sino en sentido " fisiológico, comprensivo de las varias funciones animales.

" Puglia, dice: "La voz *órgano* se debe tomar en el signi- " ficado fisiológico, y no en el anatómico, puesto que varios ór- " ganos pueden servir para el ejercicio de una sola función.

" Establecida la definición de la palabra *órgano* y el modo " de usarla, será más fácil la misión del perito."

" Conviene, ante todo, cuidar de la importancia del órgano " dañado, porque la ley considera especialmente, en este caso, " los órganos cuyo funcionamiento es necesario para la economía " animal. Además, antes de diagnosticar una debilidad permanente, " hay que tener gran cuidado, porque a veces, hasta espontánea-

(1) Crivellari.—Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo VII, página 906.
(2) El Delito de Lesiones. Página 89.

" mente, la debilidad puede ser casi inapreciable, lo cual es im- " portante, porque cuando la debilidad de un sentido o de un " órgano no es permanente, sólo constituye estado de enfermedad.

" Debe entenderse por debilidad permanente, el estado con- " secutivo a la lesión traumática que limita el uso, energía y ex- " tensión de una función determinada, sin comprometer para nada " el bienestar general del individuo. (Binda). Al hablar de órganos " y sentidos, se quiere extender el concepto de la lesión, desde el " momento en que los sentidos quedan débiles por la debilidad " permanente de los órganos que les corresponden, sin excluir por " esto la debilidad de órganos no destinados a los sentidos. (Or- " ganos de la prehensión, de la masticación, de la digestión, etc.).

" Tomando la palabra *órgano* en sentido lato, fisiológico, re- " sultará que la lesión de un órgano que forma parte con otros, " de un órgano más completo, constituye, en todo caso, debilidad " del órgano principal. Por ejemplo: la pérdida de una falange, " la rigidez de un dedo, deben considerarse como señales de la " debilidad permanente del pie o de la mano.

" Considerando, luego, el órgano en relación con la energía " funcional, tendremos que cuando la función sea única en un " órgano doble, la pérdida de uno constituirá debilidad de la " función, y no pérdida de la misma. Sirva de ejemplo el ojo, " órgano de por sí tan importante. La pérdida de uno de ellos " constituye debilidad permanente de la función de la vista, reali- " zada mediante los dos. Al hablar de pérdida en este caso, que- " remos dar a entender la abolición de la función visiva por " lesiones internas, y no la enucleación verdadera y propia del " bulbo ocular, pues esto tendría su puesto entre las lesiones gra- " vísimas, como caso de deformación permanente del rostro, y aun " como pérdida del uso de un órgano, considerando el ojo—como " dice Severi—en su doble oficio de sentido de la vista y medio " de expresión en el rostro.

" Cuanto a la pérdida de uno o más dientes, hay opiniones " diversas. La Corte de Casación ha sentenciado que aun la pér- " dida de un solo diente constituye debilidad del órgano de la " masticación. Sólo en una sentencia se dice, restrictivamente, " que no constituye debilidad permanente la pérdida de un diente, " cuando los dientes del ofendido, pocos y nada firmes, se encon- " traban ya en estado de debilidad. Rindiendo homenaje al pare- " cer de la Corte Suprema, tendríamos que decir siempre que la

" pérdida de un diente, cualquiera que sea, constituye debilidad " permanente del órgano de la masticación. Esto sería un verda- " dero absurdo. Pocos médicos forenses lo dirían. Puglia no ad- " mite que la pérdida de un diente constituya debilidad perma- " nente. Binda no admite tampoco tal debilidad por la falta de " un solo diente, y aun de dos, cuando no estuviesen juntos en " una sola mandíbula, o no se correspondieran en una y otra. Zii- " no dice que es un absurdo clínico y, además, una flagrante in- " justicia declarar que la pérdida de un diente constituya debi- " lidad permanente del órgano de la masticación. Lo mismo opina " Borri. Finalmente, Rota cree que la caída de uno, dos o más " dientes no constituye, *a priori*, debilidad permanente de un órgano, sino que habrá que tener en cuenta, en cada caso, las condiciones individuales.

" Como se ve, la cuestión está bastante discutida. El magistrado, fundándose en los fallos del Tribunal de Casación, opinará " que la pérdida de un diente constituye debilidad permanente " en todo caso. El médico procurará hacer valer su juicio, con- " trario en todo al de la Casación.

" Por lo demás, siempre habrá que atender a las condiciones " individuales. En una dentadura buena, la falta de uno o dos " dientes no impedirá una perfecta masticación. También habrá " que resolver en cada caso especial si es más importante la pér- " dida de un molar o de un incisivo, cuando, por ejemplo, falte " ya otro molar.

" Ni se olvidará la edad del perjudicado, pues en un mucha- " cho de ocho o diez años, la pérdida de un molar no constituiría " debilidad, pues volvería a brotar en la segunda dentición.

" Sería muy largo pararse a discutir todas las debilidades " permanentes de los órganos y sentidos que pueden presentarse. " Citaremos los casos más importantes y frecuentes.

" La lesión de un testículo sólo produce debilidad de la fun- " ción, pues los monórquidos pueden engendrar.

" La hernia constituye debilidad permanente y no enferme- " dad permanente.

" Las neoartrosis, anquilosis y articulaciones llamadas bam- " boleantes, constituyen otras tantas debilidades permanentes del " movimiento. (Binda).

" Lo mismo debe decirse de las cicatrices que, por su exten- " sión, puedan limitar los movimientos de una articulación (*an-*

" *quilosis espurea*), las callosidades deformes, las pseudoartro- " sis, etc.

" La vista, el oído, el olfato, el gusto, el tacto, pueden pre- " sentar también estados de debilidad permanente, cada uno de " los cuales debe estudiarse con los medios oportunos y cuidando " de evitar simulaciones.

" Con el tacto, si la lesión ha interesado a los nervios que se " distribuyen por las yemas de los dedos, habrá que ser muy cautos, " pues la regeneración de dichos nervios, muy posible, excluiría " el carácter de permanente. (Binda).

" En conclusión: el perito debe estar seguro de la absoluta " incurabilidad espontánea de la debilidad, pues para ser grave " la lesión debe ser permanente. La ley prescinde de si el lesio- " nado pueda recuperar sus condiciones anteriores, mediante una " hábil operación quirúrgica. Esto es verdaderamente un absurdo " en nuestros días.

" Deberemos inclinarnos ante las palabras de la ley, pero nun- " ca sin dejar de aludir a las probabilidades de curación del es- " tado de debilidad, para obtener en favor del acusado una dis- " minución de la pena. De este modo habrá que declarar debilidad " permanente hasta aquellas que, como la hernia, por ejemplo, " no lo serían curadas concienzudamente, toda vez que, como pe- " ritos, debemos prescindir del concepto de la posible curación, " ateniéndonos sólo al de la permanencia."

Los autores citados en las notas con que acotan el texto transcripto señalan también diferentes fallos de los tribunales italianos.

* * *

18. Dificultad permanente de la palabra.—Los autores antes citados, dicen al respecto:

" La dificultad permanente en el habla es un estado de debi- " lidad permanente de los varios órganos que concurren a la fun- " ción del lenguaje (labios, dientes, lengua, laringe, faringe, etc.). " Por consiguiente, una lesión que interese a uno de estos órga- " nos puede ocasionar debilidad en las manifestaciones de la pa- " labra; debilidad que, siendo permanente, se convierte en lesión " grave.

" Usamos la palabra *dificultad* para indicar la parte mecá-
" nica del lenguaje (órganos de la articulación de los sonidos:
" labios, lengua, dientes, etc.); pero sin excluir la debilidad de
" los órganos destinados a la formación del sonido (laringe, cuer-
" das vocales).

" La afonía, debida a la parálisis de los nervios motores de
" la laringe, va comprendida en esta clase de lesiones.

" Lo mismo hay que decir de la mogifonía de Fränkel (Lan-
" dois), que es un estado casi paralítico de las musculatura de la
" laringe.

" No son raras las lesiones que interesan el músculo lingual.

" Habrá dificultad permanente del habla, siempre que la vas-
" ta cicatriz de una herida extensa dificulte los movimientos de
" la lengua, o cuando haya habido extirpación de trozos de este
" mismo órgano.

" Asimismo habrá dificultad permanente del habla en heridas
" extensas de los labios, que perforando el velo del paladar, dan
" un timbre nasal a las vocales y hacen difícil la formación regu-
" lar de las consonantes paladiales. (Landois).

" Pero conviene distinguir todos estos casos de verdadera de-
" bilidad de los leves defectos de pronunciación consecutivos a
" heridas con pérdida de substancia escasa de los labios, a la pér-
" dida de algún diente, etc., los cuales—como dice Borri—no deben
" considerarse como lesiones personales del número 1.° del ar-
" tículo 372.

" Una lesión en la *úvula*, por herida o por substancias acres,
" corrosivas, cáusticas, etc., produce una alteración nerviosa, refleja
" de la voz, pero no debilidad permanente del habla, sino un sim-
" ple defecto de pronunciación, como de balbucie.

" En cambio, la lesión de los nervios hipogloso y facial, pro-
" ducen: una, la parálisis de la lengua, y, por consiguiente, alte-
" ración en la formación de consonantes linguales y movimientos
" de calambre de la lengua misma; otra, la parálisis de los labios,
" y, con ello, dificultad de pronunciación de las consonantes la-
" biales.

" El perito debe cuidar siempre de distinguir si los desórde-
" nes del habla son verdaderamente paralíticos, y, por lo mismo,
" permanentes o transitorios.

" La afonía, por ejemplo, que es una lesión grave, en cuanto
" el individuo, aun pudiendo hablar, no puede servirse de la po-

" tencialidad normal para manifestar sus ideas, a veces es pro-
" ducida por parálisis transitoria de los nervios laríngeos, cata-
" rros, histerismo, etc. Se necesita, pues, un examen atento y
" prolongado antes de declarar la dificultad permanente del habla."

La privación de la palabra se consideraba como agravante especial en el proyecto del doctor Tejedor.

* * *

19. Peligro de vida del ofendido.—La presente agravante especial no se encontraba ni en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el código de 1886. La incorporó a nuestra legislación la reforma de 1903 por medio de la ley número 4189, tomada del proyecto de 1891. Este, a su vez, tomó el precepto que repitió el proyecto de 1906 y que contiene el código vigente, del Código Penal italiano.

Las circunstancias anteriores son más objetivas que la presente.

Cuando la ley habla de pérdida de un sentido, de un órgano o de un miembro, señala una exigencia fácil de establecer, desde que basta examinar para comprobar. Cuando se refiere a la debilitación, se necesita un examen más cuidadoso y una observación más prolija, pues el órgano, el sentido o el miembro existen. Si la extirpación es parcial, las conclusiones de la pericia se facilitan, pero si aquélla no se ha producido y sólo se alega debilitamiento, la observación es la destinada a dar la pauta.

Cuando se habla del peligro para la vida, se deja librado el punto a la opinión científica. Los facultativos son los llamados a establecer cuando la lesión ha puesto en peligro la vida de la víctima.

¿Qué reglas deben tenerse en cuenta para esta apreciación?—se pregunta Crivellari.—Tres puntos de vista podrían tomarse: el pronóstico, el hecho y ambos factores a la vez.

El pronóstico equivale a determinar la gravedad de una lesión, teniendo en cuenta los datos resultantes del examen y los fenómenos que corrientemente se producen en casos análogos.

El pronóstico supone siempre una previsión. El que pronostica dice lo que entiende sucederá, pero el criterio puede ser modificado por los hechos.

Estudiar el acontecimiento mismo, sin emitir juicio sino respecto a lo que ocurre, significa marchar con mayor seguridad; pero eso impone la expectativa con relación al pronunciamiento o la aceptación de hechos que pueden modificarse, como definitivos.

También se pueden tener en cuenta los dos elementos, o sean los hechos y el pronóstico, en las lesiones de larga curación, pues a medida que aquélla se verifica, las impresiones se afirman y las conclusiones asertivas se acentúan.

Los médicos, para opinar sobre el peligro de vida, deberán esperar a que la curación se desenvuelva y reservar pronósticos en el primer momento.

Pujia y Serratrice dicen al respecto:

" Uno de los temas más importantes de la medicina legal es " este: el peligro de muerte.

" Raro será el médico que no haya tenido ocasión de escribir " algún dictamen forense aludiendo al peligro de muerte causado " por una lesión. El hecho de dar a conocer al magistrado que " una lesión o herida ha puesto al ofendido en peligro de muerte, " implica una agravación de pena no indiferente, pues algunas " lesiones curables en diez días, y que no se perseguirían sin que- " rella de parte, pasan por este modo a la competencia de los " tribunales, y pueden castigarse con uno a cinco años de pena, " pues el peligro de muerte produce este efecto, cualquiera que " sea el tiempo de su duración.

" Dedúcese de aquí que el perito debe pensarlo bien antes de " emitir dictamen, pues de él depende la penalidad del culpable. El " papel del médico debe ser el de curar y no juzgar, agravando " penas o definiendo delitos. Tendrá siempre presente que sólo " él puede definir el peligro de muerte, y al hacerlo lo hará con " toda madurez, y sólo cuando las circunstancias lo exijan. Deci- " mos esto porque muchas veces suelen verse informes periciales " en que se habla de peligro de muerte sin haberle realmente ha- " bido, sólo porque el médico se había impresionado demasiado " por el lugar de la lesión, su profundidad, la importancia del " órgano interesado, etc. En algunos hospitales es costumbre de- " clarar en peligro mortal toda lesión penetrante en la cavidad " torácica o abdominal, especialmente esta última, aun antes de " practicar la laparotomía exploratoria. Practicada la operación, " y no habiendo lesiones viscerales, el enfermo curaba en quince " a veinte días, salvo complicaciones.

" El peligro de muerte debe ser real y no opinable (Maino), " esto es, debe existir y no ser una opinión personal del médico " que presta la asistencia. Está fuera de duda que toda lesión, in- " cluso las lesiones leves, pueden conducir a la muerte. Pero no " por esto dirá el perito que una herida es mortalmente peligro- " sa, pensando en futuras infecciones probables, precisamente por- " que el peligro debe ser actual y no probable.

" ¿Cuándo, pues, existe el peligro de muerte?

" Cuando los síntomas morbosos que presente el herido sean " tales y tan graves que hagan indudable el desenlace letal. Estos " síntomas deben ser suministrados por las más importantes fun- " ciones de la vida: respiración, circulación, cerebro, etc. Pero es " preciso advertir que no todo caso de peligro de muerte debe " acabar con la terminación de la vida. El enfermo puede curar, " bien por curación oportuna, o por resistencia propia.

" Un ejemplo ilustrará mejor este concepto:

" OBSERVACIÓN PRIMERA.—A. B. fué herido con navaja en la " región hipogástrica la noche del 7 de septiembre de 1899. La " herida tiene de abajo a arriba 15 centímetros de longitud, y " penetra de derecha a izquierda con una abertura de cerca de " seis centímetros. Una porción del estómago asoma por la herida. " Llevado al hospital, sufre un grave estado de colapso a causa " de gran hemorragia, a la que sucede una buena hemostasis, que- " dando el B. en condiciones de ser operado mediante excitantes " y revulsivos. Para asegurarse del estado del estómago, se le " practica la laparotomía, alargando cerca de 20 centímetros la " herida peritoneal. Encontrándole bien, practícanse las suturas " ordinarias. Se da aviso a la autoridad en parte concebido como " sigue: " A. B., de tantos años de edad, ha sufrido una herida " inciso-lineal de 15 centímetros de extensión en la región hipo- " gástrica en dirección de abajo a arriba y de derecha a izquier- " da, que penetra en la cavidad abdominal sin ocasionar lesión " visceral. El facultativo que suscribe considera curable dicha " herida en quince días, salvo complicaciones".

" Los primeros cuatro días transcurrieron perfectamente; pe- " ro al quinto, la temperatura subió a 40.8, la respiración a 31, y " en el vientre comenzó a notarse un meteorismo acompañado de " un estado dolorífico muy acentuado. Nadie pudo dudar de que " se iniciaba un proceso de peritonitis, pues conviene recordar " que el herido fué llevado al hospital después de permanecer

" cerca de una hora tendido en tierra con la herida descubierta.

" A la mañana siguiente, la temperatura no había descendido, " el dolor seguía, el enfermo se quejaba, tenía un ligero delirio. " Acentuándose todavía más los síntomas alarmantes por la no- " che, aumentando el quejido y el delirio, y siendo el pulso casi " filiforme, creyóse oportuno avisar a la autoridad que B. se halla- " ba en tal estado gravísimo que hacía temer seriamente por " su vida.

" Con todo esto, a los veintisiete días de enfermedad curó " el B., salvando la violenta peritonitis. Por consiguiente, B. ha- " bía corrido peligro de muerte.

" En un artículo sobre este asunto, el profesor Severi escribe " que de ordinario se dice que alguien está en peligro de muerte, " cuando todo hace temer este desenlace, como por ejemplo, si " alguno se arroja a un tren en marcha o desde lo alto de una " torre. Si la muerte no sobreviene, se deberá atribuir al azar o " a la intervención fortuita de un salvador. Del mismo modo, en " las enfermedades, el médico declara a veces en peligro al enfer- " mo, sin que a veces haya formado idea exacta de la enfermedad. " La prognosis alarmante resulta de un conjunto de síntomas que " no son particulares al caso, sino comunes a todas las enferme- " dades que están para terminar mortalmente (síntomas de la res- " piración, del corazón, del cerebro).

" Del mismo modo tendrá que obrar el cirujano, tratándose " de un herido. El enfermo podrá curar y entonces se podrá decir " que ha estado en peligro de muerte.

" De la misma opinión es Biondi.

" Orlandi define el peligro de muerte como una consecuencia " directa, inmediata y sucesiva a una lesión personal que perturba " profundamente las condiciones generales del organismo, o bien " a hechos locales de singular gravedad, de los cuales puede re- " sultar tal perturbación en la integridad funcional y orgánica, " que haga probable y más o menos próxima la muerte.

" También Lamarchia sostiene la idea de la probabilidad, al " decir que se debe declarar el peligro de muerte siempre que éste " aparezca, no sólo posible, sino probable.

" Hay quien opina de otro modo, por ejemplo: Ziino, Borri " y otros. En un trabajo acerca de las heridas penetrantes en el " abdomen, este último, fundándose en las estadísticas de morta- " lidad y aludiendo al uso de la laparotomía, hoy tan extendido,

" dice que en todo caso de penetración en el abdomen, una vez " que ésta se haya comprobado, deberá considerarse al lesionado " desde un principio en peligro de muerte, declarándolo así en el " primer parte que el médico tiene obligación de dirigir a la auto- " ridad dentro de las veinticuatro horas, a menos de presentarse " una hemorragia o shock mortal; pues en este caso, y para librar- " se de toda responsabilidad, deberá enviar el aviso inmediatamen- " tè, con la fórmula *peligro inminente de muerte.*

" Repetiremos de pasada, que hoy día la laparotomía explo- " ratoria no es una operación peligrosa, siempre que se practique " bien, como es debido. Además, es necesaria siempre, porque no " es siempre fácil comprobar al primer examen si existe o no le- " sión visceral o de algún vaso importante.

" Por lo demás, creemos que es un error juzgar peligrosas " de muerte indistintamente todas las heridas abdominales pe- " netrantes. Al emitir su dictamen, el médico debe hacer abstrac- " ción, en cuanto le sea posible, del asiento, naturaleza, extensión " y profundidad de la lesión, ateniéndose, en cambio, al estado " de la respiración, de la circulación, del cerebro y demás fenó- " menos que puedan corroborar su juicio.

" No se tomarán nunca en cuenta las complicaciones que pue- " dan sobrevenir y que, realizándose, pongan al ofendido en peli- " gro de muerte y ésta sobrevenga. (Severi).

" No hay para qué tener en cuenta las estadísticas de la mor- " talidad de cada lesión o enfermedad, declarando peligrosas de " muerte las conmociones cerebrales, peritonitis, heridas del cora- " zón, etc., sólo porque tenga una cifra elevada en los cuadros, y " sin cuidarse de ver si en el caso en cuestión hay o no síntomas " alarmantes que hagan temer un éxito infausto.

" Tampoco habrá que dar valor absoluto a la edad del indi- " viduo, y declarar mortalmente peligrosa, v. gr., una fuerte con- " tusión torácica o abdominal, sufrida por un niño, sólo porque " éste tenga resistencia menor que un adulto.

" Hará muy bien el médico en no aludir al peligro de muerte " en su parte a la autoridad, sino cuando exista cierta y actual- " mente. Siempre habrá tiempo de enviar un segundo parte si el " peligro se presenta.

" Creemos haber explicado suficientemente lo que deba en- " tenderse por peligro de muerte. Naturalmente, cesa este peligro " cuando el médico cree que ha pasado. Sólo el facultativo es ár-

" bitro de este punto. La duración, mayor o menor, del peligro
" de muerte, importa poco jurídicamente, porque, como hemos
" dicho, se apreciará para los efectos penales, cualquiera que fue-
" se el tiempo que durase."

* *

20. Inutilización para el trabajo por más de un mes.—El Código habla de la lesión que hubiere inutilizado para el trabajo a la víctima por más de un mes.

El proyecto del doctor Tejedor no empleaba el término *inutilizar,* sino los de *incapacidad para trabajar.* El código de 1886 hablaba también de incapacidad. En cambio, el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se refiere a las lesiones que impidan al ofendido valerse por más de treinta días de sus fuerzas físicas o facultades mentales.

Los proyectos de 1891 y 1906, y la ley número 4189, emplean las palabras *inutilizado para el trabajo.*

Debemos, vistos los términos de la ley, establecer qué se entiende por estar inutilizado para el trabajo.

Conviene, para fijar el concepto, observar los términos que se contienen en algunos códigos extranjeros. El austriaco, en el artículo 152, habla de la incapacidad de la víctima para atender las ocupaciones propias de su estado; el francés (artículo 309), de incapacidad por más de veinte días; el belga (artículo 399), de incapacidad para el trabajo personal; el español (artículo 431, inciso 2.º), de inutilizado para el trabajo a que se hubiese habitualmente dedicado hasta entonces; y el italiano, de incapacidad para atender las ocupaciones ordinarias. (Artículo 372).

Como puede verse, algunos códigos hablan de incapacidad para las ocupaciones ordinarias, o habituales; otros de incapacidad para el trabajo, y otros de incapacidad para el trabajo personal.

La distinción tiene importancia, porque si se entiende que la incapacidad debe referirse al trabajo en general, la agravante no puede señalarse cuando el sujeto puede trabajar en algo, mientras que si se refiere, como lo dicen los códigos de España e Italia, a ciertos trabajos, a los habituales de la víctima, basta que esté

impedido de realizar esos, aunque pueda efectuar otros, para que la calificación especial concurra.

Las incapacidades se pueden, así, referir al trabajo general o al trabajo profesional o particular de la víctima.

En mi concepto, la gravedad del delito derivada del mayor daño ocasionado tiene lugar cuando la inutilización para el trabajo es general. De lo contrario, el castigo podría ser, en casos de gravedad igual, perfectamente distinto por causas ajenas a la peligrosidad del delincuente, esto es, por motivos distintos de aquellos que justifican distintas penas para infracciones semejantes.

Así dependería de los hábitos de la víctima y no del hecho en sí, ni del carácter y condiciones de su autor, la fijación de la penalidad.

Las circunstancias relacionadas con el perjuicio particular causado a la víctima por la clase de lesión, pueden y deben influir en la reparación civil del perjuicio, pero no en la condena.

La doctrina de nuestro código es, así, superior y más justa que la del italiano, que fué el modelo seguido principalmente en esta parte.

La teoría contraria es defendida por Groizard (1), según quien
" el daño inmediato producido por el delito debe ser calculado,
" no sólo por el daño que las lesiones produzcan al ser inferidas,
" sino por la disminución de las fuerzas o de los medios que para
" atender a su subsistencia el ofendido experimente."

El párrafo transcripto demuestra que se confunde la responsabilidad civil con la penal.

Nuestro código, no sólo es bien terminante en su tesis, sino que emplea la palabra *inutilizado,* que es más categórica y acentuada que el vocablo *incapacitado.*

Para que la agravante especial concurra, es, así, necesario que la lesión inutilice para el trabajo por más de un mes.

Debe tenerse presente que la agravante de que nos ocupamos no está aislada, sino que constituye una de las varias contenidas en el artículo, y que relacionándolas a todas se observa que en muchos casos, aun cuando la víctima no haya sido inutilizada para el trabajo por más de un mes, la pena correspondiente es superior a la ordinaria, porque el delito se encuentra calificado por otras circunstancias específicas.

(1) El Código Penal de 1870. Tomo IV, página 552.

La ley distingue, también, entre inutilidad y enfermedad. De esta última se ocupa en el artículo siguiente.

*
* *

21. Deformación permanente del rostro.—El proyecto del doctor Tejedor imponía la pena de dos años de prisión al autor de lesiones que dejaran a la víctima deformada en una parte del cuerpo.

El código de 1886, siguiendo a su antecedente, penaba con penitenciaría de tres a seis años al delincuente, cuando el ofendido hubiere quedado notablemente deforme.

La deformación no se refería entonces a una parte determinada del cuerpo, sino a cualesquiera que se produjese, con tal que fuera notable.

Es claro que, en cada caso, la comprobación y el juicio quedaban deferidas a los tribunales.

El Código, siguiendo a los proyectos de 1891 y 1906, se refiere a la deformación permanente del rostro, repitiendo el concepto ya incorporado a nuestro régimen represivo por la ley número 4189.

El hecho de que la deformación, que agrava especialmente la penalidad, se refiera al rostro, no significa que las demás deformaciones dejen de considerarse como elementos para determinar un aumento del castigo. El Código, en efecto, incrimina especialmente las lesiones que producen debilitamiento o pérdida de un sentido, un órgano o un miembro. Las deformaciones notables, salvo las del rostro, ocasionan siempre: o pérdida o debilitación de un sentido, un órgano o un miembro. Fácil será percibir la verdad de esta aseveración.

Una cicatriz en un brazo, en una pierna o en cualesquier otro lugar del cuerpo que no sea la cara, aun cuando sea profunda y remarcable, si no altera el funcionamiento normal del organismo, no implica un defecto notable, desde que nadie percibe su existencia. Las ropas que cubren el cuerpo, la ocultan completamente. De manera que las lesiones producidas en la parte defendida por los vestidos, no se perciben, no se notan en sus consecuencias, que son las cicatrices, si no afectan el funcionamiento.

En cambio, las heridas en la cara, que afean el rostro, aun cuando no impidan el desenvolvimiento de ninguna función, pueden ser notables y dar al sujeto afectado un aspecto desagradable o repulsivo, o, simplemente, alterar la corrección de su físico.

De aquí que, la desfiguración del rostro, deba tenerse especialmente en cuenta, no debiendo aplicarse la misma conclusión a la deformación del resto del cuerpo, sino cuando ésta impide el funcionamiento normal.

Nuestro código exige, para la penalidad especial, dos requisitos: la deformación del rostro y el carácter de permanencia de la misma. De manera que, si esa deformación fuese provisoria o accidental, la agravante no se computaría.

Nuestro artículo tiene su origen en el código italiano, de manera que conviene, para precisar su alcance, tener en cuenta los antecedentes del precepto en el país de cuya legislación fué tomado.

El código sardo, en el número 3.° del artículo 368, consideraba lesión grave aquella que producía permanente desfiguración de la cara. Cuando se trató de establecer los casos en que tal desfiguración se había ocasionado, se produjeron dificultades y la jurisprudencia se manifestó indecisa (1).

Las opiniones doctrinarias eran, también, diversas. Así, según Carrara, no se puede dar una fórmula exacta porque la apreciación de esa circunstancia varía según los individuos, el sexo y la edad. Puccioni dice que entre las deformaciones permanentes se encuentran la privación de la nariz, de los dientes y la presencia de largas cicatrices que deterioran el rostro alterando sus formas. La Corte de Casación de Torino, en fallo de 12 de diciembre de 1877, declaró que se necesitaba para considerarse llenado el requisito, que se hubiese alterado la armonía de las líneas de tal manera que el ofendido quedase en un aspecto menos agradable, aunque no produjere aversión u horror. La Corte de Apelaciones de Messina decidió que una lesión en el pabellón de la oreja no constituía deformación, porque la oreja no forma parte del rostro (1).

Zanardelli, en su relación, decía que la comisión de 1876 había reemplazado *cara* por *aspecto,* que era un término más comprensivo y extenso. Pero jurídicamente deben distinguirse dos cosas: la deformación y el *sfregio.*

La deformación permanente del rostro es la que produce una

(1) Crivellari.—Tomo VII, página 906.
(2) Crivellari.—Lugar citado.

desfiguración notable, anormal, remarcable, y que causa en quienes contemplan el defecto, desagrado, lástima o repulsión.

El *sfregio* es la cicatriz que se conserva en la cara como consecuencia de una herida. Se entiende que el *sfregio* es una marca de carácter permanente.

El código italiano, en los incisos 1.° y 2.° del artículo 372, comprende entre otros casos: el *sfregio* permanente del rostro considerado como lesión grave, y la deformación permanente del mismo, apreciada como lesión gravísima.

Nuestra ley no ha tenido en cuenta el *sfregio,* refiriéndose sólo a la deformación permanente del rostro. Es bueno tener en cuenta esa diferencia, porque queriendo concordar los preceptos de nuestra ley con los de su antecedente, se suele incurrir en confusiones, las que son más fáciles en este caso, porque la exposición de motivos del proyecto de 1891 guardó silencio al respecto.

La deformación permanente del rostro es una cuestión de hecho y de apreciación en cada caso. Lo que es para una persona desfiguración puede no serlo para otra, por diferencias derivadas de la edad, el sexo u otras circunstancias.

*
* *

22. Opinión de Pujia y Serratrice sobre la cuestión en el código italiano.—Los autores que he citado en varias partes del presente trabajo, dicen, comentando el código italiano:

" La legislación napolitana consideraba como casos de *sfregio* " (marca) todas las lesiones graves del rostro. Sin deformación " o desfiguramiento no podía hablarse de *sfregio;* antes bien, am- " bas eran una misma cosa, y todas las demás alteraciones de la " cara no tenía para qué tomarlas en cuenta la justicia, aun siendo " visibles y permanentes.

" El código sardo, en el artículo 538, número 3.°, hablaba de " desfiguración permanente del rostro, sin indicar ninguna otra " lesión.

" Nuestro legislador llenó en parte este vacío, estableciendo " dos categorías de este género de lesiones. En la primera están " las que producen marca permanente del rostro (*sfregio*); en la " segunda, las que producen deformidad permanente.

" Son lesiones graves las que producen marca permanente en " el rostro, esto es, las que alteran la armonía de sus líneas sen- " siblemente y de un modo permanente.

" Rostro, en su significado usual, tanto vale como parte ante- " rior de la cabeza que va desde la frente a la extremidad del " mentón, y de una a otra oreja; parte, en fin, que interesa sobre " todo a la compostura y decoro de la persona. (Zanardelli). El " legislador ha creído oportuno usar las palabras *aspecto, cara,* " para evitar equívocos en la interpretación. La voz *aspecto* tiene " un significado amplio en extremo. La voz *cara,* usada por los " códigos anteriores al vigente, había sufrido varias interpreta- " ciones de la jurisprudencia. Zanardelli afirma, en su Relación, " que era preciso no olvidar el *sfregio,* porque en algunas provin- " cias todavía es frecuente el delito que consiste en marcar el " rostro de una persona, cortándolo de un navajazo. De este modo " enunciaba, con toda claridad, el concepto de que, para que haya " *sfregio,* debe quedar una marca, visible y permanente de la le- " sión en el rostro. Por consiguiente, la palabra *sfregio* se usa para " expresar algo más grave que la marca o cicatriz. Una marca " cualquiera, cicatriz o señal, no se convierte en *sfregio,* sino cuan- " do hace desagradable el rostro. *Sfregio,* aplicado al rostro huma- " no, significa corte o cuchillada en el mismo y la cicatriz que " queda a consecuencia de esto. (Rigutini, Fanfani, Tommasio). " De aquí que no toda señal imperceptible sea *sfregio,* como dice " una sentencia, pues es preciso que la señal altere la compostura " y decoro del rostro. Una cicatriz lineal, por extensa que sea, " que señala la línea de alguna arruga normal en la piel del ros- " tro, v. gr., en la frente, y que no altere la simetría y compostura " de las facciones, puede no producir *sfregio.* Por el contrario, " una cicatriz transversal en la cara, a consecuencia de una cuchi- " llada, especialmente tratándose de mujeres, constituye ver- " dadero *sfregio.* Lo mismo puede decirse de las lesiones que inte- " resan cualquier ramo del nervio facial, pues produciendo la pa- " resia de los músculos de la mímica, su consecuencia es *sfregio* " permanente.

" La oreja forma parte de los contornos de la cara, y, por " consiguiente, la falta total o parcial de la misma perturba la " armonía y belleza de la misma y constituye caso de *sfregio.* " Lo difícil será establecer desde qué punto la mutilación de la " oreja constituye *sfregio* y cuándo es deformidad.

"Cuanto a la falta de uno o más dientes, es aplicable la sen-
"tencia de la Casación de 17 de febrero de 1899, ya referida, se-
"gún la cual es caso de *sfregio* la falta de un incisivo.

"Observa Rota que, en rigor, los dientes no forman parte de
"las facciones del rostro, de modo que la falta de uno o más no
"perturbaría la regularidad y armonía de las líneas del semblante
"y, por lo mismo, no constituiría *sfregio*. He ahí un buen asunto
"de discusión. De todos modos, si el individuo en cuestión care-
"ciera de antemano de otro incisivo, la lesión traumática, seguida
"de la caída de otro, no sería caso de *sfregio*.

"En conclusión: el *sfregio* existe sólo cuando se perturba sen-
"siblemente la belleza del rostro, y para que este caso entre en
"el número 1.° del artículo 372, debe ser permanente, o lo que es
"igual, que prescindiendo de la curación oportuna que se pudiere
"practicar, no se modificaría nunca espontáneamente.

"La circunstancia de que la marca de la lesión pueda ser
"cubierta y disimulada con la barba, no le quita el carácter de
"*sfregio*."

Esta opinión debe tenerse en cuenta con las reservas que he hecho antes acerca de las diferencias entre el código de Italia y el nuestro.

* * *

23. El artículo 91 y sus concordancias.—

Artículo 91

Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 372, inciso 2.°—Húngaro, 303.—Belga, 400.—Alemán, 224.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título segundo; artículos 8 y 9.—Proyecto de 1891, 122.—Proyecto de 1906, 95.—Código de 1886, 119; incisos 1.°, 2.° y 3.°—Ley número 4189, 17, capítulo II, inciso 3.°—Proyecto peruano de 1916, 141, inciso 2.°.

* * *

24. Casos que comprende el precepto.— El precepto comprende una serie de casos que se consideran más graves que los consignados en el anterior. Si adoptáramos la terminología de algunos autores podríamos decir que el artículo 89 se refiere a las lesiones leves o ligeras, el 90 a las graves, y el presente a las gravísimas.

Las consecuencias de ciertas lesiones previstas en la disposición, son las siguientes:

1.° Enfermedad mental, cierta o probablemente incurable;
2.° Enfermedad corporal; cierta o probablemente incurable;
3.° Inutilidad permanente para el trabajo;
4.° Pérdida de un sentido;
5.° Pérdida de un órgano;
6.° Pérdida de un miembro;
7.° Pérdida del uso de un órgano;
8.° Pérdida del uso de un miembro;
9.° Pérdida de la palabra;
10. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.

Estudiaré cada uno de esos extremos.

* * *

25. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable.—La agravante especial se encuentra consignada en los proyectos de 1891 y 1906, y en la ley número 4189. En el código italiano, de donde se tomó por el proyecto de 1891, se contiene en términos análogos. En este código la lesión que produce enfermedad mental o corporal por más de veinte días, es grave; y la que ocasiona enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, es gravísima. Se cuenta allí con dos gradaciones que no se han consignado en nuestra ley. El código argentino sólo trae esta agravante especial y la de haber la lesión inutilizado al sujeto para el trabajo por más de un mes.

En el proyecto del doctor Tejedor se castigaba con tres años de prisión al autor de lesiones, cuya víctima fuere atacada de de-

lirio, imbecilidad, locura u otra afección moral de la misma naturaleza como consecuencia de la lesión. Y se castigaba con seis años de presidio al que, sin intención de dar la muerte, pero con resolución de dañar, hiciere tomar a otro veneno u otras substancias nocivas y causare por ese medio su muerte o una alteración permanente en la salud de su cuerpo o de su espíritu.

La ley exige para la concurrencia de la agravante, una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable. La apreciación de esa circunstacia es una cuestión de hecho, deferida a la pericia de los facultativos. La determinación de la curabilidad o de la falta de probabilidades de que se verifique, es una cuestión conjetural. El médico tiene que prever y decir lo que entiende sucederá, para que el magistrado se encuentre en condiciones de aplicar la ley.

Para Crivellari, la enfermedad está vinculada al dolor, y debe considerarse incurable cuando habiéndose usado todos los medios conocidos no ha sido posible obtener la curación.

En mi concepto hay error en esos enunciados. La enfermedad se caracteriza por una alteración funcional del organismo, el que no marcha en las condiciones normales. El dolor es un factor ordinario, pero no indispensable. No creo tampoco que pueda afirmarse la incurabilidad cuando se han empleado todos los remedios conocidos sin obtener la curación, porque la aplicación de un nuevo tratamiento puede dar los resultados perseguidos. Para que pueda afirmarse la incurabilidad, es preciso que los órganos, en términos generales, se hayan modificado o destruído en una forma que haga imposible la reconstrucción al estado anterior, y que esas modificaciones aparejen las consecuencias morbosas. Esto en cuanto a las dolencias corporales. En las mentales, la aseveración deriva de la experiencia y de los resultados observados en otros casos, que permiten en el que se estudia establecer consecuencias. Los facultativos proceden por inducción y deducción.

Pujia y Serratrice, expresan:

" No todo disturbio notable, aun siendo de cierta duración, " puede calificarse—dice Ziino—de enfermedad incurable. Para " que exista tal delito, castigado con pena de relegación hasta por " diez años, es preciso que concurran tres ideas elementales: " 1.° Trastorno considerable de la estructura del organismo y, " por tanto, de la actividad funcional del mismo; 2.° Duración " de la perturbación tras un largo plazo de atenta observación, " excluyendo todo artificio de simulación; 3.° Juicio médico de- " finitivo acerca del carácter incurable de la enfermedad."

" Maino, por su parte, dice: "La primera hipótesis de lesión gra- " vísima, basada en el pronóstico, implica necesariamente la de- " cisión de peritos, cuyo informe debe resolver definitivamente " y con seguridad, si la lesión es o no curable, o bien, si sólo podía " serlo en casos excepcionales o en circunstancias especialísimas. " La ley habla de enfermedad mental o corporal. Enfermedad, " significa la permanencia de un proceso morboso, que no debe " confundirse con la debilidad permanente."

" Con esto quedaría dicho todo lo que hay que decir sobre el " asunto. Lo difícil para el perito, estará en saber diferenciar la " enfermedad incurable de la debilidad permanente. Severi, dice " que con las palabras *debilidad permanente* el legislador ha que- " rido referirse a un hecho morboso de menor entidad que aquel " otro que alude con la frase *enfermedad incurable.* La enferme- " dad cierta o probablemente incurable refiérese exclusivamente " a la persistencia de alteraciones funcionales, debidas, más o me- " nos directamente, al estado morboso, sin comprender, por tanto, " la nueva y anormal adaptación funcional, dependiente de nuevas " condiciones físicas, creadas originariamente por el agente " morboso.

" De todos modos, el perito deberá ser muy cuidadoso en cada " caso particular, recordando que la ley le permite emitir su in- " forme, no absoluta, sino relativamente, precisamente con la frase " *probablemente incurable.* Sucede a veces que circunstancias de " extraordinaria importancia, inherentes al individuo o al medio, " misteriosas e incomprensibles, cambian el pronóstico de incura- " bilidad segura con una curación inesperada. Entonces es bueno " el dictamen de Pessina: "La permanencia no incluye absoluta- " mente la irreparabilidad cierta y absoluta, pues además de esta " condición de cosas, comprende la de difícil y lejana reparación " o reintegración al estado normal en la persona del ofendido."

" La literatura médica es muy rica en ejemplos de enfermedad " cierta o probablemente incurable a consecuencia de traumatis- " mos, sustos, etc. Tales son: las parálisis, los tumores malignos " (Berger y Lengruck), la polimietitis (Erb), la epilepsia (Cainer), " la monoplegia (Lenoble y Ternet), la idiocia primitiva (Krafft- " Ebing), la tabes dorsal (Lembke), etc., etc."

* *

26. Inutilidad permanente para el trabajo.—El Código, de acuerdo con sus antecedentes, considera que la inutilidad debe ser para el trabajo en general, y no para uno en especial.

El criterio es el mismo que he desenvuelto antes, cuando me he ocupado de la agravante, consistente en la inutilidad para el trabajo por más de un mes.

Nuestro código, en esta materia, reconoce dos grados: la inutilidad por más de un mes y la permanente. La primera se conjetura al hacerse el primer examen, y se comprueba después, cuando restablecido el individuo se observa, como un hecho, cuánto tiempo ha estado inutilizado para trabajar.

La segunda es siempre conjetural, pues los facultativos, en presencia de la situación del momento, calculan que la víctima ha quedado inutilizada para toda la vida. La afirmación deriva de la situación orgánica del sujeto y de la posibilidad o imposibilidad de su regeneración física.

La cuestión es de hecho y de pronóstico, quedando deferida a los peritos.

* *

27. Pérdida de un sentido.—He dicho ya lo qué debe entenderse por sentido, órgano y miembro, al tratar de las debilitaciones de los mismos, estudiando el artículo anterior.

Ahora, la gravedad de la consecuencia es mayor, puesto que se trata de la pérdida de un sentido. Ella debe ser—como dicen Maino y Pujia y Serratrice—absoluta y completa, puesto que la ley habla aquí de pérdida y no de debilitación.

Así, si la lesión ha ocasionado la extirpación de un ojo, habrá debilidad de un sentido y no pérdida del mismo. En cambio, si la herida ha inutilizado los dos ojos y el sujeto ha quedado ciego, se entenderá que ha perdido el sentido de la vista. Igual cosa debe decirse del sentido del oído. Para que concurra la pérdida es preciso que las lesiones hayan dejado sorda a la víctima. Si lo

que tiene son dificultades para oir o una sordera parcial de un oído solo, por ejemplo, no habrá pérdida, sino debilitación del sentido.

Con respecto a los demás sentidos (tacto, olfato y gusto), la pérdida total es más difícil, por constar de órganos más numerosos.

El código anterior a la reforma hecha por la ley número 4189, castigaba especialmente al que sacare a otro los ojos o lo castrare. No se refería a más sentido que el de la vista, siguiendo al precepto análogo del proyecto del doctor Tejedor.

* *

28. Pérdida de un órgano o del uso de un órgano.—La mutilación de un órgano principal del cuerpo se castigaba especialmente en el código de 1886. El precepto correspondiente fué reemplazado por uno análogo al vigente con la sanción de la ley número 4189.

El código italiano habla de la pérdida del uso de un órgano, mientras que el nuestro se refiere a la pérdida de un órgano o a la del uso del mismo.

Hemos visto que esta palabra no debe tomarse en sentido anatómico sino fisiológico, desde que varios órganos pueden servir para el desempeño de una función. Así, la pérdida de un dedo, si se tomara el término en el primer concepto, podría suponer la de un órgano, mientras que si se considera en el segundo, sólo dará lugar a establecer que implica la debilitación de un órgano y no su pérdida completa.

El órgano se pierde, no sólo cuando se extirpa, sino cuando la función a que está destinado no se puede llenar. Así, la parálisis del brazo equivale a la pérdida del brazo.

Si el Código no hubiera entendido eso, habría incurrido en una repetición al hablar de pérdida de órgano y de miembro, desde que el brazo es un miembro y al mismo tiempo un órgano. Es un miembro en sí, es un órgano en cuanto tiene una función.

El perito llamado a comprobar si existe o no la pérdida, examinará si se ha extirpado el órgano o si se conserva; en el último caso, si llena o no la función. El órgano puede no servir en absoluto, como ocurriría en un caso de parálisis incurable, o encontrarse debilitado por faltar algunas de sus partes, o por estar perma-

nente y morbosamente alterado su funcionamiento, no obstante la integridad física.

El Código, por lo demás, no da lugar a dudas, desde que dice primero que concurre la agravante cuando el órgano se pierde, y dice después que también existe cuando se pierde el uso.

* * *

29. Pérdida de un miembro o del uso de un miembro.—El legislador italiano ha dicho pérdida de una mano o de un pie. Nuestro código, en términos más generales, ha dicho pérdida de un miembro o del uso del mismo. Miembros son, como se ha visto antes, cualesquiera de las extremidades articuladas con el tronco.

El proyecto del doctor Tejedor castigaba especialmente la mutilación de un miembro principal del cuerpo.

Sobre el concepto de miembro, decía la nota, repitiendo una opinión de Pacheco:

"Mutilación es el corte y la destrucción de cualquier miembro de una persona humana. Mutila quien derriba un brazo, una mano, un dedo, una oreja, una pierna, un pie; quien arranca los dos ojos y quien saca uno. Esto no tiene duda, pues para que se entendiese de otro modo habría sido necesario que la ley definiera particularmente aquella expresión y no la dejase en su significado común. Ahora bien; tal como resulta el hecho definido por el diccionario de la lengua, tal como le acabamos de explicar, ¿podrá entenderse que la ley lo ha tenido a la vista en todas sus ramificaciones para dictar las tremendas penas que encontramos en el artículo 342? (1). Que se imponga la pena de cadena temporal a quien de propósito corte una pierna, o un pie, un brazo o una mano, es cosa que no lo rechazaremos absolutamente, aunque casos habría en que nos parecería más propio y aplicable la reclusión. Pero que se iguale con aquéllos otros hechos, la mutilación de un dedo o de una oreja, es cosa que nos parece inconcebible."

El código de 1886, después de calificar especialmente la lesión consistente en castrar o sacar los ojos, considera agravante

(1) Se refiere la nota al antiguo Código Penal español.

específica la mutilación de otro miembro u órgano principal del cuerpo.

El código español de 1870, para cuya redacción se tuvieron seguramente en cuenta las observaciones hechas al anterior, y de las cuales se hacía eco el doctor Tejedor, repitiendo la transcripta opinión de Pacheco, distinguía para graduar la pena entre miembro principal y no principal. Eso hace decir a Groizard, que miembro es cualquiera de las extremidades del cuerpo humano articuladas en el tronco, siendo miembros principales la mano, el pie, los brazos y las piernas solamente (1).

Dentro de ese concepto, las dependencias se perciben, puesto que no se podría extirpar la pierna o el brazo sin hacer igual cosa con el pie y la mano correspondiente.

El código vigente no define, de manera que dentro de la ley no encontramos fijado el significado. Debemos, entonces, y dada la generalidad del artículo, limitarnos a la noción corriente, y entender que miembro del cuerpo es toda extremidad articulada con el tronco. En los casos que se produzcan los atentados, las pericias fijarán los hechos.

El Código, por último, se refiere, no sólo a la pérdida del miembro, sino a la pérdida del uso, teniendo en cuenta que una lesión puede no extirparlo, pero dejarlo en condiciones de inutilidad. Tal ocurriría, por ejemplo, en casos de parálisis.

* * *

30. Pérdida de la palabra.—La dificultad permanente de la palabra se considera, según hemos visto, un motivo de agravación especial, que se aumenta en el caso de pérdida de la misma. La primera agravante se consigna en el artículo anterior, la segunda en el presente.

La lesión a que se refiere este artículo es la que impide hablar a la víctima, no transitoria, sino permanentemente, la que le ha quitado para siempre el uso de la palabra.

Cuando se trata de una lesión física, la pericia, que debe comprobar los hechos, no presenta grandes dificultades. El faculta-

(1) Tomo IV, página 552.

tivo, estudiando los órganos, comprueba su existencia y estado, y puede pronunciarse al respecto.

Pero cuando la lesión ha sido moral, por ejemplo una violenta impresión nerviosa, acompañada o no de daño físico, la pérdida del uso de la palabra suele ser transitoria, pues los órganos pueden no encontrarse afectados. En esos casos, los informes difícilmente pueden ser asertivos, y el examen debe repetirse para obtener impresiones más o menos definitivas.

*
* *

31. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.—La comprobación de la grave consecuencia a que se refiere el epígrafe, es una cuestión de hecho, deferida a los peritos.

En muchos casos la pérdida de esa capacidad deriva de la pérdida del órgano habilitado para la función, de manera que para esas emergencias bastarían otras disposiciones del Código y no sería necesaria la presente. Pero en otros, dicha pérdida se produce como consecuencia de la atrofia del órgano o de la extirpación o lesión de alguna parte del mismo.

La pérdida de esa capacidad en el hombre, como consecuencia de lesiones o enfermedades, es mucho más frecuente que en la mujer.

Pujia y Serratrice expresan que los informes en esta materia deben ser muy cuidadosos, por ser fáciles la simulación y el engaño.

*
* *

32. Las penas.—El Código, tanto en este artículo como en el anterior, aplica su sistema, consistente en penas de amplios márgenes, para que el criterio judicial pueda hacerse sentir y las circunstancias particulares de cada caso sean susceptibles de gravitar en la sentencia.

Además, no se consigna una sola pena, sino dos, de manera que los tribunales están en condiciones, no sólo de fijar el tiempo

dentro de los límites establecidos, sino de elegir la clase de castigo, considerando y apreciando todos los elementos dignos de pesar en la decisión.

*
* *

33. El artículo 92 y sus concordancias.—

Artículo 92

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 373.—Francés, 312.—Proyecto de 1891, 123.—Proyecto de 1906, 96.—Proyecto peruano de 1916, 142.

*
* *

34. Contenido y alcance de la disposición.—El Código, como ha podido verse, castiga las lesiones con tres penas distintas, según la gravedad de las mismas. En el artículo 89 se refiere a las lesiones que podríamos llamar leves o ligeras; en el 90 a las graves, y en el 91 a las gravísimas.

En esos artículos no tiene en cuenta sino el daño y su intensidad, prescindiendo de todo otro factor. Al legislar sobre el homicidio, la ley toma en consideración otros factores, que agravan o atenúan el hecho. Esas circunstancias especiales, que han sido estudiadas en oportunidad, determinan un cambio en el criterio general de la penalidad establecida.

Como la ley se ha ocupado de esos requisitos al legislar sobre homicidio, y como los factores calificativos son los mismos, no era preciso repetir aquí las exigencias, y bastaba con hacer la referencia. De ahí el texto del artículo que tiene sus correlativos en los proyectos de 1891 y 1906.

Las circunstancias del artículo 80 del Código, influyen a los efectos de la pena para las tres clases de lesiones, o sea con relación a los artículos 89, 90 y 91.

Cuando se presenta alguno de los casos del artículo 80 y se trata de una lesión del artículo 89, o sea leve, la pena será de seis meses a dos años de prisión en lugar ser de un mes a un año; si se trata de una lesión de las comprendidas en el artículo 90 la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión en lugar de reclusión o prisión de uno a seis años; y en cuanto se trate de una lesión de las enumeradas en el artículo 91, la pena será de reclusión o prisión de tres a quince años, en lugar de reclusión o prisión de tres a diez años.

No es preciso que me refiera a los casos del artículo 80, desde que, cuando estudié el precepto, examiné sus detalles. Bastará, cuando el caso sea de lesiones y no de homicidio, hacer la correlación.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 fundaba la disposición, análoga a la de nuestro código, diciendo:

"El artículo 123 contiene una disposición perfectamente lógica. Con excepción de la entidad del daño causado a la persona, que en el homicidio es invariablemente el mismo, en tanto que en las lesiones es siempre variable, los demás criterios de gravedad en uno y en otro delito son idénticos, y siempre que hay una razón o motivo cualquiera para aumentar o disminuir la pena del homicidio, la misma razón o motivo habrá para aumentar o disminuir la del delito de lesiones. Si la provocación por injurias ilícitas o graves, fué, por disposición del artículo 97 del Código Penal, motivo suficiente para rebajar la pena del homicidio hasta tres años de prisión, ¿por qué no ha valido igual circunstancia para disminuir la pena por delito de lesiones cuando se las causara en un impulso suscitado por esa provocación? Según el Código Penal, no podría imponerse por una lesión causada a consecuencia de provocación por ofensas o injurias ilícitas y graves de parte de la víctima, una pena menor de tres años de penitenciaría, en tanto que se impondría sólo tres años de prisión por el homicidio causado en las mismas condiciones. Los vínculos de parentesco que dan motivo a una agravación especial del homicidio, ¿por qué no lo darán para una agravación del delito de lesiones? Entre herir o matar al propio padre sólo hay diferencia de intensidad del daño, pero la violación del deber moral es la misma."

*
* *

35. El artículo 93 y sus concordancias.—

Artículo 93

Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1.° letra a del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS.—Ley número 4189, artículo 17, capítulo II, inciso 5.°—Proyecto de 1906, 97.—Proyecto peruano de 1916, artículos 143 y 144.

*
* *

36. Fundamentos de la disposición.—El artículo anterior establece la comunicabilidad del homicidio a las lesiones, de ciertas circunstancias especiales que agravan la penalidad. El presente hace lo mismo con respecto a la atenuante especial, del inciso 1.°, letra a, del artículo 81. La pena varía según se trate de las lesiones del artículo 89, 90 y 91, y varía a los efectos de la disminución.

En los casos que se presenten bastará estudiar la atenuante especial desarrollada al examinar el precepto correspondiente. Aquí basta con la referencia.

El artículo fué tomado del proyecto de 1906. El proyecto de 1891 no lo contenía, incurriendo en un error que fué subsanado por el que he citado y que es el inmediato antecedente del Código.

La segunda Comisión de Códigos del Senado, propuso, lo que se aceptó, la agregación de las palabras *letra a*, después de inciso 1°.

*
* *

37. El artículo 94 y sus concordancias.—

Artículo 94

Sufrirá la pena de doscientos a mil pesos de multa, e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por impruden-

cia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 375.—Francés, 320.—Húngaro, 310.—Uruguayo, 329.—Proyecto de 1891, 124.—Proyecto de 1906, 98.—Proyecto peruano de 1916, 145.

* * *

38. Lesiones por culpa o imprudencia.—Al ocuparnos del homicidio por culpa o imprudencia hemos podido ver cuál es el sistema seguido por el Código en esa materia. De acuerdo con el mismo, el homicidio cometido por ese motivo se ha previsto en un artículo y se ha aplicado al autor una pena especial.

Corresponde, en consecuencia, al legislar sobre lesiones, hacer lo mismo.

En la exposición de motivos del proyecto de 1891, y refiriéndose al artículo 124 de aquel conjunto, se dice que con sujeción al método adoptado para la represión de la culpa o imprudencia, se prevé el caso de lesiones producidas por esa misma causa.

Para que exista lesión culpable es preciso que el autor del hecho no haya tenido el propósito de dañar, pero es necesario también, porque sino la consecuencia sería casual, que haya debido tenerse la previsión del daño.

* * *

39. Tentativa de lesiones.—De la tentativa de lesiones, punto que quedaría por examinarse dentro del presente capítulo, me ocuparé al tratar del delito de agresión.

II

Homicidio o lesiones en riña

40. EL PROBLEMA CUANDO LOS AGENTES SON VARIOS Y EL AUTOR NO SE INDIVIDUALIZA.—41. EL ARTÍCULO 95 Y SUS CONCORDANCIAS.—42. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO EN EL PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—43. PROYECTO DE LOS DOCTORES VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—44. EL CÓDIGO DE 1886 Y LA LEY DE REFORMAS.—45. LOS PROYECTOS DE 1891 Y 1906.—46. ANTECEDENTES INMEDIATOS Y ALCANCE DEL ARTÍCULO.—47. EL ARTÍCULO 96 Y SUS CONCORDANCIAS.—48. ALCANCE DEL PRECEPTO.—49. LA RIÑA Y LA PROVOCACIÓN.

* * *

40. El problema cuando los agentes son varios y el autor no se individualiza.—Hasta ahora nos hemos ocupado del homicidio y de las lesiones, entendiendo que el autor o los autores eran conocidos y estaban individualizados a los efectos de la aplicación de la pena. No hemos tocado sino los delitos en sí, sin tener en cuenta si el autor era uno solo o si procedieron más de uno en participación criminal. Tenemos, entonces, que referirnos, para completar las nociones, al caso que los autores sean más de uno y aplicar, por tanto, las reglas de la parte general del Código, estudiadas oportunamente.

Cuando en la ejecución de un delito toman parte dos o más personas, y la prueba permite la determinación de la función que cada uno de los autores ha desempeñado, la tarea de la justicia en la aplicación de la ley es sencilla, desde que, de acuerdo con

los hechos y las nociones doctrinarias, puede decirse claramente quiénes son los autores y quiénes los cómplices.

Pero cuando el delito se ha ejecutado con la concurrencia de más de un agente y no se sabe cuál ha sido el autor de la lesión que ocasionó la muerte o causó un daño, la cuestión es más difícil y no puede resolverse sino con la previsión legal.

Supongamos, en efecto, que cuatro personas armadas de revólver han atacado a un individuo, el cual es herido. La lesión le ocasiona la muerte. Verificado el examen del caso se comprueba que la víctima ha recibido una sola herida de bala, habiendo el proyectil afectado el corazón. ¿Quién es el autor del crimen? Es indudable que en algunos casos, la circunstancia se puede establecer, aunque los partícipes no confiesen. Así, sería fácil hacerlo cuando el proyectil causante de la muerte correspondiese a un arma determinada, que se acreditase había sido disparada sobre la víctima por una persona individualizada.

Sería también sencillo el descubrimiento del autor, cuando se probase que sólo uno de los atacantes había hecho uso del arma de fuego, y lo sería también en otros supuestos.

Pero el caso a que me refiero es aquél en que no se puede establecer por medio de la prueba quién ha sido el autor de la lesión a consecuencia de la cual se produjeron la muerte o las heridas.

Dos supuestos se pueden presentar en esta materia: el de agresión de dos o más contra la víctima o las víctimas; y el de riña.

En el primer supuesto hay sujetos activos y pasivos. Activos son los que atacan; pasivo o pasivos, desde que los agredidos pueden ser uno o varios, son los atacados.

En el segundo, o sea en el caso de riña, todos los que intervienen son sujetos activos desde el principio, puesto que la riña supone la participación de todos en la pugna. Las víctimas y los victimarios resultan de las consecuencias. En esos casos puede también, el que resulte víctima, ser o haber sido a su vez victimario.

La ley se encuentra en estos casos en presencia de un dilema. Entre los varios acusados, más bien sospechados, hay uno que es el autor del crimen; los otros habrán sido, en todo caso, partícipes con mayor o menor acción. Si se aplicara a todos la pena del homicidio simple o calificado especialmente, si concurriesen

algunas circunstancias particulares, la sentencia no sería justa, y si se absolviese a todos por no conocerse al autor, tampoco lo sería, desde que el crimen comprobado habría resultado impune.

En esta situación la doctrina aconseja y las leyes resuelven que se aplique a todos los partícipes una pena especial que no es la que corresponde ordinariamente para el delito.

Debe tenerse presente que este criterio se impone, porque si bien uno de los partícipes es, sin duda, el autor material y los otros no, todos son delincuentes, porque todos han participado en la agresión o en la riña. De modo que la decisión se encuentra fundada en principios indiscutibles de justicia.

*

* *

41. El artículo 95 y sus concordancias.—

Artículo 95

Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 378.—Español, 420 y 435.—Chileno, 392.—Húngaro, 308.—Alemán, 227.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título primero, capítulo I; artículos 6, 7, 8 y 9.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, artículo 200.—Código de 1886, 121.—Ley número 4189, 17, capítulo II, inciso 6.º—Proyecto de 1891, 125.—Proyecto de 1906, 99.—Proyecto peruano de 1916, 149.

*

* *

42. Antecedentes del artículo en el proyecto del doctor Tejedor.—El precepto en estudio tiene interesantes antecedentes en el proyecto del doctor Tejedor.

Cuando varios individuos entablen una riña de ambos lados—dice el artículo 6.° del lugar citado en las concordancias—y pierda uno de ellos la vida, el juez observará en la aplicación de la pena las disposiciones que siguen a continuación.

Si fuere notorio quién ha sido el autor de la herida mortal—dice el artículo 7.°,—él solo será considerado como homicida. Si el muerto hubiese recibido de varios partícipes heridas mortales, no sólo por su reunión, sino por su naturaleza propia, serán castigados como homicidas todos los autores de estas heridas.

Si las heridas causadas—agrega el artículo 8.°—por los diferentes cómplices son mortales, no intrínsecamente, sino en razón de su reunión, se procurará en lo posible proporcionar el tiempo de condena a la gravedad e importancia de las heridas inferidas por cada uno de ellos.

El artículo 9.° establece que si entre las heridas que se reconozcan en la víctima, unas resultan mortales y otras no, los autores de estas últimas serán castigados según la naturaleza y gravedad de las heridas causadas por ellos, conforme a las disposiciones especiales contra las lesiones. Si no existe certidumbre completa a este respecto, todos serán castigados según las mismas disposiciones, absolviéndolos de la instancia relativamente a las heridas que dieron la muerte.

Según el mismo código, para que una lesión o herida se repute mortal en el sentido legal, basta que la lesión o herida sea la causa eficiente de la muerte. En consecuencia, dice también, la apreciación judicial del carácter mortal de una lesión o herida no dependerá de saber si en otros casos esta lesión o herida habría podido ser curada con los auxilios del arte, o si el resultado mortal de la lesión o herida se habría podido evitar con cuidados prestados en tiempo, o si la herida ha causado la muerte directamente, o sólo indirectamente por efecto de otras causas mediatas desarrolladas por ella, o si, en fin, la lesión o herida ha sido mortal de una manera absoluta, o en razón únicamente de la organización particular del herido, o de las circunstancias en que ha sido herido.

El último artículo del capítulo dice que cuando la herida produzca la muerte de la víctima y haya certidumbre de que la muerte ha sido el resultado de una causa que existía en el momento de la herida, y que no ha sido desarrollada por ella, o que la lesión infligida no era capaz de producir la muerte, y que sólo se ha vuelto mortal por efecto de una causa posterior, como el uso de medicamentos positivamente nocivos, de operaciones quirúrgicas funestas, etc., el culpable sufrirá solamente tres años de prisión.

Las reglas antes transcriptas contenían una serie de previsiones que están demás en la ley, puesto que esos hechos deben ser apreciados en cada caso por los peritos, que son los encargados de informar sobre las lesiones, sobre sus efectos y acerca de las causas que han ocasionado la muerte de la víctima.

Los artículos se encuentran acotados con extensas notas que no transcribo por no considerarlas de utilidad para el estudio de la materia.

* * *

43. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.—Este proyecto se apartó en esta parte del sistema aceptado en su antecedente. Consignó con relación al punto, nada más que un artículo, el 200, que establece:

" Cuando en una riña en que toman parte más de dos per-
" sonas resultasen uno o más muertos o heridos, se aplicará a
" los autores conocidos la pena que corresponda al hecho propio
" que les fuera probado, siempre que esa pena sea mayor que la
" designada para la complicidad de los hechos cometidos, y en
" cuyo carácter quedan todos los que hubiesen constituído la agre-
" sión colectiva."

El informe de la comisión redactora se limita a dejar constancia de las supresiones efectuadas.

* * *

44. El código de 1886 y la ley de reformas.—El código de 1886, tampoco siguió al proyecto del doctor Tejedor. Contenía al respecto el artículo 121, el que decía:

" Si en una riña o pelea entre más de dos personas se causan
" lesiones, sin que conste quién sea su autor, se aplicará a todos

" los que estuvieron en contra del herido el mínimum de la pena " señalada para el delito."

La ley número 4189 reemplazó ese precepto por otro que decía así:

" Cuando en riña, pelea o agresión en que tomaren parte más " de dos personas, resultare o muerte o lesiones de las determina- " das en los incisos 2.° y 3.°, sin que constare quiénes las cau- " saron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia " sobre la persona del ofendido y se aplicará de tres a diez años " de penitenciaría en caso de muerte y de tres a seis en caso de " lesiones."

Agregaba el artículo que si la lesión fuere simple, se debía aplicar el mínimum de la pena.

La ley de reformas tomada del proyecto de 1891 era más amplia que el Código, desde que no se limitaba al caso de riña, sino que se extendía al de agresión, y no se limitaba a la pena, sino que declaraba autores a todos los que ejercitaron violencia.

* * *

45. Los proyectos de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891 toca el asunto en el artículo 125 y considera autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, cuando en riña, pelea o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones, sin que conste quiénes las causaron.

La pena es la de penitenciaría de uno a cuatro años, en caso de muerte, y de lesiones graves o gravísimas, y es de penitenciaría desde cuatro hasta ciento veinte días cuando se tratase de lesiones leves.

La exposición de motivos, dijo, comentando el artículo:

" La especialidad del homicidio o de las lesiones en riña " consiste en no saberse quién fué el autor de las heridas o de " la muerte. Desde que se sepa quién o quiénes fueron los auto- " res, el caso especial desaparece y queda el hecho punible so- " metido a las reglas del homicidio o de las lesiones. Es, pues, " manifiestamente superflua la disposición del inciso 1.° del ar- " tículo 98 del Código Penal.

" En el inciso 2.° del mismo artículo se prevé el caso en que

" la muerte se produzca por el número de las heridas, no siendo " mortal alguna de ellas, para el cual fija la pena del mínimum " del homicidio, pena que en el mejor de los casos no bajaría de " tres años de prisión; y en el inciso 3.° se fija la pena de uno " a tres años de prisión para todos los que han tomado parte en " la riña.

" Estas penas son las mismas que el Código aplica al caso de " lesiones en riña, con excepción de las lesiones leves; lo que " priva de poder considerar, en los casos de que se trata, para la " determinación de la pena, la entidad del daño causado.

" Es por otra parte injusto que en este caso, en que se aplica " pena según una mera presunción *juris*, sean reprimidos todos " los que tomaren parte en la riña. Bastará presumir autores de " la lesión o muerte a los que ejercieron violencias o estuvieron " en contra del ofendido.

" Las disposiciones del artículo 125 del proyecto salvan todas " estas observaciones. La pena fijada, fuera del caso en que sólo " se hubieran producido lesiones de menor entidad, es de uno a " cuatro años, lo que permite la apreciación del daño causado y " la de las demás circunstancias que concurran en el hecho."

El proyecto de 1906 colocó en el artículo 99 una disposición análoga a la estudiada. Según ese precepto, cuando en riña, pelea o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones graves o gravísimas, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará, en caso de muerte, prisión de dos a seis años, y en caso de lesión de uno a cuatro.

Si las lesiones fueren leves, la pena será de prisión desde cuatro a ciento veinte días.

* * *

46. Antecedentes inmediatos y alcance del artículo.—El artículo en estudio no tiene con el primer apartado del artículo 99 del proyecto de 1906 nada más que una diferencia, que consiste en haber establecido el vigente, en lugar de la pena de penitenciaría, las de reclusión o prisión. El precepto es el mismo adaptado al sistema de la ley en vigor.

El segundo apartado de aquel artículo 99 es igual al artículo 96 del código vigente, de manera que el precepto originario se ha dividido en dos, en la redacción que preparó la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados.

La disposición en estudio se refiere al caso de violencia delictuosa ejercitada por más de una persona contra una o varias, de la cual haya resultado muerte o lesiones. La ley se pone en dos supuestos: el de riña y el de agresión.

La riña supone acción de dos partes, reciprocidad en el ataque y la defensa. Para que exista—dice Puccioni—es preciso que haya una riña imprevista entre dos o más personas por una causa particular. Consiste en hechos y no en palabras. Según Ellero, la riña no es un simple altercado, sino un cambio de hechos hostiles, una acción. Niccolini, dice que la riña es la confusión, el tumulto, el fuego creciente de indignación, que sólo se apaga con sangre. No hay riña cuando uno da y otro recibe, sino por el contrario, cuando hay cambio de actos, y de actos ofensivos y con dichos y contestaciones. Los ánimos se acaloran mutuamente, con progresivas y recíprocas provocaciones. En el primer caso hay agresión, no riña (1).

La riña supone, así, acción recíproca. Si sólo una parte acciona sobre la otra, existe agresión. Si el agredido, a causa de la violencia ejercitada, reacciona y repele el ataque, hay defensa y no riña.

Para que esta última concurra es preciso que los ataques sean mutuos y no pueda decirse que uno agredió y otro se limitó a repeler la injusta violencia ejercitada.

La aplicación de la pena corresponde a todos los que ejercieron violencia sobre el ofendido. El hecho de intervenir en la riña no hace pasible de la pena al partícipe cuando no haya ejercido violencia sobre la víctima.

Las consecuencias de la riña pueden ser la muerte del atacado o atacados, o las lesiones sobre los mismos.

Como estas últimas pueden ser de varias clases, el artículo ha previsto y penado el caso de muerte y el de lesiones graves y gravísimas de los artículos 90 y 91.

(1) Pujia y Serratrice. Página 112.

47. El artículo 96 y sus concordancias.—

Artículo 96

Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

CONCORDANCIAS.—Las mismas del artículo anterior.

*
* *

48. Alcance del precepto.—El presente artículo, que repite el contenido del segundo apartado del artículo 99 del proyecto de 1906, fija la pena cuando las lesiones han sido leves. La disposición no necesita de mayores explicaciones.

*
* *

49. La riña y la provocación.—Pujia y Serratrice se preguntan, estudiando el artículo 379 del código italiano, si puede alegarse, por los que toman parte en una riña, la excusa de provocación (1).

Según la opinión de Impallomeni, la participación en la riña admite tal excusa como en cualquier otro delito. Agrega que el delito es culposo por no haber querido el combatiente el homicidio o la lesión, pero que voluntario es el tomar parte en la riña, y si ésta ha sido determinada por una ofensa, si ha sido la voluntaria reacción por la ofensa recibida, existe el hecho determinado por injusta provocación.

Cogliolo, según los autores citados, es de la misma opinión. Parte del principio de que la riña no está expresamente prevista en la ley italiana como causa de excusa. Si el muerto o herido fué el provocador de la riña, sería generalmente pertinente la excusa por lo mismo que él fué, con un hecho injusto, la causa primera del vivo cambio de ofensas en que consiste la riña y que dió por resultado el homicidio o la lesión.

Pujia y Serratrice no comparten esas opiniones. Empiezan por

(1) Página 116.

refutar la aseveración relativa al carácter culposo del delito de homicidio o lesiones en riña. La participación en aquélla es voluntaria, y el que lucha lo hace con el objeto de producir un daño. El dolo concurre, y aun cuando no se hubiera tenido por objeto inmediato matar o herir de determinada manera, el dolo ha concurrido.

A este razonamiento, que encuentro acertado, agregaré que, producida una riña y comprobados los resultados, o sean la muerte o muertes y las lesiones, la pena general corresponde cuando los autores no han sido individualizados, cuando no se conocen. La ley supone que lo fueron todos los que ejercieron violencia sobre el ofendido u ofendidos, y les aplica un castigo.

De manera que, precisamente en ese caso, no se conoce el factor propósito del delincuente, desde que empezamos por no saber quién ha sido el autor. La ley supone que entre los que ejercieron la violencia está el autor material y los castiga a todos por ignorar quién fué el ejecutor. No pueden, así, hacerse argumentaciones a base de supuestos propósitos de autores no individualizados, cuando el precepto se crea precisamente para los casos en que la prueba de quiénes son los que realizaron el hecho, no se ha podido obtener.

La provocación, que siendo reprimida es correlativa de defensa, lícita o excesiva, es ajena a la riña. En ésta todas las partes son agresoras y agredidas, provocadoras y provocadas; luego no puede uno invocar el carácter de atacado injustamente. Si hubo provocación o agresión el episodio no se llama riña.

Pujia y Serratrice abonan la tesis a que antes me he referido con citas de fallos de los tribunales italianos.

III

Duelo

50. Noción y antecedentes históricos.—51. Los hechos y la definición.—52. Argumentos en pro y en contra del castigo del duelo.—53. Diferentes criterios legales.—54. El duelo en el proyecto del doctor Tejedor.—55. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—56. Código de 1886.—57. El proyecto de 1891.—58. El proyecto de 1906.—59. Los fundamentos de la comisión especial de diputados.—60. La discusión en la cámara de diputados.—61. Respuesta al doctor de Tomaso.—62. Otras opiniones legislativas sobre el duelo.—63. La cuestión en el senado.—64. El artículo 97 y sus concordancias.—65. El duelo regular y su castigo.—66. Ideas sobre la represión del duelo.—67. El artículo 98 y sus concordancias.—68. Penalidad del duelo irregular.—69. El artículo 99 y sus concordancias.—70. Antecedentes y alcance del artículo.—71. El artículo 100 y sus concordancias.—72. Fundamentos de la disposición.—73. El artículo 101 y sus concordancias.—74. Las condiciones del lance.—75. El artículo 102 y sus concordancias.—76. Castigo de los padrinos.—77. El artículo 103 y sus concordancias.—78. Castigo del duelo concertado a muerte.—79. Remedios para impedir los duelos.—80. El sistema de la legislación uruguaya.

*

* *

50. Noción y antecedentes históricos.—El duelo es el combate realizado con la intervención de padrinos mayores de edad que conciertan las condiciones del desafío y que lo presencian y diri-

gen a los efectos del cumplimiento de aquéllas y de la comprobación de los resultados.

Grandes controversias, todavía no solucionadas, se han producido alrededor de este asunto, que tiene copiosos antecedentes históricos (1).

El duelo, considerado como un medio de reparar ofensas privadas, fué desconocido entre los antiguos, a estar a las informaciones que han llegado hasta nosotros.

Los encuentros a que se refieren los viejos poemas y las tradiciones griegas y romanas, no tenían el alcance de los duelos del presente, consistiendo en contiendas entre guerreros que solventaban en combate singular los agravios o las rivalidades de los pueblos, tribus o grupos a que pertenecían.

Como institución privada, esto es, ajena a la guerra, el duelo se encuentra consagrado en los pueblos bárbaros conquistadores de los dominios romanos, como una institución judicial, una especie de prueba a que se acudía como recurso del procedimiento civil para hacer la luz sobre hechos contestados. Los adversarios que habían prestado juramento aseverando hechos contradictorios, dirimían el conflicto combatiendo. La ley consideraba que el vencedor era quien había dicho la verdad y, por lo tanto, el que tenía razón.

Más tarde lo vemos admitido como un medio para que se manifieste el juicio de Dios. La guerra privada se extiende durante los primeros siglos de la era cristiana y se afirma fomentándose el valor personal, el honor y otras calidades con las cuales se ocultan muchas veces taras individuales de lo más reprobables.

La Iglesia fué la primera en levantarse contra la institución del duelo, pero sus primeros repudios se limitaron a una de las clases de combate singular, o sea al judicial, dejándose sin mencionar el caballeresco, o sea el que tenía lugar entre los miembros de la aristocracia por causas nimias o simplemente sin motivo alguno. El concilio de Valencia del año 855, y los concilios de Laterano de 1079 y 1125, estigmatizaron el duelo. Más tarde, en 1473, el concilio de Toledo privó de sepultura los cadáveres de los duelistas, y Julio II declaró excomulgados a los ejecutores y partícipes. El concilio de Trento en 1549 confirmó la bula de excomunión

(1) Sobre estos antecedentes ver Crivellari. Tomo V, páginas 802 y siguientes, y Digesto italiano. Duello. Tomo 9.°, parte 3.ª, páginas 1161 y siguientes.

y vetó el uso del duelo, y Benedicto XIV equiparó el homicidio producido en duelo al homicidio premeditado.

En Francia el duelo se había extendido de tal manera que las autoridades se preocuparon del asunto, empezando por proscribir el judicial para atacar después el caballeresco. Luis VII restringió el duelo judicial al caso en que la deuda excedía de cinco sueldos de oro. Luis IX abolió los combates y los substituyó por la prueba documental y escrita. Las ordenanzas de noviembre de 1296, enero de 1303 y diciembre de 1306, dispusieron la subordinación del duelo a la autorización del rey, pero los combates continuaron produciéndose, hasta que a partir del siglo XV el duelo judicial se abandona definitivamente, ganando terreno el caballeresco, o sea el efectuado teniendo en vista la reparación del honor.

Disposiciones sucesivas y contradictorias se dictaron en distintas épocas acerca del duelo, sin conseguir extirpar su costumbre.

Enrique II suprimió la autorización para la celebración de duelos. Estos, prohibidos por la Iglesia, son castigados por los Estados generales en 1566, los que los clasifican entre los delitos. El Parlamento de París en 29 de junio de 1599 declaró al duelo delito de lesa majestad y estableció contra los duelistas la confiscación de bienes. Los que se batían debían ser considerados transgresores a los mandamientos de la ley de Dios, rebeldes para el rey y violadores de las ordenanzas y de la justicia, y perturbadores de la paz y de la tranquilidad públicas. Un edicto del año 1602 confirmó esas disposiciones, que fueron promulgadas como las anteriores por Enrique IV.

En 1609 se publica un nuevo edicto, según el cual los duelos no podrían tener lugar sino cuando la controversia hubiese sido de tal naturaleza que no hubiere sido posible resolverla de otro modo. Se necesitaba, sin embargo, y en todo caso, la autorización del rey.

Muerto Enrique IV los duelos se repiten, lo que da lugar a que el sucesor de aquel soberano, o sea Luis XIII, con fecha 1.° de julio de 1611 publicase una declaración según la cual se consideraba duelo cualquier encuentro entre dos gentilhombres que, por odio, hubiesen dirimido su contienda por las armas, castigando uno y otro hecho con las mismas penas. El 18 de enero de 1613 se verifica una nueva publicación del edicto de 1609, y el 27 de enero de 1914 el Parlamento de París sanciona un reglamento en

el que considera al duelo como un delito de lesa majestad, y lo reprime con la pena de muerte. Otro edicto de Luis XIII, publicado en agosto de 1623, declara que el solo hecho de la provocación a duelo apareja la pena de muerte, no sólo contra los duelistas, sino respecto a los testigos y contra todos los que hubiesen llevado los carteles de desafío. La pena capital correspondía también a los lacayos y sirvientes que hubiesen acompañado a su patrón. La severidad de la disposición no impidió los lances, y en muchos casos los perdones posteriores a su realización convencían de la ineficacia de los preceptos prohibitivos.

El edicto de 1626, dictado bajo la influencia de Richelieu, empezó por sancionar una amnistía para los duelos acaecidos anteriormente, borrando el pasado, y consignó penas menos severas que las antiguas para los que tuviesen lugar en adelante. Según esa ordenanza, la simple provocación era castigada con la privación de los cargos y oficios públicos, con la confiscación de la mitad de los bienes y destierro por tres años. Si uno de los combatientes muriere en el encuentro, el otro era castigado con las penas de muerte y confiscación; si sólo habían heridas, correspondía, según el grado de culpabilidad, la infamia, la pérdida del título de nobleza o la muerte. La ordenanza del 18 de septiembre de 1634 castigó con la horca a los simples espectadores.

Durante el reinado de Luis XIV se dictan los edictos de septiembre de 1651 y agosto de 1679, que castigan la provocación a duelo y el duelo con penas que varían desde la de dos años de detención y multa hasta las de muerte y confiscación. Para evitar la difusión de los lances y proscribir el interés por los mismos, se castiga a los espectadores, cualesquiera que fuese el resultado, con la pena de muerte.

Luis XV, con un edicto del año 1723, mantuvo con algunas modificaciones los de su padre y antecesor en el trono. El proyecto de Código Penal de 1791 contenía disposiciones contra el duelo, pero teniéndose en cuenta que las sanciones no se habían generalmente aplicado, no se mantuvieron en el texto que se sancionó.

En la historia del derecho penal italiano encontramos disposiciones relativas al castigo del duelo, dictadas en Nápoles, Piamonte, Toscana, Venecia, Estados Pontificios, etc.

En los demás países de Europa se encuentran también antecedentes legislativos, con excepción de Inglaterra, donde el duelo

no ha sido una costumbre, y donde las leyes no lo han considerado especialmente. El duelo allí se juzga de acuerdo con las consecuencias, y se aplican las represiones comunes para los delitos de homicidio o lesiones.

*

* *

51. Los hechos y la definición.—Me he ocupado de los antecedentes porque es conveniente destacar un hecho antes de pasar a la exposición de la doctrina. De esos precedentes, tanto de los extranjeros como de los nacionales, recordados en la reseña histórica del derecho argentino, resulta que en los distintos países se ha reprimido el duelo, no habiéndose, ni evitado, ni aplicado los castigos. Se dirá que las penas no suprimen ningún delito, y eso es cierto. Pero mi comprobación no se refiere a los castigos, sino a su falta de aplicación, la que no se ha hecho porque esas penalidades contrariaban el sentimiento dominante. A pesar de la ley, y en contra de la ley, los duelistas no eran considerados como delincuentes.

Debemos ocuparnos ahora del punto fundamental: ¿es el duelo un delito y debe ser castigado, o no lo es?

Para poder sentar un criterio es preciso que empiece por fijar la noción de lo que debe entenderse por duelo.

Según Carfora (1), el duelo puede definirse como un encuentro a mano armada entre dos personas, según normas determinadas y como consecuencia de un convenio precedente en reparación de una ofensa. Los elementos del duelo serían, según esta definición: 1.° Encuentro a mano armada; 2.° Causa especial que consistiría en la reparación de una ofensa; y 3.° Normas concertadas de antemano que son de uso corriente y que se encuentran estudiadas en diversos libros. Cuando éstos exponen la materia articulando las reglas, se llaman códigos del honor o leyes del duelo.

Carrara (2) define el duelo diciendo que es un combate entre dos o más personas, concertado con precedentes determinaciones relativas a las armas, al lugar y al tiempo, con el fin de procurar la reparación del honor.

(1) Digesto italiano.—Palabra Duello. Tomo 9.°, parte 3.ª, página 1164.
(2) Programma. N.° 2871.

Para Ellero (1) el duelo es un combate privado y convencional por cuestiones de honor.

Según Crivellari (2), el duelo como delito puede definirse diciendo que es un combate con armas homicidas entre dos o más personas para la reparación del honor ultrajado, precedido de provocación, presenciado por testigos y concertado con determinaciones precedentes, entre los mismos testigos, respecto a las armas, el lugar y el tiempo.

Esta definición, según el autor, comprende: 1.° Una provocación; 2.° Un concierto entre los padrinos que convienen las armas, el lugar y el tiempo del encuentro; 3.° Un combate; 4.° La calidad de las armas; 5.° La presencia de los padrinos durante el combate; y 6.° Que la causa del lance sea un motivo de honor.

Jiménez de Asúa (3) define el duelo diciendo que es un combate o pelea regular entre dos personas, precediendo desafío o reto, con asistencia de dos o más padrinos mayores de edad por cada parte, que eligen las armas y arreglan todas las demás condiciones del combate.

Podría dejar constancia de muchas otras definiciones, pero no tendría objeto hacerlo, desde que todas revelan la misma noción.

El concepto mismo nos muestra la diferencia existente entre el duelo y los demás delitos contra las personas, lo que debe tenerse bien en cuenta, porque si la legislación especial no existiera, los encuentros caballerescos serían juzgados según sus consecuencias, y los autores y partícipes serían castigados como reos de homicidio, lesiones o tentativa.

En el duelo es esencial la ofensa; es preciso que ésta se refiera a un asunto de honor personal, se requiere un juicio previo hecho por padrinos responsables que pueden declarar la precisión del lance o la falta de motivo para el mismo, y se necesita, por fin, el combate de acuerdo con reglas determinadas de antemano.

Fijada así la noción, podemos entrar al examen de los distintos argumentos que se hacen en favor y en contra de la institución y acerca de las normas que deben adoptarse al respecto en las leyes penales.

(1) Opuscoli criminali, página 173.
(2) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo VI, página 812.
(3) Derecho Penal. Página 285.

* * *

52. Argumentos en pro y en contra del castigo del duelo.— Crivellari agrupa bien los argumentos que se hacen en un sentido y en otro (1).

Se sostiene por los que creen que el duelo no debe castigarse: 1.° Que las leyes incriminadoras del mismo no se aplican, siendo letra muerta. Los duelos se llevan a cabo, a pesar de las penas consignadas contra los mismos, y ni la acción pública ni la privada se mueven para que los códigos se cumplan. Los delitos de esa clase quedan, así, impunes por consenso general; 2.° Cuando a una persona se le ofende en su honor, no puede impedirse que tome medidas para cuidar ese sentimiento tan íntimo y respetable, el que no puede ser suprimido de golpe; 3.° Las leyes que amparan el honor personal son insuficientes, y el duelo constituye la única solución para determinados casos; 4.° Las leyes que se ocupan de los ataques al honor personal son de tardíos efectos y nadie, cuando ha sido afectado en sus más íntimos sentimientos, tiene la paciencia necesaria para aguardar un pronunciamiento de los tribunales, sino que desea resolver su cuestión de inmediato; 5.° El consenso social, no obstante la existencia de leyes y la convicción de que el duelo no resuelve las cosas en justicia, empuja a los que actúan en la misma a definir ciertas cuestiones, en lo que se llama el terreno del honor. Existen ciertas ofensas que deben repararse de esa manera, y si una persona abandona esa vía y busca otra, queda socialmente disminuída o desacreditada, aun por los mismos que reprochan el hecho; 6.° La tradición y el culto del valor personal, difícil de hacer desaparecer de repente, no obstante el esfuerzo de grupos, partidos e individuos, influye sobre actitudes personales que son lógicas y derivadas de causas que la sociedad crea y que sin suprimirlas pretende evitar en sus efectos.

En contra del duelo se hacen otros argumentos de evidente lógica. Se dice: 1.° Que es un resabio de instituciones bárbaras como la defensa privada. La sociedad ha suprimido en el terreno jurídico todas las instituciones que justificaban ésta, y no obstante tales hechos, ella se mantiene todavía; 2.° El duelo atenta contra

(1) Obra citada. Tomo VI, página 805.

el derecho a la vida y a la integridad física, esto es, a los derechos fundamentales del hombre; 3.° El duelo importa un privilegio de clase, pues permite a los individuos de cierta situación social, resolver sus querellas en una forma distinta a la que emplea la generalidad de los miembros de un núcleo cualquiera. El duelista mata o hiere sin consecuencias. El que no pertenece a la clase que se dice caballeresca, si hace lo mismo, aun cuando emplee más lealtad y demuestre mayor valor, sufre las penas de los delincuentes ordinarios; 4.° El duelo no resuelve nada. El más diestro, el que tuvo más suerte, el que se ejercitó más, llevan la mejor parte, aun cuando no tengan razón; 5.° El mantenimiento de la institución crea los profesionales, esto es, los que pretenden resolver todas las cuestiones en el terreno del honor, cohibiendo la expresión de opiniones, restringiendo la discusión e impidiendo se exteriorice la verdad ante la preocupación de la incidencia de hecho para el caso de tocarse temas determinados; 6.° El duelo da lugar a que algunas personas se adiestren en el manejo de las armas caballerescas y ejerciten una prepotencia ante el deseo que tendría la generalidad de evitar un encuentro caballeresco con quien está en condiciones excepcionales para ir al terreno y vencer a su adversario; 7.° En muchos casos se dice también que es el duelo una farsa concertada para el público y que termina sin prestigiar a los actores y demás partícipes.

Una discusión al respecto sería sumamente larga y no tendría mayor objeto. Los argumentos y los contraargumentos se multiplicarían, y, probablemente, no se convencería a nadie, desde que el duelo es el resultado de un principio social al que no se substraen ni aun aquellos que comparten muchos de los argumentos de fondo que se hacen en contra de la institución.

He preferido, por eso, referirme a los motivos que se discuten, recogiendo los que he encontrado en los libros y los que he oído repetir en nuestro propio medio.

*

* *

53. Diferentes criterios legales.—Pasaré ahora a ocuparme de la cuestión en la legislación comparada para estudiar después los

antecedentes argentinos, donde encontraremos puntos de vista interesantísimos, ya que es esta una de las cuestiones que más se ha discutido durante la preparación de la reforma.

El criterio de las leyes es variable. Según unas el duelo no es un delito especial, y se juzga cuando tiene lugar según sus consecuencias y de acuerdo con las reglas ordinarias para la infracción o el crimen en que se hubiere incurrido, y según otras es un delito *sui géneris*.

El Código Penal francés no se ocupa del duelo, de manera que, de acuerdo con su texto, producido un lance, la justicia debe castigar a los autores de acuerdo con los resultados. La jurisprudencia, sin embargo, ha sido contradictoria. Hasta 1837 se consideró que la falta de mención del delito impedía el castigo cuando el duelo hubiese sido regular. Después, y de acuerdo con principios más verdaderos, se combatió el criterio por la Corte de Casación, y se estableció que el silencio de la ley y la falta de exención obligaba al castigo de acuerdo con las consecuencias del lance. El punto se ha debatido mucho; diferentes proyectos se han presentado a las Cámaras; y los lances, no obstante las decisiones judiciales, que no se producen siempre, se siguen realizando.

En Inglaterra, el duelo cae dentro de las sanciones comunes, según sus resultados. En caso de muerte se castiga un homicidio, y en caso de heridas se penan las lesiones. La provocación a duelo puede ser considerada como tentativa de homicidio.

En otros países, como España, Italia, Alemania, Holanda, etc., el duelo se castiga como un delito especial, adoptándose un criterio análogo al de nuestro código represivo.

Fuera de Inglaterra, donde el duelo no se encuentra consagrado por la costumbre, en los demás países civilizados, existe en el hecho, no obstante los preceptos de las leyes. Debe, sin embargo, tenerse presente que en Inglaterra especialmente, se practica otra costumbre igualmente bárbara y de resultados tan o más injustos que el lance personal con armas, o sea el box. Una serie de cuestiones personales se resuelven a golpes de puño que dejan maltrechos, enfermos o estropeados a los actuantes de los mismos. En esos encuentros no vence el que tiene más razón, sino el más fuerte o diestro. Las armas, siquiera, establecen la igualdad en las condiciones.

*
* *

54. El duelo en el proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor, el duelo era considerado como un delito especial. Empezaba por castigar en el artículo 1.° del título primero, libro primero, parte segunda, § 7, con dos meses de arresto a los que provocasen a un desafío y a los que lo aceptasen. La misma pena correspondía en caso de duelo regular si no resultase muerte ni heridas graves. Si resultase muerte la pena sería de tres años de prisión, y en caso de heridas graves, un año de la misma pena. Los castigos, como se ve, eran reducidos.

La nota que se refiere al asunto se ocupa de los preceptos del código español y se refiere a las leyes antiguas. Después, sobre el asunto mismo, dice:

" Lejos de nosotros el pensamiento de desconocer la inmoralidad de los desafíos. Todo desafío es la violación de la ley que manda no matar. Substituye la justicia individual a la social. Es un verdadero acto de rebelión contra el orden establecido por las leyes. El poder social tiene, pues, el derecho de castigarlo. Pero de aquí a compararlo con el asesinato, la distancia es inmensa—dice Chauveau.—El asesinato se compone de tres elementos: la materialidad del hecho, la voluntad criminal y la premeditación. En el duelo se encuentra el hecho material, el designio anterior o premeditación; pero no la voluntad de matar. La voluntad de matar no es esencialmente criminal. El soldado que hace fuego por orden superior tiene voluntad de matar y, sin embargo, el homicidio que comete no es criminal. Esta misma voluntad puede tener diferentes grados, reservándose la pena última sólo para la alevosía. La voluntad de matar en el asesinato va siempre acompañada de fraude. En el duelo no hay fraude ni violencia. Los preparativos se hacen en común. Una convención regla la hora y el modo, y esta convención se ejecuta lealmente. La víctima, lejos de ser acometida de improviso, está a la defensiva, espera al asaltante, y lo ataca a su turno. La casualidad únicamente es lo que hace la víctima y el culpable. (T. 3, páginas 463 y siguientes).

" El duelo, como el suicidio—dice Boeresco,—constituye un delito *sui géneris* que debe ser castigado con penas especiales.

" Bajo el punto de vista moral, la culpabilidad del agente es menos grande que la de cualquier otro homicida con premeditación o del que causa heridas voluntarias. Aquí no hay sorpresa ni ataque imprevisto. Las dos partes han corrido los mismos riesgos, y la víctima misma es culpable de haber consentido en semejante acto. Pero del otro lado, la culpabilidad de un duelista es más grande que la de un agente que causa o infiere heridas por accidente o por imprudencia, porque aquí el agente conocía bien las consecuencias de su acción. Bajo el punto de vista del interés social, el duelista presenta menos peligro que cualquier otro criminal, porque esta costumbre no se encuentra sino en cierta clase de la sociedad, y ella tiende de día en día a desaparecer bajo el peso de la opinión pública y del ridículo que la acompaña. La ley debe, pues, hacer de ella un crimen especial con penas particulares; y así lo hacen en efecto casi todas las leyes de Europa y América. (Boeresco, Delits et Peines, pág. 301).

" M. Dupin tenía miedo de una ley especial contra el duelo, porque erigiendo—dice—el duelo en delito aparte, se contribuiría quizá a perpetuar su existencia, por el hecho de darle clasificación y penalidad distinta. Pero el mismo Dupin reconoce que el duelo era frecuente en su tiempo. ¿Si el mal existe, pues, por qué no herirle directamente? ¿Por qué no perpetuar su existencia? Pero si esta razón valiese, tampoco debería prevenirse ni castigarse el robo, el incendio, el homicidio, etc. Lo mejor sería quemar todas las leyes penales, y así desaparecerían como por encanto todos los crímenes. Podía acordarse que el duelo no sea objeto de disposiciones especiales en los países en que no se haya introducido la costumbre. Una ley especial en este caso sería, por lo menos, inútil. Así, el código de Portugal no contiene disposición alguna sobre el duelo, porque nunca ha existido en este país. El que tuviera la idea de provocar o batirse en duelo no sería recibido en ninguna sociedad, se le cerrarían todas las puertas. Pero donde el mal existe, y donde la opinión pública no es bastante edificante, una ley especial es casi una necesidad. (Boeresco, páginas 304 y siguienes)."

La misma nota se extiende después en citas de otras leyes y discusión de otros conceptos, diciendo respecto a la pena de la provocación:

" La mayor parte de los códigos alemanes no pronuncian pena cuando no hay más que simple provocación. Creemos esto un

" verdadero vacío, porque este mal debe ser más que ninguno
" detenido en su origen. Luego que las partes se deciden a trans-
" portarse al lugar del combate y a exponer así su vida o su
" salud, las penas pronunciadas por la ley no las detendrán mu-
" cho; pero si la ley castiga la sola provocación, el que quiera
" proponer un desafío reflexionará antes de resolverse. En esto,
" especialmente, consiste la ventaja de una ley particular sobre
" la ley común que no castiga generalmente la provocación ni la
" tentativa."

Se castigaba también la instigación al duelo, y el hecho de desacreditar públicamente a otro por no haberlo aceptado.

Las penas se agravaban cuando el duelo hubiese tenido determinados motivos o se hubieren usado ciertos procedimientos. Se establecía también, para ciertos casos, el castigo de los padrinos. De estos diversos puntos, y en cuanto sea conveniente, me ocuparé al precisar los antecedentes de cada uno de los artículos del código en vigencia.

*

* *

55. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, traía también un extenso título, compuesto de once artículos, acerca del duelo. Esos preceptos eran análogos a los del proyecto anterior y comprendían una serie de casos. Parecería, estudiando esos antecedentes, que se hubiera puesto atención preferente precisamente en aquella parte de la ley que estaba llamada a no ser aplicada en la práctica.

*

* *

56. Código de 1886.—El Código Penal de 1886 dedica doce artículos al presente asunto. El capítulo referente al duelo es uno de los más extensos de todo el Código, tanto de la parte general como de la especial.

La ley que no fué tocada por la reforma introdujo un artículo nuevo, tomado del código español, que no contenían los proyectos

anteriores, y que ha derogado el código vigente. Según ese artículo, que tiene el número 107, la autoridad policial o judicial que tuviere noticia de estarse concertando un duelo procederá a la detención del provocador y a la del retado, si éste hubiese aceptado el desafío, y no los pondrá en libertad hasta que ofrezcan, bajo palabra de honor, desistir de su propósito.

Ese artículo ha sido aplicado en algunos casos, con poco resultado práctico.

El doctor Tejedor decía, acotando su código y con relación a esa precaución de la ley española:

" Según el código español la autoridad que tuviese noticia de
" estarse concertando un duelo, procederá a la detención del pro-
" vocador y a la del retado, si éste hubiese aceptado el desafío, y
" no los pondrá en libertad hasta que ofrezcan bajo palabra de
" honor desistir de su propósito. El que faltando deslealmente a
" su palabra provocare de nuevo a su adversario, será castigado
" con la pena de inhabilitación temporal absoluta para cargos
" públicos y confinamiento menor. El que aceptara el duelo en
" el mismo caso, será castigado con la de destierro. (Artículo 349).
" Pacheco aprueba el pensamiento que ha inspirado esta dispo-
" ción; "pero, ¿qué hará la autoridad—pregunta—si no se con-
" sigue que desistan del duelo? ¿Prorrogará indefinidamente la
" prisión? ¿Convertirá una medida de policía en una pena grave?"
(T. 3, pág. 89).

El código de 1886 daba un concepto sobre el duelo regular, porque exigía para su concurrencia, y en el artículo 108, los siguientes requisitos: 1.° Intervención de dos o más padrinos mayores de edad; 2.° Elección de armas por los mismos; y 3.° Fijación de las demás condiciones del desafío.

El duelo sin esas condiciones se castigaba con las penas ordinarias del delito, según las consecuencias.

El duelo se castigaba severamente cuando el provocador o causante del desafío se proponía un interés pecuniario u otro objeto inmoral. También se castigaba especialmente al combatiente que faltare deliberadamente en daño de su adversario a las condiciones ajustadas por los padrinos.

El Código abundaba en detalles y tenía en cuenta a los autores y a los padrinos, considerando diversas circunstancias para graduar la penalidad.

*

* *

57. El proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 introduce en esta materia una innovación de trascendencia, porque no reprime el duelo regular. Este puede, por consiguiente, efectuarse sin exponer a sus autores y demás partícipes a un castigo.

El proyecto no define directamente el duelo regular, pero la noción se fija en el artículo 126 al establecer las consecuencias penales del duelo irregular, que es el realizado sin la intervención de padrinos mayores de edad que elijan las armas y fijen las demás condiciones del desafío. De manera que según el texto de la ley el duelo regular existe cuando tiene lugar con la intervención de padrinos mayores de edad que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío. El interés no debe ser pecuniario, ni el objeto inmoral, y las reglas fijadas para el lance deben cumplirse. (Artículos 128 y 129).

Cuando el duelo no sea regular, los autores tienen las penas señaladas por la ley para el delito común que sea la consecuencia.

El que instigue al duelo y que desacredite públicamente a otro por no desafiar o por rehusar el desafío, será castigado con multa—dice el proyecto—si el duelo no se realiza o si, realizándose, no se produjere muerte, ni lesiones. Si se produce muerte o lesiones, el autor tendrá la pena de penitenciaría de uno a cuatro años.

Las penas se aumentan cuando el que provocare o diere causa al desafío se propusiere un interés pecuniario u otro objeto inmoral.

El combatiente que faltare en daño de su adversario a las condiciones ajustadas será reprimido—dice el artículo 129:—con penitenciaría de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario; y con presidio de diez a veinticinco si le causare la muerte.

Los padrinos solamente se castigan en ese proyecto en dos casos: cuando usaren cualquier género de alevosía en el arreglo o ejecución del desafío y cuando concertasen un duelo a muerte.

La exposición de motivos fundaba extensamente las disposiciones, diciendo:

" En el capítulo del *duelo* proyectamos una reforma que cree-
" mos impuesta por la razón y por la experiencia: la de que el

" duelo regular no debe reprimirse. Tenemos a la vista un código
" práctico y severo, fuente de muchos de los modernos códigos
" penales, el francés, que no ha reprimido el duelo. Es, sin em-
" bargo, el código de una nación con hábitos sociales semejantes
" a los de nuestro país, y en que el duelo es frecuentemente el
" medio de resolver las cuestiones de honor. Aunque en sus orí-
" genes el duelo sea una institución germánica, en su forma ac-
" tual los franceses lo reputan *un producto totalmente francés.*

" El sistema del código francés consiste en guardar com-
" pleto silencio sobre el duelo; no estando definido como delito,
" la consecuencia inmediata es la impunidad. Hasta 1837 la juris-
" prudencia francesa reconoció invariablemente que el duelo re-
" gular no era crimen ni delito. Pero, en aquella época, bajo la
" influencia de las exhortaciones de Dupin, la Cámara de lo Cri-
" minal en la Corte de Casación abandonó la jurisprudencia ob-
" servada hasta entonces y declaró que *el homicidio y las lesiones*
" *inferidas en duelo entraban en las disposiciones comunes del*
" *derecho penal.* Los escritores de derecho penal, tanto los que
" piensan que el duelo constituye en sí mismo un delito y debe
" reprimirse, como los que sostienen su impunidad, consideran
" que la jurisprudencia francesa es una violación de la ley. ¿No
" hay, por lo pronto, algo extraño—dicen Chauveau y Helié—en
" esa brusca variación de una Corte que había perseverado vein-
" tisiete años, es decir, desde la promulgación de la ley misma,
" en la interpretación que rechazó repentinamente? ¿Puede admi-
" tirse que una acción que ayer aún declaraba totalmente ino-
" cente, tome de pronto por la sola fuerza de un fallo el carácter
" de un crimen o delito? Hacía medio siglo que se había dejado
" de considerar el duelo como un hecho punible; la ley lo cubría
" con su silencio como con un velo; se producía a la vista de la
" justicia y ésta quedaba inmóvil, reprimía las persecuciones in-
" discretas y desplegaba su autoridad para protegerlo; y he aquí
" que, repentinamente, el duelo se convierte en un crimen ame-
" nazado con penas terribles. ¿Ha cambiado la legislación? ¿Se
" han sancionado nuevas penas? Nada de eso: la Corte de Casa-
" ción ha cambiado de dictamen. Pero, ¿no es acaso el legislador
" el único que hubiera podido modificar una regla que era en
" cierto modo ley por la larga autoridad que la había consagrado?
" Y ¿hubiera sido suficiente toda la autoridad de la ley para
" hacer pasar repentinamente una acción grave y común de la

" esfera de la innocuidad a la del crimen? La conciencia pública, " que da a las costumbres la importancia que les corresponde, " ¿no debió ser ilustrada por una discusión solemne, consultada, " si puede decirse, por el poder social? No sucede con la incrimi- " nación de un hecho lo que con una cuestión de derecho, que " puede recibir veinte soluciones diversas: la conciencia no se " somete a estas alternativas de la jurisprudencia, que tan pronto " proclama inocente una acción como culpable: cuando las cos- " tumbres, que también son leyes, no le reconocen el carácter de " crimen, no es suficiente la autoridad de un fallo para conver- " tirla en crimen y castigarla.

" Con esta autorizada opinión, con la que concuerdan Gar- " raud, Valette, Villey, Franck, Nypels, Carrara y cuantos juris- " consultos franceses o no franceses se han ocupado de aquella " jurisprudencia, y con nuestras nociones respecto de la fuerza " obligatoria del texto legal y de la interpretación restrictiva que " debe darse a las leyes penales, podemos afirmar que no obs- " tante la Corte de Casación, el Código Penal francés no reprime " el duelo. Agregaremos todavía que, no obstante esa jurispru- " dencia, el duelo no se reprime en Francia. Es posible que M. Flo- " quet haya recibido las felicitaciones de alguno de los miembros " de la Corte de Casación por su éxito en el duelo con el general " Boulanger; pero lo que es cierto es que M. Floquet no ha sido " castigado con la pena que la ley impone a los autores de *coups* " *et blessures*. Pero, no sólo los personajes notables en la política " son los que quedan exentos de la represión impuesta al duelo; " el fallo de 1837 dejó el duelo tan impune como antes; siempre " que es llevado un duelista ante el jurado está seguro de la im- " punidad, porque el jurado decidiendo según su conciencia y no " comprendiendo, afortunadamente, las sutilezas del procurador " general Dupin, no puede resolverse a ver un asesinato en un " acto que la ley penal deja completamente sin castigo y que, en " ciertos casos, es aplaudido aún por las almas más nobles y hon- " radas.

" En resumen, en Francia, el estado de esta materia es el " siguiente: silencio de la ley sobre un hecho que el sentimiento " público no puede mirar como un crimen; jurisprudencia con- " traria a la ley; derogación de la jurisprudencia por los vere- " dictos del jurado.

" Verdad es que la ley francesa no ha sido en este punto

" imitada por los otros códigos europeos, y que muchos de los " escritores que combaten la jurisprudencia francesa concluyen " por sostener que el duelo es un hecho especial *sui géneris*, que " no puede ser reprimido sino por una legislación particular; que " la ley debe estudiar su carácter y, hasta cierto punto, tener en " cuenta las preocupaciones que lo toleran; que debe apreciar " los hechos que lo acompañan y algunas veces lo excusan, para " reprimirlo con éxito, etc. Esta doctrina, suficientemente gene- " ralizada, ha recibido en varios países la sanción legislativa. Es " este el sistema de nuestro Código Penal y fué también el del " código Tejedor. Pero sea que el duelo se reprima por sus resul- " tados como delito de homicidio o de lesiones, como lo pretende " la jurisprudencia francesa, sea que se le reprima como delito " *sui géneris* contra las personas o contra la administración de " justicia, ocurre en todas partes el mismo fenómeno: la ley es " impotente para obligar a la justicia a que mande a la cárcel " al que, cediendo a un estímulo de honra propia, o de honra de " las personas más íntimamente ligadas por los más estrechos " vínculos de la naturaleza o del recíproco afecto, se ha visto " obligado a provocar o aceptar un duelo en condiciones regula- " res, con elección de armas, presencia de padrinos, etc. Se dirá " que este es un medio brutal de obtener la reparación de una " ofensa, que es salvaje y antisocial porque desconoce la institu- " ción de la justicia como medio reparador del derecho lesionado, " y retrocede al estado de la justicia por mano propia. Pero si " en una sociedad civilizada son personas cultas y, muchas veces, " distinguidas por su alta ilustración y su honorabilidad las que " procuran una reparación en un lance de armas, no puede to- " marse en tanta consideración el argumento indicado, que impi- " da ver que los medios de reparación de las ofensas que las leyes " ofrecen, son insuficientes. y que el modo de evitar los duelos no " está en reprimir los inspirados en verdaderos móviles de honor, " sino en procurar los medios legales de reparación que los hagan " totalmente innecesarios. Entre las ofensas que llevan más fre- " cuentemente al duelo, deben contarse, en primer término, las " injurias inferidas públicamente, en la prensa, en el Parlamento, " especialmente por motivos políticos que a todos interesan, y " que estimulan la curiosidad y la maledicencia general. Si no " se deja al ofendido, según el sistema de nuestro código, otro " medio legal de alcanzar reparación de la injuria, que procurar

" la aplicación de una pena, que si castiga al autor no borra la " imputación, quedará en la mente de todos la consideración de " que es posible que el penado haya dicho la verdad y de que el " ofendido tenga realmente el vicio o falta de moralidad que se " le imputa. ¿Puede quedar satisfecho el honor con la aplicación " de un arresto y multa al injuriante? Una alma grande y noble, " con la seguridad de una reputación intachable, puede conside- " rarse superior a una injuria ruin. Franklin, injuriado injusta " y públicamente en Londres por el *solicitor general Weddeburn,* " de haber obtenido por los medios ruines de un ladrón las cartas " de Hutchison, gobernador del Massachussetts, que conspiraba " contra el interés de las colonias, pudo decir que *nunca había* " *sentido mejor el poder de una buena conciencia, pues si no* " *hubiera considerado como una de las mejores acciones de su* " *vida el acto que le había valido tales insultos, nunca hubiera* " *podido soportar semejante ultraje.* Pero no todos se encuentran " en las mismas condiciones de honor del injuriado. Por esto, si " por una parte suprimimos la penalidad del duelo regular, por " otra establecemos una legislación de las injurias que tendrá " mayor eficacia en evitar duelos que la penalidad suprimida. Se " puede observar que la imputación de un delito acusable por el " ministerio fiscal, o de un delito cometido por un funcionario " público en el ejercicio de sus funciones, lejos de dar lugar a " un duelo da lugar a caso judicial, cuando el imputado tiene " interés en vindicarse. Es que en los casos de calumnia, la ley " admite la prueba de la imputación, y el ofendido sabe que me- " jor testimonio de su inocencia será la declaración judicial de la " falsedad de la imputación que la muerte en duelo del autor de " la misma. Autorizando al imputado de un vicio o falta de mo- " ralidad a consentir en que el autor de la imputación produzca " prueba, si ella es falsa, tendrá mayor interés en recurrir a los " tribunales que a la decisión por las armas, porque este último " recurso no hará sino dar presunción y color de verdad a la con- " dición atribuída al ofendido. Por otra parte, si ésta es cierta, el " ofensor podrá rehusar con toda razón el duelo, porque tendrá " en su favor la presunción común de verdad contra el que pu- " diendo llevarlo a los tribunales y provocarlo a producir prueba, " lo provoca a un lance de armas.

" Muchas otras causas y circunstancias diversas pueden dar " origen a los duelos. Creemos que las observaciones que prece-

" den respecto del caso de las injurias presentado por vía de " ejemplo, son aplicabes a todos los demás. El duelo desapare- " cerá de la sociedad cuando ésta pueda proporcionar todos los " medios de reparación de las ofensas; las represiones directas " quedarán escritas en la ley, para descrédito de la misma, mien- " tras no se provea a aquellos medios; la falta de los mismos " puede colocar al ofendido en un verdadero estado de legítima " defensa, desde que no encuentre otro medio racionalmente ne- " cesario para contener la difamación que el duelo; el estímulo " del honor hará siempre que se mire con benevolencia y que se " disculpe a los duelistas.

" Las proporciones de este trabajo impiden un desarrollo más " extenso de esta materia, y lo dicho basta, a nuestro juicio, para " justificar el proyecto de esta reforma.

" En el proyecto conservamos todas las disposiciones del ca- " pítulo que se refieren a los duelos irregulares, a aquellos en " que se empleare alevosía, o se faltase a las condiciones esta- " blecidas, conservando también la sanción penal contra los pa- " drinos, aun de duelo regular, que lo concertaren a muerte. Las " modificaciones que el proyecto introduce en estos artículos afec- " tan principalmente la clase y medidas de las penas para ajus- " tarlas a nuestras reglas generales de la penalidad.

" No conservamos en el proyecto los artículos 113, 114 y 115 " del Código, que determinan ciertas circunstancias agravantes " que no es necesario consignar especialmente, porque al mismo " resultado que con ellas se llegará con las reglas generales sobre " la aplicación de las penas."

*

* *

58. El proyecto de 1906.—El código vigente repite sin modificaciones las disposiciones del proyecto de 1906, de manera que al estudiar la ley vigente haré al mismo tiempo el examen de su antecedente.

El proyecto de 1906 consigna disposiciones que no tiene el proyecto de 1891, pues en este último, como hemos visto, no se castiga el duelo regular, mientras que el de 1906 lo incrimina, volviendo al criterio del código de 1886 y proyectos anteriores.

La exposición de motivos no traía al respecto ningún fundamento.

* * *

59. Los fundamentos de la comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no introdujo ningún cambio en este capítulo sobre el proyecto de 1906.

Cuatro de los miembros de la comisión, o sean los diputados Del Barco, Pradére, Del Valle y el que escribe este trabajo, suscribimos como mayoría el despacho que aceptaba el mencionado proyecto de 1906 en esta parte, y otro de los miembros de aquella comisión, el diputado de Tomaso, marcó su disidencia, prometiéndose fundarla verbalmente al considerarse el proyecto en la Cámara.

La mayoría dijo en la exposición de motivos:

" En esta materia presentamos dos despachos: uno de la ma-
" yoría, formada por cuatro miembros, y otro de la minoría, sus-
" cripto por el diputado de Tomaso. Las razones de la minoría
" se encuentran consignadas en la exposición del mencionado se-
" ñor diputado; las de la mayoría van a continuación y en el
" cuerpo del presente informe.

" El duelo, según el concepto corriente, bien sintetizado en
" la definición que trae Chauveau y Helié en la "Theorie du Code
" Penal", es un combate singular que libran dos personas en su
" interés particular, y que es precedido por un convenio que de-
" termina el modo, el lugar y el tiempo. El duelo, que es una
" costumbre social existente de mucho tiempo atrás, ha debido
" ser objeto de atención por los legisladores y por los autores de
" derecho. ¿Debe castigarse? sería la primera pregunta. Y si
" se opta por el castigo, ¿debe ser la pena la ordinaria, según los
" resultados, o una especial que lo considere como delito diferente
" de los otros?

" Uno de los países donde más se ha debatido el asunto ha
" sido Francia. Allí existió la legislación más completa sobre la
" materia: "el edicto de los duelos" establecido en el reinado de
" Luis XIV, en el que preveía todas las fases del proceso, desde
" que se iniciaba o provocaba hasta que terminaba. Discutían,
" entonces, y las disquisiciones eran largas, a qué personas ampa-
" raban o regían esas leyes, pues es sabido que existían clases, y
" que las leyes llamadas caballerescas eran sólo para los señores.
" De tiempo en tiempo, y en las diversas etapas de la historia de

" ese país, la cuestión del duelo se planteaba para levantar prohi-
" biciones o para dejar libertad de realización.

" Después de la promulgación del Código Penal, el asunto
" volvió a discutirse, pues no habiendo dicha ley declarado que el
" duelo fuese delito especial, debía resolverse si producido un
" lance los tribunales debieran abstenerse de juzgarlo, o aplicar
" las reglas de derecho común, según cuales fueran sus resultados.

" Los tribunales han resuelto que los resultados del duelo
" deben juzgarse como delitos ordinarios de homicidio o lesiones,
" pero los tribunales mismos, y sobre todo el jurado, han encon-
" trado atenuaciones en los casos que se les han llevado, pues la
" mayor parte se substraen por medio de las habilidades de quie-
" nes los conciertan.

" Si el Código suprimiera el título del duelo, como éste no
" se encuentra amparado en ninguna parte, los jueces deberían
" apreciar los resultados, ya que no hay formas reconocidas, fue-
" ra de esa, para matar o herir a otra persona. ¿Cuál es, enton-
" ces, la solución que debe aconsejarse dentro de nuestra ley?

" Entiende la comisión que no debe presentar proyectos teó-
" ricos, ni con normas discordantes con el medio para el cual han
" de ser aplicadas. Ese punto de vista debe tenerse en cuenta
" siempre al legislar. Las impresiones personales y las imposicio-
" nes propias deben descartarse de las obras legislativas. Por eso,
" siendo el duelo una costumbre social que aun no ha logrado
" hacer desaparecer nuestra civilización creciente, consideramos
" oportuno mantener los preceptos del proyecto y referirnos a lo
" que dice al respecto la exposición de motivos del proyecto de
"1891, que ha tratado el punto de una manera muy acertada."

A continuación se transcribía la parte concordante de la exposición de motivos del proyecto de 1891.

* * *

60. La discusión en la Cámara de Diputados.—En la sesión celebrada el 21 de agosto de 1917, y después de haberse aprobado en general el proyecto de Código Penal para la Nación, el doctor De Tomaso, dijo (1):

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1917. Tomo IV, página 120.

"Mi única disidencia se refiere al capítulo del duelo. En "otros puntos, guiado por el deseo de coadyuvar a la obra común "en que estábamos empeñados, he tratado de ser siempre, dentro "de la comisión especial, un elemento de unidad y coordinación, "y creo haber contribuído a su tarea en forma eficaz. Pero en "este punto he lamentado no poder concordar con el señor pre-"sidente de la comisión, con el cual hemos trabajado en perfecta "armonía en la tarea menuda y pesada de hacer el articulado del "Código, lo que ha sido sumamente grato para mí, hasta por ra-"zones de orden personal, pues he estudiado derecho penal con "el señor diputado Moreno en la Universidad de Buenos Aires, "y conservo de aquel curso, al cual dió el señor diputado una "orientación moderna y liberal, el mejor recuerdo. Al encontrar-"nos ahora como diputados vinculados en la obra práctica de "hacer un Código Penal para la República, que diera unidad a "toda la materia penal dispersa y eliminara de nuestra legisla-"ción todo lo que tiene de atrasado y de injusto, hemos concor-"dado casi siempre, por tener el mismo criterio, sin ninguna di-"ficultad; pero en este asunto del duelo no he podido abdicar de "mis convicciones.

"Fundaré, pues, mi disidencia, brevemente, por lo avan-"zado de la hora, y también por respeto a la Honorable Cámara, "puesto que debo suponer a la mayoría de sus miembros, en razón "de su cultura jurídica, al corriente de todas las consideraciones "de orden legal que puedan hacerse sobre este capítulo del Có-"digo Penal.

"Tengo por delante un tomo del "Digesto jurídico italiano", "y podría fácilmente desenvolver una larguísima exposición, glo-"sando todos los antecedentes que hay en el artículo relativo al "duelo, pasando revista a la legislación extranjera y trayendo a "colación opiniones de autores. Pero eso me parecería, en este "momento, sencillamente inoportuno. Me limitaré solamente a "señalar a grandes rasgos las razones jurídicas y políticas de "mi actitud.

"Sostengo que debe eliminarse de nuestro Código Penal el "capítulo referente al duelo; que no debe hacerse del duelo un "delito especial cuyas consecuencias, en cuanto se refiere a los "males causados a la integridad física de las personas, se repri-"man con penalidades suavizadas, inferiores a las que se aplican "en los casos comunes de lesiones o de homicidio.

"Sé que algunos juristas dan, para justificar esa prescrip-"ción de muchos códigos penales, el argumento de que es una "institución que obedece a razones de prejuicio social, al cual "todavía se paga tributo, sobre todo por las altas clases de la "sociedad, y que en el duelista no hay propiamente la temibilidad "de los delincuentes comunes, porque el lance, del cual puede re-"sultar un herido o un muerto, se concierta previamente con in-"tervención de terceros; se realiza sujetándose a reglas conocidas, "y el peligro que cada uno de los contendientes corre se mide y "se acepta deliberadamente de antemano. Pero, a pesar de todo "eso, soy, en el terreno jurídico, partidario del criterio que ins-"pira las leyes inglesas y norteamericanas en la materia, diame-"tralmente opuesto al que siguen naciones socialmente menos ade-"lantadas, que reprimen el duelo con penalidades menores, o lo "contemplan con evidente favor.

"Creo que perseguir el duelo con penalidades menores que "las vigentes para los delitos comunes de sangre, es consagrar "un privilegio social evidente. Los códigos penales se dictan pa-"ra proveer a la seguridad social de acuerdo con las ideas y los "conceptos morales que en una sociedad hay en un determinado "momento. Los códigos penales contemplan las situaciones ge-"nerales, en las cuales puede caer cualquiera de los componentes "de la sociedad, y sus sanciones se aplican a todos, siguiendo las "normas que el Código establece. Y las prescripciones relativas "al duelo, aunque rigen teóricamente para todos, sólo existen, en "realidad, para una determinada parte de la población: para las "clases sociales altas, que son las únicas que lo practican. Diría "un lugar común conocido por todos si recordara que la mayoría "de los habitantes no practican el duelo. No se concebiría tam-"poco que lo practicaran, porque su honor no vive de aparatosi-"dades, y porque a ellos no les sería aceptado el duelo, de acuerdo "con los prejuicios y las costumbres sociales de sus partidarios. "Queda, pues, prácticamente reducido a una institución que sólo "sirve a un pequeño núcleo de la población, a los que tienen "las posiciones sociales más altas y que, por eso mismo, debieran "dar el ejemplo de un mayor respeto por la justicia y de una "mayor solidaridad humana.

"Sostengo que la existencia de un prejuicio social, en nom-"bre del cual se admiten las consecuencias jurídicas atenuantes "del duelo, no es una razón de peso. Si así fuera, no se concebi-

" ría, por ejemplo, que la sociedad persiguiera con represiones
" penales otros prejuicios cuyas consecuencias son perjudiciales.
" La institución de las adivinas, cuya existencia radica en un pre-
" juicio religioso y moral, es perseguida por la autoridad policial
" y por la autoridad judicial, porque de ella se derivan peligros
" para la salud o la vida de los habitantes que creen en su efica-
" cia curativa. Yo desearía que en materia de duelo, práctica
" basada sobre un prejuicio social de otro orden, rigiera también
" en mi país el mismo criterio jurídico.

" La legislación inglesa es, en la materia, severísima. Persi-
" gue el simple desafío, y, en algunos casos, como tentativa de
" homicidio. Y pena las consecuencias prácticas del duelo exacta-
" mente como pena los hechos de sangre comunes, considerando
" la muerte en duelo como asesinato. La legislación, en algunos
" Estados norteamericanos, va más allá todavía, porque asimila
" a los duelistas, en algunos casos, a los alienados.

" Se dice por muchos que es inútil reprimir el duelo, colo-
" cándolo en la misma categoría que los delitos comunes de san-
" gre, porque en virtud de los prejuicios que lo han mantenido
" hasta el presente, a pesar de haber ido atenuándose enorme-
" mente en el transcurso de los siglos, y de ser esa atenuación un
" signo de progreso social y de civilización evidentes, el duelo
" seguirá viviendo. A este respecto yo no podría contestar nada
" mejor que las palabras del célebre penalista italiano Pessina,
" quien refiriéndose a esta materia, con motivo de la intensa dis-
" cusión que se hizo en Italia hace años al tratarse la reforma del
" Código Penal, decía: " Yo no he comprendido jamás la opinión
" de aquellos que querrían que el duelo no se castigara porque
" las penas, algunas veces severas, a que ha sido sometido, no han
" servido para desarraigarlo de la sociedad. Si las penas debie-
" ran tener por objeto el desarraigo del delito por completo de
" la sociedad, toda pena debería ser abolida, porque los homici-
" dios, los hurtos y las falsedades no han podido desarraigarse
" por severas que hayan sido las penalidades. El duelo desapare-
" cerá; pero hasta que la civilización progrese y lo haga desapa-
" recer, el legislador no debe tolerarlo, porque en ese caso la
" eficacia del prejuicio vulgar se acrecentaría, justamente, en la
" medida en que se supiera que la consecuencia jurídica de pro-
" vocar a duelo, de aceptar el desafío y de ir al terreno del honor,

" se reduce a poco menos que a nada, y prácticamente a nada,
" debido a la falta de persecución de la autoridad."

" Debo decir, por último, entrando ya en otro terreno, que
" tengo también para justificar mi disidencia razones de carác-
" ter político. Pertenezco a un partido que sostiene en su pro-
" grama la equiparación del duelo a los delitos comunes; que lo
" ha eliminado de las prácticas corrientes de sus afiliados, a tal
" punto que si uno de ellos lo cometiera sería separado de hecho,
" y que ha aplicado esa regla en un caso reciente, públicamente
" conocido, aun a riesgo de provocar un doloroso desgarramiento
" interno, para ser fiel a un principio moral y a un principio so-
" cial; al principio moral de que en política, más que en cual-
" quiera otra actividad, no debe hacerse farsa ni corromper al
" pueblo con la mentira, y al principio social de que debe respe-
" tarse la persona humana.

" En la política argentina, el duelo ha sido y es a menudo
" una forma de salir cómodamente, con una mentira convencio-
" nal, de situaciones que pueden ser personalmente desagrada-
" bles. Nosotros no tenemos esas situaciones personales desagra-
" dables, cuando ellas son la consecuencia del cumplimiento de
" nuestro deber, por decir lo que juzgamos necesario decir para
" la salud de la Nación y por atacar lo que nuestras convicciones
" nes y nuestras teorías nos mandan atacar. Con nuestra lucha
" contra el duelo, práctica y valiente, hemos dado un gran ejem-
" plo de salud moral y de honestidad política al pueblo de la
" República. Yo desearía que la misma práctica fuera imitada por
" los otros hombres públicos; que se incorporara al acervo de los
" otros partidos, y que en las relaciones corrientes, sobre todo
" en el terreno político, cada uno tuviera presente en todo ins-
" tante el concepto de su responsabilidad moral, la responsabili-
" dad que emana del ejercicio de su cargo, y que no olvidara que
" en el cumplimiento de éste hay que ser veraz y leal. Eso es
" tener honor.

" Dejo, así, salvada mi opinión sobre esta materia, en tér-
" minos cuya discreción estoy seguro que apreciarán los señores
" diputados contrarios, y espero recoger para este punto de vista,
" que no es específicamente socialista, puesto que el duelo se per-
" sigue por legislaciones burguesas de otros países socialmente
" muy adelantados, el concurso de otros votos, a fin de que sea
" suprimido el capítulo."

*
* *

61. Respuesta al doctor De Tomaso.—Como presidente de la comisión especial y como miembro informante de la misma contesté al diputado De Tomaso, diciendo:

" El único punto de divergencia que ha existido en la comi-
" sión es el que acaba de plantear el señor diputado De Tomaso.

" Cuando iniciamos los trabajos, diferentes miembros de la
" comisión plantearon en determinadas materias puntos de vista
" diversos; pero conversamos, consultamos y llegamos a unifor-
" mar opiniones, hasta poder presentar un despacho bien estu-
" diado y armónico entre todos los miembros de la comisión.

" Este punto no lo debatimos porque, como el señor diputado
" De Tomaso lo ha expresado, él tenía que asumir una actitud
" irreductible por motivos políticos y por razones de programa.
" Por eso, señor presidente, haciendo honor como hacía y hago
" a la inteligencia y a las condiciones del señor diputado De To-
" maso, no consideré oportuno que entráramos a una discusión,
" pues sabía que él no iba a poder ser convencido desde el mo-
" mento que había una valla en el propio programa de su partido.

" La comisión, señor presidente, no va a hacer sobre este
" punto un debate, como no lo ha hecho el señor diputado De
" Tomaso, que se ha limitado a salvar su opinión en términos bien
" claros y precisos, como cuadra a su persona; se va a limitar a
" expresar por qué ha adoptado en esta materia el camino que
" ha seguido y que ha presentado a la Cámara en su despacho.

" Es sabido que en materia de duelo las legislaciones de la
" mayor parte de los países del mundo se inclinan a darle a este
" delito una situación especial, y es sabido también que a pesar
" de existir una legislación especial atenuada, son rarísimos los
" casos de duelo que se llevan a los tribunales, y cuando llegan
" a los estrados de la justicia, las condenas jamás se producen.
" En Francia, por ejemplo, donde se ha seguido legislativamente
" en forma teórica el ejemplo de la ley inglesa, los jurados han
" encontrado siempre la manera de absolver a los duelistas, es
" decir, de no aplicarles la dura sanción legal que se encuentra
" en los códigos, o más bien dicho, que no se encuentra, porque
" allí no hay un capítulo especial para el duelo en el Código Pe-

" nal, pues él queda sometido a las condiciones ordinarias del
" delito de lesiones, de homicidio o de tentativa, según que se
" haya realizado el lance o que se haya producido con alguno de
" los resultados a que acabo de referirme.

" Yo reconozco—y probablemente tenemos una coincidencia
" de ideas con el señor diputado De Tomaso, que la tenemos en
" muchas cosas—que el duelo es antijurídico; reconozco que no
" es justo, que no repara el honor; pero la opinión pública piensa
" de otra manera."

Interrumpido por el diputado doctor Juan B. Justo, que observó no ser exacto respecto de la capital de la República, que entonces había dado la mayoría electoral al partido Socialista, continué diciendo:

" Será la de la capital de la República, la de una parte; no
" me interesa ahora debatir sobre el particular; planteo simple-
" mente el punto de vista de la comisión.

" La opinión, señor presidente, no adopta estos criterios; y
" la prueba es que aun entre aquellos que repudian el duelo, no
" habrá seguramente muchas personas que encuentren que un
" duelista debe ser llevado a presidio. Y estoy seguro de que los
" señores diputados que forman en esta cámara el grupo socia-
" lista han de tener repugnancia de rozarse con los que se llaman
" criminales o con los autores de delitos contra la propiedad, y,
" sin embargo, se están dando la mano todos los días con duelis-
" tas, y a veces con duelistas inveterados, lo que significa, señor
" presidente, que ellos, en su fuero íntimo, no consideran que el
" duelista sea un individuo sobre el cual hay que hacer recaer
" sanciones penales. Ellos persiguen un ideal y tienen mucha ra-
" zón en perseguirlo; quizá sean más valientes que nosotros al
" no afrontar el duelo y al resistir en la forma que lo hacen los
" ataques o las injurias personales. Es otro punto de vista y otra
" cuestión; pero el hecho, señor presidente, es que en nuestra so-
" ciabilidad aparece como profundamente repugnante el querer
" llevar a presidio como homicidas, como autores de tentativas,
" como autores de lesiones, a los que intentaran batirse o, habién-
" dose batido en duelo, tuvieran un desgraciado resultado en el
" lance.

" Es por estas consideraciones, y no queriendo la comisión
" hacer obra propia y personal, sino obra legislativa, de acuerdo
" con los antecedentes, con las tradiciones y con el modo de pen-

" sar general, que hemos adoptado para el duelo el mismo criterio
" que hoy domina en nuestra ley.

" Pero diré una cosa más, señor presidente, de acuerdo con
" penalistas eminentes. Si el duelo hubiera de suprimirse, es de-
" cir, si hubiera de colocarse el duelo en las mismas condiciones
" que el delito de sangre ordinario, habría también que hacer
" otras cosas más: sería necesario suprimir en los clubs las salas
" de esgrima, que es donde la gente adquiere la destreza nece-
" saria para herir o para matar a sus adversarios; sería necesario
" suprimir el tiro al blanco; sería necesario castigar a los profe-
" sores que se ejercitaran en ese sport, porque ellos serían los que
" estarían enseñando al discípulo para que mañana asesinara, y
" nosotros no podríamos cubrir con el amparo de la ley, o con el
" amparo siquiera de la tolerancia, a esa clase de personas que se
" ejercitaran en la preparación de un acto profundamente anti-
" social. Sería necesario también, señor presidente, crear tribu-
" nales de honor para evitar una cantidad de estas cuestiones
" sociales que hoy en nuestro medio no se resuelven, desgraciada-
" mente, de otro modo, y ¡ojalá hubiera otras maneras de resol-
" verlas! Sería necesario, por último, castigar a los que des-
" afiaran o hicieran jactancia en estas cuestiones. Pero nosotros
" tenemos la tolerancia suficiente para no hacerlo.

" Por eso, basado en motivos sociales, motivos nacionales y
" motivos propios más que en mis convicciones, que posiblemente
" están más cerca de lo que el señor diputado De Tomaso cree,
" de su manera de pensar, es que la comisión ha adoptado el cri-
" terio que ha tenido y que ha presentado a la Cámara en la for-
" ma que consta en el despacho."

* * *

62. Otras opiniones legislativas sobre el duelo.—Después de dejar constancia el diputado Martínez Zuviría de su voto a favor de la disidencia planteada por el diputado De Tomaso, el diputado Mariano Demaría, expresó:

" Voy a decir, señor presidente, mi opinión personal sobre
" este asunto, en pocas palabras.

" Desgraciadamente yo no coincido ni con la comisión ni con

" la disidencia. No admito que el duelo sea un prejuicio, como lo
" ha calificado el señor diputado De Tomaso: creo que el duelo
" en nuestra raza es una verdadera necesidad social, porque tien-
" de a buscar soluciones a situaciones que la ley y que los tribu-
" nales no han alcanzado ni alcanzarán jamás.

" El duelo ha podido ser definitivamente extirpado en In-
" glaterra; pero el duelo existe, sin embargo, incorporado a las
" costumbres sociales en Francia, en España, en Italia, en Alema-
" nia y en Bélgica, es decir, en todos esos grandes países que han
" llegado a una verdadera culminación de cultura y en los que
" el espíritu de justicia está tan desenvuelto, por lo menos, como
" lo está en Inglaterra.

" Y yo encuentro, señor presidente, la explicación de este
" fenómeno en las modalidades peculiares a la raza inglesa, que
" no es justo ni lógico querer aplicar a hombres de temperamen-
" tos, ideas y hasta de instintos absolutamente diferentes.

" No creo que se pueda pensar, que se pueda decir categóri-
" camente, que se trata de un resabio bárbaro, cuando países de
" esa cultura lo conservan, y sería bueno profundizar el fenó-
" meno, tratar de ir al fondo en el análisis, porque creo que si
" fuera la oportunidad de hacer un debate—que no lo es por
" razón de la hora y por otras que conocen los señores diputa-
" dos—podría llegarse a la conclusión de que en los hechos mun-
" diales hay un fenómeno que, si subsiste contra todas las propa-
" gandas y contra todas las prédicas fundadas en razones de verdad
" y de lógica aparentes, es porque ese hecho es una necesidad
" social y colectiva.

" Limitándome apenas a rozar el tema y a expresar mi punto
" de vista personal, cuando decía que no estaba de acuerdo ni
" con la comisión ni con la disidencia, debo agregar que creo
" que lo útil y lo práctico habría sido reglamentar mejor el duelo,
" para tratar de evitar una serie de crímenes, llevando al pueblo
" el ánimo del duelo, su espíritu de duelo y su cultivo, para que—
" parecerá esta idea un poco paradojal, pero tengo el valor de
" mis opiniones,—en vez de combatirlo en la forma que se hace,
" se eximiera de pena cuando fuera llevado a cabo con las armas
" y de acuerdo con los procedimientos que el Código estableciera,
" previa intervención de un tribunal de honor, como lo hacen los
" oficiales en el ejército alemán, suprimiéndose así los tristes re-
" sultados de los encuentros, diremos criollos, que tiene el pue-

" blo, sin testigos y con armas más peligrosas, cuando los hombres " se ven llevados irremediablemente por una reacción personal a " reclamar una satisfacción por lo que entienden que es una ofen- " sa a su decoro o a su seguridad.

" Dejo así establecido que mi opinión personal sería comple- " tamente contraria a la adoptada: que habría que eximir total- " mente de pena al duelo cuando fuera hecho en las formas que " la legislación aconsejaría, calificando cuidadosa y severamente " sus condiciones. Con esto habríamos conseguido evitar la mitad " de las muertes que hay en el país, casi todas ellas producidas " en peleas de almacén y de pulpería, en las reuniones que el " pueblo tiene los domingos. Así, todos sabrían que dirimiendo " sus cuestiones en la forma reglamentada por el Código queda- " rían eximidos de pena; y los duelos que se produjeran se harían " en forma menos peligrosa y, en definitiva, más culta.

" Considerando la exposición del señor diputado de Tomaso, " cuando decía que esto importaba hacer una legislación de pri- " vilegio, diré que creo que el argumento es inconsistente. No " puede decirse que es hacer legislación de privilegio cuando se " reglamenta una costumbre que, por lo menos, la inmensa mayo- " ría de la gente acepta y practica. No creo que sea justo decir " que es hacer legislación de privilegio cuando se reglamenta una " cosa que practica, aunque fuera un número reducido de perso- " nas, puesto que si las demás no la quieren practicar no hay tal " privilegio. Este consiste en dar a uno lo que no se da a los " demás. Este es, por lo menos, el alcance y la inteligencia que " yo doy al concepto de privilegio. Pero dar a los que quieren " practicar una costumbre o un acto, un beneficio, sin que esto " importe excluirlo para los demás, no es crear una legislación de " privilegio. Será una legislación destinada a aplicarse a un " número de personas reducido o grande, pero nunca se puede " sostener que eso importe un privilegio, desde que todos los habi- " tantes del país están en las mismas condiciones para aprovechar " de los beneficios de esa legislación.

" Y para terminar, señor presidente, debo decir que compren- " do y respeto los puntos de vista con que el partido Socialista " se ha opuesto al duelo, pero que nosotros, los que lo practicamos, " los que creemos que en realidad muchas veces es el único medio " de salvar el decoro, tenemos el deber de defenderlo.

" No, señor presidente; no es prejuicio absurdo: es la única

" solución social y personal, es el único remedio para una cantidad " de situaciones que los hechos y la vida crean en hombres de " nuestra raza y de nuestro temperamento, que no podemos en- " tender que no haya sanción personal, no digo para la ofensa, " sino hasta para la más ligera desconsideración. ¿O habremos de " poder ir a llevar hasta los tribunales todas estas incidencias de " los rozamientos de la vida social o política, que en realidad " pueden no llegar a afectar el decoro de los hombres, pero que lo " disminuyen y lo reprimen?

" Por estas consideraciones no podré acompañar la disiden- " cia; prefiero, en definitiva, la sanción que ha dado la comisión, " porque mantiene y respeta lo existente que, como he dicho, está " muy lejos de ser perfecto."

El diputado Justo habló a continuación, y dijo:

" Desde que me interesé por las cosas del mundo, el duelo me " hirió como una de las costumbres más absurdas y atrasadas de " la sociedad en que yo vivía, y desde que soy hombre que se ocupa " de política he comprendido que en esta cuestión debo asumir " la actitud neta y decidida que hice conocer desde mi ingreso a " las filas del partido obrero Socialista, opinión corriente entre " los hombres que la formaban, y que, por iniciativa de otros " ciudadanos, ha sido incorporada a los estatutos del partido.

" En mi vida ulterior de ciudadano, no he podido sino conti- " nuar firmemente en mi convicción anterior de que el duelo es " un resabio de la época medioeval, mantenido todavía en Alema- " nia por todo lo que hay de bárbaro en el imperio germánico, y " en Francia por lo que tiene de decadente aquella democracia, " en parte ficticia. Y en mi experiencia parlamentaria, muy nu- " trida en este orden de asuntos, he aprendido cosas que no sabía " y que me hacen considerar el duelo doblemente atrasado y ab- " surdo. He aprendido dos reglas del *Código del Honor*, es decir, " las he aprendido desde afuera, como una ciencia que no he " penetrado, ni mucho menos adoptado.

" He sabido que las afirmaciones falsas se sostienen en el " campo del honor, y eso solo bastaría para que en ningún caso " pueda yo aceptar el duelo, que creo corruptor y demoledor del " orden social.

" Jamás aceptaría de mi parte probar una afirmación falsa " en esa forma, ni tampoco admitir que me la puedan probar. Si " es falso lo que he dicho, mi deber, como hombre, es reconocer

" la falsedad de la afirmación, y si la afirmación falsa viene con-
" tra mi honor, no voy a dejarle a mi ofensor mantener de una
" manera tan deleznable su falsa afirmación.

" Creo que en esta cámara alguna vez se me ha acusado in-
" tencionalmente, groseramente, de hechos completamente falsos,
" con el objeto de provocarme a duelo, pero tuve después, feliz-
" mente, la satisfacción de ver que los provocadores se desdecían
" por sí mismos.

" El otro precepto del Código, del duelo, que me parece no
" menos obstructivo de todo orden social, de toda honestidad po-
" lítica y de toda eficacia en la acción cívica, es este: cuando se
" ha sometido una cuestión a las leyes del honor, como lo entien-
" den los dualistas, no se puede volver a hablar de esa cuestión.
" Nosotros, que no tratamos sino cuestiones de interés público,
" entregadas al examen de la Cámara y del pueblo, y que quere-
" mos insistir en ellas tantas veces como sea necesario para que
" se corrijan los vicios que denunciamos, ¿cómo podemos aceptar
" semejante regla?

" Por otra parte, tenemos impedimentos de orden casi mate-
" rial. Si el diputado Demaría alguna vez me reta a duelo, le
" voy a enviar como padrinos de mi honor al portero del local de
" la calle Méjico 2070, Felipe Gauna, un hombre que solo, armado
" de un revólver, defendió desde la azotea de ese local, la biblio-
" teca obrera contra una turba de asaltantes, y lo hizo con efica-
" cia; y al obrero cepillero Pablo Luoni, muy honesto, muy digno,
" que recibió un tiro de la policía en un mitin socialista en la
" Plaza Lavalle, y que tiene por eso perforado el pabellón de una
" oreja. Serían personas competentes en el manejo y en las con-
" secuencias del uso de las armas de fuego, pero no sé si le con-
" vendría al señor diputado Demaría para tratar con sus padrinos.

" Hemos visto en esta Cámara producirse la agresión de un
" diputado contra un periodista, agresión completamente inmoti-
" vada, y que el diputado no aceptaba el duelo con el periodista
" porque, por razones de clase, lo consideraba indigno de combatir
" con él en el terreno del honor. Lamenté, en todo sentido, la
" situación del periodista; me pareció doblemente humillado, por
" su propio prejuicio y por el prejuicio ajeno.

" Estamos, pues, señores diputados, en el terreno en que he-
" mos estado siempre; mantenemos en forma inconmovible esta
" posición, que no es nuestra propiamente, no es sólo de los hom-

" bres que estamos aquí representando a un partido, sino de la
" masa trabajadora toda, tanto más que se trata de una masa
" trabajadora sana y culta. Y deploramos que se haga un capítulo
" aparte en el Código Penal que se proyecta para este prejuicio
" bárbaro y sangriento, falso y mentido del duelo, que no hará
" sino prolongar la ficción en la vida política argentina, y asimi-
" larnos a la parte netamente retrógada, o en desarrollo más
" lento, del mundo moderno.

" Es seguro que a medida que avanza la historia, el
" duelo se practica cada vez en zonas más reducidas de la tierra.
" Hablar hoy de la civilización de lengua inglesa es hablar del
" mundo del porvenir; la civilización inglesa, no sólo cubre a
" Inglaterra, sino al inmenso continente norteamericano, a Aus-
" tralia, Sud Africa y la infinidad de otras colonias de esa lengua;
" y en ninguno de esos países se practica ni se tolera el duelo: al
" contrario, se le castiga con penas infamantes, una de las cuales
" es la privación de los derechos políticos."

El diputado Demaría contestó, expresando:

" No voy a hacer parlamentariamente ese hipotético duelo
" de que nos hablaba el señor diputado Justo. Voy simplemente
" a afirmar mis ideas en cuatro palabras.

" Realmente, me parece que el señor diputado Justo, por su
" opinión o su prejuicio contra el duelo—que también hay pre-
" juicios en contra de estas cosas,—no ha penetrado bien el sen-
" tido del duelo, ni siquiera el de sus reglas, ni el de su criterio,
" a juzgar por las afirmaciones que ha hecho.

" Le ha imputado al duelo que puede cubrir una afirmación
" falsa. Niego absolutamente el hecho...

" Dentro de ninguna de las reglas del duelo que conozco, na-
" die habría sostenido jamás que pueda servir para cubrir una
" imputación falsa. Puede servir para exigir la reparación de
" una injuria, nunca para cubrir una imputación falsa. Y tienen
" las personas que intervienen en los duelos el perfecto derecho
" de ofrecer la prueba de sus afirmaciones, y yo, como padrino,
" lo he hecho muchas veces.

" La segunda afirmación del señor diputado Justo se refería
" también a otro error: que cuando ha habido un duelo entre dos
" personas, no puede volverse a hablar de ese asunto. Es otro
" error. Cuando ha habido un duelo entre dos personas, queda
" terminada entre las dos la cuestión personal a que puede haber

" dado lugar el agravio o la injuria; pero no sé que nadie haya " entendido jamás que si por discusión de un hecho político, co- " mercial, o de cualquier orden, se ha producido un duelo entre " dos personas, ninguna de las dos renuncie a su derecho de seguir " defendiendo sus ideas o intereses como entienda que deba " hacerlo.

" Y vamos al tercer error del señor diputado Justo, que tam- " bién me explico por qué él no ha practicado el duelo, y no " ha pensado en el concepto en que hay que buscar padrinos. No " creo que la habilidad de tiro de los padrinos que él me hubiera " de mandar tenga ninguna referencia con el duelo, porque los " que se baten no son los padrinos sino los duelistas; de manera " que si me mandara esos padrinos realmente tan peligrosos, yo " no temería tratar con ellos, porque vendrían a discutir fríamen- " te conmigo la situación y los antecedentes del asunto.

" De manera que podríamos hacer esta ligera recapitulación, " señor presidente: el señor diputado Justo es un hombre que " estudia a fondo las cosas, y que las plantea de su punto de " vista con verdadero talento, muchas veces con la necesaria " unilateralidad para darles la anhelada gravitación; pero es la " primera vez, desde que es diputado, que funda una opinión en " tres errores matemáticamente demostrables, como acabo de " decir."

El doctor Justo contrarreplicó a su vez al doctor Demaría, diciendo:

" Yo no pretendo conocer el duelo ni los cánones del duelo " como los conoce el señor diputado Demaría, y tengo que guiar- " me por lo que saben de esas cosas otros ciudadanos, ex duelistas, " que me han hablado del tema; uno de ellos, puedo mencionar " su nombre, el doctor Luis María Drago, me dijo que él no podía " volver a ocuparse de juicios que había emitido sobre un abogado " con quien tuvo dificultades, a pesar de que se trataba de cues- " tiones que afectaban a la honestidad profesional de la persona, " porque habían llevado precisamente esa cuestión al terreno lla- " mado del honor. Eso me decía el doctor Drago, que había " pasado por las horcas caudinas del duelo.

" Ni tampoco tenemos tiempo para esta forma del honor. Y " me duele ver a un senador de la Nación, que tiene a estudio " grandes planes financieros, ocupado en determinar por qué se " invitó o no se invitó a la señora tal o cual a cierta tertulia."

Después de algunos diálogos, el diputado Carlos F. Melo dió su opinión, diciendo:

" El duelo es una supervivencia del período en que en los " grupos sociales no existía todavía justicia organizada. En la " confusión que los bárbaros trajeron a la civilización romana, " surgieron en la Europa meridional las prácticas primitivas; y " los europeos americanos conservamos como una herencia atenua- " da el duelo medioeval. Y como los delitos son tales según la " conciencia jurídica de la sociedad que los califica y los pena en " mayor o menor grado, la comisión, al calificar como tal el duelo, " diferenciándolo del homicidio en sus caracteres y su penalidad, " no ha hecho otra cosa que recoger el criterio vivo todavía en " la colectividad argentina.

" Y nosotros, que en el fondo vemos que se trata de un pre- " juicio, como vivimos en el seno de la opinión de nuestro medio " y en nuestro tiempo, no podemos hacer otra cosa, como legisla- " dores, que reglamentar el duelo, reprobándolo como hombres " justos, y deseando que llegue el día en que los hombres de esta " tierra sean tan justos que puedan entregar la solución de sus " conflictos de honor a tribunales de arbitraje, que sean también " tan justos que los resuelvan siempre con reparadora equidad.

" Entretanto, ante la realidad innegable, sancionemos estas " disposiciones."

La sesión se interrumpió, y en la siguiente sesión, celebrada el 22 de agosto, se votó el despacho de la comisión, resultando aprobado por 45 votos contra 15.

*

* *

63. La cuestión en el Senado.—En el seno de la Comisión de Códigos del alto cuerpo se produjo la misma divergencia que se planteara en la comisión especial de la Cámara de Diputados.

La mayoría de la comisión, formada por los senadores doctores Joaquín V. González y Pedro A. Garro, resolvió mantener el capítulo sobre duelo, haciendo notar que era el mismo del proyecto de 1906, y que lo aceptaba por las razones dadas en la exposición de motivos por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

En cambio, la minoría, representada por el senador doctor Enrique del Valle Iberlucea, sostuvo la misma tesis que patrocinara en la Cámara de Diputados el doctor de Tomaso. En el informe escrito el doctor del Valle Iberlucea sostuvo al fundar su disidencia: que, "como lo hacen el código francés y las legislaciones de " Inglaterra y los Estados Unidos, el duelo debe ser considerado " como delito común, aplicándosele las penas sobre el homicidio " o sobre lesiones, según los casos y las circunstancias.

" El código francés de 1810—agregó el señor senador por la " Capital—guardó silencio sobre el duelo, como lo hizo el código " dictado en 1791. Los hombres de la Revolución, que destruye- " ron los privilegios nacidos en una época de tinieblas, quisieron " concluir también con las costumbres feudales, y por eso, como " dijo más tarde Treilhard, refiriéndose al silencio guardado " acerca del duelo por el código de 1819, "no quisieron hacerle " el honor de nombrarlo." El duelo era un residuo del régimen " feudal y debía desaparecer de la nueva sociedad o, por lo " menos, del texto de la ley, fundada sobre el principio de la " igualdad.

" Durante la Restauración se quiso incorporar al Código Pe- " nal francés—dijo el senador del Valle Iberlucea—disposiciones " especiales sobre el duelo. La reacción triunfante entonces pre- " tendía restaurar el régimen absolutista en toda su pureza y res- " tablecer las costumbres feudales. Consiguió suprimir el título del " divorcio del Código Civil de 1904 y logró que la Corte de Casa- " ción se pronunciara en el sentido de no considerar el duelo " como delito.

" Pero producida la revolución de 1830, la Corte de Casación " cambió de jurisprudencia en dos sentencias dictadas el año 1837, " las cuales fueron pronunciadas de acuerdo con las conclusiones " sostenidas por el procurador general Dupin, quien se apartó de " la doctrina sostenida por Merlin en su "Repertoire" y en " las "Questions de droit". Afirmó dicho magistrado que el " homicidio y las heridas inferidas en duelo, no encontrándose en " las excepciones precisadas en el código sobre exención o atenua- " ción de la imputabilidad, debían reputarse comprendidos en la " regla general. Sostuvo que así lo había declarado el legislador " en los trabajos preparatorios del código. La nueva jurispruden- " cia de la Corte de Casación fué mantenida constantemente a " pesar de las opiniones contrarias de algunos criminalistas, como

" Chauveau y Helié, expresadas en su "Théorie du Code Penal", " tomo I, N.° 2460 y siguientes.

" En Inglaterra tampoco existen disposiciones especiales so- " bre el duelo, según lo acuerdan Stephen en los "New Comen- " taries of the Laws of England" (tomo IV, página 218), y Schus- " ter en su estudio sobre la legislación penal de la Gran Bretaña " ("La Legislación Penal Comparada", Von Liszt, página 839), " la muerte del adversario en duelo se castiga como cualquier otro " homicidio, ilícito, y el desafío como tentativa de homicidio, pu- " diendo el provocador ser condenado a la pena establecida por " las leyes 24 y 25 Vict. C. 160, 1.14. Por otra parte, en Ingla- " terra son rarísimos los duelos, ya que es sabido—dijo el minis- " tro Zanardelli en su informe de 1887 sobre el proyecto de Có- " digo Penal de Italia—que en ese grande y noble país no existe " la costumbre de batirse en duelo, como no existe el prejuicio " de despreciar a quien recibe un insulto inmerecido.

" En verdad—agregó el señor senador por la Capital,—el " honor, el derecho, la verdad y la justicia no están en la punta " de un sable ni dentro de una bala. El juicio de Dios, el combate " singular, pertenece al pasado. El porvenir lo repudia. El hom- " bre de ideas nuevas reemplaza al *culto del coraje* por el valor " moral. Juan Moreira fué un valiente; Viale un estoico. Des- " afiar a la opinión pública, que no es a menudo sino la voz de " algunos diarios o de ciertos círculos sociales, rechazando un " reto, es un acto de valor moral. La cobardía está en renegar " de nuestras ideas filosóficas y de nuestras convicciones morales " para someternos a la ley del prejuicio, que en el caso del duelo " es una ley bárbara y atávica. El sacrificio de Lucio López, " inmolado ante el altar de los prejuicios sociales, enseña que el " duelo, siempre bárbaro, es salvaje para rechazar agravios " políticos.

" El desprecio de la injuria—decía con profunda verdad Emi- " lio de Girardin—es tal vez el progreso más importante que nos " queda por realizar. Si eres un hombre de honor, si no tienes " manchas que ocultar a costa de una herida, si no tienes que " pedir refugio a la intimidación necesaria de una bala, véngate " del miserable o del necio, obligándole a redoblar las injurias. " ¡Haz que eche espuma! ¡Que se desborde! Cuanto más se arre- " bate más seguro estarás de tu venganza. Si empezó en tener " por suya la opinión, no tardará en tenerla enfrente. Entonces

" tu satisfacción será completa y ciertamente más eficaz que si " la sangre hubiera corrido."

" Todo duelo que termina sin herida es ridículo. Todo duelo " que termina con la muerte de uno de los dos combatientes es " deplorable. Todo duelo es, por consiguiente, un absurdo, una " incorrección de la irreflexión contra la razón, un postrer es- " fuerzo de la barbarie contra la civilización: un anacronismo.

" Muchas otras reflexiones—siguió diciendo el senador por " la Capital doctor del Valle Iberlucea—podría hacer para demos- " trar la razón y la justicia de no establecer en el Código Penal " disposiciones especiales sobre el duelo. Podría citar las opinio- " nes de ilustres pensadores, desde la Bruyére a Voltaire; desde " Rousseau hasta Bentham, en apoyo de mi tesis, de que la socie- " dad no debe reconocer a los individuos *el derecho de matar.* " Podría decir que reconocer la legitimidad del duelo importa " admitir que el Estado es impotente para cumplir una de sus fun- " ciones esenciales: la administración de justicia. Si aconsejamos " la abolición de la pena de muerte, ¿cómo podemos tolerar que " la aplique un particular, convirtiéndose en el caso de matar en " duelo a un semejante, en legislador, juez y verdugo?

" Pero quiero terminar esta breve exposición para justificar " mi proposición, citando las palabras de un distinguido jurista " y sociólogo argentino, que ha honrado la magistratura y la " cátedra de la República Argentina. Me refiero al doctor Juan " Agustín García, que ha sido mi maestro en la Facultad de De- " recho de Buenos Aires. Sus elocuentes palabras convencerán " más que todos mis razonamientos, y son, en verdad, un argu- " mento decisivo en favor de mi proposición.

" El duelo es una supervivencia—dijo en un artículo publica- " do en "La Nación" hace algunos años—de la civilización de la " edad media; uno de los ritos de la religión del honor, que, " como todas las religiones, se transforma con el andar de los " tiempos. El honor del siglo XX está basado en el culto del tra- " bajo y de la verdad, en todas sus manifestaciones; en desempe- " ñar una función social en la esfera de la actividad de cada uno, " modesta o brillante, pública o privada. El hombre de honor es " el socialmente útil.

" La función social que se desempeña predomina en la esti-

(1) Página 116.

" mación de los valores morales, y establece la escala jerárquica. " Una civilización basada en el derecho y en la justicia no puede " tolerar que la sangre limpie. Semejante símbolo de una cosa " arcaica, que contraría las tendencias modernas de los hombres, " que basan su honor en el exacto cumplimiento de los deberes " sociales. Sería obra de progreso suprimir el duelo, imitando a " los ingleses. Partiendo de la misma base jurídica, es el asesina- " to premeditado, al amparo de un conjunto de supervivencias " de otras épocas de supersticiones absurdas."

*

* *

64. El artículo 97 y sus concordancias.—Expuesta la doctrina y los antecedentes pasaré a ocuparme de los artículos del Código.

Artículo 97

Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1.° Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89;

2.° Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

CONCORDANCIAS.—Código belga, artículos 423 a 433.—Alemán, 201 a 210.—Español, 439 a 447.—Holandés, 168 a 172.—Italiano, 237 a 245.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título primero, capítulo 7, artículo 2.°—Código de 1886, 108.—Proyecto de 1906, 100.—Proyecto peruano de 1916, 153.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 217 y 218.

*

* *

65. El duelo regular y sus castigos.—El Código castiga el duelo regular como un delito *sui géneris,* y las penas que consigna se relacionan con los resultados del lance.

El duelo regular no se define, pero el concepto de la ley se

pone de manifiesto, teniendo en cuenta lo que dice el presente artículo, unido a lo que expresan los subsiguientes, números 100 y 101.

Según esos preceptos, el duelo regular tiene lugar: 1.° Cuando intervienen dos o más padrinos mayores de edad que elijan las armas y las demás condiciones del desafío; 2.° Cuando el que lo provocare o diere causa al mismo no se propusiere un interés pecuniario u otro objeto inmoral; y 3.° Cuando ninguno de los combatientes faltare en perjuicio del otro a las condiciones del lance ajustadas por los padrinos.

El castigo sobreviene: 1.° Por el hecho del duelo mismo cuando no se producen consecuencias; 2.° Cuando uno de los adversarios es lesionado; 3.° Cuando uno de ellos es muerto en la lucha.

En los casos de lesiones, o cuando los dos quedaren ilesos, la pena se aplica a uno y otro, porque lo que castiga la ley es el hecho del duelo.

En el combate regular, no existe pena para los padrinos, sino para los duelistas.

La pena para el caso en que no se infiriesen lesiones, o éstas fueran leves, es la de prisión de uno a seis meses. Si sobreviene la muerte de un combatiente o lesiones graves, corresponde prisión de uno a cuatro años.

El proyecto del doctor Tejedor tenía una disposición análoga, y, además, castigaba con arresto por dos meses a los que provocasen un desafío y a quienes lo admitiesen.

La ley vigente ha aceptado la tesis de que el duelo es un delito especial y que no deben serle aplicadas las reglas ordinarias, teniendo sólo en cuenta las consecuencias. Los fundamentos de la teoría se encuentran en la exposición de motivos de la comisión especial de diputados.

Los preceptos legales, no obstante que se mantienen como una amenaza, no se aplican. Los duelos se anuncian en los diarios, los resultados se publican, las actas que los documentan suscriptas por padrinos responsables también se dan a la publicidad y, no obstante todo eso, la justicia no toma medidas, y nadie la insta para que lo haga. Existe un consenso al respecto más fuerte que la ley.

El asunto, por consiguiente, no tiene un verdadero interés práctico.

*
* *

66. Ideas sobre la represión del duelo.—Cuando se planteó en el Congreso la reforma penal que dió por resultado la sanción de la ley número 4189, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, en su primer despacho propuso la substitución del capítulo correspondiente al duelo del código de 1886, por el correlativo del proyecto de 1891, que no castigaba, como se ha visto, el duelo regular.

El miembro informante de la comisión, diputado doctor Juan Antonio Argerich, se refirió a ese asunto en el discurso por medio del cual fundamentó el despacho dando razones de peso. No obstante todo eso, en el segundo despacho que presentó la Comisión de Códigos, se retiró el proyecto de substitución en esa parte, manteniéndose el código de 1886 hasta su reemplazo por el vigente.

De acuerdo con los hechos, he sostenido siempre que el duelo regular no debía castigarse. En la tesis que presenté a la Facultad de Derecho de Buenos Aires, para optar al grado de doctor en jurisprudencia, coloqué una proposición accesoria que decía así:

" El duelo no debe castigarse, sino cuando por sus móviles o " condiciones reuna los requisitos establecidos por la ley para ser " considerado como homicidio, lesiones o tentativa de acuerdo con " sus resultados." (1).

Pero, en presencia del proyecto de 1906, que rectificaba al de 1891, no obstante haber formado parte de la segunda comisión redactora, dos jurisconsultos que lo fueron de la primera, y ante la preocupación de muchos que prefieren mantener la institución penal, a pesar de la falta de aplicación de sus disposiciones, prefirió la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no producir mayores discusiones al respecto, y dejar el proyecto de 1906 tal como había sido redactado, sin modificarlo.

Por lo demás, el asunto sólo ofrecía un carácter doctrinario, desde que sabemos lo que ocurre en los hechos.

(1) Proteccionismo Industrial.

*
* *

67. El artículo 98 y sus concordancias.—

Artículo 98

Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1.° El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;

2.° El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;

3.° El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

CONCORDANCIAS.—Las del artículo anterior.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, sección primera, título primero, capítulo 7, artículo 5.°—Proyecto de 1891, 126.—Proyecto de 1906, 101.—Código de 1886, 109.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 223.

*
* *

68. Penalidad del duelo irregular.—El precepto se refiere al duelo irregular, el que se aprecia por sus consecuencias. La ley no lo considera un delito especial, sino que le aplica las reglas ordinarias.

Cuando del encuentro no resultan consecuencias se castiga el hecho de la riña, según lo establece el inciso 3.° del artículo.

*
* *

69. El artículo 99 y sus concordancias.—

Artículo 99

El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el

que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o, por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1.° Con multa de doscientos a mil pesos, si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89;

2.° Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

CONCORDANCIAS (1).—Código de 1886, artículo 110.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 3.°—Proyecto de 1891, 127.—Proyecto de 1906, 102.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 219 y 220.

*
* *

70. Antecedentes y alcance del artículo.—Una disposición análoga a la presente se encuentra en el código de 1886, y en los proyectos del doctor Tejedor, de los doctores Villegas, Ugarriza y García y de 1891 y 1906.

El doctor Tejedor dice en la nota respectiva que muchos duelos se verifican por las incitaciones de personas extrañas a la cuestión más que por el impulso y resolución natural de los que se baten. En todos los pueblos hay una porción de individuos que se han constituído a sí propios—agrega—en legisladores de los desafíos, en padrinos universales de cuantos se ven llevados a ese terreno, en incitadores permanentes, para que, con cualquier motivo, se recurra a ellos.

"No sucede desagradable acontecimiento que ellos no tomen "el encargo de envenenar y en el que no pronuncien *ex tripode* "que quedan deshonrados los que han intervenido en él, si no "lo terminan con la espada o con la pistola. En el sistema de "la ley ha habido mucha razón para pensar en tales personas. "Ese estímulo, esa tentación permanente han debido ser conside-"rados como un delito: no bastan aquí las reglas generales; "era oportuno conducirse más severamente con semejantes "hechos." (1).

(1) Para todo este capítulo, rigen las concordancias de códigos extranjeros anotadas en el artículo 97.

(2) Cita de Pacheco. Tomo III, página 95.

* * *

71. El artículo 100 y sus concordancias.—

Artículo 100

El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

1.° Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones;

2.° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;

3.° Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 6.°, inciso 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 224, inciso 1.°—Código de 1886, 111.—Proyecto de 1891, 128.—Proyecto de 1906, 103.

* * *

72. Fundamentos de la disposición.—La disposición contenida en el artículo es, no sólo lógica, sino generalmente aceptada. El duelo, que tiene un objeto extraño a una ofensa personal, carece del carácter caballeresco en el cual se han apoyado las leyes para considerarlo un delito especial y castigarlo excepcionalmente.

La penalidad reducida del duelo en relación a los otros delitos contra las personas, cuando se producen consecuencias que se reprimen ordinariamente de manera más severa, se basa en el hecho de que se supone la realización del lance por motivos de honor personal. Pero toda consideración desaparece cuando esa no ha sido la causa originaria. En uno de esos casos no hay duelo, que es un delito especial, sino un delito común.

De aquí que la ley castigue:

1.° La tentativa, esto es, la provocación, si el lance no se verifica, con prisión de uno a cuatro años;

2.° El hecho del lance si no se producen consecuencias, con la misma pena;

3.° Las lesiones con reclusión o prisión de tres a diez años, lo que quiere decir que se aplica el criterio que se ha tenido para reprimir las lesiones graves; y

4.° El homicidio con una pena mayor que la ordinaria, desde que el mínimum de aquélla es la de diez años de reclusión o prisión, y el mínimum para el homicidio simple es la de ocho años. En cuanto al máximum es el mismo en los dos casos, esto es, reclusión o prisión de veinticinco años.

Las penas que son especiales corresponden al duelista que se propone el interés pecuniario o el fin inmoral, y no al otro combatiente.

* * *

73. El artículo 101 y sus concordancias.—

Artículo 101

El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

1.° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario;

2.° Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 6.°, inciso 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 224, inciso 2.°—Código de 1886, 112.—Proyecto de 1891, 129.—Proyecto de 1906, 104.

* * *

74. Las condiciones del lance.—El combatiente, en un caso de los previstos por el artículo, tampoco puede ser considerado bajo el amparo de las disposiciones especiales. En la definición del duelo, uno de los requisitos de fondo se refiere a las condiciones concertadas por los padrinos y al cumplimiento de las mismas.

La violación de esas reglas en perjuicio del adversario convierte al combatiente que incurriere en semejante falla en un delincuente común, que debe ser castigado con las penas ordinarias para el delito que comete, teniendo en consideración los resultados del lance, el que deja de ser caballeresco. Hay en el supuesto del artículo un delincuente y una víctima. De aquí las disposiciones penales del precepto.

*
* *

75. El artículo 102 y sus concordancias.—

Artículo 102

Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 4.°, inciso 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 221.—Proyecto de 1891, 130.—Proyecto de 1906, 105.—Código de 1886, 116.

*
* *

76. Castigo de los padrinos.—Nuestra ley no castiga a los padrinos, sino a los combatientes. Pero la regla tiene dos excepciones, consignadas en este artículo y en el siguiente.

El Código, de acuerdo con sus antecedentes, ha encontrado conveniente la intervención de padrinos, y ha contrariado las reglas generales de la participación al no aplicarles ninguna penalidad.

El doctor Tejedor, en la nota puesta al pie del artículo correspondiente al del código en vigor, manifiesta:

" ¿Qué cosa es preferible—dice Pacheco:—que se verifiquen " los duelos con padrinos o que se verifiquen sin ellos? Ni para " la ley, ni para nosotros ofrece dudas esta cuestión. La concu- " rrencia de personas imparciales hasta cierto punto, y a los que

" se confiera una misión que para todo hombre de honor es grave, " esa concurrencia, decimos, no puede menos que producir exce- " lentes resultados. Los padrinos garantizan por su naturaleza " dos cosas en todo duelo: primero, la lealtad y la igualdad en " cuanto es posible, entre los combatientes; segundo, la no pro- " longación de la lucha desde el momento en que ya no es abso- " lutamente necesaria. Nosotros inferimos de aquí que la ley no " debe establecer precepto alguno que dificulte esa benéfica in- " tervención; y que puede producir como su natural consecuen- " cia el que se nieguen a aceptar ese cargo las personas a quienes " se invite para él. Esto no quiere decir, por otra parte, que los " padrinos de los duelos no tengan obligaciones, y que no incu- " rrirán en grave responsabilidad si las descuidan o faltan a " ellas. Tanto lo creemos así, que aun en el caso de permitirse " los duelos podría y debería fijar su vista la ley en un punto " tan grave, y disponer precauciones, y dictar penas, para que " el padrinazgo fuese tan leal como su idea y su institución " reclama."

La ley, por consiguiente, ha investido a los padrinos de un cierto ministerio, puesto que consiente la intervención de los mismos y les exige obligaciones determinadas. Los padrinos deben hacer lo posible por evitar el lance, y si éste se lleva a efecto, las condiciones no pueden ser alevosas. ¿Qué se entendería por condiciones de esa clase? Sin duda alguna aquellas que fijaran condiciones de tal naturaleza que el resultado grave fuera casi inevitable.

*
* *

77. El artículo 103 y sus concordancias.—

Artículo 103

Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte, o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se ve-

(1) Sobre estos antecedentes ver Crivellari. Tomo V, páginas 302 y siguientes, y Digesto italiano. Duello. Tomo 9.°, parte 3.ª, páginas 1161 y siguientes.

rificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de doscientos a mil pesos.

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 4.°, inciso 2.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 221.—Proyecto de 1891, 131.—Proyecto de 1906, 106.—Código de 1886, 117.

*
* *

78. Castigo del duelo concertado a muerte.—Los mismos motivos del artículo anterior determinan el presente. El precepto se explica por su propio texto. La penalidad se relaciona con las consecuencias, y aun cuando no las hubiere, por el hecho del duelo en esas condiciones, se reprime a los padrinos.

*
* *

79. Remedios para impedir los duelos.—La terminación de los duelos no se producirá mientras perduren los actuales prejuicios y mientras no existan medios para obtener con rapidez la reparación de las ofensas. El duelo, con todos sus inconvenientes, evita situaciones de hecho que se producirían en el caso de no contarse con ese medio para dirimirlas.

Actualmente, ¿qué recursos se tienen cuando se es provocado en forma afrentosa; cuando se ponen en duda las condiciones de hombría; cuando se afecta una mujer de la familia; cuando se insulta; cuando se ofende, en fin, por los mil medios que se pueden poner en práctica? Los recursos legales son pocos y se consideran desairados. El concepto social no acompaña al provocado cuando no reacciona, sino al provocador.

Así, una persona es abofeteada en público, es injuriada en un sitio donde se reunen muchas personas, se aprovecha de su presencia para ofender a la esposa, a la madre, a la hermana, ¿qué hace el agraviado? Si no toma medida alguna, la sanción social se ejercita sobre él y desmerece su concepto. Si procede

pidiendo amparo a la justicia, recurriendo a la policía, quejándose, en una palabra, para que se apliquen al ofensor las represiones del caso, la gente se burla de él, como si fuese el autor de una acción ridícula o inconveniente.

Las leyes, además, proporcionan pocos recursos contra esa clase de ataques.

La sociedad, por su parte, impone descalificaciones que se traducen en faltas de consideración para el afectado. Al que no reacciona personalmente contra ciertas ofensas se le desautoriza, de manera que el agraviado en uno de esos casos no tiene, a inérito de los prejuicios que gravitan sobre todos, sino dos caminos: uno es el de hacerse justicia inmediata, buscar al ofensor, pelear con él e incurrir en un delito común, y otro es recurrir al duelo, consagrado socialmente, no obstante su barbarie, su inmoralidad y su ineficacia, para solventar la situación creada. Entre los dos males prefiero el segundo, con todas las reservas que he señalado.

Para terminar con todo eso, sería preciso crear tribunales especiales de honor, si se contara con un consenso general que los aceptara y someter a ellos esa clase de cuestiones, imponiendo la descalificación a quienes se levantaran contra sus fallos, y haciendo efectivas penalidades determinadas. De ese modo, dando la posibilidad de resolver los conflictos de honor, se podría pensar en abolir aquella institución antijurídica.

El duelo responde a necesidades y no podrá evitarse mientras no se proporcione un medio adecuado para resolver las cuestiones que lo determinen. En el Parlamento, especialmente, donde los incidentes se multiplicaban, debería ensayarse el sistema y crear tribunales internos para la resolución de las incidencias de índole personal.

*
* *

80. El sistema de la legislación uruguaya.—El sistema preconizado por el proyecto de 1891 ha sido adoptado en la República Oriental del Uruguay. El representante por Florida, don Juan Andrés Ramírez, en la sesión celebrada el 15 de marzo de

1918 presentó a la cámara de que formaba parte el proyecto que se convirtió en ley.

Por el mismo se derogan las disposiciones del Código Penal, que eran análogas a las vigentes aquí, y se reemplazan por un artículo único, según el cual el duelo se castiga con las penas del homicidio o de las lesiones, según los casos: 1.° Cuando se verificare sin la intervención y concurrencia de padrinos; 2.° Cuando las armas empleadas fuesen desiguales o en la elección de las mismas o en la realización del duelo mediara engaño o violación de las condiciones; y 3.° Cuando en las condiciones concertadas o de la especie del duelo, o de la distancia de los combatientes, o de otras circunstancias, resultase el propósito de que uno de ellos o ambos hayan de ser muertos. En los casos 2.° y 3.° los padrinos serán considerados como cómplices del delito. Fuera de los casos que contempla el artículo, ni el homicidio ni las lesiones personales causadas en duelo serán pasibles de pena (1).

El autor del proyecto lo fundamentó, diciendo:

" Prescindiendo del aspecto filosófico del duelo y de la legi-
" timidad de su represión penal, obran en favor del proyecto que
" precede consideraciones prácticas irrefutables.

" La experiencia enseña que la ley no puede reprimir el
" duelo. Tratándose de un delito, cuyos autores y testigos concu-
" rren a él tácitamente juramentados por su honor, para ocul-
" tarlo no hay posibilidad de adquirir la prueba indispensable
" para castigarlo. Es así que, ni la policía ni la justicia, pueden
" evitar un duelo, sino por rarísima excepción, y que burladas
" constantemente una y otra por los duelistas, los artículos del
" Código Penal que castigan el duelo sólo sirven para el despres-
" tigio de la justicia, de la policía y de la ley misma.

" Considero, no obstante, conveniente mantener las disposi-
" ciones penales que castigan el duelo cuando se produce en
" condiciones reñidas con las reglas de la caballerosidad, o que
" revelen el propósito de que uno de los combatientes o ambos
" hayan de resultar muertos. Si el duelo es una necesidad dentro
" del estado actual de nuestras costumbres, o más propiamente,
" un mal necesario, por no haberse descubierto aún nada mejor
" para resolver ciertos conflictos de honor, no puede llegar esa

(1) Diario de Sesiones de la H. Cámara de Representantes del Uruguay. Tomo CCLIX, página 294.

" exigencia de nuestra deficiente civilización hasta consentir en-
" cuentros desiguales o tolerar aquellos en que se busca, fría y
" deliberadamente, la muerte de una o más personas.

" Se dirá que hay contradicción en sostener, por un lado, la
" imposibilidad de reprimir el duelo, y establecer, por otro, penas
" para determinados duelos. Contestaría esa observación diciendo
" que aun cuando creo que en esos mismos casos será muy difícil
" obtener la prueba del delito, conviene penarlo, siquiera para es-
" timular el ánimo de duelistas y padrinos en el sentido de reali-
" zar encuentros caballerescos, evitando la confusión del duelo
" con el asesinato."

IV

Abuso de armas

81. El delito de disparo de arma de fuego.—82. Antecedentes nacionales.—83. El artículo 104 y sus concordancias.—84. La pena del delito.—85. Fundamentos de la represión.—86. El artículo 105 y sus concordancias.—87. Antecedentes de la disposición.—88. Alcance de los artículos sobre abuso de armas.

*
* *

81. El delito de disparo de arma de fuego.—El acto de disparar un arma de fuego contra una persona puede implicar una tentativa de homicidio. Tal cosa ocurre cuanto el autor tuvo el propósito de matar, y a tales efectos usó de aquel medio para consumar su objetivo, sin llevarlo a cabo por circunstancias ajenas a su voluntad.

Si se comprobara, asimismo, que el objeto tenido en vista por el agente fué el de lesionar, el hecho del disparo de arma de fuego con esa intención haría incurrir al autor fracasado en las penas establecidas por las leyes respectivas para la tentativa del delito no consumado.

Los códigos que no tienen un precepto análogo al presente, provocan las controversias que surgen entre los penalistas italianos, los cuales discuten si es o no un delito la tentativa de lesiones. Las opiniones se pronuncian por la afirmativa, después de examinar una serie de factores que no necesitan ser estudiados entre nosotros.

El código en vigor ha colocado, en efecto, una disposición que se refiere al disparo de arma de fuego, considerado como un delito especial.

Examinaré, ante todo, los antecedentes del artículo.

*

* *

82. Antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor no traía una disposición análoga a la presente. Ella tampoco se encontraba en las leyes que le sirvieron de antecedente.

El precepto fué introducido en el código español de 1870 y respondió al propósito de colocar una incriminación nueva para el que disparase contra otro un arma de fuego sin herirlo, y sin que ese acto pudiera ser considerado como tentativa de homicidio. Los elementos de este delito son tres: 1.° Que haya un disparo de arma de fuego; 2.° Que se dirija contra una persona; 3.° Que no se le cause lesión alguna.

La erección del hecho en delito se explica perfectamente, porque el empleo de un arma de fuego significa peligro para la víctima y revelación de malas condiciones en el autor. Siempre que se usa un arma de fuego se ataca o puede atacarse el derecho a la vida.

Entre nosotros el artículo fué introducido al proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García en el artículo 207, que era el último del capítulo sobre homicidio.

De allí pasó al código de 1886, que lo colocó también en el capítulo del homicidio, y fué mantenido por la ley número 4189.

Los proyectos de 1891 y 1906, de donde el Código tomó el artículo vigente, redactaron un capítulo especial con el epígrafe de "Abuso de armas".

*

* *

83. El artículo 104 y sus concordancias.—

Artículo 104

Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave (1).

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 423.—Portugués, 363.—Italiano, 380.—Uruguayo, 330.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 207.—Código de 1886, 99.—Proyecto de 1891, 132.—Proyecto de 1906, 107.—Ley número 4189, 17, capítulo II, inciso 6.°.

*

* *

84. La pena del delito.—Tanto el proyecto de 1891 como el de 1906 contenían una disposición análoga a la presente, pero castigaban el delito con la pena de prisión de seis meses a dos años. Esa pena era menor que la del código de 1886, que la fijaba en prisión de uno a tres años.

Cuando presenté a la Cámara de Diputados, y como base de encuesta, el proyecto de 1906, modifiqué el artículo 107, elevando la pena y dejándola en los mismos términos que tenía en el código de 1886.

En los fundamentos de mi presentación a la Cámara, dije al respecto:

" El proyecto la fija en seis meses a dos años de prisión. El " Código en uno a tres años de la misma pena.

" Considero conveniente mantener la penalidad del Código, " dada la gravedad de ese delito y teniendo en cuenta la dificul- " tad para distinguir en el hecho entre tentativa de homicidio " con arma de fuego y disparo de arma.

" Generalmente, depende del propio sujeto que declara, la ca- " lificación, desde que se trata de exteriorizar un estado de con- " ciencia, y como pocos son los que manifiestan una intención que " los perjudicaría, casi siempre los actos que importan en el fondo " una tentativa se reducen a un delito menor.

" Entiendo por ello que la pena de la ley actual no es exage-

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados dispone que se agregue a este artículo y como último apartado, la primera parte del siguiente artículo 105.

" rada y que no conviene disminuirla, restando importancia a un " hecho tan grave como el de disparar un arma de fuego contra " una persona."

El artículo fué sancionado sin observaciones.

*
* *

85. Fundamentos de la represión.—La represión del disparo de armas se justifica especialmente entre nosotros, donde existe la mala costumbre de llevar armas y donde se hace necesario tomar medidas para impedir los funestos resultados que derivan de ese hábito inconveniente. No basta al respecto castigar como falta la portación de armas, sino que es indispensable penar el uso, aun cuando no se produzcan resultados (1).

El hecho de disparar un arma de fuego contra otro, es por sí sólo una infracción que la ley castiga. Si el hecho implica un delito penado con una represión más severa, deberá aplicarse la segunda. Tal sucedería cuando con el disparo se hubiere causado una lesión grave. En cambio, si al disparar el arma se hubiere ocasionado una lesión leve, la penalidad que corresponde es la señalada para ésta, y no la prescripta para la herida ligera.

*
* *

86. El artículo 105 y sus concordancias.—

Artículo 105

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1.°, letra a, la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente (2).

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 423.—Italiano, 380.—Uruguayo, 330.—Ley número 4189, artículo 17, capítulo II, inciso 6.°—Proyecto de 1891, 133.—Proyecto de 1906, 108.

(1) Rivarola.—Exposición y crítica del Código Penal. Tomo II, página 51.
(2) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados, dispone la agregación de la primera parte de este artículo al anterior, de manera que del presente no debe quedar sino el segundo apartado.

*
* *

87. Antecedentes de la disposición.—El código de 1886 castigaba únicamente el disparo de arma de fuego. El ataque con un arma de esa clase, o con otra, sin ser usada, no tenía castigo alguno. En cambio, se penaban las amenazas en el capítulo V del título VI de la parte especial.

El proyecto de 1891, que suprimió el título sobre amenazas y coacciones, proyectó en el capítulo destinado a legislar sobre abuso de armas, otra disposición, además de la relativa al disparo de arma de fuego. De acuerdo con ella la agresión con otra clase de arma, cuando no se causare herida, era penada con penitenciaría de cuatro a ciento veinte días. Esa disposición se incorporó al Código por medio de la ley de reformas número 4189.

El proyecto de 1906 mantuvo la disposición, castigando el delito con la pena de prisión de quince días a seis meses.

Cuando presenté ese último proyecto, como base de la reforma, a la Cámara de Diputados, encontré que debía cambiarse la redacción del artículo, y en lugar de referirse a la agresión con otra clase de arma, hablar de la agresión con toda arma. Los motivos eran fáciles de percibir. Penándose primero el disparo de arma de fuego y después la agresión con otra arma, la agresión con arma de fuego estaba fuera de la previsión del legislador.

En mis fundamentos, dije al respecto:

" El proyecto, lo mismo que la ley vigente, castigan, en pri- " mer término, el disparo de arma contra una persona sin herirla, " y en seguida la agresión *con otra clase de arma.* Esto ha per- " mitido a los jueces considerar que la agresión con arma de " fuego carece de penalidad.

" La agresión con un rebenque, con un cuchillo, con un palo, " se castiga; la misma con un revólver, no.

" Me hago cargo, por eso, de la deficiencia, y la subsano, " cambiando las palabras *otra clase de arma,* por la palabra " *toda,* que comprende cualquier arma."

El artículo se había redactado en los términos que tiene la primera parte del precepto vigente, agregándose después el segundo apartado.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la

Cámara de Diputados aceptó esa redacción, diciendo la exposición de motivos:

"La comisión no ha introducido modificaciones en el capí-
" tulo 5.° del título 1.° de la parte especial. Acepta el proyecto
" con las modificaciones introducidas por el diputado Moreno,
" explicadas en los fundamentos que diera cuando lo presentó a
" la Cámara."

La segunda Comisión de Códigos del Senado agregó al artículo sancionado por la Cámara de Diputados, el segundo apartado, quedando sancionado en esos términos, porque el cuerpo iniciador de la ley aceptó la adición.

* * *

88. Alcance de los artículos sobre abuso de armas.—El artículo castiga, así, toda agresión con armas, y además tiene en cuenta, para aumentar o disminuir especialmente la penalidad, las circunstancias calificativas del artículo 80 y del artículo 81 inciso 1.°, letra a.

El motivo de esa última disposición, agregada por el Senado, es bien visible para que necesite explicarse.

Para que el delito de agresión tenga lugar, es necesario: 1.° Que una persona acometa a otra; 2.° Que proceda en esa forma empleando un arma cualquiera; 3.° Que no infiera una lesión.

Conviene, para que no se incurra en errores de apreciación, observar bien el alcance del presente artículo y del anterior.

El Código castiga:

1.° Con la pena de uno a tres años de prisión al que disparare contra una persona un arma de fuego sin herirla, siempre que el hecho no importe un delito más grave;

2.° Con la misma pena cuando se causa una lesión con arma de fuego, que esté castigada con menos de uno a tres años de prisión;

3.° Con la pena que corresponda a las lesiones ocasionadas, cuando son de tal clase o carácter que el castigo sea superior al de tres años de prisión;

4.° Con la pena de prisión de quince días a seis meses la agresión con toda arma, aunque no se causare herida;

5.° Con la pena correspondiente a la lesión en el caso de haberse ocasionado alguna en el caso del punto anterior, desde que toda lesión se castiga con mayor pena que la señalada para la agresión.

La agresión que pena el artículo 105 es la agresión con cualquier arma, incluso la de fuego, si se ataca con ella y no se dispara.

Las circunstancias especiales del último apartado del precepto han sido estudiadas en oportunidad y no hay objeto en repetir argumentos.

V

Abandono de personas

89. Cuándo se comete el delito de abandono de personas.—90. El derecho lesionado.—91. Antecedentes nacionales.—92. La clase de delito.—93. El artículo 106 y sus concordancias.—94. Abandono de menor y de incapaz.—95. Antecedentes de la disposición.—96. Requisitos para la existencia del delito.—97. El artículo 107 y sus concordancias.—98. Origen de la disposición.—99. Fundamento de las penalidades especiales.—100. El artículo 108 y sus concordancias.—101. Antecedentes de la disposición.—102. La omisión de prestar asistencia.

* * *

89. Cuándo se comete el delito de abandono de personas.—Ciertas personas tienen, con respecto a otras, deberes de cuidado y asistencia. Por razones de edad o de enfermedad esa protección suele ser indispensable, de tal manera que, si falta, pueden sobrevenir graves consecuencias, entre ellas la muerte del sujeto abandonado.

Cuando existe la obligación se considera que la violación de la misma es un delito, pues se atacan sentimientos, intereses y reglas de carácter social y moral.

Para que exista abandono y no un delito más grave, es necesario que sólo concurra la dejación de una persona librada a su propia suerte mediando las obligaciones del caso. Cuando el abandono implica colocar al sujeto en una situación particularmente

peligrosa con el objeto de dañarlo, el delito se aprecia por sus consecuencias o por la intentona. Así, un individuo abandona a una criatura que no camina por razones de edad, o a un enfermo impedido de moverse, en la vía de un ferrocarril para que sea destrozado: si el propósito se consuma habrá homicidio, o tentativa de tal si no se produce la fatal consecuencia por motivos ajenos a la voluntad del agente.

Hay que tener, así, siempre en cuenta, para caracterizar el delito, las circunstancias y los propósitos.

En cambio, si el abandono consistiera en el desprendimiento de la persona que se tiene al propio cuidado o custodia, la que fuera llevada a un hospital o a un asilo, el delito no existirá. Una madre, por ejemplo, que lleva su niño recién nacido al torno, en los países donde existe, o a la casa de caridad, no comete un delito. Su acto podrá ser apreciado bajo el punto de vista de la moral, pero no ofrece jurídicamente consecuencias penales.

El aspecto legal del asunto lo señalaré al ocuparme de lo establecido por el Código.

*
* *

90. El derecho lesionado.—Se discute, con relación a este delito, un punto que ha sido también materia de controversia respecto a otras infracciones, y es el relacionado con la colocación que debe dársele dentro de las leyes penales. Los códigos clasifican los hechos erigidos en infracciones por el derecho atacado, de manera que la discusión aquí se presentaría con respecto a la clase de la lesión jurídica.

No me he ocupado del punto en relación a otros delitos, porque dentro de nuestra ley no se habían presentado divergencias, pero en este caso debo tocarlo, porque el Código, antes y después de la reforma, ha adoptado distintos principios.

Así, el código de 1886, en el título de los delitos contra las garantías individuales, se ocupaba en el capítulo III del abandono de niños. En cambio, la ley vigente se refiere al abandono de personas en el capítulo VI del título sobre delitos contra las personas.

Conviene, así, establecer qué clase de delito es el que nos ocupa.

La divergencia, no sólo se encuentra entre nosotros, sino en relación a los distintos países.

Así, los códigos alemán, húngaro, francés, italiano y otros, lo colocan entre los atentados contra la vida o la integridad personal; el belga lo considera un delito contra el orden de la familia; el austriaco legisla el asunto en un capítulo especial designado con el título de exposición de niños; el holandés también lo trata especialmente; y otros lo consideran como un delito contra el estado civil.

El delito puede tener, sin duda, distintos propósitos. Si el objeto fuera alterar el orden de la familia o atentar contra el estado civil, es indudable que se juzgaría el caso de acuerdo con los preceptos que incriminan esa clase de hechos. Pero nosotros entendemos que se trata de reprimir aquí el abandono como falta de cumplimiento de una obligación general o particular de asistencia, sin perjuicio de que el mismo hecho deba caer bajo la gravitación de otras reglas, cuando corresponda, dadas sus circunstancias especiales.

Veamos ahora los antecedentes nacionales acerca de la manera cómo se ha considerado el delito de que me estoy ocupando.

*
* *

91. Antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor colocaba el delito de abandono de niños entre los delitos contra las garantías individuales, sin expresarse los motivos por los cuales se había adoptado dicha colocación.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupa del asunto en capítulo especial dentro del título de los delitos contra el orden de las familias y la moral pública. En cuanto al código de 1886, siguió al proyecto del doctor Tejedor.

La comisión redactora del proyecto de 1891 cambió el sistema, colocando el capítulo sobre abandono de personas en el título que se ocupa de los delitos contra las personas. La exposición de motivos, dijo:

"Hemos trasladado al presente título las disposiciones del "capítulo del *abandono de niños*, que en el Código Penal se en- "cuentra en el título "Delitos contra las garantías individuales", "extendiendo a la vez aquéllas en el sentido de que la protección "que procuran asegurar, alcance a todas las personas desvalidas, "como se establece en los códigos concordantes con nuestro pro- "yecto. La colocación dada en el Código Penal a esta materia "es injustificada: la protección a que las personas desvalidas "tienen derecho respecto de otras, sólo en razón de una situa- "ción determinada, no debe confundirse con las garantías de "libertad aseguradas a todos sin consideración a situación espe- "cial alguna."

El proyecto de 1906 siguió al anterior, pasando de allí al código vigente.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se limitó a decir en la exposición de motivos que se había aceptado el proyecto de 1906 sin modificaciones.

*
* *

92. La clase de delito.—El abandono es un delito contra las personas, desde que consiste en un desamparo consumado contra un sujeto a quien se tiene obligación de cuidar, o en una falta de protección cuando hay un deber social de prestarla. La persona afectada no sufre la privación de un derecho ordinario, ni la de un bien, sino que experimenta o puede experimentar un daño en su cuerpo. El daño es fatal cuando no se produce a tiempo una intervención que lo evite y proporcione la ayuda de que el ser débil estaba privado.

En rigor, todos los delitos atacan las garantías individuales, desde que todos los derechos, y en primer lugar la vida, constituyen garantías fundamentales en los países civilizados. Pero la doctrina y la ley distinguen y entienden por ataque a las garantías individuales los que afectan la libertad personal.

Veremos ahora lo que dispone el Código con relación a esta materia.

*
* *

93. El artículo 106 y sus concordancias.—

Artículo 106

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que abandonare a un menor de diez años u otra persona incapaz por causa de enfermedad, a quien deba mantener o cuidar.

La pena será de reclusión o prisión de dos a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz.

La reclusión o prisión será de tres a diez años, si ocurriere la muerte.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 386.—Francés, 349.—Húngaro, 287.—Holandés, 255, 256 y 257.—Belga, 354.—Español, 501.—Chileno, 346 y 352.—Uruguayo, 346.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título sexto, capítulo 3, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 305.—Proyecto de 1891, 134.—Proyecto de 1906, 109.—Código de 1886, 162 y 163.—Proyecto peruano de 1916, 162 y 163.

*
* *

94. Abandono de menor y de incapaz.—El Código castiga en el presente artículo, dos clases de abandono: 1.° El relativo a un menor de diez años; y 2.° El referente a un incapaz por causa de enfermedad. Cuando se trata de un menor de diez años, basta la circunstancia de la edad; cuando el abandonado es un incapaz por causa de enfermedad, la edad no hace al caso.

En ambos casos se requiere que la persona autora del abandono tenga la obligación de mantener o cuidar al abandonado.

La pena que corresponde es la de prisión de seis meses a dos años.

La ley, no sólo tiene en cuenta el hecho, sino que considera las consecuencias, elevando el castigo cuando aquéllas son graves. Contiene al respecto dos previsiones: 1.ª Si como consecuen-

cia del abandono resultare un grave daño en la salud o el cuerpo del menor o incapaz, la pena será la de reclusión o prisión de dos a seis años; y 2.ª Si ocurriese la muerte el castigo se elevará aún más, correspondiendo reclusión o prisión de tres a diez años.

La agravación de las penas para el caso de muerte o grave daño, tiene lugar cuando el reo es autor de abandono, y cuando a causa del mismo se produjeron las consecuencias, esto es, cuando el delito ha consistido solamente en el abandono.

Pero cuando tal abandono no es sino el medio para cometer un delito más grave, por ejemplo cuando se verifica con el propósito de matar, el delito será el de homicidio, o el de tentativa del mismo.

En cada caso de los que pudieran presentarse, es el tribunal correspondiente el llamado a decidir, teniendo en cuenta los criterios generales.

Examinaré ahora los antecedentes de nuestro precepto en la legislación nacional.

*
* *

95. Antecedentes de la disposición.—El proyecto del doctor Tejedor se ocupaba del presente asunto en capítulo especial del título de los delitos contra las garantías individuales. Castigaba con arresto y multa al que abandonase a un menor de siete años que estuviese a su cuidado, elevándose la pena a tres años de prisión si, como consecuencia del abandono, muriese el menor, y a un año si solamente estuviese en peligro su vida.

El abandono de persona mayor incapaz por razones de enfermedad no se castigaba.

La exposición, ocultación y cambio de niño se incriminaba entre los delitos contra el estado civil.

El doctor Tejedor hace notar en la primera nota del capítulo, que en el código de Baviera se castigaba el abandono de niños y el de personas mayores que por su estado o enfermedad no pudieran socorrerse a sí mismas. No expresa, sin embargo, por qué motivos se aparta del modelo.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García adopta el mismo sistema.

El código de 1886 castigaba con arresto y multa el abandono de un menor de siete años, aumentando la pena con penitenciaría desde tres hasta seis años cuando, a consecuencia del abandono, muriese el niño.

El proyecto de 1891 extendió la protección a todas las personas desvalidas, sin hacer la excepción tan sólo en favor de los menores, y castigó: 1.° El abandono de menor de diez años; 2.° El abandono de persona incapaz; y 3.° El abandono de persona enferma. Para que el agente incurriese en delito era necesario que tuviese la obligación de mantener o cuidar a la persona abandonada. La pena se aumentaba cuando sobrevenía como consecuencia del abandono, grave daño o muerte de la víctima.

El proyecto de 1906 aceptó el mismo criterio.

La única modificación hecha en el presente capítulo sobre el proyecto de 1906 fué introducida por el Senado en el presente artículo. El proyecto referido castigaba al que abandonase o dejare en desamparo. La segunda Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores aconsejó se suprimiesen las palabras relativas al desamparo, lo que se hizo. Los conceptos antes enunciados no han cambiado con esa modificación.

*
* *

96. Requisitos para la existencia del delito.—Las condiciones esenciales para la existencia de este delito, son las siguientes: 1.° El abandono; 2.° Que tal abandono sea de un menor de diez años o de persona imposibilitada por razones de enfermedad; 3.° Que el menor o mayor abandonado en las condiciones de los dos puntos anteriores, se encuentre al cuidado del agente; y 4.° Que el abandono se haya hecho al solo objeto de liberarse el autor de las obligaciones que pesaban sobre él.

La explicación de cada una de esas circunstancias no me parece necesaria, bastando el enunciado para que se comprendan. No obstante esto, haré notar que Crivellari las examina en detalle, a través de la legislación italiana, donde se castiga el abandono de menores de doce años y de personas incapaces por enfermedad mental o corporal (1).

(1) Tomo VII, páginas 1044 y siguientes.

*

* *

97. El artículo 107 y sus concordancias.—

Artículo 107

El máximum y el mínimum de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge. Serán disminuídos a la mitad, cuando el abandono fuere de un menor de tres días aun no inscripto en el Registro Civil para salvar el honor propio o de la esposa, madre, hija o hermana.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 387 y 388.—Francés, 350 y 453.—Holandés, 258 y 259.—Belga, 355.—Uruguayo, 347.—Proyecto de 1891, 135.—Proyecto de 1906, 110.—Proyecto peruano de 1916, 164.

*

* *

98. Origen de la disposición.—El presente artículo no se encuentra ni en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ni en el código de 1886. Fué colocado en los mismos términos que tiene en el código vigente en el proyecto de 1891. La exposición de motivos, refiriéndose al mismo, decía que el precepto consignaba las circunstancias agravantes derivadas del parentesco próximo, porque importando en esos casos, el delito, una transgresión de mayores deberes, era lógico que se reprimiese con una pena más severa. Dejaba también constancia del hecho de consignarse en el mismo la atenuante de haber obrado por estímulo de honor.

El artículo fué repetido por el proyecto de 1906 y de allí pasó al código vigente.

*

* *

99. Fundamento de las penalidades especiales.—La disposición aumenta las penas consignadas en el artículo precedente en

los casos siguientes: 1.° Cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos; 2.° Por los hijos contra los padres; 3.° Por el esposo o esposa contra su respectivo cónyuge.

El fundamento de la excepción deriva de los deberes más imperiosos que tienen esos parientes entre sí. El delito en esos casos es más grave y se justifica, por consiguiente, el aumento de la penalidad.

La disposición no contiene sólo agravantes, sino atenuantes. La pena disminuye cuando el abandono fuere de un menor de tres días, aun no inscripto en el Registro Civil, para salvar el honor propio, o de la esposa, madre, hija o hermana.

Los motivos que justifican la reducción de la pena son los mismos que han mediado para distinguir entre el homicidio y el infanticidio. Se entiende que el propósito, si bien no justifica el hecho, constituye una circunstancia atenuante especial.

Se exige la falta de inscripción en el Registro Civil por motivos perfectamente lógicos. El abandono en esos casos se hace para ocultar, si no la existencia del niño, la vinculación del mismo con la madre y la familia. Se procura que nadie se aperciba del nacimiento de esa persona en la familia donde ha sido dado a luz, de manera que es un factor fundamental el de la falta de conocimiento general acerca del hecho. La inscripción en el Registro Civil significa la publicidad, y desde el momento que ella se ha producido, el fundamento de la circunstancia especial de atenuación desaparece.

*

* *

100. El artículo 108 y sus concordancias.—

Artículo 108

Será reprimido con multa de cien a quinientos pesos, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 389.—Francés, 347.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título sexto, capítulo 3, artículo 5.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 309.—Proyecto de 1891, 136.—Proyecto de 1906, 111.

*
* *

101. Antecedentes de la disposición. — El presente artículo figura en el proyecto del doctor Tejedor, se repite en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, pero no se contiene en el código de 1886.

El doctor Tejedor redactó la disposición en los términos siguientes:

"El que encontrando perdido o desamparado a un menor de "siete años, no lo recogiese o depositase en lugar seguro, dando "cuenta a los padres o guardadores del menor o a la autoridad, "será castigado con multa de veinticinco a doscientos cincuenta "pesos fuertes."

La nota respectiva se limitaba a señalar concordancias con las leyes de Francia, Perú, Bolivia y España.

El proyecto de 1891 lo estableció con la redacción que tiene actualmente.

La exposición de motivos, dijo al respecto:

"Introducimos en nuestro artículo 136 la disposición del 389 "del código italiano, que tiene analogía con la del 290 del código "Tejedor. Se pena por ella al que, encontrando perdido o desam-"parado a un menor de diez años, o a una persona herida, ame-"nazada de un peligro cualquiera o inválida, omitiese prestarle "el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal, "o no diese aviso inmediatamente a la autoridad. Esta disposi-"ción se funda en ser, en ciertas circunstancias, un derecho exi-"gible, el de la mutua asistencia o ayuda que se deben los hom-"bres en su convivencia social."

*
* *

102. La omisión de prestar asistencia.—El artículo no castiga una acción, sino una omisión. La pena no corresponde al que

abandona lo que supone un acto, sino al que deja de hacer una cosa determinada.

La ley supone, por consiguiente, el deber de la asistencia mutua en determinadas condiciones, y lo entiende tan imperioso que la omisión en el cumplimiento constituye un delito.

La infracción se comete: cuando encontrándose perdido o desamparado a un menor de diez años se omite prestarle el auxilio necesario o no se diere aviso inmediatamente a la autoridad; y cuando encontrándose a una persona, cualquiera sea su edad, herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se omita prestarle el auxilio necesario o no se diere aviso inmediatamente a la autoridad. Estos auxilios se deben cuando el agente pudiera prestarlos sin riesgo personal. Si el mismo omite las diligencias por esa causal, no corresponde la pena, porque no incurre en delito. El artículo contiene una eximente especial para ese caso.

VI

Delitos contra el honor

103. Generalidades.—104. Proyecto del doctor Tejedor.—105. El delito de calumnia según el doctor Tejedor.—106. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—107. El código de 1886.—108. El proyecto de 1891.—109. Modificaciones de la ley número 4189.—110. Proyecto de 1906.—111. La redacción de la comisión especial de la Cámara de diputados.—112. El proyecto en el Senado.—113. El artículo 109 y sus concordancias.—114. El delito de calumnia y sus requisitos.—115. Carácter que debe tener la imputación.—116. Precisión de las imputaciones.—117. Formas para la comisión del delito.—118. Imputación de delito.—119. La intención de dañar.—120. La publicidad como condición del delito.—121. Acciones y omisiones.—122. La noción del delito en los proyectos de 1891 y 1906.—123. Sujetos de la imputación.—124. El artículo 110 y sus concordancias.—125. Antecedentes de la disposición.—126. Factores que caracterizan la injuria.—127. El elemento intencional.—128. Medios de comisión del delito de injuria.—129. La mayor extensión de los medios en el delito de injuria.—130. La penalidad y la reforma hecha en el Senado.—131. El artículo 111 y sus concordancias.—132. La prueba de la imputación en los casos de injuria.—133. Los fundamentos del proyecto de 1891 sobre la prueba de la imputación.—134. El proyecto de 1906.—135. El artículo 112 y sus concordancias.—136. Calumnias o injurias equívocas o encubiertas.—137. La penalidad para las calumnias o injurias equívocas o encubiertas.—138. Las explicaciones satisfactorias y el juicio para su admisión.—139. El artículo 113 y sus concordancias.—140. Antecedentes de la disposición.—

141. Excepción al principio en los delitos cometidos por la prensa.—142. El artículo 114 y sus concordancias.—143. Fundamentos de la disposición.—144. Antecedentes acerca del alcance del artículo.—145. Fundamentos de la limitación del precepto a la capital y territorios nacionales.—146. La solución dada por la suprema corte federal.—147. Motivos de la reforma en el código.—148. El artículo 115 y sus concordancias.—149. Antecedentes de la disposición.—150. Requisitos para la existencia del delito.—151. Fundamentos de la represión.—152. El artículo 115 se refiere sólo a las injurias.—153. El artículo 116 y sus concordancias.—154. Antecedentes y alcance de la disposición.—155. El artículo 117 y sus concordancias.—156. Antecedentes nacionales sobre retractación.—157. La retractación en las leyes procesales.—158. La posibilidad de la retractación y la oportunidad de formularla.—159. Calumnias e injurias retractables.—160. La tentativa en los delitos contra el honor.

* * *

103. Generalidades.—Los delitos contra las personas de que me he ocupado antes, suponen la concurrencia de un daño material o el peligro de que pudiera haberse producido. Esos delitos atacan la vida o la integridad física, y si en algunos casos el daño real no se ha ocasionado, el hecho en sí ha sido susceptible de irrogarlo.

Hay, entretanto, hechos de otra clase, que sin atacar al individuo ni en su vida, ni en sus facultades físicas o mentales, lo lesionan en su fama, en su reputación, en su honor. No son actos que ataquen tampoco a elementos que se encuentran fuera del individuo, como la propiedad, sino que dañan al sujeto en su persona, aunque no materialmente.

Podría, así, decirse que los delitos contra el honor requieren un acto que exteriorice un pensamiento ofensivo para la dignidad y el decoro de otro. El perjuicio material o moral es una consecuencia necesaria de la ofensa y de su divulgación.

Para tener una idea clara de los delitos contra el honor, es preciso señalar el derecho atacado y la noción jurídica que corresponde aplicar al mismo. El Código se refiere en el título a los

delitos contra el honor, lo que quiere decir que debemos expresar en qué consiste el honor personal, para saber cuáles son los caracteres de la infracción castigada.

El honor puede considerarse bajo dos puntos de vista: el subjetivo y el objetivo. Bajo el primer aspecto es un sentimiento que lleva al exacto cumplimiento de los deberes para con uno mismo y con los demás. Bajo el segundo es un consenso, una opinión general, un juicio que los demás tienen sobre uno y que se traduce en la reputación y en la consideración pública.

Generalmente, los dos conceptos son correlativos, porque cuando una persona es honesta, correcta y cumplidora de sus deberes, tiene buena reputación, y cuando sus cualidades son malas y en sus relaciones con los demás su conducta es inconveniente, el juicio que se hace de la misma no es favorable. Sólo en los casos de simulación o engaño puede existir discordancia entre los dos elementos.

El honor de que aquí tratamos es el que podríamos llamar objetivo, desde que siempre en las relaciones sociales se tiene en cuenta lo que se descubre y está a la vista y no lo que se desconoce y se oculta en la intimidad. La parte enteramente privada de la existencia queda—como dice nuestra Constitución—reservada a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados.

El honor es, así, bajo el punto de vista jurídico, un sentimiento social y de relación traducido en los hechos por la reputación de que goza una persona. La reputación es, sin duda, un preciado capital en la vida, pues proporciona consideración o desconsideración, confianza o desconfianza, facilidades o dificultades, circunstancias, en fin, y en general, favorables o desfavorables para el desenvolvimiento particular.

Todo individuo debe tener interés en conservarlo incólume. El ataque lo afecta, y las consecuencias derivadas del mismo pueden ser tan perjudiciales o más inconvenientes que una lesión o un robo.

Se tiene tan en cuenta ese sentimiento personal y social que, como hemos visto ya, la concurrencia de ese factor y el propósito de evitar la deshonra dan lugar a excepciones en la penalidad para los casos en que se presenta. Y veremos después, que se considera tan esencial su cuidado que, en ciertos casos, la ley prefiere dejar impune el delito y no perseguirlo, que exponer a la parte perjudicada a la deshonra que significa la exhibición del

delito. Esto ocurre en determinados casos de ataques a la honestidad individual.

El castigo de los delitos contra el honor es perfectamente lógico, dado el sentimiento afectado por aquéllos, y el derecho de toda persona a conservar su integridad, no sólo física, sino moral. Aparte de esto, la ausencia de castigos para esos delitos tendría consecuencias funestas para la paz social, desde que una gran parte de los delitos de sangre se producen a consecuencia de ataques al honor, a la reputación, a las condiciones personales que se reprimen por el sujeto lesionado directamente.

Es claro que la intervención de la autoridad es difícil cuando el atentado contra el honor es violento, cuando se produce en forma de insulto o provocación, a la cual sigue la acción o el hecho, pero en una serie de casos en que las ofensas tienen lugar fuera de la presencia de la víctima, la ausencia de represiones y de un procedimiento que permita la reparación traería los conflictos personales y sería imposible evitarlos.

Entre nosotros, los delitos contra el honor han sido siempre reprimidos, pero en forma poco satisfactoria, como lo veremos al estudiar los antecedentes de la ley en vigor.

*
* *

104. Proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor y en el título séptimo de la sección segunda, se legisla sobre injurias y calumnias. La ley define ambos delitos.

Entiende que comete delito de injuria el que deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras escritas o acciones.

La nota, después de referirse al derecho romano, dice que el estudio de la práctica de diversas épocas demuestra que la injuria ha tendido a encerrarse en los límites de la ofensa de palabra o por escrito. La injuria puede consistir—agrega—en palabras pronunciadas o escritas, y en hechos que conduzcan a los mismos resultados. "Quien llama a otro asesino lo injuria; quien " escribe y publica de él que es ladrón, le injuria igualmente; " quien le abofetea le causa un mal de semejante género. Cuando " difama, rebaja, afrenta, todo ello es injurioso para aquel a

" quien se dirige, todo es mirado como injuria por la ley que tiene " por objeto el hacer conservar a los hombres la mutua estima- " ción y el respeto recíproco de los unos a los otros. Por lo demás, " la circunstancia de ser o no injuriosa una palabra o un hecho, " depende en gran parte de la opinión, de los hábitos, de las " creencias sociales."

En el mismo proyecto las injurias se dividen en graves y leves. Pertenecen a la primera categoría: 1.° La imputación de un delito cuya acusación no corresponda al ministerio fiscal, o no da lugar a procedimiento de oficio; 2.° La imputación de un vicio o falta de moralidad que pueda perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado; 3.° Las palabras, dichos o acciones que envuelvan gran faltamiento de respeto a los padres y demás ascendientes, a los sacerdotes, nuestros superiores y personas constituídas en dignidad; 4.° Las palabras, dichos y acciones que en concepto público se tengan por afrentosas en razón de su naturaleza, ocasión o circunstancia.

Las injurias leves eran aquellas en que no concurría ninguno de los requisitos anteriores.

Para caracterizar las injurias graves se refería el codificador en la respectiva nota, a las leyes de Partidas, y decía, de acuerdo con las mismas, que podían ser conocidas en cuatro maneras: Por el hecho, en las heridas o golpes *aviltadamente*, esto es, afrentosas; por el lugar del cuerpo, o el lugar simplemente como en las heridas de la cara, o en iglesia o paraje público ante muchos; por la persona como si es hecha al padre o al juez; por el modo si se hace en *cantigas, rimas o libelos famosos.*

Debe tenerse en cuenta, para no incurrirse en interpretaciones equivocadas, que en la antigua legislación española el concepto de injuria era más extenso que el corriente en la actualidad, aproximándose al de daño en general.

Sobre imputación de un vicio, expresa la nota:

" Se dice, por ejemplo, de un juez que es borracho; se dice " de un comerciante que es jugador; se dice de un notario pú- " blico que tiene por hábito el faltar a la verdad, el cometer " falsedades. Todas estas son para los ojos de la ley graves in- " jurias. No pueden dejar de serlo, porque difaman y deshonran " necesariamente a las personas a quienes se aplican. La mayor " parte de las infracciones castigadas por la ley recaen sobre la " fortuna o existencia de los ciudadanos. La difamación recae sobre

" los mismos bienes en el orden moral. La escritura asemeja " el difamador con el homicida, porque el uno vierte la sangre " del honor como el otro la del cuerpo."

Se ocupa también la nota de la grave falta de respeto y del concepto público, entendiéndose que las injurias existen cuando así se aprecian los actos de tal naturaleza por la gente en general.

Se refiere después el proyecto a la injuria pública hecha por escrito, a la inferida de palabra y a ciertos actos. De estos asuntos me ocuparé más adelante, cuando estudie los artículos del código vigente en particular.

*

* *

105. El delito de calumnia, según el doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor define la calumnia diciendo que es una falsa imputación de un delito que tenga obligación de acusar el ministerio fiscal, o de delitos cometidos por un empleado público en el ejercicio de sus funciones.

La calumnia tenía, así, dos aspectos distintos, según esa definición, que ha influído en nuestro derecho, pues del proyecto pasó al código de 1886. Cuando se trataba de particulares existía el delito si se imputaba falsamente la comisión de un delito que el ministerio fiscal tuviese obligación de acusar; y cuando se trataba de un empleado público bastaba la imputación de un delito cometido en el ejercicio de sus funciones. En el primer caso la imputación debía referirse a delitos susceptibles de mover la acción pública; en el segundo bastaba se imputase delito, aun cuando fuese de aquellos que sólo daban lugar a *la acción privada.*

En la nota se dice, después de repetirse la definición del artículo, que era necesario darla para determinar en un sentido jurídico el significado de la palabra un poco vago en el uso común. La injuria—agrega—es género y la calumnia especie. Anota después concordancias con el código de Baviera y otras leyes extranjeras.

La imputación debe ser falsa, pues si fuese verdadera no existiría calumnia. "Quien dice lo que es exacto, podrá injuriar alguna vez, pero no calumnia, de seguro."

Dice también el codificador que la intención de dañar es el segundo elemento de la calumnia. La voluntad es legítima cuando el denunciante cree de buena fe en la existencia del delito.

Se ocupa también de la clase de delito que debe imputarse, distinguiendo entre aquellos de acción pública o de acción privada. Cuando el delito imputado es de los que sólo permiten la acción privada, podrá haber injuria, pero no calumnia.

Fundado el motivo de las diferencias, dice la nota que la averiguación de los delitos de acción pública, interesa y debe hacerse desde que es pública la persecución. Pero sería contrario a toda regla extenderla a aquellos en que la justicia no puede conocer sino a instancia de parte.

Con respecto a los delitos cometidos por empleados públicos, la nota expresa:

" Quiere decir que la prueba de los hechos que se imputan " a un empleado es admisible siempre. Para legitimar la prohibi- " ción de la pena en este caso, se dice que los motivos que im- " piden la prueba contra los particulares, son mayores tratándose " de empleados, expuestos más que aquéllos a los ataques de la " malevolencia, y que si abusan, por otra parte, de su poder, los " ciudadanos tienen la vía de la denuncia o acusación: "Lo que " distingue a los gobiernos libres—decía un diputado francés,— " no es la facultad de injuriar a sus agentes, sino el derecho de " acusarlos o denunciarlos legalmente: el derecho de hablar de " ellos con franqueza, pero sin injuria." A estas consideraciones " puede contestarse que los funcionarios públicos no se perten- " cen, que son los hombres de la sociedad, que la administran en " interés de todos como apoderados, y que de esta posición que " han adoptado nace el derecho de examinar su conducta, de " escudriñar sus actos, señalar su incapacidad, descubrir sus pre- " varicaciones. A la objeción sacada del derecho de acusación, se " contesta que pueden encontrarse en la vida pública del funcio- " nario una multitud de abusos, de vejaciones injustas, y bajo " este punto de vista que es útil abrir por la prueba un recurso " a los oprimidos. La autoridad pública, lejos de debilitarse por " esto, adquiere mayor fuerza por la circunspección de sus agen- " tes, interesados en ponerse al abrigo de todo reproche."

El reo de calumnia quedará libre de pena si probare la imputación.

Entre las disposiciones comunes se ocupa el proyecto de la injuria o calumnia encubierta, de la propagada por medio de la prensa, de la transmisión de los derechos a los sucesores del afectado y de la extinción de la acción y de la pena.

* * *

106. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, coloca el capítulo destinado a castigar las injurias y calumnias en el capítulo 8.° del título de los delitos contra las personas.

Repite en los artículos 240 a 252 las disposiciones del proyecto del doctor Tejedor, haciéndose notar en el informe con que se acompaña el trabajo, que se ha cambiado la colocación del capítulo.

* * *

107. El código de 1886.—Las calumnias e injurias se colocan en un título especial, el 7.° del libro segundo, aceptándose, así, el sistema del proyecto Tejedor y no el del anteriormente mencionado.

El Código mantuvo casi todas las disposiciones de proyecto del doctor Tejedor, cambiando la redacción de algunas y suprimiendo otras.

Empezó por ocuparse del delito de calumnia, manteniendo la definición del proyecto antecedente. Estableció después la pena y se ocupó en seguida del delito de injurias, aceptando el concepto del doctor Tejedor y la división en graves y leves. Se ocupó, además, de las calumnias e injurias equívocas o encubiertas, de las propagadas por la prensa, de derecho del ofendido y sus sucesores y de la extinción de las acciones y penas.

Desechó las disposiciones referentes a ciertos actos injuriosos y a las formas de insultar de palabra o por escrito, que mencionaba el doctor Tejedor.

* * *

108. El proyecto de 1891.—El presente proyecto cambia el sistema antiguo. Empieza por legislar estos delitos sin la denominación anterior. El capítulo, comprendido dentro del título de los delitos contra las personas, se refiere a los delitos contra el honor. Dentro del mismo se legisla sobre calumnias e injurias.

La calumnia se define como la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública. No se hace diferencia entre la imputación hecha a un empleado o a una persona que no desempeñe funciones públicas, siendo la definición general.

La injuria se comete por el que deshonrare, desacreditare, menospreciare o ridiculizare a otro por medio de palabras, escritos o dibujos que no constituyan calumnia, o por medio de hechos o acciones que no importen delito más grave. La pena es más severa cuando la injuria se hiciera por medio de la prensa o en presencia del injuriado.

El proyecto dice en qué casos se puede admitir al reo de injuria la prueba de sus afirmaciones, modificando el sistema anterior que cerraba siempre las puertas a esa clase de prueba. Además, se ocupa de las calumnias o injurias equívocas o encubiertas, de la publicación de las injurias o calumnias inferidas por otro, de las propagadas por medio de la prensa, de las proferidas por los litigantes, de las recíprocas y de la retractación.

Sobre el asunto en general, la exposición de motivos, dice:

"Transportamos, asimismo, al título de los "Delitos contra "las personas" el de los "Delitos contra el honor". Por una parte, los delitos contra el honor, afectan íntima y directamente "a la persona ofendida; por otra el móvil del agente es precisamente el de ofender a la persona. Muchos otros delitos hay "que afectan a las personas, sin que por esto deban incluirse "en este título; pero su separación está justificada desde que el "impulso del agente no es en ellos el de ofender a la persona, "sino el de satisfacer una pasión o deseo criminal diverso. Esto "explica, por ejemplo, el que los delitos contra la propiedad, "contra el pudor, etc., si bien se constituyen por una ofensa a "la persona, se repriman en otros títulos y queden sujetos a "reglas y consideraciones especiales.

"El artículo 137 del proyecto reproduce los términos del 177 "del Código Penal, fijándose aproximadamente la pena que se- "ñala el 178. Creemos superfluo agregar, como al final de este "último artículo, que si se probase la imputación el autor que- "dará libre de pena, desde que es un elemento esencial del delito "de calumnia el de que la imputación sea falsa.

"Consignamos en el artículo 138 los elementos constitutivos "del delito de injuria, en términos análogos a la definición dada "por el artículo 179 del Código, y establecemos como única pena "la de multa, en límites suficientes para compensar la de arresto, "que conjuntamente con la de multa establece el Código. Care- "ce, en nuestra opinión, de objeto práctico, la sanción de dos "penas principales para un solo delito, cuya aplicación puede, "por otra parte, dar origen a dificultades que redunden en per- "juicio de la ley y de la justicia.

"No conservamos la división de las injurias en graves y le- "ves, porque esta distinción sería inútil o meramente doctrina- "ria, desde que los límites que fijamos a la penalidad son sufi- "cientemente amplios, como son amplias también las facultades "de apreciación de las circunstancias del delito que atribuímos "a los jueces, y estos elementos bastarán para apreciar la gra- "vedad relativa de la injuria, y aplicar la pena que sea justa."

* * *

109. Modificaciones de la ley número 4189.—La ley de reformas introdujo en esta parte varias modificaciones. Aumentó las penas para la calumnia y para la injuria, manteniendo con respecto al último delito la división entre injurias graves y leves, rechazada por el proyecto de 1891. Derogó, además, el artículo 185, referente a la transmisión de los derechos del acusador, y lo reemplazó con disposiciones que decían así: Artículo 21 (continuación).—c) Derógase el artículo 185, y en su reemplazo: "Las "respectivas acciones sólo podrán ser ejecutadas por el ofendido, "y después de su muerte, por el cónguge, hijos, nietos o padres "sobrevivientes." d) El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será castigado como autor de las injurias o calumnias de que se trate. e) Las

injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes y actuaciones, producidos ante los tribunales, serán corregidos disciplinariamente, de acuerdo con las leyes de procedimientos, a menos que se les diera a la publicidad, en cuyo caso será responsable, como autor de la injuria, el que lo sea de la publicación.

Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá declarar, según las circunstancias, exentas de pena a las partes, o a alguna de ellas.

Las reformas sacadas del proyecto de 1891 y adaptadas al sistema del Código no se preocuparon de la eficacia de la represión, desde que no se tomaron medidas para impedir la impunidad generalmente acaecida.

* * *

110. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 se ocupa de los delitos contra el honor en un título especial, volviendo, así, al orden del código de 1886, y rectificando el criterio del proyecto de 1891, que legislaba acerca del asunto en la parte destinada a los delitos contra las personas.

Este proyecto se refería: 1.° A la injuria; 2.° A la difamación; 3.° A la calumnia; 4.° Al ultraje; y 5.° A las injurias y ultrajes en juicio.

La injuria se define en el artículo 112, diciendo:

"El que atribuyere, directa o indirectamente, a una persona, o "a una corporación, sociedad o institución cualquiera, un hecho, "una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la "reputación de la primera, o el de las personas que constituyan "o representen a las últimas, será culpable de injuria y repri- "mido con multa de doscientos a mil pesos."

La difamación se sintetiza así: El que divulgare una injuria por medio de escritos o dibujos, o en reuniones públicas, será culpable de difamación y reprimido con la pena de la injuria, aumentados en un tercio el máximum y el mínimum.

Esta disposición se aplicará al que divulgare o reprodujere injurias o calumnias inferidas por otro.

El acusado por injuria o difamación será admitido a probar

la verdad de la imputación: 1.° Si ésta hubiere tenido por objeto defender un interés público actual; 2.° Si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él; 3.° Si el imputado fuere un funcionario público y la imputación se refiriese al ejercicio de sus funciones.

Agrega el artículo 114 que quedará exento de pena el acusado, en el primer caso, si probare la verdad de la imputación y resultare efectivo el propósito de interés público. En los demás casos, si probare la verdad de la imputación.

La prueba se prohibe cuando la imputación se refiera a la vida conyugal, o a la vida de familia, o a un delito contra la honestidad que no pueda perseguirse por acción pública, o cuya persecución dependa de instancia privada.

La calumnia tiene lugar, según el artículo 116, en los siguientes casos: 1.° Si el querellante pide la prueba de la imputación y tal prueba no se produce; 2.° Si el imputado fuere un funcionario público, la imputación se refiriese al ejercicio de sus funciones y no se probase la misma.

El ultraje se define en el artículo 117, que dice:

" Será reprimido con multa de cincuenta a trescientos pe-
" sos, el que ultrajare a otro de obra o de palabra, si el hecho
" no se hallare comprendido en los artículos anteriores."

La pena de la injuria o del ultraje se impondrá, si así correspondiese al hecho acusado, aun cuando la acusación fuere por calumnia o difamación.

Por último, acerca de injurias y ultrajes inferidos en juicio, dice el artículo 119:

" Las injurias o ultrajes proferidos por los litigantes, apode-
" rados o defensores, en los escritos o en las audiencias, quedarán
" sujetos a las correcciones disciplinarias, a menos que fueren
" dados a la publicidad, caso en el cual se impondrá la pena al
" que los publicare."

La exposición de motivos se ocupó del asunto en términos generales, diciendo:

" En los delitos contra el honor, incluídos en el Código entre
" los delitos contra las garantías individuales, bajo el rubro "De
" las calumnias e injurias", la comisión propone cambios de im-
" portancia.

" La larga experiencia de algunos de nosotros en la magis-
" tratura y en el foro, nos ha llevado a este triste convencimiento:

" que el honor, es decir, el bien más precioso y querido del hom-
" bre culto, no tiene protección en la ley, porque ésta y la juris-
" prudencia que le ha dado vida, conducen a fuerza de exigen-
" cias, sutilezas y distingos, a la completa impunidad de los
" delitos de este género.

" Se le dice a un hombre cualquiera y a boca llena en una
" reunión pública o por medio de la prensa, *ladrón* y *estafador*,
" y el que es víctima de esa calumniosa imputación acude a los
" tribunales pidiendo el castigo del delincuente, como justa repa-
" ración del daño que se le ha inferido. ¿Qué resuelven los jue-
" ces, en tal caso, después que el acusador ha probado que, efec-
" tivamente, el acusado le ha dirigido esa imputación y cuando
" el último nada ha dicho en su descargo y ni siquiera ha com-
" parecido al juicio? Pues, asómbrese V. E., los jueces reconocen
" que, en realidad, un hombre le ha dicho a otro *ladrón* y *estafa-*
" *dor*, pero el acusado es absuelto, porque la imputación no es
" de un hecho concreto, y el acusador, es decir, la víctima, es con-
" denado al pago de las costas, y, a Dios gracias, a nada más.

" Pero se ha imputado un hecho concreto; se le ha dicho al
" acusador que en tal día, a tal hora y en tal sitio cometió un
" robo. Viene la acusación y viene la consiguiente absolución,
" porque el hecho no es lo suficientemente concreto; falta la
" indicación de la persona robada, circunstancia indispensable
" para que haya robo.

" Llegamos, sin embargo, a la imputación de un hecho que
" por reunir todas las indicaciones necesarias y aun algunas más,
" no es posible dejar de considerarlo como concreto. ¿Piensa V. E.
" que en ese caso el delincuente es condenado? Pues también es
" absuelto, porque no hay prueba de que la imputación de tal
" hecho fuese a sabiendas de su falsedad.

" Se acusa por injurias, y tampoco falta nunca la razón para
" absolver; unas veces falta el ánimo de injuriar; otras veces la
" acusación es por injurias graves y como para el juez resultan
" sólo leves, opta por no imponer pena, porque no puede sepa-
" rarse de los términos de la acusación; algunos, en fin, consti-
" tuyen calumnia, y el acusador es mandado a que haga uso de
" su derecho ante otro juez y por otra vía.

" No se detienen aquí los recursos que la ley y la jurispru-
" dencia acuerdan a los autores de un delito contra el honor, para
" asegurar su impunidad.

" Se sigue un largo juicio con su cortejo inacabable de gas-
" tos, pérdida de tiempo e incomodidades; se obtiene sentencia
" condenatoria después de muchísimo tiempo; está próxima la
" sentencia de segunda instancia que, al fin, hará justicia; parece
" inevitable, pues, el castigo y la reparación; pero no, todavía
" queda el recurso supremo: la retractación; y el acusado, que
" durante todo el juicio ha persistido en sus imputaciones, de-
" clara que las retira a más no poder, y viene el sobreseimiento
" definitivo de la causa con la declaración de que su formación
" no perjudica el honor y buen nombre del acusado.

" Todo esto, señor ministro, que parece mentira, es el reflejo
" fiel de lo que ocurre en nuestros tribunales en cuanto a los
" delitos contra el honor.

" En presencia de tal estado de cosas, la comisión piensa
" que esto no puede llamarse justicia, y que no es así como se
" debe proteger el honor de los habitantes del país. Propone, en
" consecuencia, una modificación radical en la legislación de esta
" materia, persuadida de que se evitarán muchos motivos de in-
" tranquilidad y muchas causas de perjuicios, tanto públicos co-
" mo privados, el día que la ley consiga la disminución de estos
" delitos mediante el castigo efectivo de los que se produzcan.

" En consonancia con las anteriores ideas, y teniendo en cuen-
" ta que bajo esta faz la persona puede ser afectada en tres for-
" mas, cada una con distinta gravedad y con efectos diferentes—
" imputación de un hecho que pueda perjudicar el honor y la
" reputación, divulgación de esa imputación y ofensas de otro
" orden, de palabra o de hecho,—hacemos de estas tres distintas
" agresiones al honor otros tantos delitos independientes, califi-
" cando de injuria la primera forma, de difamación la segunda,
" y de ultraje la última. La calificación de calumnia, que encie-
" rra en el concepto general la idea de falsedad de la imputación,
" la reservamos para los casos en que, admitiendo la prueba de la
" verdad de ella, el acusado no la produjere.

" Como V. E. ve, legislando en esta forma tomamos en cuen-
" ta todos los hechos que importan un ataque al honor, y a la vez
" los precisamos en términos comprensibles para todos, porque
" todos saben lo que es una ofensa y todos aprecian con igual
" facilidad lo que afecta el honor y la reputación."

Nos separamos, así, de la división de las injurias en graves y leves—concepto esencialmente relativo y muy difícil de deslindar en la práctica,—y hacemos a un lado, igualmente, la enumeración de unas y otras, por las mismas razones que nos han hecho criticar más de una vez en el curso de esta nota, ese sistema de legislar.

*
* *

111. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados.—La comisión se separó en esta parte del proyecto de 1906, si bien colocó la materia dentro de un título especial. Aceptó, en cambio, con algunas modificaciones, el proyecto de 1891, que consideró superior al redactado después.

La exposición de motivos, en términos generales, fundamentó el sistema, diciendo:

" La comisión en esta parte ha substituído el título del pro-
" yecto de 1906, por otro que ha tomado principalmente del
" proyecto de 1891.

" La exposición de motivos del proyecto de 1906, decía que
" había transformado las disposiciones vigentes, adoptando otras
" nuevas que tendían a que se castigaran esos delitos; verificaba
" al respecto una crítica a lo que ocurría frecuentemente, o sea
" a la impunidad para esos delitos, y aseguraba que no había
" justicia para los autores de ataques contra el honor, el que no
" estaba protegido en la medida necesaria.

" El proyecto suprime las definiciones del Código, elimina las
" enumeraciones de casos que se contienen al tratarse de la inju-
" ria, suprime la retractación y establece cuándo se puede probar
" la imputación hecha.

" La pena que sanciona es la de prisión para la calumnia y
" de multa para la injuria.

" El proyecto de 1906 no es perfectamente claro, pues los
" artículos 112, 113, 114 y 115, tratan sólo de la injuria o difa-
" mación, y el 116 se limita a establecer que, si en los casos del
" artículo 114, el acusado no probare la verdad de la imputa-
" ción, será culpable de calumnia. Parecería, por esa redacción,
" que el juicio siempre debiera iniciarse por injuria o difamación,
" y que solamente después de fracasar el acusado en la prueba
" quedaría la calumnia caracterizada.

"Para evitar esos inconvenientes, y creyendo más claro el "proyecto de 1891, lo hemos adoptado con preferencia.

"El doctor Rodolfo Rivarola, en el tomo III, página 484 de "la Revista de Ciencias Políticas, ha publicado un estudio sobre "esta materia, que se insertó antes en la Revista de Legislación "y Jurisprudencia de Madrid—números de marzo-abril de 1911,— "en el cual examina la legislación comparada y el proyecto de "1906. Las bases que propone el doctor Rivarola son las que esta "comisión acepta, aunque cambiando el articulado, por conside- "rar más claro y completo el del proyecto de 1891, del que tam- "bién fué coautor el doctor Rivarola.

"Esas bases se concretan en los siguientes términos:

"1.ª Según el método observado en nuestro proyecto para "todos los demás delitos especiales, una disposición general con- "tendría la represión de toda ofensa al honor o a la reputación "y dignidad de una persona que no resultase especialmente pre- "vista en las otras disposiciones particulares del mismo título. "Podría llamarse a este delito con el nombre general de *injuria*.

"2.ª Por persona ofendida se entendería, no sólo una persona "determinada, sino los miembros de una corporación cuando la "ofensa se dirige a la misma.

3.ª La imputación sería calumniosa cuando en los casos es- "peciales en que se permite probar la verdad de la imputación, "el acusado no la probare.

"La penalidad no debería ser severa: en esta materia más "que la gravedad de la pena interesa la inmediata represión.

"La acusación y la denuncia judicial calumniosa no consti- "tuirían delitos contra el honor, sino contra la justicia.

"La divulgación de la injuria se consideraría particularmen- "te como delito de *difamación*.

"Las injurias de obra o de palabra que sólo ofenden la dig- "nidad y el amor propio, tendrían la designación de *ultraje*.

"La represión se dispondría de modo que cuando el acusado "atribuyere al reo un delito grave, según la calificación que el "mismo diere al hecho, el error de calificación no impidiera al "juez imponer la pena correspondiente al mismo hecho con la "calificación de un delito menor. Hubo sentencia en que el acu- "sado fué absuelto, porque lo que el querellante acusó como ca- "lumnia constituía injuria."

Sobre el proyecto de 1891 verificamos pocas modificaciones, que no alteran los conceptos fundamentales.

La misma exposición se ocupa de algunas modificaciones especiales, pero ellas serán materia a considerarse cuando haga el estudio de los artículos en particular.

*
* *

112. El proyecto en el Senado.—En la Cámara de Senadores se aceptó el proyecto de la Cámara de Diputados. La primera Comisión de Códigos de ese cuerpo no introdujo ninguna modificación. En cambio, la segunda aconsejó algunas reformas de que me ocuparé al tratar de los artículos respectivos.

Pasaré ahora al estudio de la ley.

*
* *

113. El artículo 109 y sus concordancias.—

Artículo 109

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 467.—Austriaco, 188 y 234.—Brasilero, 229.—Belga, 443.—Alemán, 187 y 189.—Chileno, 412.—Húngaro, 258.— Italiano, 393.—Uruguayo, 360.—Portugués, 407.—Código de 1886, 177.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, parte primera, título séptimo, artículo 7.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 247.—Proyecto de 1891, 137.—Proyecto de 1906, 116.

*
* *

114. El delito de calumnia y sus requisitos.—El Código, en el presente artículo, define la calumnia, que consiste en la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública.

De esta definición resultan los extremos necesarios para que el delito de calumnia exista. Se necesita: 1.° La imputación de un delito que dé lugar a la acción pública; y 2.° Que la tal imputación sea falsa.

Si se imputara la comisión de un delito que no diere lugar a la acción pública, el autor de la misma podría incurrir en injurias, pero no en calumnia. Si la imputación del delito que diere lugar a la acción pública fuera verdadera, el agente no habría cometido una infracción, sino que habría dicho la verdad.

La ley no hace distinciones en cuanto se refiere a la persona afectada, de manera que el concepto es el mismo, ya se trate de un particular o de un empleado público.

En el código de 1886, que siguió al proyecto del doctor Tejedor, la noción era distinta, rigiendo el concepto de nuestra ley para los particulares, y considerándose también como calumnia toda falsa imputación de delito, cualesquiera que fuera su clase, hecha a un empleado público con motivo del ejercicio de sus funciones.

El concepto del antiguo código en esta parte, era injusto. Desde el momento que la calumnia se caracteriza por la falsa imputación de un delito, el acusado debe tener el elemental derecho de probar que la tal imputación no fué falsa sino verdadera. Eso es de la esencia del derecho de defensa. Si se imputa la comisión de un delito que no da lugar a la acción pública, y se considera que esa atribución, cuando es falsa, convierte a su autor en reo de calumnia, se tiene que permitir al acusado la prueba. Y esto importaría una excepción a principios que hemos considerado al tratar de las diferentes clases de acciones. Si se permitiera la prueba en esos casos, bastaría con que la imputación se hiciese contra un empleado público en ejercicio de sus funciones, para que éste tuviese el derecho de mezclarse en los asuntos íntimos de otras personas o de familias determinadas, y hacer prueba alrededor de ellos. El escándalo afectaría, en caso de no ser ciertos los hechos, a personas inocentes, y en caso de ser exactos a quienes han preferido no denunciarlos a la justicia por considerar que era peor, a los efectos propios, la publicidad que el silencio.

Entiendo por eso, que es justa y lógica la disposición cuando en términos generales y sin distinción de personas circunscribe la calumnia a la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a la acción pública.

Imputar quiere decir atribuir una cosa a otro. La palabra tiene un alcance genérico, y lo mismo favorece que denigra, sean cuales fueren los hechos atribuídos. Considerar, por ejemplo, que una persona determinada es la autora de un buen cuadro, un buen libro, o una acción filantrópica, equivale a imputarle actos, esto es, a entender que los mismos le pertenecen como autor.

Para que exista el delito de calumnia se requiere la imputación, y que sea ésta de un delito de la clase expresada. De acuerdo con los términos mismos de la ley, es preciso que la imputación sea clara. Una insinuación, una reticencia, una expresión más o menos vaga, podrá importar un delito especial o una modalidad característica del que consideramos, pero no el delito de calumnia. Para que ésta concurra se debe imputar un hecho delictuoso de los expresados y no darse una simple opinión sobre calidades individuales. Así, si una persona dice que otra carece de caballerosidad, es habladora, incurre en chismes, es pendenciera, sucia, etc.; atribuye hechos, pero no calumnia aunque los hechos sean falsos. Debe atribuirse delito de los que tiene obligación de acusar el ministerio público y ser falsa la aseveración.

* * *

115. Carácter que debe tener la imputación.—Hemos visto que para la concurrencia del delito de calumnia. debe verificarse la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública. La imputación puede hacerse de diferentes maneras, y de modos más o menos concretos.

Así, puede decirse de otro, que es un homicida, un ladrón o un salteador, sin indicar dónde y cuándo el sujeto en cuestión ha cometido los delitos de los cuales deriva el calificativo. Puede también afirmarse que el sujeto es un delincuente y decirse cuándo y cómo ha realizado el hecho que se le atribuye.

Si debiéramos concretarnos al segundo caso y a todos los análogos al mismo, no tendríamos dificultad alguna, desde que la falsa imputación en ese supuesto. convertiría, sin duda, a su autor, en reo del delito de calumnia. Pero, cuando se trata del primero, las dificultades pueden surgir.

Así, faltar a la verdad, es un delito en ciertas condiciones.

que se llama falso testimonio, y que da lugar a la acción pública. Incendiar también lo es. Cometer daños es, igualmente, delito que impone la acción fiscal.

¿Podría, entretanto, acusar por calumnia una persona a otra que le hubiera dicho: faltador a la verdad, incendiario o dañino? ¿Se necesita, en una palabra, que la imputación se refiera sólo al delito, o que se señalen algunas circunstancias para caracterizarlo?

En mi concepto todo depende de la clase de imputación, de los hechos, de los propósitos, del conjunto de circunstancias, en fin, que rodean al caso jurídico.

Así, hay ciertas expresiones que siempre se refieren a un delito, y es natural que cuando se pronuncian se entienda que la infracción atribuída es de aquellas que castiga el Código Penal. Si una persona le dice a otra que es un homicida, que es un estafador o un falsilficador de moneda, las dudas se atenúan. En cambio, si manifestara que la persona en cuestión era dañina o faltadora a la verdad, las interpretaciones podrían ser diversas, porque hay daños y hay mentiras que no se castigan como delitos.

Creo, por eso, que la imputación falsa de un delito que dé lugar a la acción pública, sin dudas ni reticencias, convierte a su autor en reo de calumnia. Si la imputación es vaga, puede el afectado recurrir a los remedios que proporciona la ley contra los calumniadores encubiertos.

*
* *

116. Precisión de las imputaciones.—Según la opinión más generalizada, el solo hecho de indicar un delito al dirigir la imputación, no es suficiente para que la persona que la dirige pueda ser acusada por calumnia. Se requieren, para eso, indicaciones más precisas.

*
* *

117. Formas para la comisión del delito.—Los antiguos autores de derecho han discutido respecto a las formas que pueden emplearse para cometer este delito. Siendo la calumnia una imputación falsa de una infracción de cierta clase, y no pudiendo hacerse la atribución sino en forma precisa, salvo la calificación especial de equivocidad, a que me referiré después, es indudable que el delito puede cometerse, de palabra o por escrito, en presencia o en ausencia de la víctima.

La cuestión de las formas no influye en la calificación, sino como un elemento circunstancial que aprecian los tribunales al graduar la pena. El medio es como el arma que se empleó para dañar o matar. El delito existe, cualquiera que aquélla sea, y la clase de la misma es un elemento que se aprecia con carácter general o específico. Aquí se tendrá siempre en cuenta de manera general, pues el Código no hace distinciones particulares.

La comprobación del delito es una cuestión de hecho extraña a la materia de fondo.

Entre las formas escritas existen diferentes modalidades. Para calumniar se puede usar de la escritura, de la misma impresa, o de gráficos o figuras de las que resulte bien clara la imputación, se pongan o no palabras o nombres. Las figuras pueden también estar impresas o ser dibujadas o pintadas a mano.

Los tribunales, en cada caso, ante el examen de los hechos, son los encargados de decidir.

*
* *

118. Imputación de delito juzgado.—He repetido varias veces, para estudiar los diferentes aspectos de la calumnia, que la falsa imputación debe referirse a un delito que dé lugar a la acción pública, esto es, de un delito que deba perseguirse de oficio y poner en movimiento al ministerio fiscal ante la circunstancia del conocimiento.

El delito debe haberse cometido por el sujeto contra quien se dirige la imputación. Surge, entretanto, una cuestión de interés jurídico y práctico. Un sujeto puede haber cumplido una pena por un delito determinado; puede haber cometido un delito y haberse prescripto la acción; puede haber sido indultado; y puede haber sido favorecido por una ley de amnistía. En estos casos, y en otros análogos que pudieran presentarse, y en los cuales la acción pública se encuentra extinguida, o la deuda pagada, la

imputación, ¿hace incurrir al autor en un delito de calumnia, o dice la verdad sin consecuencias?

La opinión negativa, con respecto a los dos extremos, me parece que se impone.

No podría haber calumnia cuando el hecho fuese exacto, lo que ocurriría en caso de imputarse la comisión de un delito juzgado, penado y de condena extinguida, por cumplimiento, indulto o amnistía, pues faltaría un requisito esencial de la definición.

No podría tampoco concurrir cuando el hecho no hubiese sido juzgado a causa de la prescripción o de la amnistía, porque si concurriese, el afectado tendría el derecho, al acusar, de producir la prueba, y los hechos cuya acción se ha extinguido no pueden ser discutidos en los tribunales.

De manera que, en ningún supuesto, y ya sea que hubiese mediado o no el juicio anterior, procedería la acción por el delito de calumnia.

Tampoco creo que el imputado carezca de toda acción, si la atribución tiene por objeto desacreditarlo, disminuirlo, recordando ante los demás hechos pasados que no hay derecho, jurídicamente hablando, de mantener vivientes. La víctima podría acusar por el delito de injuria.

*

* *

119. La intención de dañar.—Hemos visto que el doctor Tejedor, siguiendo a Adolphe Chauveau, considera que es un elemento necesario en el delito de calumnia, la intención de dañar. Nuestra ley, ni con respecto a este delito, ni con relación a los demás, se refiere especialmente a la intención. Le basta con decir cuáles son los hechos y las omisiones que hacen incurrir en pena, y de acuerdo con los enunciados, cuando una persona ejecuta alguno de esos hechos o se abstiene de ellos, la acción se inicia como consecuencia de la conducta en que se ha incurrido.

Si el acusado está comprendido dentro de alguna de las eximentes generales o de las particulares que se colocan en algunos casos, la absolución corresponde. De lo contrario, la condena es la consecuencia inevitable.

*

* *

120. La publicidad como condición del delito.—Es indudable que, no sólo con respecto a las calumnias, sino también a las injurias y a todos los ultrajes contra el honor, el factor publicidad es necesario. El delito existe porque se exterioriza la imputación, porque se conoce el ataque, porque se daña en virtud del cargo la reputación de la persona contra la cual se formula. Si el ataque consiste en un acto personal contra otro, a quien se le fustiga en público, por ejemplo, es el hecho mismo conocido por los demás lo que produce el daño.

Es evidente que si una persona escribe contra otra una carta o un artículo imputando un delito y no lo publica en forma alguna, el hecho tiene carácter privado, no se conoce y no produce consecuencias. No sólo no correspondería la acción, sino que no se podría ejercitar por desconocimiento. En cambio, es también evidente que la publicidad hace surgir el derecho y la demanda.

Pero los casos de duda son aquellos que podrían llamarse de publicidad relativa, esto es, de conocimiento dado a la persona a la cual se quiere afectar y nada más. Así, un individuo escribe a otro una carta en la cual le imputa un delito que dé lugar a la acción pública o lo injuria gravemente. La carta no se publica, pero el afectado la recibe. Se plantea aquí la misma cuestión que se presentaría si la imputación se hiciese en forma verbal y no estuviesen presentes nada más que el agraviador y el agraviado.

Cuando es verbal, la dificultad que se suscita es la de la prueba. El afectado no cuenta más que con su afirmación y está, así, a merced de quien lo ofendió. Pero si esto es cierto, no lo es menos que el reclamo seguido de la negativa representa para el afectado la satisfacción adecuada y necesaria.

En cambio, cuando se documenta el hecho de la imputación, escribiendo, dibujando, pintando, la prueba se presenta.

Ha solido observarse a ese respecto que, en casos semejantes, el divulgador de la imputación es el propio afectado, pues si hubiese guardado silencio no se habría conocido el acto producido a su respecto.

Groizard (1), comentando el artículo 467 del código español,

(1) El código español de 1870. Tomo V, página 286.

se dirige la misma pregunta que he formulado al principio, y dice que no habiendo exigido tal ley la publicidad o la comunicación de la ofensa, el que verifica la imputación en carta que no publica, pero manda, es reo del delito de calumnia. Pero agrega que no comparte la opinión bajo el punto de vista científico.

No basta que se diga—expresa—que en una imputación hecha sin testigos, o en escrito dirigido a una persona y no comunicada a ninguna, se ataca y se hiere la dignidad del hombre a quien se atribuye la perpetración de un hecho bochornoso, porque podremos conceder esto y negar la consecuencia que de tal hecho deduce, y podremos conceder todavía más: convenir en que un derecho inherente a la personalidad humana, resulta, por semejante clase de actos, desconocido y atropellado, sin vernos por ello obligados a reconocer que el exceso cometido reuna los caracteres de los delitos contra el honor.

El patrimonio del buen nombre—agrega—no está en nosotros, sino en los extraños; no depende su existencia y conservación del juicio favorable que nuestra conciencia forma de nuestros actos, sino del que merecen esos mismos actos a nuestros conciudadanos. Ofendiéndonos en secreto no se nos quita bien ninguno de los que constituyen los beneficios de aquel patrimonio moral. Se cometerá contra nosotros un acto de rencor, de odio; se nos inferirá una mortificación; se nos producirá un dolor; se nos causará un daño moral, una herida en nuestro amor propio; pero no se nos difama, no se ejecuta nada que en daño de nuestra reputación redunde. La publicidad, antigua fórmula, o la comunicación a otras personas de la imputación, fórmula más moderna y feliz, es de esencia para que la atribución falsa tenga el carácter denigrante necesario a fin de dar vida a la calumnia o a la injuria.

No comparto el pensamiento del conocido autor español, aun cuando reconozco que algunos códigos y juristas lo acompañan en su tesis, sosteniendo que para la concurrencia del delito se requiere la comunicación de la imputación a otras personas, caracterizándose por eso la publicidad.

La persona que escribe a otra una carta con imputaciones delictuosas, no lo hace, seguramente, para darse una satisfacción individual y divertirse a costa del sufrimiento de aquel, a quien quiere desagradar. Cuando procede así, lo hace, generalmente, con el propósito de perjudicar, de afectar, y sin cuidarse de que su opinión se conozca. Es seguro que la carta ha sido leída a sus íntimos y que ha sido objeto de comentarios.

Si el destinatario debe, para proceder con derecho, persuadirse primero de la concurrencia de la publicidad, tiene que averiguar si otros conocen el hecho, y esa sola circunstancia implica la publicación, aun cuando no hubiese existido. Si el mismo debiera esperar, se expondría a encontrarse ridiculizado ante todos, antes de que los hechos llegasen a su conocimiento. Es por eso más lógico, más humano y más justo, que quien sea ofendido por medio de una carta pueda proceder sin necesidad de investigar primero acerca de la circunstancia de que otros conozcan o no la imputación que le ha sido dirigida.

En nuestra ley no se hacen las distinciones que encontramos en el código italiano, de manera que el recibo del libelo permite la acción. Si no se consagrase esa tesis nos expondríamos a otros inconvenientes y a que las personas agraviadas se hiciesen justicia por la propia mano, buscando a los ofensores.

Por lo demás, la presentación de la carta por el damnificado, importa la publicidad de la calumnia o injuria.

Los que sostienen la precisión de la publicidad para la existencia del delito se aferran a una noción jurídica, diciendo que la calumnia o injuria sólo existen como delitos cuando la imputación llega a conocimiento de terceros. Antes de que eso suceda, no existe lesión de derecho alguno. La observación es exacta, pero no me convence.

Cuando la carta se escribe, el papel se imprime, el dibujo se fabrica o copia, aunque se use un solo ejemplar y se mande solamente al interesado, a éste le quedan dos recursos: uno consiste en guardar silencio y dar por no recibido el ataque; y otro en iniciar una averiguación para saber si otros tienen noticia de lo que ha ocurrido. Todo esto dentro del terreno jurídico, pues el afectado puede hacer uso de otras vías, relacionadas con la represión personal que están fuera de la zona del derecho.

Si el afectado no toma ninguna medida no hay nada que discutir, desde el momento que en esta clase de delitos la acción pública no se manifiesta. En cambio, si el calumniado o injuriado resuelve investigar si se ha producido o no la publicidad, si el autor del libelo ha comunicado su contenido a alguien para denigrarlo, tiene que manifestar lo que le ocurre, y eso significa publicar el agravio de que ha sido víctima. El sería en ese caso el

encargado de divulgar el hecho en cuestión, y publicado o no por el autor de la imputación ella se conocería.

Sostener que el agraviado debe guardarse el insulto sin hacer nada y que, si él lo hace conocer, es él mismo el autor de la publicidad y el responsable de la misma, equivale a crear una doctrina inmoral, antisocial y de efectos inconvenientes. Una imputación que se hace por medio de una carta, por ejemplo, y que obliga al recibidor de la misma al silencio por falta de acción hasta que el autor la divulgue, coloca al delincuente en una situación superior a la que tiene la víctima. Esta se encuentra a merced de su detractor. Si publica porque recae sobre él todo el ridículo y la represión no se produce, y si no publica y se hace el desentendido por cuanto se expone a que ocurra en el asunto lo que expresa con irónica crueldad aquel viejo refrán: "Todo Madrid lo sabía, todo Madrid, menos él."

Una doctrina de esta clase arma el brazo de los afectados, que buscan fuera del orden jurídico y en forma personal la solución de sus querellas. La misma propicia el delito, lejos de contribuir a evitarlo.

*

* *

121. Acciones y omisiones.—Desde el momento que el delito de calumnia se comete cuando se hacen imputaciones claras y precisas, esa infracción no puede cometerse, ni por omisión ni por culpa. Se dice algunas veces, que si una persona con el ánimo de dañar, y si bien no atribuye a otra delitos, defectos o vicios, omite consideraciones usuales o menciona hechos en que no ha incurrido para que la sugestión del lector o del auditorio los vuelvan contra el imputado, puede cometer un delito. No conviene, en materia penal sobre todo, abusar de la sutileza. Con ese criterio, la ironía, aun la más fina, podría ser castigada.

Las omisiones, como las manifestaciones dirigidas a una persona para que refluyan sobre otra, o las comparaciones hechas con el mismo propósito, sólo pueden dar lugar a responsabilidades contra el agente, cuando la intención delictuosa y dañina sea manifiesta. Pero nunca se incurrirá en estos casos en el delito de calumnia. El agente sólo podría ser responsable de injuria.

*

* *

122. La noción del delito en los proyectos de 1891 y 1906.—Nuestro código habla de calumnias e injurias, como únicos delitos contra el honor. Las calumnias y las injurias pueden ser manifiestas o equívocas, o encubiertas, según el texto de la ley.

Este sistema no es el que hemos seguido siempre, o el que se ha aconsejado en todos los casos, como lo hemos visto en el breve resumen de antecedentes hecho.

Entretanto, conviene fijar lo que establecían sobre esta materia, en cuanto a la noción del delito de calumnia, los proyectos de 1891 y 1906.

La exposición de motivos del proyecto de 1906, expresaba acerca de la noción del delito de calumnia:

" Nos hemos separado también, en cuanto a la calumnia, de la " doctrina corriente entre ciertos autores, y que ha prevalecido " en nuestra jurisprudencia, de que ella existe cuando la imputa- " ción se hace a sabiendas de su falsedad. Para nosotros hay ca- " lumnia cuando el acusado de este delito no prueba la verdad de " su imputación.

" ¿Por qué—se preguntará—esta noción del delito de calum- " nia? Porque en primer lugar es eso lo que piensa la sociedad en " que vivimos y para quien legislamos: todo el mundo califica de " calumniador al que lanza una imputación contra el honor de " otro y no la prueba. Y, en segundo lugar, porque nos parece " racional que nadie juegue con el honor ajeno, que es, en defini- " tiva, lo que se autoriza con la doctrina a que nos hemos refe- " rido. Luego, pues, la conciencia de la falsedad no debe cambiar " la naturaleza del delito, sino constituir meramente una circuns- " tancia agravante.

" Lo mismo pensamos del otro requisito que dicha doctrina " requiere: el de que la imputación sea de un delito perseguible " de oficio. Tan gravemente puede afectarse el honor de un indivi- " duo con la imputación de un delito, como con la imputación " de un vicio o de una conducta de esas que causan la pérdida " moral y social de un hombre.

"Finalmente, rechazamos en absoluto el otro requisito de que "el delito imputado debe ser determinado y concreto, porque, a "nuestro juicio, no hay diferencia, del punto de vista del honor, "entre llamarle a un hombre estafador y decirle que ha cometido "una estafa."

El proyecto de 1891 seguía, en cambio, el sistema del código en vigor.

En resumen, podemos decir, en cuanto a los antecedentes nacionales, que aquí se han presentado tres sistemas: el primero, sostenido en el proyecto del doctor Tejedor, en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García y en el código de 1886; el segundo, mantenido en el proyecto de 1906; y el tercero, que es el del código vigente.

Las diferencias entre uno y otro podemos concretarlas con las respectivas definiciones:

PRIMER SISTEMA.—Constituye calumnia la falsa imputación de un delito que tenga obligación de acusar el ministerio fiscal o la de delitos cometidos por un empleado público en ejercicio de sus funciones. Los elementos del delito son, con relación a particulares: a) Una imputación; b) Que sea de delito que tenga obligación de acusar el ministerio fiscal; y c) Que sea falsa. Con relación a empleados públicos: a) Una imputación; b) Que sea de delito; c) Que sea falsa; y d) Que se atribuya haber cometido el hecho en el ejercicio de sus funciones.

SEGUNDO SISTEMA.—La calumnia existe cuando se atribuye un hecho, una calidad o una conducta que pueda perjudicar el honor y que habiendo dado motivo a que el imputado requiera la prueba en juicio, ésta no se haya producido. Cuando el imputado no pide la prueba y la clase de imputación no la permite por acción del que la hizo, se considera que el delito en que se ha incurrido es el de injuria. En este sistema no se hace una distinción de fondo entre los delitos de calumnia y de injuria. Con respecto al funcionario público, incurre en calumnia el que no prueba la imputación relacionada con un hecho, una calidad o una conducta.

TERCER SISTEMA.—Existe calumnia cuando se atribuye falsamente a una persona la ejecución de un delito que dé lugar a la acción pública. Se requiere en este sistema, que es el de nuestra ley: a) Una imputación; b) Que sea de delito que dé lugar a la acción pública; c) que sea falsa.

*

* *

123. **Sujetos de la imputación.**—El proyecto de 1906, en el artículo 112, que es el primero del título, al ocuparse del concepto genérico que rige, no sólo para la injuria, sino para la calumnia, se refiere a persona, corporación, sociedad o institución cualquiera, de manera que la imputación, aun cuando no sea dirigida contra una persona de existencia visible, hace incurrir en el delito y autoriza la querella.

En la exposición de motivos se dice que se ha completado el proyecto estableciendo que cuando la imputación se dirige contra una corporación, sociedad o institución, y ésta puede afectar el honor o la reputación de las personas que constituyen o representan a las mismas, el delito se entenderá cometido contra éstos, quienes podrán, en consecuencia, ejercer las acciones correspondientes.

En el proyecto de 1891 no se decía nada a este respecto, de manera que el asunto debería considerarse de acuerdo con los principios doctrinarios.

En el código vigente esa discusión no puede producirse. El artículo 117, al ocuparse de la retractación, dice que el culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, podrá retractarse en las condiciones allí determinadas. El proyecto de 1891 tenía un artículo igual, el 145, pero no contenía la palabra *asociación*, y se limitaba a hablar de *un particular*.

En la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se hace notar que se ha modificado el artículo 145 del proyecto de 1891, repetido en el 117 del Código, extendiendo los efectos a las asociaciones.

Si la ley dice que se puede retractar la imputación hecha contra un particular o asociación antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo, quiere decir que pueden querellar por imputaciones hechas, no sólo a los particulares, sino a las asociaciones.

Como el Código no distingue, entiendo que podría hacerse uso del derecho por toda asociación, tanto las que tengan personería jurídica como aquellas que carezcan de tal requisito. Es conveniente, no obstante, hacer una aclaración.

La acusación por calumnia permite siempre al que formuló el

cargo probar la verdad de su aseveración, y en la querella por injurias, tal extremo se permite algunas veces.

Como las personas jurídicas, que son sólo ficciones de derecho, no tienen existencia material y no pueden cometer delitos, si la querella la pudiera hacer la entidad-asociación, el acusado se encontraría en la curiosa situación de no poder probar la veracidad de sus dichos, a pesar de lo dispuesto por la ley, desde que su acusador no podía cometer delitos. Y esto, que pudiera parecer absurdo, no lo es en los hechos, por cuanto una persona puede haber hecho la imputación a la asociación en general y no a los componentes. Tal ocurriría cuando un individuo imputase un robo o una estafa a una sociedad de seguros, a un ferrocarril, a una casa de comercio.

Es indudable, entretanto, que la asociación está manejada por personas, y que aun cuando la entidad se forma a los efectos de la responsabilidad civil y comercial y en relación solamente con los bienes, los únicos capaces de delinquir son los individuos que ejercitan el manejo de aquellos intereses, de manera que, aun cuando la imputación se dirija a la entidad, ella se refiere a todos o a parte de los que administran o regentean los intereses del conjunto. Debe entenderse, así, que la acción corresponde a los afectados, y que contra éstos puede hacerse la prueba de la imputación en los casos que procediera. Si los reclamantes pretendieran confundir las nociones, el acusado, por haber hecho las imputaciones, sería el llamado a poner las cosas en su lugar, a fin de que no se desnaturalizaran los principios de la ley.

El código italiano dice en el artículo 400 que, en caso de ofensa contra un cuerpo judicial, político o administrativo, deberá procederse previa autorización del propio cuerpo, o por acción de su dirigente cuando se trate de cuerpos no constituídos en colegio.

Crivellari (1) entiende, de acuerdo con esta disposición, que se necesita en esos casos de una deliberación previa, y si se tratare de personas jurídicas de una resolución de asamblea, considerando que a todos los componentes interesa el crédito de la institución.

No creo que aquí haya nada que se oponga a que los cuerpos mismos tomen sus medidas cuando se consideren agraviados, pero entiendo, de acuerdo con lo dicho antes, que el autor de las imputaciones tiene el derecho de reclamar la acción de los personalmente responsables, y no admitir la confusión de nociones que podría intentarse para liberar de responsabilidad, presentando al ente jurídico y no a los individuos.

(1) Tomo VII, página 1115.

* * *

124. El artículo 110 y sus concordancias.—

Artículo 110

El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de cien a un mil pesos o prisión de un mes a un año.

CONCORDANCIAS.—Código Penal de 1886, artículo 179.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título séptimo, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 240.—Proyecto de 1891, 138.—Proyecto de 1906, 112.

* * *

125. Antecedentes de la disposición.—El presente artículo se refiere al delito de injuria. Acerca del alcance y extensión del mismo, existen distintas opiniones, que se ponen de manifiesto en el examen de los antecedentes nacionales.

Así, según el proyecto del doctor Tejedor, comete delito de injuria el que deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras, escritos o acciones.

En el proyecto Villegas, Ugarriza y García, comete delito de injuria el que deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras, escritos o acciones.

El código de 1886 dice que comete el delito de injuria el que deshonra, desacredita o menosprecia a otro por medio de palabras o escritos que no pueden constituir calumnia, o por medio de hechos o acciones que no importen otro delito más grave.

En todos esos conjuntos la injuria se distingue bien de la

calumnia, existiendo la primera cuando se insulta o ultraja, sin imputarse un delito que obligue a la acusación fiscal.

El proyecto de 1891 castiga como autor de injuria al que deshonrare, desacreditare, menospreciare o ridiculizare a otro por medio de palabras, escritos o dibujos que no constituyan calumnia, o por medio de hechos o acciones que no importen otro delito más grave.

En este proyecto ya no se habla de la división de las injurias en graves y leves, que consagraban los anteriores y el código vigente antes de la última reforma.

En los antecedentes indicados, el concepto de la injuria es constante, no así el de la calumnia en la parte referente a imputaciones hechas a funcionarios públicos, como hemos podido comprobarlo.

El proyecto de 1906 introduce una modificación en el concepto y extiende el alcance del delito de injuria, estableciendo que será culpable del mismo el que atribuye directa o indirectamente a una persona o a una corporación, sociedad o institución cualquiera, un hecho, una calidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera, o el de las personas que constituyan o representen a las últimas.

Se engloban, así, en un concepto general, todos los ataques al honor personal dentro del nombre de injuria. La pena se agrava y se incurre en calumnia cuando no se produce la prueba del hecho imputado en los casos en que aquélla se autoriza.

El código vigente, que ha seguido en esta parte los principios del proyecto de 1891, es sintético y preciso. Se incurre en calumnia cuando se imputa falsamente la comisión de un delito que dé lugar a la acción pública; y en injuria cuando se deshonrare o desacreditare a otro.

Dentro de los últimos términos, que son extensos y que comprenden todos los casos que pudieran presentarse, los magistrados juzgarán de acuerdo con su criterio.

*

* *

126. Factores que caracterizan la injuria.—En la generalidad de los delitos, el hecho mismo produce el daño a la víctima o demuestra el peligro que ha corrido. El propósito es un punto a

establecerse después para demostrar la concurrencia del delito mismo, de la infracción por culpa o del acontecimiento casual.

La apreciación del daño se verifica ante el hecho de la lesión, de la muerte, del disparo del arma, de la substracción de la cosa, de la adulteración del documento, en fin, de acuerdo con el examen del suceso material acaecido.

En materia de injurias, el hecho está en la imputación, y las consecuencias en el efecto que aquélla produce en el ánimo de los demás. La injuria es, así, una cuestión de apreciación.

De aquí que sea preciso tener en cuenta las condiciones en que se produce, las personas a las cuales se dirige, el concepto social de que gozan, el medio en que actúan, la reputación que tienen, la profesión que ejercen y, en general, todas las circunstancias de personas, de hecho y de lugar. Esto requiere en cada caso un estudio particular para el pronunciamiento.

El código anterior y los proyectos que le sirvieron de antecedente, que eran más detallistas, decían, por eso, al calificar las injurias graves, que se consideraban de esa clase las palabras o acciones que en concepto público se tuvieran por afrentosas en razón de su naturaleza, ocasión o circunstancias.

La ley no tiene para qué repetir esas indicaciones, que parecen más bien consejos o explicaciones propias del libro de derecho más que del Código; así, los magistrados tienen amplia libertad de acción en el ejercicio de su ministerio. El margen, por lo demás, se les confiere al fijar penas de gran elasticidad, dentro de cuyos términos los tribunales fijan el castigo apreciando todos los factores.

Una misma imputación, dicha con idénticas palabras, puede ser o no injuriosa, según dónde se pronuncie, según cómo se vierta, y según cuál sea la persona contra la cual se dirija. El tono mismo tiene verdadera importancia en las expresiones verbales.

Así, hacerle a un amigo, con quien se tenga confianza, una cierta imputación en presencia de compañeros, puede tener el alcance de una broma; pero eso mismo, dicho en público a una persona respetable, con quien se carezca de vínculos, puede constituir un atentado. No es lo mismo, ni tienen idéntico alcance, las palabras que se cruzan en la calle entre dos conductores de vehículos que acostumbran a insultarse, que esas mismas palabras usadas respecto a personas entre las cuales se acostumbra a guardarse

consideración social. Tienen también grande diferencia los conceptos emitidos en privado y los proferidos en público.

Los vínculos existentes entre la persona que imputa y la que se manifieste afectada, deben también tenerse en consideración, porque muchas veces lo que puede ser, respecto a un individuo, insulto o ultraje, es con relación a otro consejo o expresión de verdad, que sólo algunos están en condiciones de hacer sentir en sus relaciones con amigos o personas de confianza.

*

* *

127. El elemento intencional.—Demuestra lo dicho anteriormente que en los delitos de injuria debe tenerse expresamente en cuenta el propósito o intención, el cual resulta del examen del asunto con el criterio expuesto. La máxima de la sabiduría romana—*Injuria ex affectu facientis consistit*—ha pasado a todos los autores y legislaciones posteriores (1).

Bastaría, para comprobar la importancia que tiene en este delito el elemento intencional, con observar lo que ocurriría en una reunión, en la cual una persona se expresara con respecto a otra, presente, en términos que esta última estimara inconvenientes y que dieran lugar a un pedido de explicaciones. Si el requerido no las diese y manifestara que se atuviesen a lo dicho, que interpretaran sus palabras como lo creyesen oportuno o agravara la imputación desarrollándola y puntualizando, nadie tendría duda de que había un injuriado. En cambio, si el requerido manifestase que había un error de interpretación, que él no había dicho ni querido decir nada ofensivo, existiría la misma unanimidad y se pensaría por todos que no había un afectado.

Porque la injuria, debo repetirlo, no se precisa por determinadas palabras, conceptos, frases o hechos, sino por un propósito de ofender, menospreciar o ultrajar, presentado disminuído en el concepto público a aquel contra el cual se verifican los cargos.

El que hace una broma, no injuria; el que relata un hecho, tampoco; el que sólo trata de aconsejar no comete un delito, pero siempre y en todos los casos, estando autorizado por la confianza o amistad para bromear, aconsejar, corregir y aun relatar. Si se

(1) Crivellari.—Tomo VII, página 1095.

disfraza el propósito y, en realidad, lo que se ha querido es injuriar, la penalidad corresponde. Por eso es preciso estudiar el conjunto de los antecedentes.

Crivellari dice que el ánimo de injuriar no existe cuando media el *animus defendendi,* esto es, cuando se defiende a otro; ni en el caso de *animus consulendi,* o sea, cuando se aconseja a un amigo, diciéndole, por ejemplo, que no le conviene juntarse con determinada persona; ni cuando se tiene *animus corrigendi,* o propósito de corregir; ni cuando existe *animus narrandi,* aun cuando en este caso conviene hacer muchas reservas, pues la excusa puede ser inadmisible; y cuando concurre el *animus retorquendi,* o sea, cuando se contesta un ataque (1).

La presunción en estos casos es la que domina para todos los delitos. Cuando la ley señala una pena para un acto o una omisión, la perpetración del hecho o la abstención del mismo determinan la acción social y hacen presumir la infracción. El estudio del caso determina la solución que se produce con la sentencia.

En estos casos de delitos contra el honor, el que querella, ya que la acción es privada, demuestra la existencia del hecho, y ante las manifestaciones del acusado los tribunales hacen juicio, teniendo en consideración las reglas generales.

*

* *

128. Medios de comisión del delito de injuria.—El delito de injuria puede cometerse de diferentes maneras. Nuestro código no las indica porque no es necesario. En cambio, el de 1886, decía que podía cometerse por medio de palabras, escritos, dichos, hechos y acciones. (Artículos 179 y 180).

Los proyectos anteriores se referían a palabras, escritos o acciones, y el proyecto de 1891 a palabras, escritos, dibujos, hechos y acciones. (Artículo 138).

El proyecto de 1906, al referirse a la injuria, no decía de qué medios podría servirse el autor para producirla. Pero al tratar de la difamación la hacía consistir en la divulgación de la injuria por medio de escritos o dibujos. Además, castigaba al que ultrajare a otro de obra o de palabra.

(1) Tomo VII, páginas 1097, 1098 y 1099.

La injuria puede cometerse: de palabra, por escrito y gráficamente. De palabra, cuando se ejecuta verbalmente; por escrito, cuando se usa de la escritura impresa o no; y gráficamente, si se emplean dibujos, pinturas, etc., hechos a mano, o recurriendo a la litografía, impresión o a cualquier otro medio.

La ley no tiene necesidad de decir cuáles deben ser las armas para la comisión del delito, y así como al hablarse del homicidio no se refiere el Código a puñales, espadas, cuchillos, palos, hachas, martillos, etc., al considerar el delito de injurias no tiene para qué indicar los medios de que se puede echar mano para consumarlo. Le basta, al respecto, con dar la noción en términos claros. En la exposición de motivos que redacté a nombre de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, se dice expresamente que se ha suprimido la enumeración de los medios que pueden emplearse para injuriar, a fin de dejar mayor amplitud de procedimiento a los magistrados.

*
* *

129. La mayor extensión de los medios en el delito de injuria.— La calumnia, desde el momento que consiste en la imputación de un delito de cierta clase, sólo puede ser ejecutada por medio de la atribución del hecho y usando cualesquiera de los medios aptos para el objeto, ya sean verbales, escritos o gráficos. En cambio, la injuria, desde que supone una ofensa tendiente a dañar a otro en su reputación, en su honor, en la consideración que por él se tiene, puede ser consumada de modos distintos a la calumnia. Desde luego, existen procedimientos comunes a los dos delitos, porque los mismos medios verbales, escritos o gráficos, son susceptibles de emplearse para calumniar o para injuriar, pero a los efectos de este último delito, se pueden emplear otros, como ser: hechos, ademanes u omisiones. Así, una persona para afrentar a otra le da una bofetada, que no lo lesiona, que lo toca simplemente. Ese hecho tiene más fuerza y encierra mayor violencia que una palabra, constituyendo, sin duda, una injuria de la mayor gravedad. Ciertos ademanes dirigidos a otro, en presencia de un tercero, pueden encerrar un insulto, lo mismo que algunas omisiones en condiciones determinadas. Así, si una persona en una reunión deja a otra que lo saluda

con la mano estirada y le vuelve la espalda, le ha inferido una injuria que daña en su reputación al desairado.

Los medios, por consiguiente, para la comisión de este delito, son diversos y más numerosos que los existentes para la infracción definida como calumnia.

*
* *

130. La penalidad y la reforma hecha en el Senado.—El artículo 110 fué sancionado en la Cámara de Diputados, de acuerdo con el proyecto de la comisión especial, fijando para el delito de injuria la pena de cien a un mil pesos moneda nacional.

La Comisión de Códigos del Senado la despachó en los mismos términos, pero la segunda comisión del mismo cuerpo, propuso se le agregaran al final las palabras: *o prisión de un mes a un año.*

La modificación fué votada en el Senado, y se aceptó también en la Cámara de Diputados, quedando, así, definitivamente sancionada la disposición en la forma que tiene en el Código.

Los tribunales tienen, así, un extenso campo para la apreciación del delito y de sus modalidades en cada caso particular.

*
* *

131. El artículo 111 y sus concordancias.—

Artículo 111

El acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

1.° Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público o actual (1);

2.° Si el hecho atribuído a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal;

3.° Si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados, dispone la supresión en este inciso, de la preposición "o" colocada entre las palabras "público" y "actual".

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 394.—Húngaro, 263.—Holandés, 261 y 263.—Ley inglesa, 6 y 7, Victoria c) 96, Act. for amending the law respecting difamatory words and libel.—Proyecto de 1891, 139.—Proyecto de 1916, 114.

*
* *

132. La prueba de la imputación en los casos de injuria.—El Código Penal anterior al vigente no contenía un artículo semejante al presente. De acuerdo con sus textos la prueba era únicamente permitida cuando se querellaba por calumnia, desde que, consistiendo ésta en la falsa imputación de un delito acusable por el ministerio público, para acreditar su existencia era preciso producir la prueba. De ésta, en efecto, resultaría si la imputación era falsa o no. En cambio, consistiendo la injuria, o bien en imputaciones de delito, que no daban lugar nada más que a la acción privada, o en simples insultos, actos o hechos, la prueba de la verdad del dicho no correspondía, desde que el delito existía por la imputación misma. La ley reprimía el insulto, la atribución, el hecho, pues admitir para excusarlo la prueba de verdad, hubiera sido como permitir que una persona se hiciera justicia por su propia mano.

En el proyecto del doctor Tejedor, donde también se restringía la prueba en estos delitos contra el honor al caso de calumnia, la nota correspondiente decía, citando a Pacheco:

"Se ha dicho, definiendo la calumnia, que es la falsa imputa-
" ción de cierto delito; luego, no hay calumnia si la imputación
" es verdadera. Luego, es necesario dejar al acusado de este delito
" la facultad de justificar lo que imputó y darle la seguridad de
" que será exento de toda pena, como que entonces no ha cometido
" ninguna, si justificase, en efecto, las cosas imputadas. De aquí
" se infiere también, como hemos visto, que no cabe el apellidar
" calumnia a la imputación de aquellas acciones en que no se
" puede proceder de oficio. Como a nadie es permitido ofrecer
" pruebas sobre ellas, resultaría el no poder legalmente apreciarse
" si la imputación era verdadera o falsa. "Tú has cometido adul-

" terio con la mujer de fulano", no es para la ley ni una calumnia
" ni un hecho inocente: ya veremos que ha aceptado el único par-
" tido racional y plausible, llamándolo un hecho injurioso."

Así—agrega la nota,—se concilian dos principios igualmente respetables: la equidad bajo el punto de vista del interés privado, y la utilidad bajo el punto de vista del interés público. La equidad, porque no parece que un particular autorizado para perseguir la represión de un delito natural sea castigado por revelarlo. La utilidad, porque importa a la sociedad ser informada de los crímenes que se cometen.

La nota estudia, después, el asunto bajo el dominio de diferentes legislaciones, comprobando las divergencias que existen entre los códigos.

Ese sistema, en el cual sólo se permitía la prueba de la imputación en materia de calumnia, ha dominado, entre nosotros, hasta que se sancionó el código vigente.

*
* *

133. Los fundamentos del proyecto de 1891 sobre la prueba de la imputación.—El proyecto de 1891 dice en el artículo 139, que el acusado de injuria sólo podrá probar la verdad de su imputación en los casos siguientes: 1.° Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantir un interés público actual; 2.° Si el hecho atribuído a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal; y 3.° Si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él. En esos tres casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Fundando la reforma, la exposición de motivos, decía:

"En el artículo 139, el proyecto admite al acusado del delito
" de injuria la prueba de la excepción de verdad en los tres casos
" que indica. La admisión de la prueba de verdad, excepcional y
" limitadamente, circunscripta a los casos en que media un interés
" público, en que el hecho imputado hubiera dado ya lugar a un
" proceso penal, o en que el querellante pidiere la prueba de la
" imputación dirigida contra él, es la solución más justa que puede
" darse a esta cuestión, y es la que adoptan los códigos concordan-
" tes de Italia, Hungría y Holanda. Admitir la excepción de ver-

" dad en todos los casos, sería llevar las investigaciones de la jus-
" ticia para satisfacer un simple deseo o pasión individual, a
" extremos en que la sociedad, no sólo no tendría interés alguno,
" sino que invadiría los dominios de la moral y de la libertad de
" conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peli-
" gro el derecho ajeno. Negar en absoluto la excepción, como re-
" sulta actualmente del Código Penal, es ir más allá de lo que
" reclaman el interés público, o aun el interés particular del
" ofendido.

" La regla general es la no admisión de la prueba de verdad
" de la imputación, y esto se deduce de los términos restrictivos
" con que comienza el artículo 139 del proyecto.

" El primer caso de excepción es el de que la imputación hubiere
" tenido por objeto defender o garantir un interés público actual.
" Esta disposición es concordante con la del artículo 261, *in fine*,
" del código holandés, con la del inciso 4.° del artículo 263 del
" código de Hungría, y con la ley inglesa sobre libelos. El artícu-
" lo 394, inciso 1.°, del código italiano, limita la disposición al caso
" en que el ofendido fuere un oficial público y el hecho imputado
" se refiriese al ejercicio de sus funciones. La vida privada del
" funcionario público, del que lo hubiere sido, del candidato para
" serlo, del hombre público, del jefe de partido, queda, por la dis-
" posición del código italiano, completamente amurallada. Vamos
" más allá en nuestro proyecto: la vida privada y las condiciones
" morales de los funcionarios o de los hombres públicos tienen
" suficiente relación con el interés de la sociedad, especialmente
" en los países que aspiran a regirse por instituciones libres, que
" reclaman mayor honradez en los que han de practicarlas, para
" que pueda amurallarse la moralidad del individuo y no ser sus-
" ceptible de crítica sino el funcionario en cuanto proceda como
" tal. Es para la sociedad un asunto de propia conservación no
" poner sus destinos en manos de los viciosos y de los indignos.
" Si éstos son tales, que se mantengan en la obscuridad de la vida
" privada, de modo que sus actos no se rocen con los actos pú-
" blicos, y allí tendrán derecho a ser, sino respetados, por lo me-
" nos olvidados. Que los que aspiran a la dirección de una socie-
" dad o a tomar ingerencia en las funciones de la administración,
" sean suficientemente honestos para que la sociedad no los pueda
" mirar como una amenaza o un peligro para sus destinos. Agre-
" garemos, por último, que la doctrina francesa encerrada en la

" frase: *La vie privée doit etre murée*, no es propia de la austeridad
" republicana, y tiene por consecuencia el que los unos conozcan
" los vicios de los otros y los disimulen con hipocresía. Preferimos,
" pues, la solución americana de esta cuestión, condensada en estas
" palabras del juez Kent: "No es libelo lo que está escrito y pu-
" blicado con buenos motivos y fines justificables, y, para demos-
" trarlo, puede probarse la verdad de los hechos calificados de
" libelos, ya se trate de medidas públicas, de funcionarios o de
" ciudadanos particulares."

" Esta solución ha sido modernamente admitida por el código
" de Hungría en el artículo citado, y en Inglaterra, en substitu-
" ción de la antigua doctrina que consignaba la máxima de Lord
" Mansfield: *The greater the truth, the greater the libel.* Hoy se
" admite en Inglaterra que la publicación de un libelo no consti-
" tuye delito si la imputación difamatoria es cierta, y si el impu-
" tado puede demostrar que la ha publicado con un interés
" público.

" Las dos disposiciones siguientes del mismo artículo no pue-
" den ser objeto de discusión especial una vez admitido el princi-
" pio de la excepción de verdad. Si el hecho imputado al ofendido
" ha dado ya lugar a un proceso penal, ¿qué interés o qué consi-
" deración podría justificar la restricción de la prueba? Si el
" querellante ofendido, en cuyo beneficio se admite la regla
" general, la renuncia, ¿qué interés tendría la sociedad en no
" permitirle que pidiera la prueba de la imputación, que en mu-
" chos casos le sería indispensable para destruir los efectos de la
" injuria?"

El proyecto de 1906 repitió el precepto del de 1891, diciendo en la última parte que el acusado quedará exento de pena, en el primer caso, si probare la verdad de la acusación y resultare efectivo el propósito de interés público, y en los demás si probare la verdad de la imputación. Los tres casos del artículo 114 de este proyecto son los mismos señalados en el artículo 139 del proyecto de 1891.

Los fundamentos dados al artículo en la exposición de motivos del proyecto de 1891 son, en mi concepto, suficientes para explicar su objeto. Puede, sin embargo, prestarse el inciso 2.° de la disposición a interpretaciones que me parece oportuno se aclaren. Así, al tratar del delito de calumnia me he referido a las imputaciones que pueden hacerse a una persona que, habiendo cometido un

delito o un hecho calificado de delito, ha concluído toda acción a su respecto por haber mediado cumplimiento de condena, prescripción, amnistía, indulto o cualesquier otro medio de extinción de la acción o de la pena. En estos casos—decía—la imputación no sería calumniosa desde que no sería falsa, y en el caso de encontrarse extinguida la acción, no podría probarse la existencia del delito, desde que los tribunales no podrían juzgar sobre asuntos prescriptos, o en los cuales medió una ley de amnistía. La prueba estaría hecha si hubo sentencia condenatoria, y no podría producirse si la acción se hubiese extinguido antes del pronunciamiento del fallo. En un caso de estos, y ya que no sería posible admitir que a una persona que hubiese sufrido una pena por estafa se le pudiera estar diciendo con derecho que era un estafador, debe entenderse que quien imputa incurre en el delito de injuria. Pero, el inciso 2.° del artículo, ¿se refiere a esos casos? Entiendo que no. El precepto tiene otro alcance, y así resulta de la exposición de motivos que lo fundamentó.

Un individuo le dice a otro que es un adúltero o un estuprador, y hasta le señala casos concretos. El injuriado no puede, dentro de las reglas generales que impiden la prueba de la injuria, exigir al que le atribuye el hecho y a quien acusa por la imputación, que lo acredite. Ese es el principio. Pero cuando el hecho ha dado lugar a un proceso, el interés social de que se guarde silencio alrededor del asunto desaparece, y entonces pueden llevarse al juicio sobre injurias las pruebas reunidas en el proceso sobre adulterio o estupro.

Para explicar bien la disposición es preciso relacionarla con el artículo que define la calumnia. Esta última se refiere a los delitos que dan lugar a la acción pública. El inciso 2.° del artículo a los delitos que dan lugar a la acción privada y nada más.

*
* *

134. El proyecto de 1906.—La exposición de motivos del proyecto de 1906 también se ocupó de lo relativo a la prueba en los delitos de injuria, y comentando el respectivo artículo, dijo:

"La primera es que el acusado por injuria o difamación

"podrá ser admitido a probar la verdad de la imputación, en los "tres casos que establece el artículo respectivo.

"No se puede desconocer el derecho del ofendido para exigir "la prueba de la imputación que se le ha dirigido, porque ese es "el mejor medio de que se haga en el asunto plena luz y no quede "para siempre la terrible duda que la calumnia engendra. La "declaración de que no hay prueba de la imputación, o de que "ella es falsa, es la mejor satisfacción del agravio recibido.

"Tampoco es posible desconocer la justicia y la conveniencia "general de que se admita la prueba cuando se trata de imputa- "ciones que han tenido por objeto defender un interés público "actual o dirigida a un funcionario público, con motivo del "ejercicio de sus funciones, porque a todos interesa, en el primer "caso, porque no se coarte la libertad de defender lo que afecta "a la colectividad, y porque en el segundo, la sociedad tiene "derecho para saber cómo desempeñan sus cargos los funciona- "rios públicos, y si son o no ciertas las imputaciones que se hacen "contra su honor."

*
* *

135. El artículo 112 y sus concordancias.—

Artículo 112

El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del mínimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 478.—Chileno, 423.—Uruguayo, 367.—Código de 1886, 183.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título séptimo, artículo 9.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 249.—Proyecto de 1891, 140.—Proyecto de 1906, 112.

*
* *

136. Calumnias o injurias equívocas o encubiertas.—El Código se refiere a la calumnia o injuria equívoca o encubierta, de manera que ante todo es necesario saber en qué consiste. Según

Groizard (1), la calumnia y la injuria pueden y deben ser consideradas como equívocas o encubiertas, y dar lugar a explicaciones cuyos efectos legales determina el artículo del código español de 1870, análogo al nuestro, cuando hay dudas sobre cuál es la persona a quien se quiere ofender. Pero debe advertirse—agrega—que no basta, para que las ofensas revistan aquel carácter y pierdan el de manifiestas, el que no se designe por su nombre a la persona ultrajada si se la indica de un modo cierto e indudable, o si la índole o circunstancias de la ofensa son tales que sólo al querellante pueden hacer referencia.

Los tribunales españoles han establecido que la injuria equívoca o encubierta existe cuando se usan ambigüedades, alusiones o frases de doble sentido. La nota característica de esta figura de delito, no nace exclusivamente de la indeterminación de la persona a quien van dirigidas, sino de la forma indirecta empleada para consumarlo, la cual exige un razonamiento deductivo necesario para reconstruir el concepto injurioso, que por este medio se ha propuesto su autor lanzar a la publicidad (2).

El doctor Tejedor, en la nota puesta al pie del artículo que contiene una disposición análoga a la que comentamos, dice, repitiendo una opinión de Pacheco:

" Las injurias o calumnias equívocas son, como no puede me-
" nos de concebirse, calumnias o injurias dudosas. Sea porque
" no haya certidumbre en la calidad del hecho imputado, sea
" porque no la haya acerca de la persona a quien se imputa, o
" por cualquier otro motivo, en fin, que hiciese cuestionable su
" alcance o su sentido, el hecho es que puede haber en ellos difi-
" cultad, y vacilar la conciencia más severa, sobre si dan o no
" motivo para querellas judiciales, y para la imposición de la
" pena consiguiente. Pues bien, en este caso, la ley ha ofrecido un
" medio para terminar la cuestión y transigir la inminente dife-
" rencia, el de una explicación satisfactoria. Si el presunto inju-
" riante—dice con razón Pacheco—no quiso de hecho injuriar,
" o no quiso injuriar a la persona que se cree agraviada, no puede
" tener inconveniente en dar la explicación de que hablamos.
" Esto en nada lo compromete ni lo deshonra. Si, por el contra-
" rio, no la quisiera dar de presumir, es, y la ley lo admite como

(1) Tomo V, página 384.
(2) Juan Antonio Hidalgo García.—El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Tomo II, página 447.

" averiguado, que quiso, en efecto, injuriar a la persona que se
" querella, o sea calumniarla, y decreta contra él las ordinarias
" penas de la injuria y de la calumnia. Esto es claro y es justo."

Agrega después que, según Grellet Dumazeau, sucede frecuentemente que la imputación se oculta bajo la forma de la ironía, de la alegoría, de la alusión, de la antifrase, y así disfrazada es todavía más criminal, porque la malicia no recurre al arte sino deliberadamente y con el designio de alcanzar mejor su objeto. Otras veces la duda puede venir de no nombrar o designar claramente la persona difamada. La ley romana tenía una disposición particular para este caso. Comprendiendo que la impunidad no debía depender de la mayor o menor habilidad para ocultar el nombre de su víctima, mandaba que el delito fuese perseguido por una comisión para evitar al difamado los inconvenientes de una prueba por lo común difícil.

Quiere decir que la calumnia o injuria son manifiestas cuando no puede haber lugar a duda sobre la persona o personas imputadas, sobre el propósito y sobre el carácter ofensivo o agraviante de la imputación. Y es equívoca o encubierta cuando no reviste perfecta claridad, cuando no se nombra al individuo, pero se dan señas bastantes como para individualizar, o cuando se ataca a un conjunto del que forma parte el agraviado, cuando se presentan los cargos, en fin, de manera que se sugiera en los que leen, miran o escuchan, la idea de que se agravia a determinado sujeto, aun cuando no se le designe con nombre y apellido.

La equivocidad puede depender, no sólo de que se omitan nombres, sino de la forma en que se profiera el ataque.

*

* *

137. La penalidad para las calumnias o injurias equívocas o encubiertas.—Algunos códigos no legislan sobre calumnias o injurias equívocas o encubiertas; otros las castigan con las mismas penas señaladas para las manifiestas cuando sus autores rehusan dar en juicio explicaciones satisfactorias; y otros incriminan con una pena disminuída al acusado de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusa dar explicaciones, requerido para ello en el correspondiente juicio.

Nuestra ley, de acuerdo con sus antecedentes, ha colocado una pena menor que la correspondiente a las calumnias o injurias manifiestas, en el caso de ser equívocas o encubiertas y negarse las explicaciones.

En el proyecto del doctor Tejedor, la pena para la calumnia o injuria equívoca o encubierta, era la correspondiente al delito manifiesto, disminuída en la tercera parte; el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García contenía una disposición idéntica; el código de 1886 aplicaba el *mínimum* de la pena correspondiente a la injuria o calumnia manifiesta, estableciendo, así, una pena fija; y el proyecto de 1891 sancionaba para el autor de calumnia o injuria equívoca o encubierta, la pena del mínimum a la mitad de la que correspondería al autor del delito manifiesto.

El proyecto de 1906 se separó de ese sistema tradicional en nuestra ley y no se ocupó de la calumnia o injuria equívoca o encubierta; pero, como al definir en el artículo 112 el delito de injuria comprende a los que atribuyen a otro directa o indirectamente el hecho o la conducta, englobó a las diversas formas dentro de una misma penalidad.

Groizard (1), refiriéndose al asunto, dice que en todos los casos, y tratándose de estos delitos, debe tenerse en cuenta el elemento intencional. El ofendido recurre a los tribunales, y si allí se demuestra que las imputaciones no tenían el carácter sospechado, carecían de mala intención y eran ajenas al propósito de producir un daño, la equivocidad desaparece y el asunto queda aclarado. En cambio, si el autor de la imputación niega explicaciones y se acredita la existencia del dolo, la calumnia o injuria dejan de ser encubiertas para convertirse en manifiestas. La ley facilitaría, así, soluciones conciliatorias al sentar la procedencia de las explicaciones, y sólo se haría efectiva la represión en el caso de acreditarse la existencia del delito, lo que se desprendería de la falta de explicaciones satisfactorias.

Atribuye el citado autor a los jurisconsultos americanos una novedad en la materia, consistente en castigar con pena disminuída las calumnias o injurias encubiertas o equívocas, aun después de negarse a los ofendidos explicaciones satisfactorias, lo cual—agrega—"no puede desconocerse que tiene su apoyo en buenos principios de derecho penal." En efecto—dice,—la fuerza física

(1) Tomo V, página 880.

del delito es mayor cuando la injuria es manifiesta que cuando es equívoca o encubierta. El hecho de rehusar las explicaciones satisfactorias no produce el efecto de alterar la forma de la acción, ni cambia la estructura del delito encubierto. Si se dan las explicaciones, el delito deja de existir. Si se niegan se completa por la concurrencia de los dos elementos: el externo, constituído por las palabras equívocas, y el interno, o sea la intención de ofender por medio de las mismas. "Existiendo en uno y otro "caso, en el de las injurias o calumnias manifiestas y en el de "las equívocas, cuando se rehusan las explicaciones satisfacto-"rias, un *mismo dolo,* no existe, sin embargo, una misma fuerza "*física;* y de aquí que la injuria o la calumnia equívoca trae "aparejada, como consecuencia lógica, una disminución de pena-"lidad para sus autores, en relación con la que corresponde a los "reos de injuria o calumnia manifiesta. En aquella clase de "difamaciones es, además, menor el daño mediato que en estas "otras, porque la intención de deshonrar y desacreditar no pro-"duce tan penosa impresión ni alarma en el público como la que "origina el espectáculo repugnante de una desnuda, soez y pro-"caz expresión ultrajante."

* * *

133. Las explicaciones satisfactorias y el juicio para su admisión.—El Código se refiere a explicaciones satisfactorias. Cuando el afectado con la imputación las reclama en juicio, se le dan y las acepta; la cuestión desaparece, desde que, existiendo acuerdo de partes y disposiciones legales que la admiten, los tribunales no tienen sino que aceptar lo establecido.

Pero se puede, entretanto, producir discusión alrededor del carácter de las explicaciones, cuando el querellado sostiene que son satisfactorias y el querellante no las acepta, entendiendo que no son satisfactorias. ¿Quién decide entonces? ¿Tiene el juez la obligación de seguir el proceso o puede terminarlo, declarando que las explicaciones bastan?

No voy a ocuparme de la cuestión procesal, que es ajena a la materia de fondo, sino al punto de saber a quién corresponde juzgar del carácter de las explicaciones. Para mí, es evidente que

esa facultad es de índole judicial y que compete a los tribunales.

Las partes que recurren para solucionar sus cuestiones a la autoridad de los magistrados son dueñas de sus opiniones respectivas, tienen el derecho de sostenerlas y de refutar los argumentos que se hagan en contra de sus razones, pero sus pedidos se sujetan a lo que el poder llamado a juzgar crea procedente. De lo contrario, la justicia no sería tal.

El que se considere agraviado puede recurrir al Poder Judicial, pero el hecho de que lo haga no significa que tenga razón. Puede creerse una persona injuriada o calumniada y no haberlo sido en realidad. De aquí que quien pueda y deba apreciar con su criterio, en todo caso, para aplicar pena o declarar que no concurre, sea el juez. Y como éste en el particular supuesto tiene que establecer para condenar o absolver si el delito ha existido y si las explicaciones son o no satisfactorias, dejar el punto librado al criterio de la parte equivale a reemplazar el poder social por la potestad individual del acusador.

*

* *

139. El artículo 113 y sus concordancias.—

Artículo 113

El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate.

CONCORDANCIAS.—Código francés, artículo 368.—Holandés, 271.—Belga, 451.—Ley número 4189, artículo 21, inciso d).—Proyecto de 1891, 141.—Proyecto de 1906, 113.

*

* *

140. Antecedentes de la disposición.—La disposición del presente artículo no se encontraba consignada en el código de 1886 ni en los proyectos que le sirvieron de antecedente. Se introdujo

en el Código por medio de la ley de reformas, la que tomó el precepto del artículo 144 del proyecto de 1891.

La exposición de motivos del mismo, decía, fundándolo:

"El artículo 141 establece una regla consignada en los códigos citados en la concordancia, la de que la reproducción de una injuria o calumnia inferida por otro, constituye al que la hace en autor de injuria o calumnia. No importa sino consignar expresamente un principio que podría decirse sobreentendido en la ley actual. Poco importa que la imputación de un delito, vicio o falta de moralidad sea original o repetida: ofende del mismo modo el honor de la persona."

El proyecto de 1906 llamó difamación a la divulgación de la calumnia o injuria, tanto a la que proviniera de imputaciones hechas por el propio interesado, como a la que fuere el resultado de calumnias o injurias inferidas por otro. Por divulgación se entendía la repetición o reproducción por medio de escritos, dibujos o en reuniones públicas.

Nuestra ley no ha exigido medios determinados: la publicación o reproducción de la injuria o calumnia inferida por otro, usándose de cualquier medio, hace pasible al agente de las penas establecidas para el autor.

El Código no excusa, así, al que divulga las imputaciones bajo el pretexto de que es otro el autor de las mismas, sino que responsabiliza al agente. De otra manera, la represión de esos delitos sería ineficaz e imposible. Ineficaz porque el divulgador, que es el autor del daño, se excusaría con quien hizo la imputación, y la lesión tendría lugar sin que la ley diera los remedios; e imposible por cuanto el señalado como autor se declararía a su vez divulgador de una versión emanada de otro, y los autores presuntos podrían escalonarse sin encontrarse nunca el responsable.

Además, sería de una injusticia irritante que se castigara al autor, caso de encontrarse, y no a los que posteriormente repitieran el delito. Habría, así, una excepción a favor de quienes incurriesen en un hecho más grave que el ya castigado, como sería el de insistir en aquello que motivó la represión.

La disposición, por lo demás, ha tendido a esclarecer, pues aun cuando no estuviera consignada en el código anterior, el divulgador acusado no hubiera podido ser amparado desde que no tenía eximente en qué apoyarse.

*
* *

141. Excepción al principio en los delitos cometidos por la prensa.—El Código, en la parte general y en el artículo 49, contiene una excepción al principio general de la presente disposición. Dice aquel precepto que 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.

Esa excepción no rige para todos los casos de divulgación, sino únicamente para aquellos en que se haya usado como medio de divulgación la prensa. El concepto no es el de diario, sino el de impreso. El obrero que componga el libro, el folleto, el cartel, lo mismo que aquel que prepare el material para el diario o periódico, se encuentran fuera del alcance de la responsabilidad.

*
* *

142. El artículo 114 y sus concordancias.—

Artículo 114

Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la Capital y Territorios Nacionales, sus autores quedarán sometidos a la sanción del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción (1).

CONCORDANCIAS.—Código alemán, artículo 200.—Código de 1886, 184.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título séptimo, artículo 10.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 250.—Proyecto de 1891, 142.

(1) La fe de erratas aprobada por la Cámara de Diputados, dispone se reemplacen las palabras: "la sanción" por los términos: "las sanciones". La cuestión es de carácter gramatical.

*
* *

143. Fundamentos de la disposición.—Los motivos que fundamentan el artículo no necesitan ser explicados porque resultan del propio texto. El delito se ha cometido divulgando una especie injusta por medio de un diario o periódico, y por ese medio se ha ocasionado el daño. El afectado ha ocurrido a la justicia y ha obtenido la reparación necesaria, pero es preciso que ésta se conozca, lo mismo que se conoció la imputación. Para ello, y sin perjuicio de que puedan emplearse otros medios o usarse diferentes vehículos, es justo que la ley obligue a la publicidad del descargo en la misma forma y lugar en que se hizo el cargo motivo del proceso, cuando el querellante tuvo razón.

Las cuestiones de detalle, relacionadas con la publicidad, deben ser resueltas por el tribunal correspondiente. Entiendo, no obstante esto, que debe adoptarse una regla general de criterio y no disponerse tan sólo la publicidad, sino ordenar que ésta se haga de la misma manera y en el mismo sitio del diario o periódico en que se formuló el ataque. Se ha usado un expediente que no considero legítimo, y contra el cual es preciso precaverse. Consiste el mismo en iniciar una campaña haciendo las publicaciones en forma llamativa, en el principal lugar de la hoja, y con títulos grandes y abundantes para requerir la atención de los lectores, y cuando como consecuencia del proceso a que han dado lugar los ataques, se impone la publicación, se hace en lugar poco visible, con títulos pequeños, y de manera que pase desapercibida.

Los jueces deben, en estos casos, tomar las medidas necesarias para que la justicia no sea burlada.

La ley habla, además, de inserción sin decir cuántas publicaciones deben hacerse. Entiendo que queda al arbitrio judicial la determinación de este último punto. El proceso motivado por una acción periodística de muchos meses, no puede quedar concluído con una publicación en el diario o periódico cuyos editores responsables se han retractado o han sido condenados.

Los tribunales, de conformidad al caso, deberán resolver lo que estimen oportuno y fijar el número de veces que corresponderá hacer la inserción.

Se puede también presentar el caso de que la publicación por

medio de la cual se imputó el hecho injurioso o calumnioso, haya desaparecido cuando la sentencia se dicte. Ante una situación de hecho como esa, los tribunales deberán disponer la publicación en otra forma o en otro órgano de publicidad.

*

* *

144. Antecedentes acerca del alcance del artículo.—El artículo del código vigente ha introducido una novedad importante con respecto a los antecedentes nacionales en materia de legislación, aceptando la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal y terminando con antiguas y largas discusiones.

Empezaré por referirme a los antecedentes de nuestra ley para que se perciba bien cómo se ha evolucionado en la materia.

En el proyecto del doctor Tejedor se establecía que cuando la calumnia o la injuria se hubiesen propagado por medio de la prensa, el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, y a costa del culpable, la sentencia o satisfacción.

La nota citaba a Pacheco y decía que esa disposición particular relativa a las injurias o calumnias, difundidas por medio de los periódicos, era natural y consiguiente al carácter de las mismas. " La reparación, por un principio de justicia, debe procurarse " que sea análoga a la ofensa, y, por consiguiente, hecha ésta " en una esfera determinada, no hay cosa más justa que el que " allí la siga la otra."

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García repitió con insignificantes diferencias de redacción, la disposición precedente, la que fué incorporada al código de 1886.

El proyecto de 1891 mantuvo el precepto, pero éste no se encuentra en el de 1906, no dándose en la exposición de motivos las razones que fundamenten la ausencia del mismo.

En el despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, el artículo 114 aparece redactado en los siguientes términos:

" Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por me- " dio de la prensa, el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el

" ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o " periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción."

El artículo, como puede notarse, es el mismo del proyecto del doctor Tejedor.

Cuando leí en la Cámara de Diputados en la sesión del 22 de agosto de 1917, las correcciones que debían hacerse en el texto sancionado, dije textualmente (1):

" En el artículo 114, después de la palabra *prensa,* poner " las palabras: *en la Capital y Territorios Nacionales sus autores* " *quedarán sometidos a las sanciones del presente código y...*

La intercalación se aceptó y el texto quedó redactado en la forma que tiene actualmente el artículo.

La primera Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores no aconsejó modificación alguna, pero la segunda propuso que se suprimieran en el artículo las palabras: *en la Capital y Territorios Nacionales.* El Senado sancionó, así, la disposición sin discutirse, pero la Cámara de Diputados impuso su criterio, insistiendo en la redacción aceptada al principio.

La Cámara de Diputados fué aconsejada por la comisión especial de 1921 la que se expidió diciendo:

" La modificación que el Honorable Senado introduce a este " artículo se funda en las opiniones vertidas por el señor procura- " dor de la Suprema Corte. En cambio, la sanción de la Honorable " Cámara de Diputados está de acuerdo con la jurisprudencia de " la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativa a los deli- " tos de imprenta, jurisprudencia que, por ser bien conocida, no " es necesario examinar detenidamente. Basta lo expuesto para " fundar nuestra opinión en el sentido de la insistencia en la " sanción anterior."

Expuestos así los antecedentes, veamos los motivos que se tuvieron para la reforma, que, si bien se introdujo al presentar las correcciones, tiene un alcance fundamental.

*

* *

145. Fundamentos de la limitación del precepto a la Capital y Territorios Nacionales.—El artículo, que antes tenía un alcance

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

general, se limita ahora a la capital de la República y a los Territorios Federales, esto es, a los lugares dentro de los cuales el Congreso de la Nación ejerce jurisdicción exclusiva.

El motivo que se ha tenido para consagrar la tesis se encuentra en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal, al declarar inaplicable en las provincias el artículo del Código Penal anterior análogo al vigente.

El doctor Tomás Jofré defendía ante los tribunales de la ciudad de La Plata al señor Juan G. Kaiser, querellado sobre calumnia por el coronel Diego Saborido. El defensor sostenía que el Código Penal no era aplicable en las provincias a los delitos cometidos por medio de la prensa.

Sosteniendo su tesis, dijo (1):

" La interpretación del artículo 32 de la Constitución Nacio-
" nal no ofrece dudas al respecto, por cualquier lado que se la
" examine.

" a) La letra del artículo citado es bien clara: el Congreso
" Federal—dice—no dictará leyes que restrinjan la libertad de
" imprenta, y es evidente que se la restringe cuando se castigan
" los delitos de pensamiento, cuando se reprimen las ideas;

" b) Los antecedentes históricos del referido artículo nos de-
" muestran, asimismo, cuál fué la mente de sus autores. Como es
" sabido, esa disposición legal no figuraba en el proyecto de Al-
" berdi, ni en la Constitución de 1853, y fué incorporada por el
" Estado de Buenos Aires, en la revisión que se hizo de aquel esta-
" tuto en la ilustre convención del 60. En el "Relator", de la
" comisión examinadora de la Constitución, redactado por Mitre,
" Vélez, Sarmiento, etc., se leen las siguientes palabras: " El Con-
" greso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de
" imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal..."

"...Que estos mismos principios habían aconsejado substraer
" a la acción del Congreso de los Estados Unidos la legislación de
" la prensa, para asegurar, así, a la libertad de pensar, un dere-
" cho anterior y superior a toda Constitución.

" Que, sin hacer de ello un cargo inútil, la comisión debía
" recordar haberse publicado una carta del presidente de la Con-
" federación conminando a un gobernador de provincia porque no
" reprimía el espíritu de crítica de un diario, caracterizando con

(1) Tomás Jofré.—Derecho Federal. Cuestiones varias. Páginas 18 y siguientes.

" sus verdaderos nombres la resurrección de la cinta colorada; y
" que si en esta reprobación del diario, de un uso que ley ninguna
" ordena, no estando obligado nadie a hacer atacar ni respetar
" lo que no es legal, con cuanta más razón debía tomarse esta
" facultad de restringir la prensa en materias más graves. Que la
" historia contemporánea había justificado plenamente la previ-
" sión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado, al
" Congreso Federal, esta limitación de facultades. Que ninguna
" nación del mundo había llegado a establecer principios regula-
" res, pues dejando a los legisladores la facultad de reglamentar
" la libertad de la prensa, algunos no habían podido detenerse en
" la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla o someterla al jui-
" cio del Ejecutivo, sin formas, como acontece en Francia. Que la
" Inglaterra había intentado en vano dar una ley sobre imprenta,
" y desistiendo de ello el Parlamento, en presencia del peligro de
" atacar la libertad en su base, dando al legislador el derecho de
" reglamentarla; y que en Sud América, ningún Estado había
" llegado a resultado estable ni satisfactorio. Que en presencia
" de estas dificultades, los publicistas de las repúblicas estaban con-
" testes en declarar la libertad de la prensa, derecho reservado
" por el pueblo; y como la libertad de conciencia, que es otra
" forma de la libertad del pensamiento, fuera del alcance de la
" legislación, dejándole al abuso de ella su carácter de libelo ante
" las leyes ordinarias. Que en países como los nuestros, en que
" las comunicaciones y contacto eran difíciles, la educación del
" pueblo, defectuosa y limitada, las prácticas administrativas irre-
" gulares o viciosas, y la tendencia a lo arbitrario inherente a
" todos estos defectos, la prensa, con todos sus inconvenientes de
" detalle, ejercía una poderosa y saludable influencia, poniendo
" de manifiesto lo que habría interés de ocultar, interesando a
" unos pueblos en la suerte de otros, y difundiendo por la discusión
" y la publicidad una masa de luces, que, de otro modo, no llega-
" ría a los extremos de la República. Que el ensayo feliz de la
" absoluta libertad de imprenta hecho nueve años en Buenos Aires,
" había desacreditado los especiosos argumentos contra ella, y que,
" además, entrando hoy Buenos Aires en la Confederación, entraba
" con sus libertades conquistadas, y no siendo a las provincias
" dañoso, en manera alguna, que Buenos Aires tenga libertad de
" imprenta, esta restricción de legislar debía ser aceptada."

El doctor Vélez, al discutirse el artículo 32, agregaba lo siguiente:

"Voy a exponer los motivos de esta reforma, ya que no lo "hacen los que la han propuesto. La reforma importa decir que "la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se "use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta sujetaría el "juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero "natural. Si en una provincia como Buenos Aires no hubiera "leyes de imprenta, o los abusos de ella fueran sólo castigados "por el juez correccional, como otra cualquiera injuria, ¿por qué "daríamos facultad al Congreso para restringir la libertad de "imprenta, darle otra pena a los delitos de imprenta, o imponer "a los diarios restricciones o gravámenes que hicieran dificultosa "su existencia?

"Las provincias, después de la sanción de la Constitución, "promulgaron diversas leyes locales que reprimían los delitos de "calumnia e injuria propagados por medio de la prensa, y esas "leyes se encuentran en vigor en la actualidad;

"c) La interpretación auténtica del alcance del artículo 32 "que nos ocupa la han dado el Congreso y el Poder Ejecutivo de "la Nación, como resulta claramente establecido de la discusión "del Código Penal, que tuvo lugar en la sesión del 25 de octubre "de 1885, y del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Senado "en 1886. El ministro doctor Posse, como el doctor Tejedor, "autor del Código Penal, el Congreso y el Poder Ejecutivo Na-"cional han entendido siempre que el Código Penal no compren-"día los delitos de imprenta;

"d) La jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, en "reiterados fallos, ha declarado "que el artículo 32 tuvo el pro-"pósito de limitar las facultades del Congreso como legislatura "nacional, dejando a las locales el poder de reglamentar la liber-"tad de imprenta y de reprimir los abusos que, con ella, se "cometieran." (Véanse fallos de la Corte de la Nación, tomo 10, "página 361; tomo 17, página 110; tomo 30, página 112; tomo "113, página 263; tomo 114, página 60; tomo 115, página 92; "fallo publicado en la jurisprudencia de los tribunales, entrega "de diciembre de 1911, página 7 (causa Ramos Mejía contra "Mullhall), y sentencia de julio 14 del corriente año, insertada en "el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la provin-"cia, correspondiente al 24 del citado mes)."

En el considerando 4.º de la sentencia de la Suprema Corte Nacional, que se registra en el tomo 114, página 68, dice:

"Que el citado artículo 32 prohibió al Congreso que estable-"ciera la jurisdicción federal sobre la imprenta, porque se estimó "que con ésta no podrían cometerse *delitos de carácter nacio-"nal*. La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso, "pero esa reglamentación y esa represión son privativas de la "soberanía provincial, es decir, son privativas de la sociedad en "que el abuso se comete y a la cual puede dañar inmediatamente, "ya sea a ella sola, todo su conjunto, o ya a los individuos aisla-"damente. (Informe de la comisión examinadora de la Constitu-"ción Federal, presentado a la Convención del Estado de Buenos "Aires, edición de 1870, página 74, redactor de la misma comi-"sión número 6, acta de la sesión ordinaria del 1.º de mayo de "1870; acta de la tercera sesión ordinaria de la Convención nacio-"nal *ad hoc*, reunida en Santa Fe, el 23 de septiembre de 1860).

"Los tribunales de provincia se han pronunciado en el mismo "sentido, como puede verse en la notable sentencia de la Cámara "de Apelaciones del Rosario, en la cual el doctor Pesenti, que "votó en primer término, agotó la cuestión."

*

* *

146. La solución dada por la Suprema Corte Federal.—La Suprema Corte de la Nación estableció por el voto unánime de los cuatro jueces firmantes, doctores Bermejo, del Solar, Palacio y Figueroa Alcorta, que la sentencia del tribunal de la provincia de Buenos Aires, fundando en las disposiciones del Código Penal de la Nación, la represión de delitos de imprenta contraría el artículo 32 de la Constitución y el 18 de la misma, por el que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, no habiéndose invocado disposición alguna de carácter provincial por la que las sanciones de aquel código hayan sido incorporadas a la legislación local sobre la materia (1).

(1) Fallos de la Suprema Corte de la Nación. Tomo 124, capítulo 161.

Los fundamentos de la doctrina, que son extensos y que consagran la sustentada en fallos anteriores, se apoyan en lo establecido por el artículo 32 de la Constitución, en las constancias del redactor, en las discusiones de la Convención Constituyente, y en otros antecedentes. Se recordaba, expresamente, que el proyecto del doctor Tejedor excluía a los delitos de imprenta.

La tesis fué afirmada más tarde en el fallo pronunciado en la querella establada en los tribunales de la ciudad de San Nicolás por el doctor Angel M. Méndez contra don Dámaso Valdez, sobre injurias graves. En la sentencia que firman los mismos jueces citados antes, se establece que son las leyes locales dictadas por el Congreso para la Capital y Territorios Nacionales, o por las legislaturas para las respectivas provincias, las que deben reglamentar el ejercicio de la libertad de imprenta (1).

De nuevo se consagra la doctrina en una causa substanciada en la provincia de Catamarca, declarándose que el Código Penal de la Nación no puede aplicarse a los delitos de calumnia o injuria cometidos por medio de la prensa (2).

El asunto, en esta oportunidad, fué debatido con más amplitud, porque la Suprema Corte de Catamarca trató el punto con acopio de datos y de doctrina jurídica, y el procurador general de la Nación, doctor Matienzo, aceptó la tesis de aquel tribunal, que sostenía principios contrarios a los sustentados por la Corte Federal en los casos anteriores.

La Suprema Corte, no obstante todo eso, mantuvo sus puntos de vista en sentencia que firman los mismos jueces anteriores.

En otro asunto, traído a la consideración del superior tribunal de la Nación por el doctor Martínez Zuviría y fallado en los tribunales de la provincia de Santa Fe, la Suprema Corte resolvió que a las provincias corresponde legislar sobre delitos de imprenta (3). Este fallo lo suscribe también el vocal doctor Méndez.

*

* *

147. Motivos de la reforma en el Código.—Cuando se redactó el Código Penal nos encontramos que la disposición relativa a la

(1) Fallos. Tomo 127, página 429.
(2) Fallos. Tomo 128, página 175.
(3) Jurisprudencia Argentina. Tomo VII, página 72.

publicación en los diarios o periódicos de la sentencia dictada por los jueces en materia de calumnia o injuria verificada por medio de la prensa, se había declarado aplicable solamente en la Capital y Territorios Nacionales, desconociéndose su vigencia para el resto del país. Como la Suprema Corte tiene atribuciones para formular esa clase de declaraciones, y como es ese tribunal el intérprete más elevado de la Constitución, consideramos que era deber del Congreso acatar el pronunciamiento y aceptar la teoría consagrada, según la cual los delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa eran del resorte de la legislación local. Propuse, por eso, se limitase la vigencia del artículo a la Capital y Territorios Nacionales, ajustando la ley a los hechos.

*

* *

148. El artículo 115 y sus concordancias.—

Artículo 115

Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 398.—Francés, 377.—Húngaro, 266.—Belga, 452.—Chileno, 426.—Ley número 4189, artículo 21, inciso e).—Proyecto de 1891, 143.—Proyecto de 1906, 119.

*

* *

149. Antecedentes de la disposición.—En el código de 1886 no se contenía un artículo análogo al presente, y tampoco se había incluído en los proyectos que le sirvieron de antecedente. El proyecto de 1891 lo introdujo, estableciendo que las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias, a menos que

se las diera a la publicidad, en cuyo caso será responsable como autor de la injuria el que lo sea de su publicación.

La exposición de motivos no funda la innovación, que pasa del proyecto a la ley número 4189, y se incorpora, así, al Código.

El proyecto de 1906 la reproduce con pequeños cambios en la redacción.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados redactó el artículo en los siguientes términos:

"Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o de-
"fensores en los escritos, discursos o informes producidos ante
"los tribunales, quedarán sujetas únicamente a las correcciones
"disciplinarias correspondientes."

La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso la redacción actual, la que se aceptó.

*

* *

150. Requisitos para la existencia del delito.—Crivellari (1), estudiando el artículo 398 del código italiano, señalado como concordante por la comisión redactora del proyecto de 1891, explica bien su alcance.

Las injurias a que se refiere el precepto requieren: 1.° La substanciación de una causa; 2.° Que la ofensa esté contenida en un escrito o en una exposición hecha ante los tribunales; 3.° Que la persona que haya verificado esa presentación o exposición sea parte que intervenga en un litigio.

La persona que defiende un derecho propio o ajeno, y que tiene sólo el ánimo de defender, no incurre en delito cuando hace imputaciones que se refieren a la cuestión en debate. En principio, el propósito es fundamental para definir situaciones, como se ha visto antes.

Pero las personas que intervienen en los asuntos judiciales ejercitan diferentes funciones: hay, desde luego, partes, letrados, apoderados y peritos o testigos. La disposición sólo se refiere a los litigantes, los apoderados y los defensores. Los peritos y los testigos desempeñan otra misión: son los colaboradores de la justicia, deben expresarse sin reparos acerca de los hechos sobre los cuales fueren interrogados, y en caso de faltar al cumplimiento de sus deberes, la sanción de la ley que castiga las falsedades se haría efectiva contra ellos. Los testigos y peritos deben tener una gran libertad de acción y no estar cohibidos por ningún temor, ante el propósito elevado de que expresen la verdad y se averiguen los hechos.

(1) Tomo VII, página 1188.

Determinado así a qué personas se aplica el artículo, veamos sus fundamentos.

*

* *

151. Fundamento de la represión.—La persona que interviene en un juicio se puede exceder en su derecho de defensa e incurrir en injurias contra su adversario, contra las personas que lo representan o patrocinan, y aun contra los magistrados y auxiliares de la administración judicial. Esos excesos no pueden ni deben ser tolerados, por cuanto permitirlos sería crear el desorden en los tribunales. Todas las leyes de forma contienen, por eso, disposiciones que arman a los magistrados de las facultades necesarias para reprimir esas incorrecciones de inmediato y sin la necesidad de juicios más o menos largos. Son medidas que se consideran de policía y seguridad judicial.

Las injurias cometidas en las condiciones establecidas y entre las personas mencionadas, son, en rigor, los excesos de un derecho, y cuando se mantienen dentro del tribunal mismo y no se publican, no es lógico que aparejen más consecuencias que las derivadas de las medidas que los mismos tribunales tomen en defensa de sus fueros.

Ahora, si se publican, el carácter es distinto, el ánimo de ofender aparece, el delito se consuma, puesto que el agravio se propala en un terreno ajeno al de la defensa, y, por tanto, debe someterse el caso a las reglas ordinarias.

*

* *

152. El artículo 115 se refiere sólo a las injurias.—El Código se refiere solamente al delito de injuria, y excluye expresamente

el de calumnia. La ley ha sido sensata al proceder así, de acuerdo con sus antecedentes, y conviene remarcarlo, porque en la provincia de Buenos Aires se ha aplicado erróneamente el artículo de la ley de reformas que contenía una disposición análoga a la presente.

La calumnia supone la imputación falsa de un delito. Cuando en los tribunales alguien, en un documento o en un alegato o informe verbal, imputa a otro un delito, los magistrados tienen la obligación de recoger la denuncia y de ordenar se ponga en movimiento la justicia para la investigación de la verdad. Ese deber está señalado en las leyes procesales, que obligan a todos los funcionarios que tengan conocimiento de la existencia de un delito a tomar las medidas necesarias para el esclarecimiento. De aquí que, si un juez oye o se informa de una imputación de esa clase, esté obligado a mandar los antecedentes al magistrado competente para entender en el caso, dando, así, curso al asunto. No hay de por medio ni un interés privado, ni un exceso en la defensa, sino una imputación cuya dilucidación interesa socialmente.

*

* *

153. El artículo 116 y sus concordancias.—

Artículo 116

Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 397.—Ley número 4189, artículo 21, inciso e).—Proyecto de 1891, 144.

*

* *

154. Antecedentes y alcance de la disposición.—La disposición del presente artículo no se encuentra en el código de 1886, ni en sus antecedentes; la contiene el proyecto de 1891 que la tomó del código italiano y no se incorpora al proyecto de 1906.

El precepto ha regido desde 1903, porque la ley número 4189 lo incorporó al código de 1886.

Esta última ley tenía en el inciso 2.° del artículo 186 un precepto menos extenso que el actual, pues declaraba exento de pena al culpable de injuria verbal o escrita leve, si hubiera mediado provocación.

En el proyecto del doctor Tejedor, que trae la misma disposición, se expresa que se aplica a las injurias verbales y a las escritas, cuya represión no interesa al orden público por su poca importancia.

El Código consagra la compensación de las injurias, pero no de una manera fatal y obligatoria en todos los casos. Los tribunales podrán, cuando mediare reciprocidad, eximir a las dos partes, o a alguna de ellas. El artículo es facultativo y autoriza sin imponer, de manera que en los casos de injurias recíprocas se puede condenar.

La teoría de la compensación de las injurias deriva de una regla del Digesto y se mantiene respecto a este delito, porque se entiende que el interés particular es en estos casos superior al social. En los demás delitos la compensación no se concibe, y en el cuadro mismo de los delitos contra el honor no se admite respecto a la calumnia.

Para que la compensación pueda considerarse admisible, es preciso que las injurias sean equivalentes.

*

* *

155. El artículo 117 y sus concordancias.—

Artículo 117

El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar a la querella o en el acto de hacerlo (1).

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título séptimo, artículo 12, inciso 3.°; y sección primera, título segundo,

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados dispone la supresión de la preposición "a" entre las palabras "contestar" y "la".

capítulo 3, artículo 6.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 252.—Código de 1886, 186, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 145.

*

* *

156. Antecedentes nacionales sobre retractación.—La retractación consagrada en nuestra ley con las restricciones señaladas en el artículo precedente, es la consecuencia de una vieja institución del antiguo derecho español. Recibía allí el nombre de *palinodia* o *palidonia,* y consistía en la retractación pública en las ofensas contra el honor. Al hecho de desdecirse de las ofensas producidas, como medio de liberarse del castigo, se le llamaba *cantar la palinodia.*

El Fuero Real, en la ley II del libro IV, título III, que se ocupaba de los denuestos y deshonras, establecía que cualquier hombre que denostase a otro en términos insultantes que menciona, debe desdecirlo ante el alcalde y ante hombres buenos, dentro del plazo que se fije.

El doctor Tejedor, en la nota puesta al pie del artículo en que se ocupa de la retractación en general, al hacer la enumeración de las penas, dice:

" El acto de desdecirse o retractarse ante juez y testigos, o " sea *cantar la palinodia,* debía, según la práctica de la ley 2, tít. 3, " libro 4, Fuero Real, verificarse diciendo el injuriador que *mintió* " en cuanto dijo contra el injuriado. Pero esta *palinodia* no se " imponía sino en las injurias graves o atroces. En las simples " se decretaba sólo la súplica de perdón, por la cual el injuriante " manifestaba que se arrepentía de sus denuestos, y rogaba al " ofendido le perdonase; y en las de sentido ambiguo, la *declara-* " *ción* que hacía el reo, diciendo que tenía y había tenido siempre " al ofendido por persona honrada.

" Hablando de ciertas injurias, las Leyes Recopiladas man- " daban que el reo se desdijese ante el juez y testigos, y pagase " una multa de 1.200 maravedís, mitad para el fisco y mitad " para el injuriado. (L. 2, tít. 10, lib. 8, R. Cast.). Pero en otras " injurias la pena podía ser menor, (ley 3, tít. y lib. cit.); el " hidalgo estaba siempre exento de la retractación, debiendo en " su lugar pagar mayor multa, con otra pena a arbitrio del juez

" (L. 2 cit.). Las leyes del Fuero Juzgo, disponen generalmente " penas corporales (tít. 3, lib. 12), y las del Fuero Real pecunia- " rias (tít. 3, lib. 4). Según las Partidas, las penas de las injurias " no pueden ser ciertas, porque las personas y los hechos no son " iguales, exceptuando los delitos que tienen el Talión. (Leyes 3 " y 21, tít. 9, R. 7). Una ley del Estilo, en fin, impone multa si " el reo no quiere retractarse. (Libro 131).

" Por todos estos antecedentes de nuestra legislación, y por " los buenos efectos que en la práctica da comúnmente esa clase " de penas, hemos creído conveniente conservarlas, a pesar de que " muchos códigos modernos no se ocupan de ellas."

Y más adelante, en la nota que corresponde al artículo referente a la retractación de las injurias, expresa que la retractación censurable en sí misma por los inconvenientes que ofrece, puede ser muy útil, alternativamente ordenada, en las injurias verbales y en las escritas leves, y por eso la conserva, tomándola del antiguo derecho.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García conservó la disposición anteriormente mencionada, que admitía la retractación en los casos de injurias verbales y escritas leves, y ella se incorporó también al código de 1886, donde se ha conservado hasta la sanción de la ley vigente.

La retractación, según esos conjuntos, solamente procedía para las injurias de cierta clase y podía ofrecerse en cualquier tiempo.

*

* *

157. La retractación en las leyes procesales.—Las leyes de procedimientos, a pesar de no aplicarse a la materia de fondo, autorizaron la retractación en una forma más amplia. Así, el código que rige en la capital de la República y en los Territorios Nacionales, después de imponer la audiencia de conciliación en los casos de querella por calumnia o injuria, dice en el artículo 595 que en cualquier estado del juicio en que el acusado ofreciera retractación de una manera pública de la calumnia o injuria que ha dado lugar a la acusación, se sobreseerá en la causa.

Una disposición semejante se encuentra en los códigos de las provincias.

De acuerdo con la misma la retractación se ha admitido en todos los casos de delitos contra el honor, y ya se tratare de querellas por calumnia o por injuria.

Con ese motivo se han producido discusiones en la Capital y en las provincias, sin haberse obtenido la unificación de la jurisprudencia.

Para sostener que la retractación sólo era admisible en los casos de delito de injuria verbal o escrita leve, se ha aludido a lo establecido por el Código Penal, que, como ley de fondo, rige en todo el país y marca normas que no pueden desconocer las leyes de forma.

Refutando esa opinión, se ha dicho en general que la cuestión acciones es propia de las leyes procesales, y que éstas pueden disponer lo que crean oportuno, y en particular con respecto al Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales se ha observado que lo ha dictado el Congreso, o sea el mismo cuerpo que sancionó el Penal, y como este último se votó en 1886 y el Procesal en 1888, o sea posteriormente, en todo lo que tuvieren de contradictorio rige el segundo y no el primero.

Conviene tener presente que las provincias pueden reglamentar el ejercicio de las acciones, ponerlas en movimiento y aun crearlas para que se puedan aplicar los preceptos de fondo, pero jamás están en condiciones de destruir las disposiciones de esa clase, bajo el pretexto de llevarlas a la práctica. Si las provincias pudieran ejercitar los derechos supuestos, podrían destruir el Código Penal y reemplazar el sistema de penas con el de las composiciones, diciendo, por ejemplo, al reglamentar las acciones, que las partes, o sean el delincuente y la víctima, o sus representantes, podrían convenir las formas de solucionar las cuestiones. El Código Penal es el que dice cuáles son las acciones, sus clases y los límites de la intervención de los particulares. Las normas generales las fija, y los detalles y el movimiento corresponden a la faz procesal.

Debe también notarse que el Congreso, al sancionar el Código Penal, lo mismo que las demás leyes de fondo, procede como Poder Legislativo de la Nación, y al dictar el Código de Procedimientos para la Capital y Territorios Nacionales, como legislatura local.

Por último, no sería posible sostener que una legislatura, por ser al mismo tiempo Congreso, pudiera como tal modificar las leyes de fondo, mientras que las otras deberían aceptar éstas sin poder hacer lo mismo. Eso importaría establecer el régimen de la desigualdad.

*

* *

158. La posibilidad de la retractación y la oportunidad de formularla.—Las cuestiones discutidas y resueltas antes no tienen ya nada más que un interés histórico, pues la ley actual ha definido el asunto de una manera precisa. La retractación, según nuestro código, procede y es admisible tanto en los delitos de calumnia como en los de injuria. La posibilidad es general y comprende a los dos delitos contra el honor. Pero la ley ha colocado una restricción relacionada con la oportunidad, estableciendo que sólo se podrá ofrecer y producir la retractación antes de contestarse la querella o en el acto de hacerla.

La retractación pública equivale a una manifestación de ese carácter hecha por el autor de la imputación, desdiciéndose de lo manifestado antes. La retractación supone una rectificación clara y completa y, por consiguiente, el retiro de la imputación hecha antes.

Los delitos contra el honor producen un daño en la reputación de la víctima, el que suele traducirse en lesiones de otra índole que alcanzan hasta el perjuicio sobre los intereses materiales. El daño se produce con la divulgación que hace suponer la verdad de la imputación producida, y que disminuye en todo sentido a la víctima. Si la versión se recoge rápidamente por el propio autor, la lesión se conjura, y basta para afirmarlo examinar lo que pasa cuando un caso de esos se presenta.

Una persona imputa a otra un delito que dé lugar a la acción pública, o lo desacredita por medio de una imputación deshonrosa. Los que se informan del suceso, comentan el asunto y esperan la actitud del afectado, suspendiendo, entretanto, el juicio definitivo. La víctima recurre a los tribunales y querella; el paso está dado y se aguarda la solución. Si el acusado contesta ratificando sus cargos y manteniendo sus actitudes, el asunto no tiene para el

afectado nada más que una solución, y es la de que el detractor sea condenado. Una retractación tardía, meses o años después de haberse olvidado hasta la lesión inferida, carece de eficacia. Los que se informaron de la imputación han perdido todo interés; la misma ha hecho su camino y la falta de represión oportuna ha dejado al ofendido sin la reparación consiguiente. Una condena del que agravió es lo que puede volverlo a la situación anterior, sobre todo si la imputación fué de aquellas que causan, cuando se vierten, un verdadero daño. La retractación pasa desapercibida y concurre cuando toda la obra se ha consumado.

Además, el autor de la imputación, sin la restricción de tiempo, tiene en sus manos la suerte del asunto, desde que puede hacer que siga todos sus trámites arguyendo para la demora, y cuando las consecuencias irreparables se encuentren a punto de producirse, se ampara en la retractación, y el proceso termina sin consecuencias. Entretanto, y mientras la causa ha durado, la imputación se ha mantenido y los cargos han continuado gravitando.

Eso que ocurría en nuestros tribunales por obra de los códigos procesales más que por el precepto del antiguo Código Penal, hacía que esta clase de juicios estuvieran desacreditados y que no se recurriese a ellos buscando reparaciones para el honor personal.

Las deficiencias han debido influir en nuestra modalidad nacional, que ha inclinado a solucionar con el duelo asuntos que no tenían otro camino, ya que el de la ley se abandonaba por inconvenientes de la misma.

La jurisprudencia en la Capital Federal varió, sin embargo, pero después de un largo período, durante el cual se aceptaron las retractaciones en cualquier época y hasta de cualquier modo. Contribuyó a esa variante la constante acción del doctor Rodolfo Rivarola, que no se cansaba de repetir que el Código Penal, ley única a aplicarse en la materia de fondo, no permitía la retractación sino respecto a las injurias verbales y a las escritas leves.

Un fallo de octubre de 1910, dictado por la mayoría de la Cámara Criminal de la Capital, compuesta de los doctores Castillo, Seeber y Casares, estableció que la retractación no correspondía sino en los delitos de injuria verbal o escrita leve. Pero tan se discutió la cuestión, que la minoría del mismo tribunal, representada por el doctor Frías, entendió y planteó una disidencia, que el artículo del Código Penal completado con el de Procedimientos

era amplio y admitía la retractación en los casos de injurias graves (1).

Con la solución dada por el código vigente, los injustos casos que antes se producían no podrán repetirse. El autor de la imputación, llevado a los tribunales, no puede rehuir una definición; se retracta o afronta el juicio. La retractación puede ofrecerla desde que se presenta la querella y sólo puede demorarla hasta que la conteste. Dada la respuesta no podrá arrepentirse en adelante, y las manifestaciones que hiciere, por categóricas que fuesen, no lo liberarán, si hay motivo para una condenación. De este modo, los delitos contra el honor se juzgan como los demás, y no se colocan excepciones injustificadas que dejan en el desamparo a una serie de preciados derechos individuales.

La ley no prescribe la forma de la retractación, debiendo entenderse que para ser suficiente tiene que ser terminante e importar el retiro de la imputación hecha. Los términos vagos o las manifestaciones imprecisas no se deben considerar bastantes a los efectos del artículo.

*

* *

159. Calumnias e injurias retractables.—Conviene establecer ahora, si todas las calumnias y las injurias son susceptibles de retractación.

La ley no dice nada, de modo que el punto debe resolverse por vía de interpretación. En mi concepto, son retractables todas las calumnias, y en cuanto a las injurias, todas aquellas susceptibles de retirarse por un medio análogo al usado para la imputación.

En nuestros tribunales se ha resuelto, alguna vez, que la injuria consistente en una bofetada es susceptible de retractarse, lo que, evidentemente, aparte de constituir un escarnio y una burla para el afectado, implica un grave error jurídico.

Las injurias pueden consistir en expresiones y en acciones; las calumnias únicamente en expresiones. De manera que las calumnias y las injurias que se hayan vertido por medio de expresiones y en cualquiera de las formas posibles se pueden retirar por

(1) Revista Argentina de Ciencias Políticas. Tomo I, página 303.

medio de otras expresiones que desdigan las anteriores. Nada importa que las tales expresiones sean verbales, escritas o gráficas, desde el momento que pueden desautorizarse y que la desautorización equivale a borrar los efectos cuando es oportuna.

Una palabra se destruye con otra; un impreso con una manifestación contraria al mismo que también se hace circular por escrito, y un dibujo con la desautorización hecha por su autor o por quien fuere responsable del mismo.

En cambio, una bofetada es un hecho que una vez ejecutado no es susceptible de recogerse. De manera que el autor de una injuria cometida por un medio imposible de retirarse, no se puede retractar. La ley no da lugar a dudas, y éstas no surgen por el hecho de sus expresiones generales, porque si bien aquélla habla de la retractación sin excepciones, es evidente que se refiere a lo retractable, a lo desdecible. Un golpe no se desdice, porque no es un dicho; luego, no es retractable, y el concepto que expresa la palabra retractación no se le puede aplicar.

*
* *

160. La tentativa en los delitos contra el honor.—Me ocuparé ahora de la tentativa en esta clase de delitos. El punto ofrece un interés más doctrinario que práctico, porque si se han producido casos, el número de los mismos debe ser muy reducido.

Desde luego, ¿en qué consistiría la tentativa? Crivellari (1), que toca el punto, no precisa la cuestión, y se limita a decir que con respecto a las calumnias en que se hubiese usado el medio escrito, la tentativa es posible.

Ocurriría eso cuando se hubiese impreso el artículo, se hubiese enviado al correo, se hubieren tomado, en fin, todas las medidas necesarias sin alcanzarse el éxito perseguido, por motivos ajenos al autor de la imputación. Se reconoce, entretanto, que en las injurias o calumnias verbales la tentativa no sería posible, desde que el silencio no produce consecuencias de esa clase y el pensamiento es ajeno al contralor de los demás, produciéndose, no tentativa, sino hecho completo cuando la expresión que atribuye se vierte y exterioriza.

(1) Tomo VII, página 111.

Si se discute que la falta de publicidad dada a la imputación vertida por escrito, aun cuando la pieza que la contenía haya llegado al poder del ofendido, y si se dice que en ese caso no hay delito porque falta el elemento esencial, o sea la divulgación de su existencia, me parece difícil que se pueda insistir en la posibilidad de la tentativa.

En esta clase de ataques el delito no se intenta sino que se consuma, o no se realiza. Cuando el sujeto se desprende del objeto en el cual inserta su imputación, el delito está consumado y faltan solamente los efectos. Si la carta, caso de haberse usado del correo, se pierde, o el cartel se borra antes de haber sido leído, o el dibujo se altera, el delito no se conoce, el cuerpo del mismo no se presenta, la infracción no existe, así. En cambio, si los efectos se realizan, el delito se presenta completo y con los caracteres que determinan la responsabilidad del autor.

VII

Delitos contra la honestidad

Adulterio

161. Generalidades sobre los delitos contra la honestidad. — 162. Concepto jurídico del adulterio. — 163. El adulterio en el proyecto Tejedor. — 164. Proyecto de Villegas, Ugarriza y García. — 165. El delito en el código de 1886. — 166. La evolución en la materia. — 167. Los fundamentos de la supresión del delito en el proyecto de 1891. — 168. La ley número 4189 y la discusión parlamentaria. — 169. El proyecto de 1906. — 170. Redacción de la comisión de diputados. — 171. La doctrina sobre la incriminación. — 172. Incongruencias en la represión del adulterio. — 173. Modificación del criterio. — 174. El artículo 118 y sus concordancias. — 175. Alcance del precepto. — 176. El adulterio en la mujer. — 177. Efectos civiles del adulterio. — 178. El adulterio del marido. — 179. El carácter de la acción. — 180. La improcedencia de la acción de adulterio cuando el divorcio se ha producido por otra causal. — 181. Los matrimonios nulos y las alegaciones de nulidad.

*

* *

161. Generalidades sobre los delitos contra la honestidad.—El título III de la parte especial del Código se ocupa de los delitos contra la honestidad, y comprende cinco capítulos: el primero trata del adulterio; el segundo de la violación y estupro; el terce-

ro de corrupción y ultrajes al pudor; el cuarto de rapto, y el quinto de disposiciones comunes a los capítulos anteriores.

Comprende, así, delitos que atacan a la honestidad, pues aun cuando el adulterio compromete el orden de la familia y el rapto la libertad individual, en el consenso general todos esos delitos conmueven el sentimiento antes mencionado.

Groizard (1) considera que el epígrafe, igual al que existe en el código español, es inconveniente, porque muchos de estos delitos no afectan a la honestidad. El código italiano adopta otro título y reune esta materia bajo la denominación de "Delitos contra las buenas costumbres y el orden de familia". No atribuyo al asunto ninguna importancia y me parece que no vale la pena discutirse.

La palabra *honestidad* tiene un sentido amplio y se aproxima al que tiene el término *corrección*. Es honesto, por ejemplo, un funcionario público que maneja escrupulosamente los caudales que le han sido confiados; es honesto un profesor que expone a sus alumnos la verdad; es honesto un comerciante que vende sin adulterar el peso, ni la calidad de los artículos; es honesto un letrado cuando defiende sinceramente los intereses confiados, etc., etc.

Pero en relación a los delitos especiales de que se ocupa el Código en esta parte, el concepto de honestidad es otro, menos amplio y más preciso.

Ideas de carácter religioso y social que gravitan en el mundo civilizado hacen que se considere, por lo menos exteriormente, que las relaciones sexuales no son lícitas sino dentro del matrimonio. Fuera del mismo constituyen un pecado o un delito, según los casos. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo, por consiguiente, lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje. Se considera, por tanto, que las personas bajo ese punto de vista tienen derechos y deberes.

A cierta edad y en determinadas condiciones, cada uno es dueño de su propio ser y se encuentra en libertad de proceder como le parezca, sin más límites que los determinados por sus creencias o sus conveniencias. Pero en todo tiempo se entiende

(1) Tomo VII, página 629.

que es un delito atacar el orden familiar, los sentimientos de honor individuales y la propia integridad física.

De aquí los castigos colocados en la ley para los delitos contra la honestidad.

*

* *

162. Concepto jurídico del adulterio.—El primer delito de esta clase, acerca del cual se legisla entre nosotros, es el de adulterio. En general, se incurre en el mismo cuando se viola la fidelidad conyugal, faltándose a los deberes fundamentales impuestos por el matrimonio; pero ese concepto genérico no responde al jurídico, que distingue entre el cometido por el esposo y el ejecutado por la mujer.

La palabra *adulterio* emerge del latín, donde existe el vocablo *adulterare,* que quiere decir: viciar o corromper. Según los jurisconsultos antiguos, existía adulterio cuando una mujer casada tenía acceso carnal con un hombre que no era su marido. Ese concepto restringido del delito que sólo lo crea para la esposa y que no lo extiende al marido, se ha mantenido en algunas leyes. Así, el código español, en el artículo 448, dice que cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio.

Otras leyes, en cambio, como la italiana, castigan, no solamente el adulterio de la mujer, sino que incriminan al hombre casado que tiene concubina, penando, así, al adulterio permanente, pero no el simple contacto carnal cuando se trata del esposo.

Tejedor colocaba a los cónyuges en idénticas condiciones.

La diversidad de criterios impide, por consiguiente, dar una definición completa, pudiendo solamente ensayarse un concepto y decir que el adulterio consiste en la violación de los deberes conyugales impuestos por el matrimonio.

Para que el adulterio concurra es preciso, por tanto: 1.° El estado de casado correspondiente a los dos culpables o, por lo menos, a uno de ellos; 2.° El concúbito; 3.° El dolo.

Siendo la causa del delito la violación del pacto conyugal, la que se realiza con la intervención de un tercero en las relaciones

sexuales de los cónyuges, es indudable que se requiere el estado de casado, por lo menos de parte de uno de los ejecutores. Es un delito, además, en que, generalmente, no hay un ejecutor y una víctima, sino dos partícipes; la víctima sería, en todo caso, el esposo o los esposos ofendidos, o en cuyo perjuicio se hubiese infringido el contrato matrimonial.

Crivellari (1) dice, refiriéndose al concúbito como condición esencial, que la simple infidelidad platónica no es suficiente para la existencia del delito, como no lo sería ningún acto lascivo; el adulterio no concurre sin la *seminatio intra vas*. No creo que esa exigencia sea indispensable, y me ocuparé del punto más adelante al examinar las disposiciones de nuestra ley.

El dolo es necesario, porque si no se sabe por alguno de los partícipes soltero que el otro era casado, no pueden alcanzarlo las consecuencias penales del acto.

*

* *

163. El adulterio en el proyecto Tejedor.—Nuestra ley tiene antecedentes abundantes que es necesario examinar.

El proyecto del doctor Tejedor castigaba el adulterio en el primer capítulo del título de los crímenes y delitos contra la honestidad.

Se definía el delito en el artículo 1.°, el cual decía:

" El adulterio es la violación de la fe conyugal cometida cor-
" poralmente y a sabiendas por cualquiera de los dos esposos."

El precepto era general y colocaba a los dos esposos en las mismas condiciones.

La nota, por medio de la cual se fundamentaba el sistema, decía:

" Este delito no ataca la vida de las personas como los ante-
" riores, pero perturba el orden de las familias de una manera
" grave. Aunque no constituya más que una violación moral,
" quebrantamiento de una fidelidad prometida solemnemente, sus
" efectos no son por eso menos desastrosos. Interésanse en su
" castigo, no sólo la familia, sino también la sociedad y la
" moral pública. El lazo conyugal, el amor materno, se afectan
" en su esencia misma por este delito. Provoca los celos y el

" odio en el corazón de los esposos. La paz doméstica, la armo-
" nía que debe reinar entre el hombre y la mujer desaparecen; y
" de aquí pueden resultar venganzas, y aun crímenes. La educa-
" ción de los hijos se abandona. El padre los mira con ojos des-
" confiados, y duda de su legitimidad. El ejemplo, este primer
" fundamento de la moral privada, desaparece del hogar domés-
" tico. El hijo imitará a sus padres, y el respeto debido a los
" que le han dado el ser se encuentra considerablemente alterado.
" Los lazos de familia se relajan o rompen, y la sociedad sufre
" porque se encuentra herida en el primero de sus elementos. Así,
" todas las legislaciones han previsto este delito, porque todas han
" comprendido su importancia. (Boeresco: Delits et Peines, p. 125).

" El legislador, sin embargo—dice con razón Chauveau Adol-
" phe,—sin perder de vista estas fatales consecuencias, no puede
" hacer abstracción de otro elemento de todo delito, y de toda
" pena, a saber el grado de inmoralidad que supone el adulterio
" en el estado actual de nuestras costumbres. Para establecer la
" acriminación y graduar la pena, debe comprobar, no sólo la
" llaga incesante que mantiene en el cuerpo social, sino el grado
" a que la conciencia general lo infama o excusa, y si el agente
" que sufre la influencia de las preocupaciones y de las costum-
" bres, no deriva cierta atenuación de estas mismas costumbres y
" preocupaciones. (Tomo 4, página 260).

" CORPORALMENTE, &.—*Alieni thori violatio ita ut demun sit
" et sese conmisceant*. La consumación del comercio ilícito es la
" condición esencial del delito. Mientras la criminalidad de los
" deseos no se manifiesta por actos, mientras el pensamiento sólo
" es el adulterio, la impotencia de la ley es una razón suficiente
" de su inacción. Pero no basta, para motivar la acción repre-
" siva, que este pensamiento se revele por actos licenciosos y
" familiaridades aun íntimas. ¿Cómo semejantes actos, que no
" constituyen la consumación misma del crimen, podrían ser la
" base de un proceso? ¿En qué vasto campo de presunciones e
" investigaciones no se extraviaría el juez? Estos actos, por otra
" parte, cualesquiera que ellos fuesen, no tienen las mismas con-
" secuencias que la consumación del adulterio. La mujer, ex-
" traviada por un momento, podría volver sobre sí. El lecho
" nupcial no ha sido manchado. No sería imprudente asemejar
" semejante infidelidad al olvido completo de sus deberes, el

" capricho de un instante, a la violación consumada de su fe. " (Chauveau Adolphe, página 262).

" A SABIENDAS, &.—*Sine dolo adulterium non conmittitur*. Así, " la violencia ejercida en la mujer, o el error de ésta, cuando se " comprueban, son causas justificativas que destruyen la acusa- " ción. El corazón—como dice un autor—no es cómplice de la " mancha del cuerpo, cuando la mujer es víctima de una violen- " cia, o ha habido error evidente. "La mujer no fué en culpa"— " decía la ley Esp. hablando de la violencia.—(L. 1, tít. 20, lib. 8, " R. C.). Pero era preciso que la violencia fuese verdadera, que " se diesen pruebas claras *travando della rebatosamente, de ma-* " *nera que se son pudiese amparar*. (L. 7, tít. 9, P. 4). Las mis- " mas leyes, en el error, parecían exigir que el hombre *yoguiese* " *en la casa, y ella lo recibiese cuidando que era su marido*. (L. 7, " cit.).

" POR CUALQUIERA DE LOS DOS ESPOSOS.—Los legisladores antiguos " tuvieron la falsa idea de creer que la única causa de los adulte- " rios era la mujer, y que si se tomaban medidas a su respecto se " prevenía por esto solo el delito. Así, se cuidaron por un lado de " vigilar las costumbres de la mujer y por otro se castigó sólo el " adulterio de ella. Estas ideas tienen especialmente su funda- " mento en el estado de humillación y esclavitud en que se hallaba " la mujer. El marido, dueño y señor de la persona de su compa- " ñera, no estaba obligado por ningún deber. El no tenía más que " derechos. Sólo ella le debía fidelidad y amor, y en cuanto a él " a nada estaba obligado. Esta idea de dominación, que tenía su " origen en el derecho del más fuerte, ha ido debilitándose poco " a poco con la civilización. Pero sus trazas han quedado señala- " das hasta el siglo último, y todavía se ven en no pocas legisla- " ciones; pero la ciencia moderna tiende a cambiar todas estas " disposiciones y a establecer principios más sólidos y conformes " a la naturaleza del crimen. El fin del matrimonio es establecer " una unidad perfecta entre el hombre y la mujer. Ambos con- " traen la obligación de fidelidad, asistencia y auxilio. Cualquiera, " pues, que rompa la primera de estas obligaciones, ofende por el " mismo hecho uno de los fundamentos del matrimonio y es dig- " no de castigo. (Boeresco, páginas 126 y siguientes).

" El celoso orgullo del hombre—dice Goyena—tiene por la " mayor de las deshonras la que se le hace *en aquella cosa que él* " *tiene apartadamente para sí, y en que naturalmente ninguna cosa* " *que vive no quiere aparcería*. (L. 1, título 14, P. 2). *El tá-* " *lamo nupcial, y el reino y señorío, no quieren compañero*. (L. 1, " título de la misma parte). *La mujer es contada por lecho de su* " *marido y no él della*. (L. 1, título 17, P. 7). En la ley 9, " título 4, libro 3, del Fuero Juzgo se leía, sin embargo, que la " mujer que yacía con hombre casado fuese puesta en poder de " la mujer para que ésta se vengase de ella como quisiese. (Có- " digo Criminal, número 1520).

" En el proyecto de Código Civil, véase el artículo 26, títu- " lo 1, sección 2.ª. Según el artículo 50 del mismo título: " Los " esposos que vivan separados durante el juicio de divorcio tie- " nen obligación de guardarse mutuamente fidelidad, y podrá " ser criminalmente acusado por el otro el que cometiese adulterio."

Las penas eran diferentes para la mujer y para el hombre. A la primera se le fijaban dos años de prisión, y al codelincuente dos de destierro. En cuanto al marido adúltero le correspondían dos años de destierro, siendo de notarse que a la mujer cómplice no se le daba castigo alguno.

La situación del marido se agravaba cuando tenía manceba dentro o fuera de la casa conyugal. En ese caso, la pena era de dos años de prisión cuando la manceba estuviese dentro de la casa, y uno si estaba afuera. Para esta última la pena era también de dos años o un año de confinamiento, según el caso.

Las notas decían:

" La ciencia moderna ha establecido también una diferencia " más o menos grande en la pena que debe infligirse al marido " o a la mujer. Aunque bajo el punto de vista moral la falta sea " la misma, sus consecuencias son diferentes, según que el adul- " terio se comete por la mujer o el marido. Es sabido, en efecto, " que el adulterio de la mujer puede introducir en la familia del " marido hijos extraños, que vendrán después a dividir su fortuna " con los demás hijos, mientras que el adulterio del marido no " tiene estos efectos. Pero la diferencia de la falta no debe influir " sino en el grado de la pena, y no en la naturaleza misma del " delito. Los mismos hechos deben producir el adulterio para el " marido y la mujer, porque desde que se pruebe que el hecho " ha tenido lugar, la falta existe. Exigir otras condiciones para " que haya adulterio del marido, como lo hacen muchos códigos " modernos, es aproximarse al derecho antiguo, que lo exceptua- " ba completamente. (Boeresco, página 132).

"EL MARIDO CULPABLE DE ADULTERIO. — Según varios códi-
" gos modernos, la mujer no puede acusar el adulterio del ma-
" rido sino cuando éste tuviese manceba en la casa conyugal.
" (Francés y belga, artículo 339. Sardo, artículo 326. Nap., ar-
" tículo 328). Preciso es confesar que semejante disposición es
" contraria a la moral y orden de las familias. Dejar, así, al ma-
" rido la facultad de tener una concubina impunemente, y a pe-
" sar de todas las pruebas, mientras se castiga el adulterio de la
" mujer en cualquier parte que lo cometa, es evidentemente esti-
" mular el vicio y dar la mejor parte a los maridos. Si el adulte-
" rio es en sí mismo un hecho criminal, si por medio de su cas-
" tigo, la ley quiere fortalecer los lazos de la familia, y hacer
" respetar el pacto sagrado de la unión, ¿por qué cambiaría su
" naturaleza tratándose del marido? Si en este delito como en
" todos, se encuentran dos elementos, la moral y el interés social,
" ¿por qué agregar respecto del marido otro: el lugar donde se
" comete? Esta condición del todo material, podría ser como en
" ciertos delitos una circunstancia agravante; pero hacer de ella
" un elemento esencial, decir que sin ella no hay delito, es bue-
" namente caer en el materialismo. Boeresco, loc. cit.)"

" TENIENDO MANCEBA. — Es decir, relaciones seguidas y ha-
" bituales con otra mujer."

"EN LA CASA CONYUGAL. — ¿Qué debe entenderse por casa con-
" yugal? La ley romana la definía con estas palabras: *domus pro*
" *domicilio accipienda est*, y la glosa enseñaba que estas palabras
" *pro domicilio* significaban *pro habitatione*. La casa conyu-
" gal es, pues, la de la residencia del marido, *in qua habitat*, la que
" forma la casa común, *in ea domo in cua cum sua conyuge com-*
" *manet*, aquella al menos en que puede obligar a su mujer a vivir,
" y en que él tiene el derecho de residir. La queja de la mujer
" sería, pues, admisible, aunque no habitase actualmente en la
" casa. Lo que la ley quiere proteger es el honor del lecho nup-
" cial, y este honor resulta herido, y verificado el escándalo, aun-
" que la mujer no se halle actualmente en la casa en que se
" admite la concubina. ¿Pero será lo mismo si el comercio ilícito
" se tiene con una persona de la familia?"

Las demás disposiciones se refieren a la acción penal, no tienen mayor importancia a los efectos del estudio que verifico, y en cuanto fueren pertinentes serán tratadas después.

*

* *

164. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupaba del adulterio en el primer capítulo del título sobre delitos contra el orden de las familias y la moral pública.

El alcance del delito, según el proyecto del doctor Tejedor, se cambió aquí, pues se diferenció la situación de la esposa de aquella del marido y se suprimió la noción general referente a uno y otro.

El artículo 262, decía:

" Comete adulterio: la mujer casada que viola corporalmente
" y a sabiendas la fe conyugal; el marido que la viola en la ha-
" bitación conyugal, en casa de prostitución o manteniendo con
" notoriedad manceba."

Como puede verse, para el marido se determinaban condiciones especiales que no regían en manera alguna para la mujer.

Las penas eran variables, según los casos.

*

* *

165. El delito en el código de 1886.—El código de 1886 acentuó aún más la tendencia manifestada en el anterior proyecto, e hizo en esta parte serias innovaciones sobre el primitivo.

Suprimió, desde luego, la definición de adulterio, y se limitó a castigar a la mujer que lo cometiere con la pena de prisión desde uno hasta tres años, y al codelincuente con destierro por el mismo tiempo. Además, y con respecto al marido, estableció que sólo era punible cuando tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal. La pena correspondiente era la de prisión por uno a tres años para el cónyuge y la de destierro por los mismos términos para la manceba.

El Código introdujo también una disposición restrictiva que no se encuentra en los anteriores proyectos, y según la cual, pendiente el juicio de divorcio por adulterio, no se podrá intentar la acción penal. Tampoco podrá intentarse si fuere absolutoria. Si se declarase el divorcio por causa de adulterio, la sentencia no producirá efecto alguno en la causa criminal que se intente.

*
* *

166. La evolución en la materia.—Hasta aquí hemos podido notar una franca evolución en las doctrinas jurídicas, la que se acentúa por medio del proyecto de 1891, donde el capítulo referente al adulterio se suprime.

El cuadro podríamos sintetizarlo así:

1.° PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—La violación de la fe conyugal hace incurrir en responsabilidad a los dos cónyuges, pero la pena para el esposo es menor, salvo en el caso que tuviere manceba dentro de la casa conyugal. El cómplice de la esposa se castiga siempre; la cómplice del marido en algunos casos.

2.° PROYECTO DE LOS DOCTORES VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—El delito de adulterio se diferencia ya siendo castigado siempre cuando se comete por la mujer y penándose en algunos casos cuando se ejecuta por el hombre casado.

3.° CÓDIGO DE 1886.—Las diferencias se acentúan y el adulterio del marido sólo se castiga cuando tiene manceba dentro o fuera de la casa conyugal. El adulterio de la esposa tiene pena en todos los casos.

4.° PROYECTO DE 1891.—El adulterio no es delito. El capítulo respectivo no existe en ese cuerpo legislativo.

*
* *

167. Los fundamentos de la supresión del delito en el proyecto de 1891.—La exposición de motivos del proyecto de 1891 fundó el sistema, diciendo:

"En este título introducimos una reforma aparentemente "trascendental. Suprimimos el capítulo del Código sobre el adul- "terio. El adulterio no es un delito, ni figura como tal en el proyecto. "El ministro Zanardelli, decía refiriéndose a la pena de muerte: "En Italia está abolida de hecho, ¿se puede vacilar en abolirla de "derecho?" Nos hallábamos en presencia de un caso análogo. "En la República Argentina no se persigue el adulterio como "delito, no se intenta proceso contra los adúlteros; o, si excep-

"cionalmente se intenta, jamás se llega a la condenación y en- "carcelamiento de los culpables. Las pocas causas que se pro- "mueven, a veces, entre gentes de las clases inferiores, concluyen "por el abandono o por transacciones más o menos deshonestas "e indelicadas. Los hábitos y las costumbres del país se oponen "a la persecución del delito de adulterio. Nadie conoce mejor que "los magistrados de lo criminal la verdad de estas aserciones. "Ellos saben bien que los preceptos del Código Penal sobre el "adulterio son letra muerta, y que, por lo tanto, un cónyuge "infiel nunca sufre una pena, ni se encuentra en la eventualidad "de sufrirla. Ante un hecho semejante, ¿debíamos vacilar en su- "primir esos preceptos? No, a menos que alguna razón jurídica o, "siquiera, alguna preocupación atendible, difícil de remover, nos "hubiera inducido a ello.

"El adulterio es, seguramente, un acto inmoral; produce "graves consecuencias respecto de los cónyuges, de la familia "y de la sociedad; pero no todos los actos inmorales son ni deben "ser incriminados. El vicio es siempre inmoral, aunque muchas "de sus manifestaciones no se califican de delitos. La discusión "en la doctrina, sobre la incriminación o no incriminación del "adulterio, es vieja. Eminentes escritores de la escuela idealista, "como Pessina, Tissot, Brusa y otros antes y después que ellos, "defienden la negativa. Se sostiene la afirmativa, más con la fuerza "de la tradición que con argumentos de verdadero peso. ¿Qué "importa el adulterio? ¿Cuál es la relación que afecta? Importa "una violación de la fidelidad que recíprocamente se han pro- "metido los esposos y una ofensa al cónyuge inocente. "El sen- "timiento de fidelidad o de infidelidad, que es el objeto esencial "de la promesa conyugal, pertenece exclusivamente a la moral." "(Tissot). La ley no ha creado ese sentimiento, ni esa promesa; "tampoco los ha creado el oficial público o la autoridad que ha "intervenido en la celebración del matrimonio. El oficial público "o la autoridad se ha limitado únicamente a hacer constar de "una manera solemne la existencia de la unión o del vínculo "entre los contrayentes. El sentimiento de fidelidad y la promesa "conyugal se hallan arriba y fuera del alcance de la ley. Por "eso, ésta no puede, con la sanción de la pena, remediar la rup- "tura de ese vínculo moral.

"Se ha sostenido que el adulterio lesiona, no sólo al cónyuge "inocente, sino también el derecho de los hijos, el de la familia

" y el de la sociedad, y que por esto debe ser incriminado. En-
" carar así la cuestión importa desconocer la naturaleza del acto
" y confundir este acto con sus efectos externos, posibles o pro-
" bables. La mejor prueba de que el perjuicio ocasionado, a veces,
" a los hijos del matrimonio, por la incertidumbre y la confusión
" que el adulterio introduce entre ellos, no es el fundamento de
" la incriminación, se halla en que las legislaciones al declararlo
" delito lo hacen en general, sin distinguir, sin exceptuar los casos
" en que, en el matrimonio de los cónyuges culpables, no hubiera
" hijos, ni resultaran a consecuencia del adulterio mismo. Y si el
" efecto producido respecto de los hijos no es la razón de incri-
" minar, menos puede serlo evidentemente el agravio más remoto
" hecho a otros miembros de la familia o a la sociedad. Para re-
" primir la suposición de filiación legítima hecha por la mujer
" casada en favor de un hijo adulterino, no es menester reprimir
" el adulterio, pues basta penar aquel acto, como lo proyecta la
" comisión en el título sobre delitos contra el estado civil.

" Aparte de lo dicho, si el adulterio es un delito, para que la
" pena, como un medio de combatirlo, se aplique y se cumpla, es
" menester: o que se haga de él un delito público, o que deba
" ser perseguido por acción pública, como sucedía en otro tiempo
" entre ciertos pueblos, delito en el cual el carácter o el interés
" público sería bastante difícil de establecer, y sobre todo de
" justificar desde el punto de vista del interés doméstico; y en-
" tonces se necesitaría perseguirle y castigarle con el beneplácito
" o contra la voluntad del principal interesado: se conocen las
" consecuencias funestas de semejante sistema; o bien, al contra-
" rio, que no sea sino un delito privado, y entonces será nece-
" sario, como ciertas legislaciones, forzar al esposo ofendido a
" perseguir a su cónyuge, o castigarle y herirle por su indiferen-
" cia, o su elevación de alma, o su generosidad. ¡Bella moral, ver-
" daderamente, la que castiga el justo desprecio o la nobleza de
" los sentimientos!

" Pero si ninguna de las alternativas precedentes se admite,
" ni es defendible hoy; si se establece, como lo hacen los códigos
" argentino, oriental, español, italiano, holandés, alemán, húngaro
" y la generalidad de los códigos contemporáneos, que el adul-
" terio es un delito acusable únicamente por el cónyuge agra-
" viado; que es un derecho de éste abstenerse o promover el jui-
" cio, seguir el proceso hasta su conclusión o abandonarlo, per-

" donar o no perdonar al cónyuge adúltero y a su codelincuente
" (V. arts. 124 y 125 Cód. Pen. argentino); entonces todo depende
" del esposo ultrajado, y entonces, también, se reconoce implícita,
" pero, irrebatiblemente, que la pena no es un remedio contra el
" adulterio, que buscar un remedio al mal no es—o al menos no
" resulta ser—el fin que la ley tiene en vista al incriminar y
" reprimir ese hecho, sino dar un medio de persecución y de ven-
" ganza al cónyuge ofendido.

" El adulterio, hemos dicho, es un acto inmoral, que genera
" efectos muy perniciosos. Las inmoralidades y los vicios que
" afligen a la sociedad se combaten con una doble serie de me-
" didas: con medidas de carácter civil y con medidas de carácter
" represivo. Las primeras desempeñan el principal papel y son
" las que deben practicarse ante todo. La pena es la última ra-
" zón, es un recurso extremo, al cual sólo se apela cuando las
" instituciones y los remedios civiles han sido ineficaces y se
" espera, por su aplicación, reparar, siquiera sea en parte, los
" males que se trata de combatir. Y bien, ¿se ha demostrado la
" ineficacia de las medidas civiles respecto del adulterio? No, sin
" duda. ¿Se ha demostrado, al contrario, la bondad de las me-
" didas represivas? Entre nosotros, esta última experiencia no
" se ha hecho, ni se hará jamás, porque la pena no se aplica y
" por las condiciones de que depende su aplicación. Pero, donde
" se ha aplicado, ningún efecto saludable ha producido.

" Al suprimir las disposiciones legales sobre el adulterio no
" entendemos haber innovado. Desde luego, hemos sancionado el
" hecho existente en el país, hemos aceptado la doctrina prefe-
" rible a nuestro juicio, y, lo que es más, hemos seguido la direc-
" ción que llevan los códigos penales actualmente. Nada más
" variable a través de las legislaciones históricas o de las legis-
" ciones y costumbres jurídicas de diferentes países, en una mis-
" ma época, que la importancia que ha revestido el delito de
" adulterio y la gravedad de las penas con que ha sido reprimido.
" Desde las legislaciones de los pueblos en que el acto era califi-
" cado de delito capital y se reprimía con penas capitales tam-
" bién, hasta nuestros códigos contemporáneos, en que es o no
" delito, según la voluntad y los designios del cónyuge ofendido,
" y se reprime, si alguna vez se reprime, con penas leves, hay
" una distancia enorme; y, recorriéndola, se vería cómo el hecho
" es cada vez menos incriminado y más benignamente reprimido.

"Añádanse ahora las dificultades insuperables que presenta "la prueba del hecho consumado, pues jamás existen elementos "bastantes de convicción, y se percibirá cuántos inconvenientes "ofrece la incriminación del adulterio, sin proporcionar ninguna "ventaja."

Estas opiniones fueron inspiradas en el código de Holanda, el cual había suprimido también la penalidad del adulterio, innovando sobre las antiguas prácticas.

*

* *

168. La ley número 4189 y la discusión parlamentaria.—La ley número 4189 introdujo reformas sobre el código de 1886, las que esta vez no fueron tomadas del proyecto que le sirviera de base, porque, como hemos visto, no se ocupó de este asunto.

La Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, en el primer despacho que presentó al iniciarse en 1900 la reforma del Código Penal de 1886, suprimió el capítulo sobre adulterio, siguiendo, así, al proyecto de 1891.

El doctor Argerich, sostenedor del despacho, se apoyó en los argumentos de la exposición de motivos antes transcripta, y declaró que de los datos recogidos en los tribunales resultaba que de cien juicios de adulterio entablados, solamente en tres había recaído condena, y que en esos el marido había perdonado a la mujer castigada, reanudando con ella la vida conyugal.

Pero en el segundo despacho que presentó la misma comisión se volvió sobre la supresión del capítulo y se proyectó dejar las cosas como estaban.

En el curso de la discusión se introdujo un artículo nuevo, que reemplazaba al 126, y que dice así:

"No se podrá intentar la acción penal mientras no se "declare el divorcio por causa de adulterio. La sentencia no "producirá efecto alguno en la causa criminal que se intente."

El cambio producido se debió a la iniciativa del diputado doctor Emilio Gouchón, quien explicó su punto de vista diciendo que una acusación por adulterio implica un desacuerdo profundo entre los cónyuges, una verdadera ruptura del matrimonio. Si el esposo ofendido no puede continuar la vida conyugal, es lógico exigirle como condición moral que antes de acusar promueva el juicio de divorcio. La prelación en la acusación por adulterio, sólo se explica cuando se trata de cónyuges degradados que pretenden sacar ventajas del estado de adulterio por medio de la amenaza con una pena al cómplice del mismo.

El artículo nuevo introducido en la ley de reformas hizo sumamente difíciles las acusaciones por delito de adulterio, puesto que antes de poderlas presentar era preciso terminar un juicio de divorcio en el cual se hubiese invocado esa causal y se hubiese obtenido la sentencia condenatoria basada en la misma.

La propuesta contenida en el proyecto de 1891 no triunfó, pero contribuyó a dificultar la iniciación de esa clase de juicios.

*

* *

169. El proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 castigó el adulterio sin decir nada en la exposición de motivos, no obstante el cambio aconsejado sobre el proyecto anterior. El artículo 120, decía:

"Serán reprimidos con prisión de un mes a un año: 1.° La "mujer que cometiere adulterio; 2.° El codelincuente de la mujer; "3.° El marido cuando tuviera manceba dentro o fuera de la "casa conyugal; 4.° La manceba del marido, dentro de la casa "conyugal."

La restricción colocada por la ley número 4189 respecto a la prohibición de iniciar la acción mientras no se declarase el divorcio por causa de adulterio, se mantenía por medio del artículo 78, colocado en la parte general y en el título destinado al ejercicio de las acciones.

*

* *

170. Redacción de la comisión de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados mantuvo el artículo del proyecto de 1906, el que pasó así al código vigente, con la modificación de detalle que señalaré en oportunidad.

En la exposición de motivos de esa comisión se ha deslizado un error de hecho, relativo al proyecto de 1891, que no coincide con el de 1906, como allí se expresa.

*

* *

171. **La doctrina sobre la incriminación.**—Doctrinariamente la primera cuestión que surge al tratarse del adulterio, es la de saber si el hecho debe o no castigarse, y si es o no, por consiguiente, un delito.

Cuando fuí encargado de redactar el anteproyecto de Código que aceptó después la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria y que sancionó la Cámara de Diputados a libro cerrado, manifesté y se dijo así en la exposición de motivos, que la misión del legislador era la de traducir en la mejor medida posible las necesidades y el pensamieno del medio al cual debían destinarse las leyes que tenía la misión de preparar. Estas no eran campo de experimentación, y no era por medio de las mismas que debían ensayarse o ponerse en práctica ideas personales.

Por esos motivos, y no obstante compartir el pensamiento de los redactores del proyecto de 1891, que dieron en la exposición de motivos las razones que fundamentaban la desincriminación del adulterio, acepté el proyecto de 1906. En nuestra sociedad no se ha conseguido todavía sancionar una ley de divorcio; predominan aún muchos convencionalismos que se quieren mantener en apariencia, que se concuerda sobre su ineficacia, pero que se discute su desaparición aferrándose a los mismos, como a restos de un pasado que aun no quiere entregarse al presente.

La supresión del capítulo del adulterio se contempla por muchos como la expresión legislativa de la tolerancia con una inmoralidad grave y disolvente; se considera, a pesar de no discutirse la innocuidad de las disposiciones, que su mantenimiento equivale a una reprobación, la cual no obstante ser teórica en el hecho, existe como una expresión de opiniones por parte del legislador; y se estima que, por respeto al matrimonio y a la familia, no debe suprimirse.

Como la discusión, caso de haberse propuesto la supresión, hubiera, quizá, complicado la sanción del Código, y como el mantenimiento no causaba ningún perjuicio, preferí declinar de mi modo de pensar particular y aceptar la inclusión del capítulo. Pero mantengo, a pesar de todo, el criterio antes expuesto, sostenido por los redactores del proyecto de 1891 y sustentado por mí en "La Ley Penal Argentina".

Diré, para terminar con este punto, que cuando presenté a la consideración de la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 como base para la encuesta y la reforma, dije, respecto al delito de adulterio:

" El proyecto introduce en esta materia innovaciones de deta-
" lle, haciéndose cargo de las críticas que se formularon oportuna-
" mente contra el código vigente.

" Suprime la pena de destierro, que constituía un anacronis-
" mo, y reduce el castigo de prisión impuesto por la ley vigente.

" Si hubieran de triunfar mis opiniones personales, suprimiría
" ese capítulo de la ley represiva, por razones que he vertido en
" publicaciones anteriores. Pero pienso, en esta como en otras ma-
" terias, que cuando se trata de legislar para un país no puede
" pensarse en imponer las propias creencias, sino en recoger del
" ambiente de la colectividad lo que se piensa y desea. El legislador
" puede mejorar, pero jamás inventar fuera del sentimiento y la
" necesidad del pueblo para el cual se proyecta.

" Por eso, sin declinar de convicciones científicas ni doctrina-
" rias, debo, si pretendo hacer obra útil, no chocar con el medio
" y aceptar las imposiciones del mayor número. Vierto esos concep-
" tos para explicar por qué no suprimo ni modifico algunas partes
" del proyecto, el que ha sido redactado, como lo dijo la exposición
" de motivos y lo remarcó el doctor Magnasco en el prólogo del
" libro del doctor Herrera, de acuerdo con la experiencia y sin
" hacer "ensayos de teorías más o menos seductoras".

" La ley número 4189, por el artículo 18, modificó el 126 del
" Código Penal, prohibiendo la acción mientras no se obtuviese
" sentencia de divorcio.

" El proyecto repite ese precepto, pero no en la parte especial,
" sino en el artículo 78 de la general y en el título destinado al
" ejercicio de las acciones.

" De manera que reduce las penas, suprime el anacronismo del
" destierro y mantiene la cláusula restrictiva que se encontraba
" ya en el proyecto de 1891."

*
* *

172. Incongruencias en la represión del adulterio.—La falta de un fundamento serio para la represión del adulterio, resulta también de las diferencias que se hacen entre el adulterio de la mujer y el del esposo, entre otros que examinaré. Así, el marido, guardando las formas, puede realizar el hecho sin incurrir en delito, bastándole para eso con no tener manceba. En cambio, a la esposa, se la condena siempre.

Al copartícipe de la mujer se le castiga; a la copartícipe del marido, fuera del caso de ser su manceba, no se le pena, aun cuando haya tenido mala fe y por objeto exclusivo afrentar a la esposa ofendida.

La acción no se puede entablar sino después de haberse declarado el divorcio por causa de adulterio, lo que hace que la querella sea ilusoria y que la disposición de la ley se convierta en una regla de moral y no en un principio con imperio.

Además, la pena se reduce paulatinamente, lo que acredita una vez más que la incriminación del adulterio tiende a desaparecer de nuestra ley represiva.

*
* *

173. Modificación del criterio.—La evolución sufrida por nuestro país, en esta materia, es notoria. Aparte de lo preceptuado por el Código Civil, y aparte del movimiento reformista que avanza día por día y que dará lugar en breve a modificaciones fundamentales en el régimen de la familia, lo que ha ocurrido dentro del Código Penal, revela la modificación del criterio.

El derecho del cónyuge ofendido era, dentro de nuestra ley, que seguía el sistema de los preceptos tradicionales, concluyente e indiscutible. El que sorprendía a su esposa en flagrante delito de adulterio, podía matarla sin ninguna consecuencia. La eximente del artículo 81, inciso 12, lo amparaba sin discusión. El cónyuge que tenía noticias de la infidelidad de su consorte podía premeditar su crimen, prepararlo, tender la celada a su mitad, preparar

la sorpresa, facilitando la entrevista, y asesinar con toda alevosía y seguridad. Y como esto respondía a un concepto ancestral, todavía se consideraba que el matador había salvado su honor. El crimen se autorizaba, pero el divorcio no.

El código vigente no admite eso, como se ha podido notar en oportunidad, y la Comisión de Códigos del Senado, estudiando el asunto, repitió que no se había querido establecer en la ley el derecho a matar en ningún supuesto.

Hemos, así, avanzado en el orden penal, abandonando prejuicios y preparando el camino para las reformas fundamentales que no pueden tardar dentro del régimen del derecho privado.

Pasaré, ahora, al estudio del Código.

*
* *

174. El artículo 118 y sus concordancias.—

Artículo 118

Serán reprimidos con prisión de un mes a un año:
1.° La mujer que cometiere adulterio;
2.° El codelincuente de la mujer;
3.° El marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal;
4.° La manceba del marido.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 448.—Código italiano, 353.—Francés, 336, 337 y 338.—Belga, 387 y 388.—Chileno, 375.—Portugués, 401.—Húngaro, 246.—Austriaco, 247.—Alemán, 172.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, artículos 1.° a 6.°.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 262 a 268.—Código de 1886, 122 a 125.—Ley número 4189, 18.—Proyecto de 1906, 120.

*
* *

175. Alcance del precepto.—El Código no define el adulterio, limitándose a penarlo.

Castiga en todos los casos el de la mujer, penando también

al codelincuente; y castiga el del marido cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal. A esta última también la incrimina.

La pena es la misma para todos los casos, siendo sus límites amplios, pues el mínimum es el de un mes de prisión y el máximum el de un año.

Debemos, para precisar nociones, empezar por establecer cuándo comete adulterio la mujer.

*

* *

176. El adulterio en la mujer.—La mujer casada ejecuta el delito de adulterio cuando comete concúbito con un hombre que no es su marido. Comparto el concepto de Jofré cuando dice, refiriéndose a la definición de González Roura, que puede existir acceso carnal por parte de la mujer con persona que no es su cónyuge y, sin embargo, no incurrir en adulterio. Así, la mujer casada que comete actos monstruosos con otra mujer, no incurre en delito de adulterio, y tampoco lo ejecutaría la que sólo tuviese contactos deshonestos (1).

Todo eso podría significar depravación, pero no estaría caracterizado el delito de adulterio.

Sobre estos asuntos se ha producido siempre la controversia. Para Crivellari, como hemos visto antes, se requiere, no sólo el contacto carnal, sino el concúbito, siendo preciso que haya *seminatio intra vas.*

Garraud expresa (2) que la *fornicatio* es necesaria. Las fami-

(1) Tomás Jofré.—El Código Penal de 1922, página 223.—Octavio González Roura.—Derecho Penal, tomo III, página 80.
Después de estar el presente libro en curso de publicación, han aparecido las dos importantes obras que acabo de citar. Sus autores son conocidos. El doctor González Roura es profesor de derecho penal en la Universidad de La Plata y destacado miembro de la magistratura en la Capital Federal. Ha contribuído con su opinión y con su esfuerzo a la reforma penal, y su obra representa un aporte de gran importancia para nuestra literatura jurídica. El autor ha influído, además, en la reforma de las leyes procesales de la provincia de Buenos Aires. En cuanto al doctor Jofré, también profesor de la Universidad y colaborador en los trabajos por la reforma penal, ha vinculado su nombre a nuestras labores legislativas desde el parlamento provincial de Buenos Aires, y como autor del Código de Procedimientos Penales que rige en esa provincia. En adelante me referiré a esas dos obras, las que no he citado hasta ahora por los motivos antes expresados.

(2) Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français. Tomo V, páginas 139 y 140; N.° 1873.

liaridades más culpables, las intimidades más obscenas, los actos impúdicos que se permitiera una mujer casada, o las relaciones monstruosas, no pueden considerarse como características del delito de adulterio. La tentativa no es admisible, requiriéndose la consumación, *la seminatio intra vas,* como decían los antiguos jurisconsultos.

Groizard (1) entiende también que se necesita para la existencia del delito la concurrencia de la cópula, pero hace observaciones relacionadas con la comprobación del hecho y con sus dificultades.

No hay, en realidad, disparidades de criterio en cuanto a la noción en sí, sino con respecto a los requisitos necesarios para afirmar la existencia del delito en presencia de los hechos reveladores. El punto no es de fondo, sino de procedimiento y de prueba, pero se vincula estrechamente con aquél, desde que si se adoptaran criterios restrictivos, sería muy difícil declarar en ningún caso la existencia del delito.

Si, de acuerdo con la noción dada, fuera preciso llegar a la comprobación material que supone la frase latina de la antigua sabiduría, serían contados los casos en que el adulterio se acreditaría. De aquí que, cuando median determinadas circunstancias externas, se supone la concurrencia del concúbito.

Así, el Tribunal Supremo de España, ha establecido: 1.° Que las cartas amorosas dirigidas mutuamente entre la mujer casada y su amante, sus citas y entrevistas en distintos sitios, especialmente en la casa pública de citas, donde fueron sorprendidos y a la que habían concurrido varias veces, demuestran sin género de duda, no sólo un trato ilícito, sino también los actos que constituyen adulterio (sentencia de 23 de junio de 1874); 2.° El estar los adúlteros acostados juntos en una cama y a obscuras, como fueron sorprendidos por el esposo de la procesada y otras personas, evidencia que las relaciones que sostenían aquéllas eran ilícitas, y que el yacimiento se había efectuado entre ambos, siendo responsables del delito de adulterio (sentencia de 4 de febrero de 1904); 3.° Las cartas con protestas de amor, y la alusión a entrevistas hacen suponer la preparación del delito, pero no acreditan el ayuntamiento efectuado (sentencia de 12 de julio de 1905).

No creo que se puedan, a este respecto, fijar reglas. El delito

(1) Tomo V, página 24.

sabemos en qué consiste. La prueba debe hacerse de acuerdo con las reglas comunes que fijan los requisitos necesarios para acreditar los hechos.

*
* *

177. Efectos civiles del adulterio.—La ley no castiga solamente el adulterio de la mujer, sino que le aplica la misma pena al codelincuente.

La gravedad del adulterio en la mujer, aparte de lo que significa bajo el punto de vista de la violación de los deberes conyugales, se encuentra en las consecuencias posibles del acto.

La maternidad es un hecho que cae bajo el dominio de los sentidos, y por eso los antiguos jurisconsultos decían *mater semper coerta est*. En cambio, la paternidad no tiene el mismo carácter, y debe simplemente presumirse de acuerdo con los hechos. Cuando una mujer sólo ha tenido acceso carnal con un hombre, la paternidad es cierta, pero si lo hubiera tenido con más de uno, podría ser dudosa.

En el matrimonio se presume que el padre de todo niño nacido dentro del mismo es el marido, principio que expresaba la antigua sabiduría, diciendo: *Pater est quoe nuptiae demonstrat*. De manera que el adulterio de la esposa puede consagrar un grave fraude familiar, como sería el de atribuir al esposo un hijo que en realidad no le perteneciese.

No señalo la gravedad a los efectos penales, porque he dado opinión al respecto, pero remarco el hecho por cuanto entiendo que tiene alcances civiles de orden familiar sumamente importantes.

Además, cuando la esposa tiene un amante, la autoridad del marido disminuye o desaparece, interviene en los asuntos del hogar una influencia perturbadora, y la disolución de aquél es un hecho, salvo los casos de inmorales consentimientos.

Todo esto ha hecho que se considere más grave el adulterio de la mujer que el del marido.

*
* *

178. El adulterio del marido.—El esposo sólo comete el delito de adulterio cuando tiene manceba dentro o fuera de la casa conyugal, esto es, cuando además de la esposa legítima conserva otra ilegítima.

La ley castiga al esposo adúltero y a la manceba. El proyecto de 1906 sólo penaba a la manceba que se tuviera dentro de la casa conyugal, y la disposición fué sancionada en esa forma por la Cámara de Diputados, pues así lo aconsejó la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

Pero la segunda Comisión de Códigos del Senado suprimió las palabras finales del inciso 4.°, y el artículo se sancionó definitivamente disponiendo el castigo de la manceba en todos los casos.

El Código no castiga el concúbito del marido, no reprimiendo en realidad el acto mismo de éste, sino la permanencia de una situación que contraría los principios del contrato matrimonial monogámico.

*
* *

179. El carácter de la acción.—La acción que nace del delito de adulterio es privada. (Artículo 73, inciso 1.°). Ella corresponde únicamente al cónyuge ofendido, quien deberá acusar a ambos culpables.

La acción es privada porque la autoridad no debe entrometerse en las relaciones íntimas de las personas, ni dar lugar a investigaciones que serían de efectos deplorables. La acusación debe dirigirse contra los dos culpables, porque de lo contrario se prestaría a venganzas personales, a negocios inmorales o a situaciones imposibles, que la ley en ningún caso debe tolerar.

La querella no se podrá intentar sino una vez declarado el divorcio por esa causal. (Artículo 74).

La exigencia fué colocada, como hemos visto, al relatar los antecedentes en la ley de reformas, y de allí pasó al proyecto de 1906 y al código en vigor.

La restricción se colocó teniendo en cuenta hechos ocurridos en nuestro medio social. Algunos traficantes de blancas, que comerciaban con sus propias esposas, hacían en ciertos casos un fácil *chantage,* que consistía en amenazar con la demanda sobre adulterio al amante accidental de la mujer para el caso de no compensarse la pretendida honra afectada con las sumas de dinero correspondientes.

La exigencia del Código impide ese tráfico posible, evita la amenaza y sobre todo la consumación. El esposo ofendido debe concurrir a la jurisdicción civil, y recién después de haber obtenido sentencia condenatoria por causa de adulterio, y de pasar ésta en autoridad de cosa juzgada, puede querellar.

Demás está decir que con esa restricción el título sobre adulterio ha quedado reducido a una cuestión teórica más bien que a una serie de enunciados prácticos.

El Código establece, además, aumentando las reservas, que la sentencia pronunciada en el juicio civil de divorcio no producirá efecto alguno sobre el juicio criminal. (Artículo 74).

Para los casos en que la sentencia fuere contraria a la declaración de divorcio, el precepto no hubiese sido preciso, desde que rechazada aquella demanda la acción no hubiera podido entablarse, pero lo que consigna la disposición, es que, declarado el divorcio por causa de adulterio en la jurisdicción civil, las conclusiones a que se ha llegado en aquel juicio no influyen en el proceso criminal. Será necesario, así, en esta última jurisdicción, presentar toda la prueba y proceder como si no existieran antecedentes.

La prueba sería, así, tardía, siempre desde que se tendría que producir sobre hechos ocurridos con bastante anterioridad.

Por fin, sería difícil que no se produjera la prescripción, salvo los casos de haberse continuado ejecutando el delito después de iniciada la acción de divorcio.

El cónyuge que ha consentido el adulterio, o que lo ha perdonado, no tiene el derecho de iniciar la acción. (Artículo 74).

La ley considera que el derecho a querellar es privativo del cónyuge ofendido, pero no entiende que deba conferirse a éste una especie de potestad para ser ejercitada cuando le parezca. El afectado es el llamado a resolver acerca de su propio caso. Si considera que lo ocurrido ha deshecho su matrimonio y entiende

que es el caso de recurrir a la justicia, puede hacerlo, pero si ha tolerado, o sin haberlo hecho ha reanudado sus relaciones con el cónyuge ofensor, se entiende que el perdón ha finiquitado el asunto.

La prohibición de entablar la acción con respecto al cónyuge consentidor del adulterio, lo mismo que respecto a aquel que lo ha fomentado, aprovechando de sus consecuencias, se justifica moral y jurídicamente, desde que la ley no puede contribuir a facilitar la corrupción.

*

* *

180. La improcedencia de la acción de adulterio cuando el divorcio se ha producido por otra causal.—La acción de adulterio no puede prosperar cuando los cónyuges se encuentren divorciados a causa de un motivo ajeno a ese. Basta plantear el caso para resolverlo.

Un esposo demanda a otro basado en sevicias, abandono o cualesquiera otra causal, con excepción de la de adulterio. La sentencia se pronuncia y el divorcio se establece por imperio de la misma. Si uno de los cónyuges comete después delito de adulterio, para entablar la acción criminal se necesita obtener previamente una sentencia civil que establezca la separación por esa causa. Pero si el afectado se presenta a los tribunales civiles, éstos no pueden dar curso a la demanda a los efectos de obtenerse lo que ya se tiene conseguido, o sea el divorcio, aun cuando hubiese sido por otra causal. Se opondría, así, la cosa juzgada y el caso no prosperaría.

Esto no quiere decir que los esposos divorciados tengan el derecho de quebrantar las reglas que impone la mutua fidelidad. Ante las disposiciones de la ley civil, los deberes existen desde que el divorcio no consiste sino en la separación personal, manteniéndose el vínculo. Ante el Código Penal, el delito se comete sin excepciones, pero en los hechos y por falta de medios para la acción, el delito quedaría sin pena.

*
* *

181. Los matrimonios nulos y las alegaciones de nulidad.—Para que exista el delito de adulterio es necesario que uno de los coautores, por lo menos, sea casado. Si el matrimonio fuera nulo, como nulo equivale a no existente, el delito no concurriría por faltarle un elemento esencial.

Ahora bien; producida la querella, ¿podrían los dos acusados o alguno de ellos alegar la nulidad del matrimonio para sostener que no concurre delito y exigir esa declaración previa antes del pronunciamiento en el juicio criminal?

González Roura (1) piensa que sí, y cree, de acuerdo con los artículos 1104 del Código Civil y 86 de la Ley de Matrimonio, que esa cuestión tiene el carácter de prejudicial.

Jofré (2) sostiene lo contrario, y cita casos de jurisprudencia aplicables en su concepto para sustentar su opinión.

Ante el texto del inciso 1.° del artículo 1104 del Código Civil, según el cual es cuestión prejudicial la que versare sobre la validez o nulidad de los matrimonios, considero que discutido ese punto, que es de solución previa en la jurisdicción civil, los trámites del juicio criminal deben suspenderse.

Los fallos citados por el mismo doctor Jofré, como lo veremos al estudiar los matrimonios ilegales, abonan la tesis del doctor González Roura.

(1) Tomo III, página 81.
(2) Página 223.

VIII

Violación y estupro

182. La noción a través de los antecedentes. Proyecto Tejedor.—183. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—184. Código de 1886.—185. Proyecto de 1891.—186. Proyecto de 1906.—187. Cuándo se comete el delito de violación.—188. El artículo 119 y sus concordancias.—189. Requisitos legales para la existencia del delito.—190. La edad de la víctima.—191. La ausencia de voluntad.—192. Violencia física y moral.—193. Honestidad de la víctima.—194. La violencia en el matrimonio.—195. Fundamentos del proyecto de 1891.—196. El artículo 120 y sus concordancias.—197. El delito de estupro.—198. Antecedentes del proyecto Tejedor.—199. Legislación posterior.—200. Proyecto de 1891.—201. Proyecto de 1906.—202. Cuándo concurre la honestidad.—203. Medios para la consumación del delito.—204. El artículo 121 y sus concordancias.—205. Antecedentes y alcance de la disposición.—206. El artículo 122 y sus concordancias.—207. Agravantes especiales en el delito de lesiones.—208. Antecedentes nacionales.—209. Proyecto de 1891.—210. Proyecto de 1906.—211. Fundamentos de la agravación.—212. El artículo 123 y sus concordancias.—213. Agravantes especiales en el delito de estupro.—214. El artículo 124 y sus concordancias.—215. Alcance de la disposición.—216. La acción en estos delitos.

*
* *

182. La noción a través de los antecedentes. Proyecto Tejedor.—El código vigente caracteriza los delitos de violación y de

estupro diciendo que se ejecutan cuando se tiene acceso carnal con personas de uno u otro sexo en determinadas condiciones.

Estudiaré la noción a través de nuestros antecedentes legislativos y de la doctrina, para ocuparme después del alcance del Código. Empezaré por fijar esos conceptos respecto al delito de violación.

Según el proyecto del doctor Tejedor se comete delito de violación, cuando empleando la violencia física o amenazas de un peligro inminente y actual para el cuerpo o la vida, se obliga a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad. Se reputa cometido el mismo delito: 1.° Cuando la víctima se halle privada de razón o de sentido por narcóticos u otros medios empleados a este objeto; 2.° Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias expresadas.

La violación—decía la nota, citando al Comentario Oficial del código de Baviera—envuelve contra la persona un doble ataque en su físico y en su integridad moral. Estas dos especies de ataques pueden causar a la víctima el más grave daño y comprometer la felicidad de toda la existencia. Los elementos de este crimen, son: 1.° El empleo de la violencia, ya resulte de vías de hecho directas o de amenazas contra el cuerpo o la vida; 2.° La unión corporal o conjunción de los órganos sexuales; 3.° La falta de consentimiento de la persona atacada. El crimen puede dirigirse contra un hombre o contra una mujer, no importando que esta última sea honesta o no, pues por el hecho de no serlo no ha perdido la disposición de su cuerpo.

Sobre los medios de cometer el delito, agrega la nota:

"La violación puede verificarse de varios modos—dice Pacheco.—Primero, empleando la fuerza o la intimidación, atando, sujetando, derribando, o bien valiéndose de un arma, o de una amenaza de tal género que postre a la persona a quien se acomete. Este es el medio que ha dado su nombre al delito: éste es el que lo caracteriza. Segundo, privando de razón o de sentido a una mujer para que no oponga resistencia, o bien aprovechando ese estado en que se encuentra y abusando en él de su persona. La vileza y cobardía de este medio hace el caso no menos infame y punible que el anterior. Tercero, la mujer, la víctima, si es menor de doce años cumplidos, cualquiera que sean las circunstancias con que se cometa el atentado. La ley ha querido rodear de esta garantía la sencillez y la inocencia, ella ha visto un monstruo de bárbara lujuria en el que profana de ese modo lo que por todo género de razones humanas y divinas debía serle respetable."

Y por último, sobre la clase de fuerza, expresa, citando también a Pacheco:

"No es indispensable que se haya hecho una resistencia desesperada y que hayan sido vencidos todos los esfuerzos. La ley no exige tanto. Sobre todo al igualar con la violencia física la intimidación ha dado bien claro a entender la idea que la dirige. No debía buscar en las mujeres heroínas, ni en los violadores colosos de fuerza o de poder. En resultando que la resistencia fué verdadera y que se emplearon medios materiales capaces de sujetar, de inutilizar, de amedrentar a una persona común, la violación está justificada."

Las penas se aplicaban teniendo en cuenta las consecuencias del delito y la honestidad o deshonestidad de la víctima. También se establece que las mismas penalidades se aplican a los reos de sodomía.

Debe advertirse que el doctor Tejedor legislaba sobre violación en un capítulo especial, dedicando otro al estupro y corrupción de menores conjuntamente.

* * *

183. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupaba en el capítulo segundo del título de los delitos contra el orden de las familias y la moral pública, de la violación, estupro, corrupción de menores, rapto y ultrajes públicos a las buenas costumbres.

Los artículos 269 y 270 definían el delito de violación diciendo, respectivamente:

"a) Se comete delito de violación cuando empleando la violencia física, o amenazas de un peligro inminente o actual, se obliga a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad; b) Se reputará cometido el mismo delito: 1.° Cuando la víctima se halle privada de razón o de sentido por cualquier

" causa; 2.° Cuando fuera menor de doce años cumplidos, aunque " no concurra ninguna de las circunstancias expresadas."

El criterio para la fijación de las penas concordaba con el que había tenido el proyecto del doctor Tejedor.

*
* *

184. Código de 1886.—El código de 1886 refundió los dos artículos que traían los proyectos anteriores en uno solo, pero manteniendo los mismos conceptos. El precepto conservado con el número 127, decía así:

" Se comete violación en cualquiera de los casos siguientes, " cuando ha habido aproximación sexual, aunque el acto no llegue " a consumarse: 1.° Cuando se usa de fuerza o intimidación; " 2.° Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentidos por " cualquier causa; 3.° Cuando la mujer sea menor de doce años " cumplidos, aunque no concurra ninguna de las circunstancias " expresadas en los incisos anteriores."

Las penas que se aplicaban también a los reos de sodomía, se inspiraban en el criterio antes expuesto, y tenían en cuenta las consecuencias del delito en la salud de la persona y la honestidad de la misma.

*
* *

185. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891, a diferencia del código anterior, que se ocupaba de la violación en un capítulo y del estupro y corrupción de menores en otro, legisla acerca de violación, estupro y ultrajes al pudor en un capítulo único.

La violación que se reprime en el respectivo artículo, sin nombrar el delito, consiste en tener concúbito fuera de matrimonio con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes: 1.° Cuando la víctima fuese menor de doce años; 2.° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiere resistir; 3.° Cuando se usare de fuerza o intimidación.

El proyecto fijaba las penas y señalaba agravantes especiales.

La exposición de motivos precisaba algunas nociones, lo que me reservo anotar cuando estudie los artículos del Código en particular.

El precepto del proyecto citado se incorporó al código de 1886 por medio del inciso a del artículo 19 de la ley número 4189, que substituyó en esa parte a las disposiciones anteriores.

*
* *

186. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 se ocupa en el mismo capítulo de la violación y el estupro, y dice en el artículo 121 que será reprimido con prisión de tres a diez años el que tuviese acceso carnal con personas de uno u otro sexo en los tres casos que indica, y que son los mismos contenidos en el proyecto de 1891.

Cuando presenté el proyecto de 1906 a la Cámara de Diputados, como base para la reforma, propuse que la pena se aumentase y se fijara en prisión desde seis hasta quince años. Tuve en cuenta para eso lo establecido en la ley número 9143, conocida durante su vigencia con el nombre de ley Palacios.

Mis modificaciones se aceptaron y el artículo se sancionó en las dos Cámaras, sin observación, de conformidad a lo establecido en el proyecto originario.

*
* *

187. Cuándo se comete el delito de violación.—Como hemos podido notarlo en los antecedentes nacionales, el delito de violación se comete en una de estas tres condiciones: 1.° Ser la víctima menor de doce años; 2.° Estar privada de razón o de sentidos; 3.° Usarse de fuerza o intimidación.

Para calificar la acción que debe ejercitarse se usan términos distintos: Tejedor habla de aproximación sexual; Villegas, Ugarriza y García de aproximación sexual también; el código de 1886 usa la misma expresión; el proyecto de 1891 se refiere a concúbito; el

de 1906 emplea los términos *acceso carnal;* y el código vigente reproduce estos últimos.

Pero todos ellos expresan un mismo y único concepto, entendiéndose que el delito se ejecuta por la unión sexual completa en las condiciones determinadas por la ley.

El delito ataca la integridad física y la honestidad personal, dos derechos fundamentales que la ley tutela, erigiendo en delitos los atentados contra los mismos.

*

* *

188. El artículo 119 y sus concordancias.—

Artículo 119

Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

1.° Cuando la víctima fuere menor de doce años;

2.° Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir;

3.° Cuando se usare de fuerza o intimidación.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 331.—Holandés, 242, 243 y 244.—Húngaro, 232.—Francés, 332.—Español, 453.—Alemán, 177.—Chileno, 361.—Uruguayo, 276.—Belga, 375.—Código de 1886, 127.—Ley número 4189, 19.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, § 2, artículos 1.° y 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 269 y 270.—Proyecto de 1891, 146.—Proyecto de 1906, 121.

*

* *

189. Requisitos legales para la existencia del delito.—La ley castiga el hecho de hacerse sufrir a una persona de uno u otro sexo, contra su voluntad expresa o presunta, la aproximación sexual.

Se requiere, para la concurrencia del delito, la conjunción carnal como finalidad y la violencia como medio para alcanzarla.

La ley no tiene para qué establecer cuándo se entenderá que ha habido acceso carnal, ni a qué reglas debe sujetarse el juez para decir si aquél ha sido o no completo, porque se trata de puntos de hecho que se determinan por medio de la prueba. Si el agente no llega al acceso carnal, puede existir tentativa o simplemente un ultraje al pudor, según el caso.

Pero el acceso carnal característico del delito ha debido producirse en determinadas condiciones para que aquél exista. Esas circunstancias se refieren a la situación de la víctima, y se sintetizan en los tres incisos del artículo en examen.

*

* *

190. La edad de la víctima.—La primera condición característica del delito se encuentra en el hecho de que la víctima fuere menor de doce años. La ley no requiere fuerza, ni amenazas, ni violencias, bastando el hecho de la edad, aun cuando la propia víctima hubiese expresado su consentimiento.

La ley civil considera que la pubertad en la mujer se inicia a los doce años y en el varón a los catorce. Antes de esas edades, el matrimonio no se permite, entendiéndose, en consecuencia, que las personas recién después de cumplidas aquellas edades respectivamente tienen aptitud sexual.

El contacto carnal, antes de haberse obtenido ese desarrollo, es de una violencia evidente, aun cuando otra cosa se pudiera expresar. Pero aparte de las condiciones físicas de las personas, que podían rebatirse argumentando con las excepciones, es indudable que los individuos hasta después de tener cierto desarrollo, carecen de la capacidad necesaria para su propio gobierno. De aquí los principios de las leyes civiles sobre capacidad y acerca del derecho de la persona para manejarse individualmente y para administrar sus bienes.

La persona hasta no tener un cierto grado de desenvolvimiento físico e intelectual no puede discernir sobre las consecuencias de sus actos, y cuando por ausencia de facultades está en

condiciones desfavorables para la defensa, la ley tiene que ampararla, rodeándola de medidas precaucionales.

El contacto carnal con persona menor de doce años se considera violación porque se supone la falta de condiciones en el sujeto para consentir y para sufrir esa aproximación. Carece de desarrollo, tanto moral e intelectual como físico.

*

* *

191. La ausencia de voluntad.—El Código establece también que existe violación cuando la persona ofendida: a) Se hallare privada de razón o de sentido; y b) Cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir.

La ley tutela especialmente la ausencia de voluntad y la imposibilidad de la resistencia. En el primer caso, la víctima no discierne acerca de la acción que sobre ella se ejercita; en el segundo se supone que quiere resistir, pero que no puede. En el primer caso hay una afección mental; en el segundo un impedimento físico.

Las causas por las cuales una persona pudiera estar privada de razón o de sentidos pueden ser diversas. Desde luego, podría tratarse de una persona atacada de alienación mental, de lo que se llama comúnmente locura. La persona en estas condiciones carece de voluntad, y la aproximación sexual que se le hiciera sufrir no contaría con el concurso de la misma, porque no existiría, a causa precisamente de la enfermedad.

El agente, para incurrir en delito, tiene que conocer la enfermedad mental de la víctima. Si él creyera y se acreditase que había podido creer en la normalidad de la víctima no podría ser castigado. El dolo se necesita aquí lo mismo que en los demás casos, y él deriva del conocimiento.

El estado de privación puede haber sido provocado por el autor del delito o por otra persona, lo que ocurriría si se hubiese suministrado a la víctima un narcótico u otra substancia cualquiera que le hubiese producido la situación especial de inconciencia.

De manera que la turbación mental puede ser natural y provocada. Puede también ser natural y no responder a una enfermedad, como ocurriría en el caso de la persona que se aprovechase del sueño de otra para consumar sus propósitos carnales.

La ley considera tan grave para la descendencia el embarazo de una mujer demente, como consecuencia de una violación, que el artículo 86, inciso 2.° autoriza para esos casos, como lo hemos visto antes, el aborto de la mujer.

La enfermedad a que alude el artículo no es la mental, sino cualquier dolencia que impida a la persona afectada la defensa que tendría en condiciones normales.

En estos casos se supone siempre la violencia, pues aun cuando la fuerza no debiera ser muy grande, siempre tendría que concurrir para contrariar la voluntad de la víctima, enferma y en condiciones de deficiencia física para la resistencia.

*

* *

192. Violencia física y moral.—El tercer caso del artículo es aquel en que se emplee la fuerza o intimidación. El Código ha comprendido, así, la violencia física y la moral. Concurre la primera cuando se usa la fuerza material a los efectos de obligar a una persona al acceso carnal; y existe la segunda cuando se compele por medio de amenazas de un mal grave. Cuando se usa la fuerza, la voluntad se vence materialmente y el consentimiento de la víctima no se arranca. Cuando se emplea la intimidación, el consentimiento se obtiene a base de la amenaza, cediendo la víctima para evitar el peligro, y eligiendo entre los dos males el que supone menor.

La apreciación de la violencia física es fácil, puesto que se trata de estimar hechos. Si la víctima fué atada, si sus fuerzas eran reducidas en comparación a las del agente o de los agentes, si se la redujo a la impotencia, la circunstancia ha concurrido y el delito existe.

En cambio, cuando se trata de apreciar la intimidación, las cosas no ofrecen la misma facilidad para el pronunciamiento, porque lo que debe considerarse, no es sólo un hecho, sino el efecto que ese hecho, o sea la amenaza, haya podido y debido producir en el ánimo de la víctima.

Los magistrados, en esos casos, deberán examinar el asunto

y decidir por la concurrencia del delito, cuando las amenazas fueren suficientes como para haber podido producir el efecto buscado. Para ello será preciso tener en cuenta las circunstancias relativas a las personas que, respectivamente, han intervenido.

Es preciso examinar con cuidado los detalles de cada caso, porque es frecuente que la persona seducida, para liberarse de responsabilidad personal, sostenga que se ha ejercitado violencia contra ella, cuando no concurrió ese factor, siendo los hechos producidos resultado del consentimiento o de la falta de defensa suficiente.

Debe también tenerse en cuenta otro factor, y es el relativo a las dificultades para la prueba. Por eso cada caso será preciso que se examine especialmente, a fin de poderse formar un juicio con el conjunto de circunstancias relativas al mismo.

* * *

193. Honestidad de la víctima.—Algunas leyes han calificado especialmente el delito de violación, teniendo en cuenta las condiciones de la víctima. No puede juzgarse del mismo modo el caso, cuando la afectada es una mujer casada, una soltera honesta, una casada o soltera sin honestidad, o una prostituta. De acuerdo con esas ideas, sería del caso formular una escala y castigar según cual fuera la situación de la persona afectada, bajo el punto de vista de lo que se llama la honestidad personal.

El proyecto del doctor Tejedor aplicaba la pena de tres años de prisión al que violare a una mujer honrada; la de seis años de presidio o penitenciaría cuando la víctima fuere menor de doce años; y la de tres meses de arresto, cuando se tratare de prostituta. La escala no tenía muchas notas, desde que prescindiendo de la menor de doce años, se hablaba sólo de mujer honrada o de prostituta. La víctima tenía que ser una de esas dos cosas que no se definían. Acerca, sin embargo, del derecho de la prostituta, se decía que el libertinaje habitual de la mujer no es un obstáculo a la existencia del crimen de violación, porque su vida licenciosa no puede justificar ningún acto contra su persona. La prostituta no ha enajenado la libertad de disponer de sí misma, y la ley que castiga las violencias extiende su protección a todas.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García habla también de mujer honrada y de prostituta, y el Código de 1886 de mujer casada, mujer honrada y prostituta, consignando penas diferentes en cada caso.

Esas disposiciones, en todos los antecedentes mencionados, se aplicaban a los reos de sodomía, consignándose un artículo especial, porque la violencia no se concretaba, como lo hace el código vigente, a personas de uno u otro sexo, sino que se refería solamente a la mujer.

Nuestro código no establece diferencias de penalidad para el delito, derivadas de la honestidad de la víctima. La ley castiga la infracción en sí y el ataque a la integridad física que todos tienen el derecho de defender; y como se consigna una pena de límites amplios podrá, en cada caso, aplicarse la que corresponda, según sus características.

Considero que la doctrina del Código es perfectamente justa. Desde luego, es difícil medir la honestidad de una persona bajo el punto de vista sexual. La calificación depende de una serie de circunstancias que excusan los actos o que los hacen vituperables. Podría, desde luego, hacerse una distinción entre las mujeres anotadas en los registros respectivos como prostitutas y las que no hubiesen oficializado su profesión. Pero al tratarse de las segundas, no es fácil establecer cuáles caerían dentro de la calificación. El concepto de honestidad es, además, muy relativo bajo el punto de vista social. Así, una mujer soltera que tiene un hijo y lo exhibe, que vive, además, con un hombre que no es el padre de su niño, ¿es honesta? Y una mujer soltera, que tiene diversos amantes, pero que oculta esas circunstancias y mantiene una cierta posición social, ¿es honesta? La mujer casada que tiene relaciones sexuales con quien no es su marido, pero que no ha dado lugar a procesos ni escándalos, y que vive con su esposo en el hogar conyugal, ¿es honesta? Estos y otros muchos casos que podrían presentarse demuestran la dificultad, la que no se produce cuando se trata del estupro, como lo veremos después.

La prueba, en estos casos, si el acusado alegare la deshonestidad de la víctima, sería escandalosa y, sin embargo, debería recibirse, si existiera la calificación especial y la diversidad de pena, según el grado de honestidad en la persona afectada.

Lo que la ley ampara es el derecho. Un individuo no puede

exigir a ninguna persona el acceso carnal, si no quiere tenerlo. Si se tratare de persona notoriamente deshonesta, de una prostituta, por ejemplo, la negativa no se presume, pero si se expresara, lo que supone circunstancias especiales, y el sujeto insiste hasta llegar a la violencia, el derecho de la mujer para querellar es indudable, y la sociedad la debe amparar.

*

* *

194. La violencia en el matrimonio.—El acceso carnal es un derecho dentro del matrimonio. De aquí que considere sin importancia la cuestión jurídica que plantean algunos preguntándose si la violencia ejercida sobre la esposa podría constituir al marido en reo del delito de violación.

En mi concepto ese delito no podría existir desde que, como lo expreso, el acceso carnal es un derecho; pero podría concurrir un delito de lesiones si se hubiera causado algún daño al ejercitar la violencia. Podría también existir una causal para el divorcio por los malos tratos o sevicias.

Es claro que esta regla no rige para el caso de esposos divorciados, y aun separados provisoriamente, como sucede cuando el juez que entiende en el asunto civil sobre divorcio deposita a la esposa en casa honesta fuera del poder y de la compañía del marido.

En casos como esos, el esposo ya no tiene el derecho, y el acceso carnal, usándose de la violencia, lo convertiría en reo del delito de violación. En cambio, el mismo acceso voluntario, importaría la reconciliación y la conclusión del juicio de divorcio, según lo prescribe expresamente la Ley de Matrimonio Civil en el artículo 71.

*

* *

195. Fundamentos del proyecto de 1891.—La exposición de motivos del proyecto de 1891, que puede considerarse como antecedente oficial del precepto del Código en estudio, en esta parte, dice, respecto al delito de violación:

"Hemos reunido en un capítulo la violación, el estupro y "varios ultrajes al pudor de que no se ocupa la ley actual. El "artículo 146 del proyecto refunde los tres artículos 127-129 del "Código. Los casos del 146 son los mismos aludidos en el 127 del "Código; pero introducimos varias enmiendas. Desde luego, es- "tablecemos que, para que haya violación, es menester el con- "cúbito ilegítimo, en las condiciones enunciadas, y no simplemente "como dispone el Código, que haya *aproximación sexual, aunque* "*el acto no llegue a consumarse.* La violación requiere el acceso "carnal, el acto de yacer. Así se ha entendido y se entiende en "la doctrina; así lo prescriben los códigos penales más adelanta- "dos, como el español, el holandés, el italiano, el húngaro, el "chileno, etc. El código Tejedor decía únicamente que "se comete "violación cuando se obliga a una mujer a sufrir la aproximación "sexual." Podía entenderse que, según este texto, la aproximación "sexual equivale a la cópula, es la cópula misma; pero la frase "*aunque el acto no llegue a consumarse,* añadida a aquélla en el "precepto vigente (art. 127), indica que, ante el Código, la vio- "lación podrá existir sin que haya verdadero concúbito, o, por lo "menos, originará dudas sobre el instante consumativo del delito. "Todo eso se evitará con la enmienda.

"En vez de entrar en las distinciones casuísticas en que entra "el Código al prescribir la pena, disponemos que ésta será de "tres a diez años de penitenciaría, en los diversos casos, sea que "la víctima fuere menor de doce años, sea que se hallare privada "de razón o de sentido, imposibilitada de resistir por enfermedad; "sea que se usare contra ella de fuerza o intimidación. Es verdad "que los casos son muy diferentes, y que, en la práctica, será a "menudo necesario reprimir a un violador con más severidad que "a otros; es verdad también que dos delincuentes comprendidos "en el mismo precepto legal, dos violadores por haber ambos "tenido concúbito con menores de doce años, merecerán en virtud "de su índole, de sus condiciones y de su perversidad distintas, "ser reprimidos con penas desiguales; pero a esto se atiende per- "fectamente desde que la pena establecida tiene límites suficien- "temente distantes, dentro de los cuales oscilará el juez, con "arreglo a las cualidades del culpable y a los accidentes del hecho. "La enmienda en la medida de la pena no requiere explicación."

*
* *

196. El artículo 120 y sus concordancias.—

Artículo 120

Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior.

CONCORDANCIAS.—Código húngaro, artículo 236.—Holandés, 245.—Alemán, 182.—Uruguayo, 284.—Chileno, 363.—Español, 458.—Italiano, 355.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 3, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 273 y 274.—Código de 1886, 130.—Ley número 4189, 19, inciso b).—Proyecto de 1891, 147.—Proyecto de 1906, 122.

*
* *

197. El delito de estupro.—El artículo castiga el delito conocido con el nombre de estupro.

La diferencia entre este delito y el de violación es bien precisa. Para la existencia de la violación se requiere el acceso carnal contra la voluntad expresa o presunta de la mujer. Expresa cuando se la fuerza o intimida; presunta cuando no puede manifestarla por su estado, o cuando se considera que no puede tenerla por razones de edad.

En el estupro se supone la seducción y el asentimiento de la víctima. ¿Se castigaría, por tanto, el acceso carnal en sí? La ley, no obstante las preocupaciones sociales y religiosas, no incrimina el acceso carnal que tiene lugar fuera de matrimonio entre personas que por haber pasado de determinada edad, o sea de los quince años, entre nosotros, se les considera capaces. Pero ha creído necesario proteger a la inocencia contra la seducción, y entendiendo que antes de los quince años no tiene la mujer capacidad suficiente para la defensa, la protege, estableciendo que se incurre

en el delito de estupro cuando se tiene acceso carnal con una mujer honesta mayor de doce años y menor de quince.

Cuando la mujer tuviere menos de doce años, el delito sería de violación.

Para la existencia del delito de estupro se requiere: 1.° El acceso carnal; 2.° Que la víctima sea mujer honesta; 3.° Que tenga más de doce años y menos de quince; 4.° Que haya mediado seducción o engaño.

Pero antes de pasar a ocuparme de los caracteres del delito, me detendré brevemente en los antecedentes de nuestra ley.

*
* *

198. Antecedentes del proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor se refiere al que estupre a una mujer virgen mayor de doce años y menor de quince, empleando la seducción.

La nota respectiva, dice:

" ¿Es el estupro un delito que debe castigar la ley?—pregunta " Pacheco.—He aquí una cuestión que se ha debatido mucho, y " que se ha resuelto de muy diversas maneras. El ascetismo a veces " la ha mirado con un rigor extremo: la liviandad de las doctri- " nas y de las costumbres la ha mirado otras con sobrada indul- " gencia. Como suele acontecer en casos semejantes, nos parece que " no hay razón para lo uno ni para lo otro. Ni puede abandonar " la ley a las perfidias de una seducción cualificada la suerte de " una gran parte de la sociedad, ni debe tampoco constituirse en " un cancerbero de virginidades dudosas, ni estimular con su " demasiado rigor el descuido del decoro y la estimación. (T. 3, " p. 130). Véase también a Goyena, Código Crim., n. 1502 y si- " guientes.

" En la antigua legislación se encuentran trazas de esta acri- " minación particular. La ley romana era muy explícita: *qui nondus " viripotentes virgines corrumpunt, humiliores in metallum dam- " nantur, honestior es in insulam relegantur, aut in exilium mit- " tuntur*. Si las jóvenes eran núbiles viripotentes, la pena era la " confiscación de la mitad de los bienes o la relegación con pena " corporal, según la condición del culpable: *eadem lege Julia es-*

" *tupri flagitium punitur cum quis sine vi virginem stupra verit...*
" Los jurisconsultos, fecundos en distinciones, establecieron muchos
" grados en la edad de la joven: hasta siete años, *quando puella*
" *non est doli capax,* el atentado se reputaba cometido con violen-
" cia, *per vim;* después de siete años, hasta los doce, la presun-
" ción podía ser combatida con pruebas contrarias. Pero se dividían
" mucho en las penas aplicables. Es de advertir, también, que el
" derecho romano, lejos de conceder acción alguna a la estuprada,
" la sujetaba a la misma pena que al estuprador."

La misma nota, después de señalar concordancias con las antiguas leyes españolas, decía que la simple fornicación escapa a la ley penal: *fornicatio simplex de jure civile prohibita non est.* El estupro supone una mujer virgen, o, por lo menos, de conducta regular hasta entonces, y que si se ha dejado seducir es por esperanza de casamiento.

*
* *

199. Legislación posterior.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García habla de atentado al pudor cometido contra niño de quince años, pero no dice nada sobre las condiciones del mismo.

En cuanto al código de 1886 repite el concepto del proyecto del doctor Tejedor, y se refiere al que estupre a una mujer virgen mayor de doce años y menor de quince.

*
* *

200. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 cambió el sistema anterior y castigó con la pena de penitenciaría desde uno hasta cuatro años cuando se tuviere concúbito fuera de matrimonio y la víctima fuera mujer honesta mayor de doce años y menor de quince, sin que hubiese mediado fuerza, no se encontrare la ofendida privada de razón, de sentido o enferma y sin poder resistir.

La exposición de motivos, fundando la disposición, dice:

" El artículo 147 se refiere al estupro legislado en el 130 del

" Código. Las modificaciones que al respecto proyectamos, consis-
" ten: 1.° En substituir la palabra *virgen,* que califica a la mujer
" mayor de doce años y menor de quince, víctima del delito, por
" la voz *honesta.* La virginidad es una condición muy difícil de
" comprobar; y, tomado el término en su significado técnico, puede
" existir o no existir en la mujer más casta e inocente. En efecto,
" si oímos a los médicos legistas, la ruptura del himen, indicio de
" la pérdida de la virginidad, puede ocurrir por cualquier acci-
" dente, y es posible también que no se efectúe en el primer acceso
" carnal. Entretanto, lo que la ley se propone amparar es la
" honestidad de las mujeres menores de quince años. En consecuen-
" cia, esta debe ser la condición exigible en la víctima del atentado.
" 2.° En suprimir la cláusula *empleando la seducción,* que indica
" el medio de cometer el delito. Esa cláusula es vaga y susceptible
" de originar dudas: alude a los engaños, a las maquinaciones de
" que se haya valido el estuprador. La ley no necesita mencionar
" estos medios, porque el hecho no puede ejecutarse por otros, desde
" que no se debe suponer que la mujer honesta, menor de quince
" años, sea capaz de consentir en ser prostituída, sino que ha cedido
" a los halagos y artificios del seductor, y desde que, si el culpable
" empleara la fuerza o el miedo, o si la ofendida se hallara privada
" de razón o de sentido, o en la imposibilidad de resistir, el acto
" importaría violación; 3.° En reemplazar la pena de prisión por
" la de penitenciaría, conforme al plan de penalidad adoptado en
" el proyecto."

*
* *

201. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repitió el artículo del anterior, el cual se había incorporado al Código por medio de la ley de reformas. Esta ley introdujo una modificación en la pena, que elevó a penitenciaría desde tres hasta seis años.

Cuando presenté el proyecto de 1906 a la Cámara de Diputados, como base de encuesta, propuse dejar la pena de la ley de reformas y no mantener la del proyecto, que significaba presentar una disposición de carácter más benigno que la entonces en vigor, sin que hubiera ningún motivo que justificase la medida.

El artículo fué aceptado en los términos propuestos, sin observación, ni en las comisiones ni en las cámaras, sancionándose definitivamente.

*
* *

202. Cuándo concurre la honestidad.—La única circunstancia que dentro del texto de la ley puede dar lugar a interpretaciones es la relacionada con la condición de honestidad que requiere para la mujer.

Las demás son condiciones de hecho que se acreditan como tales. Así, la ley exige: 1.° Que la víctima sea mujer; 2.° Que tenga más de doce años y menos de quince; 3.° Que medie el acceso carnal.

El código de 1886, de acuerdo con el proyecto del Dr. Tejedor, exigía la circunstancia de que la mujer fuera virgen para que la seducción se considerase estupro y el castigo correspondiese al agente.

Cuando se sancionó la ley de reformas, y refiriéndome a la supresión del artículo 130 del código de 1886 y a su reemplazo por el precepto correspondiente del proyecto de 1891, dije que el artículo nuevo suprimía la exigencia de la virginidad, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el concepto fisiológico, aquélla podía faltar en la mujer más casta. En efecto, la virginidad se caracteriza por la presencia de la membrana himen, y ésta puede haberse roto o desaparecido por causas ajenas a contactos carnales (1). Esa membrana puede, además, existir, aun cuando la mujer haya tenido concúbito, y se han dado casos en que la misma no ha desaparecido, no obstante encontrarse la persona en estado de embarazo. Se ha comprobado, por fin, la existencia de casos en que los facultativos han debido, para que el parto pudiera producirse en condiciones normales, intervenir quirúrgicamente para suprimir la membrana himen, que obstaculizaba el alumbramiento.

Además, la ley no trata de proteger el hecho de la virginidad en sí misma, sino la honestidad.

(1) La Ley Penal Argentina. Página 223.

Pero esto nos impone fijar el concepto de honestidad. Si la ley ampara a la mujer muy joven, a la niña, contra la seducción, lo que pretende es que la corrupción de las menores no se produzca, y que no se preparen mujeres para la mala vida, sino para el hogar.

Mujer honesta es, en ese sentido, la que no ha tenido contacto carnal con un hombre, voluntariamente. Remarco especialmente sobre este último término, porque si una mujer hubiese sido violada, habrá sufrido su físico con la violencia ejercitada, pero debe suponerse que su situación moral se mantiene incólume, y, por consiguiente, si esa mujer fuese seducida, se habría cometido a su respecto el delito de estupro, siempre que mediaren las condiciones de edad.

Supongamos ahora, para precisar mejor, el caso de una mujer de catorce años que haya tenido por su voluntad contacto carnal con uno o más hombres. Se presenta otro, la seduce y mantiene con ella relaciones. ¿Podría ese sujeto ser castigado como autor del delito de estupro? En mi concepto, no. En un caso de esos, lo único que se pondría de manifiesto sería la existencia de un delito impune, o sea del estupro cometido sobre la menor cuando era honesta; pero las relaciones posteriores no pueden tener ese alcance.

Si se aceptara otra tesis, se prestaría el asunto a los negocios más inmorales, desde que personas depravadas podrían provocar la pseudo-seducción de menores corrompidas, y después esgrimir como arma la acusación, amenazando al individuo con la condena para transigir por beneficios.

La ley no puede ponerse ni siquiera dentro del supuesto, desde que tiende a amparar los principios morales y jurídicos y no a contrariarlos.

El Código, por consiguiente, al reemplazar la exigencia de virginidad por la de honestidad, no ha variado el concepto, sino que lo ha afirmado. Con la ley antigua podía dejarse impune un delito, siendo la mujer honesta, por el hecho de haberle faltado la membrana himen, mientras que con el código vigente, no.

Además, con el antiguo sistema, el examen debía ser inmediato y todo era conjetural. Así, los peritos examinaban a la víctima después del hecho, comprobaban la desfloración y suponían la virginidad anterior. Pero fuera de los casos en que el examen

se verificaba muy poco tiempo después de producido el hecho, era imposible establecer cuándo había tenido lugar aquella desfloración. En consecuencia, era fácil eludir la acción de la justicia por ausencia de prueba acerca del hecho de la virginidad anterior.

Con el sistema del Código, eso no puede producirse, pues el concepto *honestidad* es más extenso y puede acreditarse de diferentes maneras.

La ley protege, así, en mayor medida, los derechos que se han querido tutelar.

El estupro de una mujer casada no puede, en mi concepto, tener lugar, aun cuando sea honesta, porque el acceso carnal con una mujer en esas condiciones, constituye el delito de adulterio. Ese sería, desde luego, el motivo legal. En cuanto al jurídico resulta del derecho mismo que se ampara. Cuando la ley castiga el estupro, protege la inocencia, la falta de conocimiento y la ausencia de capacidad para la defensa, circunstancias que no gravitan en el caso de mujeres casadas, que aun siendo muy jóvenes tienen experiencia y concepto de sus deberes.

*

* *

203. Medios para la consumación del delito.—El Código no dice nada acerca de los medios que se empleen para la consumación del delito.

El proyecto del doctor Tejedor y el código de 1886 exigían la concurrencia del factor seducción, el que podría hacerse sentir de diversos modos, pues se seduce empleando diferentes medios, interesando a la víctima por motivos físicos, intelectuales o pecuniarios.

La ley vigente no habla del medio, bastándole con el hecho.

*

* *

204. El artículo 121 y sus concordancias.—

Artículo 121

Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal.

CONCORDANCIAS.—Código húngaro, artículo 245.—Ley número 4189, 19, inciso c).—Proyecto de 1891, 148.—Proyecto de 1906, 123.

*

* *

205. Antecedentes y alcance de la disposición.—El delito previsto en el presente artículo no se encontraba castigado en el código de 1886, ni fué previsto en los proyectos anteriores.

El proyecto de 1891 lo trae en el artículo 148, análogo al presente, aunque fija una penalidad distinta: la de penitenciaría desde dos hasta seis años.

La exposición de motivos, fundando el precepto, dijo:

"El delito previsto en el artículo 148 del proyecto, consis-
" tente en abusar del error de una mujer casada y tener comercio
" carnal con ella, fingiéndose su marido, no ha sido legislado en
" el Código. Sin embargo, constituye, evidentemente, un grave
" ataque a la honestidad y un ultraje a ambos cónyuges, que debe
" ser reprimido, como lo es por las legislaciones de otros países."

El artículo prevé, en realidad, un caso especial de violación, desde que el acceso carnal con la mujer se tiene en contra de la voluntad de la ofendida, que cree encontrarse con su esposo y sólo por eso consiente. Pero si el Código no tuviera precepto alguno al respecto, desde que no medió violencia no podría existir violación, y tampoco estupro, que no comprende a mujeres casadas ni a mayores de quince años. El adulterio tampoco podría caber en ese caso, porque el concurso de las dos partes faltaría.

Ha sido, por eso, conveniente colocar la previsión contenida en el precepto.

*

* *

206. El artículo 122 y sus concordancias.—

Artículo 122

La reclusión o prisión será de ocho a veinte años, cuando en los casos del artículo 119, resultare un grave daño en la salud de

la víctima o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas.

CONCORDANCIAS.—Código de Italia, artículo 332.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, § 2, artículo 3.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 285.—Código de 1886, 131.—Ley N.º 4189, 19, inciso d.—Proyecto de 1891, 149.—Proyecto de 1906, 124.

*

* *

207. Agravantes especiales en el delito de violación.—El delito de violación previsto y penado en el artículo 119, puede agravarse según las consecuencias que se produjeran a causa del mismo, según las personas que lo realizaron y según circunstancias especiales del hecho en cuestión.

Así, la víctima puede fallecer o experimentar un grave daño en su salud; el autor puede ser un pariente, persona encargada de la custodia de la ofendida, o a la cual ésta tuviera un respeto particular; o el hecho puede haberse encontrado agravado por la concurrencia de más de un agente.

El presente artículo prevé tres casos de agravación especial, que castiga con la pena de reclusión o prisión de ocho a veinte años. Dichos casos son: 1.º Que resultare un grave daño en la salud de la víctima; 2.º Que el hecho se cometiere por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla; 3.º Que se realizare con el concurso de dos o más personas.

La disposición tiene antecedentes en la legislación nacional.

*

* *

208. Antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor autorizaba en los casos de violación, para aumentar la pena hasta ocho años de presidio o penitenciaría, si de la aproximación sexual resultare alteración grave para la salud de la víctima.

Además, y con referencia al estupro, aumentaba la pena ordinaria y consignaba la de tres años de prisión cuando el delito fuera cometido por persona que ejerza autoridad, o por sacerdote, tutor o maestro, o por cualquiera persona encargada de la educación o guarda de la menor, o por su ascendiente o hermano.

La nota invoca como antecedente a las leyes antiguas y dice que el único caso de incesto que castiga la ley, verificando las diferencias necesarias entre ésta y la religión, es el que se refiere al estupro cometido por un hermano o un ascendiente.

La nota, que es extensa, se refiere también a las penas consignadas en distintas legislaciones.

La agravación por las graves consecuencias para la salud rige para el delito de violación; la relacionada con la persona del agente y su vinculación con la ofendida, se aplica sólo al delito de estupro.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García traía una disposición general que se aplicaba a la violación, estupro y rapto. Consideraba circunstancias agravantes a cada uno de esos delitos: 1.º Si los culpables son de la clase de los que tienen autoridad en la persona sobre la cual, o con ayuda de la cual, ha sido cometido el delito; 2.º Si son sus institutores o sirvientes a sueldo, o sirvientes de los ascendientes o institutores de ellos; 3.º Si son funcionarios públicos o ministros de un culto; 4.º Si el delito se ha cometido por funcionarios en los lugares en que ejercen sus funciones y respecto de las personas sobre las que tienen autoridad, o por médicos, cirujanos, parteros u oficiales de sanidad en las prisiones, hospitales, hospicios u otros establecimientos públicos donde ejercen sus funciones y respecto a las personas confiadas a su cuidado; 5.º Si en los casos de violencia el culpable, cualquiera que él sea, ha sido ayudado en la ejecución del delito por una o más personas.

El código de 1886 no consignó agravación especial por las causales del artículo en estudio y con referencia al delito de violación, apartándose de sus antecedentes.

En cambio, aumentó la pena en el estupro cuando el delito fuese cometido por persona que ejerza autoridad, sacerdote, por cualquier persona encargada de la educación o guarda de la menor, o por ascendiente o hermano. En esta parte siguió al proyecto del doctor Tejedor .

*
* *

209. Proyecto de 1891.—El artículo 149 del proyecto de 1891 es igual al 122 del código vigente, sin más diferencia que la de la pena, que en aquel proyecto era de penitenciaría de tres a quince años.

La exposición de motivos, con referencia a las distintas agravantes, o sea a los artículos 132, 133 y 134 del código vigente, dijo al respecto:

"Los artículos 149-151 establecen cuándo se aumentará o "cambiará la pena ordinaria de los delitos de violación o estu- "pro, a causa de ciertas cualidades y relaciones personales del "agente, o en razón de algunas consecuencias del hecho. El Có- "digo, a este respecto, se limita a prescribir el cambio de la pena "por otra más grave y de mayor duración únicamente en dos "casos: 1.° En el de violación de una impúber, si resultare la "muerte (N.° 2.°, art. 128); 2.° Tratándose de estupro, siempre "que el hecho se ejecute por persona investida de autoridad, por "sacerdote, por individuo encargado de la educación o guarda de "la menor, o por su ascendiente o hermano. (Art. 131). Con las "alteraciones que se notan, comparando los textos del Código "con los del proyecto, generalizamos estas reglas y las hacemos "extensivas a ambos delitos: a la violación y al estupro.

"Si a circunstancia de ser el culpable ascendiente, hermano, "afín en línea recta, encargado de la guarda de la menor, etc., "reclama un aumento de pena; en los casos de estupro, porque "denota mayor criminalidad, debe reclamarlo también, por idén- "tico motivo, siempre que se trate de violación. De la misma "manera, si es justo elevar la pena cuando, en el caso de viola- "ción de una menor de doce años, resultare la muerte de ésta, "debe serlo igualmente en todos los demás de violación o de es- "tupro en que se produzca esa consecuencia fatal que es el motivo "de la agravación.

"La calidad de sacerdote o la de hallarse el agente inves- "tido de autoridad, no se mencionan en los artículos que expli- "camos como causas de aumento de pena, porque esas cuali- "dades no establecen vínculos entre el culpable y la víctima, ni "acusan, por sí solos, mayor perversidad en aquél."

*
* *

210. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repitió el artículo del proyecto de 1891, no obstante encontrarse en vigencia cuando se redactó la ley N.° 4189, que había introducido modificaciones en la penalidad.

Dicha ley, en efecto, repitió en el inciso d) del artículo 19 el artículo 149 del proyecto de 1891, pero en lugar de castigar el delito en esos casos con penitenciaría de tres a quince años, lo penó con presidio de quince a veinte años. Además, reemplazó la palabra *víctima* del proyecto por el término *niña,* que era menos comprensivo.

En oportunidad, critiqué el aumento exagerado de penalidad (1) sancionado y la elasticidad reducida que se daba a la pena, reaccionando sobre el criterio dominante al castigarse el homicidio.

Cuando presenté el proyecto de 1906 como base para la reforma, propuse reemplazar la pena allí contenida, igual a la del proyecto de 1891, por la de prisión desde ocho hasta veinte años.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados aceptó la proposición, pero le agregó, de acuerdo con el sistema aceptado, la pena de reclusión también, manteniendo la alternativa. De esa manera se sancionó definitivamente.

*
* *

211. Fundamentos de la agravación.—El artículo no necesita ser explicado, desde que se limita a agravar la pena en el delito de violación cuando se producen ciertos hechos.

El criterio que se ha tenido para consignar las agravantes, es el corriente en el Código, derivando las mismas, en este caso, de la gravedad de las consecuencias, de las personas y del concurso.

(1) La Ley Penal Argentina. Páginas 224 y 225.

Cuanto mayor es el deber de custodiar un derecho, más grave es la infracción que se comete al desconocerlo. De aquí que, cometido el delito de violación por personas que debido al parentesco, al respeto particular que les tiene la víctima o a sus obligaciones para con la misma, el hecho sea más grave y le corresponda, por tanto, una pena mayor.

El concurso de más de una persona en el hecho revela en el delincuente mayor peligrosidad, y es natural la consecuencia de la pena mayor. Los copartícipes tendrán el castigo que les corresponda según la clase de colaboración prestada y la importancia de la misma, todo de acuerdo con los principios de la parte general.

*

* *

212. El artículo 123 y sus concordancias.—

Artículo 123

Se impondrá reclusión o prisión de seis a diez años, cuando, en el caso del artículo 120, mediare alguna de las circunstancias expresadas en el anterior.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 335.—Español, 458.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 3, artículo 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 285.—Código de 1886, 131.—Ley número 4189, 19, inciso e).—Proyecto de 1891, 150.—Proyecto de 1906, 125.

*

* *

213. Agravantes especiales en el delito de estupro.—El artículo anterior se ocupaba de las agravantes especiales relativas al delito de violación. El presente consigna las agravantes especiales también, que corresponden al delito de estupro.

En el proyecto del doctor Tejedor, como lo hemos visto, y en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, la agravante se encontraba consignada. Lo mismo en el código de 1886 y en la

ley N.° 4189, que adoptó la disposición análoga del proyecto de 1891. En este último, el artículo correspondiente, o sea el 150, estaba redactado en los mismos términos del 123 del actual código, con una diferencia en la pena, pues en aquel proyecto se fijaba en penitenciaría de tres a diez años.

La ley N.° 4189 elevó esa penalidad, fijándola en penitenciaría de seis a diez años, y el proyecto de 1906 mantuvo la del proyecto de 1891.

Teniendo en cuenta que la ley vigente en 1916, cuando presenté el proyecto, había fijado para el caso en cuestión la pena de penitenciaría de seis a diez años, propuse el mantenimiento de ese castigo, lo que se aceptó, adaptando la penalidad al sistema del Código, y colocando las penas de reclusión o prisión alternativamente

El Código se limita a establecer que las mismas circunstancias que agravan especialmente el delito de violación, concurren para producir los mismos efectos respecto al delito de estupro.

*

* *

214. El artículo 124 y sus concordancias.—

Artículo 124

Se impondrá reclusión o prisión de quince a veinticinco años, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 351.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 2, artículo 3.° in fine.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 271.—Código de 1886, 128, inciso 2.°—Ley número 4189, 19, inciso e).—Proyecto de 1891, 151.—Proyecto de 1906, 125.

*

* *

215. Alcance de la disposición.—La presente disposición se refiere a los dos delitos, al de violación y al estupro, e incrimina

especialmente el caso en que resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia del delito.

Se trata de la consecuencia más grave que puede producirse a causa del hecho, y la ley ha sido lógica con su sistema al consignar la penalidad corriente para el homicidio, aumentada en su gravedad porque se ha elevado el mínimum.

Esa misma pena contenía el proyecto de 1906, no así el de 1891, que consignaba la de presidio por diez a quince años, no siendo explicable que se castigase ese homicidio con pena inferior al simple. Ese castigo era explicable en el código de 1886, porque allí la pena para el homicidio simple era menor. La ley N.° 4189 consignó para estos casos el castigo del homicidio, o sea la pena de presidio de diez a veinticinco años.

* * *

216. La acción de esos delitos.—La acción en los delitos de violación y estupro depende de la instancia privada, estableciéndolo así el Código en el artículo 72. No se procederá en un caso de esos a formar causa, sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Pero una vez hecha la denuncia, el delito se considera de acción pública y los interesados no pueden evitar su prosecución.

La regla consignada antes respecto a la instancia privada sufre una excepción establecida también en el citado artículo 72 del Código. Cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o cuando el delincuente fuere un ascendiente, el tutor o guardador, esto es, una de las personas en las cuales se ha depositado el derecho de entablar la acción, ésta se considera pública y se procederá de oficio.

IX

Corrupción y ultrajes al pudor

217. Corrupción de personas.—218. Antecedentes que proporciona el proyecto Tejedor.—219. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—220. Código de 1886.—221. Proyecto de 1891.—222. Las innovaciones del proyecto de 1906.—223. La ley número 4189.—224. El proyecto Palacios.—225. El segundo proyecto.—226. La ley Palacios.—227. La discusión parlamentaria.—228. El proyecto de código penal presentado en 1916 y sus fundamentos.—229. Estado de la cuestión cuando se redactó el proyecto definitivo.—230. Ideas de la comisión especial de diputados.—231. El artículo 125 y sus concordancias.—232. Lenocinio o proxenetismo.—233. Propósitos del agente.—234. Deseos propios y ajenos.—235. Conceptos de seducción y corrupción.—236. La penalidad.—237. Casos especiales de agravación.—238. El código penal y los reglamentos sobre prostitución.—239. El artículo 126 y sus concordancias.—240. Corrupción o prostitución de mayores de edad.—241. La campaña social contra los rufianes.—242. El artículo 126 y la modificación del senado.

* * *

217. Corrupción de personas.—El Código se ha ocupado hasta ahora de dos delitos contra la honestidad: la violación y el estupro. El primero se caracteriza por la aproximación sexual en contra de la voluntad expresa o presunta de la víctima; el segundo por la misma acción sobre mujer honesta empleándose la seducción, y

siempre que la víctima tenga una edad determinada, dentro de la cual se supone la ausencia del consentimiento.

Además, la ley se ocupa del caso especial de engaño contenido en el artículo 121.

Quedan aún una serie de atentados contra la honestidad que deben contemplarse, y algunos de los cuales se relacionan con problemas sociales de verdadera trascendencia.

Así, aparte del rapto y de los ultrajes al pudor, o sean atentados contra la honestidad sin contacto carnal, nos encontramos con los múltiples casos de corrupción de personas menores y mayores con objetos de lucro, de industria o de satisfacción de deseos ajenos. En todas las sociedades actuales existen los tratantes de blancas; en todas partes el vicio se difunde, y la presencia del mismo, unida a los trabajos que realizan los que de él viven, constituyen un permanente atentado y un peligro creciente para las familias honestas, especialmente para aquellas que por sus reducidos recursos se encuentran acechadas siempre por la necesidad.

Nuestro Código ha introducido en esta materia modificaciones fundamentales sobre la ley penal anterior, tomando en cuenta, para proyectar los preceptos, las modalidades nacionales, y tratando de introducir disposiciones que no dejen impune al delincuente.

Para que pueda apreciarse bien el valor de la reforma, conviene precisar los antecedentes. Haré presente, entretanto, que si bien el capítulo se ocupa de corrupción y de ultrajes al pudor, los antecedentes de que me ocuparé son los que se refieren al primer asunto solamente.

*
* *

218. Antecedentes que proporciona el proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, en el capítulo sobre estupro, se ocupaba en un artículo de la corrupción de menores. Se castigaba en él con la pena de un año de prisión al que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de veinte años, para satisfacer los deseos de otro.

La disposición, desde luego, castigaba el delito con una pena

levísima y no incriminaba todos los casos de corrupción, sino muy pocos de ellos. Se requería que la función fuese habitual y que se ejercitara con abuso de autoridad o de confianza, de modo que si no concurriese el abuso, ni el hecho formase parte de los hábitos o modos de vivir de la persona, el delito no existía.

Además, se fijaba la edad de la víctima en veinte años como máximum, y fuera de allí la protección desaparecía, y por último se establecía que era preciso se procurase para la concurrencia del delito la satisfacción de los deseos de otro. Si la corrupción tenía por objeto satisfacer los del propio agente, el delito no concurría.

La nota dice que, según Pacheco, un artículo análogo es el único que se encuentra en el código español respecto al lenocinio.

" Pero, como se ve, en él no se castiga éste cuando es simple, " sino cuando lleva consigo algunas de las circunstancias que " expresa: primero, promover o facilitar la corrupción; segundo, " que sean menores los prostituídos o corrompidos; tercero, que " esto se verifique habitualmente, o con abuso de autoridad o " confianza; cuarto, en fin, que la corrupción o prostitución no " tenga por objeto el goce propio, los deseos del corruptor mismo, " sino satisfacer apetitos ajenos. No hay, pues, delito en el simple " lenocinio. Lo que puede, lo que debe haber en este punto son " reglas de policía.

"Por el artículo 208 del código de Baviera en el caso de abuso " de autoridad se impone la misma pena del incesto. "En principio— " dice el Com. Oficial—el lenocinio no se considera ni como un de- " lito ni como un crimen. No es más que una contravención cas- " tigada en ciertos casos con penas de policía. Pero cuando se " ejerce por los padres, tutores o institutores, la ley ve en eso " un acto tan odioso, como si los padres mismos hubiesen corrom- " pido a sus hijos; y de aquí la equiparación entre el lenocinio, " en este caso particular, y el incesto."

" La ley romana declaraba infames a los que hacían oficio de " corromper menores: *qui quoestuaria mancipia habuerit*. El precio " recibido era lo que constituía el delito, *utrus maritus an alius*. La " pena fué al principio arbitraria, pero los emperadores pronun- " ciaron después la confiscación, el destierro y los trabajos de " minas contra los padres o señores que prostituían a sus hijas o " esclavas. Estas penas no tardaron en parecer insuficientes, y " se pronunció la de muerte."

Agrega la nota que no basta que el agente haya facilitado un acto de prostitución, sino que es necesario se entregue habitualmente a este comercio. La ley ha querido que se establezca bien el oficio, la profesión infame. El tráfico habitual de la corrupción es lo único que constituye el delito.

Dice también que los actos de corrupción no es necesario que se repitan en muchas personas.

" El oficio existe lo mismo cuando el agente ha sacado pro-
" vecho muchas veces de un acto de la misma naturaleza. Los
" antiguos exigían también el hábito como elemento del delito,
" pero lo hacían resultar del número de actos y no de personas."

*
* *

219. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García introdujo modificaciones al anterior. En el artículo 276 se castigó con prisión mayor al que promoviese o facilitase, para satisfacer las pasiones de otro, la prostitución o corrupción de menores de uno u otro sexo, si los menores no tuviesen catorce años cumplidos. La pena era de prisión menor cuando los menores hubiesen pasado de esa edad.

Cuando el hecho se hubiese ejecutado en un niño que no hubiese cumplido la edad de once años, la pena era la de penitenciaría menor.

El proyecto era más severo que el anterior, porque castigaba en todos los casos la corrupción o prostitución de menores para satisfacer los deseos de otro, sin referirse a los medios usados, sin exigir el carácter de habitual y graduando el castigo según las edades en cada caso.

*
* *

220. Código de 1886.—El código de 1886, que se redactó con todos esos antecedentes a la vista, trajo sobre este asunto un solo artículo, el 132, colocado al final del capítulo sobre estupro.

Según esa disposición se castigaba al que habitualmente, o

con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores, con las siguientes penas: prisión de uno a tres años si la menor tuviese menos de dieciocho años y más de catorce; y con penitenciaría de tres a seis años si la menor tuviese menos de catorce años cumplidos.

De manera que, dentro del sistema del código de 1886, sólo se castigaba el hecho de promover o facilitar la prostitución cuando la víctima era mujer menor de dieciocho años y cuando el agente procedía habitualmente o con abuso de autoridad o de confianza. En todos los demás casos, la impunidad amparaba a los autores, como si los hechos fueran lícitos.

*
* *

221. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 introdujo pocas modificaciones, trayendo sobre el asunto dos artículos dentro de un capítulo especial, destinado a corrupción de menores.

En el primero de esos preceptos se castigaba con penitenciaría de seis meses a dos años al que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de dieciocho años para satisfacer deseos ajenos. El artículo suprimía las condiciones relativas al ejercicio habitual o al abuso de autoridad o confianza.

En el segundo artículo la pena se aumentaba a penitenciaría desde dos hasta seis años, cuando el menor no tuviere doce años cumplidos, y si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta ascendente, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima.

Sobre el sistema del proyecto, la exposición de motivos decía:

" El Código reprime la corrupción o prostitución de menores
" en su artículo 132. Por este artículo se ha reformado en varias
" partes el 259 del código Tejedor. En el último se decía: "El
" que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza pro-
" moviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de
" veinte años, *para satisfacer los deseos de otro*, será castigado con
" un año de prisión." En el artículo vigente se ha suprimido la
" cláusula subrayada. La supresión puede haber obedecido a uno
" de los dos motivos siguientes: o se ha creído que la frase era
" superflua, pues no podía ni debía entenderse que se facilitara o

" promoviera la corrupción para satisfacer deseos propios, sino " que el acto se realizaría siempre para satisfacer deseos ajenos; " o se ha pensado que la disposición debía comprender también los " casos en que se facilitase o promoviese la prostitución para satis- " facer los deseos propios del agente. Cualquiera que haya sido su " fundamento, la enmienda es inconveniente. Si ha sido el primer " motivo enunciado, porque, lejos de mejorar la redacción del pre- " cepto con la enmienda, se ha introducido un elemento de duda; y " el artículo 132, tal como se halla concebido, dará lugar a inter- " pretaciones contradictorias, como ha sucedido en Francia con " un texto redactado análogamente. Si ha sido el segundo, porque " se confunden dos casos muy diversos: el del mediador o pro- " xeneta, que desempeña un oficio vil y procura satisfacer pasio- " nes ajenas, y el del que sólo se propone alimentar las propias. " Además, este caso se hallaba ya reprimido por los artículos an- " teriores sobre el estupro. Ahora bien, como lo que la ley debe " proponerse reprimir es el lenocinio ejercido sobre menores, " para satisfacer pasiones ajenas, porque constituye un ataque " indudable a la honestidad, a fin de que las dudas desaparezcan, " hemos restablecido la frase del código Tejedor, copiada más " arriba.

" Por otra parte, en el artículo transcripto del Código Te- " jedor se decía simplemente *menores,* con lo que se expresaba " claramente que el acto de facilitar o promover la prostitución " podía ejercerse en menores de uno u otro sexo; pero el Código, " al fijar la pena, dice *si la menor,* de manera que, según su texto, " el delito sólo podrá cometerse en menores del sexo femenino. " Esta modificación es también censurable. El acto puede reali- " zarse en perjuicio de menores del sexo masculino o del sexo " femenino, y merece igual reprobación en uno y otro caso.

" El Código, de acuerdo en ello con el proyecto Tejedor, re- " prime sólo al que "habitualmente o con abuso de autoridad o " confianza" comete el delito. Hemos eliminado, asimismo, las " palabras entre comillas, porque el ataque a la honestidad existe, " desde que se promueve o facilita la corrupción. El hábito, o el " abuso de autoridad o de confianza, por parte del que ejecute " el hecho, denotarán, cuando concurran, su mayor perversidad, " serán elementos que el magistrado deberá tener en cuenta al " juzgar su responsabilidad.

" Por último, hemos creído innecesario distinguir, para es- " tablecer la pena, si el menor tiene más o menos de catorce años.

" De conformidad con las observaciones anteriores, el artícu- " lo 154 del proyecto prescribe sencillamente que "el que promo- " viere o facilitare la prostitución o córrupción de menores de " dieciocho años, para satisfacer deseos ajenos, será reprimido " con penitenciaría de seis meses a dos años."

" El artículo 155 establece un aumento de pena para cuando " el hecho se ejecute en las condiciones que enuncia. Nada más " perceptible que la razón de elevar la pena siempre que se facilite " o promueva la prostitución de menores de doce años, o siempre " que el autor del delito sea ascendiente, afín en línea recta ascen- " dente, marido o encargado de la educación o guarda del menor, " porque la tierna edad de la persona a quien se prostituye, en " un caso, y las relaciones y vínculos entre el corruptor y la víc- " tima, en el otro, revelan la mayor perversidad, la mayor vileza " del culpable."

* * *

222. Las innovaciones del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 hizo en esta materia innovaciones fundamentales.

Castigó, desde luego, al que para satisfacer deseos propios o ajenos promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de persona menor de dieciocho años, con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

Aplicó la misma pena al que facilitare o promoviere la corrupción de persona mayor de dieciocho años, si empleare fraude, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coerción.

Declaró que, si se encontrare en una casa de prostitución pública o clandestina una víctima de los delitos previstos anteriormente, se presumiría, salvo prueba en contrario, que los regentes de la casa son autores o coautores del delito.

Reprimió también la trata de blancas y castigó al que lucrase con la prostitución de una mujer, exceptuando a los regentes de las casas de prostitución autorizadas.

La exposición de motivos no hizo el análisis de las reformas, limitándose a decir que se agregaban al proyecto algunas disposi-

ciones que hacían falta en el código vigente y que eran urgentemente reclamadas por imperiosas necesidades de moral pública. Menciona entre esas reformas la que se refiere a la infame trata de blancas, a los que explotan en su beneficio la prostitución y a los que viven de ella.

*
* *

223. La ley número 4189.—El código de 1886 sufrió en esta materia dos modificaciones: la primera, verificada por la ley número 4189, y la segunda, por la ley número 9143, destinada a la represión de la trata de blancas.

La ley número 4189 derogó los capítulos del Código referentes a violación, estupro y rapto, reemplazándolos con las disposiciones correspondientes del proyecto de 1891. De manera que el artículo 132 de aquel código fué substituído con los dos artículos del proyecto de 1891 a que antes me he referido, aumentando las penas propuestas en el mismo.

*
* *

224. El proyecto Palacios.—La ley número 9143, de 30 de septiembre de 1913, fué promovida por el diputado doctor Alfredo L. Palacios y tuvo por objeto salvar las deficiencias de la legislación entonces en vigor. Las disposiciones de la misma fueron inspiradas en el proyecto de 1906, cuyos principales puntos de vista se tuvieron en consideración.

El doctor Palacios, fundando su proyecto en la sesión del 29 de mayo de 1907 (1), empezó por manifestar que en la conferencia contra la trata de blancas reunida en Berlín en 1903, se había afirmado que Buenos Aires constituía el mercado más vasto para la venta de esclavas blancas.

Abunda en su discurso en diversos antecedentes, alude a sociedades particulares preocupadas en combatir el vicio, y dice que el Código Penal, tan lleno de deficiencias, había omitido legislar

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1907. Tomo I, página 70.

sobre el tráfico infame de esclavas, lo que era tanto más increíble cuanto que nuestra capital daba ante el mundo el espectáculo de ser un vasto mercado.

El proxenetismo, desarrollado entre nosotros de una manera alarmante, impone deberes para conseguir, sino su aniquilamiento, por lo menos su atenuación. Los mercaderes son legión; recorren el mundo, forman logias tenebrosas de organización perfecta que dirigen la importación y exportación de lo que para ellos constituye una simple mercadería.

Se refiere a la organización internacional formada para combatir esa lacra y a los diversos congresos reunidos con ese objeto, dando también algunos datos estadísticos relacionados con la prostitución. Esta subsistirá—agrega—mientras se mantenga el régimen económico actual; no pretende, así, su supresión, sino la desaparición de la prostitución forzosa, aboliendo el tráfico infame que ejercen los caftens.

" Estos parásitos sexuales—dice—engañan o arrebatan en las " aldehuelas de Rusia a las jóvenes incautas que luego mandan a " la República Argentina para venderlas o encerrarlas en los pros- " tíbulos como esclavas. Son los mismos que en Londres disponen " de proxenetas a quienes visten de hermanas de la caridad para " que esperen en las estaciones a las jóvenes irlandesas que llegan " a la capital por Liverpool. Son los mismos que contraen ma- " trimonio muchas veces—se sabe el caso de uno que lo ha hecho " treinta y cinco—manteniendo la virginidad de sus esposas para " mejor lucrar con ellas."

Después de otras consideraciones, el doctor Palacios insiste en la finalidad de su proyecto, que persigue la supresión total de la prostitución forzosa y el castigo de los traficantes que engañan a las mujeres y las explotan en los prostíbulos.

El proyecto, que constaba de doce artículos, castiga al que sonsaque, seduzca o substraiga a una mujer para satisfacer deseos de otros, siempre que tuviese menos de veintidós años. La pena era más severa cuando la mujer tuviese menos de dieciocho años. El mismo hecho se penaba cuando la mujer fuese mayor de veintidós años si se hubiese empleado engaño, violencias, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación.

Se castigaba especialmente el hecho de inducir a una mujer

a la prostitución cuando quien lo hiciere fuese ascendiente, afín en línea recta, hermano, hermana, marido o amante.

Los regentes de los prostíbulos se consideraban coautores cuando en sus casas respectivas se encontraren mujeres en las condiciones antes establecidas.

Además, se penaba a todos los que se dedicaran al tráfico de mujeres para destinarlas a la prostitución.

El proyecto contenía también otras disposiciones que concretaban sanciones civiles y preceptos de carácter administrativo.

*
* *

225. El segundo proyecto.—El anterior proyecto no se consideró, siendo repetida la iniciativa por el mismo diputado Palacios, el año 1903 y en la sesión del 8 de agosto (1). La idea era la misma del anterior, habiéndose introducido modificaciones en la redacción del articulado.

Este segundo proyecto se articuló teniendo en cuenta las disposiciones de la ley número 4189 de reformas al Código Penal, que había introducido en el texto del mismo y en esta parte los artículos correspondientes del proyecto de 1891.

Se castigaba por el mismo al que promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mujeres menores de veintidós años, aumentándose la pena si no hubieren cumplido dieciocho. El mismo delito se castigaba cuando las víctimas fueren mayores si hubiera sido cometido por ascendiente, marido, tutor o persona encargada de la educación o guarda. La pena era más grave cuando la víctima no tuviese doce años cumplidos.

Se mantenía la presunción del proyecto anterior para los regentes de las casas de prostitución en las cuales se encontrasen personas en las condiciones antes establecidas; se colocaban reglas relativas a la acción, se tomaban precauciones para impedir la entrada al país de los traficantes y se castigaba a los empleados públicos que por hechos u omisiones contrariasen los propósitos de la ley.

El doctor Palacios amplió los fundamentos dados anterior-

(1) Diario de Sesiones de 1913. Tomo II, página 888.

mente, refiriéndose de nuevo a la campaña en que estaban empeñados los países más adelantados del mundo para combatir a los rufianes. Proporcionó datos emanados de la policía de la Capital Federal y mencionó la declaración hecha en 1905 por los delegados de las policías de Buenos Aires, La Plata, Río de Janeiro y Santiago de Chile, según los cuales los rufianes eran gente peligrosa para la sociedad.

*
* *

226. La ley Palacios.—La comisión de legislación de la Cámara de Diputados despachó el proyecto el mismo año 1913, ampliándolo para hacerlo más eficaz y comprensivo.

El dictamen se consideró en la sesión del 17 de septiembre de ese año, siendo aprobado en general y particular (1).

El Senado prestó igualmente su aprobación al despacho, promulgándose la ley por el Poder Ejecutivo, habiéndose registrado con el número 9143.

Según esa ley:

" La persona que, en cualquier forma, promueva o facilite la " prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer " deseos ajenos, aunque medie el consentimiento de la víctima, " será castigada con tres a seis años de penitenciaría, si la mujer " es mayor de dieciocho años; seis a diez de la misma pena si la " víctima, varón o mujer, es mayor de doce años y menor de die- " ciocho; y si es menor de doce años, el máximum de la pena " podrá extenderse hasta quince años. Esta última pena será apli- " cable, prescindiendo del número de años de la víctima, si mediara " violencia, amenaza o abuso de autoridad, o cualquier otro medio " de intimidación, como también si el autor fuese ascendiente, ma- " rido, hermano o hermana, tutor o persona encargada de su edu- " cación o guarda, en cuyo caso traerá aparejada la pérdida de la " patria potestad, del poder marital, de la tutela o de la ciuda- " danía, en su caso.

" Cuando las víctimas sean mayores de edad, se aplicará al " autor de los hechos a que se refiere el párrafo anterior, la pena

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de 1913. Tomo III, página 321.

" de seis a diez años de penitenciaría si para obtener su consentimien-
" to hubiere mediado cualesquiera de las circunstancias agravantes
" enumeradas en aquél; si hubiere mediado tan sólo engaño para
" alcanzar el consentimiento, la pena será de uno a tres años de pe-
" nitenciaría.

" La persona o personas regentes de las casas de prostitución
" pública o clandestina, donde se encontrare una víctima de los
" delitos especificados en el inciso anterior, serán consideradas,
" salvo prueba en contrario, autores o coautores, y penados de
" acuerdo con la escala mencionada.

" En cualquiera de los casos comprendidos en los párrafos an-
" teriores, si hubiere reiteración, el delincuente será deportado.

" La persona o personas regentes de casas de prostitución pú-
" blica o clandestina, que admitieren menores de edad para el
" ejercicio de la prostitución, serán pasibles de la pena de seis meses
" a un año de arresto, si fueren mayores de dieciocho años. Si fuesen
" menores de dieciocho años o concurrieran las circunstancias de
" los dos primeros párrafos que he transcripto, serán pasibles de
" las penas que en los mismos se establecen.

" Fuera de los casos previstos en esas disposiciones enumeradas,
" cualquiera que se ocupe del tráfico de mujeres que no sea su
" simple admisión por la regente de casa autorizada, o les facilite,
" en cualquier forma, el ejercicio de la prostitución, será castigada
" con uno a tres años de penitenciaría, o deportación, en caso de
" reincidencia.

" El Poder Ejecutivo dispondrá lo necesario para impedir la
" entrada en el territorio de la República a todos los extranjeros
" que reconocidamente se hayan ocupado dentro o fuera del país
" del tráfico de mujeres.

" Los delitos calificados en la ley podrán ser acusados o sim-
" plemente denunciados por cualquiera persona del pueblo, y
" también perseguidos de oficio por denuncia de cualquier socie-
" dad de beneficencia reconocida por el gobierno, que se haya
" fundado o que se funde en el país con el propósito de proteger
" a la mujer.

" Las autoridades marítimas, policiales, municipales y judicia-
" les deberán prestar su auxilio cuando fuese requerido por cual-
" quiera del pueblo, o por las asociaciones ya expresadas, con el
" objeto de constatar la existencia del delito o para substraer in-

" mediatamente a la víctima de los efectos del mismo, o aprehen-
" der a los delincuentes.

En caso de dudas sobre la edad de la víctima, se estará a
" los informes médicos de las reparticiones respectivas, sin per-
" juicio de las pruebas legales que se produzcan en el proceso
" para su justificación.

Si algún empleado contraría, por hechos u omisiones, los pro-
" pósitos de esta ley, dejando de cumplir lo que en ella se dispone,
" incurrirá en la pena establecida en el Código Penal para los
" encubridores."

Todas estas disposiciones quedaron incorporadas al Código Penal, con una disposición final que estatuía que las regentes de casas de prostitución autorizadas quedaban obligadas, bajo pena de 500 a 1.000 pesos de multa por cada infracción, a mantener en lugar visible un ejemplar de la ley, en diversos idiomas.

*
* *

227. La discusión parlamentaria.—El despacho de la comisión de legislación fué informado por el diputado doctor Arturo M. Bas, quien empezó diciendo que la legislación punitiva de la trata de blancas constituye para el país una exigencia, no sólo porque tiende a reprimir un cáncer social, sino por cuanto el gobierno nacional ha comprometido su palabra. Se refiere a la conferencia celebrada en París en 1902 y a la adhesión hecha por la República Argentina en 1904 a las estipulaciones allí suscriptas, entre las cuales la tercera obliga a las partes contratantes a proponer en sus respectivos países las medidas necesarias a fin de que el vergonzoso tráfico de mujeres sea castigado en todos ellos de acuerdo con las circunstancias y gravedad de cada caso.

Después de algunas consideraciones, el doctor Bas afirmó que en Buenos Aires se contaba con seis mil vagos que vivían de ese comercio infame, y que se encontraban confederados entre sí y con otros del extranjero.

El mismo miembro informante verificó una afirmación interesantísima relacionada con su punto de vista personal acerca de la prostitución como institución admitida en la ley, y que posteriormente aceptó, como podrá verse, la Comisión Especial de Legisla-

ción Penal y Carcelaria. Dijo que estaba muy lejos de participar de la tesis según la cual el Estado tenga el derecho de convertir en una institución pública y social la degradación de la mujer, y que la misma estaba muy lejos de haber dado los resultados que se esperaban al autorizarla y tolerarla.

El doctor Bas, terminó refiriendo un caso para demostrar cómo se había legislado entre nosotros hasta ese momento. Una mujer de dieciocho años quiere casarse y va al Registro Civil con su prometido. En esa oficina no acceden a sus propósitos porque carece de personas que puedan darle la venia y no tiene autorizaciones supletorias. En cambio, una mujer de dieciocho años que quiere inscribirse como prostituta, es anotada en el registro respectivo, sin que se le ponga ninguna dificultad.

El diputado doctor Juan F. Cafferata apoyó el proyecto, el que fué sancionado en general.

La discusión en particular fué también breve, haciéndose pequeñas modificaciones sobre el despacho.

*

* *

228. El proyecto de Código Penal presentado en 1916 y sus fundamentos.—Cuando presenté el proyecto de 1906, como base de encuesta, me encontré con que después de la publicación de aquél se había sancionado la ley número 9143, y que era, en consecuencia, conveniente tener en cuenta sus preceptos, dado el plan que me había propuesto al iniciar la reforma.

Introduje, así, en el proyecto, una serie de modificaciones, y en los fundamentos con que lo presenté me referí expresamente a este capítulo.

Dije entonces:

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

" Con respecto a corrupción de menores, traía sólo el artículo

" 132, por el cual se incriminaba al que, habitualmente, o con " abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la pros- " titución o corrupción de menores. La pena se graduaba de acuer- " do con la edad de la menor.

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

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

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

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

" Para llegar a la unidad perseguida, conviene la derogación " de esa ley y la incorporación al proyecto de 1906 de las disposi- " ciones que encierran previsiones necesarias. Esto además del " aumento de la penalidad, ya consagrado por el Congreso cuando " dió su voto a la llamada ley Palacios.

" Para ser metódico empezaré por examinar tal ley y sus " previsiones.

" El artículo 1.º de la misma modifica los incisos g) y h) del " artículo 19 de la ley número 4189 de reformas al Código Penal, " aumentando los castigos establecidos en esta última para los " que promovieren o facilitaren la prostitución o corrupción de " menores. Tiene en cuenta, para graduar las penas, la edad de " las víctimas menores, y agrega un párrafo destinado a incrimi- " nar a los que facilitaren o promovieren la prostitución o co- " rrupción de mayores de edad.

" En el inciso h) establece una presunción para los regentes de " casas de prostitución, que ya se encontraba consignada en el

" proyecto de 1906, y establece también la deportación del reincidente en los artículos 2 y 3.

" Castiga igualmente en los artículos 2 y 3, a los regentes de prostíbulos que admitan menores en sus establecimientos, y a los que se ocupan de este tráfico sin estar autorizados.

" El artículo 4.° se refiere a la admisión de extranjeros, precepto que no es propio del Código Penal; el 5.° al ejercicio de las acciones; el 6.° contiene un precepto procesal innecesario, porque los códigos de forma lo contienen, y la obligación que impone es de la esencia de las autoridades a que se refiere; el 7.° es también un artículo de procedimientos; el 8.° se refiere al encubrimiento; y el 10 contiene una sanción para los regentes de casas de prostitución autorizadas que no mantengan en lugar visible de su establecimiento un ejemplar de la ley.

" Recordados los preceptos de la ley número 9143, conviene compararla con el proyecto de 1906 a los efectos de las modificaciones que convenga introducir.

" La ley número 9143 castiga a los que promovieren o facilitaren la prostitución o corrupción de menores de edad:

" a) Con tres a seis años de penitenciaría, si la víctima es mujer mayor de dieciocho años, pero menor de edad;

" b) Con seis a diez años de la misma pena, si la víctima, varón o mujer, es mayor de doce años y menor de dieciocho;

" c) Hasta quince años si la víctima es menor de doce años.

" El proyecto de 1906 castiga el mismo delito con la pena de seis meses a cuatro años de prisión si la víctima fuere persona menor de dieciocho años.

" Cuando la víctima es mayor, reprime al delincuente con la misma pena, si medió fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otra coerción.

" La ley número 4189 aplica, cuando la víctima es mayor de edad, penas que varían entre seis y diez años y uno a tres de penitenciaría, según los casos.

" El criterio de la ley y el del proyecto es el mismo; lo que varía es la penalidad, que es mayor en la ley.

" La presunción del inciso h) de esta última se encuentra en el artículo 129 del proyecto, de donde seguramente se ha tomado el precepto.

" El artículo 2.° de la ley número 9143 rige puntos ya tratados en los artículos 1.° (inciso h) y 3.°, y este último tiene su equivalente en el 131 del proyecto.

" El proyecto tiene, además, el artículo 132, que castiga al que lucra con la prostitución de una mujer, no siendo regente de casa autorizada, precepto necesario que no se contiene en la ley Palacios.

" Lo expuesto basta para explicar mi artículo 3.°, pues tengo en cuenta las disposiciones de fondo de la ley número 9143 para modificar el proyecto. Esa ley, en consecuencia, quedaría derogada.

" Para proyectar los preceptos que coloco en substitución a los del proyecto de 1906, he tenido en cuenta las penas que aquél establece en todos los delitos contra la honestidad, evitando desarmonías. He aceptado el criterio de la ley número 9143, que se refiere a la corrupción de menores de edad y no menores de dieciocho años, y he tenido en cuenta, para fijar las represiones, las distintas escalas de edades que también determina aquella ley.

" Teniendo en cuenta las penalidades establecidas en tal ley, y las que fija la número 4189 para los delitos de violación y estupro, he creído conveniente modificar las del proyecto de 1906, que son menores a las vigentes.

" He tomado, además, todas las previsiones de carácter penal contenidas en la ley número 9143, y he adaptado el proyecto de 1906 a las mismas, colocando en el que presento los artículos 4.°, 5.°, 6.°, 7.° y 8.°, que se ajustan al criterio expuesto."

*

* *

229. Estado de la cuestión cuando se redactó el proyecto definitivo.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se encontró con que el proyecto presentado por mí, como base para la reforma y a los efectos del estudio correspondiente, se encontraba perfilado bajo las siguientes condiciones:

1.° Castigo a todo el que promoviere o facilitare la corrupción de menores de edad para satisfacer deseos propios o ajenos, variando las penas según la edad de las víctimas;

2.° Castigo del mismo hecho, con relación a mayores de edad,

cuando mediare violencia, amenaza, abuso, intimidación o cuando el autor fuere ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada;

3.° Castigo para el regente de la casa de prostitución pública o clandestina, donde se encontrare una víctima de los delitos antes mencionados;

4.° Castigo para el que lucrare con la prostitución de una mujer, salvo el caso de ser regente de una casa de prostitución autorizada.

La ley en proyecto castigaba, así, la prostitución de los menores, la prostitución forzosa de los mayores de edad y la de aquellos que lucrasen con la prostitución no siendo regentes autorizados.

La casa de prostitución se consignaba como una institución social admitida y admisible, desde que se autorizaba el negocio del regente cuando las pupilas actuaban por su voluntad, y siempre que fueran mayores de edad.

*
* *

230. Ideas de la comisión especial de diputados.—Las ideas de la comisión especial de diputados constan en la exposición de motivos, la cual dijo al respecto:

" En esta parte la comisión ha introducido modificaciones de " importancia sobre el proyecto de 1906, que había sido ya mo- " dificado por el diputado Moreno.

" Ha suprimido, desde luego, la institución "casas de pros- "" titución" y la de "regentes" de las mismas. Mantener esos " enunciados equivale a legalizar ese comercio y darle una si- " tuación de estabilidad inconveniente.

" La reglamentación de la prostitución corresponde a las mu- " nicipalidades, y éstas pueden hasta prohibir el funcionamiento " de las casas donde se practica. De manera que la ley no debe " erigirlas en instituciones, consagrándolas como tales.

" La comisión ha introducido también la pena alternativa, de " acuerdo con los principios generales, y se ha referido al factor " engaño, que es uno de los que más interviene cuando se trata de " prostituir. Ha tenido a la vista, para proyectar las modificacio-

" nes, el proyecto que ha presentado en las sesiones de este año, " contra la trata de blancas, el diputado Dr. Angel M. Giménez.

" Teniendo en cuenta que en muchos casos la prostitución es " impuesta a la mujer por el individuo que hace con ella vida " marital, se castiga especialmente a éste, aun cuando hubiere " mediado el consentimiento de la mujer.

" Nuestras leyes se han preocupado de castigar hasta ahora " a los que comercian o lucran con la prostitución de menores, " teniendo siempre en vista la casa de prostitución y sus regentes.

" Pero no se ha ido al fondo del asunto, ni se ha buscado " el remedio para el mal realmente sentido en nuestra modalidad " nacional.

" Aquí es frecuente el caso del individuo que haciendo vida " marital con una mujer vive a costa de su prostitución. El " individuo costea sus vicios con el *trabajo* de la mujer, a la cual " coloca en una casa de tolerancia, o a la cual obliga a ejercer su " comercio en las calles. El sujeto cuando la coloca, cobra los " rendimientos, y cuando la mantiene en aparente libertad, la " acecha para quitarle el dinero de los *clientes*.

" Este sujeto sólo es penado cuando se prueban violencias. " Pero es el caso que tienen de tal manera dominadas a sus víctimas, " que todas las veces que éstas son llamadas a los tribunales " para averiguar si se ejercitan violencias sobre sus personas, " niegan categóricamente su concurrencia, salvando al explotador " que las trata peor que los antiguos negreros a sus esclavos. Es " preciso hacer desaparecer esa lacra social, es necesario reprimir " severamente a esos sujetos haraganes que viven de la corrup- " ción de sus víctimas, y a ello se encamina el proyecto, que los " castiga, aun mediando el consentimiento de la mujer. Lo que la " ley no debe tolerar es esa profesión peligrosa, fuente de vicios, " de corrupciones y de sufrimientos para las víctimas desgraciadas.

" Lo demás del proyecto, con las modificaciones del diputado " Moreno, se mantiene por la comisión."

Los antecedentes expuestos no podían darse al examinar los artículos en particular, porque se referían al conjunto más que al detalle. Pero ahora que se han consignado, el estudio de los preceptos en concreto se facilita.

*
* *

231. El artículo 125 y sus concordancias. —

Artículo 125

El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será castigado:

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

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

3.° Con prisión de dos a seis años, si la víctima fuera mayor de diez y ocho años y menor de veintidós.

Cualesquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión, desde diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de su educación o guarda o que hiciera con ella vida marital.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 345 y 346.—Español, 459.—Francés, 334.—Belga, 379 a 381.—Húngaro, 247.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 3, artículo 3.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 276.—Código de 1886, 132.—Ley número 4189, 19, incisos g) y h).—Ley número 9143, 1.°—Proyecto de 1891, 154.—Proyecto de 1906, 127.

*
* *

232. Lenocinio o proxenetismo.—El artículo reprime a quien promueve o facilita la prostitución de menores de edad, sin distinción de sexo, y aun cuando mediare el consentimiento de la víctima, variando las penas según determinadas circunstancias.

El delito de que se ocupa el artículo se conoce generalmente con el nombre de lenocinio. También se le aplica el de proxenetismo y alcahuetería, siendo esta última terminología la adoptada por las antiguas leyes españolas.

Para que el delito exista, se requiere:

1.° Que se promueva o facilite la corrupción o prostitución de una persona;

2.° Que se tenga por objeto la satisfacción de deseos propios o ajenos;

3.° Que la víctima sea una persona menor de edad, sin distinción de sexo.

Debemos ahora, y en vista de los requisitos anotados, establecer con claridad qué se entiende por: a) Promover; b) Facilitar; c) Prostitución; y d) Corrupción.

Promover equivale a impulsar, llevar adelante, excitar, de manera que promueve quien toma una iniciativa y trata de llevarla a término poniendo en el sentido del logro del propósito la acción correspondiente. El que promueve en este caso se supone que acciona sobre el sujeto pasivo, venciendo sus resistencias y empujándolo al vicio.

Facilitar, en cambio, es lo mismo que allanar los obstáculos que se oponen a la realización perseguida. El que facilita, en realidad ayuda y colabora, complace a la persona en cuestión, allanando las dificultades, mientras que quien promueve es el autor de la idea que somete a la víctima, cargándola para su aceptación.

Corrupción y prostitución no son la misma cosa. Corromper es modificar, descomponer, perder la unidad material o moral. Se corrompe el que altera sus normas de corrección y entra por sendas tortuosas.

Las personas se corrompen sexualmente cuando se depravan y faltan a los deberes contraídos. La corrupción es distinta en el hombre o en la mujer, y en ésta el criterio para apreciarla debe ser diferente, según la situación en que se encuentre y los actos producidos.

Una mujer casada se corrompe cuando se entrega a un hombre que no es su marido. Una soltera o viuda cuando tiene relaciones carnales con un hombre cualquiera.

Pero estas reglas no son absolutas, ni mucho menos.

Una persona se corrompe cuando se entrega a torpezas sexuales contrarias a la naturaleza.

Pero como el artículo no habla de corrupción por impulso propio, sino por acción ajena, ya que la propia corrupción no se castiga por no considerarse delito sino inmoralidad, debe entenderse que toda acción sobre una persona para que se entregue a aberraciones sexuales, para que falte a sus deberes, o para que contraríe las reglas de honestidad habitualmente aceptadas, implica corrupción.

La prostitución significa la entrega del propio cuerpo al comercio sexual con muchos individuos. Supone la pérdida de la castidad, la degradación personal y la ausencia del pudor.

El que empuja a otro a entregar su cuerpo a muchos, para hacer generalmente un negocio o un modo de vivir de ese ejercicio, promueve la prostitución de ese otro a quien se dirige.

Nuestra ley no hace cuestión de sexo, castigando la acción sobre los menores de edad de uno y otro.

Tampoco hace cuestión del consentimiento de la víctima, bastándole con que se haya producido el hecho.

El Código ha querido crear una protección especial contra las acechanzas de cierta clase de sujetos dedicados al infame tráfico sexual.

Para eso era necesario castigar severamente la acción destinada a producir la corrupción y la prostitución. Cuando la acción es individual, cuando un sujeto seduce para obtener satisfacciones personales y sin empujar a la víctima a la mala vida, la ley hace distinciones: si aquélla es menor de doce años, considera que la aproximación sexual implica el delito de violación; si la misma es mayor de doce y menor de quince, la seducción se llama estupro y también tiene pena. Si la mujer es mayor de quince años y se la seduce, el autor no tiene castigo.

La ley castiga el delito y pena al autor, existiendo sólo un agente y una víctima, y siendo la acción de carácter privado. Aquí los caracteres varían. El agente representa un peligro social, es un sujeto que en general procede habitualmente, que hace de la corrupción o la prostitución un medio de vida, y que ataca más que a una víctima determinada a la sociedad entera, contribuyendo a que se desarrolle en la misma una grave enfermedad.

*
* *

233. Propósitos del agente.—El Código se refiere también a los propósitos del autor para caracterizar el delito.

La seducción, como he dicho antes, de una mujer mayor de quince años no es delito. Lo constituye, en cambio, la corrupción o la prostitución de menor de edad, aunque mediare el consentimiento de la víctima, cuando se produjere: a) Con ánimo de lucro; b) Para satisfacer deseos propios; y c) Para satisfacer deseos ajenos.

El propósito de lucro interviene en la mayor parte de estos delitos. Los intermediarios buscan ganancias a costa de la prostitución ajena y empujan a las víctimas. Cuando para éstas se han producido las consecuencias irreparables, el lucro es común y se reparten los beneficios del *trabajo*. Los caftens son los capitalistas, los que instalan las casas, y las mujeres constituyen la mercadería explotada que participa de los beneficios.

Las formas en que se ejerce la prostitución y las maneras como se lucra con la misma son variadas, y su examen corresponde a otra clase de estudios. Puede, sin embargo, decirse que existen verdaderas empresas y beneficiarios individuales. Las primeras instalan casas reconocidas o no, y se proveen de mujeres. Los segundos operan a base de una persona con la cual viven o no, y la explotan en el inmoral comercio; a veces la colocan en una casa de prostitución; a veces la hacen ejercer el tráfico clandestinamente.

Para proveer a los establecimientos—si se permite la expresión—se lanzan los traficantes a muchos de los excesos y engaños que la ley quiere reprimir.

*
* *

234. Deseos propios y ajenos.—En casi todas las legislaciones que concuerdan con el proyecto de 1891, se establece que quien facilita o promueve la corrupción o prostitución debe tener por objeto la satisfacción de deseos ajenos.

El Código, entretanto, habla de la satisfacción de deseos propios o ajenos, siguiendo al proyecto de 1906 y a la ley sobre trata de blancas. En el proyecto de 1906 no se explican los motivos de la innovación, y en la gestación y discusión de la ley número 9143 tampoco se hace alusión al respecto.

La conveniencia de castigar el hecho cuando el agente pretende satisfacer los deseos de otro al promover o facilitar la corrupción o prostitución, no se discute. Lo que se desea reprimir es, precisamente, la acción ejercitada sobre los menores de edad con el objeto de arrastrarlos al vicio. Los individuos que ejercen esa acción, hombres o mujeres, son generalmente sujetos que proceden así a los efectos de obtener recursos: viven de eso, contrariando permanentemente la estabilidad social, y representando un peligro para las instituciones sobre las cuales aquélla se asienta.

Pero nuestra ley no se limita a eso, sino que castiga igualmente al que facilita o promueve la corrupción o prostitución para satisfacer deseos propios. González Roura (1) dice que el Código ha seguido el raro ejemplo del proyecto de 1906 al reprimir el hecho cuando se ha tenido como propósito la satisfacción de los deseos propios. Y cita como base de su crítica una opinión de Chauveau y Helié, transcripta por Rivarola en su libro sobre exposición y crítica del Código Penal de 1886. Según esa opinión, el que seduce a una mujer para sí, podrá ser un hombre inmoral, mientras que quien hace eso para otro, es un ser infame.

En mi concepto la tesis del Código es perfectamente sensata, y trataré, en consecuencia, de demostrarlo. Observaré también que el doctor Rivarola, cuya opinión se invoca a través de Chauveau y Helié, es coautor del proyecto de 1906, que introdujo la tesis aceptada en el código vigente.

Para entendernos será preciso hablar ante todo del concepto de corrupción y del de seducción.

*
* *

235. Conceptos de seducción y corrupción.—No todo el que seduce corrompe, y no toda persona corrompida puede haber sido

(1) Tomo III, página 97.

seducida. Así, una mujer casada que se entrega con su marido a aberraciones sexuales, es una persona corrompida, aun cuando no haya incurrido en ninguna violación jurídica de sus deberes matrimoniales. Una mujer casada que se entrega a otras aberraciones con personas de su mismo sexo, se ha corrompido, sin duda, y, sin embargo, no puede ser tampoco objeto de reclamos en derecho bajo el punto de vista penal.

Puede, así, existir corrupción personal bajo el aspecto sexual sin haber faltado el sujeto a sus obligaciones, ni a sus compromisos.

En cambio, seducir no es siempre correlativo de corromper, por lo menos dentro de mi punto de vista. El hecho de tener una mujer soltera relaciones sexuales con un hombre, no implica ser una persona corrompida. Todo depende de una cantidad de circunstancias que sólo pueden ser apreciadas en cada caso particular.

Cuando la ley habla del que procede para satisfacer deseos propios, no se refiere al que seduce. Si ese fuera el concepto del Código no habría reducido el delito de estupro a la seducción de mujer honesta de más de doce años y menos de quince. De manera que quien procediendo personalmente seduce a una mujer mayor de quince años, esto es, llega a tener con la misma trato sexual sin usar violencia de ninguna clase, y obteniendo su consentimiento, no comete delito.

Los casos a que se refiere el artículo son otros.

Un sujeto para seducir a una mujer emplea intermediarios que actúan a base de dinero, se sirve en una palabra de rufianes para llegar al logro de sus deseos, y lanza a la víctima en la mala pendiente. Un individuo para obtener el logro de sus propósitos promueve o facilita la corrupción o la prostitución de la mujer a quien desea, entendiendo que ese es el medio más fácil de hacerla llegar a su poder. Un individuo, en fin, a los efectos de conseguir lo que quiere, lanza a la víctima en la mala vida. En todos esos casos el propósito ha sido satisfacer deseos propios, y la consecuencia el fomento del rufianismo y el ingreso a la carrera de una nueva víctima.

La ley ha querido impedir esos excesos, y en mi concepto ha estado perfectamente acertada.

*
* *

236. La penalidad.—Las penas son diferentes según cual fuere la edad de la víctima, pero siempre con referencia a menores de edad.

Así, si aquélla tuviera menos de doce años corresponderá reclusión o prisión de cuatro a quince años. Debe tenerse presente que en el artículo 119 se castiga como violación el acceso carnal con persona menor de doce años, mientras que aquí se prescinde de la circunstancia del concúbito, la que puede concurrir, y se castiga a todo el que promoviere o facilitare ese acceso.

El inciso 2.° del artículo aplica la pena de reclusión o prisión de tres a diez años si la víctima fuera mayor de doce y menor de dieciocho. Tampoco en este caso se tiene en cuenta especialmente al agente, sino al que promueve o facilita.

Por fin, el inciso 3.° castiga con prisión de dos a seis años al agente, cuando la víctima fuera mayor de dieciocho años y menor de veintidós.

La disposición puede dar lugar a que se discuta la situación de las personas que tengan contacto carnal con las víctimas en calidad de *clientes*, si se permite la expresión, de los rufianes encargados de las mismas.

Así, una mujer de menos de doce años se encuentra en una casa de prostitución y se comprueba que la misma, en ejercicio de su profesión desgraciada, ha tenido acceso carnal con un individuo: ¿sería éste reo del delito de violación? En mi concepto no lo sería, si ese sujeto fuera ajeno a la corrupción o prostitución de la menor.

Cuando la menor prostituída tuviere más de doce años y menos de quince la cuestión no se prestaría a discusión alguna, porque faltaría para la concurrencia del estupro la circunstancia de la honestidad.

*
* *

237. Casos especiales de agravación.—La pena será la de reclusión o prisión desde diez hasta quince años cuando cualesquiera

que fuese la edad de la víctima mediare: a) Engaño; b) Violencia; c) Amenaza; d) Abuso de autoridad; y e) Cualquier medio de intimidación o coerción. La misma regla rige cuando el autor del delito fuere: a) Ascendiente; b) Marido; c) Hermano; d) Tutor; e) persona encargada de la educación o guarda; y f) Persona que hiciera con la víctima vida marital.

El apartado que contiene estas disposiciones es el último del artículo 123, el cual se refiere a la corrupción de menores de edad, fijando en los tres incisos distintas penas, según cual fuere la edad de la víctima menor de edad. Ahora establece un castigo general, cualesquiera que sea la edad de la víctima, pero debe entenderse de conformidad al acápite del precepto, que se trata de la víctima menor de veintidós años, y que la disposición se aplica sin tener en cuenta las diferencias establecidas en los tres incisos.

Dos son los motivos que determinan el aumento de penalidad: el primero deriva del medio empleado para conseguir el propósito; y el segundo de la relación existente entre el agente y la víctima.

La ley, con relación a la primera clase de agravantes, menciona el engaño, la violencia, las amenazas, el abuso de autoridad y, en general, para que nada escape al propósito punitivo, cualquier medio de intimidación o coerción. Acerca de estos puntos me he ocupado antes, aun cuando con relación a distintos delitos, y no considero necesario extenderme al respecto.

Los motivos que informan la agravante, cuando el autor del delito es persona vinculada por parentesco o autoridad con la víctima menor, son perfectamente explicables y se computan con relación a otros delitos, como hemos tenido oportunidad de notarlo ya. Pero entre las personas ligadas a la víctima se ha colocado una que importa una novedad en la lista dada en otras ocasiones con respecto a determinados delitos. Me refiero al que hace con la menor vida marital.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria introdujo esa parte de la disposición, ateniéndose a los hechos y teniendo en cuenta un fenómeno frecuente. En nuestro medio hay individuos que se casan o que no contraen matrimonio, pero viven con una mujer a los efectos de explotarla. El rufián de ese tipo es conocido con el nombre vulgar y soez de *canflinflero*. No es un empresario, no es un caften, sujeto casi siempre extran-

jero y extraño a nuestro medio, sino que es un explotador de menor cuantía, que vive en la ociosidad y que es generalmente un delincuente común, porque encubre crímenes o atenta contra la propiedad y aun contra las personas. La ley ha querido castigar a ese sujeto, no sólo por el delito en sí, sino como medida de precaución contra los individuos que viven ociosos en un medio deletéreo y que representan un peligro para la sociedad.

El proyecto de 1906 castigaba al que lucraba con la prostitución de una mujer, salvo el caso de tratarse de un regente de casa de prostitución. El Código no se refiere al que lucra, sino que es más comprensivo, penando a todo el que teniendo autoridad, cierto parentesco o viviendo con una menor de edad, facilita o promueve la prostitución de la misma. Dentro del Código caen, así, los que viven de la prostitución de una menor de edad, y la pena se agrava cuando el que lucra es el amante o alguna de las otras personas mencionadas.

*
* *

238. El Código Penal y los reglamentos sobre prostitución.— El Código, como hemos visto, no ha querido mencionar las casas de prostitución. Ha entendido la ley que no debía dársele el carácter de una institución social al prostíbulo, ni el alcance de una profesión lícita a la de regente de uno de esos establecimientos.

La reglamentación de la prostitución corresponde a la autoridad municipal, y ella podría admitirla o rechazarla en absoluto. La ley, entonces, no se pone en el caso de que exista o no, pero deja bien claramente fijado su criterio. La prostitución de menores de edad está prohibida. Una persona de menos de veintidós años no puede dedicarse a ese tráfico, y las personas que lo faciliten o promuevan son delincuentes a quienes se castiga. Cuando el sujeto tiene más de veintidós años puede hacer de su cuerpo lo que le acomode, siempre que no falte a las reglas establecidas para la convivencia en los distintos órdenes.

Si existen casas de prostitución, y si en una de ellas ejerce el tráfico una persona menor de veintidós años, los individuos que lo promuevan o faciliten caen dentro de las sanciones del artículo, cualesquiera que sea su carácter. La ley no admite los regentes, pero quien lo sea en el hecho, con ese nombre o con

otro, debe ser penado si en su casa se encuetra traficando una persona menor de veintidós años cuya abyección facilita.

El Código Penal influye también sobre los reglamentos municipales, desde que no siendo admisible la prostitución de menores de veintidós años, no podría anotarse a una menor de edad en los registros donde se inscriben las personas que se dedican al innoble ejercicio.

*
* *

239. El artículo 126 y sus concordancias.—

Artículo 126

Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otros medios de coerción.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1906, artículo 128.—Ley número 9143, artículo 1.°, inciso g, in fine.

*
* *

240. Corrupción o prostitución de mayores de edad.—El artículo anterior castiga la corrupción de menores de edad. El presente incrimina la de mayores, pero solamente cuando median ciertas circunstancias. Las personas mayores tienen la capacidad necesaria para dirigirse, y la ley no puede incriminarlas sino en cuanto perjudiquen a los demás. La prostitución o corrupción de personas en esas condiciones, cuando se lanzan a ella por su propia voluntad, no se castiga.

Ahora bien: el que promueva o facilite la corrupción o prostitución de mayores de edad, usando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otro medio de coerción, es castigado con la pena de reclusión o prisión de cuatro a diez años, siempre que realizare la acción con ánimo de lucro o para satis-

facer deseos ajenos. El que para satisfacer deseos propios usa la fuerza o la intimidación, comete el delito de violación. Cuando engaña y seduce comete el delito de estupro, siempre que la mujer fuese honesta mayor de doce años y menor de quince. La mujer mayor de edad que se deja engañar es víctima de su ingenuidad, de su cálculo o de otras causales, pero el autor no comete un delito.

Puede ocurrir que un individuo corrompa a otra persona mayor de edad satisfaciendo deseos propios, pero con ánimo de lucro. Tal ocurriría cuando actuase en esa forma mediante paga o recompensa que otro le hiciera con un objeto cualquiera, el de vengarse, por ejemplo.

*
* *

241. La campaña social contra los rufianes.—El examen de nuestra ley y de los antecedentes de la misma nos muestra cómo se ha evolucionado en esta materia. Anteriormente sólo se reprimía la corrupción de personas menores de dieciocho años, de manera que los rufianes podían actuar sin limitaciones sobre las personas mayores de esa edad. Hoy se reprime a los que promueven o facilitan la prostitución de menores de veintidós años y la de mayores en determinadas condiciones.

La plaga social que representan los rufianes debe combatirse sin descanso. Ernesto Lecour (1) dice que la necesidad de una represión enérgica no se discute. Los rufianes son cada día más numerosos; se reunen, constituyen bandas organizadas y disciplinadas; tienen jefes y extienden su acción.

La represión tiene que ejercitarse, no sólo con el Código Penal, sino con la ley de extranjeros y las de ciudadanía e inmigración. La entrada de los rufianes al país debe proscribirse, y la expulsión hacerse efectiva cuando penetren.

Además, es preciso tener en cuenta a esos profesionales cuando se reglamente la prostitución. Si se admiten las casas de tolerancia, manejadas por un regente o empresario, se corre el inminente peligro de fomentar el tráfico inmoral. En efecto, las casas

(1) De la repression du metier de souteneur. Página 125.

de prostitución necesitan para el mantenimiento del negocio renovar su personal humano, ya que eso entra dentro del mismo, y teniendo en cuenta que las mujeres sometidas a ese ejercicio se desgastan y enferman. Como la concurrencia voluntaria es escasa, desde que a la mujer no se le prepara para eso, se hace necesario impulsarla y tomar medidas para que no falte el *material*. De aquí los agentes que trabajan en el país y en el extranjero y que procuran los elementos necesarios para el mantenimiento de las casas de prostitución. La tolerancia de la *industria* tiene forzosamente que imponer la existencia de los proveedores y buscadores.

El problema es, así, de lo más serio, y se relaciona con cuestiones sociales de difícil solución.

*
* *

242. El artículo 126 y la modificación del Senado.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó el precepto, colocando al final del mismo la frase: "aunque hubiere mediado consentimiento de la víctima"; pero la segunda Comisión de Códigos del Senado propuso la supresión, la que se verificó. No se dieron fundamentos, pero ellos son lógicos, por cuanto si ha habido violencia, el consentimiento no se puede suponer y el engaño consiste en la maniobra para arrancarlo. Con la supresión, no cambia el propósito que se ha tenido en vista al redactarse el artículo ni el alcance del mismo.

X

Ultrajes al pudor

243. Casos comprendidos en la ley.—244. El artículo 127 y sus concordancias.—245. Antecedentes de la disposición.—246. Los abusos deshonestos en la ley.—247. Las agravantes especiales.—248. Tentativa y delito consumado.—249. El artículo 128 y sus concordancias.—250. Antecedentes y alcance de la disposición.—251. El artículo 129 y sus concordancias.—252.—Antecedentes y alcance de la disposición.

* * *

243. Casos comprendidos en la ley.—El capítulo comprende la corrupción y los ultrajes al pudor. De la primera se ocupan los artículos 125 y 126, y de la segunda los 127, 128 y 129.

Estos tres últimos preceptos se refieren a cuestiones diferentes.

El primero castiga al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo sin la concurrencia de acceso carnal y mediando las condiciones establecidas al caracterizar la violación; el segundo al que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los expusiere, distribuyere o hiciere circular; y el tercero al que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar exhibiciones obscenas, lo mismo que a quien procediere en privado, pero en condiciones de que terceros pudieran ver involuntariamente.

Examinaré las distintas disposiciones.

*
* *

244. El artículo 127 y sus concordancias.—

Artículo 127

Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de personas de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal.

Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el artículo 122, se le aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 333.—Chileno, 366.—Belga, 372 y 373.—Proyecto de 1891, 152.—Proyecto de 1906, 130.

*
* *

245. Antecedentes de la disposición.—La disposición contenida en el presente artículo no se encontraba en el código de 1886 ni en sus antecedentes. Fué colocada en el proyecto de 1891, que la tomó del código italiano. Este proyecto castigaba con la pena de penitenciaría de uno a cuatro años al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias que caracterizan el delito de violación, pero sin que hubiere habido cópula. La pena se agravaba, correspondiendo penitenciaría de tres a diez años, cuando el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano o encargado de la educación o guarda de la víctima, o cuando el hecho se cometiere con el concurso de dos o más personas.

La exposición de motivos se limitó a decir que el proyecto preveía atentados al pudor no previstos en el Código. Tales atentados no entraban ni en las violaciones, ni en los estupros, pero constituían ataques importantes a la honestidad, reprimidos por buen número de códigos extranjeros. "La conveniencia, y aun

"la necesidad—dicen los redactores del proyecto—de penar a "sus autores nos parecen tan evidentes, que toda explicación a su "respecto sería superflua."

El artículo del Código concordante con sus antecedentes, los proyectos de 1891 y 1906, contiene dos partes: en una señala el delito y establece la pena; en la otra coloca una circunstancia agravante especial.

Examinaré por su orden la disposición.

*
* *

246. Los abusos deshonestos en la ley.—El Código castiga el abuso deshonesto cometido sobre persona de uno u otro sexo, siempre que no hubiere acceso carnal, cuando: a) La víctima fuera menor de doce años; b) La persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir; y c) Se usare de fuerza o intimidación.

De manera que el delito se caracteriza por la comisión de actos libidinosos sin concúbito sobre persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuere incapaz de voluntad, o cuando, siéndolo, se le violentara o se aprovecharan circunstancias en que aquélla no podía manifestarse.

El hecho se considera delito porque toda persona tiene el derecho a su honestidad personal, la que no debe serle atacada, no bastando defenderla del acceso carnal que tendría lugar cuando se produjera el ataque más grave, desde que existen otros por medio de los cuales se compromete el mismo sentimiento.

Para la concurrencia del delito se requiere, así, la violencia y los actos libidinosos. Los escritores se preocupan de establecer cuándo existe esta clase de actos.

Carrara (1) dice que el ataque existe siempre que se ejercite sobre la persona de otro un acto del cual resulte un ultraje al pudor, pero siempre que la acción se lleve a cabo sobre el cuerpo de la víctima. Las palabras obscenas, las exhibiciones de objetos, los actos, en fin, que no impliquen la acción corporal, podrán

(1) Programma.—Parte Speciale. Tomo II, página 419; N.° 1548.

constituir otras infracciones, pero no forman en el concepto del autor un ultraje al pudor personal.

Crivellari (1) entiende que los actos libidinosos que caracterizan el ultraje son todos los contactos y todas las maniobras que puedan excitar los sentidos, aunque no se llegue al completo desahogo de la lujuria.

El mismo Carrara (2) se extiende en largas consideraciones tendientes a decidir si el beso dado a una mujer en contra de su voluntad constituye o no un ultraje al pudor. El autor distingue entre distintos casos, y entiende que el delito existe cuando el acto de besar tiene por objeto satisfacer la propia lujuria y constituyese un acto impúdico, de esos que tienden a corromper. En cambio, piensa que no tendría ese carácter cuando fuese la consecuencia de un noble afecto.

El doctor José Ingenieros (3) ha escrito sobre este asunto una interesante monografía, en la cual dice que dar un beso violentamente puede ser un delito, motivando algunas veces ese hecho querellas judiciales.

"Nuestro Código Penal—agrega—no califica al beso como "delito contra la honestidad, ni lo menciona entre las injurias o "los ultrajes al pudor; las ordenanzas de policía, por otra parte, "se abstienen de enumerarlo entre las manifestaciones de escán-"dalo. Pero aunque no conocemos jurisprudencia al respecto, nos "parece indudable que su carácter delictuoso está sobreentendido "en determinadas circunstancias.

"Besar sin su consentimiento expreso a una persona del sexo "contrario, fuera de ciertos casos en que la costumbre, la edad "o el parentesco autorizan a ello tácitamente, es un hecho que "ofende el pudor y la honestidad, agravado por su ejecución en "público. Esta última circunstancia, por sí sola, aun mediando "consentimiento, puede constituir un atentado a las buenas cos-"tumbres, según la forma en que se ejecute el acto de besar."

El autor citado se extiende en consideraciones respecto al asunto, y establece que puede existir con ese acto el delito de injuria o el de ultraje al pudor, según el caso. Puede también no

(1) Tomo VII, página 537.
(2) Nota al N.º 1548. Página 420 del lugar citado.
(3) La Psicopatología en el Arte. Página 139.

concurrir infracción alguna. Todo depende de las circunstancias, que deben ser apreciadas por los tribunales, cuando el hecho tenga lugar e imponga la atención de la justicia.

*

* *

247. Las agravantes especiales.—El Código, en el segundo apartado del artículo, señala circunstancias agravantes particulares, aumentando la penalidad cuando el autor del ultraje fuera: ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote, encargado de la educación o guarda de la ofendida, o cuando el hecho se llevare a cabo con el concurso de dos o más personas.

Al estudiar el artículo 122 me he ocupado de esas circunstancias, de manera que basta aquí con la referencia.

*

* *

248. Tentativa y delito consumado.—El delito de ultraje al pudor estudiado en el presente artículo requiere para su existencia las mismas circunstancias establecidas con respecto a la violación. Se requiere el acto deshonesto sobre una persona que no tiene voluntad, o cuya voluntad se fuerza por medios físicos o morales. La diferencia esencial que existe entre la violación y el ultraje al pudor se encuentra en que, para la existencia de la primera, es esencial el acceso carnal, la cópula, la que no debe existir para que concurra ultraje.

En la práctica suele ser difícil diferenciar los casos de tentativa de violación y los de ultraje al pudor, pero teóricamente las líneas de separación son muy nítidas.

Hay tentativa de violación cuando el agente se propone el acceso carnal, cuando hace todo lo necesario para alcanzarlo y no logra obtenerlo por causas ajenas a su voluntad.

Existe ultraje cuando el propósito no ha sido llegar, por lo menos de inmediato, al acceso carnal, y se ha usado de la violencia sólo para el acto deshonesto.

*

* *

249. El artículo 128 y sus concordancias.—

Artículo 128

Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 339.—Proyecto de 1906, 133.—Ley número 816, artículos 36 y 97, inciso 3.°; y artículo 141, inciso 1.°.

*

* *

250. Antecedentes y alcance de la disposición.—El presente artículo tampoco se encontraba contenido en el código de 1886, ni en los proyectos que le sirvieron de antecedente. Pero en la ley número 816, que reglamenta el servicio de correos, se contienen dos disposiciones relacionadas con la materia de que se ocupa el precepto. En el artículo 36 se ordena la no recepción en las oficinas, de libros, impresos, grabados, pinturas o litografías de carácter inmoral. Si tales objetos se hubiesen depositado serán quemados. Además, se castiga con multa de cien pesos fuertes (artículo 141, inciso 1.°) al que depositare o hiciere depositar en las oficinas de correo o en los buzones, libros o dibujos obscenos, o cartas con epítetos injuriosos en su cubierta.

El proyecto de 1906 trajo la disposición incorporada al código vigente y análoga a la correspondiente del código italiano.

El pudor y las buenas costumbres pueden ofenderse, no sólo con una acción sobre el cuerpo de la víctima. El ataque se puede producir en la forma determinada en el artículo, desde que con esa clase de acciones se ofende el delicado sentimiento que quiere protegerse.

El delito se produce cuando se fabrica o reproduce la pieza y cuando la misma se hace circular o se exhibe.

*

* *

251. El artículo 129 y sus concordancias.—

Artículo 129

Será reprimido con multa de cincuenta a quinientos pesos, el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas.

La misma pena se aplicará cuando los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 338.—Proyecto de 1906, 134.

*

* *

252. Antecedentes y alcance de la disposición.—El artículo ha sido tomado del proyecto de 1906 y tiene su correspondiente en el 338 del código de Italia.

La disposición comprende dos apartados que se refieren a casos distintos.

Para que exista el delito en el primer supuesto, es necesario: a) Que se ejecuten o se hagan ejecutar exhibiciones obscenas; b) Que esas exhibiciones constituyan ofensas para el pudor o las buenas costumbres; y c) Que se verifiquen en sitio público. Si esta última circunstancia faltare, el delito no existiría.

El segundo apartado incrimina el caso en que los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros. El agente puede, en estos casos, haber procedido con intención, o sea haciendo de manera que la exhibición fuera vista, o con culpa, esto es, no tomando las precauciones necesarias para evitar esa consecuencia. En los dos casos el hecho se castiga.

XI

Rapto

253. Noción del delito de rapto.—254. Antecedentes del proyecto tejedor.—255. El código de 1886.—256. Proyecto de 1891.—257. La ley número 4189.—258. Proyecto de 1906.—259. El artículo 130 y sus concordancias. — 260. Rapto en general. — 261. Rapto de mujer casada.—262. El artículo 131 y sus concordancias.—263. Fundamentos del proyecto de 1891.—264. Concurrencia de otros delitos.

*
* *

253. Noción del delito de rapto.—El rapto se caracteriza por la substracción o retención violenta de una mujer, con fines deshonestos.

Para que exista el delito de rapto es necesario que concurran las siguientes circunstancias: 1.° Substracción o retención de una mujer; 2.° Finalidad deshonesta; y 3.° Empleo de violencia, intimidación o fraude.

Se requiere en primer término, para la concurrencia del delito, que exista substracción o retención, siendo esas circunstancias las que lo caracterizan materialmente. La finalidad debe ser deshonesta, porque de lo contrario el delito sería el de detención privada. Y el empleo de violencia física o moral, o la concurrencia de fraude son esenciales en el procedimiento. Esto último supone la falta de consentimiento en la mujer. Pero puede suceder que concurra rapto, como lo veremos después al estudiar la ley, en casos en los cuales haya mediado el consentimiento, pero pres-

tado por mujer que no tenía, por su corta edad, la capacidad necesaria para darlo.

El delito de rapto se encuentra legislado en el código de 1886 y en sus antecedentes, por lo cual conviene examinarlos.

*
* *

254. Antecedentes del proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor castigaba con la pena de dos años de prisión el rapto de una mujer casada, doncella o viuda honesta ejecutado con violencia. Si recayere en otra clase de mujer la pena será la de arresto por tres meses—agrega la disposición.

El rapto de una doncella, ejecutado sin violencia de ella, ni de las personas en cuya guarda o potestad se halle, se castiga con un año de prisión y con arresto de tres meses, cuando se ejecutare sin violencia y con el designio de contraer matrimonio.

El raptor que no entregare la persona robada o no diese razón satisfactoria de su paradero, será castigado como homicida.

Se estableció, además, que si hubiere violación o estupro la pena será la de esos delitos, siendo el rapto circunstancia agravante. Esto último no tenía eficacia, porque las penas para los delitos de violación y estupro eran fijas, careciendo de significado la agravante.

Con relación al delito decía la nota que éste necesitaba como condición indispensable que la mujer fuera extraída de su casa, de poblado o camino, y llevada al campo, lugar desierto o, por lo menos, a otra casa.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García castiga el rapto de menores, conteniendo diferentes penas, según la edad de la persona robada.

*
* *

255. El código de 1886.—El código de 1886 siguió al proyecto del doctor Tejedor en cuanto a sus principales disposiciones, pero aumentó las penas, varió la redacción de los artículos y amplió los preceptos.

Se refirió al rapto de mujeres casadas; de menores de doce años; de viuda honesta o doncella mayor de doce años y menor de quince; y de mujer no comprendida en las previsiones anteriores.

Cuando el rapto era de mujer casada se distinguían dos hipótesis: que hubiere habido violencia o hubiere mediado consentimiento. Existiendo violencia la pena era la de penitenciaría de tres a seis años, y mediando consentimiento debía aplicarse el castigo señalado para el adulterio.

El rapto de menor de doce años se penaba en todos los casos con penitenciaría de tres a seis años. El de viuda honesta o doncella mayor de doce años, ejecutado con violencia, se castigaba con prisión de uno a tres años; y el de menor de quince años con arresto de seis meses a un año si medió consentimiento, y arresto de uno a tres meses si lo ejecutó el agente con intención de casarse.

El rapto no comprendido en los supuestos anteriores, ejecutado con violencia, se penaba con arresto de uno a seis meses.

Cuando en el rapto hubiere violación o estupro, la pena será la misma de esos delitos, siendo el rapto circunstancia agravante.

El raptor que no entregase la persona robada, o no diese razón satisfactoria de su paradero, será castigado como homicida.

*
* *

256. Proyecto de 1891.—El sistema de la ley fué cambiado en el proyecto de 1891, el que empezó por ocuparse del rapto en una disposición general, castigando con la pena de uno a cuatro años de penitenciaría al que, con miras deshonestas, subtrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude. Esa pena se aumentaba a penitenciaría de dos a seis años cuando la robada fuese una mujer casada.

Después de haberse colocado esa disposición general, que rige todos los casos de rapto, caracterizando el delito por el hecho material, los propósitos y los medios empleados contra la voluntad de la mujer, se ocupa el proyecto de situaciones especiales.

Así, el rapto de una mujer menor de quince años y mayor de doce, producido con el consentimiento de ella, será reprimido con penitenciaría de seis meses a un año. Y el rapto de menor

de doce años, con o sin su consentimiento, se castiga con dos a seis años de penitenciaría.

En esos últimos supuestos el castigo concurre aun habiendo consentimiento, porque se supone que a causa de la edad de la mujer, ésta carece de la capacidad necesaria para consentir. La disposición se inspira en los mismos motivos que se han examinado al tratar de los delitos de estupro y violación.

Cuando el rapto fuere seguido de violación, estupro u otro delito contra la honestidad—concluye el proyecto de 1891,—éstos se considerarán hechos independientes a los efectos de la acumulación de las penas.

Es de notarse—como lo dice la exposición de motivos—que todos los casos de rapto no se castigan. La ley en proyecto se limitaba a incriminar los que se ejecutaren con violencia o fraude. El rapto con consentimiento de la mujer capaz no se considera delito.

Las explicaciones de la exposición de motivos con relación a preceptos particulares las tendré en cuenta cuando me refiera a los artículos del Código.

*
* *

257. La ley número 4189.—El proyecto de 1891 influye sobre el código de 1886, por cuanto la ley número 4189 introduce en este último tres de los artículos de aquél, modificando la penalidad.

La citada ley de reformas estableció que quien con miras deshonestas substrajere o retuviere una mujer, por medio de fuerza, intimidación o fraude, sufrirá penitenciaría de tres a seis años.

Agrega que el que cometiere rapto de una menor de quince años y mayor de doce, con su consentimiento, será castigado con uno a tres años de prisión. La pena será de penitenciaría de tres a seis años si el rapto fuese de una menor de doce años.

Por último se establece, repitiendo al proyecto citado, que cuando el rapto fuese seguido de violación, estupro u otro delito contra la honestidad, éstos se considerarán hechos independientes a los efectos de la acumulación de las penas.

*
* *

258. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repitió las disposiciones del de 1891, colocando la pena de prisión en vez de la pena de penitenciaría, para concordar con su sistema, y suprimiendo la última regla, que consideraba a los delitos diferentes como hechos independientes en su caso.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria reprodujo sin modificaciones los dos artículos del proyecto de 1906, los que se han aceptado en el Código de la misma manera.

*
* *

259. El artículo 130 y sus concordancias.—

Artículo 130

Sufrirá prisión de uno a cuatro años, el que con miras deshonestas substrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude.

La prisión será de dos a seis años, si la robada fuere una mujer casada.

CONCORDANCIAS.—*Primer apartado.*—Código español, artículo 460.—Italiano, 340.—Uruguayo, 291.—Chileno, 358.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 4, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 278.—Código de 1886, 136.—Ley número 4189, 19, inciso i, 1.°—Proyecto de 1891, 156.—Proyecto de 1906, 135, primera parte.

Segundo apartado.—Código italiano, artículo 341.—Uruguayo, 288.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, título tercero, libro primero, § 4, artículo 1.°—Código de 1886, 133.—Proyecto de 1891, 157.—Proyecto de 1906, 135, 2.ª parte.

*
* *

260. Rapto en general.—El artículo transcripto tiene dos apartados que se refieren a casos distintos.

El primero de ellos se refiere al rapto en general, pero debiendo tenerse en cuenta que la ley no castiga todo rapto, sino aquellos en que se usare de fuerza, intimidación o fraude. Cuando media el consentimiento de la mujer no hay delito.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 decía que el artículo de ese conjunto, análogo al primer apartado del presente, tenía por objeto caracterizar el rapto en general y establecer la pena que se impondrá al autor del hecho cuando no revista las condiciones especialmente determinadas en los artículos siguientes. " Sin duda, el acto a que se refiere el precepto—agre-" ga,—de substraer o retener a una mujer con miras deshonestas, " contra su voluntad, por medio de fuerza, intimidación o frau-" de, es un atentado a las costumbres y a la libertad individual. " Por eso hemos debido preverlo e incriminarlo en los términos " en que lo ha sido."

Para que exista el delito de rapto en general se requiere: 1.° Substracción o retención de una mujer como elemento material para caracterizar su concurrencia; 2.° Miras deshonestas por parte del agente; y 3.° Empleo de fuerza, intimidación o fraude.

Si no mediaren miras deshonestas, el delito podría ser el de detención privada. Y si no hubiere fuerza, violencia o engaño, el delito no existiría, cuando la mujer fuese capaz, desde que no habría ni retención ni substracción. Si la mujer se ha ido de su casa o ha permanecido en la de otro por su voluntad, el delito de rapto no concurre, por cuanto no existe ninguno de los caracteres que lo determinan.

El Código habla de substracción o detención. La primera supone el acto violento o engañoso para sacar a la persona de su domicilio y llevarla a otro lugar. La detención equivale a mantener en secuestro a la persona en su domicilio o en otro sitio adonde haya ido y de donde no se la deje salir.

El rapto en la generalidad de los casos implica el traslado de la mujer a un lugar distinto al de su residencia. Sin embargo, puede ocurrir que a una persona que vive sola se la secuestre en su propia casa, y si esa acción tiene en vista propósitos deshonestos, el delito sería de rapto y no de detención.

La ley habla especialmente de los medios que se empleen para cometerlo. Esos medios deben ser violentos o fraudulentos. La fuerza o la intimidación que menciona el Código, debe entenderse que comprende a todas las violencias físicas y morales, vale decir, la fuerza material y las amenazas.

En cuanto al fraude se refiere a los engaños que se empleen para sacar a la persona de la casa, y aun para mantenerla en la situación a que se encuentre sometida.

La persuasión, esto es, la seducción, no sería uno de esos medios. El fraude requiere otra cosa, o sea el engaño sobre hechos que pueden influir en la determinación personal. Existiría ese fraude si la mujer fuese determinada a ir a un lugar cualquiera creyendo que allí iba a encontrarse con una persona que le interesase ver, o que iba a recibir algún beneficio, y a causa de esas circunstancias fuere y aun permaneciere.

La víctima debe, en esos casos, ignorar el motivo real de la acción y entender que ha procedido por causas que en realidad no existen sino en la imaginación de los que han urdido el plan.

* * *

261. Rapto de mujer casada.—El segundo apartado del artículo se refiere al caso en que la robada fuese una mujer casada.

Se entiende que concurren todas las circunstancias fijadas en el anterior y que la acción se realiza sin el consentimiento de la mujer en cuestión. Si la persona consiente, es indudable que el delito de rapto no existe, pero puede concurrir el de adulterio.

En el código de 1886 se establecía que si hubiere consentimiento por parte de la mujer casada, la pena sería la señalada para el delito de adulterio.

En el código vigente esa pena no existe, y se explica que no se haya repetido el precepto, porque el adulterio concurre con el contacto carnal, y él puede no haber existido, no obstante el rapto. La cuestión es, en rigor, de hecho y de prueba.

El proyecto de 1891 suprimió, como se recordará, el castigo para el adulterio, y por eso se inició allí la supresión del precepto del código de 1886, como lo hace notar la exposición de motivos.

* * *

262. El artículo 131 y sus concordancias.—

Artículo 131

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que cometiere rapto de una menor de quince años y mayor de doce, con su consentimiento.

El culpable será reprimido con prisión de dos a seis años, si el rapto fuere de una menor de doce años, con o sin su consentimiento.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 461.—Italiano, 341.—Francés, 356.—Uruguayo, 289 y 290.—Chileno, 359.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 4, artículo 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 277 a 281.—Código de 1886, 134 y 135.—Ley número 4189, 19, inciso i, 2.°—Proyecto de 1891, 158.—Proyecto de 1906, 136.

*
* *

263. Fundamentos del proyecto de 1891.—La exposición de motivos del proyecto de 1891 fundamentaba el artículo 158 de aquel conjunto análogo al presente, diciendo:

"El artículo 158 refunde, con algunas modificaciones, los "artículos 134 y 135 del Código. El primer párrafo de aquél con- "tiene la primera parte del segundo párrafo del artículo 135 vi- "gente, es decir, la disposición relativa al rapto de mujer menor "de quince años y mayor de doce, ejecutado con su consenti- "miento; sin embargo se eleva el máximum de la pena conforme "a nuestro plan. Se suprime el resto del artículo 135, porque "el rapto de viuda honesta o de doncella mayor de doce años, "ejecutado con violencia, de que trata su primer inciso, queda "enteramente comprendido en los términos del artículo 156 pro- "yectado; y porque el rapto de mujer mayor de doce años y "menor de quince con su consentimiento y con intención de ca- "sarse, a que alude la cláusula final, no es un ataque a las bue- "nas costumbres, desde que el hecho se verifica con miras ho- "nestas: las de casarse. El segundo párrafo del artículo 158 del "proyecto reproduce el artículo 134 vigente, sin otra modifica- "ción que la de bajar el mínimum de la pena."

El artículo, aceptando los puntos de vista que se han tenido al legislar sobre violación y estupro, entiende que la menor de doce años no tiene capacidad, y que la mayor de doce y menor de quince la tiene muy relativa. De manera que, a base de la ausencia de capacidad para consentir, se castiga aun cuando en el hecho se consienta.

*
* *

264. Concurrencia de otros delitos.—El proyecto de 1891 y la ley de reformas que lo siguió, establecen que si el rapto fuere seguido de violación o estupro, esos delitos se considerarán como hechos independientes a los efectos de la acumulación de las penas.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 decía que el rapto y la violación, y cualquier otro de esos delitos, son hechos distintos, ejecutados en momentos diferentes. "En consecuencia, "es justo y es lógico que se rijan por las reglas relativas al con- "curso de delitos, y que, al juzgarse a sus autores, se apliquen "los preceptos referentes a la acumulación de penas."

El proyecto de 1906 suprimió la disposición que no se incorporó al código vigente. Entiendo que ella es innecesaria en vista de lo establecido en la parte general al tratarse del concurso de delitos. No habría, en un caso de estos, un solo hecho, sino varios hechos, y correspondería aplicar, en consecuencia, las reglas contenidas en los artículos 55, 56 y 57.

XII

Disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad

265. Epígrafe del capítulo en el código.—266. El artículo 132 y sus concordancias.—267. Antecedentes y fundamentos de la disposición.—268. Reparación del daño.—269. El artículo 133 y sus concordancias.—270. Antecedentes y fundamentos de la disposición.—271. La acción en estos delitos.

*

* *

265. Epígrafe del capítulo en el Código.—El presente capítulo se titula en el Código: "Disposiciones comunes a los capítulos anteriores". Esa misma forma adoptó el proyecto de 1891, mientras que el código de 1886 decía, simplemente: "Disposiciones comunes", como el proyecto del doctor Tejedor.

El proyecto de 1906 adoptó el epígrafe de "Disposiciones comunes a los artículos anteriores", y en esa forma se sancionó por la Cámara de Diputados. El Senado modificó tal epígrafe, dando el que tiene el Código, igual al del proyecto de 1891, y la Cámara de Diputados aceptó la modificación.

El capítulo contiene dos artículos, que examinaré con sus antecedentes.

*
* *

266. El artículo 132 y sus concordancias.—

Artículo 132

En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituída a casa de sus padres o a otro lugar seguro.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 465.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 5, artículo 2.°—Código de 1886, 142.—Proyecto de 1891, 161.—Proyecto de 1906, 137.

*
* *

267. Antecedentes y fundamentos de la disposición.—El proyecto del doctor Tejedor declaraba exento de pena al delincuente en los casos de violación, estupro o rapto de una mujer soltera, si se casare con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituída a poder de su padre o guardador o a otro lugar seguro.

En la nota ocrrespondiente se menciona la legislación antigua, distinta a la proyectada, y se dice después:

"No bastará que el ofensor ofrezca verificar el matrimonio. "Si la joven no acepta, si no quiere perdonar y borrar lo hecho, "la ley no le perdona tampoco. Sus palabras exigen esa admisión "del resarcimiento ofrecido. Su sistema estriba en no perseguir "de oficio tales atentados, mas en perseguirlos sí, a instancia, o "por lo menos a denuncia de parte. Denunciados ya, puestos legí-"timamente debajo de la justicia, no pueden, no deben salir de "él, sino por la avenencia de los intereses que se excluyen. No "basta que el uno de ellos se ofrezca a esa reparación que es una "transacción, en tanto que el otro no la admite. Ahora bien, la "admisión, por medio del matrimonio real, efectivo, es como se

"verifica. En tanto que no hay más que el ofensor dispuesto a "realizarlo, no hay tampoco más que oferta de ese avenimiento."

La disposición contenida en el artículo es perfectamente lógica, pero ella no se refiere a todas los delitos contra la honestidad, desde que se excluye al adulterio.

La violación, el rapto o el abuso deshonesto con respecto a una mujer casada, no puede ser objeto de una reparación en el sentido que se le da socialmente a la palabra, desde que la víctima no se encuentra en condiciones de contraer matrimonio con el ofensor, pues no es persona libre.

Pero cuando esta es una mujer soltera, el hecho ocurrido queda perfectamente a cubierto con el matrimonio ulterior, que transforma lo ilícito en lícito, y lo incorrecto en correcto.

La única reserva que debe tenerse es la relativa al consentimiento de la mujer, el que debe prestarse sin ninguna clase de presiones. Por eso, el Código establece que la ofendida debe ser llevada a casa de sus padres o a otro lugar seguro.

El proyecto de 1906 no se refería a abuso deshonesto. En el Senado, procediéndose con acierto, se hizo el agregado al artículo.

*
* *

268. Reparación del daño.—El Código no habla, como lo hacía el proyecto del doctor Tejedor y el código de 1886, de la obligación impuesta al delincuente de dotar a la ofendida y a mantener la prole que pudiere resultar. No se contiene una disposición semejante que se refiere a la reparación del daño porque al legislarse en la parte general sobre la indemnización de perjuicios se ha tocado el punto con referencia a todos los delitos de los cuales surgen la acción pública y la privada para reclamar la satisfacción pecuniaria.

*
* *

269. El artículo 133 y sus concordancias.—

Artículo 133

Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo

o confianza cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 465.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título tercero, capítulo 5, artículo 4.°—Código de 1886, 142.—Proyecto de 1891, 162.—Proyecto de 1906, 138.

*
* *

270. Antecedentes y fundamentos de la disposición.—El doctor Tejedor anotando la disposición análoga de su proyecto, dice, después de citar a Pacheco, que a nadie ocurrirá la menor duda sobre la justicia del precepto. Y agrega:

"Toda severidad es legítima en estos casos. Cuando se olvida y se huellan los deberes más sagrados de la fraternidad o de la autoridad que hace sus veces; cuando se precipita en el fango del vicio, de la prostitución, del crimen a personas inocentes, cuya garantía se debiera ser, no creemos que parezca dura una disposición que estime esa complicidad como delinquimiento directo, y que aumenta en este sentido las penas a que siempre habría lugar según los principios generales del Código."

El artículo castiga con la pena de los autores a los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperasen a la perpetración de los delitos comprendidos en el título, o sean todos los legislados bajo el rubro del atentado a la honestidad.

El código de 1886 era menos extenso, pues solamente comprendía a los ascendientes, tutores, curadores, maestros y cualquier persona que procediese con abuso de autoridad o encargo.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, refiriéndose al precepto análogo al de nuestro código, decía que se incluía a los descendientes, a los afines en línea recta y a los hermanos de la víctima, porque para agravar la responsabilidad de esas personas existe un motivo igual o semejante al que hay para agravar la de los ascendientes u otros a quienes se refiere el artículo. "Los tutores, curadores y maestros quedan comprendidos en la

"frase, *y cualquiera persona que con abuso de autoridad, encargo o confianza*, etc., de modo que no es menester mencionarlos expresamente."

La agravación del delito a causa del parentesco, la autoridad, la vinculación de la víctima con el autor, es reconocida con generalidad en el Código, como se ha hecho notar en varias partes del mismo.

*
* *

271. La acción en estos delitos.—El código de 1886, de acuerdo con el proyecto del doctor Tejedor, se refería también en el capítulo de disposiciones comunes a la acción con referencia a estos delitos. Se establecía que no se procedería a formar causa por los delitos contra la honestidad sino por acusación o denuncia de la interesada o de la persona bajo cuyo poder se hubiera hallado cuando se cometió el delito. Si éste fuese cometido contra una impúber que no tenga padres 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.

El Código, como lo hemos visto al estudiar la parte general, ha cambiado el sistema, siguiendo a los proyectos de 1891 y 1906, y al ocuparse del ejercicio de las acciones ha legislado sobre la materia, dando las reglas que rigen al respecto.

La acción por delito de adulterio sólo corresponde al cónyuge ofendido, quien puede perdonar (artículos 73, inciso 1.°, y 74). Es, así, esa acción, de carácter privado.

En cambio, la acción para que se repriman los delitos de violación, estupro, rapto y ultrajes al pudor, es dependiente de acción privada, lo que quiere decir que se necesita la denuncia de la persona ofendida o de sus representantes, para que se inicie el proceso, y salvo los casos de excepción. (Artículos 71, inciso 1.°, y 72).

Una vez que la autoridad toma conocimiento del asunto el proceso sigue su curso, sin que el denunciante o querellante pueda, con su desistimiento, paralizar la acción.

XIII

Delitos contra el estado civil

Matrimonios ilegales

272. Concepto de estado y hechos que atacan al mismo.—273. El artículo 134 y sus concordancias.—274. La regla general del código y su alcance.—275. Antecedentes del proyecto Tejedor.—276. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—277. Disposiciones del código de 1886.—278. El proyecto de 1891.—279. La ley número 4189.—280. El proyecto de 1906 y el código vigente. 281. Requisitos para la existencia del delito. El matrimonio. Impedimento que cause su nulidad absoluta. El parentesco.—282. Impedimento derivado de la edad.—283. La bigamia.—284. Las cuestiones prejudiciales.—285. Cómo debe resolverse la cuestión.—286. Impedimento por causa de crimen.—287. La locura.—288. El artículo 135 y sus concordancias.—289. Matrimonio nulo.—290. Simulación de matrimonio.—291. Características del delito de matrimonio simulado.—292. El artículo 136 y sus concordancias.—293. El delito del oficial público que conoce el impedimento.—294. La ley penal y la ley civil.—295. El caso del oficial público que ignora la existencia del impedimento.—296. La omisión de formalidades en la celebración del matrimonio.—297. El artículo 137 y sus concordancias.—298. Origen y fundamentos de la disposición.—299. La prescripción en el delito de bigamia.

*
* *

272. Concepto de estado y hechos que atacan al mismo.—El estado de una persona equivale a la posición jurídica que ocupa en sociedad. Esa posición puede derivar de circunstancias de hecho, como el nacimiento y la edad, o de actos voluntarios, como el matrimonio. Las circunstancias y los actos determinan la individualidad y califican a cada persona con un conjunto de condiciones que la particularizan (1).

El estado es complejo y puede apreciarse: a) Según las relaciones de orden político, o sea con referencia al país en que se vive, lo que establece un estado político; b) Según las relaciones de orden privado, las que determinan el estado de familia; y c) Según la situación física, la que caracteriza el estado personal.

El estado civil deriva de las relaciones de familia. Bajo este punto de vista, los miembros de una familia pueden ser esposos, parientes y afines, dividiéndose esas cualidades en variedades diversas. La situación de esposos se concreta a los cónyuges; la de parientes y afines a distintas personas distribuídas en ramas y troncos, y contándose entre unas y otras diferentes grados.

Partiendo del principio según el cual la familia es la base de la sociedad, y que el matrimonio monogámico, instituído por las leyes de todos los países civilizados, es el único admisible, es evidente que los actos tendientes a contrariar esa institución atacan los fundamentos en que se apoyan pueblos y Estados.

De aquí que esos hechos se consideren como delitos y que las leyes los consagren así.

El derecho atacado en los delitos contra el estado civil, es el derivado de la situación de familia que tiene una persona. Las adulteraciones de ese estado, las maniobras fraudulentas hechas a su respecto, las suplantaciones, se consideran delitos y se incriminan.

El Código se ocupa, en dos capítulos, de dos grupos de delitos: el primero se refiere a matrimonios ilegales, y el segundo a la supresión y suposición de estado civil.

(1) Rodolfo Moreno (hijo).—Las personas en el Derecho Civil Comparado. Página 79.—Baudry Lacantinerie y Houcade.—Des Personnes. Tomo I, página 314; Nros 311 y 312.—C. Planiol. Tomo I, página 156.—Zacharise. Tomo I, página 162; Nros. 52 y siguientes.

Estudiaré los principios doctrinarios, en cada caso, al examinar las disposiciones del Código.

*
* *

273. El artículo 134 y sus concordancias.—

Artículo 134

Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años, los que contrajeren matrimonio sabiendo ambos que existe impedimento que cause su nulidad absoluta

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 455.—Francés, 340.—Belga, 391.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título cuarto, artículos 1, 2 y 3.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 200 y 201.—Código de 1886, 143 y 145.—Ley número 4189, 19.—Proyecto de 1891, 163.—Proyecto de 1906, 139.—Código holandés, artículos 237 y 238.—Italiano, 359.—Uruguayo, 306.—Húngaro, 251 y 255.—Chileno, 382.—Alemán, 171.

*
* *

274. La regla general del Código y su alcance.—El Código, en el artículo precedente, castiga a los dos contrayentes que contrajeren matrimonio sabiendo uno y otro que existía impedimento que cause su nulidad absoluta.

El principio es general y se incrimina la realización de un matrimonio prohibido.

Ha sido corriente en las leyes señalar un castigo a la bigamia, esto es, al hecho de la celebración de un matrimonio habiendo uno anterior subsistente. El Código, en su precepto genérico, comprende ese caso desde que el matrimonio anterior no disuelto significa un impedimento que causa la nulidad absoluta de cualquier matrimonio posterior.

En las leyes y proyectos nacionales existen antecedentes que pasaré a examinar.

*
* *

275. Antecedentes del proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor destaca el caso de bigamia como el más grave de los matrimonios ilegales, y castiga con tres años de prisión al que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior.

La nota dice que la ley que protege la propiedad no puede dejar de acordar la misma protección al matrimonio, el cual interesa al Estado mismo, que lo acompaña en su formación con actos religiosos. Agrega que se ha discutido el castigo de la bigamia por el hecho de que la poligamia ha existido y existe, lo que demuestra que no la reprueba la moral universal. Para responder a la objeción basta distinguir la poligamia en los pueblos que la admiten, de la misma allí donde se prohibe.

"En los primeros, el segundo matrimonio, cualquiera que sea "su inmoralidad intrínseca, no acarrea la ruina de la primera "familia, ni el perjuicio, ni el adulterio, ni el fraude. En los otros, "por el contrario, no es sólo una ofensa de la ley que infringe, "sino que hiere la moral, desde que produce necesariamente el "abandono de la primera esposa y la violación de la fe jurada; "la disolución de la familia y el adulterio; el crimen de falsedad "y el fraude respecto de la segunda."

Hace después la nota un examen de la legislación romana, de los principios del cristianismo y de lo que disponían los principales códigos extranjeros.

La bigamia existía cuando el primer matrimonio no se encontraba legítimamente disuelto, y la nota explica el concepto, diciendo que el vínculo matrimonial sólo puede romperse por la muerte de uno de los consortes y por la declaración de nulidad pronunciada por la autoridad eclesiástica.

El proyecto aplica la misma pena que la correspondiente a la bigamia al que contrajere matrimonio estando ordenado *in sacris*, o ligado con voto solemne de castidad.

La disposición—como dice la nota—encerraba un homenaje a las disposiciones religiosas. El catolicismo prohibía, como prohibe hoy, el matrimonio a los ordenados *in sacris*, y parecía, según Tejedor, natural prestar fuerza a esa ley eclesiástica.

Cuando se proyectó por el doctor Tejedor el Código Penal, la legislación civil en materia de matrimonio era la canónica, y las personas autorizadas para celebrar las uniones eran los sacerdotes, quienes custodiaban los registros. El contrato y el sacramento se encontraban unidos.

De aquí que se castigara al que contrajere matrimonio cuando mediase algún otro impedimento no dispensable por la Iglesia, y al que lo contrajere cuando hubiese un impedimento dispensable, pero no dispensado. La pena era menor en el último caso.

*
* *

276. El proyecto Villegas, Ugarriza y García.—Con distinta redacción a la empleada en los artículos del proyecto anterior, éste reproduce las disposiciones mencionadas.

Se castiga en primer lugar al que contrajera matrimonio estando casado válidamente, o ligado con voto solemne de castidad. Y se incrimina igualmente al que contrajere matrimonio cuando mediare un impedimento dirimente no dispensable, y cuando concurriese un impedimento dispensable.

Además, castiga al que simulare la celebración de un matrimonio, engañando a una persona.

*
* *

277. Disposiciones del código de 1886.—El código de 1886 no repitió todas las disposiciones anteriores. Castigaba, en primer lugar, al que contrajere matrimonio estando casado válidamente, o sabiendo que existe otro impedimento dirimente no dispensable, habiéndose suprimido lo relativo a los sacerdotes y a personas vinculadas a la Iglesia por el voto solemne de castidad. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que los impedimentos a que alude el artículo eran los señalados en las leyes canónicas, las que regían por imperio del Código Civil, el que no se modificó hasta 1888.

El Código castigaba también al que contrajere matrimonio, sabiendo que existía un impedimento dirimente dispensable. La pena era mayor o menor, según que revalidase o no el matrimonio.

*
* *

278. El proyecto de 1891.—Las disposiciones del Código Penal sobre matrimonios ilegales, quedaron de hecho modificadas al sancionarse la Ley de Matrimonio Civil, la cual sujetó esa institución a la jurisdicción laica, sacándola de la eclesiástica.

El proyecto de 1891 se redactó teniendo en cuenta esas circunstancias, que se hacen notar en la exposición de motivos, y el primer artículo del capítulo se limita a castigar al que contrajere matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, y al que, engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

Sobre el artículo, la exposición de motivos decía que no se necesita mencionar especialmente el casamiento anterior en particular, porque constituye un impedimento. Además, en la ley civil no hay, como ocurría en la canónica, impedimentos dispensables, siendo todos indispensables.

*
* *

279. La ley número 4189.—Planteada la reforma penal, y dadas las circunstancias antes recordadas, la modificación en esta materia tenía que producirse, desde que, en realidad, los preceptos del Código estaban modificados por la ley civil, que había hecho una transformación en el régimen del matrimonio.

De aquí que el artículo 163 del proyecto de 1891 fuera incorporado al Código, modernizándose sus disposiciones.

*
* *

280. El proyecto de 1906 y el código vigente.—Manteniendo este proyecto los principios del anterior, modificó sus formas. El artículo 139 conservaba la misma disposición del inciso 1.° del 163

anterior, y reservaba el segundo para un artículo distinto, que comprendía, también, otro inciso.

El artículo 139 de aquel proyecto es igual al 134 del código en vigor, de manera que fué aceptado en su redacción por la comisión especial de diputados, la Comisión de Códigos del Senado y las Cámaras respectivas.

*
* *

281. Requisitos para la existencia del delito.—El artículo requiere, para la concurrencia de la pena que determina: 1.° Que se contraiga un matrimonio; 2.° Que exista un impedimento que cause su nulidad absoluta; y 3.° Que ambos contrayentes conozcan la existencia de ese impedimento.

Examinaré esas distintas circunstancias.

El matrimonio.—La ley dice: "Los que contrajeren." Basta, por consiguiente, el hecho de concluirlo ante la ley, esto es, de haberse llenado las formalidades necesarias para que ante la misma se consideren casados los contrayentes.

El Código no requiere la consumación del matrimonio, de manera que basta la celebración.

Impedimento que cause su nulidad absoluta. El parentesco.—Los impedimentos a que se refiere el Código se encuentran enumerados en el artículo 9 de la Ley de Matrimonio, incorporada al Código Civil.

Son esos impedimentos:

1.° La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos o ilegítimos.

El matrimonio se encuentra prohibido entre los parientes en línea directa: padres, hijos, nietos, abuelos, etc., comprendiéndose las dos líneas: la ascendente y la descendente.

Un matrimonio en esas condiciones, una vez consumado, o una relación sexual entre personas ligadas por ese vínculo, se calificaba de incesto por los jurisconsultos antiguos, y se reprobaba moralmente al par que se castigaba de manera muy severa.

2.° La consanguinidad entre hermanos o medios hermanos, legítimos o ilegítimos.

Los motivos que determinan la prohibición son, en este caso,

los mismos que justifican la anterior, y no necesitan fundarse porque se encuentran impuestos por las reglas de moral que han determinado los principios jurídicos y por las conclusiones de las ciencias naturales.

3.° La afinidad en línea recta en todos los grados.

Este impedimento no tiene motivos naturales, sino sociales, y se basa en las reglas de la organización de la familia.

Debe tenerse presente que los dos impedimentos anteriores, apoyados en motivos naturales, comprenden a todos los parientes, aunque sean ilegítimos, mientras que el presente requiere la familia organizada, no admitiéndose la afinidad fuera de la misma.

*

* *

282. Impedimento derivado de la edad.—El inciso 4.°, dice:

"No tener la mujer doce años cumplidos y el hombre catorce."

Los hechos demuestran que la persona no se encuentra por la sola circunstancia del nacimiento en la plenitud de su desarrollo. De aquí que, no obstante considerarse al ser como persona por el hecho del nacimiento a los efectos de la adquisición de derechos, y aun contracción de obligaciones por medio de los representantes que las leyes acuerdan, la capacidad de hecho para los diferentes actos de la vida, se vaya atribuyendo a medida que el sujeto se desenvuelve.

Teniendo en cuenta los hechos, la ley presume que la capacidad física para el matrimonio, el desarrollo orgánico necesario, no se alcanza en el varón hasta los catorce años, y en la mujer hasta los doce.

De aquí el texto civil sancionado a los efectos de las infracciones por la ley represiva.

*

* *

283. La bigamia.—El Código Civil, en el inciso 5.° del artículo 9.° de la Ley de Matrimonio, incorporada al mismo, dice que es impedimento el matrimonio anterior mientras subsista.

Al hecho de celebrar un matrimonio subsistiendo el anterior se le conoce generalmente con el nombre de bigamia. Cuando el agente ha repetido el hecho en más de una ocasión, es varias veces bígamo, y en rigor podría llamársele polígamo. En la terminología jurídica, sin embargo, se habla sólo de bigamia para caracterizar el delito, aun cuando los matrimonios celebrados hayan sido más de dos.

Para que exista el delito de bigamia se requiere: 1.° La existencia de un precedente matrimonio; 2.° La validez del mismo; 3.° La celebración de otro matrimonio mientras dure el primero; 4.° El propósito doloso.

Los tres primeros elementos—como dice Crivellari (1)—constituyen la materialidad del delito, y el cuarto el factor moral.

El primer elemento no necesita de mayores explicaciones, desde que el matrimonio es un hecho que se prueba del modo señalado por la ley civil. Es, además, y salvo casos de excepción, un hecho de prueba fácil, desde que la publicidad acompaña, no sólo al acto de la celebración, sino a las circunstancias de la vida en común de los esposos. Además, las constancias escritas que deben dejarse con motivo de la celebración son instrumentos públicos.

El segundo factor constituye, también, una exigencia que no ofrece dificultades, ni permite interpretaciones. Un matrimonio válido es aquel que se ha celebrado de acuerdo con las formas legales y de conformidad a los preceptos de fondo de las mismas leyes. Un matrimonio válido es aquel que, celebrado en esas condiciones, no ha sido disuelto. La ley penal dice, por eso, matrimonio anterior, mientras subsista.

En nuestra ley civil, el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges, de manera que dentro de los términos ordinarios sólo se puede contraer un segundo matrimonio cuando el anterior se ha disuelto por el fallecimiento de un cónyuge. Sólo los viudos, en consecuencia, pueden casarse de nuevo. Pero si bien es eso exacto, dentro de las reglas generales, puede dentro de la ley civil presentarse otro caso, y es el de nulidad. Un matrimonio puede declararse nulo, esto es, no existente, cuando han concurrido las circunstancias que la Ley de Matrimonio señala en el artículo 84. En un caso de esos, la de-

(1) Tomo VII, página 672.

claración coloca a los ex cónyuges en la misma situación legal que tendrían si no se hubieren casado. De manera que, si no existen otros impedimentos, pueden, sin ninguna dificultad, contraer un nuevo matrimonio.

Las causas de nulidad dentro de nuestro código, son: El parentesco, la edad, el matrimonio anterior mientras subsista y el homicidio o complicidad en el homicidio del cónyuge anterior.

El tercer elemento consiste en la celebración de un nuevo matrimonio. Esto constituye, en rigor, el delito, siendo los anteriores las circunstancias que dan lugar a que este acto sea una infracción, puesto que el matrimonio en sí no lo es.

Este segundo matrimonio que, por cierto, no sería válido ante la ley, si lo fuese el primero, tiene que contraerse usándose todas las formas legales. Si se simulare no existiría bigamia, sino otro delito. Lo que la ley incrimina es, entre otras cosas, el empleo de la autoridad que legaliza las uniones para formalizar una que no ha podido contraerse, a causa del vínculo anterior, no disuelto.

El último factor, que existe en definitiva en todos los delitos, se caracteriza en éste por el conocimiento que tiene el agente del matrimonio anterior no disuelto.

Si hubiese podido creer de buena fe, teniendo por ejemplo una partida de defunción a la vista en que se estableciera que el cónyuge ausente, y del cual no se habían tenido noticias, había fallecido, y se casare en esas condiciones como viudo, sin serlo, habríase contraído matrimonio nulo, pero no existiría delito.

El delito, además, y en virtud de este factor, puede alcanzar a los dos contrayentes o sólo a uno de ellos, desde que sólo incurre en aquél el que conoce el hecho. Para el otro, si uno de ellos lo ignora, el matrimonio como acto es perfectamente lícito, y lo que menos podría imaginarse es que se encontrara en presencia de un delito al realizarlo.

*

* *

284. Las cuestiones prejudiciales.—Las cuestiones que surgen al considerarse este asunto, derivan de las situaciones que pueden presentarse si se plantean discusiones relacionadas con la validez

o nulidad de los matrimonios. Para precisar, vamos al caso concreto:

Un individuo contrae matrimonio, y no estando éste disuelto se casa de nuevo. Puestos de manifiesto estos hechos, se le inicia el correspondiente proceso, y llamado a juicio sostiene que el primer matrimonio no era válido y que, por esa razón, contrajo el segundo.

Es evidente que, diciendo la ley, de acuerdo con lógicos principios jurídicos, que la bigamia existe cuando se contrae un matrimonio subsistiendo uno anterior válido, si el anterior no fuera válido, el nuevo lo sería, y el contrayente no podría ser incriminado, pues no habría cometido un delito, sino usado un derecho. Y es indudable también que, si el caso se planteara, tendría que estudiarse y resolverse, formulándose ese juicio antes del pronunciamiento acerca del delito, desde que depende la existencia o inexistencia de la infracción de la validez o invalidez del matrimonio anterior discutido.

Bajo el punto de vista puramente teórico la cuestión no puede ofrecer dificultades, pues el asunto es clarísimo, pero no ocurre lo mismo en la práctica, donde se pregunta quién sería el encargado de formular el juicio, si el juez del crimen ante el cual se ha planteado el caso y denunciado el delito, o ante la jurisdicción civil. Y se discute también si el proceso debe suspenderse mientras se hace el pronunciamiento por los otros tribunales.

Crivellari (1) dice con razón que la esencia del delito de bigamia consiste, no tanto en la ciencia o conciencia que tiene el bígamo de estar casado, sino, y sobre todo, en la validez del matrimonio precedente. Lo que es claro y sencillo, porque si el matrimonio precedente fuera nulo el nuevo se habría contraído con derecho.

Groizard (2), refiriéndose al código español, según el cual se incurre en el delito de bigamia cuando se contrae segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior, dice que dentro del sistema de esa ley los elementos del delito son los siguientes: 1.° Que el autor haya contraído un matrimonio y que no esté disuelto legítimamente; 2.° Que contraiga segundo o ulterior matrimonio: 3.° Que al contraer este segundo o ulterior matrimonio obre con dolo o culpa.

(1) Tomo VII, página 670.
(2) Tomo V, página 483.

Y agrega que si el primer matrimonio no se hubiere celebrado con arreglo a derecho, si faltó capacidad a los contrayentes, o no se llenaron las solemnidades esenciales, el matrimonio, en realidad, no existe, y pierde su fuerza en virtud del vicio intrínseco que lleva y, por tanto, uno de los elementos del delito desaparece y la declaración de inculpabilidad procede. Esto, que es lógico y llano en el terreno de los principios, no se puede admitir en la práctica sin ciertas restricciones. "¿Quién será el "definidor de esa nulidad intrínseca? ¿El acusado de bigamia "que alegue la invalidez del primer matrimonio, como excep-"ción de la inculpabilidad en la celebración del segundo? ¿El "tribunal que conozca del delito de bigamia, y ante el cual tal "exculpación se exponga, o aquel a quien las leyes de la Igle-"sia o el Código Civil otorguen atribuciones para declarar eje-"cutoriamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios?"

Agrega a continuación que basta presentar esas interrogaciones para comprender que no se puede deferir a las manifestaciones que el acusado hiciera respecto a la creencia que tenía de la nulidad del primer matrimonio, porque la presunción de legitimidad debe estar a favor de la legitimidad del mismo. "El "acusado puede alegar ante el juez criminal la nulidad del pri-"mer matrimonio; pero el juez criminal, para estimar esa excep-"ción, necesita que se pruebe la falta del primer elemento de "imputación, esto es, la nulidad del primer compromiso mediante "el único documento al efecto eficaz: la sentencia ejecutoriada "del tribunal competente para declarar la nulidad del vínculo."

Pero el mismo autor plantea el caso posible de que una persona celebrara un segundo matrimonio en la seguridad de que el primero era nulo, y después de celebradas las nupcias obtuviera la sentencia que declarase la nulidad. Dentro del sistema del código español, la condena se produciría por haberse contraído el segundo matrimonio dentro de la prescripción legal, o sea sin haberse obtenido la nulidad del primero. Y a este respecto agrega el autor citado:

"Ni la razón ni la ciencia pueden aprobar esa solución. Por-"que bígamo es el que está casado a la vez con dos mujeres. Y "no resulta casado con dos mujeres el que logra demostrar que "fué nulo su primer matrimonio, por más que la autoridad com-"petente haga esa declaración después de celebrado el segundo, "pues es principio jurídico incontrastable que *quod ab initium* "*nullum est tractu terporis convalesceret non potest.*"

Dentro de nuestro sistema, como no contamos con una disposición tan absoluta como la del código español, el punto debe resolverse teniendo en cuenta los preceptos correspondientes del Código Civil, que son los que rigen el caso por contener reglas respecto a cuestiones prejudiciales.

González Roura cree (1) que la nulidad del primer matrimonio es una cuestión prejudicial, entiende que debe deducirse ante la justicia civil y que, mientras tanto se resuelve ese punto, la acción criminal se suspende.

La doctrina de este autor me parece acertada. Sería, en efecto, enorme que pudiera presentarse un caso en el cual un individuo fuera condenado por bigamia, y después de encontrarse cumpliendo su sentencia, los tribunales civiles declarasen que el primer matrimonio había sido nulo, lo que significaba que al contraer el segundo había incurrido en un acto lícito. Pero lo que retrae seguramente para aceptar de lleno esa solución es el hecho de que ese recurso se usa o puede usarse para evitar la aplicación de una pena en casos que no ofrecen dudas y en que el bígamo ha cometido un evidente delito. El recurso de ir primero a la jurisdicción civil permite la demora, el olvido y quizá la prescripción, en una palabra: la impunidad. Todo eso es exacto, pero las observaciones se referirían en rigor a defectos de organización judicial que refluyen en la demora de los juicios y no a la doctrina en sí.

Jofré no comparte este pensamiento (2).

Al ocuparse del adulterio, se pregunta si en caso de excusarse el reo, sosteniendo la nulidad o inexistencia del matrimonio anterior, esa defensa constituye una cuestión prejudicial que deba resolver el juez de lo civil. Entiende que no, a pesar de la opinión autorizada de González Roura. El juez del crimen es competente para resolver las cuestiones que puedan promoverse durante la substanciación de la causa. Algunas veces no está habilitado para admitir la acción, si no se comprueba que otra jurisdicción se ha pronunciado sobre un punto determinado, o debe suspender la causa ya iniciada hasta que tal hecho haya ocurri-

(1) Derecho Penal. Tomo III, página 114.
(2) El Código Penal de 1922. Página 224.

do. En el primer caso existe una cuestión prejudicial a la acción; en el segundo, a la sentencia. Entre nosotros — continúa — existe una cuestión prejudicial a la acción, desde que no puede intentarse la querella por adulterio, antes de la sentencia de divorcio en la jurisdicción civil basada en esa causal.

"Las cuestiones prejudiciales a la sentencia son las que versan sobre la validez o nulidad del matrimonio. Algunos pretenden que si en el delito de bigamia el acusado sostiene que el primero o el segundo matrimonio es nulo, deben dejarse sin efecto las actuaciones iniciadas por la justicia del crimen hasta tanto el juez de lo civil se pronuncie sobre esta cuestión. Es un error."

Agrega, por fin, que el matrimonio constituye una circunstancia calificativa en el homicidio y en las lesiones, una eximente en el encubrimiento y una condición del delito en el adulterio. Si se sostiene en cualquiera de esos casos que el matrimonio es nulo, no puede entenderse que exista una cuestión prejudicial, pues ésta sólo se presenta cuando ella verse sobre la validez o nulidad del matrimonio.

*
* *

285. Cómo debe resolverse la cuestión.—El artículo 1104 del Código Civil dice que si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1.° Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; y 2.° Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Con excepción de esos dos casos, o de otros que sean exceptuados expresamente — agrega el artículo 1105, — la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal ni impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho o sobre otro que con él tenga relación.

De manera que, según el texto claro de estos artículos, a la jurisdicción civil corresponde toda cuestión que versare sobre la validez o nulidad de un matrimonio, y los jueces del crimen no

pueden pronunciarse sobre el asunto sino en el caso de tener una sentencia de los tribunales civiles.

Machado, dice (1):

"Las causas sobre nulidad o validez de los matrimonios corresponden al juez de lo Civil y él las decide: si de su sentencia firme resultare algún delito, se pasará al juez del Crimen para su juzgamiento y éste podrá declarar inocente al acusado, reconociendo el hecho. Esto no excluye que se pueda y deba acusar el delito de bigamia ante la jurisdicción criminal; pero si el acusado alegare que su primer matrimonio ha sido nulo, el juzgamiento de éste corresponde a la jurisdicción civil, y la causa deberá suspenderse hasta la resolución definitiva de aquélla. Lo mismo se procederá en la acusación de adulterio si se alegare que no hubo matrimonio."

El proyecto de Freytas, antecedente inmediato del Código Civil argentino, es todavía más categórico, pues en el artículo 839 dice que si la acción criminal dependiere de cuestiones prejudiciales, *no habrá delito en el juicio criminal* antes de la sentencia civil pasada en autoridad de cosa juzgada. La primera de esas cuestiones es la que versare sobre la validez o nulidad de matrimonios.

Cuando el matrimonio fuese solamente una circunstancia calificativa del delito, la alegación relativa a su inexistencia no puede ser considerada para el tribunal del crimen como cuestión prejudicial a resolverse ante la jurisdicción civil, porque el delito no depende en su existencia de la validez o de la nulidad de un matrimonio. El juez del crimen, en un caso de esos, resuelve sin necesidad de espera.

Pero cuando la existencia del delito depende de que el matrimonio discutido concurra o no, el asunto es distinto, porque entonces la cuestión versa sobre la validez o nulidad del matrimonio. Y desde el momento que el tribunal del crimen no puede resolver sino que debe esperar, me parece lógico que corresponda la suspensión de los trámites del proceso.

Puede, entretanto, presentarse la cuestión de varios modos: 1.° El acusado dice que el matrimonio anterior es nulo y se defiende con esa alegación, pero no dice que haya entablado la demanda correspondiente ante la jurisdicción civil; 2.° El acusado demuestra que ha entablado la demanda antes de haberse inicia-

(1) Exposición y comentario del Código Civil argentino. Tomo III, página 396.

do el proceso; 3.° El acusado acredita que la demanda se ha entablado después de instaurada la acusación.

En el primer caso, el tribunal criminal no tiene porqué suspender la substanciación de la causa, porque no hay una contienda prejudicial. Las demandas sobre nulidad de un matrimonio no se tramitan de oficio, ni con intervención de funcionarios públicos que substituyen a las partes. Se instauran por los interesados y se siguen de acuerdo con las reglas del procedimiento civil ordinario. De aquí que, si no hubiere juicio, el juez del crimen no tendría nada que esperar, pues no existiría una sentencia en expectativa por falta de demanda.

No basta, así, la alegación, sino que se requiere la demostración de haberse iniciado ante la jurisdicción civil la acción correspondiente.

En el segundo caso, acreditada la existencia de la demanda, procede la suspensión, y lo mismo en el tercero.

Entiendo que corresponde suspender la tramitación de la causa, porque la duda acerca de la existencia del delito no permite el procesamiento. Para que éste pueda llevarse adelante es preciso que se cuente con la semiplena prueba. Mantener encarcelado al reo sería, en un caso de esos, una arbitrariedad. No obstante eso, la Cámara del Crimen de la Capital Federal ha resuelto, como lo hace notar González Roura, y a mi juicio lo hace con verdadero acierto, que en los casos de malicia e improcedencia manifiestas, no procede la libertad del acusado. Con la aplicación de ese criterio, las objeciones a la doctrina, por motivos de hecho, desaparecen plenamente.

*
* *

286. Impedimento por causa de crimen.—El inciso 6.° del artículo 9.° de la Ley de Matrimonio Civil, dice que es impedimento haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges.

Ese impedimento se basa en un motivo de moral y tiene por objeto impedir la tentación de provocar la viudez de un cónyuge para contraer matrimonio con él una vez desaparecido el obstáculo.

Tiene el mismo propósito que tuvo en la primera ley francesa de divorcio: el impedimento para contraer nuevo matrimonio después de acordada la ruptura del vínculo anterior, si se había producido por causa de adulterio y con respecto a la persona con la cual hubiese tenido lugar. El matrimonio con la amante anterior no se permitía. Aquí no se admite con el autor o el cómplice de homicidio, que fué, por ende, autor del estado de viudez que permite las nuevas nupcias.

*
* *

287. La locura.—El inciso 7.° establece, por fin, que es impedimento la locura. Con el enunciado basta para la explicación, desde que la alienación mental quita por completo la capacidad y la posibilidad de dar el consentimiento que en el matrimonio es esencial.

Cuando se trata de menores el consentimiento de los padres, tutores o representantes legales, es complementario, pero nunca totalmente supletorio.

*
* *

288. El artículo 135 y sus concordancias.—

Artículo 135

Serán reprimidos con prisión de dos a seis años:

1.° El que contrajere matrimonio cuando, sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta, ocultare esta circunstancia al otro contrayente;

2.° El que engañando a una persona, simulare matrimonio con ella.

CONCORDANCIAS.—*Inciso* 1°—Código belga, artículo 391.—Holandés, 237 y 238.—Alemán, 171.—Italiano, 359.—Uruguayo, 306.—Húngaro, 251 y 255.—Chileno, 382.—Español, 455.—Francés, 340.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título cuarto, artículo 6.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 291.—Código de 1886, 145 y 149.—Proyecto de 1891, 163, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 140, inciso 1.°—Ley número 4189, 19, inciso j, 1.°.

Inciso 2.°—Código alemán, 179.—Chileno, 383.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 291.—Código de 1886, 144.—Ley número 4189. artículo 195, inciso j, 2.°—Proyecto de 1891, 163, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 140, inciso 2.°.

*
* *

289. Matrimonio nulo.—El presente artículo comprende dos casos distintos castigados con la misma pena.

En el anterior hemos visto que se incrimina con prisión de uno a cuatro años a los que contrajeren matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta. Ese precepto se refiere a los dos contrayentes, porque supone que ambos conocen la existencia del impedimento. Ahora, en cambio, se supone el caso que uno de los contrayentes lo conozca y oculte su existencia al otro. En este caso no hay dos delincuentes, sino un autor y una víctima. Es autor el que conoce la circunstancia, y es víctima la persona que de buena fe concurre al matrimonio suponiéndolo lícito cuando existe un motivo que seguramente la hubiese apartado del mismo, en caso de haberlo conocido. La pena, en este caso, es mayor que en el castigado por el artículo anterior.

Es claro que si el contrayente que conoce el impedimento no lo oculta al otro, y éste sabiendo que existe, acepta la celebración del enlace, el caso cae bajo la gravitación del artículo 134.

En el proyecto del doctor Tejedor se fijaba al contrayente doloso una multa a favor de la mujer engañada. Se suponía, así, que sólo ésta podía serlo, y se le indemnizaba en cuanto era posible con la multa que era de trescientos a tres mil pesos fuertes.

Los proyectos de 1891 y 1906 traen disposiciones análogas a la del artículo del código en vigor. Sobre el primer inciso, la exposición de motivos del proyecto de 1906, dice:

" En los matrimonios ilegales establecemos una distinción im-
" puesta por la diferente gravedad del hecho. No es lo mismo el
" matrimonio celebrado entre dos personas que conocen el impe-
" dimento que aquel en que una de ellas lo ignora. En el primer
" caso el daño es sólo a la sociedad; en el segundo es a esta mis-
" ma y conjuntamente al contrayente engañado. Castigamos, pues,
" al último con una pena más grave que al primero."

Agregaré que, en mi concepto, en los dos casos, no solamente se daña a la sociedad, sino al cónyuge del primer matrimonio válido, contra quien se pone en duda el vínculo y a quien se le ocasionan molestias materiales y sufrimientos de carácter moral.

El código de 1886 castiga al contrayente doloso con una multa a favor de la mujer, pero no fija el monto, dejándolo a la apreciación del juez, quien deberá estimarla según los casos.

En cuanto a la ley número 4189 sólo se refirió al que contrajere matrimonio sabiendo que existía un impedimento que cause su nulidad absoluta.

*
* *

290. Simulación de matrimonio.—El segundo inciso del artículo supone también la concurrencia de un delincuente y una víctima. El artículo se refiere al que engañando a una persona simulare matrimonio con ella.

Ni en este, ni en el inciso anterior se habla de que la engañada sea la mujer, aun cuando eso sea lo que ocurre en los hechos. Se menciona al que contrajere el matrimonio dolosamente o al que lo simulare, comprendiendo la previsión al que incurriere en el hecho, sin distinción de sexo.

La presente disposición no tenía equivalente en el proyecto del doctor Tejedor, habiéndose introducido en nuestros precedentes nacionales por el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, cuyo artículo 291 decía en el primer apartado: " en igual pena (prisión media establecida por el artículo anterior) incurrirá el que engañando a una persona, simulare la celebración del matrimonio con ella."

El código de 1886 incluyó la disposición pero castigó el delito con penitenciaría de tres a seis años. Esa pena fué elevada por la ley número 4189, que en el inciso 2.°, letra j del artículo 19, castigó la infracción con penitenciaría de tres a diez años.

El proyecto de 1891 castigó el delito con penitenciaría de dos a seis años, y el de 1906 con la misma, como lo hace el código vigente.

*

* *

291. Características del delito de matrimonio simulado.—En realidad, el delito previsto y penado por el inciso no constituye un delito de matrimonio ilegal, pues no se contrae un matrimonio en contra de la ley usando las formas de la misma y empleando a los oficiales públicos encargados de celebrarlo. La infracción es otra, y consiste, en la mayoría de los casos, en un atentado contra la honestidad, desde que se usa del matrimonio como un medio para obtener los resultados carnales perseguidos. Pero, si bien esto ocurre con generalidad, puede suceder que los móviles sean otros: de carácter pecuniario, por ejemplo.

Para la existencia de este delito, el estado de las personas nada significa. Ese hecho sólo puede ser tenido en cuenta como una circunstancia a los efectos de la penalidad.

El delincuente puede ser soltero, casado o viudo, y no es necesario seguir ninguna tramitación de carácter civil previa, desde que no existe conflicto entre matrimonios celebrados con las formas legales, sino un engaño sobre una persona, y a veces una familia, a la cual se le ha hecho creer en las nupcias.

Así, un individuo concierta su enlace, y en lugar de llevar el día designado al oficial público encargado de consagrarlo, o de concurrir a las oficinas del Registro Civil, lleva a la casa a un partícipe que se presta a disfrazar su condición y a proceder como si fuera el funcionario, o conduce a su consorte futura a un local que no es el del Registro, haciéndole creer que lo es, y procediéndose allí al enlace.

La persona engañada cree que se ha casado válidamente. El sujeto agente del delito sabe que no ha ocurrido tal cosa.

El individuo que se prestare para desempeñar la función de oficial público es un autor del delito, puesto que sin su concurrencia no se pudo consumar. En consecuencia, le corresponde la pena del artículo. La situación de los testigos y demás partícipes dependerá del conocimiento que tengan acerca del hecho. Si creyeron concurrir a un acto lícito, han sido víctimas del engaño y no se pueden considerar como delincuentes. En cambio, si conocían de qué se trataba y prestaron su colaboración, serán partícipes y les corresponderán las penas fijadas para los autores o para los cómplices, según cual sea el carácter de su intervención y la importancia de la misma.

*

* *

292. El artículo 136 y sus concordancias.—

Artículo 136

El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de cien a mil pesos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de cien a mil pesos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 379.—Alemán, 338.—Español, 483.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título cuarto, artículo 5.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 292.—Código de 1886, 147.—Ley número 4189, 19, inciso k.—Proyecto de 1891, 164 y 165.—Proyecto de 1906, 141.—Ley de matrimonio civil, artículos 107, 108 y 110.—Ley número 1565, artículo 63.

*

* *

293. El delito del oficial público que conoce el impedimento.—El presente artículo comprende un caso distinto en cada uno de sus tres apartados. Empezaré, en consecuencia, para seguir un orden regular, por ocuparme del primero.

Se refiere éste al oficial público que autorizare un matrimonio de aquellos a que se refieren los artículos 134 y 135, esto es,

al oficial público que celebrase un matrimonio sabiendo que existe un impedimento que cause su nulidad absoluta.

El Código lo castiga con las mismas penas señaladas en los artículos respectivos para los autores del delito.

En el proyecto del doctor Tejedor se castigaba con la pena de confinamiento al eclesiástico que a sabiendas autorizase un matrimonio ilegal.

En la nota decía el autor del proyecto que se castigaba la autorización eclesiástica voluntaria o común. Si el sacerdote hubiese sido engañado, sorprendido o forzado, no podía incurrir en castigo alguno. " Cae en él cuando ha concurrido a desobedecer " y violar las leyes; ora sea que su acto, el matrimonio, produzca " resultados, ora sea que como nulo no los produzca. Siempre ha " habido desobediencia, infracción de sus deberes, delito."

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García sólo prevé el caso de engaño, o intimidación sobre el funcionario, y el código de 1886 castiga con arresto de tres meses a un año al eclesiástico que autorizare a sabiendas un matrimonio ilegal.

La ley número 4189, siguiendo al proyecto de 1891, adoptó el criterio que ha consagrado el código vigente, o sea el de aplicar al oficial público que contribuyó dolosamente a la celebración del acto la misma pena que al autor del delito.

Los proyectos de 1891 y 1906 castigan al oficial público que, a sabiendas, autorizare un matrimonio mediando un impedimento que cause su nulidad absoluta, con la misma pena que corresponda al autor del delito.

El texto del artículo 141 del proyecto de 1906 no tiene diferencias con el 136 del código vigente.

El único fundamento oficial que tiene el primer apartado del artículo en estudio es el de la exposición de motivos del proyecto de 1891, que dice así:

" En el artículo 107 de la Ley de Matrimonio Civil, se pena " con prisión de uno a dos años y con multa de cien a quinien- " tos pesos al oficial público que celebrare un matrimonio sa- " biendo que existe un impedimento que puede causar la nuli- " dad del acto; y en el artículo 147 del Código se reprime con " arresto hasta tres meses, al eclesiástico (vale decir, al oficial " público) que autorizare un matrimonio ilegal sin saberlo, cuan- " do su ignorancia provenga de no haber exigido los comproban-

" tes de que los contrayentes estaban habilitados para el acto. " Estas dos disposiciones, con enmiendas de importancia, forman " el artículo 164 del proyecto. Desde luego, establecemos que, al " oficial público que autorizare a sabiendas un matrimonio de " los comprendidos en el artículo 163, se le impondrá la misma " pena prescripta para los contrayentes (dos a seis años de peni- " tenciaría), porque ese oficial será coautor del delito, pues sin " su intervención habría sido imposible revestir el acto de solem- " nidades legales. Apoya esta solución, entre otros códigos, el " holandés."

* * *

294. La ley penal y la civil.—El Código Penal ha derogado con este precepto el artículo 107 de la Ley de Matrimonio Civil. Dicha ley, incorporada al código respectivo, fué dictada cuando estaba ya en vigencia el Código Penal de 1886, el que contenía disposiciones concordantes con el Código Civil antes de la reforma, refiriéndose a los eclesiásticos que eran los oficiales públicos a los efectos del matrimonio. Además, se tenían en cuenta los impedimentos canónicos y se aceptaba la división en dos clases: los dirimentes no dispensables y los dispensables. Cuando el matrimonio se contraía mediando uno de los últimos se admitía la revalidación y los castigos se graduaban según que ésta hubiese o no concurrido.

El artículo 107 de la Ley de Matrimonio estableció que será castigado con prisión de uno a tres meses y con pérdida del oficio, el oficial público que casare a un menor sin el consentimiento de sus padres, tutores o curadores, o del judicial en su defecto; y con prisión de uno a dos años, y con multa de cien a quinientos pesos, a aquel que celebre un matrimonio sabiendo que existe un impedimento que puede ser causa de la nulidad del acto.

La parte del precepto que se refiere a la celebración del matrimonio sin el requisito del consentimiento de los representantes legales o la autorización judicial, cuando se trate de un menor, está derogada por el tercer apartado del artículo. La otra parte referente al oficial público ha sido reemplazado por el presente, que establece penas más severas para el delito.

*

* *

295. El caso del oficial público que ignora la existencia del impedimento.—La segunda parte del artículo prevé el caso de un oficial público que autorizare el matrimonio ilegal, sin saber que existía el impedimento, pero cuando esa ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena es la de multa e inhabilitación.

El delito aquí no se cometería mediando dolo, sino culpa o imprudencia. El oficial público debe llenar una serie de formalidades a los efectos de autorizar un matrimonio. Cuando hubiese cumplido con sus deberes y, no obstante eso, celebrare el matrimonio porque nada podía hacer suponer la concurrencia del impedimento, el funcionario no incurre en delito. Pero, si la autorización se ha producido porque en el caso de haberse cumplido con todas las formalidades el impedimento se hubiese podido poner de manifiesto, hay en el funcionario un descuido que la ley incrimina.

El caso es el de omisión culpable. Se demuestra, así, que dentro de nuestra ley se puede cometer un delito culpable por omisión, lo mismo que por acción.

Las formalidades que deben llenar los oficiales públicos para celebrar un matrimonio se encuentran consignadas en los artículos 17, 18 y 19, y 37 a 49 de la Ley de Matrimonio Civil.

*

* *

296. La omisión de formalidades en la celebración del matrimonio.—El tercer apartado del artículo castiga con multa de cien a mil pesos al oficial público que fuera de los demás casos examinados procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

En el apartado anterior se castiga la celebración de un matrimonio nulo porque media algún impedimento, realizado por haber omitido el oficial público algunos requisitos de la ley; ahora se castiga el hecho solo de haber omitido exigencias legales,

aun cuando el matrimonio celebrado no sea de aquellos en que mediaren impedimentos.

Se castiga aquí nada más que la omisión.

De modo que podría decir, resumiendo, que en el primer apartado se tiene en cuenta el dolo del oficial público, en el segundo la culpa y en el tercero la omisión de determinados requisitos.

El proyecto de 1891 traía el apartado de nuestro artículo como primero del 165, y la exposición de motivos, fundándolo, decía:

"En el primer párrafo del artículo 165 se prescribe la re-
" presión del oficial público, que, en casos distintos del previsto
" en el 164, procede a la celebración de un matrimonio sin haber
" observado todas las formalidades legales. Por la primera parte
" del artículo 107 de la Ley de Matrimonio Civil se reprime al
" oficial público que casare a un menor sin el consentimiento de
" sus padres, tutores, etc. Generalizamos esta disposición y la
" extendemos a los diversos casos en que el oficial público omita
" las solemnidades legales, pues existe el mismo motivo para pe-
" narlo por la omisión de una formalidad que por la de las otras.
" En vez de la pena de prisión (eliminada en el proyecto) esta-
" blecemos la de multa, que será más eficaz."

*

* *

297. El artículo 137 y sus concordancias.—

Artículo 137

En la misma pena incurrirá el representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para el matrimonio del mismo.

CONCORDANCIAS.—Código belga, artículo 264.—Alemán, 337.—Uruguayo, 311.—Chileno, 388.—Proyecto de 1891, 165.—Ley número 4189, 19, inciso k, in fine.—Proyecto de 1906, 142.

*
* *

298. Origen y fundamentos de la disposición.—El presente artículo se ha tomado del segundo apartado del artículo 165 del proyecto de 1891, de donde pasó a la ley de reformas. No se contenía en el código de 1886 ni en los proyectos anteriores.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 fundamentó la disposición, diciendo:

"En el segundo párrafo del artículo 165 proyectamos que se "aplique la misma pena de multa al representante legítimo de un "menor impúber que consintiere en el matrimonio de éste. Un "impúber es absolutamente incapaz de contraer matrimonio; no "obstante, es posible que su representante consienta en su casa-"miento. Si esto sucede, el acto merecerá, no sólo la reprobación y "la sanción de la ley civil, sino también la de la penal. Por eso, "el representante debe ser reprimido."

El presente artículo del Código es igual al 142 del proyecto de 1906.

*
* *

299. La prescripción en el delito de bigamia.—Una de las cuestiones más importantes que se presentan cuando se trata de los delitos a que se refiere el capítulo, es la relativa a la prescripción en el delito de bigamia, o sea al momento en que aquélla empieza a correr.

El delito, de acuerdo con lo que se ha expuesto antes, se consuma cuando se contrae el segundo matrimonio sin que esté disuelto válidamente el anterior. Sobre este punto no hay dificultad. La cuestión surge cuando se pregunta si la regla corriente sobre prescripción vigente para los delitos en general se aplica también con respecto a éste.

Se comete un homicidio, por ejemplo, y desde el día en que se ejecutó empieza a contarse el término para la prescripción de la acción. De manera que si ésta no se entabla, y aun cuando se instaure, dado el sistema del Código, que no admite la interrupción, transcurrido el plazo señalado por la ley la prescripción se opera, contándose el término desde la fecha en que el delito se cometió. ¿Sucederá lo mismo respecto al delito de bigamia?

La pregunta se formula porque el delito de bigamia es de aquellos que se llaman continuados. En las demás infracciones, el delito se comete por medio de hechos u omisiones que lo consuman, terminando con el desenlace la acción del delincuente, o con el descubrimiento anterior al resultado la demostración de la concurrencia de una tentativa.

El delito no es instantáneo, en realidad, porque en la ejecución pueden no haberse producido demoras, pero se considera ejecutado dentro de una unidad de tiempo. El delito se consuma y concluye la acción del agente.

En cambio, en el matrimonio ilegal, si bien el acto inicial ha sido la celebración del enlace, el delito continúa cometiéndose por el hecho de la vida en común de los cónyuges que no han podido casarse. Día por día se repite la infracción y el atentado, que significa el hecho con relación a la sociedad y respecto al cónyuge con el cual existe el matrimonio válido.

Establecer, entretanto, que la prescripción empieza a contarse desde la fecha de la celebración del segundo enlace, equivale a consagrar una tesis curiosa que podría sintetizarse diciendo que la ley, en lugar de afirmar el derecho por el transcurso del tiempo, sustenta y legaliza el delito.

Algunos códigos resuelven el punto expresamente. Así, el de Italia, en el artículo 60, establece que la prescripción en el delito de bigamia corre desde el día en que se disuelva uno de los dos matrimonios, o sea declarado nulo el segundo a causa de la bigamia. El código de Toscana, antecedente del italiano, declara en el artículo 297 que la prescripción empieza desde el momento en que la disolución del uno o del otro matrimonio ha hecho cesar el delito.

El código alemán dice en el artículo 171 que la prescripción corre desde el día en el cual uno de los dos matrimonios se ha disuelto, se ha declarado válido o se ha anulado.

El código del cantón del Tesino y el de Zurich concuerdan con los anteriores, y establecen: el primero, en el artículo 269, que la prescripción empieza a correr desde el momento de la disolución de uno u otro matrimonio; y el segundo, en el artícu-

lo 129, que la prescripción corre desde el momento en que uno de los dos matrimonios se disuelve o se declara válido.

El código de 1886 no traía, ni en la parte general, ni en la especial, un precepto que resolviera la dificultad, de manera que se podían producir, como se produjeron en su tiempo, diferentes interpretaciones. Pero el código vigente, lo mismo que los proyectos de 1891 y 1906, y que la ley de reformas número 4189, no permiten discusiones, pues traen una disposición en la parte general que define el asunto.

En el código vigente tal disposición se contiene en el artículo 63, según el cual 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 segunda parte del artículo resuelve el caso, puesto que dispone el comienzo de la prescripción de la acción en los delitos continuados cuando cesaren de cometerse.

En consecuencia, es preciso, para que la prescripción corra en los delitos de bigamia, que haya cesado la coexistencia de los dos matrimonios formalmente válidos.

XIV

Supresión y suposición del estado civil

300. El contenido del código.—301. El artículo 138 y sus concordancias.—302. El código de 1886 y sus antecedentes.—303. Los proyectos de 1891 y 1906.—304. El agregado puesto al artículo.—305. La usurpación de estado civil.—306. El delito como medio y como fin.—307. El artículo 139 y sus concordancias.—308. Casos que comprende la disposición.—309. Antecedentes del proyecto Tejedor.—310. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—311. Proyectos posteriores.—312. Alteración del estado civil de un menor de diez años.

*
* *

300. El contenido del Código.—Al ocuparme de los matrimonios ilegales he expresado que cada persona tiene un estado individual determinado por su situación dentro de una familia. Cuando ese estado, que es fuente de derechos y de obligaciones, se cambia o se suprime dolosamente por la acción de otro, la ley para tutelar la familia, que es la institución social básica, castiga las maniobras por medio de las cuales se verifican las alteraciones.

En el capítulo anterior se han estudiado los delitos relacionados con los ataques al matrimonio bajo el punto de vista del estado, y ahora voy a referirme, siguiendo el orden del Código, a las demás infracciones de la misma clase.

La ley comprende varios casos, consignados en los artículos 138 y 139, castigando: a) Al que por medio de un acto cual-

quiera hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro; b) A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan; c) Al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito; y d) Al que por medio de exposición, ocultación u otro acto cualquiera hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años.

Me ocuparé de los artículos de la ley y, al examinarlos, anotaré los antecedentes nacionales.

*
* *

301. El artículo 138 y sus concordancias.—

Artículo 138

Se aplicará prisión de seis meses a dos años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro, con el propósito de causar perjuicio.

CONCORDANCIAS.—Código de Holanda, artículo 236.—Español, 483.—Italiano, 361 y 362.—Francés, 345.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título quinto, artículo 4.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 298.—Proyecto de 1891, 155.—Código de 1886, 153.—Proyecto de 1906, 143.

*
* *

302. El código de 1886 y sus antecedentes.—El proyecto del doctor Tejedor adoptó en esta materia un plan y un sistema distinto del que ha seguido el código vigente. Se ocupó en el título de los delitos contra el estado civil de las personas de suposición de parto, de exposición, ocultación y cambio de niño, y de otras usurpaciones. En el artículo que se refiere a este último punto se castiga al que usurpe el estado civil de otro.

La nota explica en qué consiste el delito, y dice—citando a Pacheco—que usurpar el estado civil de una persona es fingirse

ella misma para usar de sus derechos; es usurpar su filiación, su paternidad, sus derechos conyugales; es la falsedad aplicada a la persona y con el ánimo de substituirse a otra real y existente.

La usurpación de estado civil concurría, así, cuando un individuo se colocaba en lugar de otro para usar de sus derechos, o de algunos de ellos.

El código actual no castiga sólo al que se pone en el lugar de otro, sino de una manera más extensa al que altera, suprime o hace incierto el estado civil de otro, aun cuando no se abrogue sus derechos, pero siempre que concurra el propósito de causar un perjuicio.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García adopta el mismo sistema.

Y el código de 1886, que no fué tocado en esta parte por la ley número 4189, sigue al proyecto del doctor Tejedor.

*
* *

303. Los proyectos de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891, en el artículo 166, castigó con la pena de penitenciaría de seis meses a dos años al que por un acto cualquiera hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otra persona. El precepto que ha dado origen al de nuestra ley vigente se tomó del código holandés.

La exposición de motivos se refiere a todo el capítulo. En ella se hace la crítica del código de 1886 y se explican los motivos que se han tenido para colocar las disposiciones que allí se contienen.

En general, y con respecto al artículo 166, análogo al 138 del código vigente, los fundamentos expresan:

"El Código distingue varios casos de suposición, alteración "o usurpación del estado civil, a saber: el de la mujer que fin-"giere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que "no le corresponden (artículo 150); el del que expusiere u ocul-"tare a un niño, o le supusiere filiación para hacerle perder su "estado de familia o los derechos que por él le corresponden; el "del que supusiere filiación en favor de una persona para de-"fraudar a otra (artículo 151); el de la falsa filiación, cuyo obje-

" to fuere favorecer a una persona, pero sin suplantarla en lugar " de otra (artículo 152); y en fin, todos los casos, no especifi- " cados antes, en que se usurpe el estado civil de otro (artícu- " lo 153). En los diversos casos prescribe la aplicación de la " misma pena: uno a tres años de prisión. La sola circunstancia " de prescribir una misma pena para los diferentes casos que la " ley menciona expresamente, y aun para los comprendidos en " su regla general, revela que la materia ha sido mal legislada. " Además, el Código, en algún caso, considera la sola suposición " o alteración del estado, en otro considera también el propósito " del culpable: defraudar derechos ajenos o suplantar a otra " persona.

" Es evidente que todos los actos de alteración o supresión " del estado civil no pueden equipararse en gravedad, ni se veri- " fican en las mismas condiciones. Por esto, juzgamos que, al re- " gular la materia, se debe establecer un precepto general que " abarque todos los casos comunes; y, en seguida, enunciar ex- " plícitamente los casos más importantes, por la mayor entidad " o el mayor número de los derechos violados, y porque ofrecen " mayor peligro y denotan mayor criminalidad en el agente, e " imponer en estos casos una pena más grave. Es lo que hemos " tratado de realizar en los artículos 166 y 167. En el primero se " proyecta reprimir a todo el que por cualquier medio o por cual- " quier acto hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil " de otra persona, porque de cualquier modo que esto suceda se " lesionará la condición y los derechos ajenos."

El proyecto de 1906 repitió en el artículo 143 la disposición contenida en el 166 del de 1891.

La exposición de motivos se limitó a decir sobre el capítulo que:

" En los delitos que el Código llama contra el estado civil y " que nosotros calificamos de supresión y suposición del estado " civil, empleamos, para evitar dudas e incertidumbres, una fórmu- " la genérica, dentro de la cual caben todos los actos de cualquier " naturaleza que produzcan por resultado hacer incierto, alterar " o suprimir el estado civil de otro. La suposición de preñez o " parto y la exposición u ocultación, que no son más que actos " tendientes a aquel fin, los legislamos como meras circunstancias " agravantes."

*

* *

304. El agregado puesto al artículo.—Cuando presenté a la Cámara de Diputados el proyecto de 1906 como base de la reforma, propuse se le agregaran al artículo 143, o sea el 138 actual, las palabras: "con el propósito de causar perjuicio". En los fundamentos con que acompañé el proyecto, dije:

" Hay casos en que se supone el estado civil de una persona " para beneficiarla sin perjudicar a nadie. Eso sucede muchas ve- " ces cuando se adoptan expósitos y no se tienen herederos. Como " entre nosotros no existe la adopción, se recurre algunas veces " al expediente de simular la existencia del hijo.

" Los términos generales del artículo 143 del proyecto podrían " llevar a que se castigase a quien no hubiera tenido el propósito " de delinquir, no obstante lo que se establece respecto a voluntad " criminal. He creído conveniente, por eso, referirme al propósito, " para que no puedan producirse interpretaciones dudosas."

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, como lo dijo expresamente en la exposición de motivos, aceptó el agregado, quedando sancionado el precepto en los mismos términos, pues no se propusieron ni efectuaron modificaciones al respecto.

*

* *

305. La usurpación de estado civil.—Según el Código, el estado civil, a los efectos de la penalidad, puede hacerse incierto, alterarse o suprimirse.

En la generalidad de los casos las personas tienen un estado civil claro: son hijos legítimos o naturales; casados, solteros o viudos, etc. Toda maniobra por medio de la cual esa situación que debe ser en cada individuo precisa, se torne incierta de tal modo que no pueda establecerse con claridad cuál es el estado del sujeto, se castiga en la ley.

El estado se altera cuando se cambia el que tiene la persona

por otro distinto. Tal sucedería cuando se anotase en el Registro Civil a un niño atribuyéndole distintos padres de los que tiene.

El estado se suprime cuando se coloca a una persona en condiciones de no poderse saber de dónde desciende. Tal ocurre con los niños que se llevan sin dato alguno a la Casa de Expósitos, o los que se abandonan en las mismas condiciones.

También ocurre el caso de personas que toman el estado de otro, estó es, que lo usurpan. El Código no usa esa terminología empleada en el anterior porque el artículo es general y comprende todos los casos. El usurpador sería entonces el que compareciera alegando ser otra persona a la cual substituye, altera, suprime o hace incierto, por ese hecho y según el caso, el estado, tomando la individualidad ajena.

* * *

306. El delito como medio y como fin.—El delito de supresión o suposición de estado civil es generalmente medio y no fin. Se comete casi siempre con el propósito de defraudar. Otras veces se emplean procedimientos que constituyen por sí solos delitos más graves que los de alteración del estado. Tal ocurre cuando se falsifican instrumentos públicos a los efectos de alterar, suprimir o usurpar el estado civil de otro.

Cuando se presenten casos en los cuales aparezca cometido más de un delito, se aplicarán las reglas consignadas en los artículos 54 y siguientes del código en vigor.

Los ataques al estado civil de otro no se explican cuando no se persigue un objeto determinado. La ley requiere, además, el perjuicio, punto suficientemente explicado en los fundamentos antes transcriptos.

* * *

307. El artículo 139 y sus concordancias.—

Artículo 139

Se impondrá prisión de uno a cuatro años:

1.° A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito;

2.° Al que por medio de exposición, de ocultación o de otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años.

CONCORDANCIAS.—*Inciso* 1.°—Código español, artículo 483.—Chileno, 353.—Uruguayo, 312.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título quinto, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 295.—Código de 1886, 150.— Proyecto de 1891, 16, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 144, inciso 1.°—

Inciso 2.°—Código italiano, artículo 362.—Francés, 348.—Húngaro, 254.—Uruguayo, 313.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título quinto, artículo 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 296.—Código de 1886, 151.—Proyecto de 1891, 167, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 144, inciso 2.°.

* * *

308. Casos que comprende la disposición.—Dos casos distintos comprende el artículo, los que si bien entrarían dentro del precepto general de la disposición anterior, se han particularizado especialmente porque se consideran más graves que los ordinarios y, por consiguiente, pasibles de mayor penalidad

El primer inciso se refiere a la suposición de parto y el segundo a la exposición u ocultación de niño.

Me ocuparé de cada uno de esos casos, indicando los antecedentes.

* * *

309. Antecedentes del proyecto Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se castigaban los partos fingidos. El artículo respectivo, que era el primero del título quinto, decía:

"La mujer que finja preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan, sufrirá prisión de un año.
"En la misma pena incurrirá el médico o la partera que coopere a la ejecución del delito."

Salvo las diferencias de redacción y de pena, el caso previsto en la disposición mencionada es el mismo que comprende el primer inciso del artículo 139 del código en vigor.

En la nota respectiva, el doctor Tejedor se refiere a los códigos del Perú y de Baviera, para agregar que, según el Comentario Oficial, correspondiente al último, el estado de la familia es, no sólo un vínculo consagrado por la naturaleza y el Estado, sino un hecho cuyo alcance se extiende sobre todas las relaciones de la vida, sobre los derechos de las personas y la devolución de los bienes, sobre el presente y la prosperidad más remota.

Agrega:

" Arrebatar a una persona su estado civil es hacerle perder " sus derechos nativos a la condición de sus padres y a su sucesión; y estos derechos no se pierden sólo por la persona viva, " sino que se hacen sentir en toda su descendencia. En sentido inverso introducir a alguno en una familia que le es extraña " es introducir la perturbación y la ilegalidad en las relaciones " de esta familia en todos sus grados, para todas las generaciones, en todos los casos de sucesión, tutelas y otros actos resultantes del parentesco. Este compendio de la influencia ejercida " por el estado civil sobre la suerte de las personas y de los bienes " hacen comprender bastante cuál es al gravedad de los fraudes " cometidos en esta materia y justifica la severidad de las " disposiciones de la ley.

" Estos crímenes se comprendían en el antiguo derecho con " los nombres de supresión de parto y suposición de parto, y eran " culpables de ellos todos los que daban a un niño una familia " a la que no pertenecía, o le privaban de aquella a que pertenecía, o le hacían perder de cualquier otro modo el estado que " la ley le garantía. La ley velaba *pro puero parvulo ut liber et " ingennus appareat.* (L. 3, C. *de infantibus expositis*). Ella tomaba precauciones para mantener las familias intactas y puras: " *Publici interest partus non subjici, ut ordinum dignitas familiarum que salva sit.* (L. 1, § 13 D. *de inspiciendo ventre*). Las " Partidas ponían este hecho entre las falsedades. " Esto decimos " que es gran falsedad fasciendo e poniendo fijo ageno por heredero en los bienes de su marido bien así como si fuese fijo del." " Pero no señalaban pena determinada, ni permitían intentar la " acusación más que al marido y herederos. (L. 3, tít. 7, P. 7). La " ley romana decía también *qui partum supponit, falsum commit-*

" *tit,* y lo castigaba con gran rigor. El autor de la suposición incu- " rría en pena de muerte, *obstetricem que partum alinum attulit " ut supponi possit, ummo supplicio affici placuit.* La acusación " no podía diferirse a pretexto de esperar la pubertad de la cria- " tura, ni había prescripción que valiese: *acusatio suppositi partus " nulla temporis prescriptione ripellitur.* (L. 1, C. ad. leg. Corn. de " falsis).

" Los elementos de este crimen son tres: el primero es el he- " cho material de la ocultación, robo o supresión de la criatura. " El segundo es que ésta nazca viva, que tenga existencia extra- " uterina, que haya podido gozar de un estado civil. El tercero, " en fin, es que se borren las trazas de su existencia, con inten- " ción de suprimir o cambiar su estado. Si la supresión se aplica " al cadáver de un recién nacido, no hay crimen, y si al cadáver " de un niño que ha vivido, con otra intención que suprimir su " estado, el crimen cambia de naturaleza."

La nota se ocupaba también de la situación del médico aludido en la última parte del artículo, y decía—citando a Pacheco—que se trataba de un caso de complicidad elevado por la ley a la clase y consecuencias del mismo delito; en vez de imponerse la pena inferior en grado se impone la misma que corresponde a la infracción. Esa severidad es justa, porque de los facultativos y empleados públicos, a quienes encomienda la ley actos relativos al estado civil de las personas, hay el derecho de exigir un cumplimiento exacto y una verdad absoluta.

*

* *

310. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, en el artículo 295, castiga con prisión menor a la mujer que finja preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. Al médico o a la partera que cooperen a la ejecución del delito les aplica la misma pena.

En cuanto al código de 1886, repite la misma disposición anterior, salvo lo relativo a la pena que se fija en prisión desde uno a tres años.

El título donde se legisla acerca de estos asuntos, que es el

quinto de la parte especial, se refiere a los delitos contra el estado civil de las personas y no comprende a los matrimonios ilegales castigados en el título cuarto, no obstante atacar también el estado civil.

*
* *

311. Proyectos posteriores.—El proyecto de 1891 en el inciso 1.° del artículo 167 castiga a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan, y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito con la pena de penitenciaría desde un año hasta cuatro.

La exposición de motivos, después de referirse a la disposición general, dice que en este artículo se mencionan los casos más graves en que es necesario aplicar a los autores una penalidad más severa. Agrega que el inciso 1.° repite lo preceptuado en el artículo 151 del código de 1886.

En cuanto al proyecto de 1906 repite lo establecido en el proyecto de 1891, en cuanto al presente inciso se refiere.

La disposición tiene, así, su origen en el proyecto del doctor Tejedor, habiéndose mantenido en los distintos antecedentes nacionales hasta llegar al código vigente.

En cuanto al alcance del precepto, los antecedentes expuestos lo han explicado plenamente.

*
* *

312. Alteración del estado civil de un menor de diez años.—El inciso 2.° se refiere al que por medio de exposición, ocultación u otro acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de un menor de diez años.

El artículo anterior comprende a todo el que hiciere eso mismo con relación a cualesquier persona, y el presente inciso se refiere especialmente al caso en que la víctima fuere un menor de diez años.

El proyecto del doctor Tejedor castigaba con la pena de dos años de prisión al que expusiere u ocultare a un niño o le supusiere filiación para hacerle perder su estado de familia o los derechos que por él le corresponden.

La nota dice que la exposición de los niños es un crimen que el legislador castiga, transigiendo con las costumbres y por temor de empujar a los culpables a otro crimen mayor como es el infanticidio. Anota, en seguida, concordancias con la ley romana, las españolas antiguas y con diferentes códigos extranjeros.

El doctor Tejedor, dice también que se castiga el crimen teniendo en cuenta el motivo. "No se pena la ocultación o exposición de un hijo por ser tales, sino el robo, que eso es la ocultación, o la exposición para hacerle perder su estado civil. De lo que aquí se trata es de la usurpación cometida en esa tierna persona de los derechos que le da su nacimiento, de la sucesión que podría tener de sus padres, de los beneficios que le esperaban de otros parientes, de su nombre, de su condición, de su existencia verdadera. Cuando la ocultación o la exposición han tenido otras causas, cuando se le ha depositado, por ejemplo, en la inclusa, por no haber con qué alimentarle, el caso es muy otro, y este artículo no tiene aplicación alguna. El robo, la defraudación del estado civil, de esa parte de nuestra existencia, es, en una palabra, lo que con gran justicia quiere aquí impedir la ley."

La disposición se repite en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, y se contiene igualmente en el código de 1886.

Como puede notarse, en esos conjuntos legislativos se habla de niño, sin decir qué debe entenderse por él. Indudablemente, niño es una persona muy joven, pero cuando la ley quiere fijar una agravante relacionada con la edad, debe decir el número de años a que ella se refiere, si no se quiere dejar ancho campo a la interpretación caprichosa y a la incertidumbre.

El proyecto de 1891 repitió la disposición, pero como lo hace notar la exposición de motivos se limita la edad a diez años, "porque las personas mayores de esta edad tienen más medios de protegerse y contra ellas el delito no será tan grave."

Ese proyecto no se limitaba a los dos incisos del código vigente y del proyecto de 1906, sino que traía dos más: el tercero, que se refería a la persona que hiciere figurar en el Registro del Estado Civil una persona que no exista, y el cuarto, referente a

la mujer casada que supusiere filiación legítima al hijo que haya tenido en adulterio.

El proyecto de 1906 se limitó a los dos incisos del artículo del código vigente, sin darse en la exposición de motivos ninguna explicación.

En mi manera de ver las supresiones hechas al proyecto de 1891 han sido perfectamente acertadas.

El que hace figurar en el Registro del Estado Civil una persona que no exista, comete un delito de falsedad. En efecto, el asiento que debe producirse para hacer figurar en el Registro una persona inexistente, implica la necesidad de extender un instrumento público con declaraciones falsas y revelando hechos inexistentes. Ese delito es más grave que el de la suposición de estado civil, y el Código lo castiga en el artículo 294 con reclusión o prisión desde uno hasta seis años.

La colocación del precepto era, así, innecesaria.

Tampoco considero conveniente castigar especialmente a la mujer casada que supusiere filiación legítima al hijo que hubiere tenido en adulterio.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 se limita a decir que "la trascendencia de este acto de suposición de estado " y los efectos que es susceptible de producir justifican su men- " ción especial."

Para la ley civil, como he dicho antes, la maternidad es un hecho cierto y la paternidad una presunción, suponiéndose que durante el matrimonio el hijo tiene por padre al marido. Este tiene la posibilidad de iniciar acción de desconocimiento cuando creyere que el hijo no le pertenecía y encontrase oportuno hacer la impugnación. Ella tiene carácter personal, le corresponde sólo al marido y se prescribe a los sesenta días después de haber tenido éste conocimiento del parto.

Cuando se trata de la legitimidad del hijo concebido y nacido dentro del matrimonio, la regla general del derecho civil, según la cual las acciones pueden entablarse por todos aquellos a quienes interesa el asunto, se altera por la inconveniencia que representaría admitir demandas que pueden perseguir beneficios injustos, explotando el temor al escándalo (1).

La presunción de legitimidad ampara al hijo concebido y nacido dentro del matrimonio. La persona más interesada en controlar esta presunción es el marido. El adulterio de la esposa compromete su honor, y si como resultado del mismo se llevan a la familia hijos extraños al marido, es éste el que soporta todas las consecuencias y, por tanto, el que debe juzgar la conveniencia de un juicio escandaloso o el silencio ante esos hechos de afectación tan personal. La inacción del marido puede, en algún caso, proporcionar la filiación legítima a un hijo adulterino; pero entre esa tolerancia y el mal a que podría prestarse la posibilidad de la discusión provocada por extraños, la ley no vacila. Por eso, nuestro Código Civil dice en el artículo 256 que mientras viva el marido nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio.

El precepto proyectado por el proyecto de 1891 contraría la regla de la ley civil, porque obliga a la mujer a confesar la filiación real, que sólo el marido puede reclamar, en contra de la presunción legal. Además, contraría una regla constitucional, que impide se obligue a una persona a declarar contra sí misma, pues la manifestación de la mujer implica la confesión del delito de adulterio.

(1) Rodolfo Moreno (hijo).—La Filiación. Páginas 103, 104 y 105.

XV

Delitos contra la libertad

313. Los derechos individuales.—314. Delitos contra la libertad.—315. El artículo 140 y sus concordancias.—316. La esclavitud, la constitución y el código.—317. Elementos del delito.—318. El artículo 141 y sus concordancias.—319. Antecedentes de la disposición.—320. Proyectos de 1891 y 1906.—321. Elementos del delito.—322. Ilegitimidad de la privación.—323. El propósito del agente.—324. Los principios de la constitución.—325. El artículo 142 y sus concordancias.—326. Los casos especiales.—327. Medios y propósitos.—328. Agravante derivada del parentesco.—329. El daño grave.—330. Usurpación de funciones.—331. La duración de la detención.—332. El artículo 143 y sus concordancias.—333. Delitos de funcionarios.—334. Garantía del artículo 18 de la constitución. Casos previstos.—335. Derechos y obligaciones de los funcionarios.—336. Detención del que debía libertarse.—337. Funcionarios y detenidos.—338. Incomunicación indebida.—339. Cárceles, funcionarios y detenidos.—340. Encargados de prisiones.—341. Recepción de reos en los establecimientos de seguridad.—342. Sujeción a reglamentos.—343. La detención ilegal y los funcionarios.—344. El artículo 144 y sus concordancias.—345. Agravantes especiales para particulares.—346. El artículo 145 y sus concordancias.—347. Origen de la disposición.—348. El artículo 146 y sus concordancias.—349. El delito de substracción de menores en los antecedentes nacionales.—350. La cuestión en el código vigente.—351. Substracción de menores.—352. Retención de menores.—353. La finalidad del agente.—354. El artículo 147 y sus concordancias.—355. Antecedentes de la disposición.—

356. Requisitos para la existencia del delito.—357. El artículo 148 y sus concordancias.—358. Antecedentes del precepto.—359. El criterio de la ley en vigor.—360. El artículo 149 y sus concordancias.—361. Origen y alcance del precepto.

*

* *

313. Los derechos individuales.—Las sociedades contemporáneas se encuentran constituídas a base de una relativa autonomía en los individuos que la forman. Las personas se consideran y son libres, pero no en absoluto, sino con limitaciones. La regla puede enunciarse, diciendo que todo sujeto es susceptible de manejarse y proceder como lo encuentre oportuno, con tal que no lesione la libertad y los derechos de los otros.

Un hombre solo no tendría posibilidad de atacar a nadie, pero desde el momento que haya dos personas, se necesita, si no se quiere implantar el estado de guerra, que surjan las reglas de convivencia.

De manera que la libertad personal, sagrada como es, y reconocida en las leyes fundamentales de los Estados civilizados como inalienable, se encuentra restringida por la concurrencia del mismo derecho en los demás. Para el amparo de todos se permite y es lícito todo aquello que no se encuentra prohibido por la ley. Y ésta prohibe todo lo que lesiona el derecho individual, fijando límites a las actividades de cada uno.

Entretanto, la libertad de una persona puede ser atacada por actos de otra, y cuando éstos tienden a limitarle sus derechos, ya sea los que se relacionan con su movilidad, su domicilio, sus secretos, etc., la ley concurre para tutelarlos y establece castigos para los ataques.

Los derechos individuales se encuentran amparados por la Constitución, de manera que el Código Penal no tiene sino que completar la obra de la carta fundamental y señalar penas para los atentados.

En los últimos tiempos se han usado medios nuevos para limitar la libertad individual, debido a las luchas entre las organizaciones capitalistas y las obreras. La ley ha debido, por consiguiente, contener previsiones distintas y amparar los derechos básicos contra todos los excesos, vinieren de donde vinieren.

Al redactarse el Código Penal no se han tenido en cuenta preocupaciones de clase, sino el propósito de que se tutelen todos los derechos, tal como lo quiere la Constitución Nacional.

*

* *

314. Delitos contra la libertad.—El primero de los delitos de que se ocupa el Código en el título cuyo estudio inicio, es el de aquellos que comprometen la libertad individual. El capítulo consigna diferentes previsiones, que son más comprensivas y más completas que las contenidas en el código anterior y en sus antecedentes.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, decía, en general, respecto a estos delitos:

"Siguiendo el ejemplo del código italiano, hemos agrupado "en un solo título, bajo el rubro de "Delitos contra la libertad", "todas las disposiciones protectoras de la libertad individual, de "la inviolabilidad del domicilio, del secreto epistolar e industrial, "de la libertad de trabajo, de la libertad de reunión, de la liber-"tad de cultos y de la libertad política, porque todas esas dis-"posiciones tienen un solo objeto: garantir la libertad del hombre.

"El código Tejedor había distribuído casi toda la materia en "tres títulos: "Delitos contra las garantías individuales", "Abu-"sos de autoridad" y "Delitos contra la religión", previendo inci-"dentalmente la violación del derecho de reunión en el título de "los delitos contra la seguridad interior y el orden público, y de-"jando sin legislar las violaciones de la libertad de trabajo y de "las franquicias políticas del ciudadano. El código actual conservó "esa distribución, eliminando los delitos contra la libertad religiosa.

"Nosotros restituímos a la materia de los delitos contra la "libertad los capítulos cercenados por los códigos referidos, por-"que no hallamos motivo razonable que permita al Congreso dejar "sin sanción penal una parte de las garantías acordadas por la "Constitución a todos los habitantes y ciudadanos del país. La liber-"tad de sufragio no es menos digna de protección que la inviola-"bilidad del domicilio o de la correspondencia."

El capítulo I de nuestro título comprende bajo la denominación de "Delitos contra la libertad individual", la detención privada, la substracción de menores y las amenazas y coacciones del código actual, con las modificaciones exigidas por la diferencia de plan y de penalidad y con algunas enmiendas de detalle requeridas para la mejor inteligencia de la ley.

Estudiaré cada punto al referirme a los artículos de la ley en particular.

*
* *

315. El artículo 140 y sus concordancias.—

Artículo 140

Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 145.—Holandés, 274.—Alemán, 234.—Húngaro, 324, icinos 2.°—Proyecto de 1891, 168.—Proyecto de 1906, 145.

*
* *

316. La esclavitud, la Constitución y el Código.—La Constitución Nacional dice en el artículo 15 que en la Nación Argentina no hay esclavos:

"Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice."

La ley fundamental contiene una regla y encierra un mandato. El principio se refiere a la esclavitud, que no se admite bajo ninguna forma ni concepto, y el mandato se dirige al Congreso encargado de dictar el Código Penal y obligado a fijar una pena para el hecho que la Constitución declara crimen.

No obstante la claridad del asunto, ni el proyecto del doctor

Tejedor, ni el código de 1886, ni el proyecto Villegas, Ugarriza y García, trajeron ninguna disposición al respecto.

El proyecto de 1891 salvó la omisión, castigando en el artículo 168 con penitenciaría de tres a quince años al que redujere a una persona a servidumbre u otra condición análoga, y al que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella.

La exposición de motivos, dijo:

"La Constitución Nacional, en su artículo 15, califica de crimen la esclavitud, y, sin embargo, el código vigente no establece pena alguna para el que pusiere o mantuviere a una persona en servidumbre o en otra condición análoga. Nosotros hemos previsto el caso en el artículo 168 del proyecto, cuyos términos son análogos a los del 145 del código italiano y concuerda con disposiciones contenidas en los códigos de los Países Bajos, del imperio alemán y de Hungría."

El proyecto de 1906, en el artículo 145, contenía la disposición adoptada por el código vigente, con una sola diferencia, derivada del sistema de este último, que no se limita a colocar la pena de prisión, sino ésta y la de reclusión, alternativamente.

La exposición de motivos fundó el precepto en los siguientes términos:

"En el título que proyectamos, "Delitos contra la libertad", ponemos el caso del que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga, como ha ocurrido alguna vez y del que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella, hechos calificados de crímenes por la Constitución Nacional. Agregamos, también, algunas circunstancias que agravan el hecho y que no figuran en el Código, como son las siguientes: 1.° Cometer el hecho con violencias o amenazas, o con propósitos de lucro, o con fines religiosos o de venganza; 2.° Cuando resulte grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importase otro delito mayormente penado."

*
* *

317. Elementos del delito.—Crivellari (1), para dar un concepto jurídico completo acerca de este delito, examina: a) La ma-

(1) Tomo V, página 525.

terialidad de la acción; b) La persona del sujeto pasivo; c) El fin que se propone el agente; y d) Los medios de que se ha servido.

MATERIALIDAD DE LA ACCIÓN.—El delito se puede cometer de dos maneras: 1.° Reduciendo a una persona a la servidumbre; y 2.° Reduciéndola a otra condición análoga.

Reducir una persona a la servidumbre quiere decir someterla al poder y a la propiedad de otro. El sujeto en esas condiciones carece de toda libertad individual, y se encuentra reducido a la calidad de cosa o animal doméstico.

El hecho de la servidumbre parece hipotético en nuestros días. Sin embargo, la previsión es necesaria, porque se producen casos, especialmente con relación a ciertas mujeres por parte de los que se ocupan de un tráfico reprobado y penado.

Nuestra ley emplea la palabra *servidumbre,* pero no en el sentido de servicio que supone contrato y libertad, por consiguiente, sino en el de esclavitud.

Reducir a una persona a otra condición análoga a la servidumbre o esclavitud, quiere decir someterla a una situación semejante.

AGENTE PASIVO.—La ley no distingue con respecto al agente pasivo o víctima del delito. Basta para que éste concurra que se ejecute el hecho sobre una persona, cualquiera que sean su edad y demás condiciones.

FIN PROPUESTO.—La disposición del Código no dice nada acerca del objeto que se haya propuesto el autor. En vista de la generalidad del precepto debe entenderse que el delito concurre cualesquiera que sea la finalidad que se propuso el autor.

MEDIOS EMPLEADOS.—Generalmente se usa la violencia en cualesquiera de sus formas, física o moral, para conseguir la reducción de una persona a servidumbre. La ley no dice nada al respecto, de manera que ya sea que se use de la fuerza, de las amenazas, del engaño o de otro género de violencia, ardides, astucia, etc., el hecho se castiga como delito.

El Código incrimina, no solamente al que ejecuta la acción para aprovechar de la servidumbre, sino a aquel que lo hiciere para entregar la persona a otro. Castiga, igualmente, a quien la *recibe* y mantiene en la servidumbre.

*
* *

318. El artículo 141 y sus concordancias.—

Artículo 141

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 292.—Español, 495.—Italiano, 146.—Húngaro, 323.—Chileno, 141.—Uruguayo, 152.—Francés, 341.—Alemán, 239.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 1; artículos 1, 2, 3 y 4.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 253 y 254.—Código de 1886, artículos 155, 156 y 157.—Proyecto de 1891, 169.—Proyecto de 1906, 146.

*
* *

Antecedentes de la disposición.—Al contrario de lo que sucede con relación al artículo anterior, el presente tiene amplios antecedentes en la legislación nacional.

El proyecto del doctor Tejedor castigaba con la pena de tres años de prisión al que prive a otro de su libertad, encerrándolo o deteniéndolo, lo mismo que a quien proporcione casa o lugar para la detención o encierro, en los casos siguientes: 1.° Si la secuestración dura más de un mes; 2.° Si se hubiese ejecutado simulando autoridad pública; 3.° Si se cometiese en la persona de los padres, u otros individuos a quienes se deba un respeto particular; y 4.° Si se hubiese amenazado de muerte al secuestrado, o inferídosele alguna lesión que no merezca pena de presidio o penitenciaría.

Si la lesión mereciese pena de presidio o de penitenciaría, o se cometiese algún otro delito con motivo de la secuestración, se impondrá la pena correspondiente al delito mayor.

Si la secuestración durase menos de tres días, o se pusiese

en libertad al detenido antes de iniciarse la causa, la pena será de tres meses de arresto. Si la secuestración durase más de tres días y menos de treinta se aplicará la pena de uno a dos años de prisión.

Sobre el delito en sí, decía la primer nota del capítulo:

"El delito que se pena aquí—dice Pacheco—ha sido en otro "tiempo vulgar y diario en las sociedades europeas. Hoy no lo es. "Como todos los actos de violencia y grosería, van desapareciendo ante la moderna cultura, y dejando un lugar a los que pen- "den del refinamiento y del cálculo. Puede disputarse si se gana "o se pierde, si se obtienen ventajas o desventajas en esta varia- "ción: la variación en sí misma no puede ofrecer ninguna difi- "cultad. Esos atentados tan comunes en los pasados siglos son "muy raros en las presentes circunstancias. Sin embargo, no son "imposibles, no dejan a veces de suceder. Si en nuestras moder- "nas casas no hay calabozos como en las antiguas torres, toda- "vía hemos visto alguna secuestración pasajera de la libertad, "y hasta algún emparedamiento horroroso. Los ladrones, para "extraer mayores cantidades, suelen encerrar a las personas que "caen en sus manos. No es imposible que pretextando, que su- "poniendo un extravío de la razón, se sujete como enfermo a "quien está en realidad en su cabal juicio. Cuando esto se hace, "a mal hacer, cométese, sin duda, un atentado contra la libertad "humana."

La misma nota se refería después a las leyes romanas, españolas y a diferentes códigos extranjeros.

El delito de cárcel privada—decía también—puede verificarse por el arresto momentáneo de una persona sin secuestrarla, por la simple detención en su casa propia, o por el secuestro en un lugar solitario. Para que exista basta que la persona no pueda retirarse libremente o disponer de sí misma.

Las disposiciones del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García eran muy parecidas a las del conjunto anterior. Es de advertirse, sin embargo, que en este último se penaba al que privare de su libertad a persona mayor de nueve años.

En cuanto al código de 1886 siguió al proyecto del doctor Tejedor en los artículos 155, 156 y 157, suprimiendo las penas fijas, de acuerdo con las manifestaciones hechas en las discusiones parlamentarias de 1885 y 1886.

*
* *

320. Proyectos de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891 dijo en el artículo 169:

"El que ilegalmente privare a otro de su libertad personal "será reprimido con penitenciaría de un mes a un año."

El artículo 146 del proyecto de 1906 es igual al 141 del código vigente. En el curso del estudio a que diera lugar la reforma penal, no se propuso modificación alguna a ese precepto.

*
* *

321. Elementos del delito.—La disposición en estudio supone: a) La privación de la libertad personal; y b) La ilegitimidad de esa privación.

Examinaré los dos elementos:

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL.—El Código caracteriza el delito refiriéndose al que privare a otro de su libertad personal. No dice por qué medios se puede cometer el mismo, ni habla tampoco del tiempo que debe durar la privación.

El proyecto del doctor Tejedor se refería a detención, a encierro y a secuestración, y fijaba penas distintas cuando esta última duraba más de tres días o menos de ese tiempo.

El código de 1886 adoptaba los mismos términos, habiendo sido el proyecto de 1891 el que los varió introduciendo las formas aceptadas en el código vigente.

Debemos, así, examinar la cuestión del tiempo y la de los medios para concretar bien en qué consiste la detención privada.

Según Carrara, algunos antiguos estatutos italianos (1) castigaban de manera diferente el delito, según la duración más o menos larga de la detención arbitraria. Pero agrega que es necesario no olvidarse que el delito es plenamente perfecto con la sola privación de la libertad. El tiempo serviría, así, para la diferenciación de las penas, como ocurría en el código de 1886 y proyectos anteriores, pero no para caracterizar la infracción.

(1) Programma.—Parte Speciale. Tomo II, página 698; nota al N.° 1678.

En nuestro código también la duración se tiene en cuenta, cuando excede de un mes para la concurrencia de una pena mayor. (Artículo 142, inciso 5.°).

MEDIOS EMPLEADOS.—La ley habla de la privación de la libertad personal y debe entenderse, en ausencia de especificaciones acerca de las maneras de llegar a la comisión del delito, que todas ellas caen dentro de la disposición punitiva. Ya sea que se secuestre, detenga, arreste, encierre, el delito existe si se priva de la libertad personal.

No es necesario que se use, para cometer la infracción, de fuerza, ni de amenazas. El empleo de ciertos medios, como veremos después, determina aumento en la penalidad, por considerarse el hecho como más grave en esos casos.

Generalmente se usa la violencia, la astucia o el engaño, pero pueden presentarse casos en que tales circunstancias no concurran. Tal sucedería cuando una persona que tuviera a otra de visita en su casa la encerrase en una pieza y la detuviese allí.

La persona detenida debe estar privada de libertad, y basta para eso que se encuentren llenadas las condiciones ordinarias de aquélla. No podría decirse que tales circunstancias no concurrirían por el hecho de que la víctima pudiera salir por un balcón, por ejemplo, o por otro lugar no destinado a la comunicación con el exterior. Basta, para que el delito exista, con que se impida al sujeto el uso de los medios empleados ordinariamente para salir del recinto donde se encuentra.

La restricción de la libertad no se limita tampoco al encierro. No se precisa que la víctima sea colocada en una pieza, sino que se le impida transportarse a donde ella quiera, ilegalmente y por acción de otro.

*
* *

322. Ilegitimidad de la privación.—Para que exista delito es necesario que la persona que ha limitado la libertad de otro haya carecido de derecho para hacerlo. La detención tiene que haber sido ilegítima. Incurre en el delito, no solamente el particular, o sea la persona que carece de atribuciones para limitar la libertad de otro, sino también el que, ejercitando funciones públicas, en abuso de su cargo o sin invocarlo, procede a la detención o al mantenimiento de la misma.

La situación de los funcionarios públicos especialmente será contemplada más adelante.

*
* *

323. El propósito del agente.—El Código no se refiere al fin que debe tenerse para que el delito se produzca. Cuando la detención tiene finalidades distintas a la de imponer tan sólo la pérdida de la libertad, puede incurrirse en otro delito.

Así, el que retuviere a una mujer con miras deshonestas, incurre en el delito de rapto. (Artículo 130). Y el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate comete el delito de extorsión. (Artículo 170).

Pero, en general, todo el que privare a otro de su libertad sin que el hecho implique por el propósito perseguido, un delito al que corresponda pena mayor, debe responder por el de detención privada.

*
* *

324. Los principios de la Constitución.—La libertad personal se encuentra consagrada por la Constitución: en el artículo 14, donde se habla del derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; en el 15, referente a la esclavitud; en el 18, donde se proscribe el arresto si no es en virtud de orden escrita de autoridad competente; en el 23, donde se fijan las limitaciones para el caso de estado de sitio; y en el 29, donde se desconocen las facultades extraordinarias que establezcan supremacías y destruyan derechos, y en diferentes preceptos concordantes que revelan la preocupación del legislador al respecto.

Pero la libertad, no sólo puede ser limitada por actos de particulares, sino por medio de órdenes de autoridad que sean injustas. En algunos casos dichas órdenes pueden significar un delito, en otros serán simples equivocaciones que no autorizan esa calificación.

Las leyes procesales, por eso, de conformidad a lo establecido por las disposiciones de la Constitución, han reglamentado el *habeas corpus*, o sea el derecho de requerir el cese de la detención ordenada por autoridad incompetente para el caso.

*
* *

325. El artículo 142 y sus concordancias.—

Artículo 142

Se aplicará prisión de uno a cuatro años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.° Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con propósitos de lucro o con fines religiosos o de venganza;

2.° Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente, de un hermano, del cónyuge o de otro individuo a quien se deba respeto particular;

3.° Si resultare grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor;

4.° Si el hecho se cometiere simulando autoridad pública u orden de autoridad pública.

5.° Si la privación de la libertad durare más de un mes.

CONCORDANCIAS.—*Inciso* 1.°—Código italiano, artículo 146.—Húngaro, 323.—Uruguayo, 152.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 1, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 254, inciso 3.°—Código de 1886, 155.—Proyecto de 1891, 170, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 147, inciso 1.°.

Inciso 2.°—Código italiano, artículo 146.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 1, artículo 1.°, inciso 3.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 254, inciso 2.°—Código de 1886, 155, inciso 2.°—Proyecto de 1891, 170, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 147, inciso 2.°.

Inciso 3.°—Código italiano, artículo 146.—Holandés, 282.—Húngaro, 324.—Español, 496, inciso 3.°—Chileno, 141.—Alemán, 239.—Belga, 438.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, artículo 1.°, inciso 4.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 254, inciso 3.°—Código de 1886, 155, inciso 3.°—Proyecto de 1891, 170, inciso 3.°—Proyecto de 1906, 147, inciso 3.°.

Inciso 4.°—Código español, artículo 496, inciso 2.°—Uruguayo, 152.—Belga, 437.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 1, artículo 1.°, inciso 2.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 254, inciso 1.°—Código de 1886, 155, inciso 1.°—Proyecto de 1891, 170, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 147, inciso 4.°.

Inciso 5.°—Código chileno, artículo 141. — Uruguayo, 152. — Alemán, 239.—Belga, 436.—Español, 496.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 1.°, inciso 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 253.—Código de 1886, 155, inciso 4.°—Proyecto de 1891, 170, inciso 5.°—Proyecto de 1906, 147, inciso 5.°.

*
* *

326. Los casos especiales.—El artículo comprende cinco incisos, que señalan la concurrencia de circunstancias especiales en la comisión del delito de privación ilegal de la libertad.

Examinaré cada caso con sus antecedentes. La pena, que ordinariamente es la de prisión de un mes a un año, se eleva en los casos especiales, correspondiendo de uno a cuatro años.

*
* *

327. Medios y propósitos.—El primer inciso se refiere al empleo de medios determinados o a la concurrencia de ciertos propósitos. Se comprenden en la enumeración los siguientes medios: a) Violencia; y b) Amenazas; y los siguientes propósitos: 1.° Lucro; 2.° Religiosos; 3.° De venganza.

La violencia puede ser física y moral. La primera se ejercita corporalmente y se produce empleando la fuerza. La segunda es la que sugiere al sujeto un peligro cualquiera capaz de determinarlo a obrar de cierta manera con el fin de no ser sometido al mismo. Esa violencia se ejercita por medio de amenazas.

En muchos casos, cuando se comete un delito de privación de la libertad con propósito de lucro, se incurre en un delito distinto

al legislado en este capítulo. Así, cuando se detiene a otro para quitarle sus bienes, se puede incurrir en robo, hurto o usurpación; cuando se le detiene para obligarlo a que firme un documento, se comete el delito de extorsión; cuando se detiene a una mujer con fines deshonestos, se ejecuta un rapto. De modo que, para la existencia del delito de detención privada con propósitos de lucro, es preciso que lo principal sea la detención, y que no sea la misma un medio para realizar otra infracción de carácter más grave. El lucro puede concurrir, entre otros casos, en aquel en que se le pague a un sujeto para proceder a la detención de otro.

La ley castiga especialmente el delito cuando tuviere su comisión una finalidad peligrosa, porque en ese caso se ataca también otra garantía constitucional, como es la relacionada con la libertad de cultos. Se produciría un caso de esta clase cuando se privase a otro de la libertad para hacerlo cambiar de religión, o con el propósito de hacerlo entrar en una orden religiosa.

Por fin, el inciso se refiere al que procede para vengarse. La razón por la cual se castiga especialmente en este caso, es porque el delincuente revela más perversidad y, por consiguiente, representa mayor peligro social.

*
* *

328. Agravante derivada del parentesco.—El inciso 2.° se refiere a las circunstancias especiales derivadas del parentesco o de una particular vinculación. El delito se considera siempre más grave cuando la víctima es una persona que se encuentra ligada al autor por vínculos de sangre.

Se conceptúa en las mismas condiciones que el ascendiente o hermano a las personas a quienes se deba respeto particular.

Los descendientes no se comprenden, porque respecto a éstos el ascendiente tiene más bien autoridad que respeto. Además, y en ciertos casos, los padres, guardadores y tutores pueden imponer a las personas que se encuentran a su cargo, y por vía de corrección doméstica, una privación de la libertad personal.

*
* *

329. El daño grave.—El inciso 3.° comprende el grave daño a la persona, a la salud o a los negocios del ofendido, y siempre que el hecho no importe otro delito al que corresponda mayor pena.

El grave daño a la persona o a la salud se castiga, dentro del presente capítulo, cuando la lesión ocasionada no se encuentre castigada con una pena mayor en el título que se ocupa de los delitos contra las personas.

En cuanto a los negocios del ofendido, es indudable que se pueden perjudicar grandemente con la detención del dueño de los mismos. Todo esto, naturalmente, no excluye la exigencia para la reparación del daño pecuniario.

*
* *

330. Usurpación de funciones.—El Código castiga en el capítulo correspondiente al que usurpa autoridad, o sea al que ejerce funciones que no le corresponden. En esta parte la usurpación de funciones no constituye el delito principal, sino el medio para cometerlo. El agente que se vale del mismo engaña a la víctima, la cual cede a la creencia de que se realiza con ella un acto, si no justo, por lo menos legítimo, al que debe obediencia, manteniendo la seguridad de que las cosas se aclararán y mantendrán en su verdadero quicio.

El sujeto que se disfraza, por ejemplo, de agente de la autoridad para consumar su delito, comete, en rigor, dos infracciones, y de ahí la mayor severidad en la represión.

El Código incrimina, no sólo al que simula ser autoridad, sino al que invoca la orden de aquélla.

*
* *

331. La duración de la detención.—El artículo, por fin, castiga especialmente la mayor duración de la detención, adoptando los principios ya consagrados en el proyecto del doctor Tejedor y en el código de 1886.

La detención por más de un mes tiene los caracteres de un secuestro, y es lógico que el Código aplique una pena mayor, considerando al hecho como más grave.

* * *

332. El artículo 143 y sus concordancias.—

Artículo 143

Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo:

1.° El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privare a alguno de su libertad personal;

2.° El funcionario que retuviere a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar;

3.° El funcionario que prolongare indebidamente la detención de una persona, sin ponerla a disposición del juez competente;

4.° El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido;

5.° El funcionario que impusiere a los presos que guarda, severidades, vejaciones o apremios ilegales, o los colocare en lugares del establecimiento que no sean los señalados para el efecto;

6.° El jefe de prisión u otro establecimiento penal o el que lo reemplace, que recibiere algún reo sin testimonio de la sentencia firme en que se le hubiere impuesto la pena;

7.° El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito;

8.° El funcionario que desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquiera vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;

9.° El funcionario competente que teniendo noticia de una detención ilegal, omitiere, retardare o rehusare hacerla cesar o dar cuenta a la autoridad que deba resolver.

CONCORDANCIAS.—*Inciso* 1.°—Código italiano, artículo 147.—Húngaro, 193.—Español, 210.—Chileno, 148.—Uruguayo, 153, inciso 2.°—Alemán, 341.—Belga, 147.—Proyecto de 1891, 171, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 1.°.

Inciso 2.°—Código húngaro, artículo 194.—Español, 211.—Italiano, 150 y 151.—Alemán, 341.—Belga, 155.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro segundo, título segundo, capítulo 2.°, artículo 1.°, inciso 5.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 1.°—Código de 1886, 243, inciso 1.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 2.°.

Inciso 3.°—Código español, artículo 212.—Código chileno, 149, inciso 2.°—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro segundo, título segundo, capítulo 2.°, artículo 1.°, inciso 6.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 2.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 3.°—Código de 1886, 243, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 3.°.

Inciso 4.°—Código español, artículo 213.—Chileno, 150, inciso 1.°—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 1.°, inciso 9.°—Código de 1886, 243, inciso 4.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 4.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 4.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 4.°.

Inciso 5.°—Código italiano, artículo 152.—Español, 213, inciso 6.°—Chileno, 150.—Uruguayo, 158.—Belga, 159.—Proyecto del doctor Tejedor, lugar citado, artículo 1.°; incisos 10, 14 y 15.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 5.°—Código de 1886, 243, inciso 5.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 5.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 5.°.

Inciso 6.°—Código italiano, artículo 150.—Holandés, 464.—Español, 213, inciso 3.°—Chileno, 149, inciso 1.°—Uruguayo, 156.—Belga, 157.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro segundo, título segundo, capítulo 2.°; artículo 1.°, inciso 11.—Código de 1886, 243, inciso 6.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 6.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 6.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 6.°.

Inciso 7.°—Código italiano, artículo 150. — Holandés, 464. — Español, 213, inciso 1.°—Chileno, 149, inciso 1.°—Uruguayo, 156.—Belga, 157.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro segundo, título segundo, capítulo 2.°; artículo 1.°, inciso 12.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 7.°—Código de 1886, 243, inciso 7.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 7.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 7.°.

Inciso 8.°—Código español, artículo 213, inciso 6.°—Chileno, 150, inciso 1.°—Uruguayo, 158.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro segundo, título segundo, capítulo 2.°; artículo 1.°, inciso 15.—Código de 1886, 243, inciso 8.°—Proyecto de 1891, 171, inciso 8.°—Proyecto de 1906, 148, inciso 8.°.

Inciso 9.°—Código italiano, artículo 151.—Holandés, 268.—Chileno, 149, inciso 5.°—Uruguayo, 157.—Proyecto de 1891, 171, inciso 10.—Proyecto de 1906, 148, inciso 8.°.

* * *

333. Delitos de funcionarios.—Hasta este momento la ley se ha ocupado de las restricciones a la libertad impuestas por indi-

viduos que no ejercen autoridad. Pero en muchos casos la detención se realiza por funcionarios que usan de sus funciones para delinquir.

Las autoridades tienen facultades para restringir la libertad de las personas mediando determinadas circunstancias, pero si lo hicieren arbitrariamente y poniendo aquéllas al servicio de sus pasiones, cometen un delito.

El Código, para que no se incurra en equivocaciones, ha previsto especialmente los casos y ha fijado los castigos.

Examinaré cada uno de ellos especialmente.

*
* *

334. Garantía del artículo 18 de la Constitución. Casos previstos.—El primer inciso del artículo no se encuentra ni en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el código de 1886. La disposición fué introducida en el inciso 1.° del artículo 171 del proyecto de 1891, la que impuso penitenciaría de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, al funcionario público que con abuso de sus funciones o sin las condiciones o las formalidades prescriptas por la ley privare a alguno de su libertad personal.

El precepto pasó de allí al proyecto de 1906 y al código vigente.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, lo fundamentó, diciendo:

"En el artículo 171, inciso 1.°, hemos establecido la pena de "penitenciaría de un mes a un año con inhabilitación especial "por doble tiempo para el funcionario que, con abuso de sus fun- "ciones o sin las condiciones o las formalidades prescriptas por "la ley, privare a alguno de su libertad personal. Esta disposi- "ción es necesaria para asegurar la garantía declarada por el "artículo 18 de la Constitución Nacional, de que nadie puede "ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad com- "petente. Nos hemos servido de términos semejantes a los del "artículo 147 del código italiano, concordante con los códigos "de Hungría, España, Chile, Uruguay, Alemania y Bélgica."

Crivellari, ocupándose del artículo 147 del código italiano, citado como fuente de nuestro inciso en la exposición antes transcripta, dice (1) que las hipótesis fundamentales de este delito son: 1.° La privación de la libertad cometida con abuso de las funciones; 2.° La privación de la libertad cometida sin las condiciones establecidas en las leyes; 3.° La privación de la libertad cometida sin las formalidades prescriptas por las leyes.

PRIMER CASO.—Para la privación de la libertad el oficial público abusa de sus funciones. Todo funcionario tiene señaladas sus atribuciones y marcada la extensión de las mismas con límites más o menos precisos. Para que sus mandatos sean obedecidos tiene también fuerza a su servicio, pues si careciere de la misma no daría órdenes obligatorias, y sus mandatos no pasarían de ser insinuaciones o consejos. Cuando el funcionario procede dentro de sus facultades, nada hay que observar, pero cuando sin tenerlas procede y aplica los medios que le han sido dados para el ejercicio legítimo en el ilegítimo, comete el delito a que el inciso se refiere.

SEGUNDO CASO.—La privación de la libertad se produce sin las condiciones establecidas en las leyes.

Los códigos de procedimientos señalan las condiciones en que puede procederse a la detención de una persona, y tanto aquéllos como los diversos reglamentos policiales contienen reglas referentes a esos puntos.

Un funcionario que proceda sin ajustarse a esas normas, que sirven para tutelar la libertad personal frente a la arbitrariedad siempre posible, incurriría en delito.

TERCER CASO.—La libertad personal se ha restringido sin las formalidades requeridas por las leyes.

Las leyes de forma contienen disposiciones relativas a los requisitos a emplearse cuando se trata de limitar la libertad individual. Esas formalidades deben cumplirse por el funcionario encargado en cada caso.

*
* *

335. Derechos y obligaciones de los funcionarios.—Dentro del sistema de nuestra ley, y dado el precepto de la Constitución, según el cual nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden

(1) Tomo V, páginas 541 y siguientes.

escrita de autoridad competente, la disposición del Código es, como lo decían los autores del proyecto de 1891, de todo punto indispensable.

Debe tenerse, sin embargo, bien en cuenta, que el Código castiga como delito el abuso del funcionario público cuando la detención arbitraria se mantiene dentro de una relativa permanencia. La ley no puede entrar a fijar términos ni plazos, pero basta, para que una falsa interpretación no surja, tener en cuenta las bases de la cuestión.

Las autoridades policiales dentro del estricto cumplimiento de sus deberes se encuentran obligadas a proceder a la detención de sujetos sin la orden escrita de la autoridad competente. ¿Cuándo proceden así? Cuando se comete un delito y se requiere la medida inmediata y falta el tiempo para reclamar la orden escrita del juez. El funcionario no puede presenciar impasible la fuga del delincuente, y debe proceder de inmediato. Se entiende en esos casos que se obra a nombre del juez, a quien se le da cuenta inmediatamente de la medida tomada ante el hecho.

Otras veces, el caso no es tan remarcable y se trata de funcionarios públicos que tienen sospechas y proceden a la detención de un sujeto realizando averiguaciones respecto a un hecho cualquiera. Tampoco en estas oportunidades se cuenta con la orden escrita y no puede, sin embargo, entenderse que el funcionario cometa un delito, desde que no hace sino cumplir con su deber.

En casos como estos, solamente podría inculparse al funcionario si no diera cuenta al juez, que es la autoridad competente, o si prolongara la detención del individuo detenido por sospechas o para averiguar hechos.

Los magistrados llamados a juzgar deben proceder teniendo en cuenta, y con respecto al caso concreto, las circunstancias todas para establecer si se ha usado de un derecho, se han tomado precauciones necesarias o se ha consumado una arbitrariedad.

*

* *

336. Detención del que debió libertarse.—El inciso castiga al funcionario que retuviere a un detenido o preso, cuya soltura haya debido decretar o ejecutar.

En el proyecto del doctor Tejedor el delito se encontraba previsto y penado en el libro destinado a los que cometiesen los empleados públicos y en el capítulo dedicado a legislar sobre abusos de autoridad.

La nota respectiva citaba a Pacheco, y decía que la presunción abogaba a favor del juez, siendo indispensable, para penarlo, que se justifique, o gran ignorancia o notorias malas intenciones. "Por meras equivocaciones, por puntos en que pueda haber diversidad de pareceres, por liberaciones o prisiones dudosas, claro está que no se han de decretar los castigos de este artículo."

El precepto de nuestra ley se encuentra en términos análogos en los proyectos de 1891 y 1906. En el código de 1886 se consigna en el primer inciso del artículo 143 y entre los delitos de abusos de autoridad, como en el proyecto del doctor Tejedor. La redacción tiene pocas diferencias con la de nuestro inciso.

La disposición comprende dos casos: la del funcionario que no ordena la libertad que se encuentra obligado a pronunciar y la del funcionario que no cumple la orden que haya recibido.

En los dos casos, como decía la nota del doctor Tejedor, no hay que ceñirse a la letra estricta, y entender que el juez o el empleado son delincuentes por una ligera demora más o menos justificada. El delito existe ante el dolo o el descuido manifiesto.

*

* *

337. Funcionarios y detenidos.—Todo funcionario que detiene a una persona tiene el deber de ponerla a disposición del juez competente. Como decía antes, no es posible en todos los casos proveerse del mandato del juez, por parte de los encargados de guardar el orden, desde que la justicia procede ante los hechos consumados, y las autoridades de policía tienen que tomar medidas inmediatas de precaución o de hecho ante las circunstancias. Pero cuando el procedimiento ha debido adoptarse ante las circunstancias, la obligación de presentarse a la justicia es esencial, pues de lo contrario se habrían anulado principios básicos por motivos formales.

En el proyecto del doctor Tejedor se fijaba el plazo de 24 horas, y el funcionario incurría en delito cuando el detenido no era

puesto dentro de ese término a disposición del juez competente.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García y el código de 1886 suprimieron el plazo.

La palabra *retuviere* usada en el Código es suficientemente comprensiva. Si ha habido retención indebida o demora lícita la cuestión es de hecho, y debe definirse en cada caso de acuerdo con la prueba.

*
* *

338. Incomunicación indebida.—El inciso castiga al funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido, repitiendo la disposición contenida en los preceptos correspondientes de los proyectos de 1891 y 1906.

En el proyecto del doctor Tejedor se castigaba al empleado público que pone en incomunicación, sin decreto judicial, a los reos sometidos a juicio, o que levanta la incomunicación ordenada por el juez.

Las leyes de forma establecen cuándo está autorizado el funcionario para incomunicar a un detenido y por cuánto tiempo. Cuando se trata de los funcionarios de policía, éstos proceden y dan cuenta al juez, de acuerdo con las leyes respectivas y para no incurrir en el delito previsto por el inciso 3.°. Si se trata del juez, corresponderá acreditar si se ha ceñido o no a los preceptos que autorizan por determinado tiempo la incomunicación cuando se trata de ciertos delitos.

*
* *

339. Cárceles, funcionarios y detenidos.—Dos casos prevé el inciso, el cual concuerda con lo establecido en el artículo 18 de la Constitución, que se refiere a las condiciones que deben tener las cárceles. El primero se refiere a las severidades, vejaciones o apremios ilegales, y el segundo a la colocación del detenido en lugares del establecimiento no destinados a esos efectos.

Tres incisos relacionados con este punto traía el proyecto del doctor Tejedor. En ellos se castigaba: al empleado público que

impone privaciones arbitrarias a los reos que se hallan a su cuidado; al empleado público que pone a un preso o detenido en otro lugar que no sea la cárcel o el establecimiento público señalado al efecto; y al empleado que, desempeñando un acto del servicio, comete cualquiera vejación contra las personas o les aplica apremios ilegales e innecesarios.

Las notas que se colocan al pie de los incisos respectivos se limitan a señalar concordancias con las viejas legislaciones y con los códigos entonces vigentes.

El proyecto Villegas, Ugarriza y García comprendió los casos en un solo inciso, y lo mismo hicieron el código de 1886 y los proyectos posteriores.

Los establecimientos carcelarios, tanto los destinados a condenados como a procesados, tienen reglamentos que fijan los deberes y derechos de los funcionarios y de los detenidos. Esos reglamentos deben cumplirse. Dentro de los mismos se establecen los castigos que por vía de correcciones disciplinarias se pueden aplicar a los recluídos.

Cuando los funcionarios encargados de la custodia se salen de sus atribuciones e incurren en abuso aplicando castigos o apremios no consentidos, la ley considera que el hecho constituye un delito.

La colocación del detenido en un lugar no destinado a alojamiento o a castigo, constituye un indudable abuso y una crueldad.

El delito no puede ser cometido sino por un funcionario público y sobre una persona detenida. Esta puede estar condenada o procesada, y en cualquier establecimiento, teniendo la regla carácter general. El hecho material consiste en los extremos señalados en el artículo.

*
* *

340. Encargados de prisiones.—El precepto se refiere a los jefes o encargados de las prisiones o establecimientos carcelarios en general y a los condenados que deben ser recluídos en los mismos.

El delito sólo puede ser cometido por la persona que se en-

cuentre en la dirección del establecimiento y con referencia a un sujeto que deba ser encerrado en el mismo.

La materialidad del delito consistiría en recibir a un individuo como condenado sin tener el testimonio de la sentencia firme que hubiere impuesto la pena.

Es evidente que el deber primordial del jefe o encargado de un establecimiento carcelario es el de comprobar, al recibir un sujeto para someterlo al régimen del establecimiento, que se trata de un condenado por el tribunal respectivo. De lo contrario, se prestaría, o podría prestarse, el establecimiento penal, para venganzas y arbitrariedades.

En el proyecto del doctor Tejedor se traía un inciso análogo, según el cual se castigaba al jefe de la penitenciaría o al que hiciera sus veces, que recibiera algún reo sin tener testimonio de la sentencia ejecutoriada en que se le hubiese impuesto tal pena.

El inciso del código vigente es igual al contenido en los proyectos de 1891 y 1906. También el código de 1886 trae un precepto análogo, pero colocado, como en el proyecto del doctor Tejedor, en el título sobre abusos de autoridad.

*
* *

341. Recepción de reos en los establecimientos de seguridad.—En el proyecto del doctor Tejedor se castigaba al alcaide o cualquier empleado de las cárceles y otros lugares de detención y seguridad, que recibe a un reo rematado sin constancia legal de su condena, o algún individuo, en clase de detenido, sin orden de autoridad competente, salvo el caso de captura en flagrante delito.

La nota, después de citar a Pacheco, dice que la justicia del precepto no es dudosa. El alcaide debe recibir a los presos, pues para eso está, pero a aquellos que legalmente lo sean. Si recibe a los que notoriamente no se encuentran en ese caso concurre a la detención arbitraria y se hace copartícipe del delito que otro había empezado.

La disposición se repite en el código de 1886 y en los proyectos de 1891 y 1906, pasando del último de éstos a la ley vigente con la redacción actual.

En el inciso anterior se castiga al jefe del establecimiento penal

que recibe un reo sin la prueba de que está condenado El presente se dirige al alcaide o empleado de las cárceles de detenidos o seguridad. El inciso anterior se refiere a los establecimientos destinados a condenados, y el presente a los destinados a procesados, esto es, a los detenidos preventivamente.

Para que se cometa el delito del inciso es preciso que su autor sea un funcionario encargado del establecimiento de seguridad; la víctima debe ser una persona a la cual se le detiene; y la materialidad reside en la detención sin la orden. La orden debe ser la que determina la Constitución en el artículo 18, o sea, escrita de autoridad competente.

Se exceptúa, por motivos que no necesitan explicarse, el caso de flagrante delito.

*
* *

342. Sujeción a reglamentos.—Los funcionarios encargados de hacer efectiva la limitación de la libertad individual están obligados a proceder dentro del cumplimiento de sus deberes y sujetándose a las leyes y reglamentos respectivos.

Si en el ejercicio de sus funciones realizaren alguno de los actos a que se refiere el inciso cometen un atentado que la ley reprime con toda justicia.

El principio se encuentra en todos los antecedentes legislativos nacionales.

*
* *

343. La detención ilegal y los funcionarios.—El presente inciso no se encontraba contenido ni en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el código de 1886, habiéndose colocado en el proyecto de 1891, de donde pasó al de 1906 y al código vigente.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, fundándolo, dijo:

" En el inciso 10 hemos establecido, como varios códigos ex-
" tranjeros, una pena contra el funcionario competente que omi-
" tiere, retardare o rehusare hacer cesar o comunicar a la autoridad

"respectiva cualquier detención ilegal de que tuviere noticia. Que-
"dará, así, mejor garantida la libertad individual."

El proyecto de 1891 traía otro inciso, el 9.°, que fué suprimido por el de 1906 en esta parte referente al juez que decretare prisión preventiva cuando al delito no correspondiese pena corporal, o que la prolongase después de agotada la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado.

En el actual código, ese caso se considera como prevaricato. (Artículo 270).

*
* *

344. El artículo 144 y sus concordancias.—

Artículo 144

Cuando en los casos del artículo anterior, concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 142, se aplicará la pena establecida en este último.

CONCORDANCIAS.—Las mismas de los dos artículos anteriores.—Proyecto de 1891, artículo 172.—Proyecto de 1906, 149.

*
* *

345. Agravantes especiales para particulares.—El artículo 142 señala determinadas agravantes especiales para los que cometen el delito de detención privada mediando ciertas circunstancias. Los delincuentes a que se refiere son los particulares y no los funcionarios públicos, de los que se ocupa el artículo 143.

Es lógico, por consiguiente, que los motivos que determinan un aumento de penalidad cuando el delito se comete por particulares, den lugar a idéntica consecuencia, cuando la infracción se ejecuta por funcionarios públicos.

*
* *

346. El artículo 145 y sus concordancias.—

Artículo 145

Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República, con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otro o de alistarla en un ejército extranjero.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 278.—Italiano, 146.—Húngaro, 324, inciso 2.o—Alemán, 234.—Proyecto de 1891, 172.—Proyecto de 1906, 150.

*
* *

347. Origen de la disposición.—El presente artículo no se encuentra en el código de 1886, ni en sus antecedentes. Fué colocado en el proyecto de 1891, diciendo al respecto la exposición de motivos que el precepto reproducía una disposición contenida en el artículo 278 del código de Holanda, destinada a reprimir al que condujere a una persona fuera de las fronteras de la República con el propósito de someterla ilegalmente al poder de otra.

El precepto se explica por sí mismo.

*
* *

348. El artículo 146 y sus concordancias.—

Artículo 146

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que substrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 148.—Francés, 354.—Holandés, 279.—Húngaro, 317.—Español, 498.—Chileno, 142.—Alemán, 235.—Belga, 368. —Uruguayo, 154.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, § 2, artículo 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 300.—Código de 1886, 158.—Proyecto de 1891, 173.—Proyecto de 1906, 151.

*

* *

349. El delito de substracción de menores en los antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor traía un capítulo destinado a legislar sobre el delito de substracción de menores. En el primer artículo se castigaba al que substrajere un menor de nueve años del poder de sus padres. Se castiga también, y en el segundo apartado del mismo artículo, con una pena menor al que verificase la substración si el menor estuviese en poder de un guardador o de cualquier persona encargada de la custodia.

La nota correspondiente dice que se castiga en el caso "el "hecho de substraer al menor de la potestad de los padres o "encargados de su custodia. El principal objeto de la ley, en "esta parte, es la protección de la familia y el mantenimiento "de la autoridad paterna."

La disposición se repite con pocas diferencias de redacción en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, y pasa al código de 1886, el que la consigna en un solo párrafo y fijando una pena mayor que la de los proyectos anteriores.

El proyecto de 1891, seguido por el de 1906, cambió el sistema, pues prescindió del capítulo especial y aumentó la edad de nueve años a la de diez, extendiendo la protección de la ley a éstos por creer razonable llevar hasta aquella edad la presunción de falta de consentimiento del niño substraído. Así lo dice la exposición de motivos.

*

* *

350. La cuestión en el código vigente.—El código vigente, en los últimos cuatro artículos del capítulo en estudio, se ocupa del delito de substracción de menores.

En el artículo 146 se castiga con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años al que substrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y al que lo retuviere u ocultare.

El artículo comprende, así, dos casos: a) Substracción de un menor; b) Retención del mismo. Tanto el que substrae como el que retiene cometen el delito. Examinemos, ahora, los dos casos con sus distintas características.

*

* *

351. Substracción de menores.—Para que concurra el delito de substracción de menores, se requiere: 1.º Que el hecho se produzca mediante substracción; 2.º Que la persona substraída no tenga diez años cumplidos; y 3.º Que la substracción se produzca con relación a las personas encargadas del cuidado del menor, lo que implica la falta de consentimiento por parte de éstas.

La faz material del delito reside en la substracción. Los medios para llevarla a cabo pueden ser diferentes, no influyendo, en cuanto no constituyan un delito más grave en el delito en sí, sino en cuanto pueda graduarse especialmente la penalidad, según cuales fueran los que se empleasen.

El menor debe tener menos de diez años cumplidos. Sobre este punto no existe uniformidad en las leyes. El código de 1886 y los proyectos anteriores fijaban la edad en nueve años, el código español en siete y el italiano en quince, y los proyectos de 1891 y 1906 en diez, como el código vigente.

Pero las diferencias de edades establecidas no influyen sobre el concepto. La ley considera que a las personas que tienen, por su desarrollo, las facultades necesarias para manejarse, se les debe rodear de precauciones especiales. La detención de un mayor o de un menor bajo el punto de vista de la legislación civil, pero en condiciones de manejarse y defenderse, no es tan grave como la de un niño incapaz hasta de consentir. De aquí que no sea necesario hacer diferencias entre el caso en que el menor haya consentido en la substracción y aquel en que la hubiere resistido, porque se presume siempre que carece de capacidad para consentir. Es claro que, para fijar la pena, deberán tenerse en

cuenta los detalles del hecho, los que servirán para formar criterio sobre la peligrosidad del agente.

El menor no puede ser considerado como la propiedad de sus mayores, ni de sus guardadores, pero no obstante este concepto jurídico, en el hecho los niños tienen que ser cuidados y custodiados como lo son las cosas, por cuanto carecen de elementos propios para la defensa individual. Por eso, la ley habla de substracción, y no de detención privada, como ocurre respecto a los mayores que pueden ser plagiados a los efectos del secuestro.

Como los menores se encuentran a cargo de otras personas, ya sean sus padres, sus tutores o guardadores, la ley ha debido referirse a éstas al suponer la substracción.

Si la persona que tiene al menor a su cargo, consiente en que tal menor sea llevado al poder de otro, no existiría delito, de manera que la infracción concurre cuando, expresa o tácitamente, el que tiene al menor a su cuidado no ha consentido en el cambio

Los que tienen menores a su cargo, ya sea por ser sus padres, sus tutores o simplemente guardadores, están vinculados a éstos por una serie de obligaciones determinadas en las leyes civiles. Cuando se trata de menores que no están a cargo de nadie, la substracción prevista en la ley no puede existir. El caso no será, indudablemente, común, porque casi todos los menores están a cargo de otras personas, pero podría producirse. La substracción, en caso de no tener un menor padres, tutores ni guardadores, no podría penarse si no hubiere concurrido otra infracción nada más que en el caso de tener los caracteres fijados para la existencia del delito de detención privada, esto es, cuando se impidiere el ejercicio de la libertad personal. Fuera de ahí no habría delito, y aun cuando personas y cosas no puedan compararse jurídicamente, el que se llevara a un menor abandonado o sin custodia a vivir a su casa, estaría en las condiciones del que tomase una *res nulius*.

*

* *

352. Retención de menores.—El artículo se refiere también a la retención del menor. Para la existencia del delito deben concurrir los mismos extremos que se han determinado para la substracción menos el hecho de ésta. La retención supone que el agente no ha substraído al menor, pero que habiendo llegado éste a su poder, lo retiene en vez de entregarlo a las personas que lo tenían a su cuidado, o de dejarlo para que vuelva a donde aquéllas estuvieren siempre que fuese posible.

*

* *

353. La finalidad del agente.—Nuestro código no habla de los fines que el autor del delito se hubiere propuesto al substraer o retener al menor. Debe entenderse, sin embargo, teniendo en cuenta lo que expresa el artículo 130, que si se tratare de una mujer y las miras fuesen deshonestas, se incurriría en el delito de rapto y no en el de substracción de menores.

El código italiano requiere, para que exista la substracción, que los fines tenidos en vista no sean de lujuria, matrimonio o lucro.

Entre nosotros no es necesario hacer esas determinaciones, porque otros preceptos de la ley se refieren con toda claridad a la substracción con otras finalidades. Así, fuera del caso de rapto, si la substracción se hubiere hecho para hacerse pagar la devolución el delito sería de extorsión. (Artículo 170).

Muchas veces la substracción se hace con el objeto de hacer perder al menor su estado civil o darle otro. En esos casos corresponderá aplicar estas disposiciones, que señalan penas mayores que las de los artículos 138 y 139.

*

* *

354. El artículo 147 y sus concordancias.—

Artículo 147

En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentara a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 499.—Francés, 345.—Código de 1886, 159.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 2.°, artículo 3.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 302.—Proyecto de 1891, 174.—Proyecto de 1906, 152.

*
* *

355. Antecedentes de la disposición.—La presente disposición tiene su origen, entre nosotros, en el proyecto del doctor Tejedor, en el cual se castigaba al que, hallándose encargado de la persona de un menor de nueve años, no lo presentare a sus padres o guardadores que lo solicitaren, o no diese razón satisfactoria sobre su desaparición.

La nota decía, citando a Pacheco, que, "el que estando encomendado de la persona de un menor, no lo presentare a sus padres que lo reclaman, ni diere explicación sobre su falta, que sea satisfactoria, despierta contra sí una presunción tan grave y tan desfavorable que la ley no ha podido menos de estimarla como prueba del delito. O es que le ha muerto, o es que le detiene y substrae. Nada hay, por consiguiente, de extraño en que se le califique de substractor. Si prueba que no lo es, entonces da explicaciones satisfactorias y falta, por consiguiente, la condición para el castigo."

Sobre las palabras de la ley relativas a la no presentación del menor, concluye la nota diciendo que la simple negativa no bastaría para constituir el delito.

"El artículo supone necesariamente que haya secuestro, o que la persona a quien se había confiado el niño haya dispuesto de él, de modo que no sea posible presentarle ni dar razón satisfactoria de lo que ha sido de él. Es preciso que la negativa u omisión de presentar sea hecha con la intención de dañar al estado del niño."

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, mantuvo la disposición, la que pasó al código de 1886 y a los proyectos de 1891 y 1906, en estos últimos con un aumento de penalidad consagrado por el código vigente, de que me ocuparé después.

*
* *

356. Requisitos para la existencia del delito.—Para que exista el delito es preciso: 1.° Que un menor que no tenga diez años cumplidos haya sido entregado al cuidado de una persona; 2.° Que el padre o guardador lo solicite; 3.° Que el tenedor no lo entregue ni dé noticias satisfactorias de su desaparición.

La presunción que surge ante estos hechos es gravísima, y no existe peligro alguno de injusticia con la incriminación, desde que el responsable se libera de toda consecuencia si entrega al menor o da explicaciones satisfactorias acerca de su paradero o, por lo menos, de las circunstancias de la desaparición que él, desde luego, debió denunciar en el momento oportuno.

El código de 1886, recordando con sus antecedentes, contenía una pena que no guardaba proporción con el delito, desde que se le castigaba con prisión de uno a tres años. El proyecto de 1891 propuso el aumento a penitenciaría de tres a diez años, y la exposición de motivos, fundamentando la modificación, dijo al respecto:

"La modificación más importante que proponemos consiste en agravar la pena, llevando su máximum a diez años de penitenciaría, pues el máximum de la penalidad vigente, tres años de prisión, es demasiado reducido en atención a la perversidad que revela el delito y a la importancia de los derechos y afecciones lesionados."

*
* *

357. El artículo 148 y sus concordancias.—

Artículo 148

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que indujere a un mayor de diez años y menor de quince, a fugar de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 500.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título sexto, capítulo 2.°, artículo 4.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 303.—Código de 1886, 160.—Proyecto de 1891, 175.—Proyecto de 1906, 153.

*
* *

358. **Antecedentes del precepto.**—El proyecto del doctor Tejedor castigaba con la pena de tres meses de arresto a quien indujere al mayor de nueve años y menor de quince a que fugue de casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona.

La nota correspondiente decía que, hasta la edad de nueve años, estima la ley que el menor puede ser substraído de la casa de sus padres o tutores. Después de esa edad no se admite la substracción, pero hasta los quince se reconoce y se pena el consejo de la fuga.

La disposición se repite en el proyecto Villegas, Ugarriza y García y en el código de 1886. En este último la pena es la de arresto de tres a nueve meses.

El proyecto de 1891 colocó márgenes más amplios en la penalidad, y castigó el delito con penitenciaría de un mes a un año. El de 1906 incriminó el delito con prisión de un mes a un año, y en esos términos se ha mantenido el código actual.

*
* *

359. **El criterio de la ley en vigor.**—Cuando el menor tiene menos de diez años de edad, como se supone la ausencia completa de facultades para consentir, la acción ejercitada sobre el mismo para inducirlo al abandono de la casa de los padres, tutores o guardadores, se califica, en caso de consumarse, de substracción.

Pero cuando el menor tiene más de diez años, se supone que, si bien no posee todas sus facultades, está en mejores condiciones para la defensa que antes de haber llegado a aquella edad. Si en la ley no hubiese ninguna disposición especial todos los mayores de diez años estarían, con relación a los atentados de que nos

estamos ocupando, en idénticas condiciones, lo que no se ha creído justo ni conveniente.

La ley ha creado, así, una edad intermedia, entendiendo que cuando se induce a un mayor de diez años a que abandone la casa de los padres o personas encargadas de su cuidado, la acción es tanto más grave cuanto más reducida sea la edad de la persona en cuestión. De aquí que, si tiene más de diez, pero menos de quince, la ley castigue al agente, al que induce, con una pena que no alcanza a la que se ha establecido para el autor de substracción, pero que se consigna a sus efectos. Hay así gradación y no salto violento entre dos situaciones, lo que ocurriría si el hecho antes de haber cumplido la víctima diez años, pudiese tener hasta diez años de reclusión, y el mismo hecho, después de alcanzada aquella edad por la víctima quedase impune.

Es indudable, sin embargo, que en esta y en otras partes de la ley, y en general en todos los casos en que se fijan edades para determinar situaciones, los efectos jurídicos son distintos si el acontecimiento se produce un día antes o un día después de llegarse al límite. Pero no obstante la exactitud de esa circunstancia, es indudable que la ley debe dar o márgenes extensos de apreciación o períodos distintos con relación a las edades, o las dos cosas, como lo hace nuestro código al legislar sobre los diferentes delitos.

Nuestra ley fija el mínimum de diez años y no el de nueve, como el código de 1886 y sus antecedentes, por haberse hecho la modificación de la edad en todo lo relativo a este asunto, de acuerdo con lo aconsejado por los autores del proyecto de 1891.

*
* *

360. **El artículo 149 y sus concordancias.**—

Artículo 149

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía, a un menor de quince años que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido.

La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 280.—Proyecto de 1891, 176.—Proyecto de 1906, 154.

*
* *

361. Origen y alcance del precepto.—El presente artículo ha sido tomado del proyecto de 1906 el que, a su vez, lo sacó del proyecto de 1891. Este último tomó la disposición del código de Holanda, cuyo artículo 280 es análogo al nuestro.

La exposición de motivos del mencionado proyecto de 1891 dice que el artículo reprime al que ocultare a las investigaciones de la autoridad a un menor que se hubiere substraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido, pero que se ha limitado el caso a los menores de quince años, por considerar que es innecesaria una protección especial para los individuos que pasan de esa edad.

El criterio aceptado en la ley actual concuerda con toda la economía de la misma.

También se consagra idéntica armonía cuando se eleva la penalidad para el caso de no tener el menor diez años cumplidos.

La Cámara de Diputados sancionó el artículo 149 en su último apartado en los siguientes términos:

"La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años cumplidos." La palabra *cumplidos* se suprimió por iniciativa de la segunda Comisión de Códigos del Senado. La modificación no ha cambiado el concepto.

FIN DEL TOMO IV

INDICE

INDICE

I

Lesiones

Pág.

1. Concepto de la lesión y elementos del delito 6
2. Clasificación de las lesiones 8
3. Lesiones, homicidio y tentativa 8
4. El delito en el proyecto del doctor Tejedor. 9
5. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 14
6. El código de 1886 14
7. Proyecto de 1891 15
8. La ley de reformas 16
9. Proyecto de 1906 17
10. Redacción de la comisión especial de diputados. 17
11. El artículo 89 y sus concordancias 18
12. Cuándo se incurre en el delito de lesiones y pena correspondiente 18
13. Elementos del delito de lesiones 20
14. El artículo 90 y sus concordancias 20
15. Casos especiales de agravación consignados en el precepto. . . 21
16. Debilitación permanente de la salud 21
17. Debilitación de un sentido, de un órgano o de un miembro. . . 23
18. Dificultad permanente de la palabra 27
19. Peligro de vida del ofendido 29
20. Inutilización para el trabajo por más de un mes. 34
21. Deformación permanente del rostro 36
22. Opinión de Pujia y Serratrice sobre la cuestión en el código italiano 38
23. El artículo 91 y sus concordancias 40
24. Casos que comprende el precepto 41
25. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable 41
26. Inutilidad permanente para el trabajo. 44

Pág.

27. Pérdida de un sentido 44
28. Pérdida de un órgano o del uso de un órgano. 45
29. Pérdida de un miembro o del uso de un miembro. 46
30. Pérdida de la palabra 47
31. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. 48
32. Las penas 48
33. El artículo 92 y sus concordancias 49
34. Contenido y alcance de la disposición 49
35. El artículo 93 y sus concordancias 51
36. Fundamentos de la disposición 51
37. El artículo 94 y sus concordancias 51
38. Lesiones por culpa o imprudencia 52
39. Tentativa de lesiones 52

II

Homicidio o lesiones en riña

40. El problema cuando los agentes son varios y el autor no se individualiza 53
41. El artículo 95 y sus concordancias 55
42. Antecedentes del artículo en el proyecto del doctor Tejedor. . . 55
43. Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. 57
44. El código de 1886 y la ley de reformas. 57
45. Los proyectos de 1891 y 1906 58
46. Antecedentes inmediatos y alcance del artículo. 59
47. El artículo 96 y sus concordancias 61
48. Alcance del precepto 61
49. La riña y la provocación 61

III

Duelo

50. Noción y antecedentes históricos 63
51. Los hechos y la definición 67
52. Argumentos en pro y en contra del castigo del duelo. 69

Pág.

53. Diferentes criterios legales 70
54. El duelo en el proyecto del doctor Tejedor. 72
55. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 74
56. Código de 1886 74
57. El proyecto de 1891 76
58. El proyecto de 1906 81
59. Los fundamentos de la comisión especial de diputados. . . . 82
60. La discusión en la Cámara de Diputados. 83
61. Respuesta al doctor De Tomaso 88
62. Otras opiniones legislativas sobre el duelo 90
63. La cuestión en el Senado 97
64. El artículo 97 y sus concordancias 101
65. El duelo regular y sus castigos 101
66. Ideas sobre la represión del duelo 103
67. El artículo 98 y sus concordancias 104
68. Penalidad del duelo irregular 104
69. El artículo 99 y sus concordancias 104
70. Antecedentes y alcance del artículo 105
71. El artículo 100 y sus concordancias 106
72. Fundamentos de la disposición 106
73. El artículo 101 y sus concordancias 107
74. Las condiciones del lance 107
75. El artículo 102 y sus concordancias 108
76. Castigo de los padrinos 108
77. El artículo 103 y sus concordancias 109
78. Castigo del duelo concertado a muerte 110
79. Remedios para impedir los duelos 110
80. El sistema de la legislación uruguaya 111

IV

Abuso de armas

81. El delito de disparo de arma de fuego 115
82. Antecedentes nacionales 116
83. El artículo 104 y sus concordancias 116
84. La pena del delito 117
85. Fundamentos de la represión 118

Pág.

86. El artículo 105 y sus concordancias 118
87. Antecedentes de la disposición 119
88. Alcance de los artículos sobre abuso de armas 120

V

Abandono de personas

89. Cuándo se comete el delito de abandono de personas 123
90. El derecho lesionado 124
91. Antecedentes nacionales 125
92. La clase de delito 126
93. El artículo 106 y sus concordancias 127
94. Abandono de menor y de incapaz 127
95. Antecedentes de la disposición 123
96. Requisitos para la existencia del delito 129
97. El artículo 107 y sus concordancias 130
98. Origen de la disposición 130
99. Fundamentos de la penalidades especiales 130
100. El artículo 108 y sus concordancias 131
101. Antecedentes de la disposición 132
102. La omisión de prestar asistencia 132

VI

Delitos contra el honor

103. Generalidades 136
104. Proyecto del doctor Tejedor 138
105. El delito de calumnia, según el doctor Tejedor 140
106. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 142
107. El código de 1886 142
108. El proyecto de 1891 143
109. Modificaciones de la ley número 4189 144
110. Proyecto de 1906 145
111. La redacción de la comisión especial de la Cámara de Diputados 149
112. El proyecto en el Senado 151

Pág.

114. El delito de calumnia y sus requisitos 151
115. Carácter que debe tener la imputación 153
116. Precisión de las imputaciones 154
117. Formas para la comisión del delito 154
118. Imputación de delito juzgado 155
119. La intención de dañar 156
120. La publicidad como condición del delito 157
121. Acciones y omisiones 160
122. La noción del delito en los proyectos de 1891 y 1906 161
123. Sujetos de la imputación 163
124. El artículo 110 y sus concordancias 165
125. Antecedentes de la disposición 165
126. Factores que caracterizan la injuria 166
127. El elemento intencional 168
128. Medios de comisión del delito de injuria 169
129. La mayor extensión de los medios en el delito de injuria . . . 170
130. La penalidad y la reforma hecha en el Senado 171
131. El artículo 111 y sus concordancias 171
132. La prueba de la imputación en los casos de injuria 172
133. Los fundamentos del proyecto de 1891 sobre la prueba de la imputación 173
134. El proyecto de 1906 176
135. El artículo 112 y sus concordancias 177
136. Calumnias o injurias equívocas o encubiertas 177
137. La penalidad para las calumnias o injurias equívocas o encubiertas 179
138. Las explicaciones satisfactorias y el juicio para su admisión . . 181
139. El artículo 113 y sus concordancias 182
140. Antecedentes de la disposición 182
141. Excepción al principio en los delitos cometidos por la prensa . 184
142. El artículo 114 y sus concordancias 184
143. Fundamentos de la disposición 185
144. Antecedentes acerca del alcance del artículo 186
145. Fundamentos de la limitación del precepto a la Capital y Territorios Nacionales 187
146. La solución dada por la Suprema Corte Federal 191
147. Motivos de la reforma en el Código 192
148. El artículo 115 y sus concordancias 193
149. Antecedentes de la disposición 193
150. Requisitos para la existencia del delito 194
151. Fundamento de la represión 195
152. El artículo 115 se refiere sólo a las injurias 195

Pág.

153. El artículo 116 y sus concordancias 196
154. Antecedentes y alcance de la disposición 196
155. El artículo 117 y sus concordancias 197
156. Antecedentes nacionales sobre retractación 198
157. La retractación en las leyes procesales 199
158. La posibilidad de la retractación y la oportunidad de formularla. 201
159. Calumnias e injurias retractables 203
160. La tentativa en los delitos contra el honor 204

VII

Delitos contra la honestidad

Adulterio

161. Generalidades sobre los delitos contra la honestidad 207
162. Concepto jurídico del adulterio 209
163. El adulterio en el proyecto Tejedor 210
164. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 215
165. El delito en el código de 1886 215
166. La evolución en la materia 216
167. Los fundamentos de la supresión del delito en el proyecto de 1891 216
168. La ley número 4189 y la discusión parlamentaria 220
169. El proyecto de 1906 221
170. Redacción de la comisión de diputados 221
171. La doctrina sobre la incriminación 222
172. Incongruencias en la represión del adulterio 224
173. Modificación del criterio 224
174. El artículo 118 y sus concordancias 225
175. Alcance del precepto 225
176. El adulterio en la mujer 226
177. Efectos civiles del adulterio 228
178. El adulterio del marido 229
179. El carácter de la acción 229
180. La improcedencia de la acción de adulterio cuando el divorcio se ha producido por otra causal 231
181. Los matrimonios nulos y las alegaciones de nulidad 232

VIII

Violación y estupro

182. La noción a través de los antecedentes. Proyecto Tejedor . . . 233
183. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 235

Pág.

184. Código de 1886 236
185. Proyecto de 1891 236
186. Proyecto de 1906 237
187. Cuándo se comete el delito de violación 237
188. El artículo 119 y sus concordancias 238
189. Requisitos legales para la existencia del delito 238
190. La edad de la víctima 239
191. La ausencia de voluntad 240
192. Violencia física y moral 241
193. Honestidad de la víctima 242
194. La violencia en el matrimonio 244
195. Fundamentos del proyecto de 1891 244
196. El artículo 120 y sus concordancias 246
197. El delito de estupro 246
198. Antecedentes del proyecto del doctor Tejedor 247
199. Legislación posterior 248
200. Proyecto de 1891 248
201. Proyecto de 1906 249
202. Cuándo concurre la honestidad 250
203. Medios para la consumación del delito 252
204. El artículo 121 y sus concordancias 252
205. Antecedentes y alcance de la disposición 253
206. El artículo 122 y sus concordancias 253
207. Agravantes especiales en el delito de violación 254
208. Antecedentes nacionales 254
209. Proyecto de 1891 256
210. Proyecto de 1906 257
211. Fundamentos de la agravación 257
212. El artículo 123 y sus concordancias 258
213. Agravantes especiales en el delito de estupro 258
214. El artículo 124 y sus concordancias 259
215. Alcance de la disposición 259
216. La acción de esos delitos 260

IX

Corrupción y ultrajes al pudor

217. Corrupción de personas 261
218. Antecedentes que proporciona el proyecto Tejedor 262
219. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 264
220. Código de 1886 264

Pág.

221. Proyecto de 1891 265
222. Las innovaciones del proyecto de 1906 267
223. La ley número 4189 268
224. El proyecto Palacios 268
225. El segundo proyecto 270
226. La ley Palacios 271
227. La discusión parlamentaria 273
228. El proyecto de Código Penal presentado en 1916 y sus fundamentos 274
229. Estado de la cuestión cuando se redactó el proyecto definitivo . . 277
230. Ideas de la comisión especial de diputados 278
231. El artículo 125 y sus concordancias 280
232. Lenocinio o proxenetismo 280
233. Propósitos del agente 283
234. Deseos propios y ajenos 283
235. Conceptos de seducción y corrupción 284
236. La penalidad 286
237. Casos especiales de agravación 286
238. El Código Penal y los reglamentos sobre prostitución 288
239. El artículo 126 y sus concordancias 289
240. Corrupción o prostitución de mayores de edad 289
241. La campaña social contra los rufianes 290
242. El artículo 126 y la modificación del Senado 291

X

Ultrajes al pudor

243. Casos comprendidos en la ley 293
244. El artículo 127 y sus concordancias 294
245. Antecedentes de la disposición 294
246. Los abusos deshonestos en la ley 295
247. Las agravantes especiales 297
248. Tentativa y delito consumado 297
249. El artículo 128 y sus concordancias 298
250. Antecedentes y alcance de la disposición 298
251. El artículo 129 y sus concordancias 299
252. Antecedentes y alcance de la disposición 299

XI

Rapto

253. Noción del delito de rapto 301
254. Antecedentes del proyecto Tejedor 302

Pág.

255. El código de 1886 302
256. Proyecto de 1891 303
257. La ley número 4189 304
258. Proyecto de 1906 305
259. El artículo 130 y sus concordancias 305
260. Rapto en general 305
261. Rapto de mujer casada 307
262. El artículo 131 y sus concordancias 307
263. Fundamentos del proyecto de 1891 308
264. Concurrencia de otros delitos 309

XII

Disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad

265. Epígrafe del capítulo en el Código 311
266. El artículo 132 y sus concordancias 312
267. Antecedentes y fundamentos de la disposición 312
268. Reparación del daño 313
269. El artículo 133 y sus concordancias 313
270. Antecedentes y fundamentos de la disposición 314
271. La acción en estos delitos 315

XIII

Delitos contra el estado civil

Matrimonios ilegales

272. Concepto de estado y hechos que atacan al mismo 318
273. El artículo 134 y sus concordancias 319
274. La regla general del Código y su alcance 319
275. Antecedentes del proyecto Tejedor 320
276. El proyecto Villegas, Ugarriza y García 321
277. Disposiciones del código de 1886 321
278. El proyecto de 1891 322
279. La ley número 4189 322
280. El proyecto de 1906 y el código vigente 322
281. Requisitos para la existencia del delito 323
282. Impedimento derivado de la edad 324
283. La bigamia 324
284. Las cuestiones prejudiciales 326
285. Cómo debe resolverse la cuestión 330

Pág.

286. Impedimento por causa de crimen 332
287. La locura 333
288. El artículo 135 y sus concordancias 333
289. Matrimonio nulo 334
290. Simulación de matrimonio 335
291. Características del delito de matrimonio simulado 336
292. El artículo 136 y sus concordancias 337
293. El delito del oficial público que conoce el impedimento 337
294. La ley penal y la civil 339
295. El caso del oficial público que ignora la existencia del impedimento. 340
296. La omisión de formalidades en la celebración del matrimonio . . 340
297. El artículo 137 y sus concordancias 341
298. Origen y fundamento de la disposición 342
299. La prescripción en el delito de bigamia 342

XIV

Supresión y suposición del estado civil

300. El contenido del Código 345
301. El artículo 138 y sus concordancias 346
302. El código de 1886 y sus antecedentes 346
303. Los proyectos de 1891 y 1906 347
304. El agregado puesto al artículo 349
305. La usurpación de estado civil 349
306. El delito como medio y como fin 350
307. El artículo 139 y sus concordancias 350
308. Casos que comprende la disposición 351
309. Antecedentes del proyecto Tejedor 351
310. Proyecto Villegas, Ugarriza y García 353
311. Proyectos posteriores 354
312. Alteración del estado civil de un menor de diez años 354

XV

Delitos contra la libertad

313. Los derechos individuales 360
314. Delitos contra la libertad 361
315. El artículo 140 y sus concordancias 362
316. La esclavitud, la Constitución y el Código 362
317. Elementos del delito 363

Pág.

318. El artículo 141 y sus concordancias 365
319. Antecedentes de la disposición 365
320. Proyectos de 1891 y 1906 367
321. Elementos del delito 367
322. Ilegitimidad de la privación 368
323. El propósito del agente 369
324. Los principios de la Constitución 369
325. El artículo 142 y sus concordancias 370
326. Los casos especiales 371
327. Medios y propósitos 371
328. Agravante derivada del parentesco 372
329. El daño grave 373
330. Usurpación de funciones 373
331. La duración de la detención 373
332. El artículo 143 y sus concordancias 374
333. Delitos de funcionarios 375
334. Garantía del artículo 18 de la Constitución. Casos previstos . 376
335. Derechos y obligaciones de los funcionarios 377
336. Detención del que debió libertarse 378
337. Funcionarios y detenidos 379
338. Incomunicación indebida 380
339. Cárceles, funcionarios y detenidos 380
340. Encargados de prisiones 381
341. Recepción de reos en los establecimientos de seguridad 382
342. Sujeción a reglamentos 383
343. La detención ilegal y los funcionarios 383
344. El artículo 144 y sus concordancias 384
345. Agravantes especiales para particulares 384
346. El artículo 145 y sus concordancias 385
347. Origen de la disposición 385
348. El artículo 146 y sus concordancias 385
349. El delito de substracción de menores en los antecedentes nacionales 386
350. La cuestión en el código vigente 386
351. Substracción de menores 387
352. Retención de menores 388
353. La finalidad del agente 389
354. El artículo 147 y sus concordancias 389
355. Antecedentes de la disposición 390
356. Requisitos para la existencia del delito 391
357. El artículo 148 y sus concordancias 391
358. Antecedentes del precepto 392
359. El criterio de la ley en vigor 392
360. El artículo 149 y sus concordancias 393
361. Origen y alcance del precepto 394