

272
345.001
MOR
v.5

RODOLFO MORENO (hijo)

El Código Penal y sus antecedentes

TOMO V

BIBLIOTECA DE LA PROCURACION GENERAL	1537
Nº DE ORDER	846
UBICACION	E-84

H. A. TOMMASI, EDITOR
BUENOS AIRES
1923

(101)

**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 Luis
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

Violación de domicilio

1. LA CONSTITUCIÓN Y EL DOMICILIO PRIVADO.—2. ANTECEDENTES QUE PROPORCIONA EL PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—3. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA Y CÓDIGO DE 1886.—4. PROYECTO DE 1891.—5. PROYECTO DE 1906.—6. EL ARTÍCULO 150 Y SUS CONCORDANCIAS.—7. LA REDACCIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.—8. EL DOMICILIO ANTE LA LEY PENAL.—9. LAS CASAS DE NEGOCIO.—10. LA PENA Y LA ACCIÓN.—11. EL ARTÍCULO 151 Y SUS CONCORDANCIAS.—12. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL DELITO.—13. EL ARTÍCULO 152 Y SUS CONCORDANCIAS.—14. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.—15. LOS MEDIOS EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO.

*

* *

1. La Constitución y el domicilio privado.—La Constitución, en el artículo 18, y entre otros enunciados fundamentales, dice que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y agrega que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Siendo el domicilio inviolable, es natural que hayan debido dictarse disposiciones de dos clases: unas, estableciendo los casos en que puede autorizarse el allanamiento, y otras, determinando las penas en que incurren los que lo violan contrariando el principio de la Constitución.

Sobre el primer asunto no existe una ley federal, habiéndose dejado la materia librada a los códigos de procedimientos.

Una iniciativa en ese sentido existe en la Cámara de Diputados, que no fué oportunamente considerada. Me refiero al proyecto que presentó en la sesión del 27 de junio de 1917 el diputado doctor Carlos F. Melo, el que también lleva mi firma. El doctor Melo lo fundó en breves consideraciones, haciendo notar que el asunto era de una gran claridad, y que el Congreso estaba en falta al no haber dictado una ley impuesta por la Constitución (1).

La libertad individual no existiría sin la seguridad del domicilio garantizado contra todo ataque de otro. Las personas viven en lugares determinados, tienen en ellos sus familias y sus bienes, allí trabajan y descansan, y allí es donde son, en realidad, más libres, puesto que se encuentran rodeados de lo propio y en condiciones de hacer lo que encuentren oportuno con las naturales limitaciones.

Sin domicilio inviolable no existiría la libertad personal. Todo hombre sería un sometido a la acción de la autoridad o de los demás individuos.

No hay, sin embargo, derechos absolutos, y el domicilio puede ser violado por orden de ciertos magistrados, de acuerdo con las leyes o en casos excepcionales impuestos por la necesidad.

Examinaré ante todo, y antes de pasar al estudio del Código, los antecedentes de nuestra legislación.

2. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se castiga con arresto de tres meses y multa de diez a cien pesos fuertes, al que entre en casa ajena contra la voluntad de su dueño. Si el allanamiento se verifica con violencia ó intimidación la pena será de un año de prisión y multa de cien a quinientos pesos.

En la nota dice el autor del proyecto que el domicilio es el reino de cada cual, y la legislación que lo deje sin garantía es una legislación bárbara o de un pueblo envilecido y degradado.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1917. Tomo II, página 820.

Se refiere, en seguida, a la legislación romana, y observa que los preceptos tutelares se han reproducido en todos los países.

“La ley inglesa — agrega, — según Blakstone, tiene la más alta idea de la seguridad de un particular en su casa, la cual considera como su fortaleza y nunca sufre que sea violada impunemente. Así, es una regla del procedimiento de este país, que un condestable no puede forzar la entrada del domicilio, aun para ejercitar una orden de arresto, a menos que se trate de un crimen. Sin embargo, la ley penal inglesa no castiga la violación de domicilio, sino en casos determinados y muy restringidos. El delito no existe, en efecto, sino cuando la violación se verifica con efracción durante la noche y con intención de cometer un crimen. Las leyes americanas han recogido la misma acriminación, pero la han sometido a una distinción. Cuando la violación del domicilio se hace durante el día, la pena es prisión de tres a cinco años. Si tiene lugar por la noche la pena se eleva a siete, y aun a diez años. Pero los demás elementos del delito se han mantenido. Es necesario, pues, que el allanamiento se opere con violencia y efracción, y que tenga por objeto la perpetración de un crimen. Así, en estas diversas legislaciones, no es el acto del funcionario, no es el abuso del poder lo que la ley castiga, sino el acto de todo agente revestido o no de funciones; es la violencia, la efracción, el acto preparatorio.”

La nota estudia, en seguida, disposiciones de diferentes leyes, y dice después, respecto a la voluntad del morador, que si no se hubiese declarado expresamente, se juzgará en cada caso, según las circunstancias particulares.

“Cuando una puerta está abierta es natural presumir en nuestras costumbres que puede entrarse por ella mientras no haya real y efectiva prohibición. Cuando está cerrada, es natural el presumir que por ella no puede entrarse, como no se conceda permiso. El hábito común de todos es llamar o pedir licencia para pasar adelante.”

Después de citarse a Pacheco, se expresa con Adolphe Chauveau, que la ley no ha querido castigar la sola omisión de las formas, la violación del derecho.

“La adhesión del ciudadano perjudicado por la visita, cubre sus vicios, borra su criminalidad. Lo que la ley quiere cas-

“ tigar principalmente es la medida vejatoria, el acto arbitrario, el abuso de poder.”

La regla general tiene una excepción; no siendo aplicables los castigos del artículo al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí propio, o a los moradores o a un tercero. Tampoco se pena al que lo hace por cumplir con un deber de humanidad, o para prestar un auxilio a la justicia.

La nota dice que tal cosa ocurriría—según Vicente y Caravantes—si se introdujere uno en la morada ajena huyendo de un asesino o para apagar el fuego que incendiaba el edificio.

“ Es un derecho mayor—dice Pacheco—que compensa y extingue a otro derecho, es un motivo de público o de particular, pero de muy poderoso interés, al que no tiene acción para oponerse el interés especial del habitante o, por mejor decir, su voluntad sola.”

Tampoco tiene aplicación la regla general, para los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuviesen abiertas.

La nota respectiva, expresa:

“ El habitante de una casa pública—dice Pacheco—no tiene derecho para repeler a quien quiera entrar en su casa, proponiéndose algún objeto de los que en ella legítimamente se buscan, y no faltando a las reglas de policía y de buena sociedad. No está autorizado el dueño de un café para escoger los que han de ser sus concurrentes, despidiendo a los que no le agradan. No lo está el dueño de una tienda para escoger de la misma suerte a sus compradores. La consecuencia de ser una casa pública es que puedan entrar en ella todos los que se dirijan a buscar el fin para el cual está destinada. Si no se dirigen para aquél, si faltan a las reglas y condiciones regulares, el dueño puede ponerlos en la puerta, lanzándoles del lugar que revuelven y alborotan.”

3. Proyecto Villegas, Ugarriza y García y código de 1886.—Las disposiciones del proyecto del doctor Tejedor se repiten en sus términos generales en el proyecto de los doctores Villegas,

Ugarriza y García y se incorporan al código de 1886. En este último, sin embargo, se introduce una modificación, considerándose como autor del delito al que entra subrepticamente en casa ajena y se oculta en ella.

La ley número 4189 no introduce en esta materia ninguna modificación.

4. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 era más completo y comprensivo. En el artículo 180 se establece que el que entrare en morada o casa de negocio ajena, o en sus dependencias, o en lugar cerrado, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo, o permaneciere allí después de recibir de éste la intimación de salir, será reprimido, si no resultare otro delito más severamente penado, con penitenciaría de un mes a un año.

El artículo 181 impone la misma pena e inhabilitación especial por doble tiempo al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley, o fuera de los casos que ella determine.

Por fin, se establece en el artículo 182 que las disposiciones de los anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciere por cumplir con un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

Sobre este asunto general, la exposición de motivos, decía:

“ El capítulo II del título que explicamos, comprende todas las disposiciones tendientes a asegurar la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio, incluso las que el código actual ha colocado entre los abusos de autoridad. A la expresión *morada ajena*, empleada por el código vigente, hemos substituído los términos más explicativos de *morada o casa de negocio ajena o a sus dependencias o lugar cerrado*, para evitar las dudas que la práctica judicial ha suscitado sobre el alcance del concepto del domicilio en el derecho penal. El código holandés, dice: “habitación, recinto o lugar cerrado de uso aje-

“no.” El húngaro, dice: “habitación de una persona, lugar de sus negocios, pertenencias o dependencias.”

“Con el mismo objeto de aclarar dudas suscitadas en la inteligencia del texto, hemos reemplazado los términos: *contra la voluntad del morador*, por estos otros: *contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo*.— El código italiano, dice: “contra la voluntad de quien tenga derecho de excluirlo, o clandestinamente o con engaño.” El húngaro, dice: “subrepticamente o contra la voluntad de quien la habite o de quien disponga de ella.”

“Empleado el adjetivo *presunta*, hemos creído innecesario conservar el inciso 2.º del artículo 165, relativo al que entra subrepticamente en casa ajena ocultándose en ella, como así mismo el artículo 167, que exceptúa de la protección legal a las casas públicas mientras estuviesen abiertas, porque en el primer caso, el hecho, cuando la amistad no lo autoriza, se comete contra la voluntad presunta del morador, y en el segundo con su consentimiento presunto, a menos que existiera alguna prohibición expresa del dueño respecto del que pretende entrar.

“Finalmente, como los códigos citados, hemos previsto el caso en que la violación del domicilio se comete permaneciendo en él contra la expresa voluntad del dueño.”

* *

5. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 introdujo modificaciones de redacción sobre el de 1891, manteniendo los conceptos.

La exposición de motivos, dijo al respecto:

“El capítulo segundo de este título se ocupa de la violación de domicilio, y en él nos pronunciamos expresamente sobre la cuestión que discute la doctrina, respecto de lo que debe considerarse el domicilio y acerca de la manera de expresar su voluntad el morador. Con relación a la primera, consideramos que el delito existe cuando se entra en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro. Y con respecto a la segunda, entendemos que la entrada, para que haya delito, debe ser contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirla .

“Reputamos igualmente que comete el mismo delito el que, encontrándose en domicilio ajeno, no se retira después de recibir la intimación de salir. Esto constituye un complemento forzoso de la inviolabilidad del domicilio.

“El artículo 159 prevé otro caso de violación del domicilio: el del funcionario público que lo allana sin observar las formalidades que para el efecto exige la ley.”

Veamos, ahora, las disposiciones del Código.

*

* *

6. El artículo 150 y sus concordancias.—

Artículo 150

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 157.—Húngaro, 332.—Español, 504.—Uruguayo, 162.—Belga, 439.—Chileno, 144.—Holandés, 138.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda libro primero, título sexto, § 4.º, artículo 1.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 237.—Código de 1886, 165.—Proyecto de 1891, 180.—Proyecto de 1906, 158.

*

* *

7. La redacción de la comisión especial de diputados.—El proyecto de 1906, aceptando el mismo concepto contenido en el de 1891, agregaba al final del artículo, tal como se encuentra redactado en el Código, las siguientes palabras: *o el que encontrándose allí, no se retirare después de recibir de éste la intimación de salir*. A esos últimos términos se refiere la exposición de motivos antes transcrita, la que, después de mencionar el agregado,

dice que eso constituye un complemento forzoso de la inviolabilidad del domicilio.

La supresión se hizo por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, no dándose fundamentos en la exposición de motivos. Dicha eliminación se verificó por entenderse que eran redundantes las expresiones, y que bastaba con la redacción que se dejaba para que el delito quedase bien caracterizado.

8. El domicilio ante la ley penal.—El Código, tal como se encuentra redactado, no permite discusiones acerca de la cuestión de establecer en qué consiste el domicilio y si se comprenden o no las distintas clases de éste, desde que se refiere a: 1.º Morada; 2.º Casa de negocio ajena; 3.º Dependencias; y 4.º Recinto habitado por otro. Pero exige siempre la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho para excluir a los efectos de que concurra el delito de violación del domicilio.

La morada es la casa que una persona habita. El Código ampara, no solamente la morada en el concepto de casa que tenga una persona para vivienda suya, o suya y de su familia, sino al recinto en que se habite, aun cuando no sea éste una casa entera, sino parte de la misma. En consecuencia, al decirse *recinto habitado* se protege al que alquila una pieza, por ejemplo, para vivir en ella, y se entiende que la misma es el domicilio del individuo que la tiene.

Se presume que el habitante entiende que la morada es sólo para él, y que nadie tiene, sin su permiso, el derecho de entrar, pero esa presunción varía cuando el interesado ha hecho manifestaciones en contrario. Tal sucedería cuando el dueño de casa hubiese anunciado la exposición o venta de sus muebles y hubiere invitado a todos los que desearan verlos para visitar su domicilio. Se presumiría, entonces, que todo el que entrase allí cometería un acto lícito.

El Código, entonces, para calificar el hecho y establecer si constituye o no delito, se refiere a la voluntad expresa o presunta de quien tiene derecho para excluir, y sólo entiende que concurre

el delito cuando el que entrare en la morada ajena o en el recinto que otro habita lo haya hecho en contra de esa voluntad.

Pero la ley no se refiere solamente a la habitación, sino a la casa de negocio.

9. Las casas de negocio.—El antiguo código, de acuerdo con el proyecto del doctor Tejedor, amparaba la morada y decía que el delito no existía con respecto a los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuviesen abiertas.

¿Se ha cambiado el concepto y se castiga hoy el acceso a una casa de negocio? Evidentemente, no; lo que se ha hecho es redactar la disposición de una manera más acertada y colocar todo dentro de un precepto.

La entrada a una casa de negocio o a sus dependencias se considera que importa el delito cuando se contraría la voluntad expresa o presunta del que tiene derecho de excluir, según reza el concepto genérico que rige toda la disposición.

Cuando se trata de la vivienda, se presume que el habitante entiende que sólo él y las personas que él admita tienen acceso a la misma, desde que la morada es para él, para los suyos y para sus intimidades.

En cambio, cuando se trata de un negocio, la presunción contraria es la que domina, mientras el negocio se encuentra abierto al público y en la parte destinada a éste. Pero después que aquél se cierra, después que dentro del mismo queda sólo el dueño, sus encargados, su familia, la casa debe estar sujeta al mismo amparo que la habitación, no existiendo motivos para marcar otras diferencias.

El que se introduce en esas condiciones comete, sin duda, el delito previsto y penado por la ley.

10. La pena y la acción.—La pena del artículo es la de prisión de seis meses a dos años, siempre que no resultare otro de-

lito más severamente penado. La disposición tiene en cuenta que, la violación de domicilio, suele ser delito completo e independiente en algunos casos, pero en otros simplemente un medio para realizar el delito más importante propuesto.

Tal sucede cuando para cometer el atentado contra la propiedad o contra la honestidad, por ejemplo, el agente se introduce a la morada ajena, donde consume o intenta consumir sus propósitos.

La acción en este delito es pública, apartándose en esto nuestro código de algunas leyes extranjeras, dentro de cuyos respectivos regímenes la acción en los casos de violación de domicilio es de carácter privada.

11. El artículo 151 y sus concordancias.—

Artículo 151

Se impondrá la misma pena e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 158.—Francés, 184.—Holandés, 370.—Húngaro, 199.—Español, 251, inciso 1.º—Chileno, 155.—Uruguayo, 163.—Alemán, 342.—Belga, 148.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro segundo, título segundo, § 2.º, artículo 1.º, inciso 7.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 135, inciso 3.º—Código de 1886, 243, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 181.—Proyecto de 1906, 159.

12. Los funcionarios públicos y el delito.—Generalmente se considera que la violación de domicilio se agrava cuando el delito es cometido por un funcionario en ejercicio de su autoridad o cargo, y cuando se realiza de noche.

Nuestro código no se refiere al segundo extremo, porque la pena que se ha colocado para el delito es lo suficientemente amplia como para permitir al juez tener en consideración todas las circunstancias particulares de agravación, según los casos producidos y sus características.

Cuando el delito se comete por una persona que desempeña funciones públicas, pero que no se vale de su autoridad para consumarlo, corresponde la aplicación del artículo anterior, porque la ley no hace diferencias entre personas por el hecho de que ejerciten o no determinados cargos públicos.

El caso del artículo es otro. Se trata del funcionario público o agente de la autoridad que allane un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley, o fuera de los casos que ella determina.

La inviolabilidad del domicilio se encuentra establecida en la Constitución, pero como no hay derechos absolutos, ni siquiera el que se tiene a la vida o a la libertad personal, que pueden ser, respectivamente, quitada o restringida por disposición de la ley, ésta puede, mediando ciertas circunstancias, autorizar el allanamiento del domicilio. La materia no ha sido objeto de ley nacional, sino de leyes locales, ocupándose del asunto los códigos de procedimientos cuando se refieren a la instrucción y a las facultades de los jueces, durante la substanciación de la causa y a los efectos de averiguar los hechos e identificar a los autores.

En el Código de Procedimientos en lo Criminal, para la Capital Federal y Territorios Nacionales, se consignan las disposiciones relacionadas con esta materia en los artículos 399 a 410. Allí se prescriben las reglas que han de seguirse en el caso de allanamiento de un domicilio. Supongamos, por ejemplo, que el juez, de acuerdo con lo establecido en el artículo 404, dice categóricamente en su auto que el domicilio será allanado durante las horas del día y que, no obstante eso, el funcionario encargado procede a efectuar la diligencia durante la noche; supongamos que un funcionario de policía, no concurriendo las causales de urgencia que excusan su intervención inmediata, allana un domicilio sin la orden del juez; en esos casos, lo mismo que en otros que podrían presentarse, los funcionarios aludidos serían reos del delito de violación de domicilio.

Estas infracciones, en el código anterior a la reforma y en

los proyectos que sirvieron de antecedentes, se encontraban legisladas en el capítulo referente a los abusos de autoridad por parte de los empleados o funcionarios públicos.

13. El artículo 152 y sus concordancias.—

Artículo 152

Las disposiciones de los artículos anteriores no se aplicarán al que entrare en los sitios expresados, para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hiciera para cumplir un deber de humanidad o prestar auxilio a la justicia.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 505.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título sexto, § 4.º, artículo 2.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 258.—Código de 1886, 166.—Proyecto de 1891, 182.—Proyecto de 1906, 160.

14. Las excepciones al principio.—Hemos visto ya los fundamentos dados por el doctor Tejedor al artículo de su proyecto análogo al presente. En la comisión del delito se presume siempre un propósito antijurídico. El que procede en ejercicio de su derecho, o para evitar un daño, no comete delito a no ser que haya incurrido en imprudencia.

El Código castiga el ataque del funcionario a la libertad individual cuando no se han llenado los recaudos que son garantías para todos, pero se coloca en el caso en que la necesidad y la urgencia impongan una acción inmediata.

En el Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital y Territorios Nacionales nos encontramos con disposiciones que se relacionan con esta materia.

Así, cuando los funcionarios de policía, encargados de la prevención del sumario, no estuvieren facultados para entrar, en ejercicio de sus funciones, a un establecimiento público, deberán

solicitar previamente permiso de la autoridad o empleado a cuyo cargo estuviere el establecimiento. (Artículo 187).

Cuando fuere necesario penetrar en el domicilio de algún particular, el funcionario de policía deberá recabar del juez competente la orden de allanamiento respectiva. (Artículo 188).

Se exceptúan de esa regla los casos siguientes: 1.º Cuando se denuncie por uno o más testigos haber visto personas que han asaltado una casa, introduciéndose en ella, con indicios manifiestos de ir a cometer algún delito; 2.º Cuando se introduzca en la casa un reo de delito grave a quien se persigue para su aprehensión; 3.º Cuando se oigan voces dentro de la casa que anuncien estarse cometiendo algún delito o cuando se pida socorro. (Artículo 189).

La redacción del artículo 152 de nuestro código es lo bastante clara para no dar lugar a dificultades.

15. Los medios en la ejecución del delito.—El Código no habla de las formas que puedan emplearse para cometer el delito, ni habla de agravaciones especiales para el caso en que se emplee fuerza o amenazas. No se refiere tampoco al engaño, ni a la clandestinidad. Aun cuando entiendo que la ley prescinde de indicar maneras de operar, porque ese es un asunto del delincuente y no del Código, el que sólo debe señalarlas cuando ellas sirvan para calificar especialmente el hecho a los efectos de la penalidad, considero oportuno referirme a las características principales estudiadas por los juristas. Hago notar, también, que al prescindirse de indicar maneras de ejecución, la ley incrimina todas aquellas que sirvan para cometer el delito, puesto que se castiga el atentado sin distinciones.

Crivellari (1) examina ampliamente esas cuestiones, refiriéndose al artículo 15 del código italiano.

Dice al respecto que se pueden presentar dos hipótesis: 1.º Que el agente se introduce o se mantiene en la habitación de otro o en sus dependencias contra la voluntad de quien tiene el derecho

(1) Tomo 5, página 608.

de excluirlo; 2.º El agente se introduce o mantiene, clandestinamente o con engaños.

Para que concurran los elementos señalados en la primera hipótesis, es necesario: a) Que el sujeto activo se introduzca o mantenga arbitrariamente en la morada o sus dependencias; b) Que ese hecho se cometa arbitrariamente; y c) Que se realice contra la voluntad de quien tenga el derecho de excluir.

Nosotros, como hemos dicho antes, no necesitamos discutir las cuestiones referentes al alcance del concepto *morada*, porque el Código lo ha precisado bien.

La entrada en el domicilio ajeno contra la voluntad del dueño, ¿implica la violencia por parte del agente? Entiendo que se deben verificar distinciones al respecto. Así, si un sujeto penetra al domicilio de otro en momentos en que no hay nadie en la casa y lo hace válido de esa circunstancia y usando las entradas de la misma sin necesidad de forzarlas, no puede decirse que se haya empleado la violencia. Las amenazas tampoco habrían concurrido, desde que éstas tienen que hacerse efectivas sobre alguna persona.

En cambio, si el agente penetra al domicilio ocupado en ese momento, y el que tiene derecho de excluir lo despidе, el hecho de la permanencia implica la violencia, desde que el habitante no puede hacer respetar su derecho ante la situación material que se le plantea.

De dos maneras puede ejercitarse la violencia: entrando el agente arbitrariamente al domicilio y permaneciendo en él después de haber recibido la orden de salir.

En nuestra ley no hay disposiciones especiales relativas a la violencia en este delito, pero los magistrados, al aplicar a cada caso las disposiciones del Código, deberán tener en cuenta todas las circunstancias.

La segunda hipótesis comprende al que se introduce en la morada de otro, clandestinamente o con engaño. Los caracteres del delito son en ese supuesto: 1.º La introducción o la demora arbitraria en el domicilio de otro; y 2.º La clandestinidad, o el engaño. Al decirse *arbitrariamente* se entiende que la voluntad del que tiene derecho de excluir resulta contrariada.

Clandestinamente quiere decir de manera furtiva y tratando de eludir la vigilancia de los demás. *Engaño* es cualesquiera malicia insidiosa que tiene por objeto inducir a otro en error.

II

Violación de secretos

16. LA MATERIA Y LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.—17. EL ARTÍCULO 153 Y SUS CONCORDANCIAS.—18. EL PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—19. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—20. EL CÓDIGO DE 1886 Y LOS PROYECTOS POSTERIORES.—21. CASOS QUE COMPRENDE EL ARTÍCULO.—22. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA INVOLABILIDAD.—23. LA ACCIÓN.—24. EL ARTÍCULO 154 Y SUS CONCORDANCIAS.—25. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN.—26. LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS DE CORREOS Y TELÉGRAFOS.—27. EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LA ACCIÓN PRIVADA.—28. EL ARTÍCULO 155 Y SUS CONCORDANCIAS.—29. ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN.—30. ELEMENTOS DEL DELITO.—31. EL ARTÍCULO 156 Y SUS CONCORDANCIAS.—32. ANTECEDENTES DEL PROYECTO TEJEDOR.—33. LA LEGISLACIÓN POSTERIOR.—34. EL SECRETO PROFESIONAL.—35. EL ARTÍCULO 157 Y SUS CONCORDANCIAS.—36. ORIGEN Y ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN.

*

* *

16. La materia y las garantías individuales.—Hay secreto cuando se esconde, reserva u oculta un acto cualquiera. Cuando se trata de acciones personales el secreto pertenece al solo autor, y la divulgación depende del mismo. En algunos casos el secreto se mantiene entre varios y entonces la revelación por parte de uno o más significa la violación del pacto o de la confidencia.

La ley no se refiere ni puede referirse a los secretos en general y a la violación de los mismos, porque hacerlo equivaldría a penetrar dentro del fuero interno, atacando, precisamente, lo que

se quiere amparar, o sea la integridad personal, siempre que los individuos se mantengan dentro de las prescripciones del orden jurídico.

Pero la sociedad ha creado una serie de organismos, a los cuales los componentes del núcleo deben confiarse, y los ha rodeado de garantías. Esos organismos se encargan de recibir, transportar, distribuir papeles, documentos y expresiones escritas, cerradas bajo la garantía del Estado. Cuando los mismos se violan se ha inferido un ataque al individuo y se ha creado la desconfianza alrededor de una institución social. La ley, en consecuencia, debe, en amparo del derecho, castigar el atentado.

Las personas usan de la escritura para comunicarse, y los papeles que tengan y escriban son inviolables por disposición expresa del artículo 18 de la Constitución, la que dice también que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Las ideas, además, pertenecen a quien las crea, y por eso las leyes amparan la propiedad literaria, artística e industrial. Entretanto, y antes de verificarse los respectivos registros, una persona puede ser perjudicada o intentarse hacerlo por medio del apoderamiento de un secreto, del cual esperaba sacar provecho en el momento oportuno.

El Código, por consiguiente, persiguiendo el amparo de los derechos individuales, debe castigar los hechos por medio de los cuales se usen elementos secretos de otro, perjudicándolo, o se violen al divulgar los hechos o apoderarse de papeles, garantías establecidas por las leyes.

Nuestra ley se ocupa, en el capítulo referente a la violación de secretos, de incriminar: 1.º A los que violaren la correspondencia; 2.º A los que la publicaren en determinadas condiciones; 3.º A los que divulguen secretos cuya divulgación puede causar daño; y 4.º A los que divulguen procedimientos o actuaciones que deban permanecer secretas de acuerdo con la ley.

El Código se refiere, así, a correspondencia, a papeles privados y a otros secretos.

Examinaré la ley, y al verificar su estudio me referiré a los antecedentes nacionales.

Pero el Código, no sólo castiga, como lo veremos, la violación de secretos, sino el apoderamiento de papeles, aunque no contengan secretos, o aun cuando conteniéndolos no fueren publicados.

*

* *

17. El artículo 153 y sus concordancias.—

Artículo 153

Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado; o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida.

Se le aplicará prisión de un mes a un año, si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 159 y 160.—Húngaro, 327.—Chileno, 146.—Uruguayo, 164.—Holandés, 201.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título sexto, § 6.º, artículo 1.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 260.—Código de 1886, 173.—Proyecto de 1891, 183.—Proyecto de 1906, 161.—Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital y Territorios Nacionales, artículos 356, 359, 360, 361, 362, 406, 407 y 409.—Código de Comercio, 1422, inciso 1.º; 1438, incisos 2, 3 y 4.—Ley N.º 750 1/2.—Ley N.º 816.—Ley N.º 4408.

*

* *

18. El proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor castigaba con arresto de dos meses y multa de diez a cien pesos fuertes, al que se apodere de papeles o cartas de otro, o revele los secretos que contengan. Si se impusiere de los secretos, aunque no los revele, sufrirá un mes de arresto.

La nota expresa:

“ No se trata, aquí—dice Pacheco,—de empleados que, faltando a su obligación, descubran o divulguen secretos de particulares. Trátase sólo de personas privadas que lo intentasen y lo cometiesen, apoderándose para ello de papeles o cartas

“ajenas. Es, por consiguiente, compuesto y doble el delito de que se trata en el primer párrafo de este artículo, consistiendo: 1.º En apoderarse del secreto, haciéndolo de los papeles en que se contiene; 2.º En divulgarle, dándole publicidad. ¿Qué diremos si no se cometieren ambas acciones, si el que se apodera del secreto no lo publica, o si el que lo publica no se ha apoderado de él? Al primer caso responde el segundo párrafo de la ley. También hay pena, pero es menor. Al otro no podemos decir sino que el Código no lo castiga. Quien publica lo que ha sabido legítimamente podrá ser indelicado, pero no es criminal; lo penará la opinión, mas no lo pena la ley, como no cometa injuria, calumnia u otro delito.”

Agrega en seguida, siguiendo siempre a Pacheco, que el artículo puede dar ocasión a la cuestión siguiente:

“Cuando uno se haya apoderado de papeles de otro, ¿deberá, por lo común, el dueño, acreditar que aquél lo hizo con ánimo de conocer sus secretos, o será, por el contrario, él quien deba justificar que los tomó con otro propósito, si quiere eximirse de toda pena? En una palabra: ¿cuál es la presunción en semejante caso? A nuestro juicio la presunción *juris* no puede ser otra que la de haberse usurpado los papeles con esa idea, siendo, por consiguiente, contraria al que los ocupa. Nos fundamos en que tales papeles no sirven para otra cosa que para averiguar su contenido. Quien los usurpa, pues, busca, sin duda, el conocimiento de lo que encierran, y si él supone otro propósito, él será, de ordinario, quien lo deba acreditar.”

La nota termina con referencias a la legislación comparada.

19. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto Villegas, Ugarriza y García contiene dos artículos referentes a esta materia. En el primero, concordante con el que estamos examinando, castiga: 1.º Al que se apodere de papeles o cartas de otro y divulgue o se aproveche de los secretos que contengan; y 2.º Al que se apodere de papeles o cartas de otro si se hubiese impuesto de los secretos, aunque no los divulgue ni los revele.

No se aplica la disposición a los cónyuges, padres, guardado-

res o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus cónyuges, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales les es lícito instruirse de correspondencia ajena.

20. El código de 1886 y los proyectos posteriores.—El código de 1886, en el artículo 173, castiga al que se apodere de papeles o cartas de otro: 1.º Con arresto de tres meses a un año, si revelase los secretos que contengan o se aprovechase de ellos; 2.º Con arresto de uno a tres meses, si no revelase o no se aprovechase de los secretos, o si los papeles o cartas substraídos no los contuviesen.

El proyecto de 1891, en el artículo 183, redactado en forma análoga al precepto correspondiente del código en vigor, decía:

“El que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado, o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido, o se apodere indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no estén cerrados, o suprimiere una correspondencia que no le esté dirigida, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos.

“Si el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, la multa será de quinientos a dos mil pesos.”

La exposición de motivos se limita a decir que se ha aproximado, en la redacción de las disposiciones sobre esta materia, a la que contienen los códigos húngaro e italiano.

En cuanto al proyecto de 1906, el artículo 161 es igual al 153 de nuestro código, pues en el curso de la discusión a que diera lugar la reforma penal no se le introdujo modificación alguna al precepto de aquel proyecto que se tomó como base.

El código de 1886 legislaba esta materia en dos partes con referencia a particulares entre los delitos contra las garantías individuales, y con respecto a funcionarios entre los delitos cometidos por empleados en ejercicio de sus cargos.

Los proyectos de 1891 y 1906, a los cuales ha seguido el código vigente, comprendieron toda la materia en un solo capítulo, procediendo con mejor método y mayor lógica.

La exposición de motivos del proyecto de 1906 dice que se ha garantizado de una manera mucho más efectiva la inviolabilidad de la correspondencia, porque se penan todos los actos de apoderamiento de toda clase de documentos privados; ya sean cartas, telegramas, etc., y la supresión o desviación de su destino, lo mismo que la publicación de su contenido.

21. Casos que comprende el artículo.—El artículo comprende una serie de casos posibles.

Castiga: 1.º Al que abriere indebidamente: a) Una carta; b) Un pliego cerrado; c) Un despacho telegráfico; d) Un despacho telefónico; y e) Un despacho de otra naturaleza, siempre que ninguno de esos documentos le estuviere dirigido; 2.º Al que se apoderase indebidamente de: a) Una carta; b) Un pliego; c) Un despacho; y d) Un papel privado, aunque no esté cerrado; 3.º Al que: a) Suprimiere; y b) Desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida.

La ley pena el hecho, aun cuando no exista, como consecuencia del mismo, ni revelación ni violación de secretos.

Cuando el culpable comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito o despacho, corresponderá la pena de prisión de un mes a un año. En los demás casos el castigo es menor, fijándolo el Código en prisión de quince días a seis meses.

La ley incrimina:

La revelación de secretos, la que se produce cuando el agente se apodera de aquéllos y los publica o difunde; la violación, que tiene lugar cuando el individuo se incauta del papel, aunque reserve el contenido; la supresión de correspondencia, lo que ocurre cuando se destruye sin divulgarla, y aun sin informarse de su texto, y la desviación de la misma, o sea el hecho de hacer que no llegue al destino fijado en la misma.

El Código consagra, así, la inviolabilidad de los papeles privados de la manera más amplia.

Con prescindencia de la revelación del secreto, la ley castiga: 1.º Al que abre el documento que no le esté dirigido; 2.º Al que se apodera del documento de otro; 3.º Al que suprime correspondencia de otro; y 4.º Al que la desviare de su destino.

El que abre el documento, aun cuando no se imponga del contenido, y el que lo abre, para imponerse o no, y vuelve a cerrarlo dejándolo como antes estaba, comete el delito, puesto que éste se caracteriza en el primer caso, por el hecho material de abrirlo.

En los demás casos, los propios términos empleados en el Código relevan de toda explicación.

22. Excepciones al principio de la inviolabilidad.—El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia no es absoluto. Tanto en la vida civil, como en el comercio y con relación a los procesos criminales, existen casos en los cuales se autoriza la interceptación y la apertura de la correspondencia privada, como asimismo el apoderamiento de los papeles individuales. El Estado respeta a las personas dentro del orden jurídico, pero cuando éstas se salen del mismo, o cuando los hechos ocurridos así lo hacen suponer, la autoridad social usa de todos los medios y ataca los derechos mejor garantizados.

Así, los jueces de Instrucción en la Capital y Territorios Nacionales, de conformidad a lo establecido en el Código de Procedimientos en lo Criminal, podrían incautarse de los papeles del acusado e interceptar su correspondencia epistolar y telegráfica. (Artículos 406, 407, 409, 356, 359, 360, 361 y 362).

Los jueces de Comercio, cuando declaren la quiebra de un comerciante, deberán disponer la retención de la correspondencia epistolar y telegráfica del fallido. (Artículo 1422, inciso 1.º). Los papeles del comerciante declarado en quiebra también se deberán secuestrar. (Artículo 1438, incisos 2, 3 y 4).

En cuanto a las garantías mencionadas antes, con respecto a los papeles privados, se encuentran también consignadas en las leyes número 750 1/2 sobre telégrafos; 816 sobre correos y 4408 sobre radiotelegrafía; esta última porque repite en cuanto es posible los preceptos de las anteriores.

23. **La acción.**—La acción en estos delitos, salvo que se trate de los casos previstos en el artículo 154, es privada. Así lo establece el inciso 3.º del artículo 73, colocado en el título sobre ejercicio de las acciones. El motivo por el cual la acción es privada se debe a los intereses que afecta y al mismo carácter que tienen los papeles personales. Estos forman parte de las intimidades individuales, y la mejor prueba de respeto que puede contener la ley al ocuparse de los ataques que puedan producirse contra aquéllas, está en deferir al damnificado el juicio de la conveniencia o inconveniencia de la querrela. De otro modo, hasta con el pretexto de la acción podría perseguirse la exhibición de papeles pertenecientes a una persona.

24. El artículo 154 y sus concordancias.—

Artículo 154

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 374.—Italiano, 162.—Húngaro, 200 y 201.—Chileno, 156.—Uruguayo, 166.—Alemán, 354 y 355.—Belga, 149.—Español, 219 y 220.—Código de 1886, 262 y 263.—Ley número 49, 52.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro segundo, título segundo, § 8.º; artículos 1, 2, y 3.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 155, 156 y 157.—Proyecto de 1891, 184.—Proyecto de 1906, 162.—Ley número 750 1/2, 54.

25. **Antecedentes de la disposición.**—El proyecto del doctor Tejedor tenía sobre esta materia dos capítulos: el primero se refería al delito de descubrimiento y revelación de secretos cometido por particulares, el que se consideraba como un ataque a las garantías individuales. El otro era el de revelación de secretos hecha por un empleado, y se legislaba entre los delitos peculiares a funcionarios públicos.

Esta última clase es la que concuerda con el presente artículo del Código.

Según ese proyecto, el empleado que en asuntos del servicio público revele secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo, será castigado con suspensión del empleo. Y si de la revelación resultare grave daño la pena será la de pérdida del empleo y prisión. También se castiga al empleado público que intercepta, subtrae, inspecciona, oculta o publica cartas o documentos particulares, abusando para ello de su cargo.

Caracterizando el delito, la nota dice, de acuerdo con Pacheco, que si un escribano sabe lo que resulta de un sumario y lo descubre, un empleado de policía recibe órdenes secretas y las declara, incurrir en delito de los comprendidos en el artículo.

El mismo sistema fué seguido por el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García y por el código de 1886.

Este último castigaba al empleado que en asuntos de servicio público revele secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo:

1.º Si de la revelación resultare grave daño a la causa pública, con prisión de uno a tres años, destitución e inhabilitación por doble tiempo;

2.º Con la misma pena, si la revelación se hiciese por dinero, no concurriendo la circunstancia a que se refiere el inciso anterior.

3.º No concurriendo ninguna de las dos circunstancias expresadas en los dos incisos anteriores, la pena será destitución del empleo.

El empleado público que, abusando de su cargo, intercepte, substraiga, inspeccione, oculte o publique cartas o documentos

particulares, sufrirá las penas señaladas en el artículo anterior en los respectivos casos.

Si el abuso recae en documentos públicos, mediando dinero o grave daño, se aplicará el máximo de las penas.

La ley número 49, en el artículo 52 castigaba con pérdida de empleo, trabajos forzados y multa, al empleado de la administración de correos o capitanía del puerto que detenga, oculte, destruya o abra una carta dirigida a la administración para ser entregada o conducida.

El proyecto de 1891 legisló la materia, como lo hace el Código, en un solo capítulo, y lo mismo el de 1906, cuyo artículo 162 es igual al 154 del código en vigor.

En la exposición de motivos de este último proyecto se dice que se han establecido penas más severas que las anteriores para el empleado de correos o telégrafos que viole en cualquier forma la correspondencia.

26. Los deberes de los empleados de correos y telégrafos.— El delito a que se refiere el artículo, requiere: 1.º Que sea cometido por un empleado de correos o telégrafos; 2.º Que ese empleado abuse de su cargo; 3.º Que se apodere de una carta, pliego, telegrama o de otra pieza de correspondencia; y 4.º Que: a) Se imponga de su contenido; b) La entregue a otro; c) La comunique a quien no sea su destinatario; d) La suprima; e) La oculte; f) Cambie su texto.

La ley, como puede verse, comprende todos los casos y les aplica la misma pena, pero como ésta tiene grandes márgenes, de uno a cuatro años, los jueces se encuentran en condiciones de apreciar el conjunto de las circunstancias.

En el artículo anterior se distinguía entre el que violaba un secreto y lo publicaba o no, siendo el castigo más grave en el último caso. En el presente esa diferenciación no concurre, y la penalidad general corresponde a todos.

Lo que se ha querido amparar principalmente por este artículo no es el secreto de la correspondencia, sino la correspondencia misma. El correo, que es el medio más usado para el inter

cambio de cartas y papeles, es una institución del Estado, el cual, dentro de nuestro sistema institucional, no puede ser establecido por particulares. El Congreso es la autoridad que arregla y establece los correos generales de la Nación, según disposición expresa del inciso 13 del artículo 67 de aquella ley fundamental. La renta de correos es un recurso con que cuenta la Nación según el artículo 4.º de la misma Constitución.

El telégrafo no es una institución cuyo monopolio corresponda al Estado, desde que se pueden dar, se han dado y se dan autorizaciones a particulares para establecer líneas, pero también el Estado tiene las suyas, y tanto para éstas como para las empresas privadas que prestan servicios públicos deben concurrir las garantías de la ley.

El que entrega al correo un papel, un documento, una carta cualquiera, como quien manda un despacho telegráfico, lo hacen amparados por los preceptos legales que aseguran el transporte, la transmisión, la entrega y la reserva, puesto que sólo a él pertenece el respectivo contenido.

De aquí que toda maniobra hecha por un empleado por medio de la cual se ataquen las garantías enunciadas, caiga en la forma prescripta dentro de las disposiciones del Código Penal.

El Código se refiere al empleado de correos o telégrafos. Los empleados de correos son siempre funcionarios nacionales, porque el correo se encuentra monopolizado por la Nación. Pero los empleados de telégrafos pueden no ser funcionarios públicos, desde que hay gobiernos de provincias, empresas de ferrocarriles y otros que tienen telégrafos y explotan ese medio de comunicarse como una industria. ¿Se aplicarán a esos empleados las disposiciones del Código Penal?

Desde luego, motivos de lógica deberían determinar la respuesta afirmativa, porque no sería sensato que las garantías de las leyes tuviesen valor y vigencia cuando interviniesen empleados públicos y no existiesen cuando tomaren parte empleados particulares. Pero, fuera de eso, el Código Penal no hace distinciones y se dirige a todos los empleados. Además, no se habla de empleados de correos y telégrafos, que podrían ser sólo los nacionales en caso de usarse la conjunción *y*, puesto que los de correo son federales, sino que se emplea la conjunción *o* refiriéndose a todos los de correo y a los demás de telégrafos.

27. **Excepción a la regla de la acción privada.**—La acción en el delito de violación de secretos es privada, como se ha recordado de acuerdo con lo establecido en el inciso 3.º del artículo 73 del código vigente. Pero la regla sufre una excepción para los casos del artículo 154, la que se funda en el carácter de las infracciones a que se refiere este último precepto.

Es preciso tener en consideración que la disposición incrimina la violación de garantías fundamentales que el Estado debe a los particulares, y que el delito debe ser cometido por un empleado en ejercicio de sus funciones. El carácter particular de la acción no podría, así, justificarse.

28. El artículo 155 y sus concordancias.—

Artículo 155

El que, hallándose en posesión de una correspondencia no destinada a la publicidad, la hiciere publicar indebidamente, aunque haya sido dirigida a él, será reprimido con multa de doscientos a mil pesos, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 161.—Proyecto de 1891, 185.—Proyecto de 1906, 163.

29. **Origen de la disposición.**—En los antecedentes nacionales no se encuentra un artículo igual al presente. El proyecto de 1891 fué el que lo introdujo en nuestra legislación, trayendo en el artículo 185 una disposición por la cual se reprimía con multa de doscientos a mil pesos al que, hallándose en posesión de una co-

respondencia no destinada a la publicidad, aunque haya sido dirigida a él, la hiciere publicar.

La exposición de motivos dice que ese precepto es nuevo, existiendo una verdadera revelación de secretos ajenos en el hecho de publicar una correspondencia no destinada a la publicidad. Agrega que así lo ha comprendido el código italiano, que trae el artículo 161.

El proyecto de 1906 ha sido repetido por el actual código, no habiéndose hecho ni propuesto modificaciones en el curso de la reforma.

30. **Elementos del delito.**—Los elementos esenciales del delito previsto en el artículo son, según Crivellari (1), los siguientes: 1.º Que la correspondencia epistolar o telegráfica no sea destinada a la publicidad; 2.º Que aquel que la posea la haga pública indebidamente; 3.º Que el hecho de la publicación pueda ocasionar perjuicio.

Es preciso, en primer término, que el documento no esté destinado ni se haya escrito para la publicidad. Su carácter tiene que ser confidencial.

En la publicación debe existir un abuso, vale decir, tiene que haberse hecho indebidamente.

El perjuicio a que se refiere la ley no es sólo el pecuniario, comprendiendo también el moral.

31. El artículo 156 y sus concordancias.—

Artículo 156

Será reprimido con multa de doscientos a mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que

(1) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo V, página 678.

teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelar sin justa causa.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 272.—Italiano, 163.—Francés, 373.—Húngaro, 328.—Chileno, 247.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título quinto, § 6.º, artículos 2.º y 3.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 261.—Código de 1886, 174, 175, 262, 264 y 265.—Proyecto de 1891, 186.—Proyecto de 1906, 156, primer apartado.

*
*
*

32. Antecedentes del proyecto Tejedor.—La disposición, que ofrece carácter general, tiene antecedentes en las leyes y proyectos anteriores.

El doctor Tejedor incriminaba al que descubre el secreto de alguna invención o procedimiento industrial que se le confie en calidad de amigo, discípulo, dependiente o socio.

El mismo proyecto castiga también al administrador, dependiente o criado que divulgue los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste.

La revelación, en el primer caso—dice la nota,—puede calificarse de robo, puesto que el secreto industrial podía constituir la fortuna de un fabricante, y por el abuso del dependiente pasa a otros, que pueden también aprovecharlo.

Agrega, respecto al segundo caso:

“ Hemos dicho que el que conoce un secreto legítimamente no incurre en pena legal cuando lo publica. Esto, sin embargo, tiene sus excepciones, que son la contenida en el artículo anterior y en el actual. Los abusos de confianza que en éstos se penan, son, por decirlo así, calificados, y en ellos han intervenido relaciones de que la ley no podía prescindir. Aquí se trata de los administradores, dependientes o criados. Si éstos saben los secretos de alguna persona, consiste en esa intimidad necesaria que entre ellos y sus superiores ha existido. Caso muy importante en la sociedad, no voluntaria, por decirlo así, sino fundamental y forzoso, y que las leyes deben estrechar, en vez de disolverlo, con sus sanciones y sus penas. Las consecuencias de semejante doméstica intimidad deben ser un sagrado para

“ la ley como para la razón; y el que las huella y destruya, como indica el artículo, bien merece la pena en él fijada. (Pacheco, tomo 3, página 297).

“ QUE DIVULGUEN.—Esta divulgación supone necesariamente el concurso de la voluntad y que se haga por la persona misma a quien se confió el secreto. Si la divulgación fuese el resultado de una casualidad, de una circunstancia fortuita, la reparación del perjuicio causado no podría ser perseguido por la vía criminal, porque la negligencia y la imprudencia misma no pueden reemplazar la voluntad, elemento esencial en todo delito, *injuria ex affectu facientis*—decía la ley romana.”

*
*
*

33. La legislación posterior.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García castigaba al administrador, dependiente o criado que divulgue los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste.

En cuanto al código de 1886 traía varias disposiciones concordantes. En la parte referente a descubrimiento y revelación de secretos en general, castiga: 1.º Al que descubra el secreto de alguna invención o procedimiento industrial que se le confie en calidad de amigo, discípulo, dependiente o socio; y 2.º Al administrador, dependiente o criado que divulgue los secretos de su patrón, de los cuales hubiese tenido conocimiento estando al servicio de éste.

En la sección donde trata de los delitos peculiares a empleados públicos, y legislando sobre la misma clase de delito, castiga: 1.º Al empleado que en asuntos de servicio público revele secreto de que tenga conocimiento por razón de su cargo; 2.º Al empleado público que revele secretos de un particular de que tenga conocimiento por razón de su oficio; y 3.º A los que ejerciendo profesión que requiera título, revelasen secretos que por razón de ella se le hubiesen confiado.

El artículo 186 del proyecto de 1891 era análogo al 156 vigente, el que es igual a la primera parte del artículo 164 del proyecto de 1906.

34. El secreto profesional.—El Código incrimina aquí la violación del secreto profesional, puesto que se refiere a la divulgación de aquello que se conoce a causa del estado, oficio, empleo, profesión o arte.

Los elementos requeridos para la concurrencia del delito, son: 1.º Que el agente tenga una calidad determinada; 2.º Que por motivos derivados de esa calidad tenga conocimiento de un secreto; 3.º Que lo revele sin tener justa causa para hacerlo; y 4.º Que esa revelación pueda causar daño.

PRIMER ELEMENTO.—Nuestro código ha prescindido de indicar profesiones o situaciones especiales, como lo hacían los proyectos anteriores y el código de 1886, siguiendo a las antiguas leyes italianas. Ha preferido seguir al código vigente en este último país, donde se inspiraron los proyectos de 1891 y 1906 en esta parte, y referirse al que por su estado, oficio, empleo, profesión o arte tiene la noticia. Los términos son, así, más comprensivos, y en el caso que se presentare, todo lo que correspondería hacer con referencia al primer requisito, sería comprobar si el agente se encuentra o no dentro de alguna de las situaciones indicadas en la disposición. Esta se refiere, desde luego, a empleados y a particulares.

El estado comprende a todos los que tuviesen determinadas situaciones o funciones.

El oficio a cualesquiera clase de trabajo.

El empleo a toda función pública o privada, administrativa o de cualesquiera otra clase.

La profesión a todos los que ejercitan una, y principalmente a médicos, farmacéuticos, abogados, escribanos, parteras, etc.

La palabra *arte* también es comprensiva de diferentes funciones, como serían las de los calígrafos, por ejemplo.

SEGUNDO ELEMENTO.—El agente debe haber tenido noticia del secreto por razón de su oficio, estado, etc. Se entiende que la víctima ha debido confiarse, y que se ha traicionado esa confianza, que había la obligación de guardar. Tal ocurriría cuando el copista, el taquígrafo, el dactilógrafo, violasen el secreto confiado.

Cuando una persona, sin necesidad, hace confidencias sobre

determinadas cuestiones, y sus manifestaciones de confianza son divulgadas, el perjudicado no puede entablar una acción criminal, porque él sólo ha tenido la culpa en primer término de lo que le pasa. La ley no se interesa por amparar bajo la faz represiva la ingenuidad de los unos o la indiscreción de los otros.

La disposición rige cuando se entiende que la víctima ha debido confiarse, o cuando los secretos se han conocido por razón del empleo que otro tiene a su lado.

Los profesionales, sobre todo, reciben continuamente confidencias y están obligados a guardarlas cuando se las hacen requiriendo su consejo y dirigiéndose a su competencia en la materia motivo de la consulta.

TERCER ELEMENTO.—El Código habla de la revelación sin justa causa, lo que significa que si se hiciera mediando aquélla, el delito no existiría. Este requisito es el que se refiere especialmente al secreto profesional. Así, un abogado o médico reciben, con motivo del ejercicio de su profesión, una confidencia cualquiera de la que resulta la existencia de un delito; ¿deben comunicarlo a la autoridad? ¿corresponde que guarden silencio?; y si revelaran el hecho y el proceso se incoar, ¿se habría incurrido en el delito de violación de secretos?

Dos cuestiones se suscitan con este motivo: la primera se refiere al deber del profesional que toma conocimiento de la existencia del delito con motivo de una consulta o de una confidencia derivada del ejercicio de su profesión; y la segunda a las consecuencias jurídicas que podrían producirse para él a causa del silencio o de la divulgación.

El Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital y Territorios Nacionales contiene varias disposiciones que se refieren al deber de las personas en relación con el delito.

El artículo 164, dice:

“ Toda autoridad o todo empleado público que en ejercicio de sus funciones adquiriera el conocimiento de un delito que dé nacimiento a la acción pública, estará obligado a denunciarlo a los funcionarios o empleados superiores de policía en la Capital y Territorios Federales.

“ En caso de no hacerlo, incurrirán en las responsabilidades establecidas en el Código Penal.”

Y el 165, agrega:

“ Los médicos, cirujanos y demás personas que profesan cual-

“quier ramo del arte de curar, harán conocer dentro de veinticuatro horas, o inmediatamente en caso de grave peligro, los envenenamientos y otros graves atentados personales, cualesquiera que sean, en los cuales hayan prestado los socorros de su profesión, al juez competente, al ministerio fiscal o a los funcionarios de policía bajo las represiones establecidas en la legislación penal.

“En esta declaración se indicará dónde se encuentra la víctima, y en cuanto fuera posible, los nombres y demás circunstancias que puedan importar para la averiguación de los delincuentes.”

Además, el artículo 166, dice:

“Cuando sean varias las personas que hayan concurrido a la curación o asistencia de la persona lesionada, todas ellas están obligadas a prestar la declaración prescripta en el artículo anterior.”

Pero las reglas de los dos últimos artículos, esto es, las que no se refieren a los funcionarios públicos, carecen de aplicación cuando se trate de personas que conozcan los hechos a causa del secreto profesional.

El precepto dice textualmente:

“Se exceptúa de lo dispuesto en los dos artículos anteriores el caso en que las personas mencionadas hubieran tenido conocimiento del delito por revelaciones que les fueren hechas bajo el secreto profesional.”

Quiere decir, entonces, que dentro de nuestra ley de forma se consagra la siguiente doctrina:

1.º Las autoridades y los empleados públicos que en ejercicio de sus funciones adquirieran el conocimiento de un delito que dé lugar a la acción pública están obligados a denunciarlo, e incurrirán, en caso de no hacerlo, en las responsabilidades determinadas por el Código Penal. Esta regla no tiene excepciones. Las penas a que se refiere la disposición son las fijadas en el código de fondo para el delito de encubrimiento.

2.º Los profesionales en el arte de curar deberán denunciar los delitos que conozcan por haber prestado su asistencia, salvo el caso de secreto profesional.

3.º Toda persona que haya concurrido a la curación o asistencia de una persona lesionada deberá, si se ha cometido un de-

lito, denunciarlo, salvo el caso en que lo conociera en virtud de revelaciones hechas bajo el secreto profesional.

Concretando aún más, el Código de Procedimientos mencionado dice en el artículo 275 que no podrán ser admitidos como testigos: 1.º Los eclesiásticos, sobre los hechos que les hayan sido revelados en la confesión; 2.º Los militares o funcionarios públicos, cuando no pudieran deponer sin violar el secreto que hayan conocido por razón de su estado o cargo, a menos que fueren desligados de su obligación por sus superiores; 3.º Los defensores del inculpado, respecto de lo que les haya sido confiado en esta calidad; 4.º Los abogados y procuradores, cuando se trate de hechos o circunstancias de que hayan tenido conocimiento por las revelaciones hechas por sus clientes en el ejercicio de su respectivo ministerio; y 5.º Los médicos, farmacéuticos, parteras y toda otra persona, sobre los hechos que por razón de su profesión les hayan sido revelados.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta que los profesionales no están obligados a denunciar la existencia de los delitos que conocieren con motivo de sus funciones, y que el secreto profesional los libera de hacer revelaciones.

Veamos, ahora, el otro supuesto planteado, o sea aquel en que el profesional, a pesar de no tener la obligación de denunciar el delito y no obstante el amparo que la ley presta a su reserva, la viola y verifica la denuncia. ¿Incurriría en ese caso en el delito de violación de secretos?

El asunto es, en mi concepto, muy claro. La ley, de acuerdo con los principios de conservación del organismo social, entiende que todo delito de aquellos que dan nacimiento a la acción pública, debe ser perseguido a los efectos de defender a la sociedad. Por eso se castiga a los que teniendo obligación de hacer saber a la autoridad la comisión de cualquier delito, no lo comunican a la misma. (Artículo 277, inciso 6.º).

Pero teniendo en consideración que ciertos profesionales pueden recibir confidencias, y que éstas deben ampararse, los libera de la obligación de denunciar y declara que no cometen delito cuando guardan silencio. La ley protege el secreto profesional y nada más; no les impone la reserva sino que la autoriza, creando una excepción al principio genérico.

Si el profesional no hace uso de la excepción y revela, podrá haber cometido un acto contrario a la ética de sus funciones, pe-

ro no incurre en delito. Denunciar una infracción que dé lugar a la acción pública no puede aparejar una sanción penal para quien así procediese.

Otra cosa ocurriría si se tratase de la divulgación de un secreto de distinta índole, que el profesional conoció por revelaciones de su cliente. Así, si el profesional hubiese revelado un secreto industrial, por ejemplo, y con eso hubiera podido causar un perjuicio, es evidente que habría incurrido en el delito.

CUARTO ELEMENTO.—La ley dice que se requiere, a los efectos del delito, que la divulgación del secreto pueda ocasionar un daño.

No es necesario que el daño concorra, bastando sólo que fuera posible. El mismo puede ser material, patrimonial o moral.

*

* *

35. El artículo 157 y sus concordancias.—

Artículo 157

En la misma pena incurrirá el que divulgare actuaciones o procedimientos, que por la ley deban quedar secretos.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1906, artículo 164, segundo apartado.

*

* *

36. Origen y alcance de la disposición.—El presente artículo, con el mismo texto que tiene en el código vigente, constituía el segundo apartado del artículo 164 del proyecto de 1906. El primer apartado era igual al artículo 156 de nuestro código, el que ha hecho de una disposición sola dos diferentes. En esa forma lo propuso la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, sancionándose sin discusión.

La exposición de motivos del proyecto de 1906 se limita a decir que el artículo se refiere a la divulgación de actuaciones o procedimientos que por la ley deban quedar secretos.

Las leyes, en distintos casos y por diferentes motivos, imponen el secreto de determinadas actuaciones. Así, el sumario es secreto en los juicios criminales; los votos de los jueces en los tribunales colegiados lo son antes de darse a la publicidad la sentencia; ciertas tramitaciones de la cancillería tienen ese carácter; en el orden militar lo tienen también determinados actos, etc., etc. Es, por consiguiente, de todo punto razonable que la ley castigue la violación de esos mandatos.

En el caso del presente artículo y en los demás, salvo los que se refieren al 154, la acción es privada. Sin embargo, y con referencia especialmente al precepto en examen, la acción será pública, por cuanto los intereses afectados son de ese carácter. No se trata aquí de la divulgación de un secreto que afecta a una persona, sino de actuaciones o procedimientos que deben mantenerse en reserva por disposición legal.

Los encargados de hacer respetar la disposición son las autoridades; la violación del artículo no afecta a individuos, sino a la sociedad, y la acción, por tanto, no puede emanar de un querrelante.

Entiendo, aun cuando no se expresa en los fundamentos oficiales, que no se ocupan de hacer comentario alguno respecto al capítulo sobre violación de secretos, que se separaron los dos apartados del artículo correspondiente del proyecto de 1906, precisamente teniendo en cuenta que la acción en los casos de la segunda parte debe ser pública, pero se omitió hacer el agregado en el artículo 73.

No obstante eso, entiendo que la acción, por las razones dadas, no puede tener carácter privado.

III

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

37. LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO Y SUS ANTECEDENTES.—38. PROYECTO DE 1906.—39. LA LEY DE REFORMAS Y LOS ANTECEDENTES DE LA MISMA.—40. LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL.—41. IDEAS DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.—42. EL ARTÍCULO 158 Y SUS CONCORDANCIAS.—43. LAS VIOLENCIAS DEL EMPLEADO Y DEL EMPLEADOR.—44. PUNTOS QUE DEBEN EXAMINARSE.—45. EL DERECHO DE HUELGA, LOS PROBLEMAS SOCIALES Y LOS REPRESIVOS.—46. SUJETO PASIVO.—47. MEDIOS DE ACCIÓN.—48. EFECTO MATERIAL DEL DELITO.—49. PROPÓSITO DEL AGENTE.—50. EL LOCK-OUT PATRONAL.—51. EL ARTÍCULO 159 Y SUS CONCORDANCIAS.—52. EL AGENTE, LA VÍCTIMA Y LOS MEDIOS.—53. PROPÓSITO.—54. CARÁCTER DE LA ACCIÓN.—55. LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.—56. MODIFICACIÓN PROPUESTA EN EL SENADO.

*
* *

37. Los artículos del Código y sus antecedentes.—Nuestro código trae en esta materia dos artículos, habiendo introducido modificaciones sobre los proyectos de 1891 y 1906.

Conviene, ante todo, para precisar los antecedentes, decir lo que disponían los proyectos referidos y estudiar después lo que establece el código vigente y los fundamentos oficiales contenidos en la exposición de motivos de la comisión de diputados.

El proyecto de 1891 trajo, sobre esta materia, un solo artículo, el 187, en el cual castigaba con penitenciaría de seis meses a dos años al que obligare a un obrero, con violencias o amenazas, a tomar parte en una huelga.

La exposición de motivos se limitaba a decir:

“ El capítulo IV del proyecto, bajo el rubro “Delitos contra la libertad del trabajo”, prevé un delito que empieza a ser cometido en nuestro país, donde hasta hace poco era desconocido y que ha legislado en el artículo 186 el código italiano. Nos referimos al empleo de violencias o amenazas para obligar a un obrero a tomar parte en una huelga.

“ Pudimos haber dejado comprendido el caso entre las amenazas y coacciones que constituyen delitos contra la libertad individual, pero estando la libertad del trabajo especialmente garantida por la Constitución, nos ha parecido propio considerar como un delito distinto la violación de esa garantía, sobre todo cuando ella asume los caracteres alarmantes de un delito colectivo.”

38. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 trajo tres artículos acerca de esta materia. El 165 reprimía con prisión de seis meses a dos años al que ejerciere violencias o amenazas sobre otro, para compelerlo a tomar parte en una huelga. El 166 castigaba con prisión de un mes a un año al que empleara violencias o amenazas contra otro, para restringir o impedir el ejercicio de su industria o comercio. Y el 167 penaba con multa de dos mil a diez mil pesos al que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratase, con un fin interesado, de desviar la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

Se preveían, así, tres delitos: 1.º El de compeler a una huelga; 2.º Impedir el ejercicio de industria o comercio; y 3.º Propaganda desleal.

La exposición de motivos, dijo, con relación a los mismos:

“ En el capítulo cuarto del título de que nos ocupamos hemos previsto dos delitos que no existen en el código actual, y cuya creación era necesaria para garantizar la libertad de trabajo e industria. Esos delitos consisten: el primero en emplear violencias o amenazas contra otro para restringir o impedir el

“ ejercicio de su industria o comercio, y el segundo en valerse de maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, para desviar con un fin interesado la clientela de un establecimiento comercial o industrial.”

39. La ley de reformas y los antecedentes de la misma.—Los delitos contra la libertad de trabajo y asociación no se encontraban previstos en el Código Penal ni en los proyectos anteriores. En todos se hablaba de las amenazas y coacciones en general, pero no se tenían en cuenta los problemas nuevos a que da lugar la lucha entre el capital y el trabajo, porque no habían surgido con sus caracteres típicos cuando aquellas leyes se elaboraron o propusieron.

Por eso vemos que recién aparece la iniciativa en el proyecto de 1891 y se lleva al Código por medio de la ley número 4189, la cual en el artículo 30, estableció:

“ Título V. A continuación del título IV, sección II, incluir las siguientes disposiciones:

“ 1.º El que obligare a un obrero, con violencia o amenazas, a tomar parte en una huelga, será castigado con arresto de tres meses a un año.

“ 2.º El que impidiere o estorbare la celebración de una función o ceremonia de algún culto, será castigado con igual pena.

“ 3.º El que impidiere o turbare una reunión lícita, será castigado con igual pena.

“ 4.º El que para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hicieré señales o diere gritos de alarma, o hiciere estallar materias explosivas (si el hecho no importare un delito mayor), o amenazare con un desastre de peligro común, será castigado con arresto de seis meses a un año.

“ 5.º El que tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos, será castigado con penitenciaría de tres a seis años.”

40. La ley de seguridad social.—Pero no solamente las disposiciones de la ley de reformas se encontraban incluídas en nuestra legislación cuando se proyectó el código actualmente en vigor. La ley número 7029 contenía preceptos relativos a la materia, los que habían sido elaborados con carácter tendencioso y dirigidos a reprimir determinados movimientos obreros. Se había dictado una ley de clase con todos sus inconvenientes y peligros.

Esa ley, en el capítulo II, establecía:

“Queda prohibida toda asociación o reunión de personas que tenga por objeto la propaganda de las doctrinas anarquistas, o la preparación e instigación a cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación; y la autoridad local procederá a la disolución de las que se hubiesen formado e impedirá sus reuniones.”

“Las sociedades, asociaciones, o las personas que deseen celebrar una reunión pública, sea en locales cerrados o al aire libre, deberán solicitar previamente autorización a la autoridad local, la que deberá prohibir dicha reunión si ella tuviera por objeto algunos de los propósitos enunciados en el artículo anterior.”

“Si durante las reuniones que se celebren con la previa autorización a que se refiere el artículo anterior se produjese alguno de los hechos que, conocidos con anterioridad, hubiesen motivado la prohibición de la reunión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.º, la autoridad local ordenará la inmediata disolución de la reunión.”

“Los que no acatasen la orden de disolución, o los que celebren una reunión prohibida, sufrirán la pena de arresto de seis meses a un año. Los promotores o cabecillas sufrirán el máximo de pena.”

“En las reuniones públicas, sea en locales cerrados o al aire libre, no podrán usarse emblemas, estandartes o banderas conocidas como características de las asociaciones prohibidas en el artículo 7.º de esta ley.”

“Los afectados por una prohibición de asociación o reunión podrán reclamar de ella ante el juez federal del lugar, quien

“previa información sumaria deberá confirmar o revocar la prohibición.”

En el capítulo III, el artículo 25 castigaba con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho producido no importare delito que tuviere pena mayor, al que por medio de insultos, amenazas o violencias, intentase inducir a una persona a tomar parte en una huelga o *boycot*.

Con todos estos elementos se encontró la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria al iniciar su trabajo.

41. Ideas de la comisión especial de diputados.—El diputado doctor de Tomaso presentó sus observaciones al proyecto de 1906 y concertó conmigo las disposiciones a proponerse a los demás miembros de la comisión especial, y una vez que fueron aceptadas redactó la parte correspondiente de la exposición de motivos, que fué la única que no elaboré personalmente.

La exposición aludida, dice:

“En los capítulos que se refieren a los delitos que atentan contra la libertad, la comisión ha realizado sobre el proyecto de 1906 un minucioso y prolijo trabajo de corrección y precisión de términos y conceptos, a fin de que la ley, en materia tan delicada, no tenga nada obscuro ni vago.”

“El código actual establece (ley de reformas, artículo 30) una penalidad de tres meses a un año de arresto para el que obligase a un obrero a tomar parte en una huelga con violencias o amenazas. La ley llamada de defensa social (artículo 25) agravó el concepto y la penalidad, disponiendo que sufriría presidio de uno a tres años el que *por medio de insultos, amenazas o violencias trate de inducir a una persona a tomar parte en una huelga o boycott*. La comisión cree que es necesario, en esta materia, después de las críticas y dificultades de todo género que ha provocado la ley 7029, volver al régimen anterior, mejorándolo. En ese sentido opina que debe punirse como delito el acto de obligar materialmente a alguien a tomar parte en una huelga, por medio de violencia física, forma de coacción que, por otra parte, se traduce en la generalidad de los

“ casos en lesiones. Mantiene el máximum de la penalidad establecida en el Código, un año, pero reduce el mínimum a un mes, de acuerdo con el principio seguido en todos los casos de permitir al juez, en forma amplia, la individualización de la pena adecuada a la modalidad de cada caso.

“ Al proceder así, la comisión entiende que esa disposición no responde a ningún concepto especial de represión, sino a la protección de la libertad individual. Por eso ha completado el artículo con una segunda parte, que extiende ese concepto a la protección de la libertad de trabajo y asociación de los obreros contra los patrones o empresarios, y de estos mismos entre sí. Es frecuente el caso de patrones que hacen coacción en forma pública sobre sus obreros o empleados para que abandonen la sociedad gremial a la cual pertenecen voluntariamente, o para que ingresen a otra; y también sobre sus propios colegas de industria o comercio para que secunden un cierre o *lock-out*, decretado con propósitos de resistencia.

“ Esas formas de coacción lesionan la libertad de industria y de asociación que tiene toda persona. Es indispensable, por lo tanto, hacerlas entrar en el cuadro de la legislación penal positiva, hasta con fines de solidaridad social.

“ El artículo 166 del proyecto de 1906 ha sido eliminado por la comisión, por considerarlo redundante, puesto que, excepto los casos a que se refiere el artículo 158 de nuestro proyecto de Código, toda violencia o amenaza contra otro, para impedir o restringir el ejercicio de la industria o comercio, está por fuerza comprendido, si lo inspira un propósito delictuoso, en otros capítulos de la ley.

“ En el artículo referente a propaganda desleal y maquinaciones fraudulentas se han agregado las palabras: *en su provecho*, para subrayar bien la circunstancia que da al acto carácter de delito.

“ Se ha suprimido, igualmente, el artículo 168 del proyecto de 1906, referente a la libertad de cultos, porque el que impidiera o turbare una función o ceremonia de algún culto dentro de un recinto cerrado, que es donde generalmente se celebran, o en la vía pública, cuando se trata de actos que se efectúan en las condiciones normales de todos los que implican el ejer-

“ cicio de la libertad de reunión, cometería un delito que la comisión ha contemplado en forma general en el artículo 160 del proyecto. Por otra parte, la comisión cree que debe dejar sentado, para honor de todos, que la libertad de cultos es observada en nuestro país de una manera amplia y efectiva por los ciudadanos, en lo que se refiere a la seguridad que los ministros y fieles de cada culto tienen para practicar sus ceremonias. No se registra un solo caso de que a ninguna iglesia ni grupo religioso se le haya impedido materialmente la celebración de una función o ceremonia, ni perturbado en la exteriorización de sus doctrinas, a pesar de las diferencias ideológicas que se han producido en el país como consecuencia de su desarrollo histórico.

“ El código actual (ley de reformas, artículo 30) castiga con tres meses a un año de arresto al que *impidiera o turbare* una reunión *lícita*. En el proyecto de 1906 se ha copiado el concepto, manteniendo el máximum de la penalidad. La comisión entiende que es esta una materia muy delicada y que, a los fines de la penalidad, es indispensable que el legislador precise con toda claridad los conceptos, para que en la aplicación de la ley no se pueda ir nunca más allá de los límites queridos, con peligro del ejercicio de una libertad que ahora más que nunca, desde que impera la nueva ley electoral, tiende a ser cada vez más usada por todos los partidos en que se divide la opinión. Por eso ha agregado la palabra *materialmente*, que define bien el concepto de *impedir*, y la frase explicativa: *con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto*, a fin de que en ningún momento pueda considerarse como delito el pedido de palabra para hacer controversia, ni ningún otro acto por el estilo. Consecuente con ese criterio, la comisión reduce la penalidad al término de quince días a tres meses, teniendo en cuenta, no sólo las circunstancias especiales en que se comete ese delito, sino también que en los casos realmente graves se traduce en actos que caen bajo el imperio de otras sanciones.”

Veamos, ahora que se han expuesto los antecedentes, las disposiciones del Código, sus alcances respectivos y las críticas a que han dado lugar.

*
* *

42. El artículo 158 y sus concordancias.—

Artículo 158

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 166.—Proyecto de 1891, 187.—Proyecto de 1906, 165.—Ley número 4189, 30.—Ley número 7029, capítulo II, artículo 25.—Ley número 2873, 82.

*
* *

43. Las violencias del empleado y del empleador.—El artículo tiene dos partes: una se refiere a los obreros y otra a los patrones.

En la lucha entre el capital y el trabajo, la que a veces se presenta en términos violentos, los obreros accionan por medio de la huelga para imponer condiciones, y los patrones suelen llegar al procedimiento del *lock-out*, o sea el cierre de las fábricas con la consiguiente privación de trabajo a los interesados. Los términos de la expresión inglesa lo dicen, desde que significa algo así como cerradura afuera: el establecimiento se clausura y nadie penetra al mismo.

Los anteriores proyectos se referían solamente a la huelga, y castigaban al obrero que pretendía imponerla; el Código, con criterio más ecuánime, se percata del doble problema, y reprime las dos violencias posibles: la del empleado y la del empleador.

Los proyectos de 1891 y 1906 castigaban al que emplease violencias o amenazas sobre un obrero para hacerlo tomar parte en

una huelga. El código vigente, como lo explica la exposición de motivos, solamente emplea la palabra *violencia*, habiendo suprimido las amenazas.

González Roura (1) critica la reforma verificada, y dice que, según la comisión de diputados, sólo puede castigarse el acto de obligar materialmente a alguien a tomar parte en una huelga por medio de violencia física, forma de coacción que se traduce en la generalidad de los casos en lesiones. La exclusión no es satisfactoria, porque la coacción moral se admite en el inciso 2.º del artículo 34 como causa de irresponsabilidad cuando se le equipara a la violencia física en los demás casos. (Artículos 87, 119, 124 a 127, 130, 142, 144, 160, 164 a 171, 181, 197, 198, 237 y 280). Además, considera una injusticia mortificante admitir la coacción moral en la segunda parte contra el patrón y a favor del obrero.

Hace presente que los sindicatos usan de la coacción moral preferentemente, habiéndose podido suprimir los insultos, pero no la violencia moral, lo que no se explica, puesto que no se dan motivos para la enmienda.

El mismo reputado autor concluye sus observaciones diciendo:

“ Ha sido esta una incomprensible victoria del socialismo violento, en favor del obrero, el que resulta así favorecido con un excepcional privilegio, obtenido con la anuencia y cooperación inconsultas de los demás partidos representados en la Cámara de Diputados, que de tal suerte contribuyeron a contrariar la actitud opuesta del Senado. El atentado a la libertad quedará, por lo tanto, impune, si los medios empleados consistieren en amenazas, muchas veces tanto o más eficaces que las violencias físicas, como cuando se refieren a la mujer o los hijos del obrero.”

En cambio, Padró (1), dice que, como se reconoce en la exposición de motivos de la comisión legislativa, muchas eran las dificultades que presentaba la aplicación del artículo 21 de la ley número 7029, por lo cual se ha modificado la calificación del delito y la clasificación y aplicación de la pena. “ Por dicha ley, bastaban los insultos, las amenazas, con el fin de inducir a un obrero a tomar parte en una huelga para que el autor se hiciera acreedor al castigo de presidio de uno o tres años. Había mucha exageración en el concepto del delito, y a veces se ro-

(1) Derecho Penal, tomo III, página 156.

(2) Eduardo Padró.—Nuevo Código Penal argentino explicado, página 128.

“zaba una de las garantías constitucionales: la de expresar libremente las ideas. En esta disposición se exige la violencia.”

Para hacerme cargo de los argumentos empezaré por establecer cuáles son los elementos requeridos para que el delito a que se refiere la primera parte del artículo exista.

*
* *

44. Puntos que deben examinarse.—Debemos, como dice Crivellari (1), para estudiar bien el artículo, ocuparnos de los siguientes puntos: 1.º Sujeto activo; 2.º Sujeto pasivo; 3.º Medios de acción; 4.º Efectos materiales del delito; 5.º Finalidad del agente.

SUJETO ACTIVO.—El Código dice: “el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerle a tomar parte en una huelga o *boycot*.” El código italiano, lo mismo que los proyectos anteriores, es más extenso, pues habla de cualquiera, mientras que nuestra ley restringe el sujeto activo del precepto al obrero. Si el agente fuese otro, podría concurrir un delito diferente, pero no el inculcado en la presente disposición.

Al proyectarse la ley la comisión especial se ha encontrado frente a los hechos. En las luchas frecuentes que se producen entre los asalariados y los empleadores, los primeros recurren como medio para obtener salarios mejores o condiciones de trabajo más favorables, a la huelga, o sea el abandono colectivo de las tareas, que obliga a la paralización del movimiento fabril. El abandono individual del trabajo no produce consecuencias, porque un obrero se reemplaza con otro, pero la acción de conjunto sí, pues si todos se niegan a prestarlo, el establecimiento objeto de la medida no puede funcionar.

*
* *

45. El derecho de huelga, los problemas sociales y los represivos.—Se ha discutido mucho acerca de la legitimidad o ilegitimidad de la huelga, y se ha concluido por aceptarla como un de-

recho de los trabajadores, no obstante que se reconoce el de los patronos para tomar las medidas necesarias a efecto de neutralizarla, defendiéndose contra la misma.

La huelga supone el concierto entre los que trabajan, pues el abandono individual del trabajo es un hecho aislado, y la huelga requiere, para que tenga lugar, la acción de conjunto.

La huelga es, así, generalmente, el resultado de la asociación, del sindicato y de determinada política hecha por los gremios obreros.

La huelga, que se produce siempre como consecuencia de protestas o para obtener modificaciones en relación a la locación de los servicios o a otros factores relacionados con la labor, crea una situación de lucha que apareja consecuencias.

El empleador, perjudicado por la paralización de sus actividades, trata de quebrar el movimiento y obtener empleados, ya sea en el núcleo de los que han hecho el abandono, ya en otros. Y por su parte, los empleados, que no tendrán la esperanza de un resultado si el movimiento es vencido, tratan de que no obtenga el empleador los elementos que busca. A esos efectos se requiere que los obreros que han abandonado el trabajo, persistan en su actividad, y que el empleador no pueda obtener otros, en núcleos diferentes. Es, así, inherente al derecho de huelga, el de reunión, comunicación y propaganda, todo dentro del orden, de los preceptos legales y de las ideas.

Estos principios, es claro que pueden y deben mantenerse cuando los movimientos son aislados y no afectan al orden general, puesto que, cuando éste resulta invadido y la huelga se generaliza, el asunto toma proporciones de una cuestión social y debe afrontarse y resolverse con ese criterio y no con el de una emergencia particular, solucionable con el Código, que fulmina un castigo.

A nadie se le puede ocurrir pensar que producido un gran movimiento colectivo, los tribunales, aprisionando a miles de hombres y mandándolos a la cárcel, resolverán la cuestión de carácter social que aquella agitación ha revelado o producido.

El artículo no tiende, por consiguiente, a solucionar las grandes cuestiones, que requieren, cuando se suscitan, acción de gobierno, legislativo o ejecutivo, y no judicial, sino que se dirige al amparo de la libertad individual en las situaciones comunes.

Los que en un caso de huelga corriente se interesan y se apa-

(1) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo V, página 710.

sionan en el conflicto son los obreros y los empleadores. En consecuencia, el precepto castiga, en primer lugar, al obrero que pretende impedir a otro el ejercicio de su derecho de trabajar o no. La ley entiende que el trabajo es libre, y así lo consagra.

La comisión, cuando se proyectó el artículo, consideró que era preciso ser cauteloso en la sanción de represiones para esta clase de delitos, que son nuevos, y acerca de los cuales se ha legislado a veces con precipitación, como ocurrió cuando se dictó la ley número 7029. Consideró también que debía afrontarse el asunto sin tener en cuenta circunstancias particulares, ni presión de hechos determinados, y examinar los inconvenientes de todo orden a que había dado lugar la ley de seguridad social antes recordada.

En esta clase de asuntos, como he dicho antes, las cosas se planean de dos modos: con carácter general y particular. Cuando la huelga es general, cuando es el resultado de un movimiento social intenso, cuando es el efecto de problemas de hondo arraigo en las sociedades, el Código Penal, como instrumento ordinario de represión, nada soluciona. El asunto tiene que afrontarse con el carácter con que se presenta y, o bien verificar concesiones de cierto tipo, o recurrir a procedimientos coercitivos. El Poder Legislativo, y aun el Ejecutivo, tienen, entre nosotros, la posibilidad de suspender las garantías constitucionales por medio del estado de sitio, ejercitando una acción para el restablecimiento del orden.

Pero cuando las cosas no tienen ese alcance y la huelga es un fenómeno parcial o local, lo único que corresponde hacer es amparar la libertad de trabajo y tener en cuenta que ésta no se puede confundir con la imposición al obrero para que lo preste en las condiciones que se le quieran determinar.

Es preciso tener en consideración, cada vez que se controversie acerca de estos problemas, que la libertad de contratar y la posibilidad de dirigirse individualmente, que eran los ideales por los cuales se luchó antes de la revolución francesa, no reflejan hoy la verdadera autonomía personal.

Cuando el empleador tenía un capital reducido y pocos obreros, lo único que éste necesitaba era libertad; las condiciones para la locación de sus servicios podían ser el resultado de un convenio entre dos individualidades, que si bien no tenían iguales posibilidades, no estaban separadas por enormes distancias.

Pero hoy, que contratan por un lado las organizaciones in-

dustriales que poseen medios poderosísimos, y por otro los obreros, individualmente, que no tienen fuerza ni elementos, las cosas varían, y el contrato que supone el libre consentimiento no es tal, constituyendo en los hechos una imposición.

Las grandes empresas fijan sus condiciones y los obreros las aceptan si quieren trabajar, y si no lo hacen se exponen al hambre y la miseria. Por eso, en el nuevo derecho se restringe cada vez más la libertad individual para contratar, porque se supone que el individuo no puede querer ciertas cosas y no puede admitir determinadas cláusulas. La voluntad personal se supone e interpreta, y se erigen principios determinados de orden público que no pueden ultrapasarse.

Todo eso ha hecho que hayamos sido cuidadosos en esta legislación, sin tener prejuicios de partido, de obrerismo o de movimiento electoral.

Entendemos que la libertad de trabajo está garantizada contra los excesos obreros, reprimiendo al asalariado que verifica el impedimento y nada más.

Las autoridades tienen múltiples elementos para conjurar los abusos, aplicando las disposiciones policiales y contravencionales. Y cuando sus órdenes son desobedecidas los infractores incurren en atentados, resistencias o desacatos, que los hacen pasibles de pena dentro del Código.

46. **Sujeto pasivo.**—El sujeto pasivo tiene que ser un obrero, desde que es quien presta los servicios que se pretenden evitar a los efectos de que triunfe la huelga o el *boycot*.

Este último se caracteriza por la interdicción de una determinada persona, fábrica, asociación, establecimiento o grupo de personas. Consiste en no proporcionar, en no vender, en no comprar, en abstenerse, en fin, de ciertos actos con referencia a esas personas.

El *boycot*, en cierto modo, es ilícito, desde que ejercitándolo totalmente sobre una persona se le podría llevar, exagerando la nota, a la muerte misma, por el hecho de no proporcionarle los

elementos indispensables para la vida. El *boycot* reducido al hecho de no comprar o de abstenerse de actos determinados no debe ser considerado delito. Nuestra ley no lo incrimina.

*

* *

47. Medios de acción.—La crítica del doctor González Roura se caracteriza con esta parte del artículo. La disposición habla de ejercer *violencia*, y la exposición de la comisión de diputados restringe el alcance del vocablo. El distinguido autor citado reprocha la supresión de las amenazas, entendiendo que toda coacción, aun la moral, debió ser suficiente para la concurrencia del delito.

Lo que hemos pretendido evitar, al hablar solamente de violencia, es que se cometan con motivo de movimientos obreros, en los cuales siempre interviene el factor vehemencia, la injusticia y la represión de individuos trabajadores, útiles y honestos, como consecuencia de palabras vertidas en el calor de la lucha y de la propaganda.

De ahí las restricciones.

*

* *

48. Efecto material del delito.—La acción debe tener por objeto: 1.º Que una persona tome parte en una huelga; y 2.º Que tome parte en un *boycot*, es decir, que contribuya a producir la cesación o la suspensión del trabajo, que las haga perdurar o que se abstenga de ciertos actos con relación a personas, asociaciones o empresas determinadas.

La huelga o el *boycot* pueden estar producidos o tratarse de que tengan lugar. El artículo comprende uno y otro caso.

*

* *

49. Propósito del agente.—La finalidad del agente es diversa, según los casos. En general, la huelga se dirige a obtener mo-

dificaciones en el salario o en las condiciones del trabajo. En estos casos los factores en juego son reducidos a un establecimiento o a varios. Otras veces el objeto es puramente interno y propio de una fábrica, y se refiere a cuestiones de personal, pretendiéndose que se expulse o readmita a determinados individuos; pero en otras emergencias el asunto se relaciona con problemas sociales de fondo, vinculados a doctrinas y a cambios fundamentales que se persiguen por los avanzados.

Para el Código, en los casos particulares que se presenten, el móvil no se considera, bastando con el hecho.

*

* *

50. El "lock-out" patronal.—La segunda parte del artículo se refiere a los patrones, empresarios y empleados que ejerzan coacción para obligar a otro a tomar parte en un *lock-out*, y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

El apartado es nuevo, como se ha dicho antes, y la explicación del mismo ha sido dada en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

El artículo castiga: 1.º Al patrón que ejerce la coacción; 2.º Al empresario que lo hace por sí o por cuenta de alguien; y 3.º Al empleado en las mismas condiciones.

La coacción tendría por objeto: 1.º Obligar a tomar parte en un *lock-out*; 2.º Abandonar o ingresar en una sociedad patronal determinada.

La ley ha tenido en cuenta que en la lucha a que antes se ha aludido, obreros y empleadores tienden a formar núcleos y marchar de acuerdo, para imponer con la acción de conjunto sus voluntades respectivas.

Los patrones, que disponen de más medios, suelen, cuando la huelga les plantea condiciones que entienden inadmisibles, contestar con el *lock-out*, o sea con el cierre de las fábricas y la imposición del abandono del trabajo. Esta medida tiende a privar de recursos a los obreros con el fin de que cedan y se sometan, abandonando pretensiones y aun aceptando las de los otros.

Y así como se ha reconocido la legitimidad de la huelga, se

admite también el derecho del propietario, persona o sociedad, para suspender el trabajo y cerrar los establecimientos industriales, siempre, es claro, que no se trate de servicios públicos, porque en ese caso todo cede a la ley de la necesidad.

Pero así como el obrero incurre en delito cuando quiere imponer su voluntad a otro, el empleador cae bajo las sanciones de la ley cuando usa de la coacción para decidir a otros a un *lock-out*. Así, si una fábrica poderosa cierra sus puertas, la ley considera que el hecho es lícito, tanto como el que comete el trabajador cuando se queda en su casa y se niega a concurrir al taller. Pero cuando los propietarios o personas autorizadas imponen a otros la misma conducta, incurren en delito, saliéndose del marco de lo lícito y permitido.

La ley no se refiere solamente al *lock-out*, sino a las sociedades patronales u obreras, porque esas asociaciones suelen formarse de manera tendenciosa, y la imposición resulta extorsiva.

La coacción es más extensa aquí que en lo referente al apartado anterior, no porque se haya pretendido hacer odiosas excepciones, sino teniéndose en cuenta las situaciones especiales de patrones y obreros.

Los segundos podrían hacer coacción moral con palabras o amenazas, pero los primeros tienen la poderosa arma del factor económico, con el cual positivamente pueden reducir a la miseria a los obreros y sus familias, sin necesidad de emplear insultos ni expresiones violentas.

*

* *

51. El artículo 159 y sus concordancias.—

Artículo 159

Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1906, artículo 167.

*

* *

52. El agente, la víctima y los medios.—El presente artículo ha sido tomado del proyecto de 1906, no encontrándose en el de 1891 ni en los antecedentes.

Padró. (1) dice, respecto a esta disposición, que no ha podido incorporarse al Código Penal una más acertada, porque concurre a reprimir una clase de delitos que se consumaban con harta frecuencia. Y agrega:

“Las *maquinaciones fraudulentas* consisten en todas las artimañas que se ponen en juego para inducir en engaño o en error a la gente que compra un artículo cualquiera. Las *sospechas malévolas* se refieren a las insinuaciones que se hacen para menoscabar un artículo acreditado. Y se entiende por *propaganda desleal* todo género de *réclame* adverso a otro y en provecho de sí mismo, porque, es claro, en esta clase de delito hay que tener en cuenta el interés individual, la utilidad que se persigue en provecho propio y a costa del provecho ajeno. El comercio honesto, las casas serias acrecientan su clientela sin necesidad de descender ni siquiera a la crítica del colega o de la empresa similar: como el profesional, el literato, el artista, etc., que se imponen por sus cabales, el comerciante correcto entra en la puja de las actividades diarias aguzando el ingenio de las mil maneras que puede hacerlo el espíritu que investiga, que selecciona y que triunfa.”

Para la existencia del delito es necesario tener en cuenta: 1.º El sujeto activo; 2.º El sujeto pasivo; 3.º El medio empleado; y 4.º El propósito inspirador del hecho.

SUJETO ACTIVO.—Desde el momento que el delito consiste en la desviación de la clientela de un establecimiento comercial o industrial en provecho del agente, es indudable que éste debe ser industrial o comerciante que pueda verse favorecido con la acción realizada.

El autor debe poseer ese carácter, pero puede tener partícipes que no lo sean.

SUJETO PASIVO.—El afectado debe ser el establecimiento in-

(1) Nuevo Código Penal argentino explicado, página 129.

dustrial o comercial. No es necesario que se dirija la acción contra un individuo: puede atacarse a una entidad, a un establecimiento, como lo dice la ley, desde que se ampara contra un perjuicio posible o real en los intereses que, a pesar de poder encontrarse concretados en un núcleo, responden a factores individuales, que son, en definitiva, los afectados o favorecidos con las pérdidas o las ganancias.

MEDIOS EMPLEADOS.—Los medios que indica la ley son las maquinaciones fraudulentas, las sospechas malévolas y cualquier medio de propaganda desleal.

Dentro de esos enunciados generales se comprenden todas las maniobras que tienden a la consumación del propósito perjuicial.

53. Propósito.—El proyecto de 1906 hablaba de un fin interesado en el sujeto activo, pero nuestra ley, de conformidad a lo propuesto por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, ha sido más precisa y ha exigido que el agente haga la intentona o verifique el acto para aprovechar de los resultados del mismo.

La exposición de motivos dice que las palabras *en su provecho* tienen por objeto subrayar bien la circunstancia que da al acto carácter de delito.

54. Carácter de la acción.—La ley entiende que el delito, en este caso, interesa particularmente al sujeto pasivo, al afectado, y nadie más que él está en condiciones de resolver sobre la conveniencia o inconveniencia de la acción.

Si se tuviera otro criterio, se podrían producir ingerencias extrañas en los negocios particulares, y lejos de garantizarse éstos, ser profundamente perturbados.

Por todo eso, el Código ha dicho en el inciso 4.º del artículo 73, que la acción derivada del delito de concurrencia desleal, es privada.

55. La consumación del delito.—El artículo trae, como dice González Roura (1), una excepción al principio relativo a la tentativa y al delito consumado, desde que, empleándose los términos *el que tratare de desviar en su provecho*, no se requiere para la aplicación de la pena la realización del propósito, bastando los hechos que tienden a la finalidad.

En consecuencia, el delito existe aunque no se consume el propósito tenido en vista.

56. Modificación propuesta en el Senado.—La primera Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores no intentó, en esta parte, ninguna modificación sobre el proyecto pasado en revisión de la Cámara de Diputados.

Pero la segunda de esas comisiones propuso una modificación substancial en el artículo 158. Se proyectó substituir al principio del artículo la palabra *violencia* por *coacción física o moral* y agregar después de *huelga*, o *boycot*. La primera parte del artículo se redactaba así:

“Será reprimido con prisión de un mes a un año el obrero que ejerciere coacción física o moral sobre otro para compelérle a tomar parte en una huelga o *boycot*.”

El Senado sancionó la modificación sin que se dieran fundamentos, y cuando el proyecto pasó de nuevo a la Cámara de Diputados ésta insistió en su punto de vista primitivo y el precepto quedó aprobado.

La comisión especial, presidida por el diputado doctor Parry, dijo lo siguiente en su informe:

“Opinamos que la Honorable Cámara debe insistir en su anterior sanción manteniendo el concepto de *violencia*.”

(1) Derecho Penal. Tomo III, página 163.

IV

Delitos contra la libertad de reunión

57. EL DERECHO DE REUNIÓN.—58. ANTECEDENTES NACIONALES.—59. COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.—60. EL ARTÍCULO 160 Y SUS CONCORDANCIAS.—61. EXPLICACIÓN DEL PRECEPTO.—62. PREVISIONES DE LOS PROYECTOS DE 1891 Y 1906.

•
• •

57. El derecho de reunión.—El Código, de acuerdo con los antecedentes nacionales, ampara la libertad de reunión y castiga a quienes la contraríen.

El derecho de reunión no se encuentra expresamente definido en la Constitución, pero ella lo reconoce de manera implícita, como lo hace notar González (1). Así, en el artículo 22, declara que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.”

Quiere decir, entonces, que las reuniones de personas que no incurran en el extremo indicado, son lícitas.

La Constitución habla también en el artículo 14 del derecho que tienen todos los habitantes de la Nación de asociarse con fines dos, desde que, para ejercitar casi todos los otros, es preciso con-útiles.

En realidad, el derecho de reunión es uno de los más precia-

(1) Manual de la Constitución, página 220.

tar con ese. La acción, generalmente, no es individual, sino social, y para comunicarse con los demás, hacer propaganda, profesar ideas, enseñar, aprender, es preciso reunirse.

El ejercicio de ese derecho es, sobre todo, indispensable con relación a la acción política, la cual se verifica compenetrándose los ciudadanos de determinados ideales o móviles, y siendo para todo eso, indispensable la reunión.

Examinaré los antecedentes nacionales y pasaré después al estudio del Código.

*

* *

58. Antecedentes nacionales.—El proyecto del doctor Tejedor dice que cometen asonada los que se reúnen en número que no baje de cuatro personas para causar alboroto, o para perturbar con gritos, injurias o amenazas una reunión pública o la celebración de alguna fiesta religiosa o cívica.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García tenía un artículo análogo, y lo propio decía el código de 1886. En este último no se hablaba de asonada, sino de sedición.

Por su parte, la ley número 4189 castigaba con arresto de tres meses a un año (artículo 30, inciso 3.º), al que impidiera o turbare una reunión lícita. Y la ley número 7029 contenía disposiciones antes examinadas que tendían a restringir las reuniones que no tuvieran un propósito de orden.

El proyecto de 1891 destacó de las demás disposiciones represivas la relacionada con la libertad de reunión, y estableció en el artículo 189 y en capítulo especial, que sería castigado con penitenciaría de un mes a un año el que impidiera o turbare una reunión lícita.

La exposición de motivos dice que la violación de la libertad de reunión garantizada en la Constitución se trató en el código de 1886 de una manera incidental, y en el artículo 228, relativo a las asonadas. En el proyecto se le consagra un capítulo separado, cuyo único artículo concuerda con los artículos 143 y 144 del código holandés.

El proyecto de 1906 repite el precepto en el artículo 169, colocado también en capítulo especial, no diciéndose nada para fundamentarlo en la exposición de motivos.

*
* *

59. Comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria introdujo en esta parte, al proyecto de 1906, una modificación, que concreta el alcance del artículo, como se hace notar en la exposición de motivos transcrita al estudiar el artículo anterior.

Se agregó al artículo de aquel proyecto, a continuación de la palabra *impedir* el término *materialmente*, y se explicó la forma de hacerlo, expresándose que debía tratarse de *insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto*.

*

* *

60. El artículo 160 y sus concordancias.—

Artículo 160

Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiese materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículos 143 y 144.—Español, 230.—Código de 1886, 228.—Ley número 4189, 30, inciso 3.º.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro segundo, título primero, § 3.º, artículo 2.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 113.—Proyecto de 1891, 189.—Proyecto de 1906, 169.

*

* *

61. Explicación del precepto.—Para precisar el alcance del precepto, me referiré: 1.º Al sujeto activo; 2.º Al sujeto pasivo; 3.º A la acción; y 4.º A los medios puestos en juego para ejercitarla.

SUJETO ACTIVO.—El sujeto activo puede ser cualquier persona, no haciendo el Código distinción de ninguna clase. Lo que se requiere para la concurrencia del delito es que realice el acto a que se refiere el artículo.

SUJETO PASIVO.—He dicho sujeto pasivo por adoptar una ter-

minología genérica, y ya que en todos los delitos hay una víctima, o, por lo menos, el ataque a un derecho o la tentativa de verificarlo.

En casos como los del artículo, no hay una víctima individual, en realidad, aun cuando en algunos casos se concrete la acción sobre un orador o un dirigente. Lo que la ley incrimina es el ataque al derecho de reunión, pues es esa institución básica la que quiere protegerse.

ACCIÓN.—La tutela social ejercitada por las autoridades en contra del delito se hace sentir por medio de la justicia y la administración. La primera juzga y aplica los castigos señalados en el Código; la segunda se desenvuelve con la policía, la que vigila, previene y sirve de auxiliar respecto a los magistrados.

La autoridad policial se encuentra en contacto inmediato con los individuos, y es ella la que custodia en el hecho, los derechos, y trata de que no se produzcan atentados y procede a tomar las medidas precaucionales necesarias cuando se consuman.

Si se realiza un homicidio, un robo, una violación de domicilio, ante el hecho ocurrido, la policía, como auxiliar de la justicia, toma las medidas que determinan las leyes procesales relacionadas con la víctima, el delincuente y las circunstancias del hecho.

Pero cuando se trata de la custodia de derechos, que, por su naturaleza, son colectivos y propios de grupos de personas, la acción preventiva de la autoridad policial, que se encuentra, como he dicho, en contacto inmediato y directo con los individuos, puede tener, si no se precisan atribuciones, el efecto de suprimir el derecho mismo.

La autoridad policial, a veces, porque es más cómodo no tener la necesidad de vigilar reuniones; otras, porque se temen disturbios; y otras porque existe prevención en contra de determinados grupos, puede, interpretando la ley, tender a no permitir o a disolver las reuniones lícitas, y aun a confundir el ejercicio de derechos legítimos con los atentados.

Si el Código fija un castigo para todo el que perturba una reunión lícita, se puede, exagerando el concepto, detener al que en una reunión de ese carácter plantee una controversia al orador o lo interrumpa simplemente. Es preciso no confundir el desorden con el delito. Si se produce el primero, la policía debe proceder, detener a los autores y aplicarles la represión correspondiente a la infracción, y en caso de desobediencia, resistencia o atentado,

tomar medidas para el castigo del delito cometido. Pero se debe caracterizar bien la acción para que por un pequeño detalle no se ponga en movimiento la justicia del Crimen.

De aquí el término *materialmente* del artículo, el que impone una acción de hecho para impedir la reunión. También se castiga el acto de perturbarla en la forma que la disposición lo determina.

MEDIOS DE ACCIÓN.—¿Cuándo se impide una reunión y cuándo se perturba?

La ley se refiere a los dos casos. Se impediría materialmente cuando se pretendiese que la reunión no se verificase, prohibiendo el acceso al lugar, ocupándolo y no permitiendo la realización del acto. Se turbaría cuando, como lo dice el Código, se insulta, se amenaza al orador o a la institución organizadora del acto. El impedimento también concurriría si no se dejase al orador hacer uso de la palabra, pues en tal caso habría un impedimento material. El delito es de difícil comisión si no se cuenta, como lo demuestra la experiencia, con el concurso o la colaboración policial. Y si se ejecuta la autoridad tiene medios a su alcance para evitar las consecuencias.

62. Previsiones de los proyectos de 1891 y 1906.—Los proyectos de 1891 y 1906, castigaban especialmente a los que impidieren, estorbaren o perturbaren la celebración de una función o ceremonia religiosa.

El Código ha suprimido ese precepto, pero no lo ha hecho así porque haya querido dejar desamparada una garantía, sino porque la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria entendió que hubiera sido redundante colocarlo. La exposición de motivos, que antes se ha transcripto, lo dijo expresamente, haciendo notar que las ceremonias del culto, ya sea que se celebren en recintos cerrados o abiertos, son verdaderas reuniones que están amparadas por el derecho común. Por lo demás, entre nosotros, la previsión sería teórica porque no se han producido esa clase de ataques.

La libertad de reunión para celebraciones religiosas se encuentra amparada por el artículo 160 del Código y por las disposiciones generales de policía.

Delitos contra la libertad de la prensa

63. LOS PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY.—64. EL ARTÍCULO 161 Y SUS CONCORDANCIAS.—65. FUNDAMENTOS DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.—66. MODALIDADES DEL DELITO.

63. Los principios en la Constitución y en la ley.—La Constitución Nacional, en el artículo 14, declara que todos los habitantes de la Nación tienen el derecho de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa.

El Congreso Federal—agrega el artículo 32 de la misma carta fundamental—no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

El Código ha debido, por tanto, ocuparse del asunto, sancionando el principio de la Constitución.

El proyecto de 1906, se ocupó de este asunto en el artículo 170, estableciendo que sufrirían prisión de un mes a un año, los que estorbaren o impidieren la libre circulación de un libro o periódico que no contenga escritos ilícitos.

La exposición de motivos dijo que el capítulo séptimo, donde se contenía el artículo único aludido, se proponía asegurar la libertad de la prensa, de que tampoco se ocupaba el código vigente. En él se proyecta—agrega—el castigo de todo el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico que no contenga escritos ilícitos.

*
* *

64. El artículo 161 y sus concordancias.—

Artículo 161

Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1906, artículo 170.

*
* *

65. Fundamentos de la comisión especial de diputados.—La exposición de motivos de la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria fundamentó el artículo y la supresión hecha sobre el proyecto de 1906, diciendo:

“ En cuanto al artículo tendiente a asegurar la libre circulación de un libro o periódico, la comisión acepta en general el proyecto de 1906, pero suprime las palabras *que no contengan escritos ilícitos*, porque eso implicaría establecer la censura previa. Nadie, sino la autoridad competente, puede determinar el carácter ilícito de una publicación. Si ésta constituye un delito, el caso está legislado en la sección respectiva de este código, pero a nadie le está permitido impedir la circulación de un libro con ese pretexto, porque sino la libertad de prensa, autorizada por nuestra carta fundamental, estaría vulnerada en una de sus manifestaciones públicas más importantes: la libre circulación de la palabra escrita.”

*
* *

66. Modalidades del delito.—El sujeto activo de esta infracción puede ser cualquier persona que realizare el hecho incriminado, y ya se trate de particulares o funcionarios públicos.

El sujeto pasivo es un individuo determinado, desde que lo tutelado es el derecho a la publicación. El hecho, sin embargo, afecta a la persona sobre la cual se ejercita la acción y a la empresa en sus intereses editoriales, pero esas son consecuencias que no se tienen especialmente en consideración para la caracterización del delito.

El hecho consiste en estorbar o impedir la libre circulación del libro o periódico. La ley no indica medios, debiendo entenderse que se refiere a todos los que puedan determinar el resultado.

El propósito debe ser el de impedir la circulación o el de estorbarla. Si fuera otro, personal o pecuniario, no se cometería el delito aquí incriminado.

VI

Delitos contra la libertad política

67. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD POLÍTICA EN EL PROYECTO DE 1891. — 68. PROYECTO DE 1906. — 69. COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.

67. Los delitos contra la libertad política en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 traía con el título de “Delitos contra la libertad política”, un capítulo compuesto de seis artículos, los 190, 191, 192, 193, 194 y 195, destinados a reprimir a los autores de atentados contra los derechos emergentes de aquella libertad.

Castigaba, en general, al que, con violencia, amenaza, tumulto o fraude, impidiere o turbare el ejercicio de algún derecho político, no hallándose comprendido en otra disposición del Código.

Incriminaba también: 1.º Al que impidiere a alguien ejercer su derecho de sufragio en una elección nacional, provincial o municipal; 2.º Al que se inscribiere en más de una sección electoral, o votare o se presentare a votar más de una vez en la misma elección; 3.º Al que votare o pretendiere votar, haciéndose pasar por otra persona; 4.º Al que, por medio de dádivas o promesas, determinare a alguien a no ejercer su derecho electoral, o a ejercerlo de cierta manera, y al elector que consintiere en cometer estos delitos; 5.º Al que se presentare armado en un comicio público.

Castigaba con pena menor: 1.º Al encargado de la formación del registro de electores nacionales, provinciales o municipales que, maliciosamente, omitiere la inscripción de un elector o ins-

cribiere el nombre de una persona supuesta, o que no deba ser inscripta; 2.º Al receptor de votos que dejare de consignar un sufragio emitido, o que lo consignare adulterándolo, o que supusiere la emisión de un voto que no ha tenido lugar, o que admitiere como legítimo el voto de una persona que no sea elector o que se presente con nombre ajeno; 3.º Al que substrajere, destruyere o falsificare las listas de votos o por cualquier medio hiciere imposible o defectuoso el escrutinio; 4.º Al que cometiere cualquier fraude en el escrutinio particular de un comicio o en el escrutinio general de una elección; 5.º Al que perturbare el orden de un comicio o impidiere su celebración.

Además, penaba a los empadronadores, receptores de votos y demás funcionarios que dejaren de cumplir los deberes relativos a las elecciones o a sus actos preparatorios; al que hiciere ostentación de fuerza armada en el día de una elección, sin ser requerido por los encargados de guardar el orden del comicio; y todo acto de dolo o fraude no comprendido en las otras disposiciones que se cometiera por cualquiera de las personas llamadas a desempeñar funciones públicas, desde la organización del padrón electoral hasta la aprobación de la elección.

La exposición de motivos, decía:

“ El capítulo VII, sobre delitos contra la libertad política, es completamente nuevo, en el sentido de que el código actual no trata esa materia; pero, con excepción del artículo 190, análogo al 139 del código italiano, todos los demás han sido tomados, en lo substancial, de la ley de 1863, sobre crímenes contra la Nación y de las leyes electorales de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, teniendo presente lo dispuesto en los códigos extranjeros, especialmente en el húngaro, cuyo capítulo sobre crímenes y delitos contra la libertad electoral de los ciudadanos trata extensa y acertadamente el punto referido.

“ Un país republicano no puede dejar de prever en su Código Penal las violaciones de la libertad política, previstas en los suyos por los países monárquicos, y mucho menos cuando ellas son tan frecuentes como en la República Argentina. Libertad tan esencial al funcionamiento del régimen representativo, debe estar protegida tan permanentemente como la vida, la seguridad, la propiedad y el honor de los ciudadanos, en el mismo cuerpo de legislación que estos derechos fundamentales, y no

“ debe quedar librada a las contingencias de una legislación especial, dictada casi siempre bajo la presión de los intereses y de las pasiones del momento.

“ Por lo demás, las distintas disposiciones del capítulo que proyectamos, se fundan por sí solas, y no requieren más explicaciones que las concordancias anotadas al pie de cada artículo.”

*

* *

68. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 siguió al de 1891, y trajo también un capítulo destinado a castigar los delitos contra la libertad política.

El primer precepto se ocupaba del delito en general, como lo hacía el proyecto anterior. El artículo siguiente, o sea el 172, señalaba diferentes casos de atentado contra la libertad de sufragio; el 173 castigaba al funcionario público nacional, provincial o municipal que instigare a los empleados que tuviere bajo su dependencia a adherir a candidatos o partidos determinados; el 174 se refería a las agravaciones; el 175 a los cómplices; y el 176 negaba a los autores de delitos contra la libertad política los beneficios de la libertad condicional.

La exposición de motivos, decía al respecto:

“ El capítulo octavo es completamente nuevo en el Código Penal; se refiere a los delitos contra la libertad política: forman parte de él las disposiciones penales de la ley de elecciones nacionales, con las correcciones y modificaciones que hemos creído convenientes.

“ Repetimos, en este caso, lo que dice la exposición de motivos que acompaña el proyecto de 1891.”

A continuación de la transcripción correspondiente, agregaba la exposición:

“ Después de determinar en general la penalidad de todo acto de violencia, amenaza, tumulto o fraude que tienda a impedir o estorbar el ejercicio de algún derecho político, nos ocupamos preferentemente de garantizar la libertad de sufragio, penando todo acto de coacción o de fraude en la emisión del voto o en la preparación y terminación del acto electoral.

“ Concluye este capítulo negando a los autores de delitos

“ contra la libertad política el beneficio de la condenación condicional, medida que, conjuntamente con la acción del artículo 81, acordamos a cualquier ciudadano, y la obligación que imponemos al ministerio fiscal de continuar hasta su terminación estas causas, tienden a desarraigar de nuestras costumbres el funesto vicio del fraude y la mentira en los actos más solemnes de las democracias.”

*
*
*

69. Comisión especial de diputados.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria suprimió del Código el capítulo referente a esta materia, y la exposición de motivos fundamentó ese criterio, diciendo:

“ El proyecto de 1906 preveía, con el título de “Delitos contra la libertad política”, aquéllos que se cometieran contra la libertad del sufragio, es decir, articulaba penalidades que actualmente se encuentran contenidas en la ley electoral.

“ Ha considerado la comisión que era inconveniente mantener estas sanciones en el Código, y que es superior el sistema actual, que se reduce a colocarlas en la ley general de elecciones.

“ El delito electoral es un delito especialísimo, que obedece a las circunstancias y que es de penalidad eminentemente variable. Dictada una ley electoral con las necesarias previsiones, surgen generalmente una serie de maniobras tendientes a burlarla. Por eso es que, frecuentemente, tiene que modificarse esa ley, a los efectos de prever las nuevas infracciones que la práctica de la misma crea en el comicio y fuera del comicio.

“ Dada, por consiguiente, la movilidad de ese conjunto, es mucho más conveniente sacarlo del Código Penal, que debe tener normas, si no fijas, por lo menos de una flexibilidad inferior a aquellas que deben encerrar ciertas leyes especiales. Cuando sobrevienen formas nuevas en la delincuencia electoral, es indispensable la modificación de la ley a fin de garantizar los derechos a que ella se refiere, y, por consiguiente, la reforma de la ley se hace necesaria.

“ Además, debe tenerse en consideración que las penalidades

“ electorales; no solamente se encuentran en la ley nacional de elecciones, sino en todas las leyes provinciales que reglamentan todo lo relativo a los comicios locales.

“ Es esta, por tanto, una materia que corresponde a cada una de las provincias, y, por consiguiente, la penalidad en el Código solamente tendría el alcance de regir para la Capital Federal, y el Código Penal, como se ha establecido, debe ser dictado para que impere en toda la Nación. La comisión tiene en cuenta, sin embargo, que las falsedades que pudieran cometerse con motivo de los actos electorales, están expresamente castigadas en otra parte del mismo Código, de manera que la supresión del capítulo solamente alcanza a penalidades eminentemente electorales, que son las que entiendo deben colocarse en la ley especial. Un delito de falsedad común, realizado con motivo del acto electoral, tendría el mismo alcance que cualquiera otro delito ordinario cometido en análogas condiciones.

“ Conservamos, no obstante lo expuesto, el artículo 77, que se refiere al ejercicio de las acciones, porque de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.º del proyecto las reglas generales sobre aquéllas, lo mismo que sobre las orientaciones de las leyes represivas, corresponden al Código.”

VII

Delitos contra la propiedad

Hurto

70. GENERALIDADES.—71. HURTO.—72. EL ARTÍCULO 162 Y SUS CONCORDANCIAS.—73. ELEMENTOS DEL DELITO DE HURTO.—74. EL HURTO EN EL PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—75. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—76. EL CÓDIGO DE 1886 Y LOS PROYECTOS ANTERIORES.—77. PROYECTO DE 1891.—78. PROYECTO DE 1906.—79. LA LEY DE REFORMAS.—80. EL APODERAMIENTO.—81. CONSUMACIÓN DEL DELITO.—82. REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL.—83. MEDIOS DE EJECUCIÓN.—84. LA COSA Y EL AGENTE.—85. LA ILEGITIMIDAD DEL APODERAMIENTO.—86. EL OBJETO DEL DELITO.—87. EL CARÁCTER DE LA COSA.—88. LA SUBSTRACCIÓN DE ELECTRICIDAD.—89. CRITERIO AL RESPECTO.—90. HURTO DE USO Y HURTO DE POSESIÓN.—91. COSAS AJENAS Y COSAS SIN DUEÑO.—92. APROPIACIÓN LÍCITA E ILÍCITA.—93. EL VALOR DE LAS COSAS.—94. LA FALTA DE CONSENTIMIENTO.—95. EL ÁNIMO DE LUCRO.—96. LA PENALIDAD.—97. EL ARTÍCULO 163 Y SUS CONCORDANCIAS.—98. LOS HURTOS CALIFICADOS.—99. EL HURTO Y EL ROBO EN LOS ANTECEDENTES NACIONALES.—100. PROYECTOS POSTERIORES AL CÓDIGO DE 1886.—101. HURTO DE GANADO.—102. PRODUCTOS SEPARADOS DEL SUELO.—103. MÁQUINAS O INSTRUMENTOS DE TRABAJO DEJADOS EN EL CAMPO.—104. ALAMBRES U OTROS ELEMENTOS DE LOS CERCOS.—105. HURTO CALAMITOSO.—106. EL HURTO CALAMITOSO EN EL PROYECTO DE 1891.—107. LOS CASOS QUE COMPRENDE EL INCISO 2.º DEL ARTÍCULO.—108. EL INCISO 3.º Y SUS ANTECEDENTES.—109. PRECEDENTES DEL PROYECTO DE 1891.—110. LA AGRAVANTE CUANDO SE VIOLAN CERRADURAS O SE USAN LLAVES FALSAS.—111. ESCALAMIENTO.—112. SIGNIFICADO ANTIGUO Y MODERNO DE ESCALAMIENTO.—113. OTROS HURTOS CALIFICADOS EN EL PROYECTO DE 1891.

70. **Generalidades.**—Los delitos que han sido examinados hasta ahora encierran ataques contra el individuo, pero, como no son sólo los derechos personales los que se protegen por las instituciones de los pueblos contemporáneos, las leyes penales deben incriminar hechos de diversas naturaleza para tutelar la vida social en sus diversos aspectos.

Los países civilizados se han organizado económicamente a base de la consagración y del respeto al derecho de propiedad. De aquí que los atentados contra el mismo deban ser erigidos en delitos.

La Constitución Federal, en el artículo 14, dice que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de usar y disponer de su propiedad; y en el 17 expresa que la propiedad es inviolable, no pudiendo ser privado de ella ningún habitante de la Nación, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.

El artículo 20 de la misma Constitución dice que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, y entre ellos el de poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos.

El régimen de la propiedad, las maneras de adquirirla y transferirla, se encuentran establecidas en el Código Civil, donde se consignan las disposiciones necesarias para la efectividad de las garantías constitucionales.

Pero los ataques al derecho de propiedad, no sólo se deben legislar bajo el punto de vista de las relaciones privadas, asegurando el derecho, y procurando en su caso la restitución de las cosas, sino incriminando los hechos que atentan contra su estabilidad.

El derecho de propiedad puede atacarse de diferentes maneras, presentándose, así, diversas clases de delitos.

El Código se ocupa en los ocho capítulos del título sexto del libro segundo, de hurto, robo, extorsión, estafas y otras defraudaciones; quebrados y otros deudores punibles; usurpación, daños y disposiciones generales.

Los intereses que se protegen al legislarse sobre esos delitos, son los patrimoniales, de los que se ocupa el Código Civil en el libro tercero, referente a derechos reales. Según esa ley, se llaman cosas los objetos corporales susceptibles de tener un valor. (Artículo 2311). Los objetos inmateriales, susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio. (Artículo 2312).

El patrimonio de una persona, según la nota del doctor Vélez Sársfield, puesta al pie del artículo 2312, es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales.

“ El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas; pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama una *universalidad* en este código. Si es por la intención del propietario, es *universitas facti*; si por el derecho, *universitas juris*. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de hecho, por la voluntad del propietario, por ejemplo, cuando un testador lega, a título singular, una parte de su sucesión.”

El patrimonio, según las disposiciones de la ley civil, puede estar constituido por bienes que no son cosas materiales, como por ejemplo los créditos y por cosas. Estas últimas se dividen en muebles e inmuebles, y todos deben tener un valor, ya sea material o simplemente de afección.

La ley penal ampara el patrimonio de las personas, tanto el de aquellas de existencia visible, como el de las jurídicas, puesto que pudiendo estas últimas adquirir bienes, el despojo o la disminución de los mismos por medio del delito las afecta en sus derechos.

Las distinciones entre los diferentes delitos contra la propiedad provienen de diversos factores, que serán examinados al estudiarse cada uno de ellos.

71. **Hurto.**—El primer delito contra la propiedad de que se ocupa nuestro código, es el de hurto.

Desde luego, es preciso tener presente que la propiedad se ejercita sobre cosas inmuebles, sobre cosas muebles y sobre bienes que no son cosas.

El hurto es un delito que se ejecuta sobre cosas muebles, esto es, sobre objetos, con formas determinadas que lo caracterizan.

Nuestra ley lo define como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

Como los puntos de vista teóricos se relacionan de una manera directa con las disposiciones legales, y como las diferentes leyes tienen alcances diferentes, aun cuando concuerdan en los aspectos fundamentales, considero más conveniente estudiar los antecedentes nacionales y las cuestiones doctrinarias a través de cada uno de los preceptos del Código.

72. El artículo 162 y sus concordancias.—

Artículo 162

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

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 402.—Holandés, 310.—Húngaro, 333.—Español, 530.—Uruguayo, 369.—Chileno, 432.—Alemán, 242.—Belga, 463.—Proyecto del doctor Tejedor, sección segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 6.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 317.—Código de 1886, 193 y 194.—Proyecto de 1891, 197.—Proyecto de 1906, 177.—Ley número 4189, 22, Hurto, a).

73. **Elementos del delito de hurto.**—De conformidad al concepto contenido en la ley para que exista el hurto se requiere: 1.º Apoderamiento; 2.º De cosa mueble ajena; y 3.º Con falta de consentimiento de su dueño.

De acuerdo con las definiciones de otros códigos (1), Crivellari e Irureta Goyena (2) entienden que se necesita también la concurrencia del ánimo de lucro.

Examinaré cada uno de esos elementos en los antecedentes y en la ley actual.

74. **El hurto en el proyecto del doctor Tejedor.**—En el proyecto del doctor Tejedor se castiga al que cometa hurto, substraendo clandestinamente la cosa mueble de otro sin concurrir ninguna de las circunstancias que caracterizan el robo.

La nota se refiere a las diferencias entre el hurto y el robo, y expresa:

“ Hemos declarado ya—dice Pacheco—la diferencia entre el hurto y robo, diferencia que es antiquísima en nuestro idioma, y que en todo tiempo han reconocido nuestras leyes. Si un uso vulgar ha confundido alguna vez tales palabras, no habría más que acudir a cualquier libro de derecho para deshacer la confusión. El robo es un atentado contra la propiedad que envuelve la idea de la violencia, el hurto sólo supone la astucia. Aquél fuerza las personas o quebranta las cosas para tomar algo; éste toma sin causar destrozos, intimidaciones, ni lesiones. La consecuencia natural de tales antecedentes es que el hurto, por más que deba ser severamente castigado, no puede serlo tanto como el robo; y que faltaría la legislación que, sometiéndolos a un nivel, decretase contra uno y otro delito iguales penas. Quien me puso una pistola al pecho para quitarme el reloj, es

(1) Obra citada. Tomo VIII, página 11.

(2) Irureta Goyena.—El Delito de Hurto, página 5.

“ más criminal que el que me lo tomó de sobre la mesa de mi casa, y aun que quien me lo quitó del bolsillo sin que yo lo sintiese.”

Sobre las características del delito, agrega la misma nota:

“ En el código de Baviera ver el artículo 209. La propiedad—dice el Comentario Oficial—puede ser atacada de dos modos, que dan origen a dos clases de crímenes o delitos, la apropiación o destrucción ilícita de la cosa ajena... La definición del hurto, supone: 1.º Una cosa mueble, porque las inmuebles e incorpóreas no son susceptibles de hurto; 2.º Cosa de otro, porque no puede cometerse hurto en las cosas propias; 3.º Toma de posesión o sustracción, porque la retención de una cosa ya poseída es un crimen *sui generis*; 4.º Acto de violencia, porque el hurto con violencia es también un crimen particular; 5.º Falta de consentimiento del que tenga derecho a la cosa, esto es, del dueño o simple poseedor; 6.º La intención, en fin, de apropiarse maliciosamente la cosa ajena, *animus rem sibi habendi*. Este pensamiento de hacer suya la cosa es el carácter esencial del hurto, y excluye el *furtum usus*, el *furtum possessionis*, el *furtum pignoris*, y otros hechos de la misma naturaleza que pueden constituir actos de fraude, de vindicta privada, pero que el código actual no considera hurto. Es decir que, por este código, el hurto con violencia en las cosas agravó el crimen, pero no le quita su carácter general de hurto. Sobre la sustracción que hace el propietario de su cosa, el que halla una cosa perdida, el heredero o socio de las cosas de la herencia yacente o sociedad, véanse los artículos 211, 212 y 213.

“ Ahora, ¿qué debe entenderse por sustracción? ¿Es la simple aprehensión de la cosa, o se necesita también su remoción? *Furtum ab auferendo*—decía la Instituta.—La ley romana, sin embargo, no podía atribuir a esta palabra un sentido tan absoluto, puesto que según ella había hurto también cuando se usaba de la cosa prestada o depositada. (Chauveau Adolphe, t. 5, ps. 25 y siguientes). ¿Pero deberá considerarse como sustracción la acción del que se encuentra un objeto perteneciente a otro y lo retiene fraudulentamente? La afirmativa es indudable—dice el mismo autor—si la intención fraudulenta de apropiarse la cosa se manifiesta en el momento mismo de tomar la posesión: *Nihil ad furtum minuendum facit*—decía la ley romana,—*quod cujas sit ignorent*. La sustracción es el acto material de apoderarse de un objeto, y este acto se ejerce lo mismo

“ sobre un objeto encontrado que sobre uno que está en poder del dueño. Si el agente recoge el objeto sin intención de apropiárselo, pero esta intención nace ulteriormente, la ley romana no encontraba hurto en este hecho. Esta hipótesis, evidentemente difiere de la primera. La cosa ha sido recogida con la intención de devolverla. No ha habido, pues, fraude en el momento de la aprehensión, no ha habido sustracción. El pensamiento de apropiarse la cosa ha nacido después en el espíritu del agente, pero en este momento no podía ya sustraer, puesto que era poseedor, y el acto por el cual había comenzado su posesión ya consumado, no podía recibir un carácter nuevo de un hecho posterior a su perpetración...”

“ CLANDESTINAMENTE, &a.—Sin intención criminal no hay hurto. Si la sustracción, pues, no es acompañada de fraude, si el agente no tiene la intención de despojar a otro, no hay delito. De aquí varias consecuencias que pueden verse en Chauveau Adolphe, tomo 5, páginas 40 y siguientes.

“ COSA MUEBLE, &a.—Desde que el hurto supone la sustracción o remoción, es evidente que no puede recaer sino en las cosas muebles. La Instituta, al enunciar la misma regla, manifiesta que no fué observada siempre. Pero la ley romana restringe el hurto a los muebles, y la Glosa formula claramente la máxima: *furtum non committitur in rebus immobilibus*. Si los inmuebles son objeto de una ocupación fraudulenta o violenta, no es hurto, sino usurpación, y este delito es susceptible de calificación y pena diferente, según que se comete por fuerza, por rebelión a la justicia, por remoción de mojones, o por fabricación de títulos falsos. (Chauveau Adolphe, tomo 5, página 27).

“ DE OTRO, &a.—El que sustrae su propia cosa no comete hurto: *rei nostrae furtum facere non possumus*, porque el hurto es un atentado contra la propiedad. De donde se deduce: 1.º Que no pueden ser materia del hurto las cosas que no tienen dueño, o que han sido abandonadas, *res nullius*, *res pro derelictis habitoe*; 2.º Que el derecho parcial en la cosa no hace desaparecer el hurto.” (Chauveau Adolphe, tomo 3, páginas 48 y siguientes).

La nota se refiere, por fin, a la penalidad, que es menor para el hurto que para el robo, a pesar de haberse tenido antiguamente un criterio distinto. “En época en que cada uno se fiaba de su brazo para hacer respetar su persona y su propie-

“dad, un ataque violento se consideraba menos temible y menos vergonzoso que una sustracción operada por una maniobra clandestina.”

En el proyecto del doctor Tejedor, como puede notarse, el hurto se caracteriza por la sustracción de una cosa mueble de otro, ejecuta clandestinamente. Este último factor no se exige en el código vigente.

75. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se define el delito de hurto diciéndose que se produce cuando concurre la sustracción fraudulenta de una cosa mueble.

La redacción, que es distinta a la del proyecto anterior, concreta los elementos del delito. Para que exista hurto se requiere: 1.º Cosa mueble; 2.º Sustracción de la misma; y 3.º Acto fraudulento.

El informe de la comisión redactora se limita a decir que se han adoptado en general las doctrinas del proyecto Tejedor, modificando la redacción para aclarar o ampliar las disposiciones y para armonizarlas con el sistema de penalidad adoptado.

76. El código de 1886 y los proyectos anteriores.—El código de 1886 trae sobre hurto dos disposiciones. La primera castiga al que subtrae clandestinamente la cosa de otro sin que concurren las circunstancias de los preceptos que se ocupan del robo; y la segunda incrimina al que arrebató una cosa del poder del que la lleva.

El primer artículo, tomado del proyecto del doctor Tejedor, exige la clandestinidad, no correspondiendo, por tanto, los casos de apoderamiento en que no hubiese concurrido aquella circunstancia. Por eso debió colocarse el segundo precepto, que castiga al que arrebató una cosa del poder de quien la lleva, pues el que

así procediese no habría incurrido en hurto por falta de clandestinidad, y no habría ejecutado un robo si no hubiese mediado la violencia o la fuerza.

El proyecto del doctor Tejedor también castigaba al que arrebatase una cosa del poder de quien la llevara, pero la disposición respectiva no se encontraba en el capítulo sobre robos y hurtos, sino en el de extorsión.

En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, esta última disposición no existía, pero se hablaba en el artículo 310 del arrebato violento de una cosa mueble, *lo que constituye el delito de robo.*

77. Proyecto de 1891.—Hasta aquí el robo y el hurto se legislaban en el mismo capítulo, aunque separándolos en diferentes artículos.

El proyecto de 1891 dedicó el primer capítulo del título a legislar sobre el hurto, destinando el segundo al robo.

Comete hurto, según el artículo 197, el que, con ánimo de lucro, se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

El delito requiere: 1.º Apoderamiento ilegítimo, vale decir, contra la voluntad del dueño; 2.º De cosa mueble; 3.º Total o parcialmente ajena; 4.º Con ánimo de lucro.

La exposición de motivos, fundando el precepto, dijo:

“En el artículo 197 consignamos una disposición general que reprime el hurto, caracterizando este delito por los siguientes elementos constitutivos: apoderamiento ilegítimo de cosa mueble—total o parcialmente ajena,—con ánimo de lucro. Leyéndose nuestra definición del hurto se recordará la que da del robo el artículo 515 del código español, y los elementos que el mismo código atribuye al hurto en el artículo 530. El robo se distingue allí del hurto con las mismas distinciones de nuestro proyecto: en el primero hay violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; en el segundo no concurre ninguna de las circunstancias. Los demás elementos de estos delitos son comunes a ambos. Para precisar el distinto significado

“ de estos términos—*robò* y *hurto*,—es necesario considerar que estas palabras no tienen una exacta correspondencia ideológica en sus correlativos de otros idiomas, y que es conveniente conservarles la acepción que les dan los códigos escritos en nuestra lengua. La *clandestinidad*, como característica del hurto, ha sido enunciada por el código Tejedor; pero, si la nota de su proyecto indica la fuente de que tomó aquel término, solamente se propuso expresar la idea de *fraude*, que se considera esencial en el *vol* del código francés. Para mantener aquella circunstancia como característica de una de las formas del delito de que se trata, sería necesario adoptar la palabra *hurto* como genérica, y volver a la división ya abandonada del hurto en *manifiesto* y *clandestino*.”

Además, la misma exposición hacía notar que el código de 1886 había caracterizado el hurto por la substracción clandestina, noción demasiado estrecha para una disposición general, y que deja sin represión el apoderamiento de una cosa en presencia del poseedor.

La observación era justa, pues como lo hemos visto antes, el código de 1886 castigaba: 1.º La substracción clandestina; 2.º El acto de arrebatarse la cosa del poder de quien la lleve, pero no el apoderamiento en presencia del dueño que no la tuviere materialmente en su poder, no siendo, por tanto, preciso que le fuese arrebatada.

78. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 quitó una de las exigencias contenidas en el de 1891, o sea la relacionada con el ánimo de lucro, y se limitó a reprimir al que se apoderase ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

Si guiéndose al proyecto anterior, el capítulo primero del título sobre delitos contra la propiedad se ocupaba del hurto.

La exposición de motivos no contenía fundamentos especiales respecto a este delito.

79. La ley de reformas.—La ley número 4189 derogó el título sobre robos y hurtos que traía el código de 1886, por medio del artículo 22, el que reemplazó también aquellas disposiciones abrogadas con otras que tomó del proyecto de 1891.

En un capítulo se legisló sobre hurtos y en otro sobre robos. Con relación al primero se definió el delito castigando al que se apoderase ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.

En esta parte, la ley de reformas fué duramente criticada por haber omitido algunas de las disposiciones del proyecto de 1891, que daban unidad al conjunto.

Las penas se aumentaron, sobre todo en los casos de agravaciones especiales, y con relación a los hurtos no se tuvo en cuenta el monto para reducir los castigos. En cambio, esas circunstancias se consideraron al legislar sobre robos, de donde resultaba que era en algunos casos más conveniente ejecutar el delito más grave para contar con menos penalidad.

Revisados los antecedentes, y comprobadas las diferencias existentes en nuestros proyectos y leyes, pasará al examen concreto de la disposición en estudio.

80. El apoderamiento.—Los romanos exigían la concurrencia de la *contraeactio*, lo que traduce el concepto actual de apoderamiento. Pero si bien la palabra responde a una idea precisa, el alcance de la misma se ha interpretado de manera diferente por las distintas legislaciones y por los autores.

El apoderamiento es, por lo demás, el elemento material del delito, tanto en el hurto como en el robo.

Cuatro doctrinas indica Irureta Goyena acerca de este punto (1).

(1) Obra citada, página 5.

Según la primera, basta para la consumación del hecho, el simple tocamiento, el contacto con la cosa por parte del agente. La segunda requiere, para que el hurto se considere consumado, que el objeto haya sido desplazado o removido. La tercera exige que la cosa mueble haya sido extraída de la habitación, de la casa, y, en ciertos casos, de las dependencias del lugar en que se hallaba colocada. La cuarta sostiene que es preciso para la existencia del delito que las cosas hayan sido transportadas al lugar que se destinaba para su conservación, guarda o goce.

Agrega el autor citado que, según otro criterio, que es una modalidad de la última doctrina, hay que distinguir, a los efectos de caracterizar el apoderamiento, entre bienes muebles y semovientes. El delito no se consuma mientras el sujeto no ha tomado posesión de la cosa, y esa posesión, cuando se trata de muebles, se puede considerar como concluída con la extracción de los objetos de la habitación o casa donde se encontraban. Pero cuando se trata de animales, ese fenómeno no se realiza mientras los semovientes hurtados no se hallen en el lugar que se les destina para su guarda u ocultamiento.

Por fin, otros sostienen, también dentro de la teoría precedente, que el hurto se consuma, y concurre, por tanto, el apoderamiento, cuando la cosa sale de la esfera de la vigilancia del dueño o poseedor para ser trasladada a la esfera de vigilancia del detentador, esto es, desde que se saca el objeto del lugar en que el dueño ejercita su acción patrimonial.

Irureta Goyena (1) sostiene que de esos diferentes criterios sólo quedan en pie tres, que tienen su traducción en las legislaciones.

El primero, que sostiene la necesidad de la remoción del objeto, se acepta en Alemania, Austria y España. Para que haya hurto bajo ese sistema basta la remoción de la cosa, su desplazamiento; es suficiente la aprehensión efectiva, aun cuando la cosa permanezca en la misma pieza y no haya sido sacada del ámbito natural en que ejercita su vigilancia el dueño.

El segundo domina en Francia y Bélgica, requiriéndose para que se consume el hurto la substracción de la cosa, o sea la extracción de la misma de la habitación, de la casa o de las dependencias.

El tercero es el que aceptan el código italiano y el uruguayo,

y que requiere para el hurto consumado algo más que el desplazamiento y la remoción, necesitándose que la cosa haya salido de la esfera en que ejerce su vigilancia el dueño o poseedor.

Para el autor citado, el sistema más exacto es el primero, o sea aquel según el cual basta, para que el delito esté consumado, la simple remoción del objeto.

En realidad, y como expresa con acierto González Roura (1), las doctrinas fundamentales sobre alcance del apoderamiento son dos: la que sostiene la consumación por la simple aprehensión de la cosa mueble y la que preconiza la necesidad de la remoción o desplazamiento de la misma. Esta última ofrece distintas subdivisiones, que se dirigen a establecer qué clase de actos han debido consumarse sobre los objetos, partiendo desde la remoción para que el delito se considere ejecutado.

Se afirma, por los diferentes sostenedores, que se precisa: 1.º La simple remoción del objeto, aunque no haya sido sacado de la habitación, casa, patio, etc.; 2.º La necesidad de haberlo retirado del lugar donde se encontraba; 3.º La remoción del sitio adonde alcanza la esfera de vigilancia del dueño o poseedor; 4.º La traslación del objeto al lugar donde se le destina por el delincuente.

Es indudable que el simple contacto con la cosa mueble, el hecho de tocarla, no determina la existencia del delito.

Carrara (1) dice acertadamente que si el delito de hurto fuese formal y se consumase por la sola violación del derecho que implica una determinada acción, aunque el fin criminoso no se hubiese realizado, en el caso en que un sujeto echase mano a un objeto ajeno y no lo pudiese desplazar porque estaba adherido a la pared del edificio, habría consumado el hurto, lo que es contrario a la noción jurídica. En un caso de esos habría una tentativa de delito. De lo contrario, podría decirse que había existido apoderamiento del mismo inmueble por el hecho de haber intentado tomar un objeto que formaba parte del mismo.

Si un individuo toma una caja de hierro o una estatua de mármol, y no puede moverlas por su peso excesivo, no realizando el plan de apoderamiento, es indudable que no habrá consumado el delito, sino que lo habrá intentado, sin ejecutarlo por causas independientes de su voluntad.

(1) El Delito de Hurto, páginas 7 y siguientes.

(1) Derecho Penal. Tomo III, páginas 171 y 172.
(2) Programma. Parte Speciale, N.º 2018.

El código vigente habla del que se apoderare, exigiendo el apoderamiento y no la tentativa. Apoderarse equivale a someter la cosa a la propia posesión.

*

* *

81. Consumación del delito.—Pienso, como Irureta Goyena y González Roura, que el hurto se ejecuta cuando el agente remueve la cosa mueble, y entiendo que, realizado ese acto, la ha sometido a su posesión y ha consumado el apoderamiento.

El delito puede realizarse sobre cosas que están en poder de una persona, o en un local vigilado o no. Cuando los objetos están en los bolsillos, las ropas o las manos de una persona, es preciso para que el apoderamiento tenga lugar que se saquen de allí y se trasladen al poder del delincuente. El hecho de tocar los objetos puede significar una tentativa, pero no es, sin duda alguna, el apoderamiento.

Cuando la cosa mueble no se encuentra materialmente en poder de una persona, sino en un local, el contacto tampoco puede dar lugar a que se entienda consumado el delito, puesto que por múltiples circunstancias el agente puede no haber estado en condiciones de llevarse los objetos. El apoderamiento no existe con sólo tocar, siendo preciso que los objetos pasen a la disposición del delincuente, pues de otro modo el apoderamiento no existe. Este supone la toma material de posesión.

En las leyes que requieren el apoderamiento de la cosa, subtrayéndola del lugar en que se encuentra, la discusión acerca de los requisitos que deben llenarse para que se considere operada la substracción debe presentarse. El código italiano, en el artículo 402, y el uruguayo en el 369, requieren las dos circunstancias, o sean el apoderamiento y la substracción del lugar que la cosa ocupaba. De aquí las diferentes doctrinas que tienden a decir cuándo se ha consumado el delito y cuándo se ha operado el apoderamiento, para lo que se necesita la substracción del lugar. ¿Basta cambiar el objeto de sitio? ¿se precisa sacarlo de la pieza? ¿es indispensable trasladarlo del local donde se encuentra o es suficiente sacarlo del dominio de la vigilancia del dueño o poseedor?

Dentro de nuestro código, que no exige sino el apoderamiento, esas discusiones, que preocupan a los comentadores italianos, no se presentan. La remoción es lo único que se requiere entre nosotros, porque sin ella no existe el apoderamiento, y cualesquiera que sean los motivos que la hayan impedido. En nuestro sistema no se podría discutir si hay tentativa o delito consumado en el caso de ser encontrado el sujeto dentro de la pieza donde están los objetos con éstos empaquetados y listos para ser llevados, o simplemente en el momento de arreglarlos para la traslación. Dentro de nuestro código el delito se habría consumado aun cuando las cosas no se hubieren extraído del local.

En manera alguna puede decirse que el apoderamiento haya dejado de operarse cuando el delincuente toma los objetos.

En los delitos contra la propiedad, el delincuente no cambia con el apoderamiento el derecho sobre los objetos, sino el hecho de la posesión. El ladrón no adquiere el bien jurídicamente, éste no pasa a ser de su pertenencia, pero arranca la posesión del mismo y la subtrae al propietario o tenedor.

Cuando el delincuente toma el objeto para lo cual necesita removerlo, lo incorpora a su posesión y consume el delito. Si es sorprendido antes de llevarlo, se opera la restitución, de la misma manera que se producirá si la sorpresa tuviera lugar después de haber conducido los objetos a su casa o al lugar destinado a su guarda, goce o aprovechamiento.

El que se apodera de una cosa la posee, la tiene a su disposición, siendo la posesión material un hecho independiente de la facultad correspondiente, o sea del derecho a ejercitarla.

Por eso dice bien Irureta Goyena (1), que en materia penal hay posesión cuando la cosa se halla en poder de alguien, fuera quien fuere, y por cualquier título que fuese, incluso el absolutamente ilegal que representa la tenencia por el hurto, siempre que este estado se realice al abrigo de la vigilancia del dueño.

En mi concepto, aun cuando el dueño estuviese vigilando la cosa, advertido de la presencia del delincuente, el delito estaría consumado para nuestra ley con la remoción del objeto. El hecho de esa vigilancia no daría al acto el carácter de tentativa.

(1) Obra citada, página 15.

82. Reglas del Código Civil.—El Código Civil contiene reglas relacionadas con posesión, apoderamiento y otras características referentes a la propiedad de cosas muebles, que conviene mencionar a los efectos de fijar las nociones en examen.

Habrà posesión—dice el artículo 2351—cuando alguna persona por sí o por otro tenga una cosa bajo su poder con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

El que tiene efectivamente una cosa—agrega el artículo 2352,—pero reconoce en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesión del propietario.

La posesión es legítima o viciosa, y de buena o mala fe. Es viciosa, según el artículo 2364, cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato o abuso de confianza.

La posesión—dice el artículo 2373—se adquiere por la aprehensión de la cosa con intención de tenerla como suya, y salvo lo dispuesto sobre la adquisición de las cosas por sucesión.

Como el Código Civil se refiere a la posesión lícita, a la que emana de un derecho, la aprehensión puede consistir hasta en un acto que no sea un contacto personal, pero que ponga a la persona en presencia de la cosa con la posibilidad física de tomarla. (Artículo 2374).

Pero cuando la cosa carece de dueño y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación, la posesión queda adquirida con la mera aprehensión.

La posesión se pierde cuando el poseedor, por un acontecimiento cualquiera, se encuentra en la imposibilidad física de ejercer actos posesorios en la cosa. (Artículo 2452). Se pierde también cuando por el hecho de un tercero es desposeído el poseedor. (Artículo 2455).

El Código Civil, además, en el capítulo que trata de la apropiación, que es uno de los modos de adquirir el dominio, se refiere al hurto. El artículo 2539 dice textualmente:

“Comete hurto el que se apropiare las cosas que hallare y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores; y también el que se apropiase los despojos de los naufragios

“y de las cosas echadas al mar o a los ríos para alijar los buques.”

El que hallare una cosa perdida—dice el mismo código—no está obligado a tomarla, pero si lo hiciera debe ser considerado como un depositario de la misma. (Artículo 2531).

La posesión se toma por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto o estelionato. (Artículo 2382).

El Código Civil no justifica la adquisición de objetos por medio del delito, puesto que se refiere a las formas lícitas, pero reconoce que la posesión como hecho puede cambiarse como consecuencia de una infracción. El hecho delictuoso no hace nacer derechos en el autor del atentado, sino en el propietario que está facultado para exigir la restitución, aparte de las sanciones de orden penal que la sociedad persigue y aplica.

83. Medios de ejecución.—El Código no dice nada acerca de los medios que pueden usarse para el apoderamiento.

Entiendo, en consecuencia, que no conteniéndose restricciones, todos los que lleven a la finalidad perseguida deben considerarse que han servido para consumar el delito.

Irureta Goyena (1), dice al respecto:

“El apoderamiento se lleva a cabo comúnmente por la aprehensión manual; para ser hurtada una cosa, cualquiera que ella fuere, es necesario agarrarla, tomarla, aprehenderla, en una palabra. Esto es, así, de una manera casi absoluta; sin embargo, el apoderamiento es perfectamente conciliable con otros medios muy variados y muy diversos de ejecución. Ejemplos al caso: El que para nutrir un animal, gratuitamente, lo suelta en el prado vecino, comete un hurto; el que amamanta su ternero haciendo chupar las ubres de la vaca de un tercero, comete un hurto; el que mediante una cañería logra substraer el agua de un estanque, de un lago o de una cisterna perteneciente a un particular, comete un hurto; el que utilizando la inteligencia de un animal, de un perro, por ejemplo—como se cuenta de cierto

(1) El Delito de Hurto, páginas 19 y 20.

‘ círculo de artistas españoles que en los momentos de estrechez
 “ se valían de un sabueso para proveer de chorizos el puchero,—
 “ se procura una cosa que no le pertenece, comete un hurto. En
 “ todos estos casos, según ustedes ven, falta la aprehensión ma-
 “ nual; pero el aprovechamiento se ha verificado, sin género al-
 “ guno de duda, por otros medios igualmente eficientes, que per-
 “ judican tanto al propietario y que lesionan de una manera tan
 “ efectiva el derecho a la propiedad como si aquel requisito se
 “ hubiera de hecho cumplido.

“ Esta doctrina es rigurosamente aplicable también al caso de
 “ aquellos que logran apoderarse de animales ajenos por medio
 “ de trampas y otros artificios semejantes. El que con aparatos
 “ adecuados logra sustraer las gallinas o las palomas, o cualquier
 “ otra clase de animales domésticos a un propietario vecino, in-
 “ curre, sin género alguno de duda, en el delito de que
 “ tratamos.”

Entiendo que el delito existirá siempre que el medio haya
 sido usado por el agente con el propósito del apoderamiento. Así,
 si un animal se ha apoderado de cosas de otro, el dueño de aquél
 sólo incurriría en las responsabilidades civiles del daño causado,
 si no hubiese dispuesto el atentado y éste se hubiere producido
 por acción del animal. Para que se cargue al dueño con la conse-
 cuencia penal, es preciso que el animal haya sido usado como un
 medio de llevar a cabo el apoderamiento.

*
* *

84. La cosa y el agente.—Se entiende que puede concurrir el
 apoderamiento característico del hurto cuando la cosa mueble no
 se encuentra en poder del agente. Si éste la tiene, la posee, y
 debiendo devolverla se la apropia, el delito es otro. El Código re-
 suelve así el punto, diciendo en el inciso 2.º del artículo 173 que
 incurre en el delito de defraudación el que, con perjuicio de otro,
 se negase a restituir o no restituyese a su debido tiempo, dinero,
 efectos o cualquier otra cosa mueble que se le hubiese dado en
 depósito, comisión, administración u otro título que produzca obli-
 gación de entregar o devolver.

Es preciso—como dicen González Roura e Irureta Goyena—

tener en cuenta cómo ha obtenido la cosa el autor del hecho.

Si los objetos se le han entregado para que los use en la
 casa, por ejemplo, si se trata de una persona que ha ido a una
 biblioteca y habiéndosele proporcionado libros para que los lea
 allí, se los lleva, es reo del delito de hurto. En cambio, si se
 le han prestado los libros y éstos han salido del poder y de la
 vigilancia del dueño o encargado, la falta de restitución convierte
 al que retiene en autor de defraudación.

En el primer caso se entiende que los objetos no habrían
 pasado a ser poseídos por el delincuente, quien sólo los tenía bajo
 la acción del dueño o poseedor. Para cambiar el estado de la
 posesión ha tenido que ser necesario un acto de apoderamiento
 y aun de traslación, que ha seguido al primero.

*
* *

85. La ilegitimidad del apoderamiento.—El apoderamiento de
 una cosa mueble no hace incurrir por ese solo hecho en delito al
 autor del mismo. El Código exige una circunstancia especial, di-
 ciendo que debe ser ilegítimo.

El que se apodera de la cosa propia ejercita un derecho. El
 que recupera el objeto que le ha sido sustraído, tampoco comete
 un delito, salvo el caso en que la sustrajere del que la tiene en
 su poder legítimamente. En este caso, y según lo preceptuado por
 el inciso 5.º del artículo 173 del código vigente, se incurriría en
 defraudación.

Tampoco concurriría el delito si el dueño de la cosa hubiese
 consentido en el apoderamiento.

El consentimiento tiene que ser expreso, con excepción de
 los casos previstos en el artículo 185 del código en vigor, que no
 castiga los hurtos que recíprocamente se causaren determinados
 parientes, porque entiende que tal consentimiento se debe suponer.

*
* *

86. El objeto del delito.—Examinado el primer elemento que
 se requiere para la existencia del delito de hurto pasará a ocu-

parme del segundo, o sea el relativo al objeto de la infracción; cosa mueble total o parcialmente ajena.

Los conceptos relacionados con la propiedad a que se refiere la disposición en esta parte, se encuentran desenvueltos en el Código Civil, donde tienen, sin embargo, una extensión más limitada que en nuestra materia.

Se llaman cosas—dice el artículo 2311—los objetos corporales susceptibles de tener su valor.

“La palabra *cosas*—dice la nota,—en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la extensión de esta palabra a lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes. La cosa es el género, el bien es una especie.”

Las cosas—dice el artículo 2313—son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión o por su carácter representativo.

Son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles. (Artículo 2318).

Son también muebles todas las partes sólidas o flúidas del suelo, separadas de él como las piedras, tierra, metales, etc.; las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo el suelo; los materiales reunidos para las construcciones de edificios mientras no estén empleados; los que provengan de una destrucción de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos materiales. (Artículo 2319).

Los inmuebles, por su naturaleza, son las cosas inmovilizadas por sí mismas, como el suelo; y por accesión las que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo. Tienen también el carácter de inmuebles las cosas muebles que se han puesto intencionadamente como accesorias de un inmueble por el

propietario de éste sin estarlo físicamente. (Artículos 2314, 2315 y 2316 del Código Civil).

Los inmuebles, por su carácter representativo, son los instrumentos públicos donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis.

La sola referencia a los preceptos del Código Civil muestra que el concepto de cosa mueble dentro del orden represivo tiene que ser más amplio que el fijado en el derecho que rige las relaciones privadas.

*
* *

87. El carácter de la cosa.—El concepto de objeto corporal aplicado a la cosa es aceptado sin discrepancias. Una idea, las propiedades de un objeto, un derecho, una calidad, que perteneciendo a otro se aprovechan contrariando su voluntad, no dan nacimiento a un delito de hurto.

Así, el que copia la obra teatral de otro y la hace representar como propia, el que plagia los versos o la novela ajena comete un delito, pero no de hurto, porque la substracción debe ser de cosas y no de ideas para que aquella infracción concorra. El que se apodera del invento de otro, tampoco comete hurto; el que registra la voz de un cantante y vende los discos que la contienen, contra la voluntad del artista, también delinque, pero no es reo de hurto. El que subtrae un derecho, poniéndose, por ejemplo, en lugar de otro para apoderarse de bienes muebles ajenos, tampoco comete un hurto, porque aun cuando se incaute de objetos, ese apoderamiento es una consecuencia del delito ya consumado con relación al derecho.

Pero la circunstancia de exigirse la concurrencia de una cosa, y ser ésta un objeto corporal, crea cuestiones que han provocado controversias.

Hay, en efecto, objetos que no pueden tocarse a causa de su naturaleza, y con relación a ellos se presentan las discusiones. Cuando la cosa es un sólido no existen dificultades, pues éste es tangible y aprehensible. Lo mismo podemos decir de los líquidos, los cuales se manejan en los envases adecuados. Si se trata de

un gas, como el de alumbrado, por ejemplo, también cabe la misma solución. El gas, como el vapor, el aire caliente, el oxígeno, el ácido carbónico, etc. (1), son cosas en el sentido de la ley civil, porque son cuerpos, ocupan un lugar, se envasan, se someten a la posesión individual y se comercia con ellos.

Todos los días observamos el hecho de la persona que compra oxígeno en la farmacia, ácido carbónico para aplicaciones industriales, y otros cuerpos de esa misma naturaleza. Lo que se adquiere en esos casos no es el envase, sino el cuerpo en sí, y el apoderamiento del mismo que podría hacerse cambiándolo de continente, consumiéndolo o de otra manera cualquiera, importaría el hurto, aun cuando el balón que lo encerrase se hubiese dejado para el dueño.

Respecto a los gases, como con relación a los líquidos, las opiniones son uniformes y se entiende que hay hurto cuando se produce el apoderamiento de esos objetos, llenándose las demás condiciones que caracterizan el delito.

Pero si bien es fácil precisar el asunto cuando se trata de gases o líquidos envasados, para cuyo apoderamiento es necesario o tomar el depósito mismo o vaciarlo, se presentan cuestiones acerca de la clase de delito que se comete cuando el agente no se apodera de determinado objeto, sino que subtrae el fluido de un depósito, como suele ocurrir con referencia al gas de alumbrado. Así, una persona se apercibe que en el zagúan de su casa hay una cañería de gas abierta, pero que no existe medidor, y para aprovecharse del fluido y contar con alumbrado y calefacción conecta los caños con una cañería propia, y se sirve así del gas de la empresa proveedora; otra persona horada la cañería de una casa vecina a los mismos efectos, y otra, en cambio, altera el medidor para que no marque o marque menos de lo que se consume, a los efectos de no pagar o pagar una suma inferior a la realmente adeudada. ¿Qué delitos existirían en estos diferentes casos? En el primero es indudable que concurriría el hurto, desde que la fuerza en las cosas o la violencia en las personas no se produjo; en el segundo caso habría robo, puesto que aquellas circunstancias calificativas y diferenciales concurren en el caso. Es preciso tener en cuenta, a este respecto, que en nuestra ley, a diferencia de lo que ocurre en algunas extranjeras, no se

(1) González Roura. Tomo III, página 174.

admite el hurto con fuerza en las cosas. En el tercer caso, por fin, existiría una defraudación, desde que el apoderamiento se habría producido por medio de maniobras fraudulentas.

* *

88. La substracción de electricidad.—La cuestión presenta mayores dificultades, aun cuando se trata de otras cosas menos susceptibles de ponerse bajo el dominio de los sentidos. Así, el que se apodera de energía eléctrica, ¿qué delito comete?

González Roura dice (1) que la verdadera dificultad se presenta con relación a la energía eléctrica, cuya naturaleza no está aún bien averiguada. Y esa dificultad aumenta si se considera que el Código Civil, además de emplear la palabra *cosa*, que supone objeto corporal, emplea el vocablo *mueble*, o sea cosa transportable.

Agrega que nuestros tribunales han reconocido que la energía eléctrica puede ser objeto de defraudación, y que la jurisprudencia francesa, italiana y uruguaya consideran caso de hurto el aprovechamiento indebido de energía eléctrica.

Después de anotar otros antecedentes, dice el autor citado que la electricidad debe ser considerada como cosa mueble a los efectos penales.

Irureta Goyena (1), dice a este respecto:

“Una cuestión que se relaciona muy íntimamente con esta, y que tiene, sin duda, mucha importancia, tanto del punto de vista teórico como del punto de vista práctico, es la que se relaciona con el *hurto de electricidad*. El apoderamiento ilícito de la energía eléctrica perteneciente a una empresa, ¿reune o no todos los caracteres del delito en examen? La cuestión se ha presentado antes de ahora a los tribunales, habiendo sido resuelta de una manera diametralmente diferente por ellos. Las cortes italianas y francesas, con una legislación que no ha previsto especialmente el caso, han fallado por la admisión del delito de hurto. Esta doctrina ha sido también aplicada en la República Argentina y en nuestro país. En Alemania, en cambio, los tribunales se han decidido por la teoría opuesta, enten-

(1) Tomo III, páginas 175 y 176.

(2) Obra citada, páginas 30 y 31.

“ diendo que en la definición que de esta figura jurídica del hurto formulan los códigos, no está comprendida la sustracción de un elemento que no merece en realidad el nombre de cosa, porque constituye propiamente una fuerza, una propiedad física de la materia, como el sonido, la luz, el calor, etc.

“ La tendencia actual de las legislaciones es hacer una figura jurídica especial del hurto de electricidad, con el objeto de escapar a las hesitaciones, a las dudas y a las críticas más o menos jurídicas y racionales que se hacen contra la admisión del delito común, cuando la sustracción recae sobre un elemento de naturaleza físicamente desconocida en su esencia, como es la electricidad.

“ Aunque somos de opinión que la electricidad se parece mucho, por su naturaleza, al calor, al sonido, al color y a otras propiedades de la materia, y que, por consiguiente, debieran regir a su respecto los mismos principios que son aplicables al aprovechamiento ilícito de estas otras cualidades, me inclino a la solución dada al problema por los tribunales franceses e italianos. Nos basamos para ello, en primer término, en el fácil desplazamiento de que puede ser objeto la electricidad, carácter bajo el cual entra en la categoría de las cosas muebles; y en segundo lugar en que, aun cuando sea una fuerza, se halla de tal modo confinada en los límites de la materia que le sirve de agente de transmisión, que puede considerarse jurídicamente como una parte de esa materia. Es indudable que la electricidad—cuya naturaleza íntima, según hemos dicho, constituye una incógnita—es bien diferente del hilo que la conduce a través del espacio y la lleva donde el hombre quiere utilizarla; pero, prácticamente, es inseparable de ese hilo mismo, forma parte integrante de él, y ofrece, debido a esta circunstancia, una facilidad de desplazamiento superior al de las otras cosas muebles que tientan la probidad de los hombres.

“ En la actualidad está previsto como delito especial el hurto de electricidad, entre otras legislaciones que en este momento escapan a nuestra memoria, en Alemania, en Inglaterra y en varios de los Estados que constituyen la Confederación de Norte América. Tal vez esta fuera la solución a que debiera arribarse en nuestro país, si los escrúpulos que todavía no se han suscitado sobre la juridicidad de la doctrina, se desperditaran en el porvenir.”

89. Criterio al respecto.—No creo que exista ningún motivo para que se aplique a los casos de sustracción de energía eléctrica, un criterio distinto al que se tiene con relación al gas de alumbrado o a otros gases.

La electricidad es una cosa que tiene su precio, que se aplica a determinados usos, que se produce en ciertas condiciones, y que da motivo a provisión, a negocios, a contratos, a transacciones de toda clase.

La electricidad, si bien no se envasa, se guarda por medio de acumuladores, se comercia con ella en esa forma, se vende cargando aparatos determinados, y se suministra como el gas, si no por medio de cañerías, usándose los cables, o sea el vehículo adecuado.

La electricidad se mide, de manera que el apoderamiento de una cantidad, no sólo se aprecia, sino que se avalúa. Y si bien es cierto que hay definiciones del Código Civil, no se le pueden aplicar estrictamente, porque aquel conjunto de legislación no tuvo en cuenta ciertos elementos, y porque el concepto de cosa en general es adecuado cuando se trata de hacer referencia a la electricidad.

Por lo demás, pienso que la ley penal—como dice González Roura—no tiene porqué estacionarse a la grupa de la civil, en materias en las cuales su dependencia no es necesaria.

90. Hurto de uso y hurto de posesión.—Algunas veces el apoderamiento de la cosa de otro no se realiza con el objeto de someterla al dominio del agente, sino simplemente con el de usarla o aprovecharse de ella.

Así, un individuo toma el automóvil de otro para hacer un viaje; subtrae el tubo de radium de un instituto científico para aplicárselo a sí mismo o a otro; un sirviente se viste con las ropas de su patrón para concurrir a una fiesta, etc. En estos casos,

¿el apoderamiento se debe castigar como hurto, o media una calificación especial?

Dentro de nuestro código, el hurto de uso, o sea el apoderamiento de cosa ajena sin ánimo de apropiación, no existe. Para nuestra ley, en cada caso habrá o no un hurto simple o calificado, el que deberá estimarse para graduar la penalidad con todas sus circunstancias.

Se discute también el *furtum possessionis*, y se pregunta en qué delito se incurre cuando se produce el hecho.

Se trataría en el caso de una persona que se apodera de la cosa de su propiedad, que se encontrase en poder de un tercero. Evidentemente, siendo una de las condiciones para que exista el delito de hurto que la cosa sea ajena, si la cosa en cuestión pertenece al agente, éste no ha podido incurrir en el delito de hurto. ¿Habría, entonces, ejecutado un acto legítimo? Si el tenedor de la cosa ejercitaba la tenencia sin derecho, si se tratase de un objeto robado, en manos del ladrón, por ejemplo, el dueño que hace lo necesario para conseguir la restitución de lo suyo realiza un acto legítimo.

Pero si el tenedor posee la cosa con derecho, las circunstancias varían. Así, puede ocurrir el caso que a una persona le hurten una alhaja, que el delincuente la enajene, y que las piedras preciosas de la misma sean vendidas por un joyero a una persona que las paga y las usa. El primitivo propietario que las substrajera del poder del tenedor cometería, sin duda, un atentado, pero no un hurto, porque las piedras eran de su propiedad.

Puede ocurrir también que una persona haya entregado a otra una cosa mueble de su propiedad, en prenda, y que la substraigna del poder de quien la tiene legítimamente.

En todos esos casos, y según lo establecido por el inciso 5.º del artículo 173, se comete el delito de defraudación, caracterizado por el apoderamiento que hace el dueño de la cosa mueble propia, de quien la tenga legítimamente en su poder.

91. Cosas ajenas y cosas sin dueño.—Hemos visto que el hurto debe ejercitarse en una cosa mueble. Debemos agregar ahora,

siguiendo la disposición de la ley, que esa cosa debe ser total o parcialmente ajena.

El concepto de cosa ajena es de relación, desde que el mismo objeto es ajeno para unos y propio para su dueño. Las cosas tienen o no un dueño determinado, siendo ajenas para quien no tenga ese carácter las susceptibles de propiedad, y aun las que, siendo apropiables, no pertenezcan a persona determinada.

Podría decirse, en general, que el concepto de cosa ajena es negativo en cuanto indica que la cosa no pertenece al delincuente, y positivo en cuanto se afirma que pertenece a alguien. El delito se comete si se ataca el aspecto positivo, esto es, cuando concurre el apoderamiento de la cosa que pertenece a otro.

Siendo preciso que el apoderamiento se ejecute sobre una cosa total o parcialmente ajena, cuando se consuma sobre una cosa que no pertenece a nadie, no se incurre en delito.

El Código Civil dice en el artículo 2525 que la aprehensión de las cosas muebles sin dueño o abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas.

La ley se refiere, así, a dos clases de cosas que no tienen el carácter de ajenas, porque carecen de dueño. Esas cosas son: 1.º Las abandonadas (*res derelictæ*); y 2.º Las sin dueño (*res nullius*).

Son cosas abandonadas por el dueño aquellas de cuya posesión se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas. (Artículo 2526).

Si las cosas abandonadas por sus dueños lo fueren para ciertas personas, esas personas únicamente tendrán derecho para apropiárselas. (Artículo 2529).

Es preciso—como dice el doctor Vélez Sársfield en la nota que pone al pie del artículo 2525—no confundir las cosas que no tienen dueño conocido con las cosas que no tienen dueño. La ocupación y, por ende, la aprehensión, no son lícitas sino en relación a las cosas que carecen de dueño.

El Código Civil se ocupa también de establecer cuáles son las cosas susceptibles de apropiación. El artículo 2527 dice que son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza; los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares y los ríos, como las conchas, corales, etc., y otras substancias que el mar o los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio ante-

rior; y el dinero o cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante; los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad.

El artículo 2343 del Código Civil, dice:

“ Son susceptibles de apropiación privada:

“ 1.º Los peces de los mares interiores, mares territoriales, ríos y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima o fluvial.

“ 2.º Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclamare inmediatamente.

“ 3.º Las piedras, conchas u otras substancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior.

“ 4.º Las plantas y hierbas que vegetan en las costas del mar, y también las que cubrieren las aguas del mar o de los ríos o lagos, guardándose los reglamentos policiales.

“ 5.º Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados o escondidos, sin que haya indicios o memoria de quien sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este código, relativas a esos objetos.”

La misma ley trae una serie de reglas respecto a la apropiación y a los objetos o animales susceptibles de la misma. (Ver artículos 2525 a 2570).

Así como he indicado dentro de esas disposiciones las que se refieren especialmente a las cosas que pueden ser objeto de la apropiación, considero oportuno señalar cuáles no son susceptibles de aquélla.

No son susceptibles de apropiación las cosas inmuebles, los animales domésticos o domesticados, aunque huyan y se acojan en predios ajenos; las cosas perdidas; lo que sin la voluntad de los dueños cae al mar o a los ríos; las que se arrojan para salvar las embarcaciones y los despojos de los naufragios. (Artículo 2528).

*
* *

92. Apropiación lícita e ilícita.—Para que la apropiación de una cosa sea lícita es preciso que dicha cosa no sea ajena, vale

decir, que sea *res nullius* o *res derelictae*. El que se apodera de una cosa perdida comete un delito de defraudación. (Artículo 175, inciso 1.º del Código Penal vigente). La disposición del Código Penal es concordante con la correspondiente del Código Civil que antes he mencionado. El que hallare una cosa perdida no está obligado a tomarla, según el artículo 2531 de la ley civil, pero si lo hiciere carga, mientras la tuviere en su poder, con las obligaciones del depositario, de manera que si infringe esos deberes y se niega a devolver, incurre en defraudación.

Se ha discutido si la persona que se apropia de objetos arrojados al mar para evitar un naufragio, esto es, si el apoderamiento de cosas provenientes de una echazón, implica o no un delito de hurto.

Irureta Goyena, Carrara, Manzini y González Roura opinan afirmativamente. Entre nosotros la cuestión se encuentra resuelta por el artículo 2539 del Código Civil, el que dice que comete hurto el que se apropiare de los despojos de los naufragios y de las cosas echadas al mar o a los ríos para aligerar los buques.

*
* *

93. El valor de las cosas.—El Código no dice nada acerca del valor de la cosa, pero es indudable que aquélla debe tenerlo. No se necesitaría, desde luego, que fuese susceptible de tener un precio en el comercio, bastando que tuviera un valor de afección.

El Código Civil, al definir las cosas en el artículo 2311, las llama objetos corporales susceptibles de valor, lo que quiere decir que ese factor se tiene en cuenta.

En el Código Penal anterior a la reforma el hurto se calificaba especialmene cuando el valor del objeto era reducido, y ese mismo criterio dominaba en relación a todos los delitos contra la propiedad. Así, si el valor de la cosa hurtada no excedía de quinientos pesos, la pena era de arresto de un mes a un año, y si excedía era de prisión de uno a tres años. (Artículo 193).

De manera que en esa ley, conforme con sus antecedentes los proyectos anteriores, era preciso que el objeto tuviese algún valor apreciable en dinero.

El proyecto de 1891 mantuvo el sistema, diciendo en el

artículo 224 que se refería a todos los delitos contra la propiedad, que si el valor del daño o de la cosa objeto del delito en cualquiera de los casos comprendidos en el título fuese inferior a la suma de cincuenta pesos, el juez podrá disminuir hasta la mitad el *mínimum* de la pena correspondiente al delito.

El proyecto de 1906 cambió ese criterio, que fué mantenido por la ley de reformas, y la exposición de motivos para fundamentar la nueva orientación, dijo:

“La comisión piensa sobre este punto que la importancia pecuniaria del delito es motivo que corresponde al juez apreciar juntamente con las demás circunstancias del hecho y del agente para la determinación de la pena.”

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó este punto de vista, que quedó consagrado, pero para que pudiera hacerse sentir eficazmente, tanto la circunstancia del valor como cualesquiera otra, colocó márgenes muy extensos en la penalidad.

Todo esto demuestra que el valor debe tenerse en cuenta, y que si la cosa careciese por completo del mismo, no existiría delito con el hecho del apoderamiento. El caso es, sin embargo, difícil, pues todas las cosas tienen algún valor, y cuando carecen del mismo no se discute su propiedad.

El Código habla de cosa total o parcialmente ajena, de manera que el delito de hurto se comete cuando media el apoderamiento de la cosa que se tiene en condominio, por ejemplo. Así, el copropietario de un objeto que se apodera de él exclusivamente e impide el aprovechamiento común a que estaba sometido, incurre en la infracción.

*
* *

94. La falta de consentimiento.—El tercer elemento del delito de hurto se refiere a la falta de consentimiento del dueño de la cosa mueble objeto del apoderamiento.

Desde el momento que el dueño de un objeto puede disponer del mismo, teniendo hasta el derecho de destruirlo, si él consiente en el apoderamiento, no hace en rigor sino disponer de lo

propio como le acomoda, y eso nadie se lo puede limitar ni impedir.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Cuando se presta el primero el acto tiene el alcance de una transferencia de dominio o posesión; cuando concurre el segundo existe tolerancia.

La voluntad no se refiere solamente al dueño del objeto, sino al que lo tenga en su poder.

A veces, una persona no reclama contra determinados apoderamientos de una cosa que le pertenece, pero eso no quiere decir que el delincuente no perseguido haya creado un derecho a su favor.

Así, si el dueño de una cantera sabe que le substraen piedra y no reclama, ese asentimiento no implica que pierda su derecho para una acción en cualquier momento.

La transferencia del objeto tiene que ser expresa para que el apoderamiento sea lícito.

*
* *

95. El ánimo de lucro.—El código de 1886, como hemos visto al principio, requería para la concurrencia del hurto la subtracción clandestina, y castigaba, además, el apoderamiento de la cosa que fuera arrebatada del poder de quien la llevase.

El proyecto de 1891 requiere el ánimo de lucro, pero el código vigente, conforme con el proyecto de 1906, no contiene ninguna de las anteriores exigencias.

El ánimo de lucro se considera por Irureta Goyena como otro de los elementos esenciales para la existencia del delito (1). Se entiende que consiste en el ánimo de aprovecharse de la cosa objeto del apoderamiento.

Generalmente, el hurto se verifica con el propósito de utilizar materialmente la cosa y de obtener un provecho a base de la misma, pero hay casos en los cuales la finalidad ha sido diferente. Se puede hurtar por venganza, para ocultar otro delito, para prepararlo, etc.

Para nuestra ley esos factores relacionados con el objeto que

(1) El Delito de Hurto, página 75.

se tuvo en vista al cometer hurto, pueden servir para graduar la penalidad como circunstancias de la infracción, pero no para otra cosa. El delito existe cuando aparecen reunidos los otros requisitos, aunque no concurra el ánimo de lucro.

*
* *

96. La penalidad.—La pena consignada para el hurto simple en el artículo 162 es de límites amplísimos. Su *mínimum* es de un mes y su *máximum* de dos años de prisión. Los tribunales pueden tomar en cuenta todas las circunstancias y no consumir en ningún caso las injusticias a que se prestaba la ley anteriormente en vigor.

En los casos en que el autor no sea reincidente, cabe también la condenación condicional, dado el monto de la pena que se establece.

El Código se ocupa a continuación de los hurtos calificados, los que se consignan en los cuatro incisos del artículo 163, que pasaré a examinar.

*
* *

97. El artículo 163 y sus concordancias.—

Artículo 163

Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1.º Cuando el hurto fuere de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo o de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial (1);

2.º Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3.º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro ins-

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados, dispone se agregue una coma (,) después de la palabra "trabajo", y punto y coma (.) después de "campo".

trumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la substracción o de la llave verdadera que hubiere sido substráida o hallada;

4.º Cuando se perpetrare con escalamiento.

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código italiano, artículo 403, inciso 6.º—Francés, 388.—Holandés, 311, inciso 1.º—Uruguayo, 370, inciso 4.º—Chileno, 449—Ley número 4189, 22, Hurto, b, inciso 4.º—Proyecto de 1891, 198, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 178, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Código italiano, artículo 404, inciso 2.º—Húngaro, 336, inciso 5.º—Holandés, 311, inciso 2.º—Uruguayo, 371, inciso 3.º—Ley número 4189, 22, Hurto, b, inciso 7.º—Proyecto de 1891, 198, inciso 5.º—Proyecto de 1906, 178, inciso 3.º.

Inciso 3.º—Código italiano, artículo 404, inciso 5.º—Húngaro, 336, inciso 4.º—Español, 525, inciso 3.º—Holandés, 311, inciso 5.º—Alemán, 243, inciso 3.º—Belga, 467.—Uruguayo, 372, inciso 2.º—Chileno, 442, inciso 3.º—Código de 1886, 190 inciso 3.º—Ley número 4189, 22, Hurto b, inciso 7.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 4.º, inciso 3.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 318, inciso 2.º—Proyecto de 1891, 198, inciso 6.º—Proyecto de 1906, 178, inciso 4.º.

Inciso 4.º—Código español, artículo 521, inciso 1.º—Italiano, 404, inciso 6.º—Alemán, 243, inciso 2.º—Belga, 467.—Holandés, 311, inciso 5.º—Uruguayo, 372, inciso 1.º—Húngaro, 336, inciso 3.º—Chileno, 440, inciso 1.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 4.º, inciso 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 318, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 198, inciso 7.º—Proyecto de 1906, 178, inciso 5.º—Código de 1886, 190, inciso 1.º—Ley número 4189, 22, Hurto b, inciso 8.º.

*
* *

98. Los hurtos calificados.—Para proceder con método estudiaré por separado cada uno de los incisos que se refieren a casos distintos.

Observaré, desde luego, que los hurtos se califican especialmente en razón de su gravedad, no siendo necesario hacer calificaciones de excepción para delitos menos graves que el hurto simple, porque el *mínimum* de la pena, que es de un mes, permite hacer buena justicia en todos los casos.

El primer inciso del artículo se refiere al hurto de: 1.º Ganado mayor o menor; 2.º Productos separados del suelo; 3.º Máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo; y 4.º Alam-

bres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial.

Antes de ocuparme por separado de cada uno de los puntos a que se refiere la disposición, voy a referirme, completando las observaciones anotadas al principio del capítulo, al sistema seguido por el actual código y a sus antecedentes.

99. El hurto y el robo en los antecedentes nacionales.—Nuestra ley distingue de manera precisa el hurto del robó. En el primero no interviene la fuerza ni la violencia, mientras que para la existencia del segundo, se necesita que el apoderamiento se verifique con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas.

Esas líneas de separación no se encontraban en los proyectos anteriores ni en el código de 1886.

En el proyecto del doctor Tejedor el hurto se definía como la sustracción clandestina de la cosa mueble de otro. El robo era de dos clases: el que se ejercitaba con violencia en las personas y el que se consumaba con violencia en las cosas.

Se consideraba que mediaba violencia en las cosas: 1.° Cuando el robo se perpetre con escalamiento, perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio; 2.° Cuando haya fractura de puerta, ventana o mueble con cerradura; 3.° Cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante para abrir una cerradura; 4.° Cuando el robo se ejecuta de noche, o con auxilio de un doméstico o dependiente de la casa al cual se tuviese sobornado; 5.° Cuando para cometer el robo se suponga el delincuente empleado público o finja orden de la autoridad.

La simple lectura de los distintos casos sobre los cuales se legislabá demuestra que, si bien en algunos podía concurrir la fuerza en las cosas, en otros, esa circunstancia no se presentaba, siendo, por tanto, desacertado calificar el hecho de robo y no de hurto.

El criterio de ese proyecto se modifica en el que redactan los doctores Villegas, Ugarriza y García, quienes distinguen los casos

de robo donde media la violencia en las personas, de aquellos en que sólo concurre la sustracción fraudulenta. Sin embargo, insistiéndose en las confusiones anteriores, se castiga como robo la sustracción hecha con violación de domicilio y la consumada por un funcionario público al amparo de sus funciones.

Pero la distinción se acentúa en el artículo 319, que agrava la pena del hurto cuando se comete con escalamiento o con llaves falsas, o las verdaderas, obtenidas fraudulentamente.

El código de 1886 siguió el sistema preconizado en el proyecto del doctor Tejedor y distinguió entre: 1.° El robo con violencia o intimidación en las personas; 2.° El robo sin violencia ni intimidación en las personas; 3.° El hurto por sustracción clandestina; y 4.° El hurto por arrebatamiento.

Entre los robos a que se refiere el punto segundo, antes establecido, se comprenden los siguientes: 1.° Cuando se perpetre con escalamiento o perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no está destinada a servir de entrada al edificio; 2.° Cuando haya fractura de puerta o ventana para penetrar en el edificio; 3.° Cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se intenta robar, o de llave verdadera que hubiese sido sustraída; y 4.° Cuando se ejecute con auxilio de un doméstico o dependiente de la casa a quien se hubiese seducido.

Las nociones se encontraban confundidas, desde que se señalan casos en que concurría fuerza en las cosas y otros en los cuales esa especial circunstancia calificativa no se presentaba. Ejemplos del primer extremo son el número dos, algunos del primero, y ejemplos del segundo los números tres y cuatro.

100. Proyectos posteriores al código de 1886.—El proyecto de 1891 bien estudiado, y elaborado en concordancia con la doctrina, propuso bases diferentes para esta legislación.

Al robo lo caracterizó por el empleo de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas, y al hurto lo consideró como el simple apoderamiento, en las condiciones establecidas, calificando ciertos casos especialmente por considerarlos de ma-

por gravedad y entender que los derechos a que se referían debían ser particularmente tutelados.

La exposición de motivos se limita a decir, refiriéndose en general al artículo 198 de ese proyecto, que el precepto enuncia las circunstancias agravantes del hurto derivadas del sitio en que se cometiere el delito, de los objetos en que recayere, de la ocasión en que se ejecutare, o del medio que se empleare.

Este sistema se incorporó al código de 1886 por medio de la ley de reformas, que derogó los preceptos antiguos e introdujo las disposiciones del proyecto de 1891.

En cuanto al proyecto de 1906 adoptó el mismo sistema, verificando cambios de detalle, y lo mismo hizo la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria que verificó la redacción definitiva.

He hecho esta explicación de antecedentes para demostrar la evolución seguida en la materia, para precisar el alcance de las concordancias y a fin de que no se incurra en errores cuando se observe que se invoca como antecedente de un precepto actual sobre hurto calificado, una disposición que en el código de 1886 y en los proyectos anteriores se encontraba incluida en la parte destinada a incriminar los robos.

101. Hurto de ganado.—Examinaré ahora cada una de las disposiciones contenidas en el artículo que se refiere a los casos especiales de hurto.

GANADO MAYOR O MENOR.—El caso no se encuentra particularmente consignado en el código de 1886, ni en los anteriores proyectos. Comprende lo que se conoce con el nombre de abigeato, o sea hurto de conjunto de animales.

Jofré dice (1):

“Por ganado se entiende un conjunto de animales vacunos, yeguarizos, asnales, caprinos, ovejunos, etc. En el país jamás se ha entendido que un solo animal sea ganado, y sería impropio decir: “aquel hombre va montado en su ganado”, para expre-

(1) El Código Penal de 1922, página 260.

“sar que va a caballo, o “voy a ordeñar el ganado”, cuando se trata de un sola vaca, cabra u oveja. Me imagino la cara de asombro que pondría el comisario de policía a quien un cochero le denunciase que le habían robado la mitad del ganado de su vehículo, es decir, un jamelgo.”

El proyecto de 1891 agravaba el delito de hurto cuando fuese de animales en rebaño o de productos separados del suelo y dejados por necesidad en el campo. La exposición de motivos decía que era conveniente proteger contra el hurto los productos o semovientes que, por necesidad, quedan en el campo, no siendo posible que el propietario tome respecto de ellos las precauciones que se tienen con referencia a los objetos que pueden ser guardados en un recinto cerrado.

El proyecto de 1906 también se refiere al hurto de animales en rebaño, pero la ley número 4189 usó los términos *ganado mayor* o *menor*. Esta última terminología fué introducida en el Código por la segunda Comisión de Códigos del Senado, que dió al inciso 1.º del artículo en examen la redacción que tiene.

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

“Abigoei, son llamados en latín una manera de ladrones que se trabajan más de furtar bestias o ganados que otras cosas. E por ende dezimos que si contra alguno fuese prouado dal yerro como este, si fuere ome que lo haya usado de fazer deue morir por ende. Mas si non la auia usado de fazer, maguer lo fallasen que ouiesse furtado alguna bestia, non lo deuen matar, mas puedenlo poner por algun tiempo a labrar en las lauores del rey. E si acaesciesse que alguno furtasse diez ouejas arriba, o cinco puercos, o quatro yeguas, o otras tantas bestias o ganados de los que nascen destas, porque detanto cuento como sobredicho, cada una destas cosas fazen grey: qualquier que tal furto faga, deue morir por ende maguer non ouiesse usado a fazerlo otras negadas. Mas los otros que furtassen menos del cuento sobredicho, deuen rescebir pena por ende en otra manera. según diximos de los otros furtadores.”

En consecuencia, se hurta ganado cuando el agente se apodera de diez ovejas o más; cinco puercos o cuatro yeguas o más o igual cantidad de animales parecidos.

102. Productos separados del suelo.—La exigencia ha sido tomada del proyecto de 1906, conteniéndose también en el proyecto de 1891 y en la ley de reformas.

La agravación anterior se refería a la clase y cantidad de las cosas, puesto que se requería para la concurrencia de la circunstancia que fuese de determinados objetos, o sea los semovientes, y en cantidad suficiente como para que pudiera decirse que se había producido el apoderamiento de ganado.

En este caso la circunstancia se refiere a la clase de cosa y al lugar en que ha sido dejada.

Se trata del hurto que se ha llamado campestre y se castiga especialmente por la disminución de la defensa privada.

Irureta Goyena (1) dice que los productos separados del suelo pueden ser vegetales y minerales, pero que las disposiciones análogas a la nuestra se refieren sólo a los vegetales. El legislador ha querido proteger los productos agrícolas, de manera que quien substraer piedra de la cantera o carbón de la mina, no incurre en la especial agravación.

Los productos deben haber sido arrancados del suelo, puesto que se quiere proteger la cosecha. Cuando ésta tiene lugar, los frutos deben dejarse en gavillas o montones, y es contra esa sustracción que la ley toma especiales precauciones.

De manera que, tomando el precepto en su verdadero alcance, el individuo que substrajese unas frutas o unas espigas de la planta, no incurriría en el hurto agravado.

El proyecto de 1891, de acuerdo con el código italiano, exigía que los productos se hubiesen dejado en el campo por necesidad, y esa misma exigencia se contenía en el proyecto de 1906 y en la ley de reformas.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria tam-

(1) El Delito de Hurto, página 123.

bién colocó la exigencia, pero la segunda Comisión de Códigos del Senado proyectó la redacción del inciso tal como se sancionó definitivamente.

103. Máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo.—La agravación especial cuando el hurto recae sobre máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo, no se encuentra en el código de 1886, ni en los proyectos anteriores, ni posteriores. La exigencia fué introducida por la segunda Comisión de Códigos del Senado y es perfectamente explicable. Las máquinas destinadas a la labranza y a la cosecha, lo mismo que las herramientas de trabajo, tienen que dejarse muchas veces en el campo sin poderse llevar a los lugares destinados a su guarda, por las condiciones mismas de la labor. La ley ha hecho bien, por eso, de crearles una protección especial.

104. Alambres u otros elementos de los cercos.—La última parte del inciso tampoco se encuentra consignada en las leyes ni en los proyectos anteriores. La proposición se colocó por la segunda Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores, se sancionó en ese cuerpo y se aceptó en la de Diputados.

Tiene por objeto el precepto proteger la propiedad rural inmueble especialmente. El alambrado, lo mismo que los demás elementos de los cercos, sirven para la conservación y custodia del inmueble. Si éste no se encuentra protegido por medio de esas líneas materiales de separación, el cuidado de los animales propios se dificulta, y la protección contra invasiones ajenas se hace difícil. Una forma de atentar contra esa propiedad consiste en destruir los cercados, de manera que puedan penetrar fácilmente al campo animales ajenos que se alimenten en el mismo.

Cuidando especialmente los alambrados y cercos, se ampara la propiedad. Es de tenerse en cuenta que la sustracción de un alambre o de un poste no constituiría el delito especialmente agra-

vado. Para que concurra es preciso que el hurto haya ocasionado la destrucción total o parcial del cerco.

Si una persona destruyese el cercado total o parcialmente, pero no se apoderase de los materiales, habría incurrido en daño y no en hurto. El Código, en esta parte del inciso, no se refiere a la destrucción, sino al hurto de objetos determinados que ocasionen esa destrucción como consecuencia.

105. Hurto calamitoso.—El segundo inciso del artículo comprende el hurto calificado denominado calamitoso. El Código castiga especialmente el hurto cometido: 1.º Con ocasión de un incendio; 2.º De explosión; 3.º Inundación; 4.º Naufragio; 5.º Accidente de ferrocarril; 6.º Asonada o motín; y 7.º Aprovechando las facilidades provenientes: a) De un desastre; b) De una conmoción pública; c) De un infortunio particular del damnificado.

El fundamento de esta disposición reposa en motivos morales y políticos; en el orden moral merece mayor penalidad y demuestra mayor perversidad y, por consiguiente, peligro, el que acredita tener sentimientos tan antisociales que, en un momento en el cual debe contribuirse a atemperar los efectos funestos de un suceso desgraciado, sólo se acuerda de ventajas individuales y contribuye con su acción a hacer más difícil aún la situación de los damnificados. Y en el orden político porque la propiedad en esos momentos de desastre se encuentra menos custodiada, y requiere, por tanto, mayor inhibición en todos los individuos.

Para que se considere que se ha incurrido en el delito especialmente agravado, es necesario que el agente haya procedido teniendo en cuenta las condiciones a que alude la disposición. Si das ignoraba y no se tuvieron, por tanto, en vista, el hecho sería juzgado como de hurto simple.

106. El hurto calamitoso en el proyecto de 1891.—La disposición del presente inciso fué tomada del proyecto de 1891, de donde

pasó al de 1906. La exposición de motivos del primero de esos proyectos dice que la circunstancia de cometerse el delito con ocasión de un desastre cualquiera da un carácter particularmente odioso al hurto, y justifica la agravante consignada.

Esta circunstancia no se consignaba en el Código de 1886, ni en los proyectos anteriores, pero se introdujo en la ley de reformas, que se inspiró en el proyecto de 1891.

107. Los casos que comprende el inciso 2.º del artículo.—El inciso contiene una parte general e indicaciones particulares cuya enunciación no es excluyente. Habla, en efecto, del hurto cometido con ocasión de cualquier desastre o conmoción pública, y se refiere también a desastres determinados que indica. Consigna, asimismo, una disposición relativa a un infortunio particular del damnificado.

Desastre es un mal de grandes proporciones. El desastre suele ser la consecuencia de una catástrofe, y afecta siempre a numerosas personas y a grandes intereses.

La conmoción pública es una perturbación violenta. Ella generalmente se produce con motivo de conflictos externos o internos que repercuten intensamente en un pueblo, sociedad o núcleo determinado.

En esos momentos todos los intereses materiales se encuentran menos custodiados que de ordinario.

La explicación de cada uno de los casos que se indican en el inciso no es necesaria dada la claridad de las palabras empleadas y la precisión de las situaciones a que las mismas se refieren.

La ley se dirige, por fin, al infortunio particular del damnificado. Se entiende que debe tratarse de una situación imprevista que se haya producido a una persona determinada. Así, el hurto hecho a un sujeto defectuoso, a quien le falta un sentido o un órgano, no es, sin duda alguna, un hurto especial a causa del infortunio que significa el defecto. De lo contrario se habrían creado por imperio de la ley situaciones de desigualdad y se tendrían criterios distintos con referencia a las diversas personas.

En cambio, si el delito se ejecutase sobre una persona que

estaba dominada por una enfermedad, de un individuo a quien le hubiese acometido un acceso o dado un ataque, el autor sería reo de hurto especialmente agravado.

*

* *

108. El inciso 3.º y sus antecedentes.—El inciso 3.º se refiere al empleo de ciertos medios para penetrar al lugar en que se halla la cosa objeto de la sustracción.

Si el delincuente, para penetrar al local, ejercita fuerza sobre las cosas, rompe las puertas, por ejemplo, o salta las cerraduras, comete el delito de robo, pero cuando abre las puertas sin ninguna violencia, usando de las llaves adecuadas, ya sean éstas las mismas pertenecientes al dueño, u otras fabricadas para ese objeto o no, el robo no concurre, sino el hurto, que sería juzgado como simple si no se hubiera hecho la calificación especial.

La disposición tiene precedentes en nuestro derecho. El proyecto del doctor Tejedor establece en el inciso 3.º del artículo 4.º del capítulo correspondiente, que se comete el delito de robo sin violencia ni intimidación sobre las personas cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante para abrir una cerradura, o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída.

La nota dice:

“El uso de las llaves falsas se compara con la efracción, porque constituye un hecho no menos peligroso y un ataque igualmente grave contra las propiedades y los medios habituales de defenderlas. En el código francés véanse los artículos 381 y 393. El 393 define lo que es una llave falsa, y la exposición de los motivos explica la disposición en estos términos: “Se había presentado en los tribunales una dificultad. Ellos no estaban de acuerdo sobre si debía considerarse robo hecho con llave falsa el que se cometía con llave no destinada a las cerraduras en que se emplea. El Código decide afirmativamente esta cuestión. Desviar, en efecto, una llave de su destino para emplearla en cometer un crimen, es convertir una llave verdadera en falsa. En una palabra, no hay llave verdadera sino relativamente a su destino. La sola diferencia que la ley admite entre esta llave de que se ha abusado, y una que se imita o altera, es que ésta es

“siempre falsa, y la primera sólo en el momento en que se emplea.” Según el código español el que tiene en su poder llaves falsas, etc., y no da descargo suficiente, es castigado con presidio correccional, y en igual pena incurrirán los que fabrican o expenden dichos instrumentos.”

Agrega la misma nota que la llave verdadera que hubiese sido sustraída se equipara con la llave falsa. “Pero no debe decirse lo mismo de la llave perdida. En materia de delitos contra la propiedad la ley considera en general como menos culpable aquel a quien la imprudencia de un tercero proporciona la ocasión y quizá el pensamiento de un crimen.”

El código de 1886 mantuvo el requisito en el artículo 190, inciso 3.º, considerando también que el delito cometido era el de robo sin violencia ni intimidación en las personas.

En cambio, en el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, se castigaba el hurto en el artículo 317, expresándose que es la sustracción fraudulenta de una cosa mueble, y en el siguiente artículo, o sea el 318, se incrimina con prisión mayor si se cometiese usando de llaves falsas o de las verdaderas que hubiesen sido obtenidas fraudulentamente. (Inciso 2.º).

El delito era, así, el de hurto y no el de robo, lo mismo que en el código vigente y en los proyectos de 1891 y 1906.

La ley de reformas, inspirada en el proyecto de 1891, adopta la misma solución, y considera como hurto calificado el que se realizare con uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción o de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada.

*

* *

109. Precedentes del proyecto de 1891.—He dicho que el proyecto de 1891, cambiando el sistema del proyecto del doctor Tejedor y acentuando la doctrina ya aceptada por el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, consideró que se incurría en el delito de hurto calificado y no de robo cuando se usaba para penetrar al lugar donde estaban los objetos de llave ganzúa, de llave fabricada a esos efectos, o de la llave de la puerta, sustraída para usarla con el fin del apoderamiento.

La exposición de motivos refiriéndose a ese caso y al del escalamiento, dice:

“ Al final del artículo 198 incluimos, con los números 6.º y 7.º, como circunstancias agravantes del hurto, el uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante para penetrar al lugar donde se halle la cosa u objeto de la sustracción, o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída o hallada; y el escalamiento, debiendo entenderse que lo hay cuando se penetra por vía que no está destinada a servir de entrada. Estas circunstancias son, sin discrepancia, reconocidas en la doctrina y en la legislación general como agravantes o calificativos del hurto; nos limitaremos, en consecuencia, a consignar los motivos que justifican su inclusión en el capítulo del *hurto* y no en el del *robo*, ya que bajo esta última calificación la consagran el Código Penal y sus fuentes en esta materia, el código Tejedor y el código español. Creemos que, para proceder con lógica, es necesario ser consecuentes con las distinciones que hemos fundado como características de uno y otro delito. En el uso de la llave falsa, de la llave verdadera sustraída o hallada, de la ganzúa o de cualquier otro instrumento apto para abrir una *puerta sin fractura* de la cerradura no hay propiamente *fuerza en las cosas*, y sería necesario, para considerar aquel hecho como un caso de robo, extender por una ficción el concepto de *fuerza* al caso de la llave falsa, y aun de la llave verdadera, o crear excepciones que no estarían justificadas por ninguna razón ni por ninguna conveniencia. Si se dijera que estos casos revisten una gravedad especial, y que, en razón de la gravedad, deben ser equiparados al robo, tal argumento sólo valdría para justificar un aumento de pena.”

*
* * *

110. La agravante cuando se violan cerraduras o se usan llaves falsas.—Irueta Goyena (1) estudia esta cuestión, pero en la parte de su trabajo dedicada al examen del robo, siguiendo el sistema aceptado por el código uruguayo.

(1) El Delito de Hurto, página 262.

Dice que la defensa privada resulta impotente contra los delincuentes que no se detienen ante la acción restrictiva de una cerradura. La protección social debe ser tanto más enérgica y asidua cuanto mayores sean los obstáculos de origen privado que haya salvado el delincuente para cometer el delito.

Es condición de la disposición que las cerraduras se abran, pero debe tenerse presente que romper no es abrir. Si se verificase lo primero habría efracción y, por consiguiente, dentro de nuestra ley, se habría incurrido en robo y no en hurto.

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

El autor citado se refiere en seguida a cada uno de los conceptos empleados por la ley.

Está habla, en primer lugar, de llave falsa, que es la que no se encontraba destinada por el dueño para la apertura de la cerradura en cuestión.

La llave ganzúa es aquella que sirve para abrir diferentes cerraduras, y que se usa generalmente por los delincuentes. Toda cerradura tiene su llave correspondiente que conserva el dueño o el que tiene derecho a usarla. La ganzúa es un instrumento especial que se usa precisamente para abrir cerraduras cuando no se tiene la llave correspondiente.

La ley habla también de cualquier instrumento semejante, debiendo entenderse, de acuerdo con la amplitud de sus términos, que todo objeto con el cual se abra una cerradura es el instrumento a que el Código se refiere.

Por fin, el inciso se ocupa de la llave verdadera que hubiese sido sustraída o hallada. La sustracción de la llave, sin otra consecuencia, puede importar un hurto simple de cosa mueble o una tentativa de otro delito, según el caso.

El inciso habla del uso de la llave para penetrar, lo que significa que si para salir del lugar se usare del medio indicado, no concurriría especial calificación.

111. Escalamiento.—El último inciso del artículo se refiere al escalamiento.

En el proyecto del doctor Tejedor se incurría en robo sin violencia ni intimidación en las personas cuando se perpetraba con escalamiento, perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio.

Sobre escalamiento decía la nota que éste tiene lugar siempre que el ladrón sube, penetra ascendiendo a una casa cerrada por medio de expedientes improvisados o de aparatos preparados de antemano.

En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, el escalamiento no era circunstancia calificativa del robo, sino del hurto. (Artículo 318, inciso 1.º).

En cuanto al código de 1886, que siguió al proyecto del doctor Tejedor, castigaba especialmente, en el inciso 1.º del artículo 190, el robo cuando se perpetre con escalamiento o perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo o por vía que no está destinada a servir de entrada al edificio.

Ese inciso fué modificado por el artículo 1.º de la ley número 3900, en los siguientes términos:

“ Cuando el robo se perpetre con escalamiento o perforación de pared o cerco o introduciéndose por conducto subterráneo o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio o sus dependencias inmediatas, y a lugares cerrados o cerrados.”

Los proyectos de 1891 y 1906 hablan, como el código vigente, sólo de escalamiento en los respectivos incisos.

La exposición de motivos del primero de esos proyectos, dice:

“ El escalamiento, si este concepto queda limitado a expresar la idea de que se entre por vía no destinada al efecto, no es en sí mismo un acto de fuerza en las cosas, y no basta para autorizar una calificación de robo. Esto se ha reconocido aún en la aplicación del código español, en la que es posible la calificación de hurto con la circunstancia agravante de escalamiento.”

112. Significado antiguo y moderno de escalamiento.—El término *escalamiento* se usa en la legislación desde hace mucho tiempo. Se consideraba que el hurto con escalamiento era aquel que se efectuaba saltando paredes, muros o fosos protectores de los edificios, y como a esos efectos era preciso el uso de escalas, el delito se caracterizó especialmente por razón del instrumento empleado para cometerlo.

El significado actual es otro, y se entiende que concurre el escalamiento cuando el agente penetra al recinto, local o edificio por una vía distinta a la que se destina para entrar o salir, y ya sea que se use o no de escalas, que se empleen otros medios, que se salten fosos o paredes, que se excave un subterráneo o se coloquen sogas o alambres.

Los caracteres esenciales del escalamiento son tres: 1.º Se requiere la entrada o salida a un edificio o recinto; 2.º Se necesita que la entrada o salida se verifique para cometer el delito o para transportar la cosa objeto del mismo; y 3.º Es preciso que la entrada o salida se lleve a cabo por un lugar distinto del destinado al tránsito ordinario de las personas (1).

113. Otros hurtos calificados en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 traía otros motivos de hurto calificado en el artículo 198. El primer inciso de esa disposición se refería al hurto de cosas custodiadas en oficinas, archivos o establecimientos públicos; el segundo al de objetos, o dinero de viajeros en cualquier clase de vehículos, o en las estaciones o escalas de las empresas de transporte; y el cuarto al hurto cometido con abuso de confianza o con auxilio de doméstico o dependiente de la casa.

Los dos primeros incisos fueron suprimidos en el proyecto de 1906, el que conservó sólo el relativo al hurto que se cometiere con

(1) Irureta Goyena.—El Delito de Hurto, página 281.

abuso de confianza o con auxilio de un doméstico o dependiente de la casa. (Artículo 178, inciso 2.º).

La exposición de motivos de este último proyecto se limitó a decir que entre las principales reformas hechas en el título que se ocupa de los delitos contra la propiedad se encuentra la que consiste en disminuir algunos de los hechos que importan hurtos calificados.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria suprimió la calificación relacionada con el abuso de confianza, y dijo al respecto en la exposición de motivos:

“ La comisión ha aceptado las principales disposiciones del proyecto de 1906, manifestando su acuerdo con la disposición general sobre hurto, contenida en el artículo 162. Ha aceptado también el criterio del proyecto respecto a hurtos calificados, teniendo en cuenta que la pena de los mismos es lo bastante elástica como para que los jueces puedan graduarla según los casos que se presenten. Pero teniendo en consideración que los delitos cometidos con abuso de confianza son la obra de los sirvientes, muchas veces menores de edad, ha suprimido la calificación especial del inciso 2.º. Los objetos que se tuvieron en vista cuando ese inciso se colocó en la ley, fueron los de evitar que delincuentes avezados a infracciones se sirvieran de los domésticos como instrumentos para el delito. Por eso se colocó una penalidad tan fuerte; pero las consecuencias reveladas por la práctica han sido los castigos exorbitantes, que no han evitado el mal que se pretendía remediar y que, en cambio, han producido numerosas injusticias. La comisión, por tales causas, ha suprimido ese precepto.”

El criterio para la fijación de la pena en relación al hurto calificado ha sido el mismo que se ha tenido respecto a todos los otros delitos. Se ha colocado un castigo de límites amplios, que permita a los magistrados tomar en consideración todas las circunstancias. Es exacto que aquí se trata de juzgar un delito caracterizado ya especialmente, pero dentro de las modalidades propias del mismo caben grados diferentes de gravedad, y ellos deben ser apreciados por los tribunales.

La pena es de prisión y se mueve entre un minimum de un año y un maximum de seis. La condenación condicional es posible, si la pena que se aplica es de dos años o menos. A este respecto debo recordar lo dicho al hablar de ese asunto.

VIII

Robo

114. GENERALIDADES.—115. PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—116. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA, GARCÍA Y CÓDIGO DE 1886.—117. PROYECTOS POSTERIORES.—118. EL ARTÍCULO 164 Y SUS CONCORDANCIAS.—119. ELEMENTOS DEL DELITO.—120. FUERZA EN LAS COSAS.—121. VIOLENCIA EN LAS PERSONAS.—122. FUERZA Y VIOLENCIA EN EL DELITO.—123. LA PENALIDAD.—124. EL ARTÍCULO 165 Y SUS CONCORDANCIAS.—125. HOMICIDIO COMETIDO CON MÓTIVO U OCASIÓN DEL ROBO.—126. EL ARTÍCULO 166 Y SUS CONCORDANCIAS.—127. LESIONES GRAVES COMETIDAS CON MOTIVO DEL ROBO.—128. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE 1891.—129. CONCURRENCIA DE LA AGRAVACIÓN.—130. ROBO EN DESPOBLADO Y EN BANDA.—131. CUÁNDO SE CONSIDERA QUE EXISTE BANDA.—132. EL ARTÍCULO 167 Y SUS CONCORDANCIAS.—133. LAS CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS DE LA DISPOSICIÓN.—134. ROBO EN DESPOBLADO Y CON ARMAS.—135. EL ROBO EN LUGARES POBLADOS Y EN BANDA.—136. EL ROBO CON FRACTURA.—137. EL CÓDIGO DE 1886 Y PROYECTOS POSTERIORES.—138. AGRAVANTE DE EFRACCIÓN.—139. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DEL DELITO DE HURTO.—140. PENALIDAD.

114. Generalidades.—Se ha visto ya que el hurto se caracteriza por el apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Para la existencia del robo se requieren las mismas circunstancias, o sean las relativas al apoderamiento de cosa mue-

ble ajena, pero se exige la concurrencia de un requisito más, o sea la fuerza en las cosas o la violencia en las personas.

El mismo hecho, por consiguiente, entra dentro de una u otra calificación, según que se cuente o no con las especiales circunstancias indicadas.

El delito de robo se considera, en consecuencia, de mayor gravedad que el de hurto, por la forma en que se ataca el derecho de propiedad. En rigor, el robo es un hurto ejecutado con agravantes especiales sobre las personas o las cosas, o sobre unas y otras. La naturaleza de la infracción es la misma en los dos atentados.

Siguiendo el método empleado al tratar del hurto, estudiaré los antecedentes nacionales y pasaré después al examen de los artículos del Código.

*

* *

115. Proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se castiga al que comete robo hiriendo o maltratando a una persona para que descubra, entregue o no defienda la cosa que intenta robar. La pena se agrava cuando la persona atacada es puesta en peligro de muerte, se le ha herido mortalmente, mutilado o alterado permanentemente su salud.

Se castiga también especialmente: 1.º Al que amenaza o intimida para que se descubra, entregue o no se defienda la cosa; 2.º Al que roba empleando armas o en despoblado o camino público; 3.º Al que se hubiese asociado a tres o más personas para cometer el robo; y 4.º Al que retuviese en rehenes una persona para sacar rescate.

Además de los casos en que se verificaba violencia sobre personas, se consideraba robo a otros en los cuales esa violencia no mediaba. En algunos de estos últimos existía fuerza en las cosas y en otros no. Estos últimos, como lo hemos visto en el capítulo anterior, eran en realidad casos de hurto calificado, aun cuando en el viejo proyecto se les incluía entre los robos.

La nota del doctor Tejedor sobre el robo en general, decía:

“El robo, técnicamente hablando — dice Pacheco, — ha sido siempre entre nosotros el apoderamiento por fuerza de cosas muebles o semovientes, como el hurto ha sido el apoderamiento

“por astucia y a escondidas, como la usurpación es el apoderamiento de inmuebles o de derechos. Tales palabras, con las acepciones que les damos, vienen teniéndolas de muy antiguo; “furto es lo que toman *a escuso*—decía ya la ley de Partidas,—e robo lo que toman públicamente por fuerza.” También en el mundo romano, *fur y latro* eran cosas diversas. Si, a pesar de esto, en nuestro lenguaje se suele dar una significación extensiva a la palabra *robo* y se llama ladrón a todo el que de cualquiera suerte se apodera de cosas ajenas, esto no debe impedir a las leyes que distingan lo que de hecho debe distinguirse, y que expongan con exactitud sus doctrinas y sus preceptos en una materia tan interesante.

“El hurto acompañado de violencia ofrece a la vez un atentado contra la persona y contra la propiedad. “Manera de malfeetría—dicen las Partidas—que cae entre furto y fuerza.” (Proem., tít. 13, P. 7). En todo robo hay fuerza—decía también la ley 72 del Estilo.—Así, según las Partidas, la pena corporal podía en el robo llegar hasta la muerte, y en el hurto no pasaba de azotes o de galeras. (L. 18, tít. 14, P. 7). Las últimas disposiciones, sin embargo, confundieron el robo con el hurto para lo que era la pena. Esta era siempre la de muerte, teniendo el reo 17 años cumplidos, sea que se robase entrando en las casas o acometiendo en las calles y caminos con armas o sin ellas, y aunque no se siguiera herida o muerte en la ejecución del delito. (Pragmática de 1734). Después se declaró todavía que todo hurto calificado o no, de poca o mucha monta, estaba sujeto a la pena de la Pragmática, incurriendo en ella también todos los que diesen auxilio cooperativo, y los que acometiesen y no lograsen el intento por algún accidente.”

Después de anotarse algunas concordancias, la nota continúa diciendo:

“Blakstone distingue el hurto en simple y mixto o calificado, llamando de este segundo modo al robo. Esta misma distinción se ha seguido por casi todos los códigos. Nosotros creemos preferible distinguir y castigar separadamente los dos hechos. Las diferentes leyes europeas presentan igualmente grandes diferencias en la apreciación y penalidad del hurto en general, de tal modo que es casi imposible hacer de ellas una clasificación exacta. Podrían, sin embargo, dividirse en dos

“ grandes categorías: una alemana y otra latina. A la primera pertenece el código de Baviera, Austria, Prusia, Sajonia, Wurtemberg, Hanover, Brunswick, Bade, etc. A la segunda los códigos de Francia, Piamonte, Bélgica, Dos Sicilias y Valaquia. La distinción entre estas dos clases no es siempre rigurosa, y muchas veces se confunden en ciertos respectos. Así, el código de Prusia se acerca más al francés que a los otros códigos alemanes, mientras que el de Cerdeña y aun el de las Dos Sicilias se acerca más a los códigos alemanes. Pero, a pesar de estos puntos de apreciación accidental, cada una de estas dos clases pertenece al mismo sistema.

“ En la legislación alemana, exceptuando el código de Prusia, el sistema represivo del hurto simple, como del hurto calificado, descansa en el perjuicio causado, en el valor de los objetos hurtados, mientras que en los códigos de familia latina no existe la misma base. Es cierto que el código sardo (artículo 654), como el de las Dos Sicilias (artículo 409), consideran hurto calificado la substracción de un objeto cuyo valor alcanza cierta suma; pero éste no es más que un elemento aislado entre tantos otros que forman los hurtos calificados. No es la base misma del sistema represivo del hurto. Además, en todos los códigos alemanes, fuera del de Prusia, la reparación voluntaria se considera como una circunstancia capaz de reducir la pena y aun de hacerla desaparecer; lo que no sucede en los demás códigos. Independientemente de estas dos grandes diferencias que forman la línea de separación entre las clases de que hemos hablado, hay otra tercera igualmente importante y real, que proviene del diferente modo con que los códigos de familia latina miran el hurto cometido con violencia o acompañado de amenazas. El código francés y belga (artículos 381 y 382), como el de Valaquia (artículos 314 y 315), no consideran la violencia como un elemento constitutivo especial; no es más que una circunstancia agravante que da al hurto el carácter de calificado. Lo mismo se observa en el código de las Dos Sicilias. (Artículo 407). El código de Cerdeña, por el contrario, y todos los códigos alemanes, no hacen del hurto cometido con violencia un hurto calificado, sino una especie aparte reglada por una sección especial.”

*
* *

116. Proyecto Villegas, Ugarriza, García y código de 1886.—

En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se define el robo como el arrebató violento de una cosa mueble. (Artículo 310).

La pena para el delito se agrava cuando se invoca orden de autoridad; se usan insignias de funcionarios; se hiera o maltrate a una persona; se obligue con violencias a suscribir documentos de obligación o cancelación; se causaren lesiones graves; se emplearen amenazas o intimidación; se ejercite violación del domicilio, en despoblado o en camino público; se asociaren dos o más personas para cometerlo; o se ejecutase por funcionario público en ejercicio de sus funciones.

El código de 1886 siguió principalmente las inspiraciones del proyecto del doctor Tejedor.

El robo era de dos clases: el que se ejecutaba con violencia o intimidación en las personas y el que se producía sin la concurrencia de esos requisitos.

Las penas eran diferentes, según las circunstancias que intervenían en la comisión del delito y que la ley señalaba.

Se incurría, como se ha hecho notar antes, en el error de considerar como robos a ciertos delitos que no eran, en realidad, sino hurtos con características especiales, puesto que no concurrían ni la violencia en las personas ni la fuerza en las cosas.

*
* *

117. Proyectos posteriores.—

El proyecto de 1891 se apartó de los antecedentes nacionales, e inspirado en puntos de vista más modernos, empezó por colocar una pena para el robo simple. El respectivo artículo, o sea el 199, decía:

“ El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro y con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para

“facilitarlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad, será reprimido con penitenciaría de dos a seis años.”

Los dos artículos siguientes se referían a casos especiales para los cuales se aumentaba la penalidad.

La exposición de motivos fundaba el precepto, diciendo:

“El artículo 199 reprime con dos a seis años de penitenciaría el caso general de robo, es decir, el apoderamiento de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con ánimo de lucro y con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitarlo, en el acto de cometerlo, o después de cometido. En este caso, como en el del hurto, decimos *total o parcialmente* ajena, frase que emplea el código holandés, porque es posible que el apoderamiento ilegítimo del *total* de la cosa se ejecute por quien tenga algún derecho en ella, o sea dueño de una parte de la misma.”

La ley número 4189 incorporó al código de 1886 las disposiciones del proyecto de 1891 en esta parte.

El proyecto de 1906 aceptó el mismo sistema. En el artículo 179 se consignó el principio general, diciendo:

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

Y en los dos artículos siguientes se fijaron las circunstancias especiales de agravación.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aceptó el sistema de los proyectos anteriores, formulando las reformas a que se refiere la exposición de motivos, cuando dice:

“La comisión ha aceptado el criterio general sobre robo contenido en el artículo 164, suprimiendo la palabra *intimidación* y exigiendo que la violencia sea física, porque esto es lo que caracteriza al robo.”

Ha aceptado, de acuerdo con los principios generales, el criterio de la pena alternativa, colocando *reclusión o prisión* en reemplazo de *presidio*.

Conserva las demás disposiciones del título, explicadas en las exposiciones de motivos de los proyectos de 1891 y 1906.

Veamos ahora los artículos de la ley.

*
*
*

118. El artículo 164 y sus concordancias.—

Artículo 164

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

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 515.—Alemán, 349.—Belga, 468.—Italiano, 406.—Húngaro, 344.—Uruguayo, 373, inciso 1.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero título octavo, § 1.º, artículos 1.º y 2.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 310.—Código de 1886, 187.—Proyecto de 1891, 199.—Proyecto de 1906, 179.—Ley número 4189, 22, Robo a.

*
*
*

119. Elementos del delito.—Para que exista el delito de robo se requiere: 1.º Apoderamiento; 2.º De cosa mueble, total o parcialmente ajena; 3.º Contra la voluntad del dueño o tenedor; 4.º Con fuerza en las cosas o violencia física en las personas.

Las tres primeras circunstancias han sido estudiadas en el capítulo anterior cuando me ocupé del delito de hurto, de manera que es inútil repetir el examen, y bastará con fijar los caracteres del último requisito.

Como el Código habla de fuerza en las cosas o violencia física en las personas, me ocuparé separadamente de una y otra circunstancia.

120. Fuerza en las cosas.—Groizard (1), al considerar este punto, se refiere a la definición contenida en el Código Penal de Colombia, según el cual la fuerza o violencia en las cosas es el escalamiento o quebrantamiento del edificio, pared, puerta, ventana, reja, techo, arca, armario, o de cualquiera otra cosa cerrada; la rotura de las sogas, correas, cadenas o ataduras de cualquier especie que mantengan sujeta la cosa que se roba; y la apertura de agujeros o de conductos subterráneos, o por debajo de las puertas o paredes.

Agrega el autor citado que, sin dar tanta extensión al círculo comprensivo de ese título de imputación, puede asegurar que todas las legislaciones distinguen entre los delitos de robo con violencia en las personas y con fuerza en las cosas. La explicación sobre lo que constituye esa fuerza no la hace.

Las cosas muebles se encuentran en general más o menos defendidas por sus respectivos propietarios. Unas veces por el hecho de encontrarse en un recinto que se cierra o custodia, y ya sea local destinado a habitación o no; otras veces por guardarse en muebles cerrados; otras por adherirse a los inmuebles. En ciertos casos, el delincuente, para verificar el apoderamiento no precisa ejercitar fuerza sobre los objetos para arrancarlos del lugar en que se hallan, ni sobre los sitios, armarios, cajones, etc. Pero, cuando se ejercita una acción de hecho y se modifican las cosas, rompiendo, fracturando, forzando, se consuma la fuerza a los efectos del apoderamiento.

La forma en que se encuentra redactado el artículo hace pensar con acierto a González Roura, que la fuerza en las cosas califica el robo únicamente cuando se la emplea para preparar o facilitar el apoderamiento o remoción de la cosa o para efectuarlo. La ley dice: “el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble con fuerza en las cosas”. Para la violencia el criterio es diferente, como lo veremos al examinar ese factor.

121. Violencia en las personas.—Los antecedentes nacionales marcan en esta materia uniformidad de criterio, del cual se ha apartado el código vigente.

En el proyecto del doctor Tejedor se cometía robo cuando se maltrataba, se lesionaba o se daba muerte a una persona para que descubriese, entregase o no defendiese la cosa que se intentaba robar. Y en el mismo proyecto se establecía que incurría en el delito de robo “el que amenace o intimide para que se descubra, entregue o no se defienda la cosa”.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García se refería en el artículo 310 al arrebató violento en general; en los artículos 312 y 313 a las violencias materiales sobre las personas, y en el inciso 1.º del artículo 314 a la intimidación.

Las mismas características tiene el código de 1886, donde se habla de las violencias físicas en el artículo 187 y de la amenaza o intimidación en el inciso 1.º del artículo 189.

El proyecto de 1891 se refiere en el artículo 199 a violencia o intimidación en las personas, lo que se repite en la ley número 4189 y en el proyecto de 1906.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria cambió el concepto y se refirió solamente a la violencia física en las personas, suprimiendo la violencia moral, o sean las amenazas o la intimidación.

En la exposición de motivos se expresa haberse hecho la reforma porque es la violencia física lo que caracteriza el delito de robo.

La modificación fué aconsejada por el doctor González Roura, quien contestando a una nota que le dirigiera oportunamente como presidente de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, decía que convendría “limitar en el robo la violencia moral a los casos de su empleo posterior al apoderamiento con el propósito de asegurar al culpable la impunidad propia o la de sus copartícipes, o el de evitar el desapoderamiento de lo robado, a fin de que toda otra violencia moral,

(1) El Código Penal de 1870. Tomo VI, página 177.

“ con el fin de apoderarse de la cosa, corresponda únicamente a la extorsión.” (1).

En carta posterior, el mismo doctor González Roura decía:

“ Tal vez encuentre aceptables las reformas que le propongo sobre hurto, el robo y la extorsión. Quito del robo la fuerza o violencia posterior al apoderamiento, porque, en realidad, el delito ya se había consumado y la hago valer como agravante del hurto. Reduzco el robo a la fuerza física y traslado la intimidación y la violencia moral a la extorsión.” (2).

El artículo correspondiente debía señalar, así, la fuerza en las cosas o la violencia física en las personas (3).

En su libro de derecho penal, el doctor González Roura (4) recuerda estas circunstancias, diciendo:

“ La violencia en las personas es sólo la física; la moral ha dejado de figurar en el robo. El Código ha adoptado un sistema sencillo y neto que evita toda posible confusión del robo con la extorsión. Ha tomado para el robo la violencia física y la violencia moral para la extorsión. Esta reforma fué propuesta por mí al doctor Rodolfo Moreno (hijo) y ha sido incorporada a la ley.”

*
* *

122. Fuerza y violencia en el delito.—La fuerza en las cosas sólo da lugar a la calificación de robo, cuando se emplea a los efectos del apoderamiento. En cambio, la violencia física en las personas caracteriza el hecho, ya sea que se ejecute: a) Antes del robo para facilitararlo; b) En el acto de cometerlo; y c) Después de cometido, para procurar su impunidad.

La violencia física tiene lugar cuando se ejercitan sobre la persona actos corporales. El Código no los especifica, pero debe entenderse que todos caracterizan el delito.

En el concepto de violencia, según el artículo 78, se comprenden los medios narcóticos o hipnóticos.

(1) Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina.—Orden del Día N° 63 de la Cámara de Diputados, año 1917, página 288.

(2) Proyecto y Orden del Día N° 63 citada, página 289.

(3) Proyecto y Orden del Día N° 63 citada, página 290.

(4) Tomo III, página 186.

*
* *

123. La penalidad.—La pena para el robo simple, de que se ocupa el precepto, tiene, como la del hurto, márgenes amplísimos. Los tribunales pueden aplicar desde un mes de prisión hasta seis años de la misma.

El *mínimum* de la pena es el mismo que el que fija para el hurto simple el artículo 162, variando el *máximum*, que para el robo es mucho más elevado.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria proyectó la pena con un *mínimum* de un año, pero la segunda Comisión de Códigos del Senado introdujo el cambio, reduciendo ese *mínimum* a un mes, y siendo aceptada la modificación por la Cámara de Diputados.

La pena aumenta cuando se trata de los robos calificados a que se refieren los siguientes artículos.

*
* *

124. El artículo 165 y sus concordancias.—

Artículo 165

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

CONCORDANCIAS.—Código alemán, artículo 251.—Húngaro, 349, *in fine*.—Belga, 474.—Español, 516, inciso 1.º—Chileno, 433, inciso 1.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 313.—Código de 1886, 157, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 200, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 180.

*
* *

125. Homicidio cometido con motivo u ocasión del robo.—El caso más importante de agravación de penalidad para el robo, es

aquel en que se cometiere un homicidio con motivo u ocasión del mismo.

La disposición ha sido tomada del proyecto de 1906. En el de 1891 también se contenía, pero la pena era la de penitenciaría desde tres hasta quince años.

Cuando se matare a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar un robo, la pena es la establecida en la ley para el homicidio calificado a que se refiere el inciso 3.º del artículo 80. Pero aquí no se trata de eso, sino del homicidio que se comete con ocasión del robo. En el caso del homicidio antes recordado, la pena es de prisión o reclusión perpetua, pudiendo aplicarse lo preceptuado en el artículo 52 sobre reclusión del reo en un paraje de los territorios del Sud.

La pena del proyecto de 1906 no ha sido cambiada. Allí era igual a la del homicidio simple, que en el código en vigor es diferente por haberse disminuído el mínimum de diez a ocho años. Para el caso en examen se consideró que la disminución no era conveniente dada la gravedad del hecho, y se conservó el precepto del proyecto mencionado.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 dijo sobre este punto:

“ El caso más grave de los enunciados en el artículo es, sin
 “ duda alguna, el del número primero, si con motivo u ocasión
 “ del robo resultare un homicidio. Se refiere la disposición al
 “ caso de que el homicidio fuese un resultado accidental del robo;
 “ no al caso en que el homicidio fuese un medio de consumir el
 “ robo, o de prepararlo u ocultarlo, o de asegurar sus resultados
 “ o la impunidad para sí o para los cooperadores, o por no haber-
 “ se obtenido el resultado propuesto, pues, para estos casos, la
 “ disposición clara y terminante que introducimos en el número
 “ 4.º del artículo 111, removiendo, así, toda duda que pudiera
 “ suscitarse, establece la pena de presidio perpetuo. Referida la
 “ disposición a un caso accidental, es en justicia necesario des-
 “ pojarse a la pena de su actual dureza e inflexibilidad, dándole
 “ toda la extensión requerida para que se atiende a todas las cir-
 “ cunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con
 “ precisión. Si estas razones valen para el caso más grave, no hay
 “ porqué insistir en cuanto a los otros dos.”

126. El artículo 166 y sus concordancias.—

Artículo 166

Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:

- 1.º Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91;
- 2.º Si el robo se cometiere en despoblado y en banda.

CONCORDANCIAS.—Inciso 1.º—Código alemán, 251, inciso 2.º—Húngaro, 349, inciso 2º—Belga, 473.—Español, 516, incisos 2º y 3º—Chileno, 433, incisos 2º y 3º.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1º, artículo 1º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 313.—Código de 1886, 187, inciso 2º—Proyecto de 1891, 200, inciso 2º—Proyecto de 1906, 181, inciso 1º—Ley número 4189, 22, Robo b, 4º.

Inciso 2.º—Código español, artículo 517.—Alemán, 250, inciso 2º—Belga, 472.—Chileno, 433, inciso 3.º—Código de 1886, 188, incisos 1.º y 2.º—Ley número 4189, 22, Robo b, 2.º—Proyecto de 1891, 200, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 181, inciso 2.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 2º, inciso 2º.

127. Lesiones graves cometidas con motivo del robo.—Dos distintas agravantes contiene la disposición transcrita, las que examinaré por separado.

La primera dice que se aplicará la pena especial de reclusión o prisión de cinco a quince años, si por las violencias ejercidas para realizar el robo se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

En el artículo anterior se calificaba el hecho de una manera especial si se cometía homicidio; ahora la ley prevé el caso de lesiones graves, o sean las enumeradas en los artículos 90 y 91, estudiados en el lugar respectivo.

El inciso se encontrábase redactado en los siguientes términos, que eran los del proyecto de 1906:

“ Si por las violencias ejercidas para consumir el robo, se pusiere en peligro de muerte a una persona, o se alterase permanentemente su salud.”

Esa redacción fué cambiada, dándosele la que hoy tiene por la segunda Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores.

128. Antecedentes del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 estaba redactado de una manera análoga en esta parte al de 1906, y la exposición de motivos del primero, dijo, con relación a estas agravantes:

“ Otras circunstancias agravantes que, por no revestir la importancia de las enumeradas en el artículo a que acabamos de referirnos, deben determinar la imposición de una pena cuyo máximo no sea tan elevado, son las consignadas en el artículo 201 del proyecto. Comprendemos en este artículo, en los números 1.º y 2.º, los mismos números del artículo 188 del Código Penal; en el 3.º los casos del artículo 190, incisos 1.º y 2.º, y en el 4.º todos los casos de agravación enunciados para el hurto en el artículo 198 del proyecto. Se entenderá que todas estas circunstancias son simplemente agravantes de la pena del robo o del hurto, y no calificativas, pues el robo y el hurto se constituirían en todos los casos con los elementos enunciados en la disposición general.

“ No incluimos en el capítulo del robo la disposición del artículo 188, número 3.º y las del artículo 189 vigente, por una razón común a todas, y es la de que aparece con ellas equiparada la tentativa al delito mismo. Una se refiere al caso en que se hiera o maltrate a una persona para que descubra, entregue o no defienda la cosa que se *intenta robar*; la otra, que se amenace o intimide a una persona con el mismo objeto; la tercera que se detenga en rehenes a una persona para sacar rescate; y la última que se obligue por violencia a firmar un documento de obligación o cancelación, casos todos estos en que no se ha efectuado el *apoderamiento* ilegítimo, que es uno de los

“ elementos esenciales del delito en cuestión. Puede admitirse “ que se trata de una ambigüedad de redacción y no de disposiciones análogas a la del artículo 171 del código austriaco, que castiga como *rapiña* la violencia material sobre una persona, “ *aunque no hubiese tenido efecto la rapiña*; en este caso, algunas “ de las circunstancias expresadas, las violencias para que se entregue o no defienda la cosa, estarán comprendidas en la disposición general; las otras pasarán al capítulo de la extorsión.”

129. Concurrencia de la agravación.—Los motivos que se han tenido en cuenta para consignar la agravación en el caso de haberse incurrido en las lesiones a que se refiere el precepto, no necesitan explicación. El artículo comprende a todas esas lesiones graves, y no solamente a algunas, como resultaba del texto del proyecto primitivo, modificado en la Cámara de Senadores por indicación del doctor González Roura.

Lo que se ha dicho al estudiarse los artículos 90 y 91 debe ser recordado en esta parte, pues al hacer el examen de esas disposiciones me he ocupado de las lesiones a que ellas se dirigen.

El inciso 1.º del artículo, dice:

“ Si por las violencias ejercidas para realizar el robo...”, lo que exige despejar una cuestión ya solucionada al considerarse el artículo 164.

Al tratar de la fuerza en las cosas y de la violencia física sobre las personas, he dicho, teniendo en cuenta el texto del artículo 164, que la fuerza en las cosas debe ser una circunstancia del apoderamiento, mientras que la violencia en las personas puede tener lugar antes, durante y después del robo para caracterizarlo.

En el inciso que estudio es evidente que la violencia sobre las personas debe ser física, desde que, por medio de simples amenazas, no se causan lesiones. En cambio, si se emplearan medios hipnóticos o narcóticos, ellos se comprenden dentro del concepto de la violencia, según lo establece el artículo 78.

Pero no repitiéndose en el inciso las exigencias que contiene el artículo 164, tiene el alcance de una disposición genérica, que

fija los caracteres del delito, que lo define y que rige, en consecuencia, a todo el capítulo. Contiene el concepto del robo simple, cuyas penas se aumentan cuando se presentan circunstancias especiales, pero sin modificarse el concepto relativo a la fuerza en las cosas o a la violencia física en las personas.

Además, el inciso habla de la violencia para realizar el robo en términos generales, mientras que en el inciso 2.º, al señalar una circunstancia distinta, que no se refiere a violencias sobre los individuos, habla de si el robo se cometiere, limitando la existencia de la agravante a la concurrencia de los medios para la ejecución.

González Roura (1) dice respecto al inciso:

“ Pero ocurre preguntar qué pena deberá imponerse en el caso del artículo 166, inciso 1.º, encontrándose también previsto, aunque con una pena menor, en el 92 de las lesiones. Y la respuesta, en el sentido de la aplicación de la pena prevista en el robo, no es por cierto dudosa. Primero, porque una disposición de carácter especial prima sobre otra de carácter general, y segundo, porque en materia de concurrencia de delitos prima la calificación del más grave, según el principio tantas veces recordado.”

El argumento me parece perfectamente claro y de todo punto aceptable.

130. Robo en despoblado y en banda.—El inciso 2.º se refiere al robo en despoblado y en banda. El uso de la conjunción y significa que el robo, para que tenga el especial carácter, debe cometerse mediando las dos circunstancias.

El doctor Tejedor, en su proyecto, castigaba especialmente en dos incisos diferentes del respectivo artículo: 1.º Al que roba empleando armas, o en despoblado o en camino público; y 2.º Al que se hubiere asociado a tres o más personas para cometer el robo.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García agravó la penalidad cuando el robo se ejecutaba: a) Con violación del

(1) Derecho Penal. Tomo III, página 188.

domicilio, en despoblado o en camino público; y b) Asociándose dos o más personas para cometerlo.

En cuanto al código de 1886 previó especialmente los casos de que el robo se cometiese: 1.º En despoblado y con armas; y 2.º En lugares poblados en banda o complot.

Los proyectos de 1891 y 1906 contienen en el respectivo artículo un inciso redactado en los mismos términos que los del código en vigor.

Estableciendo la disposición que el robo debe cometerse en despoblado y en banda para que concorra la especial agravante, esto es, que debe ejecutarse fuera de los centros poblados y en banda, conviene fijar este último concepto. Sobre el primero no es necesario insistir, desde que las diferencias entre poblado y despoblado se perciben en los hechos.

La banda se encuentra definida en el artículo 210 del código vigente, que precisa el concepto diciendo que es una asociación ilícita compuesta de tres o más personas y destinada a cometer delitos.

En los antecedentes nacionales se encuentran diferentes disposiciones relativas a bandas y complot. La primera era la asociación destinada a cometer delitos, mientras que el segundo existía cuando mediaba un concierto para delitos determinados.

El doctor Tejedor decía al respecto (1):

“ Lo que constituye el complot (*societas sceltrum*)—dice el Comentario Oficial—es el contrato recíproco que une a todos los miembros de la asociación criminal. Es por razón de este contrato que se considera que cada uno de ellos ha aceptado de antemano todo lo que se perpetre, quedando, así, responsable como autor principal, sin que haya necesidad de examinar la mayor o menor cooperación, ni la época de ésta. Tal es el punto capital que distingue al complot de la complicidad ordinaria.

“ Hay crímenes—dice Pacheco—que se conciertan y se ejecutan tan por más de una persona; o por necesidad o por acaso, suele suceder que no sea uno solo su autor, sino que varios individuos hayan concurrido a idearle, a prepararle, a consumarle... Mas sea lo que quiera de esta división, el hecho es que hay delitos individuales y delitos comunes a varias personas. Pues bien; para estos últimos delitos, es menester que haya algunos pasos,

(1) Proyecto de Código Penal. Tomo I, página 42.

“ algunos grados más que los que se habían indicado antes: no es cada uno de los que se cometen, sino en la relación, en el acuerdo de los unos con los otros. Para que dos o más personas concurren de común a cualquier acto, necesitase, sin duda, que uno lo proponga y otro lo acepte; que no haya invitación, que haya resolución, que haya concierto. Lo que en el delito individual es el pensamiento y la determinación, en el delito colectivo es la propuesta de uno y el acuerdo de los restantes. Los términos técnicos con que se expresan estas ideas son los de *proposición y conspiración*.”

En otra parte del mismo proyecto, agregaba (1):

“ El complot—dice el Comentario Oficial—supone individualizado el crimen que forma el objeto de la asociación criminal, por ejemplo, un asesinato sobre tal persona determinada, un ataque a tal cosa, etc., etc. Por el contrario, la asociación llamada banda, tiene por objeto cometer incendios, robos, etc., sin especificar cuál será el edificio incendiado o el viajero robado.”

El código de 1886, de acuerdo con este sistema, decía en el artículo 25:

“ Si dos o más individuos resuelven cometer un delito y se obligan, bajo promesa de auxilio recíproco, a ejecutarlo conjuntamente, esta asociación constituye un complot, y cada uno de los partícipes que antes, durante o después de la ejecución, se haya mostrado en actitud de cooperar o haya mantenido a sus compañeros en la convicción de que podían contar con su auxilio, será también considerado, después de la consumación, autor principal del delito.”

Y agregaba en el 30:

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

131. Cuándo se considera que existe banda.—Dados los términos del inciso, si se comete un robo en despoblado y con el con-

(1) Proyecto citado. Tomo I, página 45.

curso de tres personas o más, ¿será necesario, para que concurra la agravante especial, que esas personas estén asociadas para cometer delitos, o bastará que hayan realizado el acto en compañía, y aun concertándolo previamente?

Los términos del Código, unidos a lo que dispone el artículo 210, solucionan la cuestión. El Código habla de banda, o sea la asociación destinada a cometer delitos y no un delito.

En el proyecto de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, que siguió a los de 1891 y 1906, se definía la banda en el artículo 78, que se ocupaba de la significación de conceptos empleados en el Código, diciendo:

“ Se entiende por *banda* la asociación de dos o más individuos para cometer delitos indeterminados.”

La definición se suprimió a propuesta de la Comisión de Códigos del Senado, la cual dijo:

“ La comisión piensa que debe mantenerse este título, pero cree que, a fin de evitar repeticiones, podría suprimirse del artículo 78 la definición de *banda* en razón de que lo está con toda precisión en el artículo 210 del proyecto.”

De manera que es preciso, para que la agravante especial se compute, que sea el robo la obra de una asociación de tres o más personas que se encuentren convenidas para la comisión de delitos.

La pena para el delito es la de cinco a quince años. Los tribunales pueden elegir entre la de reclusión y la de prisión, de manera que existe, de acuerdo con el sistema de la ley, la posibilidad, no sólo de graduar el castigo dentro de amplios límites, sino el de determinar su clase.

132. El artículo 167 y sus concordancias.—

Artículo 167

Se aplicará reclusión o prisión de tres a diez años:

- 1.º Si se cometiere el robo en despoblado y con armas;
- 2.º Si se cometiere en lugares poblados y en banda;
- 3.º Si se perpetrare el robo con perforación o fractura de

pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas;

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

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.°*—Código alemán, artículo 250, incisos 1.° y 3.°—Belga, 471, y 472.—Español, 521 y 522.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.°, artículo 2.°, inciso 2.°—Código de 1886, 188, inciso 1.°—Ley número 4189, 22, Robo c, inciso 1.°—Proyecto de 1891, 201, inciso 1.°—Proyecto de 1906, 182, inciso 1.°

Inciso 2.°—Proyecto de 1891, artículo 201, inciso 2.°—Proyecto de 1906, 182, inciso 2.°—Código de 1886, 188, inciso 2.°

Inciso 3.°—Código italiano, artículo 404, inciso 4.°—Ley número 4189, 22, Robo c, inciso 3.°—Proyecto de 1891, 201, inciso 3.°—Proyecto de 1906, 182, inciso 3.°—Ley número 3900, 1.°—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.°, artículo 4.°, inciso 1.°—Código de 1886, 190, inciso 1.°

Inciso 4.°—Proyecto de 1891, artículo 201, inciso 4.°—Proyecto de 1906, 182, inciso 4.°—Ley número 4189, 22, Robo c, inciso 4.°

* *

133. Las circunstancias calificativas de la disposición.—Hasta ahora los artículos 165 y 166 se han referido a dos clases de robos especialmente calificados y que se relacionan con las personas y con determinadas circunstancias. Con referencia a las personas se castiga con especialidad el delito cuando se cometiere un homicidio o se infiriesen lesiones graves; y como circunstancia especial se ha colocado la de haberse cometido el robo en despoblado y en banda.

Nos encontramos ahora, y en el presente artículo, con el último grupo de circunstancias especialmente calificativas, y que se mencionan en los cuatro incisos del artículo 167.

Examinaré cada una de esas disposiciones.

* *

* *

134. Robo en despoblado y con armas.—En el proyecto del doctor Tejedor se agrava el delito cuando se ejecuta empleando armas, o en despoblado o en camino público.

El respectivo artículo, en la parte final dice, por la palabra *armas*, “se entiende todo instrumento con el cual se pueda inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida.”

La nota se extiende sobre el concepto, diciendo:

“Todos los legisladores han considerado el uso, y aun la simple posesión de armas, como una circunstancia agravante de ciertos delitos. Encuéntranse, en efecto, en esta posesión o este uso el indicio de una intención más culpable, que confiere a la acción un carácter más grave. Era, pues, importante precisar los objetos que la ley reputa armas, y por eso definimos aquí la palabra, tomando este artículo del código de Baviera. Los fragmentos del Digesto contienen muchas definiciones que se funden quizá en el fondo, pero que difieren esencialmente en la expresión. Así, se le ve una vez hacer esta enumeración: “*Arma sunt omnia tela, hoc est, et fustes et lapides, non solum gladii, hesto, frameo, id est, romptheo.*” En otro fragmento se lee: “*Armorum appellatio non utique scuta, et gladios, et goleas significat, sed et fustes et lapides.* Pero Gayo formula la definición en un principio más preciso: “*Teli apellatione et ferrum et fustis, et lapis, et denique omne quod nocendi causa habetur, significatur.*” De todo esto se sigue que el arma toma su carácter, no tanto de la materia que la forma, como del uso a que se destina; todo lo que puede dañar, *omne quod nocendi causa habetur*; todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas. Esta definición más general en los términos es, sin embargo, más restrictiva, por el fin moral que exige en la posesión de un objeto para que se repute una arma.”

El código de 1886 también consignó la agravante para el caso de cometerse el robo en despoblado y con armas, y la misma disposición se repite en los proyectos de 1891 y 1906 manteniéndose en el código vigente.

Por armas debe entenderse—dice Irureta Goyena (1)—todo adminículo apto para ofender o para dañar, cualquiera que fuese su destino, no debiendo limitarse el calificativo a aquellos objetos destinados al ataque o defensa de las personas.

Arma es un revólver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa, y es un palo, un cuchillo, una piedra, un formón, en una palabra, objetos o herramientas que, si bien se han elaborado

(1) El Delito de Hurto, página 329.

con propósitos distintos a los del uso defensivo, son capaces de dañar.

El inciso dice que el robo debe cometerse en despoblado y con armas, lo que supone preguntarse si bastaría con que se lleven las armas o si será preciso que se usen.

Crivellari, examinando el artículo 408 del código italiano (1), que habla de amenazas contra la vida a mano armada, entiende que las armas deben exhibirse, porque solamente de esta manera se verifica la intimidación que hace más grave el delito.

El código español castiga especialmente a los que con armas robaren en determinados lugares o condiciones y usando ciertos medios, como ser el escalamiento, efracción, fractura, etc. La jurisprudencia ha establecido que basta llevar armas, aun cuando no se usen contra persona alguna.

Entre otros muchos fallos la Corte de Casación ha establecido: 1.º Por sentencia de 26 de marzo de 1890, que para calificar el robo ejecutado con armas basta que uno de los malhechores se haya provisto de ellas al cometer el delito, puesto que a todos aprovecha la superioridad que da el arma y el mayor daño que, independientemente del robo, se puede causar; 2.º Por sentencia de 9 de mayo de 1890 que no es necesario que los culpables hagan uso de las armas, siendo suficiente que las tengan en su poder al realizar el robo; 3.º Por sentencia de 7 de diciembre de 1887 se estableció que la tenencia de armas por el malhechor al perpetrar un robo constituye siempre un peligro para los moradores del lugar en que se efectúa; que el riesgo personal es el verdadero motivo del precepto y no puede ser desatendido ni decae por la nueva conjetura de no tener el reo el propósito de emplear sus armas para la agresión o defensa; 4.º Por sentencia de 23 de marzo de 1889 se declaró que no se requiere que todos los delincuentes que concurren a un robo lleven armas, sino que basta que alguno las tenga en su poder, etc., etc. (2).

El proyecto de 1891 señala como concordancias del inciso a los preceptos correspondientes de los códigos español, belga y alemán. El código español se refiere, como hemos visto, al robo con armas; el belga dice: "cuando se han usado o mostrado armas"; y el alemán: "que el autor o uno de los cómplices lleven armas."

(1) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo 3, página 152.

(2) Juan A. Hidalgo García.—El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. Tomo II, páginas 604 y 605.

Si hemos de atenernos a las concordancias del proyecto antecedente convendremos en que ellas no proporcionan mucha luz, porque en el código alemán se exige llevar armas, en el belga usarlas o mostrarlas, y en el español simplemente cometer el atentado con armas, habiendo entendido la jurisprudencia que bastaba llevarlas.

En mi concepto, basta la portación de armas para que el robo resulte especialmente agravado, concurriendo, es claro, la circunstancia del despoblado. El delincuente que lleva armas no las ha de cargar para realizar un paseo, ni para cumplir con deberes sociales. Si las tiene es con un propósito delictuoso y para usarlas si lo considera preciso. La portación de armas revela en el sujeto una mayor peligrosidad, demuestra que el hecho ha podido tener consecuencias gravísimas con referencia a las personas y, por tanto, la sociedad debe precaverse, tomando mayores precauciones.

La ley no dice, como en el código belga, que se necesite usarlas; expresa simplemente que se cometa el robo en despoblado y con armas. La exigencia se llena cuando el autor las lleva consigo y está en condiciones de llegar a las lamentables consecuencias que resultan de la portación.

Pero así como he entendido que al hablar de armas empleadas debía considerarse que lo eran cualquier instrumento capaz de ofender, aun cuando se hubiese fabricado con un propósito distinto al de la defensa personal o al de los ataques individuales, creo que tratándose de armas no usadas, sino llevadas por el delincuente, debe limitarse el concepto a aquellas que tengan por objeto la ofensa o la defensa.

Así, si el agente lleva una cortaplumas o una herramienta y no la usa, entiendo que eso no puede ser considerado como arma, pero sostengo, en cambio, que si lleva un revólver, un puñal o un fusil, aunque no los emplee ni los exhiba, el robo habría sido cometido con armas, de acuerdo con el concepto del artículo.

135. El robo en lugares poblados y en banda.—Para precisar esta circunstancia me limitaré a referirme a lo dicho cuando estudié el artículo anterior, respecto al alcance de la palabra *banda*.

136. **El robo con fractura.**—El tercer inciso del artículo dice que el robo se agrava cuando se perpetrare: con perforación o fractura de pared, cerco, puerta o ventana de un lugar habitado, o sus dependencias inmediatas.

Antes de pasar a la explicación del precepto voy a ocuparme de los antecedentes del mismo en la legislación nacional.

El proyecto del doctor Tejedor calificaba especialmente el robo sin violencia ni intimidación en las personas: 1.º Cuando se perpetra con escalamiento, perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio; y 2.º Cuando haya fractura de puerta, ventana o mueble, sin cerradura.

De acuerdo con el concepto de la ley vigente, dentro del primer inciso mencionado del proyecto del doctor Tejedor se señalaban casos de robo y casos de hurto, pues en algunos concurría la fuerza en las cosas y en otros no.

Las notas respectivas se ocupaban de dar algunos conceptos.

Así, sobre escalamiento se dice que concurre cuando el ladrón sube, penetra a una casa cerrada por medio de expedientes improvisados o de aparatos preparados de antemano. Acerca de introducción por conducto subterráneo, se expresa que se equipara el caso al de escalamiento. De aquí que los caracteres generales que distinguen a esta última circunstancia se apliquen a la entrada por conducto subterráneo.

Hago notar, para que las nociones no se confundan, que el escalamiento puede tener lugar sin fuerza en las cosas, mientras que la entrada por conducto subterráneo requiere, seguramente, la construcción del mismo, o sea la fuerza en las cosas.

Sobre el concepto de fractura, la nota correspondiente es más extensa, expresando:

“La efracción de un objeto cualquiera no constituye delito cuando no es un medio de cometer un robo: sólo da lugar, en este caso, a la acción civil de daños y perjuicios. Pero si la efracción se complica como medio de perpetración del robo, se considera como circunstancia accesoria de él, y en ciertos casos como circunstancia agravante... La efracción es un acto de

“fuerza, de rompimiento; supone, pues, que lo que estaba cerrado se abre por medios violentos, y que no son los que se empleaban habitualmente para abrir. El segundo carácter de la efracción es que el instrumento roto o fracturado estuviese destinado a cerrar o a impedir un pasaje. (Chauveau Adolphe, tomo 5, páginas 199 y siguientes).

“El robo con efracción se consideraba por las legislaciones antiguas como un crimen muy grave. La ley romana lo castigaba con pena diferente, según que se cometía de día o de noche. En el primer caso la pena era azotes y minas por cierto tiempo. En el segundo, azotes y minas perpetuas. (L. 2, D. de efratribus). Este mismo robo cometido con armas y por muchos, tenía pena de muerte, *si quidem in turba cum telo fecerint*. Por nuestras antiguas leyes, el hecho solo de la efracción tiene pena de muerte y calidad de alevé.”

En cuanto al proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García hablaba de escalamiento o efracción en el inciso 1.º del artículo 318, para calificar especialmente el delito de hurto.

137. **El código de 1886 y proyectos posteriores.**—El código de 1886 siguió al proyecto del doctor Tejedor. En el inciso 1.º del artículo 190 se castiga a los que cometen robo sin violencia ni intimidación en las personas: 1.º Cuando el robo se perpetre con escalamiento o perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo o por vía que no está destinada a servir de entrada al edificio; y 2.º Cuando haya fractura de puerta o ventana para penetrar en el edificio.

El proyecto de 1891 precisó mejor los conceptos de *robo* y *hurto*, y en el inciso 3.º del artículo 201 castigó especialmente al autor si se perpetrare el robo con perforación o fractura de pared, cerco, puerta o ventana de un lugar habitado.

La ley de reformas siguió a este último proyecto, repitiendo la disposición contenida en aquél.

El proyecto de 1906 amplió un poco la disposición, consignando la agravación para cuando el robo se perpetrare con perforación o fractura de pared, cerco, puerta o ventana de un lugar

habitado o sus dependencias inmediatas. En estos mismos términos fué despachado el inciso por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria y sancionado por la Cámara de Diputados.

La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso se agregase después de la palabra *cercos*, las palabras *techo o piso*. La modificación que, según tengo entendido, fué sugerida por el doctor González Roura, se aceptó, quedando redactado definitivamente el inciso en los términos que presenta en el Código.

138. **Agravante de efracción.**—La fuerza en las cosas a que se refiere el inciso 3.º del artículo 178, es lo que se conoce generalmente con el nombre de *efracción*, término éste que no se ha usado en nuestros textos legales, con excepción del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

La efracción concurre cuando hay fractura o perforación, de manera que si el agente, en lugar de romper los vidrios, las cerraduras, perforar el piso o el techo, forzar las puertas o ventanas, se valiese de una llave gánzúa o escalase sin romper, habría incurrido en hurto y no en robo. La destrucción o demolición puede efectuarse de cualquier modo; la cuestión para que concorra la agravante es que se realice.

El inciso enumera lo que puede ser objeto de perforación o fractura, y se refiere a pared, cerco, techo o piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas.

Siendo las paredes, los techos, pisos, puertas y ventanas los elementos característicos de los lugares habitados, las dificultades no pueden presentarse cuando la perforación o fractura se refiere a ellos.

En cambio, cuando se trata de cercos, la cuestión se puede plantear. ¿A qué cercos se refiere la ley? ¿La rotura de un alambrado exterior que se encuentra a mucha distancia del lugar habitado, puede determinar o no la concurrencia de la agravante?

Diciendo el inciso que se trata del cerco de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas, entiendo que la circunstancia especial concurrirá solamente cuando la fractura o perforación se

efectúen en el cerco que rodea la casa y que se coloca para la protección inmediata de la misma.

Por *lugar habitado* se debe entender el destinado a morada de las personas, aun cuando aquéllas no se encuentren en el momento de la ejecución del delito. El Código incluye a las dependencias, o sea a todo lo que se relacione con los que ocupan la casa-habitación.

El inciso habla de la concurrencia de la efracción para la ejecución del delito, desde que dice: "si se perpetrare el robo". Esto significa que la tal efracción debe concurrir a los efectos de la perpetración del robo. Si se incurre en ella después, o sea cuando la perpetración sea un hecho, la circunstancia no influye en la calificación.

139. **Circunstancias especiales del delito de hurto.**—El último inciso se refiere a los casos en que concudiesen las circunstancias del artículo 163. Esas modalidades califican especialmente el delito de hurto, de manera que cuando se produzca un robo mediando aquéllas, la pena será la señalada en el presente artículo.

Así, si el que ha entrado a la casa usando llave de la puerta, o por medio de escalamiento, se encuentra con una persona y la maltrata, empleando sobre ella violencia física, o hace saltar la cerradura del mueble que contiene el objeto del que se apodera, incurre en robo calificado por la concurrencia de circunstancias relativas al hurto calificado.

140. **Penalidad.**—La pena para estos casos es la de reclusión o prisión desde tres hasta diez años. Me limito, al señalarla, a recordar lo que he dicho en otras partes respecto al sistema del Código sobre penas alternativas y márgenes amplios.

IX

Extorsión

141. ANTECEDENTES CONTENIDOS EN EL PROYECTO TEJEDOR.—
142. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—143. CÓDIGO PENAL VIGENTE ANTES DE LA REFORMA.—144. PROYECTOS DE 1891 Y 1906.—
145. CONCEPTO DEL DELITO DE EXTORSIÓN.—146. EL ARTÍCULO 168 Y SUS CONCORDANCIAS.—147. ELEMENTOS DEL DELITO DE EXTORSIÓN.—
148. INTIMIDACIÓN O SIMULACIÓN DE AUTORIDAD.—149. EL CARÁCTER DE LA EXIGENCIA.—150. ANTECEDENTES DE LAS COMISIONES LEGISLATIVAS.—151. CONSUMACIÓN DEL DELITO.—152. FIRMA O DESTRUCCIÓN DE DOCUMENTOS.—153. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1891.—154. LOS CAMBIOS EN LA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO.—155. EL ARTÍCULO 169 Y SUS CONCORDANCIAS.—156. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN.—157. CARÁCTER DE LA AMENAZA.—158. LA PENALIDAD.—158 BIS. DELITO CONSUMADO Y TENTATIVA.—159. EL ARTÍCULO 170 Y SUS CONCORDANCIAS.—160. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN.—161. ALCANCE DEL PRECEPTO.—162. EL ARTÍCULO 171 Y SUS CONCORDANCIAS.—163. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN.

*

* *

141. Antecedentes contenidos en el proyecto Tejedor.—La extorsión es uno de los delitos que ha estado legislado de manera más deficiente en nuestros antecedentes legislativos. Y no sólo deficiencia, sino confusiones de concepto deben señalarse en los mismos, los cuales han desaparecido con la vigencia del actual código.

En el proyecto del doctor Tejedor, y dentro del capítulo que

se ocupaba de robos y hurtos, se contenían dos artículos con el título genérico de extorsión. El primero decía:

“El que obligue a otro con violencia o intimidación a firmar, otorgar o entregar una escritura pública, letra, vale o documento que contenga obligación o descargo será castigado como culpable de robo con las penas señaladas en los artículos respectivos.”

La nota decía:

“Obligar por fuerza—dice Pacheco—a cualquiera persona a que firme o entregue un documento de los que declara el artículo, equivale plenamente a arrancarle la cantidad que en el documento se señala. Es, pues, igual esencialmente a un robo el acto aquí ejecutado; y las penas que para el robo deben servir han de aplicarse también a esos otros hechos de violencia. Lo mismo ataca mi propiedad con violencia de mi persona quien me arrebató el reloj poniéndome un puñal al pecho, que quien me obliga con el mismo puñal a firmarle un pagaré de dos onzas de oro. (T. 3, p. 300).

“La extorsión—dice Chauveau Adolphe—no es más que un hurto cometido por medio de la fuerza, de la violencia o acción... ¿Cuál es el fin de la extorsión? Arrebatarse un documento, un acto cualquiera que contenga obligación o descargo, y, por consiguiente, sustraer una cosa que pertenece a otro, una cosa que tiene un valor cualquiera. Se reúnen, pues, en este crimen, todos los caracteres del robo. (Tomo 5, página 275).

“Este delito, *concessio privata*, era desconocido en el antiguo derecho romano; pero en tiempo de los emperadores se sintió la necesidad de comprender bajo una denominación común los diversos casos en que se hacía uso de coacción moral, para procurarse un beneficio ilícito. Este hecho, que no se encerraba en ninguna de las otras formas de delito, se volvió un *crimen extraordinarium* con el nombre de *concessio quasi impressio*. Del derecho romano la concusión pasó ensanchándose a los escritos de los criminalistas italianos, y de aquí a la práctica criminal. Pero como las leyes romanas no daban una definición precisa de la concusión, fué definida de una manera muy diversa por los antiguos.”

Agrega la misma nota que idéntica diversidad se percibe en las leyes modernas. Según unos, extorsión es una especie de falsedad; según otros, el empleo de maniobras fraudulentas puede ser un

hecho concomitante con el delito, pero no es uno de sus elementos constitutivos.

El segundo artículo, comprendido bajo el rubro de extorsión, dice:

“El que arrebate una cosa de valor del poder de la persona que la lleva, sufrirá de uno a dos años de prisión, según la gravedad del caso.”

Pero el proyecto no se limitaba a lo que dejó recordado, sino que en el título sobre delitos contra las garantías individuales traía un capítulo, el 5.º, en el que se ocupaba de amenazas y coacciones, consignando casos que eran, en realidad, de extorsión.

Se castigaba al que amenazase por escrito con un mal que constituyese delito, si la amenaza se hiciera con el objeto de que se depositase una suma de dinero o se practicase cualquier otro acto.

La pena se reducía: a) Si la amenaza fuese incondicional; b) Si fuese verbal; c) Si fuese de mal que no constituyese delito.

Se castigaba también al que con violencia impidiese a otro hacer lo que la ley no prohíbe o le compeliere a ejecutar lo que no quiere; y al que con amenazas o violencias se hiciera justicia a sí mismo, tomando una cosa de su deudor para hacerse pago con ella.

La primera nota empieza por hacer consideraciones acerca de las amenazas, expresando después que cuando se hacen por escrito anuncian un designio premeditado de causar el mal.

Y agrega:

“Con frecuencia el escrito en que se encuentran contiene una orden cualquiera en un lugar indicado. La persona amenazada está en una posición tanto más crítica cuanto que no puede estar continuamente en guardia, y teme siempre que si no obedece la orden, tarde o temprano, y cuando menos lo piense, acaba por ser víctima del crimen con que se le amenazó. El terror que estas amenazas inspiraban no dañan sólo a la tranquilidad de la persona que es su objeto, sino que se participa por todos los que pudieran temer para sí la misma suerte. Lo que acaba de observarse tiene igualmente aplicación cuando el escrito, en vez de contener la orden de depositar una suma, contiene la de llenar una condición cualquiera. En este último caso hay siempre violencia, y violencia premeditada, con designio de obtener lo que no hay derecho de exigir.”

*

* *

142. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García no se ocupa de la extorsión en el capítulo destinado a robos y hurtos, pero, en cambio, legisla sobre la materia al tratar de amenazas y coacciones, en el capítulo séptimo del título de los delitos contra las personas.

Se castiga, en general, y en el artículo 234, al que con amenazas de causar a otro o a su familia un mal que realizado constituiría delito, exija de él la entrega de un valor cualquiera, o la ejecución de un acto que pudiera aprovechar al delincuente o a otro.

La pena disminuye cuando la amenaza se hiciera sin condición, y se reduce más cuando, se amenaza con un mal que no constituye delito.

Repítese, por fin, el proyecto, las disposiciones del de Tejedor, respecto al que compela a otro y al que se haga justicia por sí mismo.

*

* *

143. Código Penal vigente antes de la reforma.—El código de 1886 no siguió al proyecto del doctor Tejedor, pero tampoco adoptó en esta materia un sistema racional.

En el capítulo sobre robos y hurtos incorporó, considerando que el caso era de hurto, el precepto que el proyecto del doctor Tejedor contenía bajo el rubro de extorsión y según el cual se castigaba al que arrebatase una cosa del poder del que la llevara. El Código entendió que ese era un caso de hurto y completó la noción de ese delito. Para entenderlo así basta tener en cuenta que el hurto se consideraba como una sustracción clandestina, de manera que el ataque manifiesto que no fuera robo estaría fuera del cuadro.

En el proyecto del doctor Tejedor se exigía que la cosa arrebatada fuese de valor, y se calificaba el acto de extorsión. De este último delito no hablaba el código de 1886, el que traía, como

los proyectos anteriores, un capítulo sobre amenazas y coacciones, pero colocado en el título de los delitos contra las garantías individuales.

Según el artículo 168, el que amenazare a otro, causare al mismo o a miembros de su familia, en su persona, honra o bienes, un mal que constituya delito, será castigado: 1.º Con la pena inferior en grado a la señalada por la ley al hecho con que amenazare, si hubiese hecho la amenaza exigiendo una suma de dinero, o la ejecución o inejecución de un hecho y el culpable hubiese conseguido su propósito; 2.º Si no lo hubiese conseguido se aplicará la pena inferior en dos grados, y en caso de no ser esto posible, se aplicará el minimum de la pena inferior en un grado.

La amenaza—dice el artículo 169—se castigará con arresto de uno a tres meses en los demás casos.

El Código repetía en los artículos 171 y 172 los últimos preceptos de los dos proyectos anteriores que he mencionado antes.

*

* *

144. Proyecto de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891 cambió en esta parte, como en otras, el sistema del Código y de sus antecedentes.

En el título sobre delitos contra la propiedad se introdujo un capítulo nuevo, destinado a prever los casos de extorsión. En la exposición de motivos se dijo que en esa parte se coloca la represión de aquellos actos que tendiendo, como una de las formas del robo, al apoderamiento ilegítimo por medio de violencias sobre las personas, no pueden causar el apoderamiento sino de una manera mediata e indirecta, o con un intervalo de tiempo.

Las disposiciones respectivas serán examinadas al estudiar los artículos del Código.

La ley número 4189, colocó la extorsión entre los delitos contra las garantías individuales, substituyendo el capítulo sobre amenazas y coacciones con los artículos del proyecto de 1891 sobre extorsión, contenidos en el título de los delitos contra la propiedad.

El proyecto de 1906 mantuvo las disposiciones con pequeñas reformas y no las fundamentó en la exposición de motivos.

En cuanto a la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria solamente introdujo una modificación en el artículo 169, de que me ocuparé después.

145. Concepto del delito de extorsión.—La extorsión es un atentado contra la propiedad que tiene diferencias precisas con el hurto y con el robo. Las distinciones se relacionan con la cosa objeto del delito, con los medios que se emplean y con el tiempo que media entre la acción y la obtención.

En el robo o hurto el objeto es una cosa mueble; en la extorsión puede ser una ventaja patrimonial cualquiera lo que se persiga; en el robo y en el hurto el delito se produce con el apoderamiento; en la extorsión el delincuente ejercita una acción para obtener la ventaja más adelante; en el hurto y el robo los medios pueden ser diversos, mientras que en la extorsión lo que se emplea es la violencia moral, la amenaza, a los efectos de conseguir el resultado.

González Roura (1) dice que la extorsión importa procurarse indebidamente y con perjuicio de tercero una ventaja patrimonial por medio de coacción moral, por la cual se plantea a una persona un dilema, uno de cuyos términos se halla constituido por un perjuicio patrimonial, que ella o un tercero debe soportar, consistiendo el otro en un mal, que ella o un miembro de su familia habrá de sufrir.

El Código se ocupa de este delito en cuatro artículos. En el primero se castiga al que con intimidación, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. La pena se aplica también cuando se obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

En ese primer precepto la ley se refiere al delito de extorsión en general.

En el segundo artículo castiga el *chantage*, o sea al que ame-

(1) Tomo III, página 198.

nazare con violar secretos o hacer imputaciones contra el honor para obtener la ventaja pecuniaria.

El tercero se refiere a la detención de persona en rehenes para sacar rescate, y el cuarto a la substracción de cadáveres para hacerse pagar su devolución.

146. El artículo 168 y sus concordancias.—

Artículo 168

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículos 407 y 409.—Francés, 400.—Holandés, 317.—Belga, 470.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 1.º, artículo 9.º—Código de 1886, 168 y 189, inciso 3.º—Ley número 4189, 20, letra a.—Proyecto de 1891, 202.—Proyecto de 1906, 183.

147. Elementos del delito de extorsión.—El delito se comete cuando se obliga a alguno con intimidación o simulando autoridad pública, a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Los elementos de ese delito son, por tanto: 1.º La intimidación; 2.º El constreñimiento a la entrega, envío, depósito o disposición de la cosa; y 3.º Que cuando se trató de documentos, produzcan efectos jurídicos.

El Código también comprende el caso de que se obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

148. Intimidación o simulación de autoridad.—Dos medios pueden emplearse, según el Código, para cometer el delito de extorsión. El primero es la intimidación, el segundo la simulación de autoridad.

Al hablar del robo y hacer el estudio del artículo 164, se hizo notar que la violencia debía ser física. El motivo que se tuvo para acentuar ese carácter fué precisamente el de distinguir entre aquel delito y el de extorsión. Para la concurrencia del robo se requiere la violencia material sobre la persona o la fuerza en las cosas, mientras que para la extorsión es preciso que se verifique la intimidación, esto es, la violencia moral, las amenazas.

El Código no dice qué clase de intimidación será preciso que se emplee para que se considere ejecutado el delito, lo que significa que toda aquella que pueda verosímelmente impresionar a una persona y hacerla realizar el acto perseguido, debe considerarse suficiente.

La amenaza, que es la forma más común de coacción, se puede hacer presente por escrito o verbalmente; puede ser verificada en comunicaciones firmadas o anónimas, puede ser directa o indirecta, velada o manifiesta. La forma es lo de menos, bastando que se ofrezca ocasionar un mal que determine a la víctima o pueda determinarla a hacer lo que se le indica con el objeto de evitarlo.

No es preciso que el mal con que se amenaza se refiera directamente a la persona contra la cual se esgrime para obligarla al acto deseado. Basta con que se dirija a sus bienes, a personas de su afección, etc. Lo que se requiere es que se toque al individuo en algo que pueda interesarle. Así, si el agente escribiera a una persona diciéndole que si no deposita en un lugar determinado una suma de dinero, él realizará un acto que es indiferente para el destinatario, no se habrá incurrido en el delito de extorsión. El Código habla, por eso, de una intimidación que obligue al sujeto.

La segunda forma en que puede cometerse el delito es la de

simulación de autoridad. En este caso la intimidación caracterizada por la amenaza del mal ilícito no concurre, tratándose de que el sujeto proceda ante la preocupación de obedecer a la autoridad, aun cuando la orden pudiera no parecerle del todo justa.

La intimidación puede referirse a los distintos bienes o derechos. El delincuente puede amenazar con inferir un ataque a la vida, a la integridad física, a la propiedad, al honor, etc. La ley no hace distinciones y no requiere tampoco que se amenace con cometer un delito determinado.

149. El carácter de la exigencia.—Se entiende que la exigencia formulada por el delincuente debe ser ilegítima. Si una persona persigue a un ladrón que lleva su cosa que le ha sido sustraída y la recupera, aun empleando amenazas, no puede ser considerado como autor de extorsión, porque reclama lo propio, sobre lo cual tenía derecho.

Tampoco incurriría en extorsión el acreedor que amenazase a su deudor con demandarlo o con pedirle la quiebra, aun cuando esto pudiera significar la ruina del obligado, porque el tenedor del crédito no haría sino declarar que haría uso de un derecho.

En cambio, si se trata de obtener la restitución de lo propio que está en posesión ajena, sin derecho para el reclamo, el acto no se justificaría.

El doctor Tejedor, en el capítulo sobre amenazas y coacciones, castigaba al que, con amenazas o violencias, se hiciere justicia a sí mismo, tomando una cosa de su deudor para hacerse pago con ella. La doctrina de ese precepto es justa, pero hacer de ello un delito especial no me parece acertado. El que se apodera de la cosa de un deudor para hacerse pago con ella comete un delito ordinario de robo; hurto, extorsión o defraudación, según el caso.

No obstante esto, dejo constancia de que el doctor Tejedor fundaba el precepto, que no se ha repetido en el Código, en la siguiente forma:

“El que con violencia—dice Pacheco—se apodera de una cosa perteneciente a otro, aunque sea su deudor, puede haber cometido un robo indudable. Si no lo hizo porque fuera su

“deudor, sino porque le quiso quitar el mueble, semoviente o dinero en que aquella consistía, el caso es igual, ora fuese o no fuese su deudor, ladrón le llamaremos, y como ladrón le castigarán las leyes. El supuesto de este artículo es otro. Consiste en apoderarse de lo ajeno, pero no sólo cuando haya algún crédito, sino también cuando se procede con el ánimo y la intención de hacerse pago... Esto, como se ve, rebaja y atenúa la criminalidad. Pero, sin embargo, no la extingue completamente. La ley, que no consiente en ningún género de negocios que nadie se tome la justicia por sí mismo, no podía dejar sin corrección un hecho tan grave y que tanto tendería, descuidado, a perturbar la paz pública. Atenta contra ésta, ejecuta una coacción que no debía él verificar, quien cometiere la violencia de que habla el artículo de que nos ocupamos.”

Agrega, para terminar y después de citar varias leyes, que para la concurrencia del hurto se necesita la voluntad de hurtar y no la de hacerse pago.

150. **Antecedentes de las comisiones legislativas.**—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, aceptando el proyecto de 1906 en esta parte, redactó el artículo 168 del proyecto en la siguiente forma:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que con violencia o intimidación o simulando orden de autoridad pública, obligue a otro a enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.”

La segunda Comisión de Códigos del Senado propuso la redacción actual, que tiene algunas diferencias con la anterior, debido al consejo del doctor González Roura. En su libro sobre derecho penal, éste dice al respecto:

“El proyecto de 1906 no mejoró ni en el fondo ni la forma, y el de 1917, sobre la base de la proposición que había hecho al presidente de la comisión de diputados, doctor Rodolfo Moreno (hijo) (véanse páginas 162, 163 y 228 a 290 de su informe), de separar netamente la extorsión del robo, dejando para

“aquella la violencia moral y para ésta la física, al mismo tiempo que formulaba el articulado, aceptando este temperamento, mejoró el fondo y la forma. Pero como la reforma fué incompleta, insistí ante la comisión del Senado, y como el proyecto de ésta atendió sólo en parte mi observación, insistí ante la segunda, aunque en lo fundamental, la que, acogiendo mis indicaciones, enmendó de nuevo los artículos 168 y 169. (Véase página 84 del informe de la primera).”

151. **Consumación del delito.**—Es interesante establecer cuándo se considera consumado el delito de extorsión. Crivellari (1) dice que debe tenerse presente que la extorsión es un delito contra la propiedad y que, por consiguiente, debe considerarse consumado cuando ese derecho sea lesionado. El momento en el cual la lesión se verifica es aquel en que el culpable se posesiona de aquello que le ha sido mandado. La extorsión se consuma en ese momento, y antes nos encontraríamos en presencia de una tentativa.

Para poder determinar de la manera más exacta posible el momento consumativo del delito es necesario tener en cuenta los diferentes objetos que, según la ley, se puede proponer el autor.

El Código dice: *el que obligue a otro*, lo que supone consumación, desde que no expresa el que intente obligar.

La intimidación tiene por objeto: a) Obligar a entregar, enviar, depositar o poner a disposición del agente o de un tercero: 1.º Cosas; 2.º Dinero; y 3.º Documentos que produzcan efectos jurídicos; y b) 1.º Suscribir; y 2.º Destruir documentos de obligación o de crédito.

COSAS.—Cuando se trata de cosas, esto es, de objetos materiales, es preciso que el dueño o tenedor se desprenda de las mismas y las ponga a disposición del delincuente. No se requiere que éste se haya apoderado materialmente de las mismas, bastando que el extorsionado las haya llevado al correo, a la oficina del ferrocarril, al despacho de encomiendas o al lugar designado, desprendiéndose de las mismas y de su vigilancia.

(1) Tomo VIII, página 158.

El delito ataca la propiedad y tiene por objeto que una persona se desprenda a beneficio de otra de las cosas de su pertenencia. No es razonable exigir para la consumación la entrega material del objeto al delincuente, desde que el delito se ha perfeccionado cuando el damnificado deja de tener la cosa como suya. La lesión en este estado se encuentra ya producida.

DINERO.—Las mismas observaciones hechas respecto a las cosas caben para cuando se trata de dinero, que es materialmente una cosa representativa de valores.

DOCUMENTOS QUE PRODUZCAN EFECTOS JURÍDICOS.—No es preciso para la consumación del delito que el importe del documento se cobre o se realice. La intimación del agente tiene por finalidad la entrega del documento, de manera que, producida ésta, el delito queda consumado.

El documento puede no ocasionar al extorsionado una pérdida patrimonial inmediata, como ocurriría cuando fuese a plazo, pero entra dentro de la disposición todo aquel que implique una obligación que pueda afectar al patrimonio. Por eso habla la ley de producir efectos jurídicos. La amenaza para la entrega de una carta o papel, que no fuera susceptible de efectos jurídicos, no entraría dentro de la disposición.

Por eso mismo, creo que el caso de la persecución de un documento absolutamente nulo, y, por tanto, ineficaz para consecuencias de derecho, no puede entrar dentro del artículo.

152. **Firma o destrucción de documentos.**—La última parte del artículo, agregada por la segunda Comisión de Códigos del Senado, se refiere al que, por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Cabe, desde luego, hacer notar que en la primera parte del precepto se habla de intimidación o simulación de autoridad, mientras que en este segundo apartado se conservan aquellos medios y se agrega otro: la violencia.

En consecuencia, cuando el delito consiste en obligar a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, cabe como

medio para caracterizar el hecho la violencia, debiendo tomarse el artículo en el sentido general que se le ha dado al tratar de ese punto en otras partes.

González Roura (1) se pregunta si el hecho de obligarse a otro a suscribir un documento en blanco implica el delito o no, y dice al respecto:

“Otra cuestión no menos interesante se relaciona con la firma en blanco. Según Nypels, que en este caso sigue el parecer de Merlin, habría delito consumado, puesto que el que obtuvo la firma en blanco no tiene más que consignar la obligación o descargo. La Corte de Casación francesa ha resuelto lo contrario alguna vez, sosteniendo que ni aun hay tentativa, y otra que esto último, porque había motivos para pensar que la firma en blanco se obtuvo con el objeto de formalizar un documento con efecto jurídico.

“Como la ley habla de documento, y una firma en blanco no es nada de esto, parece que, no obstante el razonable parecer de Nypels, en la especie únicamente podría contemplarse una mera tentativa, si hubiere motivos para ello. Apoyan esta conclusión Crivellari, Rivarola y la casación francesa. Corrobora esta interpretación el caso del artículo 173, inc. 4.º.

“Si la firma en blanco se hubiese obtenido mediante ardid o engaño, será caso de defraudación.”

Comparto el pensamiento porque entiendo que el documento en blanco puede producir efectos jurídicos y llenarse con él un documento de crédito. En todo caso convendría tener en cuenta en cada emergencia las circunstancias particulares.

153. **Fundamentos del proyecto de 1891.**—La primitiva redacción del artículo 168 fué dada por el proyecto de 1891. Conviene, por consiguiente, recordar lo que dijo al respecto la exposición de motivos, que constituye un comentario oficial. En la misma se expresa:

“En el capítulo III, y bajo el rubro de “Extorsión”, coloca-

(1) Derecho Penal. Tomo III, página 204.

“mos la represión de aquellos actos que tendiendo, como una de las formas del robo, al apoderamiento ilegítimo por medio de violencia sobre las personas, no pueden causar el apoderamiento si no de una manera mediata o indirecta, o con un intervalo de tiempo. Prevemos en el artículo 202 el caso en que se obligare a otro con violencias o amenazas a depositar, entregar, suscribir o destruir, en perjuicio propio o ajeno, un documento capaz de producir efectos jurídicos, quedando así comprendida la disposición del inciso 3.º, artículo 189 del Código Penal.

“En el artículo 203 colocamos el caso de un delito que en algunas épocas se ha producido con frecuencia: el de que por medio de amenazas o simulando orden de autoridad pública obligare a otro a enviar, depositar o poner a disposición del culpable o de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Sobre este caso el Código no contiene sino una disposición de muy difícil aplicación: el artículo 168 reprime la amenaza que se hiciera “exigiendo una suma de dinero o la ejecución o inejecución de un hecho, y el culpable hubiese conseguido su propósito.” Esta disposición está incluida en el Código, en el artículo con que comienza el capítulo “Amenazas y coacciones”, haciéndose prevalecer para la calificación el medio de ejecución del delito, sobre el fin, aun en el caso en que el fin se realizara, y no obstante ser el fin de mayor gravedad que el medio, todo lo que envuelve errores injustificables. Pero no nos referimos a estas circunstancias al considerar de difícil aplicación la penalidad del Código, sino a la de que la pena que fija es la inferior en grado a la señalada por la ley al hecho con que se amenazare, lo que presenta el inconveniente de que la graduación de las penas no es un sistema que el Código haya adoptado, como lo hemos demostrado en otro lugar, ni puede tomarse por graduación de las penas el orden de colocación del artículo 56, sin llegar a consecuencias desatinadas.”

154. Los cambios en la redacción del artículo.—La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó la disposición de la siguiente manera:

“Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que con violencia o intimidación o simulando orden de autoridad pública, obligue a otro a enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.”

La primera Comisión de Códigos del Senado, proyectó intercalar la palabra *entregar*, antes de la palabra *enviar*, y la segunda Comisión de Códigos del mismo cuerpo fué la que propuso la redacción que actualmente tiene el precepto, al que se le agregó el segundo apartado.

A esas circunstancias se refiere el doctor González Roura en los párrafos que antes he transcripto.

*
* *

155. El artículo 169 y sus concordancias.—

Artículo 169

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

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 318.—Húngaro, 351.—Ley número 4189, 20, letra e.—Proyecto de 1891, 202.—Proyecto de 1906, 184.

*
* *

156. Antecedentes de la disposición.—El artículo correspondiente fué redactado en el proyecto de 1891 en la siguiente forma:

“Sufrirá penitenciaria de seis meses a dos años el que obligare a otro, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, a la entrega de una cosa que no sea del culpable, o a contraer una obligación, o a extinguir un crédito.”

La exposición de motivos lo explicó, diciendo:

“El artículo 204 del proyecto es una variante del caso ante-

rior, que determina sólo una modificación de la pena, y cuya consignación especial es, además, conveniente bajo otro aspecto, en cuanto presenta los caracteres conocidos de un delito designado vulgarmente con la palabra francesa *chantage*.”

De aquí pasó el precepto al proyecto de 1906, cuyo artículo 184 dijo:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, obligare a otro o intentare compeler a otro a la entrega de un valor o de una cosa cualquiera que no sea del culpable, a contraer obligación o a extinguir un crédito.”

En este proyecto, como puede notarse, la simple tentativa de compeler a otro se castigaba como si el delito se hubiere consumado.

Esa doctrina no triunfó en el proyecto definitivo y no se aceptó tampoco por el código vigente.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria redactó el artículo 169 en los términos siguientes:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, obligare a otro maliciosamente a la entrega de un valor o de una cosa cualquiera que no sea del culpable, o a contraer una obligación o a extinguir un crédito.”

Y la exposición de motivos dijo al respecto:

“En este capítulo la comisión no ha modificado sino el artículo 169, agregando después de las palabras *obligare a otro* la palabra *maliciosamente*, que precisa el concepto de una manera mucho más acertada que aquellas de *intentare compeler a otro*, que usaba el proyecto de 1906.”

La redacción actual se la dió la segunda Comisión de Códigos del Senado, de acuerdo con las indicaciones del doctor González Roura, a que se ha hecho referencia al examinar el artículo anterior.

*
* *

157. Carácter de la amenaza.—Los hechos a que se refiere el artículo son los mismos comprendidos en el anterior. La diferen-

cia se encuentra en el carácter de la amenaza. Antes se trataba de intimidación o simulación de autoridad. Ahora se trata de conseguir la ventaja amenazando con hacer imputaciones contra el honor o revelar secretos.

Se trata, así, de presionar al extorsionado para que proceda ante el temor del escándalo.

*
* *

158. La penalidad.—La pena en el artículo anterior es la de prisión de uno a cuatro años. En el presente se mantiene el máximo y se reduce el mínimo hasta seis meses.

El criterio que se ha tenido es el mismo que ha dominado para el castigo de todas las otras infracciones.

*
* *

158 bis. Delito consumado y tentativa.—Me he ocupado antes de establecer cuándo considero que existe el delito de extorsión consumado, y cuándo la tentativa. Con relación especialmente al delito previsto y penado en el artículo 169 debe tenerse presente que en el proyecto de 1906 se hablaba del que obligare a otro a la entrega de un valor, de una cosa, a contraer una obligación o a extinguir un crédito, o que intentare compelerlo.

El Código, como hemos visto, ha borrado esa última disposición, modificando también la redacción proyectada por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Se limita a decir que se castigará al que cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo 168 por medio de amenazas, de imputaciones contra el honor o de violación de secretos.

Las observaciones que he hecho antes rigen, por tanto, para este caso. Se entiende que el delito se ha consumado cuando las cosas han pasado virtualmente al poder del agente, aun cuando éste no las haya aprehendido materialmente.

159. El artículo 170 y sus concordancias.—

Artículo 170

Sufrirá prisión de tres a diez años, el que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescates (1).

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 410.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, artículo 2.º, inciso 4.º—Código de 1886, 189, inciso 2.º—Ley número 4189, 20, letra d.—Proyecto de 1891, 205.—Proyecto de 1906, 185.

150. Antecedentes de la disposición.—El proyecto del doctor Tejedor castigaba con seis años de presidio o penitenciaría al que retuviese en rehenes a una persona para sacar rescate.

La disposición estaba contenida en un inciso del artículo que enumeraba robos calificados.

El precepto se repite en el código de 1886, donde se castiga con presidio de tres a seis años al que detiene en rehenes a una persona para sacar rescate. La disposición se encuentra también en el capítulo sobre robos y hurtos, pero comprende varios casos de extorsión.

El proyecto de 1891 castiga con penitenciaría de tres a diez años, y en el capítulo sobre extorsión al que detuviere en rehenes a una persona para sacar rescate.

Sobre el mismo, la exposición de motivos, dice:

“El artículo 205 reproduce el caso del artículo 189, número 2.º del Código Penal, en los mismos términos y con sólo un aumento en el máximo de la pena, por tratarse de una forma de delito que, aunque no es frecuente, asume un carácter

“odiosísimo y alarmante, que puede en alguna ocasión requerir la aplicación de una pena mayor que la de seis años de penitenciaría, actualmente fijada.”

En cuanto al proyecto de 1906, el artículo 185 está redactado en los mismos términos que el 170 del código en vigor.

161. Alcance del precepto.—El artículo consigna un caso de detención privada que tiene un objeto determinado, o sea el de sacar rescate.

La ley no dice que deba obtenerse el logro del propósito, sino que declara la existencia del delito cuando se detiene a la víctima con la finalidad expresada. No es, así, preciso que se perciba el dinero. Basta que se verifique la detención y que se acredite el propósito que la determinó.

El artículo 410 del código italiano, invocado como fuente de nuestro precepto por la comisión redactora del proyecto de 1891, que cita igualmente al proyecto del doctor Tejedor y al código de 1886, dice que el delito se consuma aun cuando no se consiga el propósito, lo que da lugar a que los autores italianos acepten por imperio de la ley la interpretación a que me he referido.

Entiendo que no es necesario el agregado, porque el delito, dados los términos del Código, consiste en el secuestro de la persona con un objeto. De manera que, existiendo el hecho de tal secuestro y la finalidad perseguida, el delito es completo.

167. El artículo 171 y sus concordancias.—

Artículo 171

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

CONCORDANCIAS.—Código de 1886, artículo 195.—Ley número 4189, 20, letra e.—Proyecto de 1891, 206.—Proyecto de 1906, 186.

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados establece que la palabra “rescates”, debe ir en singular.

*
* * *

163. Antecedentes y contenido de la disposición.—Un artículo análogo al presente se encuentra en el código de 1886 y en los proyectos de 1891 y 1906. En los proyectos de Tejedor y Villegas, Ugarriza y García, no se contiene ninguna disposición relativa a este asunto, habiendo sido introducida en el código de 1886 como consecuencia de atentados cometidos en el cementerio de Buenos Aires, que causaron en su tiempo una gran impresión.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, recuerda esos antecedentes y da los fundamentos del precepto, diciendo:

“ El artículo 206 prevé el caso del 195 del Código Penal, que en la reforma del proyecto del doctor Tejedor se incluyó para evitar la impunidad en la repetición de un hecho análogo al que ejecutó en Buenos Aires la banda llamada de los “Caballeros de la Noche”. No adoptamos la frase del Código, *el que robase cadáveres para hacerse pagar su devolución*, porque este hecho no conviene con el concepto jurídico del robo que ya dejamos explicado: la intención del agente no se dirige a hacerse dueño del cadáver, sino a servirse de la ocultación o sustracción como medio de ejercer una violencia moral para ejecutar un delito contra la propiedad. “Nadie puede decirse dueño ni poseedor de un cadáver, que no es cosa susceptible de apropiación. Liga a los vivos un sentimiento de respeto y afecto hacia los restos de los que fueron seres queridos, y es la libertad de tener este sentimiento y este afecto lo que la ley penal debe garantizar con su sanción. Es, pues, incorrecto hablar de robo de cadáveres; y, si esto está bueno para el lenguaje vulgar, no lo está para el legal. El atentado a la propiedad aparece por la exigencia de dinero mediante la coacción que se impone por la violación de aquel respeto y de aquel afecto.”

“ Conforme a lo dicho antes, el delito debe entenderse con- sumado cuando el cadáver haya sido sustraído con el objeto de hacerse pagar la devolución.”

X

Estafas y otras defraudaciones

164. NOCIÓN DEL DELITO DE ESTAFA. — 165. EL ARTÍCULO 172 Y SUS CONCORDANCIAS. — 166. ESTAFAS Y DEFRAUDACIONES. — 167. ANTECEDENTES DEL PROYECTO TEJEDOR. — 168. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA. — 169. CÓDIGO DE 1886. — 170. PROYECTO DE 1891. — 171. PROYECTOS DE 1906 Y 1917. — 172. CARACTERES ESSENCIALES DEL DELITO. — 173. DOLO CIVIL Y DOLO CRIMINAL. — 174. NOMBRE SUPUESTO Y CALIDAD SIMULADA. — 175. FALSOS TÍTULOS. — 176. INFLUENCIA MENTIDA. — 177. ABUSO DE CONFIANZA. — 178. APARENTANDO BIENES. — 179. APARENTANDO CRÉDITOS. — 180. APARENTANDO COMISIÓN, EMPRESA O NEGOCIACIÓN. — 181. ARDID O ENGAÑO. — 182. LA PENALIDAD Y EL CRITERIO DOMINANTE EN LA LEY. — 183. EL ARTÍCULO 173 Y SUS CONCORDANCIAS. — 184. LOS CASOS ESPECIALES DE LA DISPOSICIÓN. — 185. DEFRAUDACIÓN EN LA SUBSTANCIA, CALIDAD O CANTIDAD DE LAS COSAS. — 186. NEGATIVA A RESTITUIR. — 187. SUSCRIPCIÓN CON ENGAÑO DE ALGÚN DOCUMENTO. — 188. ABUSO DE FIRMA EN BLANCO. — 189. SUBSTRACCIÓN DE COSA MUEBLE. — 190. CONTRATO SIMULADO O FALSOS RECIBOS. — 191. ALTERACIÓN DE CUENTAS, PRECIOS, CONDICIONES, SUPOSICIÓN O EXAGERACIÓN DE GASTOS. — 192. SUBSTITUCIÓN, OCULTACIÓN O MUTILACIÓN DE PROCESO, EXPEDIENTE O DOCUMENTO. — 193. VENTA O GRAVAMEN DE BIENES LITIGIOSOS, EMBARGADOS, GRAVADOS O AJENOS. — 194. DEFRAUDACIÓN CON PRETEXTO DE SUPUESTA REMUNERACIÓN A JUECES O EMPLEADOS. — 195. LA REPRESIÓN. — 196. EL ARTÍCULO 174 Y SUS CONCORDANCIAS. — 197. NUEVOS CASOS ESPECIALES DE DEFRAUDACIÓN. — 198. PROVECHO ILEGAL. — 199. NECESIDAD, PASIONES O INEXPERIENCIA DE UN INCAPAZ. — 200. PESAS O MEDIDAS FALSAS. — 201. DETERMINADOS ACTOS FRAUDULENTOS. — 202. PERJUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. — 203. EL ARTÍCULO 175 Y SUS

CONCORDANCIAS. — 204. FUNDAMENTOS DADOS EN EL PROYECTO DE 1891. — 205. APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA O TESORO. — 206. APROPIACIÓN DE COSA AJENA EN CUYA TENENCIA SE ENCUENTRA EL AGENTE. — 207. VENTA O APROPIACIÓN DE PRENDA. — 208. EXIGENCIA O ACEPTACIÓN DE CHEQUE O GIRO CON FECHA POSTERIOR O EN BLANCO. — 209. PENALIDADES

164. Noción del delito de estafa.—El hurto se caracteriza por el apoderamiento de una cosa mueble ajena; el robo por ese mismo apoderamiento con fuerza en las cosas o violencia física en las personas; y la extorsión por la intimidación sobre el sujeto para la obtención de una cosa mueble, de dinero, de un derecho, un documento, de un interés patrimonial, en fin.

El hurto, el robo y la extorsión suponen la falta de consentimiento por parte del dueño o tenedor y la obtención del beneficio sin su concurso.

En la defraudación se persigue como finalidad, lo mismo que en los otros delitos mencionados, la lesión al derecho de propiedad de otro, pero los medios que se usan son diferentes de los empleados en aquéllos.

Es, desde luego, difícil dar una noción general de la defraudación que comprenda todos los casos, y por eso los códigos señalan una serie de ellos, proporcionando también las reglas que pueden aplicarse al delito en globo.

El que defrauda se propone obtener una ventaja de carácter patrimonial, no por medio de arrebato de una cosa, sino usando, para conseguir lo que persigue, procedimientos astutos o engañosos. El defraudado presta generalmente su concurso al delincuente, entregando las cosas, el dinero, los intereses de *propio motu*.

El objeto del delito puede ser cualquier clase de bien, pudiendo alcanzar a los de toda naturaleza.

Pero antes de pasar al estudio del delito en el Código, voy a recordar algunos de los conceptos que vierten al respecto los autores, para que se perciban las dificultades que se presentan cuando se quiere verificar una síntesis.

Groizard dice (1):

“¿Quién es capaz de integrar en una fórmula sintética los rasgos comunes a todas las especies castigadas en la presente sección, y de las contenidas en los capítulos similares de los códigos extranjeros? La estafa es el proteo de los delitos. Adopta todas las formas susceptibles de ser inventadas por el ingenio humano que conduzcan a obtener un beneficio propio a costa de un perjuicio ajeno. Su esencia es el engaño y la perfidia; sus medios dar a la mentira la apariencia de verdad; su fin la defraudación por el abuso de la confianza. El estafador no arranca el dinero con estrépito, como el ladrón, con el puñal en la mano o con la fuerza de la palanqueta. No priva de la posesión del objeto a su dueño apoderándose de él por medio de un acto material, como el autor del hurto: llega a su víctima arrastrándose como los reptiles, la rodea de consideraciones externas, demuestra solicitud por sus intereses y por agradarla, sorprende su confianza, y, abusando de ella, le clava el aguijón y le chupa la sangre con la mayor insidia y crueldad, pero con el menor ruido y escándalo posible. En esta laya de delincuentes hay algo del tigre, del que se ha dicho que se complace en lamer a su víctima antes de devorarla.

“La inmensa variedad de formas ingeniosas que pueden ser escogitadas por la astucia para llegar a la defraudación mediante el abuso de confianza es, a la vez, la causa de la singularísima dificultad que ofrece el dar idea exacta de la naturaleza del presente título de delincuencia, y también de que en la historia del derecho penal, y aun en algunos códigos modernos, no aparezcan con la debida precisión trazados los límites que lo separan de otros, que tienen con él determinadas analogías, como el hurto, las falsedades y algunos delitos de los funcionarios públicos.”

González Roura (1), manifiesta:

“No es posible dar una definición de la defraudación, en la que queden comprendidos todos los casos. Es por eso que los códigos contienen una enunciación genérica, seguida de una enumeración bastante extensa de casos especiales, algunos de los cuales presentan los caracteres contenidos en la enumeración.

“En términos generales, sin embargo, puede definírsela

(1) El Código Penal de 1870. Tomo VII, página 92.

(2) Derecho Penal. Tomo III, página 211.

“ como la ventaja patrimonial ilícita obtenida con perjuicio de
 “ tercero, mediante engaño, artificio, ardid, simulación, abuso de
 “ confianza o modo semejante.”

Crivellari (1) repite la definición de Giuliani, y dice que la estafa (truffa) es toda impostura dirigida a conseguir un lucro indebido, apta para engañar y ocasionar perjuicio al diligente padre de familia.

Bajo la palabra genérica *impostura* se comprende cualquier clase de fraude; ese vocablo equivale a maquinación, simulación, disminución o todo artificio destinado a dar a lo falso apariencia de verdadero, o a lo verdadero apariencia de falso, para engañar, ilusionar a otro, burlarlo, seducirlo. Las maniobras demuestran la existencia del dolo más refinado, de aquel al cual los romanos aplicaban el epíteto de *dolo malo*.

El agente procura el lucro, esto es, la ventaja propia y el perjuicio ajeno.

Por último, los medios usados deben ser capaces de llevar al resultado propuesto.

Civoli (2) manifiesta que la estafa se encuentra constituida por el concurso de diferentes elementos que es difícil concretar para emitir una noción comprensiva. El autor estudia, por eso, los diferentes aspectos del delito sin definirlo, especializándose con lo relativo al engaño y al provecho.

Jiménez de Asúa (3) dice que la estafa consiste en el hecho de obtener un lucro con perjuicio de otro, empleando medios fraudulentos.

Rivarola (4), al estudiar las estafas y defraudaciones, empieza por ocuparse del ánimo de lucro y de los extremos a que se recurre para satisfacerlo.

“ La noción de la pureza de los medios para alcanzar el fin
 “ propuesto se confunde, y sólo esforzando el pensamiento para
 “ mirar de lo alto lo que rastrea la tierra, es que puede verse cla-
 “ ramente y distinguir con toda precisión el límite en que una
 “ especulación deja de llamarse negocio-comercio. para tomar el
 “ nombre de estafa o defraudación. En el torbellino de esta vida
 “ de especulación, especialmente en las grandes ciudades, no es

“ posible ya exigir de los hombres que en cada caso levanten su
 “ espíritu para aclarar perfectamente la índole moral del acto
 “ civil o comercial en que intervienen. Es, en consecuencia, de
 “ este hecho social que los casos de incriminación de la estafa son
 “ pocos frecuentes, no obstante ser limitado el número de los
 “ actos que resistirían a un severo análisis moral. No hay proce-
 “ sos por las grandes defraudaciones, no obstante que se produzcan
 “ alteraciones profundas en el precio de los títulos de crédito de
 “ las sociedades anónimas y todos conozcan y sepamos que la
 “ ruina de muchos ha labrado la fortuna de unos pocos; no hay
 “ procesos por maquinaciones que alteren el precio de las cosas,
 “ aunque para forjarlas se recurra a los medios más inmorales.
 “ La grande estafa, la grande defraudación, está fuera del alcan-
 “ ce de la justicia, salvo en algún caso extraordinariamente raro
 “ podría el hombre contar de cuántas maneras hacen los hombres
 “ en que haya sido víctima uno solo o pocos, con medios para
 “ obtener el resarcimiento. La estafa punible viene a ser, pues,
 “ por virtud de la costumbre, la que comete el miserable sin posi-
 “ ción social, sin profesión lícita conocida, que se vale de un
 “ ardid cualquiera para obtener los recursos con que subvenir a
 “ las más premiosas necesidades. Las demás, o se substraen
 “ totalmente a la acción de la justicia, o los damnificados pro-
 “ curan solamente la indemnización por los medios civiles.

“ Las formas que puede asumir el medio de obtener un lucro
 “ ilícito han sido en todo tiempo tan variadas que, con la más
 “ completa razón, dijo el sabio legislador de las Partidas que no
 “ podría el hombre contar de cuántas maneras hacen los hombres
 “ engaños los unos a los otros, por lo que se limitó a poner algu-
 “ nos ejemplos que sirvieran a los jueces para conocerlos. Hoy,
 “ como entonces, es imposible determinar a qué astucias recurre
 “ el ingenio del hombre para obtener la apropiación de lo ajeno,
 “ sin la violencia que caracteriza el robo, y la mera falta de vo-
 “ luntad del poseedor, que puede ser condición del hurto.”

Se ocupa a continuación del dolo civil y criminal y de los distintos grados del fraude y del engaño.

Expresa también:

“ Se dirá que hay peligro en imputar como delito todo fraude
 “ previsto por la ley civil. Habría peligro, en efecto, en declarar
 “ fraudulento todo engaño; pero lo mismo lo habría para los
 “ efectos civiles que para los penales. Si el más pequeño engaño,

(1) Il Codice Penale per il Regno D'Italia. Tomo VIII, página 170.

(2) Trattato di Diritto Penale. Tomo IV, página 639.

(3) Derecho Penal, página 319.

(4) Exposición y crítica del Código Penal. Tomo II, página 353.

“ la más simple disimulación de lo verdadero, fuera causa suficiente para anular un acto jurídico, sería totalmente imposible dar estabilidad a las convenciones. La ley civil debe cerrar los ojos ante los pequeños engaños o exageraciones que son indispensables a la contratación, especialmente a la mercantil. ¿Qué sería del comercio si no fuera lícito ponderar las buenas condiciones de la cosa que se vende o se alquila, sin pasar los límites en que la exageración del vendedor se equilibra racionalmente con la prevención del comprador? ¿Acaso no pueden tener aquéllos muchas veces por objeto quitar al segundo una desconfianza infundada? No hay, pues, peligro de identificar el dolo civil al dolo criminal, cuando se coloca uno y otro en términos racionalmente justos y verdaderos.

“ Según nuestra ley civil, es nulo el acto jurídico practicado con los vicios de dolo, simulación o fraude, y define la acción dolosa, en general, “ toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero; cualquier artificio, astucia o maquinación.” Pero, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto, requiere la reunión de las cuatro circunstancias siguientes: 1.° Que el dolo haya sido grave; 2.° Que haya sido causa determinante de la acción; 3.° Que haya ocasionado un daño importante; y 4.° Que no haya habido dolo por ambas partes. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa. Si el dolo, acción u omisión, no fué causa eficiente del contrato no afectará la validez del acto. Es, en mi opinión, con estas mismas condiciones enunciadas por la ley civil, que podría surgir la imputabilidad penal.

“ Pero de que se haya tenido el propósito de referirse en la ley penal al mismo hecho que motiva la disposición del Código Civil, no tengo seguridad suficiente que me autorice a una afirmación. Aunque el Código Penal castiga la defraudación por cualquier ardid o engaño, no lo hace por una definición general, sino enumerando diversas formas y medios de cometer la defraudación. Otra cosa creo que podría afirmarse si hubiera usado términos tan generales como los que emplea el código italiano: “ Cualquiera que con artificio o rodeos propios para engañar la buena fe de otros, se procura a sí mismo un injusto provecho en perjuicio ajeno, será castigado con reclusión.”

Y concluye diciendo, con referencia al código anterior a la

reforma, que para nuestra ley la defraudación es un género de delitos de que la estafa es una especie particular.

Las opiniones aludidas coinciden en los caracteres generales acerca de los rasgos del delito de defraudación. Concurre cuando se usa de una maniobra dolosa para apoderarse de intereses ajenos en beneficio del agente o de otro.

Se requiere: un interés y una manera particular de operar.

Todo esto lo examinaré en términos más concretos al ocuparme del Código y de sus antecedentes.

*

* *

165. El artículo 172 y sus concordancias.—

Artículo 172

Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño (1).

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 413.—Francés, 405.—Holandés, 326.—Húngaro, 379.—Belga, 496.—Alemán, 263.—Español, 548, inciso 1.°—Chileno, 468.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.°, artículo 1.°—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 327.—Código de 1886, 202.—Proyecto de 1891, 207.—Proyecto de 1906, 187.

*

* *

166. Estafas y defraudaciones.—El presente artículo contiene una pena para el que defraudare a otro, pero al mismo tiempo que fija el castigo presenta los rasgos peculiares al delito.

La siguiente disposición enumera una serie de casos especiales de defraudación, según lo dice el acápite general comprensivo de

(1) La palabra "créditos" debe ponerse en singular, según la fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados.

los diez incisos; el artículo 174 emplea en un inciso la palabra *defraudare* y en otro el término *fraude*; no encontrándose mencionada la estafa nada más que en el título del capítulo que se refiere a estafas y otras defraudaciones.

Los dos términos se usan corrientemente, hablándose en algunos casos de defraudación y en otros de estafa, sin hacer diferencias.

Aun cuando la cuestión no presenta mayor importancia, conviene dilucidarla. Pienso, como Rivarola, que la defraudación es un género y la estafa una especie particular de la misma.

Padró (1) dice a este respecto:

“ Los términos *estafar* y *defraudar* se emplean, generalmente, como sinónimos; sin embargo, existe entre ambos vocablos alguna diferencia. Para que haya estafa, siempre debe mediar la artimaña, el arbitrio falaz, la simulación, el encubrimiento de la verdad, etc., como cuando se induce a una persona a aceptar una cosa por otra. Y así, quien vende por oro lo que es imitación de ese metal, estafa; quien invoca un carácter que no tiene para percibir ilegítimamente una cantidad de dinero o una cosa que lo equivalga, estafa también; quien promete, previa remuneración de su importe, entregar una cosa o prestar un servicio que le es imposible realizar, estafa igualmente; y, en fin, cualquier artificio que se emplee para obtener aquello que no se lograría en forma franca, sincera, correcta, es siempre una estafa. En cambio, la defraudación se comete cuando se abusa de la fe privada o pública en provecho propio y en perjuicio de alguna persona o del fisco, y si a veces interviene el engaño, la simulación, la mentira, estos expedientes no han sido los determinantes directos del delito. La falsificación de un título o documento del Estado, de una repartición pública cualquiera, puede constituir una defraudación o bien una estafa; puede, también, con el mismo hecho, cometerse los dos delitos: estafa y defraudación. Si, por ejemplo, con el documento falsificado se embaucan a una persona para despojarla de un bien, tendremos: defraudación, porque se habrá abusado de la confianza depositada por el Estado en el funcionario o empleado público, y estafa, porque se habrá sorprendido la buena fe de la víctima; pero si el autor de la falsificación fuese un particular, habrá únicamente estafa.

(1) El nuevo Código Penal, página 141.

“ La misma diferencia puede apreciarse en los siguientes casos: “ Si A seduce con arterias a B, para que le entregue una cosa de un valor cualquiera, y éste se despoja de esa cosa en la creencia de que aquél procede con sinceridad y no con falaces torpezas, la mala fe empleada por A constituye una estafa; pero, en cambio, si B encomienda a A el desempeño de un cometido de confianza, y éste se alza con el santo y la limosna, perjudicando a su mandante, entonces no habrá estafa, sino defraudación. No es extraño, ciertamente, que se confunda al que estafa con el que defrauda, y viceversa, por cuanto el mismo texto de la ley le atribuye a los dos delitos, estafa y defraudación, los mismos elementos constitutivos, ya que, según se ve en este capítulo, se emplean ambas expresiones como sinónimas.”

Jofré dice que de los atentados contra la propiedad (1) el que ofrece mayores dificultades en la determinación de sus elementos característicos es el de defraudación, porque a veces no es fácil saber si el hecho de que se trata escapa a las sanciones penales, aunque se encuentre reprobado por la moral, o si debe comprenderse en otra figura jurídica.

En la estafa o defraudación el culpable no recurre a la violencia, como en el robo, ni obra contra la voluntad del dueño, como en el hurto, sino que, generalmente, hace contribuir la voluntad del mismo. Sin embargo, en casos excepcionales puede haber violencia.

Los delitos de robo y hurto caen solamente sobre cosas muebles, mientras que la defraudación se puede realizar sobre todos los bienes susceptibles de valor.

El mismo doctor Jofré transcribe consideraciones de un voto emitido por el doctor Daniel Frías en la Cámara Criminal de la Capital, el cual, citando a Chauveau y Helié, ha dicho:

“ Que la tendencia del legislador ha sido establecer una distinción entre los hechos fraudulentos simples, fáciles de conocer y descubrir sin mayor esfuerzo, y que no presentan un verdadero peligro, de aquellos otros que más complicados y mejor urdidos alarman la seguridad de los ciudadanos porque los exponen a cada momento a sorprender su prudencia. La ley penal no debe ocuparse de la astucia y fraude que acompaña un gran número de transacciones; ellas escapan al castigo por la dificultad mis-

(1) El Código Penal de 1922, página 172.

“ ma de suministrar la prueba, y su incriminación traería por resultado perturbar todas las convenciones, lo que importaría un verdadero atentado a la libertad de comercio. La ley penal sólo debe intervenir cuando los hechos se produzcan con un carácter grave que permita precisarlos; cuando los ciudadanos se hallan impotentes para garantizarse por sí mismos, y tienen necesidad de la justicia; cuando se produce una perturbación social que reclama reparación.

“ Así, cuatro condiciones son necesarias para la existencia de los hechos que provocan la estafa: 1.^a Que los hechos incriminados puedan ser calificados de maniobras; 2.^a Que estas maniobras hayan sido fraudulentas con el propósito de estafar; 3.^a Que hayan tenido por objeto hacer creer en la existencia de falsas empresas, de un poder o crédito imaginario, o hacer nacer la esperanza o temor de algún acontecimiento o accidente quimérico; y 4.^a Que con estas maniobras se haya operado la remisión de valores.”

Las expresiones transcriptas acreditan que la defraudación comprende una serie de atentados a la propiedad en los cuales el apoderamiento no es violento, en que se busca el concurso del que dispone de las cosas o en que se usan las que se tienen pertenecientes a otro, mientras que en la estafa se requiere una maniobra de carácter particular para la consecución del fin perseguido.

Los antecedentes nacionales proporcionan una serie de elementos científicos y legales relacionados con estos delitos.

*

* *

167. Antecedentes del proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, en el capítulo 4.^o del título sobre delitos contra la propiedad, se ocupaba de las estafas y otras defraudaciones, empleando el mismo epígrafe adoptado por el código de 1886, por los diferentes proyectos y por el código actualmente en vigor.

El artículo primero empezaba por decir:

“ Todo el que con nombre supuesto o bajo calidades imaginarias, falsos títulos o influencia mentida, defraude a otro, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociaciones

“ o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será castigado.”

Las penas se consignaban en seis incisos puestos a continuación, y variaban según el monto de la defraudación.

La nota explicativa empezaba por referirse a las disposiciones de diferentes leyes, para expresar después:

“ La antigua jurisprudencia aplicaba la calificación de estafa a todo hurto que cometían por destreza en lugares públicos o casas particulares individuos que se introducían en ellas bajo diferentes pretextos. (L. 7, D. de extr. crimin.). Pero hoy se comprenden únicamente bajo esta denominación aquellas maniobras que se proponen la substracción de un bien ajeno, provocando en los dueños una confianza ciega, de que se abusa. Este delito abraza muchos fraudes, y no es fácil fijar su verdadero carácter. Por ejemplo, *non podría ome contar*—dice la ley 7, tít. 16, P. 7—*en cuantas maneras hacen los omes engaños unos a otros.*

“ Según los autores, el engaño se divide en civil y criminal. El primero comprende todos los artificios reprobables sin duda, pero que se emplean menos con el fin de dañar a otro que con el de servir los intereses del mismo que los emplea. En esta clase entran todos los actos simplemente embusteros, la simulación en los contratos, la exageración de precio o calidades en la cosa vendida. La ley penal no se ocupa de esta clase de engaño, a pesar de su inmoralidad, no sólo porque es fácil que cada uno se defienda de él, sino también porque toda tentativa de represión podría perjudicar a la seguridad de las convenciones. El engaño criminal, por el contrario, no se manifiesta únicamente por la simulación o el artificio, sino que emplea maniobras culpables, tiende redes y se propone engañar con perjuicio de los intereses ajenos. (Chauveau Adolphe, tomo 5, página 267).

“ La materia de esta sección es vastísima—dice Pacheco, comentando el artículo 449 del código español.—Los engaños análogos al hurto, los que caen bajo la idea general de la defraudación, puede decirse que son innumerables. Una legislación que quisiera indicarlos todos caería en un repugnante y confuso casuismo. Pero también hay otro extremo, cual lo sería el de condensar tanto sus preceptos, que resultara una vaguedad, una indeterminación no menos vituperable.”

La misma nota se refiere a los distintos requisitos anotados en

el precepto, los que, como ha podido comprobarse, verificando la respectiva comparación, difieren poco de los del código vigente, motivo por el cual me referiré a ellos cuando examine el artículo en todos sus detalles.

El proyecto se ocupa también de indicar una serie de casos particulares de defraudación, y usa en uno de los artículos la palabra *estafa*.

168. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García usa en el capítulo tercero del título destinado a los delitos contra la propiedad el epígrafe de “Estafas”, y empieza en el artículo 327 por decir:

“El que con nombre supuesto, calidad simulada, falso título o influencia mentida, o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, o negociación, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, defraude a otro será castigado.”

Las penas se relacionan con el monto de lo defraudado y se contienen en cuatro incisos.

Además, y en unos cuantos artículos se ocupa de casos particulares, usándose indistintamente las palabras *estafa* y *defraudación*.

169. El código de 1886.—El sistema del proyecto del doctor Tejedor fué seguido por el código de 1886. En el artículo 202 se contenía el precepto general, redactado en términos análogos a los de su modelo. Decía así:

“Todo el que con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos o influencia mentida, defraude a otros, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño será castigado, conforme a las penas establecidas en los seis incisos siguientes, los que tienen en cuenta la cantidad objeto de la defraudación.”

El título comprende las estafas y otras defraudaciones, y en-

cierra, como el proyecto del doctor Tejedor, disposiciones especiales para determinados casos de estafa o defraudación.

La palabra *estafa* se usa solamente en un artículo, el 207, referente al que estafa vendiendo la prenda sobre la cual prestó dinero o apropiándose la o disponiendo de ella sin las formalidades de la ley. En los demás artículos e incisos se refiere el Código a la defraudación, pero no se marcan diferencias.

La ley de reformas hizo en esta parte correcciones respecto a la ordenación de los artículos e incisos y modificó lo relativo a las penas.

170. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 trae el concepto general en el artículo 207, que dice:

“El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o abuso de confianza, o aparentando bienes, créditos, comisión, empresa o negociación, o valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid o engaño, será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años.”

Sobre el criterio general del proyecto la exposición de motivos expresa:

“El capítulo IV se refiere a las estafas y otras defraudaciones. El artículo 207 del proyecto corresponde al 202 del Código Penal, y corrige la viciosa redacción de este último, que puede dar lugar a una mala interpretación. Tampoco adoptamos el criterio de penalidad seguido por el Código para este delito, al proporcionar la medida de la pena al importe de la suma defraudada. Si esta circunstancia debe tenerse en cuenta para la determinación de la pena en un caso particular, podrán tenerla los tribunales dentro de los límites más amplios de penalidad que presenta el proyecto, sin que subsista el peligro de que circunstancias particulares de perversidad o astucia, o de daño realmente causado, desaparezcan ante el *quantum* de lo estafado. Por otra parte, una misma suma de dinero tiene la más diversa estimación, según las condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima del delito. Bastará, pues, cuando la suma sea muy pequeña, dar mayor extensión a los límites de la pena,

“rebajando el *mínimum*, como se hace en el artículo 224 del proyecto para todos los delitos contra la propiedad.

El artículo 208 enuncia en particular diversos casos de defraudación, que podrían no quedar comprendidos en el artículo anterior, conviniendo, por otra parte, más propiamente la denominación de estafas a los casos del artículo 207 y la de defraudaciones a los del 208. Los ocho primeros números de este artículo son reproducción de los números 1.º, 2.º, 7.º, 8.º, 11, 12, 13 y 14 del artículo 203 del Código Penal, y el último comprende el caso del artículo 204 del mismo código.

“El artículo 209 del proyecto enumera los casos particulares que merecen alguna agravación de la pena en razón de la entidad del daño que se puede causar con el delito, o de la menor defensa que puede oponerse a éste.”

—A continuación la misma exposición de motivos se refiere a los preceptos particulares, los que serán objeto de examen al estudiar cada disposición del código vigente.

*
* *

171. Proyectos de 1906 y 1917.—El proyecto de 1906 contiene los mismos artículos que se encuentran en el código vigente, con muy pocas diferencias, consistentes en el agregado al artículo 175 en forma de inciso 4.º, y que fué proyectado por mí cuando en 1916 hice la presentación a la Cámara de Diputados, y en otras dos supresiones de que me ocupé oportunamente.

La exposición de motivos del proyecto de 1906 se limita a decir que ha incorporado casos nuevos de estafa a los consignados en el proyecto de 1891.

La exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, dijo al respecto:

“La comisión ha conservado también en esta parte el proyecto de 1906. En el inciso 2.º ha suprimido las palabras *negare haber recibido*, porque el delito que el mismo prevé es, precisamente, el de negarse a restituir, y no es necesario, por consiguiente, acentuarlo. Ha suprimido el artículo 190 porque la previsión contenida en él importa más bien una falta, y ha

“agregado al inciso 4.º del artículo 175, las palabras *o en blanco*, que tienden a caracterizar el delito que ha querido prevenir la comisión.”

*
* *

172. Caracteres esenciales del delito.—El Código empieza por decir en el artículo 172 que será reprimido, con la pena que indica, el que defraudare, empleando los medios que expresa a continuación.

Defrauda el que adquiere de manera abusiva o fraudulenta una ventaja patrimonial en perjuicio de otro. Dos caracteres esenciales tiene, así, el delito en su materialidad: es el primero el lucro para el agente y es el segundo el perjuicio para la víctima.

La ventaja patrimonial puede ser de cualquier clase y consistir en cosas o derechos que tengan algún valor.

El agente puede tener en vista el lucro propio o el ajeno: la cuestión es que este elemento concurra.

El perjuicio debe ser de la misma naturaleza que el lucro, o sea de carácter patrimonial. Todo lo que disminuye los bienes de la víctima, y ya se trate de derechos o cosas, se entiende que la perjudica.

Cuando el perjuicio se ha producido con motivo de negociaciones que no pueden admitirse jurídicamente por considerarse que contrarían la moral y las buenas costumbres, la ley no ampara a la víctima. Así, la defraudación de un premio de una lotería no autorizada en la Capital Federal se ha considerado por los tribunales locales que no es delito en la misma. La apropiación de fondos que se habrían entregado para un negocio ilícito tampoco se ha castigado. La justicia entiende que se carece de interés social para la persecución. Además, los tribunales han sido instituidos para dar a cada uno lo que es suyo dentro de la ley y de acuerdo con los contratos lícitos, pero no fuera o en contra de la misma.

“El hecho—dice González Roura (1)—debe ser ilegítimo. No habrá, pues, delito, si el engaño o ardid fuese empleado para recuperar lo propio que hubiese sido hurtado, robado o defraudado, o la apropiación recayere en cosa de iguales condiciones.”

(1) Tomo III, página 214.

173. Dolo civil y dolo criminal.—La zona de separación entre los casos de dolo civil y dolo criminal es difícil de establecer por medio de reglas terminantes.

El dolo existe donde hay un engaño, una maniobra para procurarse una utilidad en beneficio propio y perjuicio ajeno, y, sin embargo, en muchos casos donde esos caracteres concurren, la faz criminal ni siquiera se intenta.

Una persona, por ejemplo, vende un específico asegurando que producirá efectos determinados. El vendedor sabe que es inocuo y, sin embargo, asegura la eficacia. Una persona cualquiera compra el remedio y no consigue la finalidad propuesta, pero el vendedor ha hecho su negocio. Sin embargo, y no obstante concurrir el engaño, no puede decirse que haya un delito, porque no tiene el dolo la intensidad, la cantidad necesaria.

Por eso vemos que en algunos casos, el dolo produce consecuencias civiles, en otros criminales y en otros ninguna clase de efectos jurídicos.

Rivarola dice con razón que las líneas de separación no existen, no habiendo entre uno y otro campo sino una zona, algo así como la gama de colores del espectro solar, sucesión de tonos de tal modo imprecisos que no puede decirse dónde termina uno y dónde empieza el otro (1).

174. Nombre supuesto y calidad simulada.—Veamos ahora cada uno de los requisitos anotados en el Código para la concurrencia del delito en general.

NOMBRE SUPUESTO.—Dice el doctor Tejedor en la nota al artículo concordante, que el uso de nombre supuesto o calidad imaginaria constituía en el derecho romano y en la antigua jurisprudencia, el crimen de falsedad, sea que el uso se hiciese verbalmente o por escrito. La regla sentada por Papiniano, res-

(1) Ver González Roura. Tomo III, página 214.

pecto del uso de falsos nombres, es absoluta: *falsi nominis aut cognominis adseveratio pena falsi coercetur.*

Nombre supuesto implica dos cosas: ocultación del propio y uso de uno que no le corresponde, ya sea que constituya el de otro individuo o que se trate del que haya creado el sujeto para sí.

El que usa un nombre que no es el propio falta a la verdad, y cuando realiza un acto empleándolo, incurre en rigor en una falsedad. De aquí la semejanza que se nota muchas veces entre los delitos de falsedad y defraudación. Las confusiones, sin embargo, no se producen si se tienen en cuenta el medio y el fin. En el delito de defraudación el nombre simulado se emplea como un medio de llegar a obtener la ventaja patrimonial, siendo uno de los elementos de la maniobra dolosa.

Para que se entienda que concurre el nombre supuesto es necesario que el agente haya creado la confusión acerca de su identidad para obtener el objetivo propuesto (1). El falso nombre debe haber tenido por objeto engañar a la víctima y determinarla a entregar el objeto de la estafa.

Si el agente usa un nombre que no es el suyo, pero por el cual se le conoce habitualmente, o si usa el nombre propio, aun cuando no sea aquel por el cual es conocido, no podrá decirse que ha usado un nombre supuesto, aunque haya tenido ánimo de lucro, desde que no concurre la maniobra característica del delito (2).

CALIDAD SIMULADA.—Calidad es la condición o el rango que una persona ocupa en la sociedad. Todas las personas tienen determinadas calidades relacionadas con su familia, títulos, estado civil, funciones, grados, empleos, etc. Cuando un individuo se dice, sin serlo, hijo de determinada persona; cuando ostenta un grado militar que no tiene; cuando invoca una función cualquiera sin tenerla, simula una calidad.

La acción puede importar un delito de usurpación de estado civil, de usurpación de títulos u honores o de falsedad, pero cuando se usa la calidad a los efectos de estafar se incurre en la infracción que estudiamos.

Si una persona, con el propósito de estafar, usa una calidad

(1) Tomás Jofré.—El Código Penal de 1922, página 273.

(2) Garraud.—Traité Théorique et Pratique du Droit Penal Français. Tomo V, página 558.

que ha tenido, pero que no tiene en el momento que la invoca, para obtener la ventaja pecuniaria, incurre, sin duda alguna, en el delito de estafa.

Si el concepto de calidad simulada se tomase de una manera amplia, todas las falsas manifestaciones personales, todas las mentiras relacionadas con las condiciones individuales, darían lugar, cuando hubiese fraude, a que se considerasen comprendidas dentro de este delito. Se ha considerado, sin embargo, y de un modo bien sensato, que todas las falsas calificaciones no se consideran calidades supuestas a los efectos de la ley penal.

Así, la indicación de un domicilio falso, el hecho de decirse soltero siendo casado, la circunstancia de declararse mayor siendo menor, no importan la calidad simulada, aun cuando esos hechos hayan sido invocados para obtener una liberalidad.

Para poder definir en cada caso será necesario tener en consideración la importancia de la calidad que se ha simulado y la eficacia que haya tenido a los efectos del delito.

175. Falsos títulos.—Se entiende en este caso, como en los demás, que el falso título debe ser usado para cometer la defraudación. El título es una calidad que habilita para determinadas funciones o que confiere ciertos honores.

El que se dice médico, abogado, ingeniero, etc., sin serlo, y a mérito de esa situación profesional defrauda, se coloca dentro de la disposición penal.

176. Influencia mentida.—Es frecuente, por parte de los estafadores, atribuirse poder, influencia, ascendiente, para realizar el engaño. La invocación de esa influencia tiene, generalmente, lugar con relación a asuntos determinados. El agente se atribuye facilidades para obtener lo que desea la víctima y exige a esos efectos remuneraciones o ventajas patrimoniales.

La influencia debe ser mentida, esto es, inexistente. Cuando una persona ofrece su concurso para obtener el despacho de un asunto estando vinculada por su posición o relaciones en forma que le permita realizar la gestión, habrá influencia ofrecida, pero no mentida. En algunos casos la negociación de esa influencia no tiene sino el alcance de un servicio profesional, desde que una gestión cualquiera es tanto más eficaz cuanto mayor sea la autoridad personal de quien la hace; y en otros casos representa una verdadera inmoralidad, pero no implica un delito.

Así, sería un caso de influencia lícita la que pusiere en juego un abogado para obtener el despacho de un asunto de su profesión, que patrocina, verificando todo el empeño necesario; sería un caso de influencia inmoral la que ejercitara un legislador para obtener la solución de un asunto parlamentario, y aun administrativo. Pero no habría delito sino cuando la influencia fuese mentida.

Entiendo, también, lo que consigno a los efectos de la constancia, que el ejercicio de influencia legítima para que no sea inmoral no debe cobrarse.

La influencia es mentida cuando quien la invoca carece de ella y realiza, por lo tanto, un engaño.

177. Abuso de confianza.—En el proyecto del doctor Tejedor, lo mismo que en el de Villegas, Ugarriza y García y que en el código de 1886, el abuso de confianza era una circunstancia calificativa en determinados casos de defraudación.

En el artículo en el cual se enumeran casos especiales en esos tres conjuntos, se castiga como autores de defraudación a los que cometieren el fraude en escritura pública, o abusando de la confianza que en ellos se hubiere depositado. (Proyecto Tejedor, lugar citado, artículo 2.º, inciso 10; proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 328, inciso 10; y código de 1886, artículo 203, inciso 10).

La nota del doctor Tejedor, decía al respecto:

“La moral y la religión condenan toda falta de la fe privada. Según la ley civil todo abuso de confianza que causa un

“daño es punible de reparaciones civiles. Pero la ley penal no puede comprender en sus disposiciones todos los fraudes que reciben esta denominación en el lenguaje de los moralistas, de los libros sagrados o de la sociedad. Ella debe reservar sus rigores para los hechos fraudulentos que son un ataque flagrante a la propiedad de otro. El derecho romano consideraba ciertos abusos de confianza como hechos de dolo civil, y no castigaba los otros sino considerándolos como hurtos. Este era un doble error, porque la substracción fraudulenta de una cosa recibida en depósito merece una pena, y no es hurto, sin embargo, en el sentido de las leyes penales. (Morin Rep. abuso de confianza n. 1).”

El proyecto de 1891 colocó la circunstancia del abuso de confianza en la disposición general sobre el delito de estafa, y también la consignó para caracterizar determinados hurtos. (Inciso 4.º del artículo 198). El proyecto de 1906 también se refirió al abuso de confianza en la regla genérica, y con referencia a ciertos hurtos en el inciso 2.º del artículo 178.

Nuestro código ha suprimido la circunstancia del abuso de confianza con referencia al delito de hurto y la ha dejado tan sólo para la defraudación.

Para que concurra el abuso de confianza es preciso que esta última haya existido. La confianza equivale a la seguridad que se tiene en otra persona, con respecto a la cual no se toman precauciones porque se deposita fe en la misma.

El que abusa de esa confianza que se tiene a su respecto, aprovecha de facilidades especiales con que no cuentan la generalidad de los individuos.

La confianza es, así, un vínculo particular. Cuando la víctima ha abandonado sus intereses o no los ha cuidado en la medida aconsejada por la discreción, no puede decirse que haya hecho confianza, sino que ha incurrido en negligencia.

Confianza es la que se deposita en un amigo, en un empleado, en un sirviente.

*
* *

178. **Aparentando bienes.**—El agente se propone determinar a otro a que realice un acto que lo favorecerá pecuniariamente y

que perjudicará a la víctima. Las maniobras se llevan a cabo para conseguir el objeto.

Aparentar bienes significa, no sólo decir que se tienen, sino presentar apariencias que hagan incurrir en el error y que lleven a la víctima a la creencia de que el delincuente los tiene.

En el vulgar cuento del tío, forma de estafa repetida continuamente y para la cual siempre se encuentran incautos, no obstante la publicidad de numerosos casos, el delincuente aparenta bienes y, además, opera contando con la mala fe del damnificado.

La cláusula que estudiamos se ha discutido en relación a las manifestaciones de bienes que se hacen para obtener crédito de prestamistas en dinero, ya sean Bancos, compañías o particulares.

Es costumbre en el comercio que, cuando una persona solicita un crédito, se le requieran datos acerca de su responsabilidad material, preguntándosele qué bienes tiene.

Si el interrogado se atribuyese bienes que no tuviere, o si denunciase como libres los que se encontrasen gravados, ¿incurrirá en el delito de defraudación, en virtud de la cláusula del precepto a que me estoy refiriendo?

En mi concepto, el delito no existiría cuando una persona manifestase sus bienes para realizar una operación lícita, expresando de buena o mala fe lo que cree tener. Por lo demás, como las manifestaciones se refieren casi siempre a inmuebles, el interesado está en condiciones de averiguar si las cosas declaradas pertenecen a la persona que se las atribuye o no son de su pertenencia.

El Registro de la Propiedad puede fácilmente decir si cuenta con los inmuebles el individuo en cuestión, y si aquéllos se encuentran o no sujetos a gravámenes. Si el interesado no averigua, lo que pueda ocurrirle es el resultado de su falta de diligencia.

Para que concurra el delito es preciso que la apariencia de bienes haya sido acompañada de maniobras engañosas que escapen a precauciones que se toman ordinariamente para la defensa de los propios intereses.

*
* *

179. **Aparentando créditos.**—Lo dicho respecto a la exigencia anterior cabe para la presente.

No es suficiente que el sujeto manifieste tener créditos, sino que se requiere acredite de alguna manera la verdad de su aserción. De lo contrario no habría maniobra engañosa, sino ingenuidad o exceso de confianza por parte de la víctima.

*
* *

180. Aparentando comisión, empresa o negociación.—La comisión, la empresa o la negociación se deben aparentar de la misma manera que he expresado al ocuparme de las circunstancias anteriores. El que, a los efectos de defraudar, dice tener un poder de otro, ser miembro de una empresa o encontrarse ocupado o autorizado para una negociación, debe acreditar que tiene la calidad invocada, de tal manera que verosímilmente aparezca como teniéndola.

Se trata por esos medios de dominar la voluntad del sujeto y llevarlo a que haga las concesiones perseguidas.

*
* *

181. Ardid o engaño.—La ley, después de haber señalado casos, se refiere en general a cualquier otro ardid o engaño.

El término es general y eso mismo impone detenerse en su examen.

Todo engaño, aun cuando por medio del mismo se obtenga una ventaja patrimonial en detrimento de otro, no equivale a un delito de estafa. En la vida de relación ese factor es frecuente, y desde las mentiras convencionales hasta las maniobras comerciales para la colocación de las mercaderías, en todo puede decirse que interviene.

Pero para que exista el delito, es preciso que el ardid, la maniobra, se revistan de formas por medio de las cuales se determine a la víctima a los efectos de la realización del acto perjudicial. Para la apreciación de la circunstancia deberán tenerse en cuenta las condiciones del sujeto, por cuanto lo que puede arrastrar a uno no es verosímil que haya influido respecto a otro.

La inteligencia, la ilustración, las condiciones personales, en fin, tienen una gravitación decisiva. Por eso entiendo que no puede hablarse de ardid o engaños particulares sino de aquellos que dada la situación de la persona hayan podido determinarla, venciendo sus naturales elementos de defensa.

Nuestra ley adopta expresamente el principio de acuerdo con antecedentes nacionales, castigando al que abusa de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo. (Artículo 174, inciso 2.º).

Lo dicho acerca del carácter y la fuerza del engaño no permite hacer distinciones categóricas entre los diferentes medios, desde que todos pueden dar lugar a que se llegue a los resultados propuestos. Pueden, así, emplearse formas verbales o escritas, y formas que podría llamar de hecho o de exhibición. Se usarían estas últimas cuando se le mostrasen al candidato objetos, locales, personas, etc., para llevarlo a la confirmación de una falsa creencia. Habría en este caso algo más que verbalismo y no concurriría el documento.

Pueden también usarse para consumar el engaño diferentes medios a los mismos efectos.

Diré, por fin, que el engaño puede ser simple o calificado. El segundo constituye un delito independiente, o sea el de falsedad, el que se integra por sí mismo, no siendo un medio sino una finalidad.

*
* *

182. La penalidad y el criterio dominante en la ley.—En la determinación de la penalidad el Código ha seguido el sistema que domina en todas sus partes, pero si lo ha acentuado más en esta, colocando mayor distancia entre el máximo y el mínimo, ha sido por la naturaleza particular del delito de defraudación y por la serie de matices que deben apreciarse en cada caso. Para que los tribunales puedan tener en cuenta todas las circunstancias se ha preferido prescindir de las escalas de penas que se colocaban en el código anterior, siguiendo a sus antecedentes, y

que tenían en cuenta el valor de la cosa defraudada y consignar una penalidad sola, que permite, dada su amplitud, la consideración integral de cada hecho. Basta observar que puede aplicarse la pena de prisión desde un mes hasta seis años.

183. El artículo 173 y sus concordancias.—

Artículo 173

Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece:

1.º El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contratos o de un título obligatorio (1);

2.º El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;

3.º El que defraudare, haciendo subscribir con engaño algún documento;

4.º El que cometiere alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dió o de tercero;

5.º El dueño de una cosa mueble que la substrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero;

6.º El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibos;

7.º El comisionista, capitán de buque o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho;

(1) La palabra "contratos" debe ponerse en singular, según la fe de erratas aprobada por la Cámara de Diputados.

8.º El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante;

9.º El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos;

10. El que defraudare, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros empleados públicos.

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código italiano, artículo 295.—Francés, 423.—Holandés, 329, inciso 1.º—Chileno, 467.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 1.º—Código de 1886, 203, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 208, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Código italiano, artículo 417.—Francés, 408.—Holandés, 321.—Húngaro, 355.—Belga, 491.—Alemán, 246.—Español, 548, inciso 5.º—Chileno, 470, inciso 1.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 9.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 6.º—Código de 1886, 203, inciso 6.º—Proyecto de 1891, 210, inciso 4.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 2.º.

Inciso 3.º—Código español, artículo 548, inciso 7.º—Chileno, 470, inciso 4.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º artículo 2.º, inciso 7.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 7.º—Proyecto de 1891, 208, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 3.º—Código de 1886, 203, inciso 7.º.

Inciso 4.º—Código italiano, artículo 418.—Francés, 407.—Español, 548, inciso 6.º—Chileno, 470, inciso 3.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 8.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 8.º—Código de 1886, 203, inciso 8.º—Proyecto de 1891, 208, inciso 4.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 4.º.

Inciso 5.º—Código español, artículo 551.—Chileno, 471, inciso 1.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 11.—Proyecto de 1891, 208, inciso 5.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 5.º.

Inciso 6.º—Código de 1886, artículo 203, inciso 12.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 12.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 12.—Proyecto de 1891, 208, inciso 6.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 6.º.

Inciso 7.º—Código chileno, artículo 469, incisos 3 y 4.—Código de 1886, 203, inciso 13.—Proyecto de 1891, 208, inciso 7.º—Proyecto de 1906, 188, inciso 6.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 13.

Inciso 8.º—Código belga, artículo 495.—Español, 548, inciso 9.º—Chileno, 470, inciso 5.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 3.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y

García, 329.—Código de 1886, 204, inciso 14.—Proyecto de 1891, 208, inciso 8.—Proyecto de 1906, 188, inciso 8.º.

Inciso 9.º.—Código de 1886, artículo 204.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 330.—Proyecto de 1891, 208, inciso 9.º.—Proyecto de 1906, 188, inciso 9.º.

Inciso 10.—Proyecto de 1906, artículo 188, inciso 10.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 5.º.

184. Los casos especiales de la disposición.—El presente artículo contiene, como lo expresa su texto, casos especiales de defraudación a los cuales corresponde la misma pena señalada en el anterior.

Me ocuparé de examinar cada uno de los incisos, que completan el precepto anterior. Allí se traían reglas generales. Aquí se determinan casos particulares, para que ningún hecho de esta clase quede impune. En realidad, se ha querido, de acuerdo con los precedentes, que no se pudiera llegar a la impunidad por medio de interpretaciones.

185. Defraudación en la substancia, calidad o cantidad de las cosas.—El presente inciso se encuentra en las leyes y proyectos anteriores. El doctor Tejedor en la nota correspondiente decía acerca del precepto:

“Como ejemplo del primer caso a que se refiere este artículo puede citarse el de restituir en lugar de un objeto de plata otro de platino; del segundo el que se comete entregando falto de peso lo que se debía entregar según éste; y del tercero, el que se comete entregando vino de Jerez imitado, en lugar de vino de Jerez real.”

La disposición se refiere a la calidad o a la cantidad de las cosas que se entreguen en virtud de contrato o de un título obligatorio.

Substancia o calidad de una cosa es la propiedad, el ser de la misma, lo que la caracteriza y distingue de las demás, su naturaleza propia.

Si una persona compra un género de seda y se le entrega en su lugar uno de algodón, se habrá incurrido en una alteración en la substancia o calidad de la cosa. Si compra aceite de oliva y se entrega aceite de maní o de ricino se habrá también incurrido en idéntica falla.

En el comercio es usual el anuncio de objetos con determinadas calidades cuando en realidad tienen otras distintas. Si el artículo del Código se aplicara de un modo extenso, se castigarían una serie de actos que son corrientes en la vida diaria.

El delito es de difícil prueba en las transacciones verbales, y sería peligrosa su incriminación sin restricciones, porque podrían llegarse a castigar los excesos naturales de la propaganda comercial que no tuvieran objeto de defraudar a un comprador.

Groizard (1), comentando el artículo 547 del código español, que castiga al que defraudare a otro en la substancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, dice que substancia es la naturaleza, la esencia, el modo de ser de la cosa, su calidad real. Y agrega:

“El que debiendo dar barras de plata, entrega barras de otro metal de menos valor, o debiendo dar madera de encina, suministra madera de pino, defrauda en la substancia de la cosa. También lo hace, el que de tal manera adultera los productos industriales, que les despoja de su virtud, haciéndolos ineficaces a los fines de su adquisición.”

Debe tenerse presente, para apreciar los casos, lo dicho por Rivarola en la parte que antes he transcripto.

El presente inciso tiene una característica propia. En la generalidad de las defraudaciones el agente no entrega nada, sino que, por el contrario, verifica maniobras para apoderarse de los bienes de otro. En el caso del precepto se supone la concurrencia de un contrato o la existencia de un título obligatorio para uno lo que implica el derecho a reclamar por parte de otro, y se entiende que media la entrega del aporte convenido.

Pero el delito de defraudación se produce porque las cosas

(1) El Código Penal de 1870. Tomo VII, página 106.

entregadas no son de la calidad o substancia debida. Así, el que ha contratado con una administración la entrega de tabaco, proporciona hojas de otro vegetal; el que debe entregar frazadas de lana las aporta de algodón, etc., defrauda porque altera la calidad convenida en beneficio propio y perjuicio ajeno.

Se necesita, así, contrato o título obligatorio y violación de las bases del mismo.

Para establecer si ha habido o no delito en estos casos, será preciso verificar una comparación entre las cosas en sí y las condiciones establecidas en el contrato. Esto demuestra que difícilmente podrá aplicarse la disposición cuando el contrato no se encuentre redactado por escrito, aunque la ley no diga nada al respecto.

Cuando se trata de defraudación en la cantidad bastará con verificar la comprobación, pesando o midiendo.

La defraudación, en estos casos, puede hacerse entregando menos de lo debido y recurriendo para eso a cualquier artimaña. La más general consiste en colocar otros objetos entre aquellos que deben aportarse. Así incurre en el delito el que mezcla las cosas comestibles, por ejemplo, con tierra, con piedras u otros objetos de peso y sin valor para integrar el de la mercadería.

Desde luego, el delito se presentará en el caso en que concurra dolo y no cuando se trata de errores en el peso o la medida.

Groizard (1) se pregunta si el hecho de vender una finca asignándole una extensión mayor que la que tiene hace incurrir al enajenante en el delito, y sostiene que incurre en defraudación el que ha hecho la venta con engaño, procurando ocultar al comprador la extensión del terreno.

A mi juicio se pueden producir casos de engaño cuando se venden inmuebles, tanto con respecto a la calidad como con relación a la cantidad.

Así, una persona vende a otra un terreno diciéndole que tiene una tierra de determinada clase, que el comprador necesita para fines industriales. Cuando éste ha ido a inspeccionar la propiedad se ha encontrado con que la tierra especial buscada existe, pero eso es sólo un engaño, una maniobra, por cuanto se ha colocado aquélla en determinados sitios para crear la certi-

dumbre y realizar el negocio que ha determinado al adquirente.

Demostradas estas circunstancias, el delito de defraudación sería evidente.

Ahora, cuando se vende una extensión menor de la que se manifiesta, entiendo que el delito de defraudación sólo concurriría si el vendedor ha mostrado al comprador una extensión distinta a aquella que le transfiere por medio del título. Desde luego, estas situaciones sólo se podrían producir en las ventas *cá-corpus*, y no en aquellas que se hicieren por medida, pero en las primeras únicamente se presentaría la infracción cuando mediasen engaños de hecho.

Bajo el punto de vista privado las reglas son otras y se encuentran consignadas en los artículos 1344 a 1348 del Código Civil, que se refieren a los derechos de los contratantes y a la rescisión del convenio.

186. *Negativa a restituir.*—El proyecto del doctor Tejedor castigaba a los que se nieguen a restituir la cosa ajena que hubiesen encontrado perdida, o el depósito miserable que se les hubiese confiado.

Sobre la cosa perdida, dice la nota que si la intención fraudulenta de apropiarse la cosa encontrada se manifestaba en el momento mismo de tener la posesión, la ley romana consideraba el hecho como un hurto.

Y agrega:

“ La substracción, en efecto, es el acto material de apoderarse de un objeto, y este acto se ejerce lo mismo sobre una cosa hallada que sobre otra que se quita de manos del dueño. La intención del agente es más difícil de determinar, pero el hecho material tiene en ambos casos el mismo carácter. La ley, sin embargo, no debiera equiparar los dos hechos. El que subtrae la cosa que se ha encontrado ha sido seducido, por decirlo así, por la ocasión. Lejos de haber preparado el delito, sólo es culpable de no haberlo rechazado. El ha podido persuadirse que el dueño había abandonado su cosa. No conociendo dolo no ha creído cometer un hurto. Y cuando después lo ha

(1) El código español de 1870. Tomo VII, página 107.

“ conocido no podía ya revelar su acción sin dejar sospechar su intención. ¿Cómo asemejar este agente, culpable sin duda, pero en grado inferior, con el que concibió el audaz pensamiento de un hurto, que preparó el crimen y supo ejecutarlo? Estas dos acciones están separadas por el intervalo que hay entre el delito premeditado y el que se comete sin premeditación. Están separadas, sobre todo, por la criminalidad que supone la ejecución del hurto, y que no se manifiesta en la simple retención del objeto hallado. ¿No debe, en fin, reconocerse, como lo hace M. Duvergier, que los delitos se reprimen tanto más severamente cuanto más desagradables pueden ser sus consecuencias? El hurto puede conducir a actos de violencias, y siempre infunde más o menos temor en la sociedad; mientras ningún efecto parecido resulta de la posesión de este objeto, o de la denegación hecha por él que lo ha encontrado.

“ Si el agente recogiese el objeto sin intención de apropiárselo, pero esta intención nacía ulteriormente, y se manifestaba por la negativa de restituirle, la ley romana no parecía ver hurto en este hecho, *si jacens tamen tulit, non ut lucretur, sed reddaturus ei cujus fuit, non tenetur furti*. Es evidente que esta hipótesis difiere completamente de la anterior. La cosa se ha recogido con el pensamiento de restituirla. No ha habido, pues, fraude en el momento de tomar la posesión; no ha habido sustracción. Es cierto que el pensamiento de apropiarse la cosa nace más tarde en el espíritu del agente. Pero en este momento no podía ya sustraer, puesto que era poseedor, y estando consumado el acto por el que comenzó su posesión no puede recibir un carácter nuevo de un hecho posterior a su perpetración. Si este hecho no era una sustracción cuando se cometió, no puede serlo porque posteriormente su autor tenga el pensamiento de la sustracción. Este pensamiento no es más que un fraude aislado de todo hecho material y se escapa a la acriminación. La casualidad ha constituido, en cierto modo, al agente depositario de la cosa encontrada. Recogiéndola acepta este contrato. Si después lo infringe comete una violación del depósito, pero no comete un hurto.

“ Lo que constituye el delito—concluye—de acuerdo con el comentario del código de Baviera, es la apropiación de la cosa con desprecio del contrato. Es la infidelidad del depositario, mandatario, comodatario u obrero asalariado.”

Con relación al depósito miserable la nota se refiere a concordancias del proyecto con diversas leyes.

La defraudación prevista en el inciso en estudio requiere la concurrencia de varias circunstancias. Es preciso: 1.º Que el agente haya recibido dinero, efectos o cualesquiera otra cosa mueble; 2.º Que la entrega haya sido verificada en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver; 3.º Que se niegue la restitución o no se haga a su debido tiempo; 4.º Que se perjudique a otro.

El inciso se encuentra redactado de manera que contenga todos los casos, y por eso, además de la palabra que se refiere a una cosa o concepto concreto, se pone el término general comprensivo.

Así, es necesario que el agente haya recibido dinero o efectos, pero para evitar que sólo a ellos se limite la disposición, se habla de cualquier cosa mueble.

El precepto no rige, así, para los inmuebles, desde que el apoderamiento de éstos en ciertas condiciones constituye al agente en reo del delito de usurpación.

Al examinar el inciso anterior se ha hablado de inmueble, pero no refiriéndose al apoderamiento de éstos, sino al caso en que hayan servido de medio para defraudar.

El inciso habla también de depósito, comisión o administración, términos que tienen su concepto en las relaciones civiles y comerciales; pero para que no concurren dudas, usa también la expresión genérica, y se refiere a cualquier título que produzca obligación de entregar o devolver.

La negativa o la falta de entrega a su debido tiempo es lo que caracteriza la ejecución del delito.

*

* *

187. Suscripción con engaño de algún documento.—El Código dice: “el que defraudare haciendo suscribir con engaño algún documento.”

Al hablar del engaño en general, como uno de los factores del delito de defraudación, me he referido a sus caracteres. El Código, en el artículo anterior, castiga al que defraudare a otro valiéndose de cualquier ardid o engaño, y en este inciso se castiga al que defraudare haciendo suscribir con engaño algún documento.

A primera vista el artículo anterior resultaría comprensivo del presente, pero debe pensarse no obstante eso que no existe redundancia porque en el código de 1886, en el presente, y en todos los proyectos nacionales, se han colocado las dos disposiciones, y si no se hubiera creído que era preciso hacerlo, seguramente se habría formulado la observación.

En el proyecto del doctor Tejedor se usan los mismos términos en el inciso 7.º del artículo correspondiente que se refiere a los que defraudan haciendo suscribir con engaño algún documento.

En la nota se señalan dos concordancias: primera, el artículo 452, inciso 3.º del código español, y el tomo 3.º, página 362, N.º 10, de Pacheco.

El código español de 1822 trae la misma disposición en el lugar citado, y Pacheco, después de referirse al abuso de firma en blanco, dice que extiende para este inciso la opinión vertida con respecto al anterior que castiga el uso de firma en blanco para extender un documento. (Caso del inciso 4.º de nuestro artículo).

De acuerdo con estas opiniones resultaría que el presente inciso consigna una excepción con relación al principio general del artículo 172, pues en éste se necesita para la consumación del delito que se defraude, mientras que el presente inciso requeriría solamente que se hubiese hecho suscribir el documento. Obtenido éste con engaño, el delito se habría consumado, aun cuando los bienes no hubiesen pasado a poder del delincuente.

Esta opinión es compartida por González Roura (1).

El documento puede ser de cualquier clase, ya sea que cree una obligación o que la extinga. Lo que se precisa es que perjudique al firmante y que beneficie al agente o a otra persona.

*

* *

188. Abuso de firma en blanco.—El doctor Tejedor, en la nota correspondiente al inciso concordante, dice que el abuso de firma en blanco es una verdadera falsedad, porque consiste en una suposición de acto, en una alteración de cláusulas o en una adición

(1) Tomo III, página 216.

fraudulenta a los hechos que el acto firmado de antemano tenía por objeto comprobar; una sola circunstancia—agrega—lo coloca en una clase aparte, y es que la firma en blanco que sirve a la fabricación de la falsedad se ha confiado voluntariamente al falsario.

Concluye la nota diciendo que, para la concurrencia del delito, se requiere: 1.º Que se haya entregado el papel blanco en que está la firma; 2.º Que se escriba en el papel algún documento; y 3.º Que éste perjudique al que puso la firma o a un tercero.

Si la firma se ha arrancado—dice también el doctor Tejedor—por medio de violencia o intimidación, el caso estaría regido por otro precepto referente al robo; y si se hubiere usado de firma recortándola de otro documento y extendiendo el nuevo en el papel restante, habrá falsificación.

El caso del presente inciso no se refiere a la firma que se coloca en un documento ya redactado, sino al que se fabrica usando una firma puesta en un papel en blanco.

Si se borrara el texto de un documento para llenarlo con diferentes palabras a las que tenía y aprovechar la firma, o se cambiaran algunas del texto para alterarle el sentido, habría, concurriendo las demás circunstancias, un delito de falsedad. El motivo que fundamenta esta opinión es bien sencillo. El que llena o hace llenar un documento y lo suscribe, autoriza determinado texto y se manifiesta conforme con las declaraciones que contiene. No ha dado firma en blanco, sino que ha puesto la suya en garantía de la aceptación de ciertas condiciones. Y desde el momento que no ha habido firma en blanco no puede existir el abuso de la misma, sino la adulteración o falsificación del documento suscripto.

González Roura (1) discute extensamente la cuestión de saber cuándo se consuma el delito, y concluye, de acuerdo con la doctrina, sosteniendo que tal cosa ocurre cuando se usa el documento.

Si tomamos el inciso a la letra nos encontramos con que el Código exige el abuso de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento. Resultaría, en consecuencia, que el hecho de extender el documento consuma el delito. Pero debe tenerse en consideración que la simple circunstancia indicada no puede bastar, desde que es indispensable que el hecho se exteriorice, y esto no ocurre sino cuando se usa.

(1) Tomo III, página 221.

Para que el delito se consume no se necesita que el delincuente obtenga los bienes, siendo suficiente con el hecho del uso de la firma en blanco, extendiendo con ella un documento, y el uso del mismo.

Se señala el caso de este inciso como característico del abuso de confianza, por suponerse que la firma en blanco ha debido ser proporcionada al agente por la víctima. Sin dejar de convenir que en la mayoría de los casos la firma en blanco debe haber sido otorgada en confianza al agente, que abusaría de la misma por el hecho de usarla indebidamente, pienso que pueden ocurrir casos en que la firma haya sido obtenida de otras maneras.

Para que el delito se produzca se requiere: 1.º Una firma en blanco; 2.º Abuso de la misma extendiendo un documento; 3.º Perjuicio para el que la dió o para un tercero.

*

* *

189. Substracción de cosa mueble.—La nota correspondiente del proyecto del doctor Tejedor decía, respecto al caso del presente inciso:

“El que subtrae su propia cosa no puede cometer hurto—*rei nostre furtum facere non possumus*,—porque el hurto es un delito contra la propiedad. La ley romana no aplicaba estas reglas sino con ciertas restricciones, pues acriminaba, no sólo el hurto de la cosa, sino del uso y de la posesión: *furtum vel ipsius rei vel etiam ejus possessionisve*. De aquí, resultaba que cuando el propietario había enajenado el uso o la posesión, podía ser perseguido por hurto, si substraía la cosa. Tal era el caso del deudor que substraía del acreedor la cosa que le había dado en prenda: *aliquando suae rei furtum quis committit, veluti si debitor rem quam creditoris pignoris causa dedit substraxerit*. Pero esta decisión no es hoy admisible. La prenda convencional procura al acreedor una seguridad para el reembolso de su crédito; pero la propiedad del objeto empeñado no deja de pertenecer al deudor. Había, es cierto, enajenado su posesión. Pero la ley no castiga ya los hurtos de posesión o de uso. Ella no castiga sino el hurto de la cosa misma para apropiársela: no declara culpable de hurto sino al que subtrae la cosa ajena.

“¿Qué hace el deudor que subtrae la cosa al que se la había dado en prenda? No hace más que remover su propia cosa. No extingue ni el gravamen que la afecta, ni el crédito cuya ejecución asegura. No comete, pues, hurto. (Chauveau Adolphe, tomo 5, página 48).

“En las leyes españolas véase la ley 9, título 14, P. 7, “bien que la podría demandar el otro como de furto”. La pena, sin embargo, era sólo restitución o pago del crédito y una multa arbitraria. La ley 11, título 10, P. 7, hablando de los que arriendan, prestan o encomiendan a otro una cosa, dispone que si el dueño la toma por sí mismo u otro sin orden de juez, no incurre en pena de fuerza “como quier que es tenido de gela tornar, que se sirva della fasta aquel plazo que le señaló que la tuviese cuando gela dió.”

El caso señalado en el inciso tiene los rasgos característicos del hurto, pero le falta, para la integración del concepto, una circunstancia esencial, relacionada con la propiedad de la cosa.

Nadie puede robarse a sí mismo, de manera que si una persona substraere una cosa de su pertenencia no podría haber incurrido en hurto, porque se requiere para la existencia de ese delito el apoderamiento de cosa ajena.

En general, el dueño de la cosa mueble la tiene a su disposición y ejercita sobre todos los derechos emergentes de la propiedad. Pero puede ocurrir que dicha cosa se encuentre legítimamente en poder de otro, ya sea por voluntad del dueño mismo o a causa de otras circunstancias. Si no se incriminara el atentado cometido por el dueño, desaparecerían las garantías creadas por la ley para ciertos contratos, como por ejemplo los de prenda, en los cuales la cosa mueble pasa al poder de un acreedor sin que la propiedad se haya cambiado.

El delito a que se refiere este inciso no puede ser ejecutado sino por el propietario de la cosa mueble. Sus requisitos son: 1.º Substracción de una cosa mueble; 2.º Dicha cosa debe estar legítimamente en poder de una persona que no sea su dueño; 3.º El autor de la substracción debe ser el dueño de la cosa mueble; y 4.º Debe concurrir un perjuicio para el poseedor de la cosa o para un tercero.

Al ocuparme del hurto he expresado cuál es el concepto de cosa mueble, de manera que no es necesario volver sobre el mismo.

La cosa mueble debe estar en poder de una persona que no sea el dueño, pero que la tenga legítimamente. Eso puede ocurrir en virtud de arrendamiento, prenda, mandato, comodato, depósito y aun compra, desde que puede haberse adquirido la cosa robada, creerse dueño y no serlo. La legitimidad de la tenencia derivará, así, de contrato o de disposición judicial.

El autor de la substracción debe ser el dueño. Si la verificare otro, habría cometido hurto o robo, según el caso.

El perjuicio, por fin, debe ser patrimonial, para el tenedor o para un tercero.

190. Contrato simulado o falsos recibos.—El proyecto del doctor Tejedor, en el inciso 12 del artículo correspondiente, castiga al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

La nota respectiva, dice:

“ La simulación tiene lugar cuando un acto, a la vez que contiene lo que las partes han querido escribir en él, oculta, sin embargo, su verdadera intención, pero la oculta porque efectivamente ellas lo han querido disimular. Por el derecho romano no había en esto crimen de falsedad. (L. 28 D. de lege Corn. de *falsis* y 3 D. de fide instrum). ¿Cambiaría la solución cuando la ocultación de la verdadera intención de las partes tiene por objeto dañar a un tercero? Esta circunstancia tampoco variaba la decisión, según aquel derecho. La ley 23 D. de lege Corn. de *falsis*, declaraba formalmente que no bastaba alterar la verdad en un acto para cometer falsedad, y que la mentira sola no podía tener tal carácter. La falsedad no consistía sino en la fabricación o alteración de los escritos mismos. Es cierto que algunas leyes parecen en contradicción con este principio. Pero esto proviene de que los emperadores equiparaban a la falsedad muchos hechos que no tenían los caracteres de este crimen. Los jurisconsultos llamaban estos hechos *casi falsedad*. Estas acriminaciones eran derogaciones a las reglas generales, pero no alteraban su fuerza.”

El inciso se encuentra también en el código de 1886, pero con el agregado de los falsos recibos que tiene en el código vigente.

Para establecer si el contrato es simulado deberá estarse a lo que prescribe el Código Civil.

La simulación, según el artículo 955 del Código Civil, tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

En cambio, cuando se otorgare el contrato simulado en perjuicio de otro se incurriría en el delito del inciso.

El contrato no sería falso sino auténtico en cuanto a su factura, porque el que aparece firmándolo lo ha celebrado. La falsedad está en las circunstancias, porque se presenta como real un acto jurídico inexistente.

Tal sería el caso de un contrato de venta hecho por una persona que tiene como finalidad, no la de vender, sino la de poner sus bienes en cabeza de otro, para evitar que sus acreedores cobren los créditos pendientes haciéndolos enajenar.

Esta forma de simulación es corriente, y en muchos casos no es posible la sanción por la falta de pruebas, sobre todo cuando se usan las formas de los instrumentos públicos.

191. Alteración de cuentas, precios, condiciones, suposición o exageración de gastos.—El inciso se refiere a varios casos que examinaré separadamente.

Las personas que pueden cometer el delito, según el inciso, son: 1.° Los comisionistas; 2.° Los capitanes de buque; y 3.° Cualquier otro mandatario.

El comisionista es un mandatario para ciertos asuntos mercantiles. Así lo dicen los artículos 232 y 233 del Código de Comercio.

El capitán de un buque, según el artículo 77 del Código Penal, es todo comandante de embarcación o el que lo substituye.

Mandatario es la persona que recibe de otra un poder para representarla a los efectos de ejecutar en su nombre y por su cuenta un

acto jurídico o una serie de actos de esa naturaleza. (Artículo 1869 del Código Civil).

Es conveniente, y ya que el Código Penal habla de mandatario, empleando un término que debe ser tomado en su alcance legal, tener en cuenta lo que establece el Código Civil en el artículo 1870. Según ese precepto las disposiciones del título sobre mandato son aplicables:

1.° A las representaciones necesarias y a las representaciones de los que, por su oficio público, deben representar determinadas clases de personas o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas.

2.° A las representaciones de las corporaciones y de los establecimientos de utilidad pública.

3.° A las representaciones por administraciones o liquidaciones de sociedades en los casos que así se determine en este código y en el Código de Comercio.

4.° A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres; el sirviente en relación a su patrón; el aprendiz en relación a su maestro; al militar en relación a su superior, las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título, cuando no supusiesen necesariamente un contrato entre el representante y el representado.

5.° A las representaciones por gestores officiosos.

6.° A las procuraciones judiciales en todo lo que no se opongan a las disposiciones del Código de Procedimientos.

7.° A las representaciones por albaceas testamentarios o dativos.

Las disposiciones del Código de Comercio deben también tenerse en consideración, ya que la ley penal usa el término *mandatario* sin ninguna restricción y sin definirlo.

Dentro de la ley mercantil, el mandato es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda. (Artículo 221).

Se llama especialmente mandato cuando el que administra el negocio obra en nombre de la persona que se lo ha encomendado. Se llama comisión o consignación cuando la persona que desempeña por otro negocios individualmente determinados, obra en nombre propio o bajo la razón social que representa. (Artículo 222).

Dentro del mandato comercial se comprenden a los comisionistas y a los consignatarios.

El Código, en el inciso que examino y después de referirse a las personas agentes del delito, se ocupa de la materia a la cual éste debe concretarse. Es preciso que se defraude: 1.° Alterando en las cuentas los precios o condiciones de los contratos; 2.° Suponiendo gastos; y 3.° Exagerando los que se hubiesen hecho.

Las indicaciones de la ley son claras y no requieren explicaciones.

*

* *

192. Substitución, ocultación o mutilación de proceso, expediente o documento.—El artículo 3.° del capítulo correspondiente del proyecto del doctor Tejedor castiga a los que cometieren defraudación, substrayendo, ocultando o mutilando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.

La nota respectiva señalaba una serie de concordancias, y expresaba:

“ La primera parte de este artículo—dice Pacheco—está justificada con una brevísima observación. Quien destruye papeles por defraudar, defrauda de hecho en cuanto está de su parte, o comete el delito mismo, o comete una acción tan próxima a él, y con unas circunstancias tan graves, que no puede extrañarse se castiguen con la misma pena. Otra cosa es la segunda parte del artículo. La destrucción de documentos o expedientes, que no incluye defraudación, no debería, a nuestro juicio, hallarse en el capítulo presente, sino en el de los daños, de que hablamos más adelante.”

La disposición castiga al que cometiere defraudación: 1.° Substituyendo; 2.° Ocultando; 3.° Mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.

Substituye un documento el que lo cambia por otro; lo oculta quien lo esconde para que no concurra a los efectos que debe acreditar; y lo mutila quien lo destruye en parte.

Ocultar el documento equivale a destruirlo, desde que no contándose con él, los efectos para los cuales se requiere no se producen o pueden no producirse. Lo primero ocurre cuando el

documento, destruído, ocultado, substraído o mutilado, constituía la única prueba en el caso.

Los hechos a que se refiere el inciso se ejecutan, generalmente, para que no se pueda tener la prueba de un derecho y de una obligación.

El delito se consuma con el hecho de la substracción, ocultación, mutilación o substitución, no siendo preciso que se realice el apoderamiento de la cosa, la transferencia del derecho o la liberación de la obligación.

El artículo 255 del Código Penal, colocado en el capítulo sobre violación de sellos y de documentos, castiga al que substraer, oculta, destruye o inutiliza objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad correspondiente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Esta disposición se refiere solamente a objetos o documentos custodiados por funcionarios públicos.

193. Venta o gravamen de bienes litigiosos, embargados, gravados o ajenos.—El proyecto del doctor Tejedor, decía:

“El que fingiéndose dueño de una cosa la enajene, grave; arriende o empeñe, o disponga de ella como libre a sabiendas que está gravada, será castigado con tres meses de arresto y una multa del tanto al doble del valor del perjuicio que cause.”

La nota decía:

“La pena que se impone en este artículo—dice Pacheco—es por el hecho solo de enajenar, arrendar, gravar o empeñar una cosa ajena, fingiéndose su dueño. Mas este delito puede ir muy frecuentemente unido con el de hurto o usurpación, en cuyos casos habrá que imponer asimismo los correspondientes a estos otros... El castigo señalado es una multa del tanto al triple del importe del perjuicio causado. ¿Qué diremos si no se hubiese verificado perjuicio? Claro es que en este caso no hay delito en el concepto de la ley. El perjuicio con aquella circunstancia es lo que lo caracteriza.”

Después de anotarse concordancias, la misma nota expresa:

“Según la ley de Partidas, no puede empeñarse por segun-

“da vez una cosa, sin conocimiento del que la tenía en perios primeramente, fueras ende si la cosa valiese tanto que cumpliera se a pagar amos los debdos. Si empeñada por todo su valor, se vuelve a empeñar, hay obligación de dar otra prenda. E aun demás desto—dice la ley,—puedele poner pena al judgador del lugar según su albedrío, por este engaño que fiso de empeñar una cosa a das omes por más que non valia. Eso mismo decimos que debe ser guardado quando alguno empeñó cosa ajena non lo sabiendo aquel que la reciba empeñe”. Según la ley 7.^a, título 16, P. 7, non sería engaño, aun que se empeñe la cosa ya empeñada faziendo creer que aquella cosa non la avie empeñado, o si se callase, o non apercibiese al postrimero, como la avie obligado al otro si la cosa valiese tanto que pueda cubrir los dos créditos. La ley 19, tít. 5.^o P. 5, trata del que vende la cosa dos veces.”

El inciso se refiere: 1.^o Al que vende o grave como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y 2.^o Al que vende, grave o arriende como propios, bienes ajenos.

Es preciso, al aplicar la disposición, tener en cuenta los rasgos del caso, los propósitos perseguidos por las partes, los objetos sobre que hayan recaído las transacciones y todos los detalles del convenio civil o comercial para establecer si existe un delito o una operación lícita, porque si se tomara el precepto a la letra y en toda su rigidez una gran parte de las operaciones normales del comercio, no serían posibles.

En el orden civil pueden ser objeto del contrato de compraventa todas las cosas, aunque sean futuras, siempre que su enajenación no se encuentre prohibida. (Artículo 1327).

Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiese vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena. (Artículo 1329).

Pero la nulidad de la venta de cosa ajena queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario. Queda también cubierta cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida. (Artículo 1330).

El artículo 1177 del mismo Código Civil, colocado en el título que se refiere a los contratos en general, dice que las cosas ajenas pueden ser objeto de los mismos. Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. Si él tuviera culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe, también, satisfacerlas cuando hubiese garantizado la promesa y ésta no tuviera efecto.

El siguiente artículo, dice:

“El que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciera tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato y es responsable de todas las pérdidas e intereses.”

Y por fin, el artículo 1179, dice que incurre en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses, quien contratarse de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe.

En la ley comercial, la compraventa de cosa ajena es válida. Así lo dice el artículo 453 del Código de Comercio. El vendedor de la cosa está obligado a su entrega, o en su defecto a abonar daños y perjuicios, siempre que el comprador ignorase que la cosa era ajena.

Si el comprador al celebrar el contrato, sabe que la cosa es ajena, la compraventa será nula. La promesa de venta de cosa ajena será válida. El vendedor estará obligado a adquirirla y entregarla al comprador, so pena de daños y perjuicios.

Con estos antecedentes, cabe precisar bien el alcance del inciso en estudio.

Cuando una persona vende un objeto litigioso, embargado o gravado, no comete delito, desde que al transferir a otro los derechos que él mismo tiene sobre la cosa, realiza una operación lícita. El delito concurre cuando se venda el bien litigioso, embargado o gravado, como si estuviera libre, y esto es perfectamente lógico.

Los bienes tienen un valor que se fija de acuerdo con una serie de factores. El que desea adquirir la propiedad de la cosa, se dispone a pagar su precio, pero entendiendo que se le ha de

transferir el bien para que él entregue o se comprometa a entregar el equivalente.

Si el bien es litigioso y se le vende como libre, se le hace pagar por medio de un engaño un precio que no tiene, pues el adquirente corre el riesgo de que la cosa le sea quitada; si se le vende embargado o gravado, como si fuera libre, se le engaña también a los efectos de arrancarle una compensación patrimonial, que a no mediar la maniobra y la mentira, no se hubiesen conseguido.

Respecto a los bienes ajenos hemos podido comprobar cuáles son las reglas de los códigos Civil y de Comercio.

La venta de cosa ajena es corriente en el comercio. El que vende una partida de mercaderías suele no tenerla, pero al suscribir el contrato se compromete a fabricarlas o adquirirlas para cumplir su compromiso. En el orden civil esas operaciones son menos frecuentes, pero también suelen producirse.

El Código Penal no se refiere a esos casos. El gravamen o la venta de bienes ajenos es un delito cuando se lleva a cabo una maniobra engañosa.

Así, una persona solicita un préstamo de dinero y grava una cantidad de cereales en garantía de su obligación. Si resulta que los cereales no le pertenecían ha incurrido en el delito de estafa.

Si un sujeto, valiéndose de ardides, enajena la cosa que no le pertenece en propiedad, incurre también en el delito.

Hemos podido notar que el Código Civil dice que incurre en el delito de estelionato: 1.º El que contrata sobre cosas ajenas como cosas propias; y 2.º El que contratarse de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas o embargadas, como si estuviesen libres, y siempre que la otra parte hubiese aceptado la promesa de buena fe.

El Código Penal no habla del delito de estelionato. *Estelion* o *salamanquesa* es el nombre dado a un animal que, expuesto a los rayos solares, toma múltiples colores. Esto sugirió a los romanos el nombre del crimen *stellionatus*, aplicable a todos aquellos hechos ejecutados contra la propiedad ajena que fluctúan entre la falsedad y el hurto, sin ser precisamente lo uno ni lo otro. Según esta versión, la palabra *estelionato* habría derivado de un concepto material. Otros entienden que se habría inspirado en un concepto intelectual, habiéndose querido expresar más bien

la diversa índole del mismo hecho que la figura ambigua del delincuente, que asume artificiosamente diversos aspectos (1).

En el Digesto, y bajo el epígrafe de "*De Stellion*", se mencionan como ejemplos del delito de estelionato: la enajenación de una cosa sobre la que existe una obligación a favor de un tercero, disimulando esa obligación; vender la cosa ya enajenada; distraer o alterar las mercancías y emplear insidiosamente palabras obscuras en los contratos.

El delito de estelionato se continúa manteniendo como una figura especial de infracción, considerándose como un despojo injusto de la propiedad ajena que no era hurto, robo, estafa ni falsedad.

No se consideraba estafa porque la cosa se suponía recibida del dueño con título traslativo de dominio.

Actualmente, y sobre todo dentro de nuestra ley, no son procedentes las discusiones acerca del estelionato. Los casos que el Código Civil señala son de simple defraudación, que deberán juzgarse de conformidad a las disposiciones del Código Penal en vigencia.

194. Defraudación con pretexto de supuesta remuneración a jueces o empleados.—El caso que comprende el último inciso del artículo se refiere a la influencia mentida. Se trata de los individuos que, simulando tener facilidades excepcionales para obtener determinadas resoluciones judiciales o administrativas, obtienen ventajas a costa de los incautos.

El delito es corriente y se ejercita en muchos casos por verdaderos profesionales, que siendo expertos, proceden de manera que sus acciones no se documenten.

El agente explota, como en todos estos delitos, la ingenuidad del candidato, que cree en la posibilidad de que las sentencias o resoluciones se vendan. Desgraciadamente, la presencia de un funcionario capaz de moverse bajo la gravitación de esos factores crea un ambiente de desconcepto, permite confusiones y fo-

menta a los estafadores, porque el éxito obtenido en el caso excepcional sugiere la creencia de que el sistema se generaliza.

El inciso no se concreta a los altos funcionarios, ya sean magistrados o directores de grandes reparticiones, sino que comprende a todos los empleados públicos, castigando lo mismo el hecho con respecto a un agente de policía que a un alcaide de cárcel o a un jefe de repartición.

Se entiende que el delincuente simula el soborno; el cliente cree que paga al empleado usando de un intermediario; siendo el funcionario ajeno a toda la maniobra.

Si un magistrado o empleado recibiera dinero para dictar resoluciones determinadas, el delito sería de cohecho y el caso completamente distinto al presente.

El inciso examinado ha sido incorporado al Código, tomándose del proyecto de 1906, encontrándose también en el código de 1886 y en el proyecto del doctor Tejedor. Este último, en la nota correspondiente, señalaba su concordancia con el código español de 1822, y agregaba: que sin perjuicio de la acción por calumnia que a los empleados afectados corresponda; expresando también en la nota:

"Como se ve—dice Pacheco,—los motivos que han dirigido a la ley, ora consisten en la inmensa dificultad para que se defiendan contra el propósito de estos delitos las inocentes personas que van a ser defraudadas, ora en las razones de moralidad pública, tan patentes en el último caso."

195. La represión.—La pena señalada en el Código para todos los casos del artículo, esto es, para las previsiones de los diez incisos, es la misma del artículo anterior que contiene la disposición general.

Los jueces tienen, así, el amplio margen de un mes a seis años de prisión para manejarse.

De acuerdo con mi tesis aceptada por la Cámara de Diputados, que ha mencionado ya la fe de erratas, en los casos del artículo cabe la condenación condicional. Esta puede producirse

(1) Enciclopedia jurídica española. Tomo XI, página 214.

cuando los tribunales en la sentencia definitiva condenen a dos años o menos.

Demuestra lo dicho la extraordinaria flexibilidad del instrumento que se ha entregado a los jueces. Estos no tienen, sin duda, un dominio pleno, ni la arbitrariedad, pero cuando para un mismo delito se puede condenar a un mes o a seis años, se puede suspender la aplicación de la pena o no, se puede crear un antecedente gravísimo para el reo o no darle al hecho ese alcance, los elementos con que se cuenta, permiten hacer buena justicia y acreditan la confianza depositada por el Congreso en el Poder Judicial de la República.

196. El artículo 174 y sus concordancias.—

Artículo 174

Sufrirá prisión de dos a seis años:

1.º El que para procurarse a sí mismo o procurar de otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada o una nave asegurada o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa;

2.º El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

3.º El que defraudare usando de pesas o medidas falsas;

4.º El empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado;

5.º El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.

En los casos de los dos números precedentes, el culpable, si fuere empleado público, sufrirá además inhabilitación especial perpetua.

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código italiano, artículo 414.—Holandés, 328.—Húngaro, 382.—Alemán, 265.—Ley número 4189, 23, inciso 15.—Proyecto de 1891, 209, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 189, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Código italiano, artículo 415.—Francés, 406.—Húngaro, 385.—Belga, 493.—Español, 553.—Código de 1886, 205.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 5.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 331.—Proyecto de 1891, 209, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 189, inciso 2.º.

Inciso 3.º—Código italiano, artículo 294.—Francés, 423.—Español, 548, inciso 3.º—Chileno, 469.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 2.º, inciso 4.º—Código de 1886, 203, inciso 4.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 328, inciso 4.º—Proyecto de 1891, 209, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 189, inciso 3.º.

Inciso 4.º—Código Holandés, artículo 331.—Proyecto de 1891, 209, inciso 4.º—Proyecto de 1906, 189, inciso 4.º.

Inciso 5.º—Código holandés, artículo 332.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 8.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 332.—Código de 1886, 272.—Proyecto de 1891, 209, inciso 5.º—Proyecto de 1906, 189, inciso 5.º.

197. Nuevos casos especiales de defraudación.—Los casos comprendidos en los cinco incisos del presente artículo son también especiales de defraudación, como los del precepto anterior.

La pena para estos es mayor, desde que el *mínimum* es el de dos años de prisión, aun cuando el *máximum* es el de seis, o sea el mismo señalado para los que comprende el artículo anterior.

Examinaré esos incisos por separado.

198. Provecho ilegal.—El inciso 1.º del artículo fué incluido en el proyecto de 1891, se incorporó al Código de 1886 por medio de la ley de reformas y pasó después al proyecto de 1906, de donde se tomó por la ley vigente.

En la exposición de motivos del proyecto de 1891, se decía:

“El número 1.º incluye un caso que tomamos de algunos códigos extranjeros, no previsto en el Código Penal; el del que.

“ para procurar a sí mismo o a otro un provecho ilegal en perjuicio de un asegurador o de un dador de préstamo a la gruesa, incendiare o destruyere una cosa asegurada, o una nave asegurada, o cuya carga o flete estén asegurados o sobre la cual se haya efectuado un préstamo a la gruesa.”

El inciso prevé un caso de frecuente consumación. Una persona que tiene una casa de negocio o mercaderías, o casa-habitación, las asegura y trata de obtener una póliza elevada, exagerando el valor de sus bienes.

Cuando el asegurado procede de buena fe y lo único que desea es cubrirse contra el riesgo de una catástrofe, la que no desea porque ella le interrumpe las operaciones de su comercio, trata de asegurárselas en su justo precio, o en menos del valor, para pagar lo que corresponda al beneficio al cual se acoge.

Pero, cuando el propósito es el de defraudar, los bienes se abultan, a fin de cobrar más en el momento oportuno, y se busca el concurso de los agentes aseguradores que tienen interés en aumentar su propia ganancia, verificando operaciones de monto crecido.

Pero, ya sea que el seguro se haga de buena o mala fe, como las mercaderías de las casas de comercio no se mantienen siempre, pues en el giro de los negocios aumentan o disminuyen, puede haber un momento en que convenga al comerciante de mala fe el incendio de su negocio, porque el valor de lo que tiene dentro del mismo es inferior al importe del seguro que le deberá ser abonado en caso de siniestro.

En esos casos, el incendio se provoca, las mercaderías se destruyen junto con los libros donde está el balance, y se cobra el importe de la póliza, defraudándose a la compañía.

El delito se realiza con cierta frecuencia y la comprobación del mismo es sumamente difícil.

El Código se refiere: 1.º A toda cosa asegurada; 2.º A nave asegurada; 3.º A carga o flete asegurado; y 4.º A nave o carga sobre las cuales se hubiera hecho un préstamo a la gruesa.

Se requiere que el agente se procure a sí mismo o procure a otro un provecho ilegal, en perjuicio de un asegurador o un dador de préstamo a la gruesa.

El agente puede incendiar o destruir, expresándolo así concretamente el inciso.

El incendio o destrucción no son aquí la finalidad, sino el medio para cometer la defraudación de que se vale el delincuente.

González Roura (1), se pregunta si se necesita para que se considere ejecutado el delito, que el culpable consiga o no su objeto, y se pronuncia por la solución afirmativa.

Recuerda, en primer lugar, las concordancias del artículo puestas al pie del correspondiente precepto del proyecto de 1891, de donde resulta que fué tomado de los códigos italiano, holandés, húngaro y alemán.

El código italiano reprime el hecho en el artículo 414 con diferentes penas, según que el culpable haya o no conseguido su objeto; el código húngaro exige el daño al asegurador o al prestamista; y los códigos holandés y alemán no solucionan el punto.

Para aceptar la opinión del doctor González Roura, debe tenerse presente que el incendio en sí es ya un delito, y que, por ese solo hecho, el que aseguró las cosas incendiadas se convierte en acreedor del asegurador, contra el cual tiene una acción inmediata. El perjuicio para el obligado existe y la consumación se ha verificado, aun cuando el cobro material no se haya producido.

*

* *

199. Necesidades, pasiones o inexperiencia de un incapaz.—

La presente disposición se encuentra en los antecedentes nacionales.

En el proyecto del doctor Tejedor se encontraba consignada en un artículo especial que decía así:

“ El que abuse de las necesidades, debilidades o pasiones de un menor, para privarle de los bienes muebles de que pueda disponer, o hacerle firmar documento de pago bajo cualquier forma que se hiciera o disfrazase esta negociación, será castigado con un año de prisión y multa en favor del menor, del uno al diez por ciento de los bienes vendidos, o de la cantidad del pagaré u obligación otorgada.”

La nota respectiva, expresaba:

“ Si los engaños cometidos con las personas mayores de edad

(1) Tomo III, página 229.

—dice Pacheco—son punibles, mucho más deben serlo, sin duda, los cometidos con los menores. La inexperiencia y debilidad de éstos obliga más aún a tomar medidas en su favor y contra los que pueden perjudicarlos. En el orden civil, esas medidas se resumen en la restitución *in integrum*; en el orden criminal las indica el artículo presente. Hay, empero, una diferencia capital entre lo uno y lo otro. El caso de la restitución existe siempre que, por su culpa o la de su tutor o curador recibiese el menor algún perjuicio, aunque no le haya *engañado* nadie; este, de que aquí tratamos, no procede sino cuando se *abusa* de la inexperiencia o pasiones del menor mismo, para hacerle contraer la obligación de que se trata. El remedio civil es, pues, más lato, y no podía menos de serlo, que el recurso criminal: las condiciones para éste, son más estrechas y dificultosas. Por lo demás, la ley ha usado aquí de los términos generales que eran necesarios, y que caracterizaban la índole de este delito. Su naturaleza está en la impericia y deseos de los menores; sus formas pueden ser muy diversas, y a todas ellas alcanzará el castigo señalado. Parécenos innecesario añadir que no se comprenden en esta disposición los mayores de veinte años que son comerciantes con arreglo al artículo 4.º del Código Mercantil. Para éstos no puede haber tal privilegio.”

Para que exista el delito especial del inciso, se requiere: 1.º Que la víctima sea un menor o un incapaz, declarado o no declarado tal; 2.º Que se le haga firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico; 3.º Que ese efecto jurídico sea en daño del incapaz o de otro, aun cuando el acto sea civilmente nulo; y 4.º Que se abuse de las necesidades, pasiones o inexperiencia del incapaz.

El Código habla de menor o incapaz, pero debe tenerse en cuenta que el menor es un incapaz según las disposiciones del Código Civil. El delito deriva del hecho de aprovecharse de la incapacidad de la víctima. Se requiere, por tanto, que el agente no haya obrado de buena fe, y no se necesita que el incapaz haya sido declarado tal por los tribunales.

De manera que, si una persona contrata con un demente y lo hace suscribir una obligación, pensando que está en su sano juicio, no comete delito, y sólo habría una acción civil a los efectos de la nulidad del acto. En cambio, aun cuando el demente no haya

sido declarado, si el agente para realizar el hecho abusa de su situación, la defraudación concurre.

Basta para que el delito se consuma con que el documento se firme. Así lo dice la disposición de la ley.

El inciso expresa que el documento debe importar cualquier efecto jurídico en daño de él, esto es, del incapaz, o de otro. Se entiende, desde que se trata de un delito contra la propiedad, que el daño debe ser de carácter patrimonial.

No importa que el documento sea civilmente nulo. El delito se consuma por el solo hecho de hacerlo firmar.

Podría decir, en general, que todos los actos de carácter civil que emergen de delitos son, bajo el punto de las obligaciones o de los derechos que consagran, totalmente nulos, lo que no implica que el delito exista, aun cuando los efectos jurídicos patrimoniales no puedan producirse.

Es exacto que, en algunos casos, el daño se ha consumado efectivamente, desde que el apoderamiento, el consumo, la destrucción o la transformación de la cosa han tenido lugar, pero no lo es menos que en otros, la restitución es posible y el delito se considera ejecutado.

La nulidad del documento y la falta de efectos derivados del mismo no debe ser un óbice para que el Código, como lo ha hecho, establezca que el delito se ha ejecutado al aprovecharse de la incapacidad del agente para la celebración del acto.

200. Pesas o medidas falsas.—La defraudación por medio del uso de pesas o medidas falsas ha sido considerada también especialmente en los antecedentes nacionales. En el proyecto del doctor Tejedor se consignaba el precepto y la nota correspondiente citaba como concordantes al Digesto y las Partidas. En esta última legislación el delito se consideraba de falsedad, aunque no tan grande como las otras, y se castigaba con daño doblado, destierro temporal en isla y rompimiento de las pesas o medidas públicamente ante las puertas de los que usaban comprar o vender con ellas.

El uso de pesas o medidas falsas, más bien el hecho de en-

contrarse en casa de un comerciante balanzas que estén mal contrastadas, pesas que tengan un peso real menor al que indican, o medidas de capacidad inferior a la declarada, da lugar a que se castigue al sujeto con las sanciones que determinan las ordenanzas respectivas. En esta materia hay una acción municipal que vela por la exactitud de las pesas y medidas.

Ahora, cuando empleando esos medios se defrauda, se incurre en un delito.

En el caso del inciso, concurre el engaño de que me he ocupado al estudiar la disposición general.

201. Determinados actos fraudulentos.—La disposición ha sido tomada de los proyectos de 1891 y 1906, siendo nueva en nuestra ley represiva.

Los agentes del delito sólo pueden ser en el caso del inciso: 1.º Los empresarios de una obra cualquiera; 2.º Los constructores de la misma; y 3.º Los vendedores de materiales de construcción.

Los hechos que pueden cometer esos agentes están constituidos por un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado.

Ese acto se puede realizar en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, fundando el inciso, dice:

“ Hemos creído conveniente prever, como lo hace el código holandés, el caso del empresario o constructor de una obra cualquiera, o del vendedor de materiales de construcción que cometiére en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado. Es esta última circunstancia la causal de la agravación, sin la cual el caso quedaría comprendido en la disposición respectiva del artículo anterior.”

Se castiga, así, un fraude capaz de poner en peligro personas o intereses. Se consumará el delito con el uso o la provisión de materiales inferiores a los debidos, los que, al comprometer la seguridad del edificio, amenazaran la vida o los bienes.

202. Perjuicio de la administración pública.—El presente inciso tiene antecedentes en la legislación nacional, habiéndose anotado en las concordancias los preceptos correspondientes del código de 1886 y los proyectos de 1891 y 1906.

El artículo semejante del proyecto del doctor Tejedor es más reducido que el vigente, pues dice:

“ Los que soliciten dádivas o promesas para no tomar parte en una subasta pública, o fingidamente se presenten como postores para perjudicar al fisco, a los establecimientos públicos, o a los verdaderos licitadores, sufrirán arresto de tres meses, y multa del medio al uno por ciento sobre el valor de la cosa subastada.”

El código de 1886 repitió el precepto, cambiándose una parte de la redacción sin alterar el concepto, por medio de la ley número 4189, que le quitó el carácter de artículo independiente y lo colocó como inciso del 203, donde se consignaban los casos especiales de defraudación.

El proyecto de 1891 trajo la disposición en los términos que tiene, y la exposición de motivos la fundamentó, diciendo:

“ El último inciso del artículo 209 se refiere al fraude cometido en perjuicio de una administración pública. No admitiendo la división de delitos en públicos y privados, ni la agrupación particular de delitos peculiares a empleados públicos, por la razón que hemos dado oportunamente, o sea porque todo delito afecta directa o indirectamente a la sociedad, y, por consiguiente, todos son delitos públicos, la clasificación del proyecto toma en cuenta la naturaleza del derecho lesionado y no la calidad de la víctima. Hemos, pues, extendido la disposición del artículo 272 del Código Penal, particular para el caso del empleado que defraude a la administración, a cualquiera que la defraudare, sólo que para este caso y para el anterior, como lo proyectamos para todos aquellos en que medie abuso de las funciones de un empleo público, a la pena principal se agrega la de inhabilitación.”

203. El artículo 175 y sus concordancias.—

Artículo 175

Será reprimido con multa de quinientos a dos mil pesos:

1.º El que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil;

2.º El que se apropiare una cosa ajena, en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito;

3.º El que vendiere la prenda sobre que prestó dinero o se la apropiare o dispusiere de ella, sin las formalidades legales;

4.º El acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco.

CONCORDANCIAS.—Inciso 1.º—Código italiano, artículo 420.—Húngaro, 365 y 366.—Belga, 508.—Español, 530.—Código de 1886, 203, inciso 9.º—Proyecto de 1891, 212, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 191, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Código italiano, artículo 420, inciso 3.º—Húngaro, 367.—Proyecto de 1891, 212, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 191, inciso 2.º.

Inciso 3.º—Código de 1886, artículo 207.—Proyecto de 1891, 42, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 191, inciso 3.º—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 4.º, artículo 7.º.

Inciso 4.º—Proyecto de 1906 adicionado por el diputado Rodolfo Moreno (hijo), artículo 191, inciso 4.º.

204. Fundamentos dados en el proyecto de 1891.—Salvo la disposición del inciso 4.º, los otros tres incisos repiten preceptos contenidos en los proyectos de 1891 y 1906.

Sobre el artículo en general, la exposición de motivos del primero de esos proyectos dice:

“ En el artículo 212 comprendemos: 1.º El caso del artículo 203, inciso 9.º del Código Penal, que sólo se refiere al que se negare a restituir la cosa ajena que hubiere encontrado perdida, extendiéndola el proyecto al caso del hallazgo de un tesoro sin observarse las prescripciones del Código Civil; 2.º La apropiación de la cosa ajena en cuya tenencia se hubiere entrado a consecuencia de un error o de un accidente fortuito, caso no previsto en el Código; y 3.º La disposición del artículo 207 “vigente.”

205. Apropiación de cosa perdida o tesoro.—El inciso se refiere a dos cuestiones distintas: la apropiación de una cosa perdida que no pertenezca al agente; y la de un tesoro en la parte no perteneciente al descubridor.

Empezaré por ocuparme de la primera parte de la disposición. Para que concurra el delito se requiere: 1.º Encuentro de una cosa perdida que no pertenezca al agente; 2.º Apropiación de la cosa.

Si la cosa que se encontrase no tuviese dueño, fuera una *res nullius*, el agente, al apoderarse de ella, habría ejecutado un acto lícito; y si la cosa tuviere dueño y, por tanto, fuere ajena, habría incurrido en el delito de hurto.

El apoderamiento de la cosa que se encuentra perdida es un hecho corriente y, precisamente, por la circunstancia del extravío, la represión es difícil por falta de elementos de prueba.

Pero si ésta se produce, la pena del precepto debe aplicarse al reo. La comprobación no se realiza generalmente por silencio del que tiene la cosa e ignorancia de quien la extravió.

No debe olvidarse que quien encontrare una cosa perdida, según lo establece el artículo 2531 del Código Civil, no tiene la obligación de tomarla, pero si lo hace queda convertido en depositario de la misma.

El mismo código trae las siguientes reglas:

Si el que halla la cosa conoce o hubiese podido conocer quién era el dueño, debe inmediatamente darle noticia de ella; y si no lo hiciere no tiene derecho a ninguna recompensa, aunque hubiese

sido ofrecida por el propietario, ni a ninguna compensación por su trabajo, ni por los costos que hubiese hecho.

El que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho a ser pagado de los gastos hechos en ella; y a una recompensa, por el hallazgo. El propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo cediéndola al que la halló.

Si el que hallare la cosa no supiese quién era el dueño, debe entregarla al juez más inmediato, o a la policía del lugar, los que deberán poner avisos de treinta en treinta días.

Si en el término de seis meses, desde el último aviso, no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta, y deduciéndose del producto los gastos de la aprehensión, de la conservación, y la recompensa debida al que la hubiese hallado, el remanente corresponde a la municipalidad del lugar en que se halló la cosa.

Si apareciese el dueño antes de subastada la especie, le será restituida pagando los gastos, y lo que a título de recompensa adjudicare el juez al que halló la cosa. Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el juez regulase y la recompensa ofrecida.

Subastada la cosa, queda irrevocablemente perdida para el dueño si no prefiere pagar todos los gastos y el importe del remate, si hubiese sido ya pagado.

La propiedad de los tesoros se encuentra establecida en el Código Civil.

Se entiende por tesoro, según el artículo 2551, todo objeto que no tiene dueño conocido y que está oculto o enterrado en un inmueble, sea de creación antigua o reciente, con excepción de los objetos que se encuentren en los sepulcros o en los lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos.

El que hallare un tesoro ocultado o enterrado en casa o fundo propio, adquiere el dominio de él. (Artículo 2550).

El Código Civil contiene las reglas respecto a tesoros en los artículos 2552 a 2566, que dicen:

“ Es prohibido buscar tesoros en predios ajenos, sin licencia del dueño, o del que lo represente, aunque los posea como simple tenedor; pero el que fuere coposeedor del predio, o poseedor imperfecto, puede buscarlos, con tal que el predio sea restituído al estado en que se hallaba.

“ Si alguno dijere que tiene un tesoro en predio ajeno, y quisiera buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra y garantizando la indemnización de todo daño al propietario.

“ Repútase descubridor del tesoro al primero que lo haga visible, aunque sea en parte, y aunque no tome posesión de él ni reconozca que es un tesoro, y aunque haya otros que trabajen con él.

“ Si en el mismo lugar, o inmediato a él, hubiese otro tesoro, el descubridor será el que primero lo hiciere visible.

“ El que halle un tesoro en predio ajeno es dueño de la mitad de él. La otra mitad corresponde al propietario del predio.

“ Si sólo es coposeedor, hará suyo por mitad el tesoro que hallare, y la otra mitad se dividirá entre todos los coposeedores, según su porción en la posesión.

“ Si es poseedor imperfecto, como usufructuario, usuario, con derecho real de habitación o acreedor anticresista, la mitad corresponderá al que hallare el tesoro y la otra mitad al propietario.

“ Si un tercero que no es poseedor imperfecto halla el tesoro, le corresponderá la mitad, y la otra mitad al propietario.

“ El tesoro encontrado por el marido o la mujer, en predio de uno o de otro, o la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio del marido o de la mujer, corresponde a ambos como ganancial.

“ El derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente. Tampoco puede ser invocado por el obrero al cual el propietario del predio le hubiese encargado hacer excavaciones buscando un tesoro, ni por otros que lo hicieren sin autorización del propietario. En estos casos el tesoro hallado pertenece a este último.

“ El obrero, que trabajando en un fundo ajeno encontrare un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere anunciado la posibilidad de hallar un tesoro.

“ Tiene también derecho a la mitad del tesoro hallado el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro.

“ Se puede justificar la propiedad del tesoro hallado por el que se dice dueño, por testigos, presunciones, o por cualquier otro género de prueba.

“ Se presume que los objetos de reciente origen pertenecen al dueño del lugar donde se encontraren, si él hubiese fallecido en la casa que hacía parte del predio.

“ El tesoro hallado en un inmueble hipotecado, o dado en anticresis, no está comprendido en la hipoteca, ni en el anticresis.”

De manera que el descubridor de un tesoro debe observar las disposiciones del Código Civil, que le atribuyen la mitad del mismo, pero que establecen la propiedad de la otra mitad para el dueño del inmueble. Si no procede así y se lo apropia, defrauda al propietario y le corresponde la penalidad del artículo.

*

* *

206. Apropiación de cosa ajena en cuya tenencia se encuentra el agente.—No es preciso recordar una vez más que si el agente se apodera de cosa ajena, incurre en el delito de hurto o de robo, según las formas que emplee para la comisión.

En cambio, cuando tiene la cosa en su poder y se apropia de ella, no media el apoderamiento característico de los otros atentados, pero sí el ataque al patrimonio ajeno.

El que entra en poder de una cosa legítimamente y la incorpora en esa forma a su patrimonio, no debe cuentas a nadie respecto a la misma. Cuando entra en posesión en virtud de un contrato, pero reconociendo que la cosa pertenece a otra persona, sus derechos, como sus obligaciones, se rigen por el convenio hecho.

Pero el caso del inciso no se refiere a ninguna sanción para cuestiones civiles. Se trata del que se apropie de una cosa que ha llegado a su poder por error o en virtud de un caso fortuito. Tales circunstancias concurrirían cuando a una persona por equivocación se le mandasen a su casa mercaderías que iban consignadas a otro, o cuando al agente le fuese entregado un equipaje ajeno, entendiéndose que era el propio.

*

* *

207. Venta o apropiación de prenda.—La prenda es un contrato de préstamo real, regido por el Código Civil. Se constituye cuando el deudor por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda. (Artículo 3204).

El deudor debe dar al acreedor la posesión real, de manera que éste entrará en la tenencia material de la cosa.

El acreedor no puede usar la cosa (artículo 3226) sin permiso del deudor, y no puede venderla directamente, sino solicitar la venta en subasta pública con citación del deudor (artículo 3224), a fin de cobrarse el crédito, los intereses y los gastos y entregar el remanente al deudor.

La disposición del inciso tiende a la afirmación de los preceptos del Código Civil, castigando al acreedor que vendiera, dispusiera o se apoderase de la prenda sin los requisitos legales.

El proyecto del doctor Tejedor castigaba al que estafase a los particulares vendiendo la prenda sobre la cual prestó dinero, o apropiándose la o disponiendo de ella, sin previa tasación judicial y remate público.

La nota dice que la prenda es un contrato cuyos efectos y condiciones prevén la ley civil y comercial. El artículo castiga la infracción de las condiciones fijadas por esas leyes.

Pienso con Jofré (1) que la disposición no se dirige al caso de prenda agraria, regido por una ley especial, la que, no obstante eso, se encuentra en su aplicación sujeta a lo establecido en el Código Penal. (Artículo 4.º).

La prenda agraria no entra en esta disposición, que supone la aprobación o disposición por parte del acreedor y no del deudor, como ocurriría en aquélla.

La ley de prenda agraria N.º 9644 preceptúa en el artículo 5.º que el deudor conservará la posesión de la cosa materia de la prenda agraria en nombre del acreedor. Sus deberes y responsabilidades civiles serán las del depositario regular, y las penas las que más adelante se establecen.

(1) El Código Penal de 1922, páginas 233 y 264.

En las disposiciones penales, se dice:

“ El deudor que abandona las cosas afectadas a la prenda agraria con daño del acreedor y sin perjuicio de las responsabilidades que en tales casos incumben al depositario, de acuerdo a las leyes comunes, incurrirá en la pena de dos meses de arresto hasta tres años de prisión, según la importancia del daño.

“ El deudor que disponga de las cosas empeñadas como si no reconocieran gravamen, o que constituya prenda sobre bienes ajenos como propios, o sobre éstos como libres estando gravados, incurrirá en pena de prisión desde uno a tres años si el perjuicio no excediese de 10.000 pesos; pasando de esta suma, de tres a seis años de penitenciaría. Si el daño fuere inferior a 500 pesos, se aplicará la pena de acuerdo a la graduación del artículo anterior.

“ Quedan derogadas las disposiciones del Código Civil sobre la prenda común que se opongan a las disposiciones especiales de esta ley.

“ Las disposiciones de esta ley, hasta el artículo 24 inclusive, quedan incorporadas al Código de Comercio, y las restantes al Código Penal.” (Artículos 25 a 28).

*

* *

208. Exigencia o aceptación de cheque o giro con fecha posterior o en blanco.—El último inciso del presente artículo no figuraba en los proyectos anteriores ni en el código de 1886.

Fué colocado por mí en el proyecto que presenté en 1916 a la Cámara de Diputados y apoyado en los fundamentos con que lo acompañé al cuerpo de que formaba parte.

Dije en esa oportunidad, y con referencia a este asunto:

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

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

“ Se agrega en virtud del mismo un nuevo inciso, el núme-

“ ro 15, al artículo 203 del Código Penal, en el cual se establece que quedan comprendidos en sus disposiciones los que dieren en pago cheques sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto, siempre que dentro de las 24 horas del protesto no abonaren su importe.

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

“ Fué debido a esos resultados que el mismo autor de la ley, señor del Valle, presentó a la Cámara, con fecha 20 de agosto de 1913, un proyecto nuevo, que se encuentra en la página 952 del tomo 2.º del Diario de Sesiones de aquel año. El proyecto comprendía todas las previsiones, y fué fundado de manera erudita por su autor.

“ Aprovecho esas previsiones para incorporarlas al Código, completándolo bajo todos sus aspectos.

“ El artículo 2.º del proyecto del Valle, ya que el 1.º es innecesario, dado lo establecido por el proyecto de 1906 en materia de defraudaciones, lo agrego en un capítulo final del título de los delitos contra la fe pública. Modificó lo de notificación, requiriendo el protesto, pues la primera podría ser difícil cuando el deudor se ocultare, prestándose a múltiples abusos por parte de éste. Lo relaciono, además, con lo establecido en el título sobre defraudaciones.

“ El artículo 3.º del citado proyecto del Valle lo incorporo al 191 del proyecto de 1906, donde entiendo tiene su verdadera colocación.

“ Los fundamentos del mismo los ha dado el diputado autor en los términos siguientes:

“ El artículo 3.º tiende a prevenir los abusos que al amparo de las penalidades de la ley venían cometiendo los que se dedican al comercio indigno de la usura.

“ Al prestar dinero a sus apurados clientes, en vez de un documento de reconocimiento de la deuda, exigían el cheque, porque así adquirirían un instrumento de doble eficacia contra su deudor: la acción ejecutiva y la extorsión que producía el

“ proceso criminal, desde que había firmado un cheque sabiendo que no tenía provisión de fondos.”

“ He colocado para ese caso la pena de multa y no la de prisión, dada la naturaleza del delito, la gente que lo comete y el propósito de la penalidad.”

Además, la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, dijo:

“ Como es sabido, era frecuente que los prestamistas se hicieran firmar cheques con fecha en blanco o con fecha posterior a aquélla en que verificaban el préstamo a los efectos de que, si no fueran pagados de la deuda contraída, pudieran usar el cheque como un arma, denunciando al firmante como expedidor de un documento doloso. La comisión, de acuerdo con las conclusiones del proyecto del señor diputado del Valle, ha establecido que es delito el cometido por el acreedor que a sabiendas exige o acepta de su deudor a título de documento de crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco. De esa manera queda perfectamente llenada la previsión que se tuvo en cuenta. El precepto es sano y tiende a combatir las maniobras dolosas de la usura, que, amparada por la ley, había restablecido la prisión por deudas.”

Los fundamentos transcriptos explican el alcance de la disposición,

El doctor Padró (1), dice al respecto:

“ A raíz de la primera legislación sobre cheques, tendiente a reprimir la libranza de estos instrumentos de pago cuando no se hubiese proveído de fondos al girado, discípulos de Shylock encontraron el medio de aplicar el torniquete a sus víctimas cuando no cumpliesen religiosamente la obligación contraída de solventar los intereses usurarios que ellos imponían. Exigían la suscripción de un cheque, ya en blanco, ya consignando la fecha del día en que debía hacerse efectiva la devolución del préstamo, y, como muchos ni siquiera tenían cuenta corriente en el Banco contra el cual se les hacía girar, de hecho se entregaban maniatados al acreedor, quien al igual que en el primitivo derecho romano, cuando el deudor caía en esclavitud y era vendido del otro lado del Tíber, pretendía

“ hacerlos declarar delincuentes para arrojarlos en una cárcel, después que la amenaza había girado en todos los tonos. Sin embargo, como la ley no era lo suficientemente explícita, los efectos fulmíneos que se le atribuyeran resultaron inocuos, según así lo estableció la jurisprudencia. En cambio, ahora, con la disposición clara y terminante del artículo 302 de este código, no habrá excusas para quien suscriba un cheque; por eso mismo se imponía que esta ley previera y reprimiese la especulación dolosa de los usureros, que acorralarían a sus víctimas con éxito seguro, a no mediar la sanción que contra ellos ha establecido el legislador en este artículo.”

*
* *
*

209. Penalidades.—Los delitos de defraudación comprendidos en el artículo 175, son de menor gravedad que los incriminados en las disposiciones anteriores.

Se explica, por eso, que la pena consignada sea la de multa, que se ha graduado entre quinientos y dos mil pesos.

(1) Nuevo Código Penal argentino, página 153.

XI

Quebrados y otros deudores punibles

210. LA LEGISLACIÓN SOBRE BANCARROTAS.—211. LA MATERIA EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LAS OTRAS LEYES.—212. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—213. PROYECTO VILLEGAS, UGARBEZA Y GARCÍA.—214. CÓDIGO DE 1886.—215. PROYECTOS POSTERIORES.—216. EL ARTÍCULO 176 Y SUS CONCORDANCIAS.—217. LA QUIEBRA, SU DECLARACIÓN Y SUS EFECTOS.—218. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.—219. ELEMENTOS DEL DELITO DE QUIEBRA FRAUDULENTE.—220. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1906.—221. SIMULACIÓN O SUPOSICIÓN DE DEUDAS, ENAJENACIONES, GASTOS O PÉRDIDAS.—222. NO JUSTIFICAR LA SALIDA O EXISTENCIA DE BIENES QUE DEBIERA TENER.—223. CONCEDER VENTAJAS INDEBIDAS A CUALQUIER ACREEDOR.—224. CONCURRENCIA DEL PERJUICIO.—225. EL ARTÍCULO 177 Y SUS CONCORDANCIAS.—226. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN.—227. EL ARTÍCULO 178 Y SUS CONCORDANCIAS.—228. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN.—229. CONTENIDO DEL PRECEPTO.—230. FUNDAMENTOS DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.—231. EL ARTÍCULO 179 Y SUS CONCORDANCIAS.—232. PERSONAS CONCURSADAS CIVILMENTE.—233. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1891.—234. EL ARTÍCULO 180 Y SUS CONCORDANCIAS.—235. ORIGEN Y ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN.—236. CONCORDATO EN LOS CASOS DE QUIEBRA Y DE CONCURSO CIVIL.—237. LA DISPOSICIÓN RESPECTO A SOCIEDADES.

*

* *

210. La legislación sobre bancarrotas.—El Código de Comercio legisla sobre la quiebra y el Código Penal sobre quebrados y

otros deudores punibles. La materia de las dos leyes se relaciona estrechamente, pero las finalidades perseguidas en las dos jurisdicciones son diferentes. En el orden comercial se tiende a solucionar la situación de los acreedores frente al deudor quebrado, mientras que en el penal se trata de castigarlo cuando hubiere mérito para ello.

La Constitución, en el inciso 11 del artículo 67, después de decir que corresponde al Congreso dictar los códigos, expresa que ese mismo poder dictará leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y ciudadanía, con sujeción al principio de la ciudadanía natural, así como sobre bancarrotas.

La ley fundamental emplea el término *bancarrotas* en plural, lo que significa a mi juicio que al Congreso corresponde dictar leyes sobre falencia comercial y civil. Pero, no obstante la prescripción constitucional, el Congreso sólo se ha ocupado de la quiebra mercantil dentro del Código de Comercio, y no ha legislado acerca de bancarrota civil. Los códigos de procedimientos, tanto el dictado por el Congreso como legislatura local, para la Capital y Territorios Nacionales, como los que rigen en las provincias, han incorporado títulos en que se legisla sobre concurso civil, o sea sobre bancarrota para las personas que no tengan la calidad de comerciantes.

Para salvar la omisión, que en mi manera de ver se ha cometido en esta materia, en la sesión que celebró la Cámara de Diputados con fecha 11 de septiembre de 1916, presenté un proyecto de ley sobre bancarrota civil, compuesto de ciento sesenta artículos y extensamente fundado.

Entre otras cosas, y sobre la necesidad de la iniciativa, dije:

“La Constitución, en el inciso 11 del artículo 67, establece que corresponde al Congreso dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, sin que los mismos alteren las jurisdicciones locales, y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y ciudadanía, sobre bancarrotas, falsificación de moneda y juicio por jurados.

“El precepto comprende una serie de cuestiones que no es mi ánimo afrontar, por cuanto el proyecto cuyos fundamentos redactó se refiere a uno solo de los puntos comprendidos en el inciso constitucional que acabo de mencionar. La ley fundamental de la Nación, como se ha visto, atribuye al Congreso la facultad de dictar una ley general sobre bancarrotas, usando

“el término en plural para que no haya duda de que se refiere a todas las clases de falencia. A pesar de ser terminante la imposición, la ley a que me refiero no se ha dictado, habiendo dominado en nuestras prácticas un criterio extraño al principio constitucional.

“El Congreso ha dictado los códigos, y cuando se ha ocupado del de Comercio ha reservado un libro para legislar sobre quiebras, es decir, sobre bancarrota comercial. Y no obstante ser esa materia ajena al Código y aun a las jurisdicciones locales, pues ellas solamente deben aplicar dichos códigos, los tribunales ordinarios de la Capital y de las provincias reciben y substancian las quiebras comerciales como asunto regido por la ley mercantil.

“Pero si el Congreso, en materia comercial, ha legislado sobre bancarrota y considerado el asunto como parte integrante del código respectivo, de bancarrotas civiles no se ha ocupado, abandonando una atribución que debe ejercitar, porque valiosos intereses comprometidos se lo reclaman.

“Las provincias, en vista de esa situación, han legislado sobre concursos civiles en los códigos de procedimientos para la materia civil y comercial, y el Congreso mismo, al sancionar como legislatura local y para la Capital de la República, la aplicación del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, que tiene un título destinado al concurso civil, ha parecido admitir que esa materia fuera de resorte local y no federal.

“El artículo de la Constitución, cuyo inciso he citado, es, sin embargo, categórico, y solamente por no haberse considerado puede haberse seguido en esta materia un procedimiento tan erróneo.

“La Constitución de los Estados Unidos, nuestro modelo en la mayor parte de las disposiciones que nos rigen, tiene diferencias con la nuestra en la presente cuestión.

“Así, en el inciso 4.º de la sección VIII, se establece que el Congreso tendrá facultad para establecer una regla uniforme de naturalización y leyes uniformes con respecto a bancarrota en todos los Estados Unidos. Los códigos deben dictarse por los Estados y aplicarse por sus respectivas jurisdicciones.

“En aquel país, donde la materia civil, penal, comercial y de minería es de orden local, se ha considerado, sin embargo,

“ indispensable dar al Congreso la facultad de legislar sobre bancarrota. Cooley, comentando el artículo, dice que el Congreso puede o no ejercitar la atribución, y que si no usa de la misma, los Estados pueden legislar sobre la materia; no obstante— agrega,—esas legislaciones deben ceder a las leyes uniformes que el Congreso dicte cuando lo considere oportuno. El Congreso tiene, según el mismo autor, facultades para extenderse a los casos de bancarrota voluntaria e involuntaria, pues aun cuando se ha discutido si sólo podría sujetar a los comerciantes y negociantes, se ha resuelto que puede hacer entrar a todas las personas dentro de su radio de acción.

“ El doctor González, en su “Manual de la Constitución”, reconoce lo que he expuesto y dice que el Congreso, aun cuando la Constitución separa los códigos de la ley de bancarrotas, puede legislar sobre esta última materia dentro del cuerpo del Código, según lo aconseja la respectiva ciencia jurídica.

“ El hecho es que, en materia comercial, se ha legislado sobre bancarrotas dentro del Código de Comercio y que en materia civil nada se ha hecho al respecto; habiendo las provincias usado en sus leyes de forma de una atribución que el Congreso abandona.

“ Me propongo salvar esta omisión con el proyecto que acompaño sobre concurso civil.”

* *

211. La materia en el Código Penal y en las otras leyes.—El Código Penal, teniendo en cuenta lo que resulta de la legislación comercial y procesal, se ha ocupado de quebrados, o sea de comerciantes en esa situación y de otros deudores punibles, esto es, de personas concursadas civilmente que hayan realizado determinados actos.

Quando se ocupa de quebrados, es preciso tener en cuenta la ley de fondo; cuando la cuestión se plantea con referencia a concursados civilmente, será preciso contemplar la de forma. Todo esto en cuanto sea procedente y con las reservas que haré en el curso de la exposición.

Como en esta materia hay antecedentes y matices que deben

tenerse en cuenta, me ocuparé en primer término de los precedentes nacionales y señalaré los rasgos característicos del delito y los detalles referentes a los casos cuando examine las disposiciones del Código.

*
* * /

212. Antecedentes del proyecto del doctor Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor se ocupa de los quebrados y otros deudores punibles. Castiga a los quebrados fraudulentos y a los culpables, pero no define en qué consiste cada uno de ellos. Cuando la quiebra no excede del veinticinco por ciento del capital, o no llega a mil pesos fuertes, las penas se reducen, tanto para el quebrado fraudulento como para el culpable.

Además, castiga como deudor punible: 1.º Al que niegue la deuda; 2.º Al que oculte o enajene maliciosamente sus bienes; 3.º Al que simule créditos en fraude de sus acreedores; 4.º A los deudores o fiadores que al tiempo de contraer sus respectivas obligaciones, presenten como bienes responsables los que no podían ser obligados, o callen u oculten sus gravámenes o hipotecas; 5.º A los que a sabiendas compren o encubran los bienes que enajene u oculte el deudor en fraude de sus acreedores.

El artículo 5.º del capítulo dice:

“ En las causas contra deudores punibles servirá de bastante sumario la calificación de la quiebra hecha conforme al Código de Comercio o la prueba sobre el fraude, ocultación o negativa temeraria, legalmente producida en juicio civil.

“ El deudor queda, por fin, exento de la pena si el acreedor lo releva de ella, o si prueba que ha faltado a su deber por caso fortuito.”

Como puede verse, la solución del Código Penal dependía de lo que se resolviese en la jurisdicción comercial donde el hecho originario debía calificarse.

La nota sobre el primer artículo decía:

“ Antiguamente, quiebra y fraude eran sinónimos, *decoctor*, *ergo fraudator*—decía Baldo en el siglo 15.—Por las Partidas, Ordenanzas de Bilbao y Leyes Recopiladas, el quebrado fraudulento era considerado y castigado como ladrón famoso con la pena de muerte. (L. 18, tít. 14, P. 7). La distinción de

“ culpa y fraude no era tampoco bien precisa. “ Siendo por su culpa, dolo o malicia—decían las Recopiladas,—hágase justicia conforme a derecho.” (L. 5, tít. 19, lib. 5, R. C.). El Código de Comercio, tratando de los comerciantes, se separó ya de estas exageraciones, y señaló contra la quiebra culpable prisión de un año a cinco, pudiendo también el mismo tribunal castigarla correccionalmente en caso de ser la culpa leve, con prisión de tres meses a un año. (Artículos 1593 y 1594). Las quiebras fraudulentas quedaron, sin embargo, bajo las disposiciones generales, que en la práctica estaban reducidas a la pena de presidio, agregando la inhabilitación de ejercer el comercio, con rehabilitación a los cinco años de buena conducta después de la condena. (Artículo 1720). Nosotros moderamos todavía estas penas. Nadie, al entrar en los negocios—dice Masse,—sabe por qué puerta saldrá, y la probidad, orden y prudencia más acrisolada no son suficiente garantía de una desgracia. Así, la incapacidad que resulte de la quiebra, no es ya absoluta sino relativa. La ley debe cuidar, ciertamente, de los intereses de los acreedores, pero esta solicitud tiene sus límites, y cuando ha tomado las precauciones convenientes para impedir que el quebrado, por su conducta o mala administración, agrave el perjuicio causado a sus acreedores, no debe ir más allá, a riesgo de ejercer una venganza inútil, o infligir un castigo inmerecido.”

La misma nota concluía refiriéndose a la legislación comparada.

* *

213. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, castigaba también al quebrado fraudulento y al culpable, reduciendo la penalidad para uno y otro cuando la pérdida ocasionada a los acreedores comunes no llegare al veinticinco por ciento.

Establecía también que, si antes de pronunciarse la sentencia, no se hubiese liquidado el concurso, se regularía prudencialmente la pérdida, tomando por base los antecedentes del caso.

El proyecto no traía un artículo especial respecto a la calificación de la quiebra por el juez de Comercio, ni hablaba de los concursados civiles, pero castigaba en el artículo 325 al insolvente

no dedicado al comercio que se alzase con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, o que se constituyese en insolvencia por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes. En el mismo artículo castigaba al que otorgase contratos simulados en perjuicio de sus acreedores.

Incriminaba, por fin, en el artículo 326: 1.º A los deudores y fiadores que al tiempo de contraer sus respectivas obligaciones presenten como bienes responsables los que no podían ser obligados, u oculten sus gravámenes hipotecarios; y 2.º A los que a sabiendas compren o encubran los bienes que enajene u oculte el deudor en fraude de sus acreedores.

El informe se limitaba a decir que en la parte referente a los delitos contra la propiedad se han introducido modificaciones de detalle cuyos fundamentos no se cree necesario explicar separadamente.

Tanto en el proyecto del doctor Tejedor como en este, se colocan en el capítulo sobre quebrados y otros deudores punibles, disposiciones que concretan casos de defraudación.

* *

214. Código de 1886.—El código de 1886 siguió en lo fundamental a los proyectos anteriores, pero redujo aún más las disposiciones acerca de la materia. El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García fué menos extenso que el del doctor Tejedor, y el código de 1886 acentuó todavía más la tendencia a la reducción.

El Código se limitó en el artículo 198 a castigar al quebrado fraudulento y al quebrado culpable, sin precisar qué significaba uno y otro, y sin contener referencias relativas a la ley comercial. En el artículo 199, y de acuerdo con los precedentes examinados, disminuye la pena cuando la pérdida ocasionada a los acreedores no llegare a veinticinco por ciento, y establece que, si antes de pronunciarse la sentencia no se hubiese liquidado el concurso, la pérdida se regulará prudencialmente.

No se legisla sobre concursados civiles, y no se ocupa tampoco el Código de los insolventes, pero comprende a los comerciantes y a los que no lo son en el artículo 200, que castiga:

1.º Al deudor que maliciosamente niegue la deuda; 2.º Al que se alce con sus bienes, los oculte, enajene maliciosamente o simule créditos en fraude de sus acreedores; y 3.º Al deudor y fiador que al contraer sus obligaciones presenten como bienes responsables los que no pueden ser gravados, u oculten o callen sus gravámenes.

Si las deudas no llegaren a quinientos pesos, la pena se disminuye fijándose en arresto de tres meses a un año.

215. **Proyectos posteriores.**—El proyecto de 1891 no verificó innovaciones de fondo, pero redactó mejor los preceptos; ordenó de manera más conveniente la materia, y no confundió los principios que fijan diferencias entre delito y delito.

Réprime, en primer lugar, y en el artículo 213, al quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial, se repute fraudulento; y en el artículo 314 al quebrado que, con arreglo a las disposiciones de la ley comercial, se repute culpable.

Se refiere especialmente a las sociedades anónimas, cooperativas o de personas jurídicas que ejerzan el comercio, y castiga en su caso a las personas responsables cuando se produjera una quiebra fraudulenta o culpable.

Se reprime también en los casos que contiene el artículo 216, al deudor no comerciante que cometiere determinados actos para defraudar a sus acreedores, y se contienen otras previsiones en los artículos 217 y 218, que serán examinadas al estudiarse los preceptos del Código en particular.

La exposición de motivos no comenta el capítulo en términos generales, sino que se refiere a las disposiciones nuevas que se introducen y cuya importancia se percibe fácilmente. Esas disposiciones se explican, relacionándolas con el código de 1886 y con leyes extranjeras.

El proyecto de 1906, reproducido por mí, sin modificaciones en esta parte al presentarlo en 1916 a la consideración de la Cámara de Diputados, no fué tocado en cuanto se refiere a quebrados y otros deudores punibles, ni por la comisión especial de diputados, ni por la de Códigos del Senado. De manera que las

disposiciones del capítulo respectivo de dicho proyecto se han incorporado al código vigente sin ninguna modificación. Al examinar la ley en vigor, estudiaré al mismo tiempo el proyecto mencionado.

216. El artículo 176 y sus concordancias.—

Artículo 176

Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

1.º Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

2.º No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; sustraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

3.º Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 537.—Húngaro, 414 y 415.—Belga, 489.—Alemán, 281.—Chileno, 463.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 3.º, artículo 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 323.—Código de 1886, 198.—Proyecto de 1891, 213.—Proyecto de 1906, 192.

217. **La quiebra, su declaración y sus efectos.**—El Código no habla de quiebra, sino de quebrados, y en el presente artículo de una clase especial de éstos, o sea de los fraudulentos.

La quiebra es un estado regido por la ley comercial, al que se puede llegar por muchas causas. La quiebra no es un delito, y el quebrado no es, en consecuencia, un delincuente, sino en ciertos casos: en aquellos en que haya cometido actos determinados que la ley establece.

La primera cuestión que se ha presentado, siempre que se ha estudiado esta materia, consiste en saber qué es quebrado ante la ley penal, y una vez fijado ese concepto se hace indispensable decir cuándo el quebrado es fraudulento y cuándo culpable, pues los casos que no se comprenden en una de esas dos calificaciones, nada tienen que hacer con la ley represiva.

El Código Penal ha invocado en esta materia, de acuerdo con el proyecto de 1906, a la declaración de quiebra, la que debe ser hecha por los tribunales de jurisdicción mercantil, de manera que, para penetrarse del alcance de los preceptos, será preciso recurrir a la ley comercial.

El artículo 176 empieza por decir que será reprimido como quebrado fraudulento el comerciante declarado en quiebra que en fraude de sus acreedores hubiere incurrido en alguno de los hechos que enumera en los tres incisos. De modo que se requiere establecer qué es quiebra, qué es declaración de tal y quién puede formularla.

La quiebra, según el artículo 1421 del Código de Comercio, tiene lugar cuando ha ocurrido la efectiva cesación de pagos de un comerciante.

El auto de quiebra se debe dictar por el juez de Comercio, según lo establece el mismo código de la materia en los artículos 1422, 1425 y 1430.

La no presentación del deudor—dice el artículo 1431—constituirá una presunción de fraude, y el juez, al declarar la quiebra, ordenará su arresto y lo someterá al Juzgado de Instrucción Criminal.

También importará—según el artículo 1465—presunción de fraude o culpa contra el deudor, el hecho de existir insuficiencia de activo para los gastos. En este caso se ordenará la clausura de los procedimientos de la quiebra y se pasarán los antecedentes al juez del Crimen que corresponda.

Si del informe de los interventores resultaren indicios de culpa o fraude, se mandará remitir un testimonio de la parte pertinente de aquel informe y los demás antecedentes justificativos del caso al juez competente. (Artículo 1513).

Los fallidos, culpables o fraudulentos, y sus cómplices, serán castigados—dice el artículo 1514—con arreglo a las disposiciones del Código Penal.

El mismo Código de Comercio dice cuándo se considerará a la quiebra como fraudulenta y cuándo como culpable.

Se reputará fraudulenta, dice el artículo 1516:

1.º Si se descubriese que el fallido ha supuesto gastos o pérdidas o no justificase la salida o existencia del activo de su último inventario, y del dinero o valores de cualquier género que hubiesen entrado posteriormente en su poder;

2.º Si ocultase en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, efectos u otra cualesquiera clase de bienes o derechos;

3.º Si hubiese contraído deudas ficticias, otorgado escrituras simuladas, o se hubiese constituido deudor sin causa, ya sea por escritura pública o privada;

4.º Si verificase enajenaciones simuladas de cualquiera clase que sea;

5.º Si hubiese consumido y aplicado para sus negocios propios, fondos o efectos que le hubiesen sido confiados en depósito, mandato o comisión, sin autorización del depositante, mandante o comitente;

6.º Si hubiese comprado bienes de cualquier clase en nombre de tercera persona;

7.º Si después de haberse hecho la declaración de quiebra, hubiese percibido y aplicado a usos personales, dinero, efectos, créditos de la masa, o por cualquier medio hubiese distraído de ésta algunas de sus pertenencias;

8.º Si no hubiese llevado los libros que indispensablemente debe tener todo comerciante, los hubiese ocultado o los presentase truncados o falsificados.

Serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta—agrega el artículo 1517:

1.º Los que se hubiesen confabulado con el fallido, haciendo aparecer créditos falsos, o alterando los verdaderos en cantidades o fechas;

2.º Los que de cualquier modo hubieren cooperado para la ocultación o sustracción de bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra;

3.º Los que ocultasen o rehusasen entregar al síndico, bienes, créditos o títulos que tengan del fallido;

4.º Los que después de publicada la presentación en quiebra, admitieren cesiones o endosos particulares del fallido;

5.º Los acreedores, aunque fueren legítimos, que hicieren concierto con el fallido en perjuicio de la masa;

7.º Los acreedores que interviniesen en cualquiera operación mercantil del fallido después de declarada la quiebra.

Para determinar la culpa—dice el artículo 1515—se tendrán presentes los hechos y circunstancias siguientes:

1.º Si el fallido ha sido declarado nuevamente en quiebra, sin haber cumplido las obligaciones de un concordato precedente. Estas obligaciones se entenderán cumplidas para este efecto, siempre que el fallido hubiese pagado dividendos que alcanzaren al sesenta y cinco por ciento de la deuda total;

2.º Si ha contraído por cuenta ajena, sin recibir valores equivalentes, compromisos que se juzguen demasiado considerables, con relación a la situación que tenía cuando los contrajo;

3.º Si no se ha presentado en el tiempo y en la forma establecida en esta ley;

4.º Si se ausentase o no compareciese durante el progreso del juicio;

5.º Si los gastos personales del fallido o de su casa, se considerasen excesivos, con relación a su capital y al número de personas de su familia;

6.º Si hubiese perdido sumas considerables al juego o en operaciones de agio o apuestas;

7.º Si con el propósito de retardar la quiebra, hubiese re- vendido a pérdida o por menos del precio corriente, efectos que hubiese comprado al fiado en los seis meses anteriores a la declaración de quiebra, y cuyo precio se hallase todavía debiendo;

8.º Si con el mismo propósito, hubiese recurrido en los seis meses anteriores a la presentación, a medios ruinosos de procurarse recursos.

9.º Si después de la presentación o cesación de sus pagos, hubiese pagado a algún acreedor, con perjuicio de los demás;

10. Si constase que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la presentación, hubo época en que el fallido estuvo en débito, por sus obligaciones directas de una cantidad doble del haber que le resultaba según el mismo inventario;

11. Si no hubiese llevado con regularidad sus libros en la forma determinada por este código;

12. Si no hubiese cumplido con la obligación de registrar las

capitulaciones matrimoniales u otras acciones especiales de propiedad de la mujer.

El juez tendrá presente en todos los casos—concluye el artículo 1520:

1.º La conducta del fallido en el cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 1384;

2.º El resultado de los balances que se formen de la situación mercantil del fallido;

3.º El estado en que se encuentran los libros de su giro;

4.º La relación que haya presentado el fallido sobre las causas de la quiebra y lo que resulte de los libros, documentos y papeles sobre el origen de aquélla;

5.º Los méritos que ofrezcan las investigaciones a que se refiere el art. 1398 y las pruebas que se produzcan en el término competente.

La lectura de las disposiciones transcriptas demuestra que el tribunal de Comercio declara la quiebra sin calificarla y manda los antecedentes a la justicia del Crimen cuando se presentan circunstancias que hacen presumir el fraude o la culpa.

El Código de Comercio enumera esas circunstancias, pero no lo hace para imponer una calificación sobre la cual no pueda volverse, sino para que esas reglas sirvan al juez de la jurisdicción mercantil, a los efectos de que mande o no los antecedentes al encargado de aplicar la ley represiva.

Pero con sólo estos antecedentes no se despejan todas las cuestiones.

218. Las cuestiones prejudiciales.—El Código Civil, en el artículo 1104, 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.ª Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; y 2.ª Las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Para penetrarse del alcance del precepto del Código Civil es necesario tener en cuenta el sistema que dominaba en la ley comercial anteriormente.

El Código Civil no habla de que la declaración de la quiebra sea una cuestión prejudicial, sino que se refiere a la calificación de la misma.

El Código Civil fué sancionado en 1869, y cuando se dictó ya teníamos un Código de Comercio. En el año 1856, cuando la provincia de Buenos Aires se encontraba separada de la Confederación, el Poder Ejecutivo de la misma, a cargo de don Valentín Alsina, designó a los doctores Dalmaçio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo a fin de que redactasen un proyecto de Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires. En 1857 se presentó el trabajo, el que fué sometido a la Legislatura, la cual lo sancionó en 1859.

Consolidada la unidad nacional, el Congreso, en cumplimiento de lo establecido por el inciso 11 del artículo 67 de la Constitución, declaró en septiembre de 1862, Código de Comercio de la Nación al Código de Comercio vigente en la provincia de Buenos Aires.

En ese código se establecía que la quiebra de los comerciantes debía calificarse, declarándose por el tribunal mercantil si era fraudulenta o culpable.

Esa declaración era, así, fundamental, y se explica que el autor del Código Civil, doctor Vélez Sársfield, que había sido antes coautor del Código de Comercio, diera en la ley redactada posteriormente plena autoridad al pronunciamiento del tribunal encargado de declarar la quiebra y estableciera que esa era una cuestión prejudicial.

Los jueces del Crimen debían, así, tener en cuenta para su procedimiento, la declaración del tribunal de Comercio.

Por eso, el proyecto del doctor Tejedor se refería expresamente a la resolución del juez de Comercio, como lo he hecho notar al examinar antecedentes.

Pero la reforma del año 1889 suprimió la calificación, afirmando el criterio que hoy perdura y según el cual el juez de Comercio pasa los antecedentes a la justicia del Crimen cuando median determinadas circunstancias para que ésta proceda.

La comisión de diputados que redactó las reformas, compuesta de los doctores Wenceslao Escalante, Estanislao S. Zeba-

ilos, Benjamín Basualdo y Ernesto Colombes, dijo expresamente en el informe que presentó a la Cámara en agosto de 1889, que la calificación de la quiebra no responde en esa legislación a ningún objeto práctico, ni produce efecto jurídico alguno, en cuya mira deba mantenerse.

Suprimida, por tanto, la calificación de la quiebra ante el juez de Comercio, el precepto del Código Civil, según el cual aquélla debía considerarse una cuestión prejudicial, quedó derogado, no existiendo ahora restricción para los tribunales de la jurisdicción criminal. Despejados esos puntos que se refieren a jurisdicciones, pasará a establecer los requisitos que deben reunirse para la existencia del delito.

219. Elementos del delito de quiebra fraudulenta.—El delito de quiebra fraudulenta requiere: 1.º Que se trate de un comerciante; 2.º Que el mismo haya sido declarado en quiebra; y 3.º Que en fraude de sus acreedores hubiere incurrido en alguno de los hechos consignados en los tres incisos del artículo 176 del Código Penal.

Desde el momento que la ley establece expresamente que el comerciante debe haber sido declarado en quiebra, y desde que esa declaración sólo corresponde ser hecha por el juez de Comercio, es indudable que dentro de nuestro sistema, para que se abra un proceso sobre quiebra fraudulenta, se necesita la declaración judicial de la quiebra, la que no se califica. Los tribunales del Crimen, por las razones que antes he dado, no se encuentran sujetos a ninguna cuestión prejudicial, y proceden en el asunto sin reserva alguna, después de la declaración.

Los fraudes que pudieran cometer los comerciantes no declarados en quiebra, caen bajo las sanciones del capítulo sobre estafas y defraudaciones, cuando los hechos den lugar a incriminaciones de ese tipo.

La declaración de la quiebra por el tribunal de Comercio no tiene el alcance de una decisión prejudicial que obligue a los tribunales del Crimen a condenar al comerciante afectado con aquélla.

El alcance de la cuestión prejudicial, según el artículo 1104 del Código Civil, es bien preciso, y cuando se presenta "no habrá

“condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil. “hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada.”

Se supone, así, que hay un juicio civil y otro criminal en trámite, y que en el segundo no podrá verificarse el pronunciamiento definitivo sin que se produzca antes el correspondiente al primero. Y dictada la sentencia civil, debe entenderse que tiene sobre el asunto criminal una influencia decisiva, dado lo que se establece en el artículo 1105 del código citado, donde se dice, refiriéndose al precepto anterior, que fuera de los casos anteriores o de otros no exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil no influirá sobre la del criminal.

Pero bajo el sistema actual, el juez del Crimen no tiene ni que esperar, ni que aceptar la influencia del fallo en otra jurisdicción. Lo único que ocurre es lo que la ley penal establece, al precisar en qué consiste el delito de quiebra fraudulenta, pues expresa que esa infracción sólo puede ser cometida por un comerciante declarado en quiebra. Es un delito peculiar a esa clase de personas, y cuando tiene lugar, la justicia del Crimen juzga sin ninguna clase de cortapisas.

El Código se refiere a los actos del comerciante declarado en quiebra, realizados en fraude de sus acreedores. Corresponde, por tanto, examinarlos, pero antes de hacerlo creo conveniente dar una breve idea de la situación del comerciante declarado en

Toda persona, cuando adquiere derechos o contrae obligaciones, crea vínculos jurídicos con otras. Si en el momento oportuno los compromisos no se cumplen, tiene, según el caso, un derecho a exigir, o la precisión de afrontar el reclamo que se le dirija. El contratante es sujeto activo o pasivo, según sea que requiera, o que contra él se dirijan.

Ordinariamente las acciones que se entablan contra la persona no restringen su capacidad ni modifican su situación general. Pero cuando se trata de un comerciante que ha cesado en sus pagos, la ley ha creado el estado de quiebra. Cuando ésta se produce, se forma un juicio universal, la masa o sea el conjunto de los bienes se entrega a los liquidadores, y con la intervención de los acreedores los bienes del deudor se distribuyen. La intervención de éste desaparece y su misma capacidad se afecta en cierto modo.

Es cuando este estado se produce que pueden concurrir las sanciones penales contra los quebrados.

Pero como he dicho ya, la quiebra en sí no importa el delito,

caracterizándose éste por la concurrencia de circunstancias determinadas.

En pocas palabras: el sujeto del delito de quiebra, no puede ser sino un comerciante declarado en esa situación por el tribunal competente.

*
*
*

220. Fundamentos del proyecto de 1906.—El proyecto de 1906, que traía un precepto igual al del código vigente, expresaba en la exposición de motivos:

“En el capítulo de este mismo título, destinado a los quebrados y otros deudores punibles, las modificaciones son de mayor importancia. Hemos empezado por precisar el delito a fin de hacer desaparecer las incertidumbres que resultan del sistema actual del Código, que no expresa sino el concepto de quebrado fraudulento y que obliga a recurrir al Código de Comercio para saber quién debe ser considerado tal. Desde que se trata de un delito, lo natural es que sea el Código Penal quien lo defina y establezca con sus requisitos y condiciones. Es lo que hacemos en el proyecto, disponiendo que el delito de quiebra fraudulenta se comete cuando un comerciante declarado en quiebra ha ejecutado en fraude de sus acreedores algunos de los hechos que se enumeran. Estos actos han sido limitados a los que realmente revisten el carácter de fraudulentos, como son simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiera a la masa, o conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.”

Esas palabras precisan lo principal de la reforma.

*
*
*

221. Simulación o suposición de deudas, enajenaciones o pérdidas.—El comerciante de mala fe suele preparar la quiebra en perjuicio de sus acreedores. Para ello, simula o supone deudas que no existen, enajenaciones que no son reales, gastos o pérdidas, como dice el inciso. El propósito es bien simple. Las deudas

que se suponen constituyen un medio de arrancarle a la masa una ventaja de la que se ha apoderado el quebrado. Así, si éste tiene un determinado número de acreedores de verdad, entre éstos se reparten los bienes, pero si el fallido supone deudas que no son reales, concurren a participar en los beneficios individuales que no son acreedores y que restan a la masa una parte de la misma que corresponde a los acreedores legítimos. El fallido, en esos casos, se vale de terceras personas que se prestan a sus manejos y el dinero de las falsas obligaciones se incorpora a su patrimonio, con o sin participación.

Es muy frecuente que esos ardidés se consumen en los casos de quiebra, y la prueba cuando se simulan las deudas con cierta discreción, es muy difícil.

Desgraciadamente hay profesionales que se prestan a preparar esas supercherías, contribuyendo a fraudes que son siempre perniciosos.

La ley comercial ha querido que el fallido entregue lealmente todos sus bienes en caso de cesación de pagos, para que se distribuya su producto entre los acreedores.

La suposición de enajenaciones se hace con la misma finalidad de apoderamiento. El fallido, para beneficiarse, defrauda a los acreedores, desprendiéndose aparentemente de bienes que pone en realidad en cabeza de otros a fin de conservarlos. También es frecuente el hecho y difícil la prueba.

La simulación en los gastos o en las pérdidas se verifica también alterándose los hechos, y por lo general haciéndose en los libros anotaciones exageradas o falsas.

Para los primeros casos del inciso se requiere el concurso de otras personas que participan del delito. A este respecto hemos visto ya lo que dispone el artículo 1517 del Código de Comercio, donde se dice a quiénes se consideran cómplices del delito de quiebra fraudulenta, comprendiéndose a las personas que realizan algunos de los actos señalados en el inciso.

222. No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener.—La historia de un comerciante se encuentra revelada por

sus libros, donde debe constar el activo y el pasivo. En el primero tienen que figurar todos los bienes y en el segundo las enajenaciones de los mismos.

La primera parte del inciso declara la existencia de la quiebra fraudulenta cuando hayan desaparecido bienes que debieran estar incorporados a la masa. Así, si en vísperas de la quiebra el comerciante aparece vendiendo propiedades o mercaderías y no se justifica la inversión del dinero proveniente de aquellas operaciones, ni su desaparición, la presunción de fraude surge.

SUBSTRAER U OCULTAR ALGUNA COSA QUE CORRESPONDIERE A LA MASA.—El caso planteado en la segunda parte del inciso es muy sencillo. El comerciante que ha cesado en sus pagos no es ya dueño de sus bienes, pues éstos pertenecen a los acreedores que ejercitan el dominio sobre la universalidad que en el hecho constituye la quiebra. Si el comerciante retira alguna cosa o la oculta para impedir que los acreedores puedan repartirse su importe, atenta en realidad contra la propiedad de aquéllos, y es por eso perfectamente lógico que la ley penal incrimine el hecho.

223. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor.—Es muy frecuente que los comerciantes se entiendan con algún acreedor antes de resolverse a la quiebra.

Todos los acreedores tienen iguales derechos, consistentes en la participación en el producto de los bienes del fallido para el pago de sus créditos respectivos en el porcentaje que le pudiera corresponder. Ningún acreedor, por consiguiente, puede hacer, sin defraudar a los otros, convenios especiales de los que resulte que se coloque en condiciones de excepción respecto a los demás. Se entiende que estos convenios son ilícitos cuando tienen en vista la quiebra a producirse, y no en otros casos, pues de lo contrario los acreedores privilegiados, por contar con garantías reales, habrían realizado operaciones inconvenientes y no acordes con la ley.

El Código se refiere al caso de ventajas indebidas en fraude de los demás acreedores y en beneficio de uno que es generalmente, cuando el caso se produce, un cómplice del fallido.

*
* *

224. Concurrencia del perjuicio.—El perjuicio es necesario en este delito. El código de 1886 se refiere al monto de las deudas para graduar la pena y el vigente, si bien no adopta ese criterio en particular, permite la apreciación de todas las circunstancias por la elasticidad de los castigos.

La indicación relativa a la necesidad del perjuicio pecuniario no se necesita. Para que el delito exista, es preciso que se trate de un comerciante, declarado en quiebra y que haya realizado determinados actos en perjuicio de sus acreedores. Para que la declaración de quiebra tenga lugar, se requiere la cesación de pagos, y ésta perjudica a los acreedores. La misma quiebra se levantaría si el activo bastase para cubrir el pasivo.

Sobre la pena para el delito caben las mismas consideraciones hechas al referirme a los castigos en diferentes capítulos.

*
* *

225. El artículo 177 y sus concordancias.—

Artículo 177

Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

CONCORDANCIAS.—Código húngaro, artículo 416.—Belga, 489.—Chileno, 464.—Español, 538.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 3.º, artículo 1.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 323.—Código de 1886, 198.—Proyecto de 1891, 214.—Proyecto de 1906, 193.

* *

226. Contenido de la disposición.—El Código en el presente artículo se refiere al quebrado culpable y dice en qué caso se reputa como tal al comerciante. El precepto no expresa, como el anterior, *el comerciante declarado en quiebra*, pero de su texto resulta que la tal declaración es indispensable. Basta observar que la disposición se refiere al comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores. Si no se hubiese causado la quiebra, el delito en cuestión no concurriría.

Para la existencia del delito se requiere: 1.º Que el agente sea un comerciante; 2.º Que se le declare en quiebra; 3.º Que haya perjudicado a sus acreedores; y 4.º Que para ocasionar ese perjuicio haya hecho: a) Gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia; b) Especulaciones ruinosas; y c) Cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

El perjuicio debe ser patrimonial. Para la apreciación de los gastos debe tenerse en cuenta el monto del capital, el giro de las operaciones, las utilidades y el número de personas de la familia.

El proyecto de 1906, cuyo artículo 193 es igual al 177 del código vigente, decía en la exposición de motivos:

“La quiebra culpable ha sido también definida en sus elementos constitutivos, los que se reducen a actos de negligencia o imprudencia manifiestos.”

La pena en este caso es mucho más leve que la del precepto anterior, pues se reduce a prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años.

*
* *

227. El artículo 178 y sus concordancias.—

Artículo 178

Quando se tratare de la quiebra de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica que ejerza el comercio,

todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o contador o tenedor de libros, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso.

CONCORDANCIAS.—Código húngaro, artículo 417.—Proyecto de 1891, 215.—Proyecto de 1906, 194.

228. **Antecedentes de la disposición.**—El código de 1866 no contenía un artículo análogo al presente, lo que constituía una seria omisión, pues la quiebra cabe respecto a personas de existencia visible y con relación a personas jurídicas, y si bien éstas últimas, que son entidades ideales, no pueden cometer delitos, las personas que las manejan o dirigen pueden consumarlos, y es, por consiguiente, lógico que se las incrimine en caso de corresponder.

El proyecto de 1891 decía en el artículo 215, tomado del 417 del código húngaro:

“ Cuando se tratare de quiebra de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, será reprimido con la pena del quebrado culpable o fraudulento en su caso, si hubiere intervenido en los actos que motivaron la quiebra.”

Y la exposición de motivos, fundando el precepto, dijo al respecto:

“ El artículo 215 introduce la responsabilidad, como quebrado culpable o fraudulento, en su caso, del director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido cuando se trate de quiebra de una sociedad anónima o cooperativa, o de una persona jurídica que ejerza el comercio. El artículo 337 del Código de Comercio establece que los directores de las sociedades anónimas debidamente constituidas no contraen responsabilidad alguna, personal o solidaria, por las obligaciones; pero—agrega—responden personal y solidariamente para con ella y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, y por violación de las leyes, estatutos o reglamentos. Esta

“ misma responsabilidad es la que funda la penal. Los actos de fraude o de culpa no son actos de las personas jurídicas, y es necesario reconocer que si éstas llegan a ser declaradas en quiebra que se califique de culpable o fraudulenta, ni el fraude, ni la culpa son imputables a la persona jurídica, entidad ideal contra la cual no pueden establecerse acciones criminales, conforme a la prescripción del artículo 43 del Código Civil. Son la obra de sus representantes, y es necesario que la represión recaiga sobre éstos, como el Código de Comercio lo establece en el artículo 1606.”

229. **Contenido del precepto.**—La quiebra a que se refiere el artículo es: 1.º La de una sociedad anónima; 2.º La de una sociedad cooperativa; y 3.º La de una persona jurídica que ejerza el comercio.

Entre nosotros, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la personería jurídica que se encuentra regida por el Código Civil, no obstante acordarse por las autoridades administrativas de la Nación o de las provincias, está legislada en general y en globo: la personería se acuerda o no, sin grados ni diferencias; lo único que distingue a una persona jurídica de otra, es lo que disponen los estatutos que se aprueban al concederla.

Las personas de existencia visible que pueden ser castigadas, son: a) Todo director; b) Todo administrador; c) Todo gerente de la sociedad o establecimiento fallido; d) Todo contador; y e) Todo tenedor de libros.

Los actos que deben haber realizado para que concurra la penalidad son cualesquiera de los indicados en los artículos 176 y 177. Cuando fueren de la primera clase corresponderán las penas establecidas para los quebrados fraudulentos, y cuando fueren de la segunda, las fijadas para los culpables.

230. **Fundamentos de la comisión especial de diputados.**—Sobre este artículo, la comisión especial de diputados dijo en la exposición de motivos:

“ En este capítulo la comisión no ha hecho más que una modificación, la contenida en el artículo 178, que extiende las responsabilidades de los directores, administradores o gerentes de la sociedad o establecimiento fallido; a los contadores o tenedores de libros. Generalmente, los directores, administradores o gerentes que realizan esas operaciones dolosas, se valen de los contadores o tenedores de libros como instrumentos materiales para realizarlos. Seguramente, si no contaran con esos auxiliares, el delito no podría cometerse o, por lo menos, no tendría la eficacia que ellos persiguen. Por consiguiente, este castigo será previsor para esta clase de infracciones.”

321. El artículo 179 y sus concordancias.—

Artículo 179

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el artículo 176.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 348.—Húngaro, 414, inciso 2.º—Chileno, 466.—Código de 1886, 200.—Proyecto de 1891, 216.—Proyecto de 1906, 195.

322. Personas concursadas civilmente.—La disposición se refiere a las personas que no fueren comerciantes y que se concursaren civilmente. El concurso civil no obstante, ser la bancarrota de las personas que no tienen la calidad de comerciantes, no se encuentra reglamentado por una ley nacional, sino por los códigos de procedimientos locales, como lo he dicho al principio del capítulo.

Se requiere para la concurrencia del delito: 1.º Un deudor

no comerciante; 2.º Que esté concursado civilmente; 3.º Que para defraudar a sus acreedores cometa alguno de los actos determinados en el artículo 176; y 4.º Que cause perjuicio a los tales acreedores.

El deudor no comerciante concursado civilmente sólo es castigado en los casos de fraude. El concursado civil por culpa no tiene pena en la ley.

233. Fundamentos del proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 en el artículo 216 decía:

“ Será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años el deudor no comerciante que, para defraudar a sus acreedores, cometiére alguno de los actos siguientes:

“ 1.º Si contrajere, reconociere o pagare deudas ficticias, otorgare escrituras simuladas, remitiere o disimulare créditos, pusiere a nombre de otro, enajenare gratuitamente u ocultare todos o parte de sus bienes.

“ 2.º Si después de haber sido declarado en concurso civil, percibiese y aplicare a sus usos particulares dinero, efectos o créditos de la masa, o por cualquier medio distrajere de ésta alguna de sus pertenencias.

“ 3.º Si concediere ventajas indebidas de cualquier género a algún acreedor.

“ 4.º Si presentare como bienes responsables los que no puedan ser gravados, u ocultare o callare sus gravámenes.”

Y la exposición de motivos lo fundamentaba, expresando:

“ El artículo 216 prevé los casos de defraudación por un deudor no comerciante a su acreedor. Los números 1.º y 4.º concuerdan con el 2.º y 3.º del artículo 200 del Código Penal. El 2.º comprende el caso del que ha sido declarado en concurso civil y percibe o aplica a sus usos particulares dinero, efectos, o créditos de la masa o por cualquier medio distrae de ésta alguna de sus pertenencias; y el 3.º al del que concediere ventajas indebidas de cualquier género a algún acreedor. Estos actos o medios de defraudación son perfectamente análogos a los que se reprimen en el comerciante fallido, y si los deberes pro-

“fesionales de éste le imponen mayor buena fe, será esta una razón que justifique la imposición de una pena mayor, pero no un motivo para fundar la impunidad del deudor no comerciante.”

En cuanto al proyecto de 1906 el artículo concordante es igual al del código vigente.

*

* *

234. El artículo 180 y sus concordancias.—

Artículo 180

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el acreedor que consintiere en un concordato, convenio o transacción judicial, en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero, por la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del concordato o transacción.

La misma pena sufrirá, en su caso, todo director, gerente o administrador de una sociedad anónima o cooperativa o de una persona jurídica de otra índole, en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyere un convenio de este género.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículos 345 y 347.—Proyecto de 1891, 217.—Proyecto de 1906, 196.

*

* *

235. Origen y alcance de la disposición.—El presente artículo tiene su origen para nuestra legislación en el proyecto de 1891, el que tomó la disposición del código de Holanda.

La exposición de motivos de ese proyecto se limitaba a indicar el origen del precepto y a repetir su texto, que era análogo al del código vigente. La redacción de este último es igual a la adoptada por el proyecto de 1906, de donde se ha tomado directamente el artículo.

Dos apartados contiene la disposición: el primero se refiere

al acreedor; y el segundo al director, gerente o administrador de una sociedad anónima, cooperativa o persona jurídica.

La primera parte castiga al acreedor que se conviene con el deudor o con un tercero para obtener ventajas especiales en caso de aceptarse un concordato, convenio o transacción. Es frecuente que, declarada la quiebra y a veces antes, algunos de los interesados traten de sacar ventajas individuales, arreglando el asunto de determinada manera. La ley de quiebras, que tuvo por objeto evitar las maniobras del deudor, entregando la masa a los acreedores para que lealmente hicieran la distribución del activo, se ha visto en su aplicación contrariada por esa clase de maniobras.

El concordato suele gestionarse con gran interés por acreedores o por terceros, y a los efectos de conseguirlo se recurre muchas veces a las maniobras que señala el Código de Comercio en los incisos 2.º y 3.º del artículo 1401, y que permiten, cuando se han producido, la impugnación del mismo. Me refiero a la inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o más acreedores, y a la exageración fraudulenta de los créditos para formar mayoría de capital.

El Código, con la disposición nueva, tenderá a que se tramiten con más regularidad las quiebras y concursos.

Para la existencia del delito se necesita: 1.º Que el acreedor consienta en un concordato, convenio o transacción; 2.º Que haya procedido en virtud de una connivencia con el deudor o con un tercero; y 3.º Que se hubieren estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación.

El texto del artículo demuestra que el delito se consuma con el hecho de consentir en el concordato, convenio o transacción por las causales establecidas. No se precisa que el convenio se apruebe desde que el texto de la ley dice: “para el caso de aceptación”, lo que supone que podría no producirse ésta.

Se entiende, igualmente, que existe un perjuicio para los demás acreedores, desde que la ventaja especial para uno se verifica en detrimento de otros.

*

* *

236. Concordato en los casos de quiebra y de concurso civil.—El Código habla en general de concordato, convenio o transac-

ción, sin referirse especialmente a la quiebra o al concurso civil. Dada la generalidad de los términos debe entenderse que comprende uno y otro caso.

El artículo se encuentra colocado a continuación de los que se ocupan de esas dos clases de falencia. Si hubiere querido referirse sólo a la comercial se habría puesto antes del artículo 179. Además, en el segundo apartado de este mismo artículo 180 se habla expresamente de quiebra y de concurso judicial de bienes.

Las maniobras tienen mayor gravedad cuando se trata de la quiebra que cuando se verifican en un concurso civil, porque con relación a la quiebra, las soluciones respecto al concordato y otros arreglos se imponen por mayoría, y la minoría debe aceptarlas, aun cuando no quiera.

En cambio, cuando se trata de concursos civiles, la situación no es la misma. Es cierto que las leyes procesales, siguiendo al Código de Comercio, han legislado sobre concordato y han establecido que se puede imponer por mayoría, pero no es menos exacto que las disposiciones respectivas no se pueden aplicar, ni se aplican ordinariamente.

Las obligaciones, en efecto, se extinguen en la forma que determina la ley civil, que es una ley de fondo, dictada para toda la Nación a mérito de preceptos constitucionales. Sólo las leyes dictadas por el Congreso pueden ocuparse de esas materias, que no se refieren a jurisdicción ni a aplicación de los preceptos básicos.

De manera que el Código de Comercio ha podido establecer modos particulares de extinción de las obligaciones y decir de qué manera puede llegarse a finalidades especiales. Pero las leyes procesales no pueden hacer eso, sin salirse de su marco, y no están, en consecuencia, habilitadas para declarar que las obligaciones se puedan extinguir de una manera particular ajena a la ordinaria.

De aquí que, si un acreedor solo se opusiera en un concurso civil a la aceptación de un concordato, su derecho no se extinguiría, y los demás acreedores no podrían, por mayoría, imponerle normas amparados en una ley procesal que alterase los preceptos básicos.

Esta cuestión se ha debatido mucho, sobre todo en la provincia de Buenos Aires, y se ha resuelto en el sentido que expreso.

* *

237. La disposición respecto a sociedades.—El segundo apartado del artículo comprende el caso de un convenio análogo hecho por un dirigente de sociedad con personería jurídica.

La disposición se refiere: 1.º A todo director; 2.º Todo gerente; y 3.º Todo administrador de a) Sociedad anónima; b) Cooperativa; y c) Persona jurídica de otra índole en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes.

El acto incriminado es el concordato, convenio o transacción en connivencia con el deudor o con un tercero, por el cual se hubiesen estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación.

Jofré dice respecto a este segundo apartado de la disposición (1):

“ El artículo 345 del código holandés, modelo del nuestro, preceptúa: “La misma pena sufrirá en su caso el *deudor*, el director-gerente o comisario de una persona jurídica, o de una cooperativa en estado de quiebra o de concurso judicial de bienes, que concluyese un convenio de este género.”

“ La palabra subrayada *deudor* fué reemplazada por *director*. “ En el código holandés se reprime al director-gerente, mientras que en el nuestro, con el agregado de una coma, se han creado dos delinquentes, donde sólo debe existir uno.

“ De todo esto ha resultado: Que el deudor que celebra arreglos con sus acreedores concediéndoles ventajas reprobadas por la ley, no es punible; que tampoco lo es el director, gerente o administrador de una sociedad anónima, etc., que en calidad de acreedor celebra tales arreglos; que, en cambio, se reprime el mismo acto si la sociedad está quebrada o concursada civilmente. ¡Este lío ha resultado del cambio de una palabra!”

Encuentro desacertada la crítica del distinguido profesor.

Si el deudor no quebrado concede a algún acreedor beneficios especiales, realiza un acto lícito. Así, si habiendo hecho operaciones de crédito a base de su firma y su sola responsabilidad

(1) El Código Penal de 1922, página 289.

moral, contrae otros compromisos hipotecando bienes o dándolos en prenda, no comete por el hecho de haber otorgado esas ventajas, delito alguno. Lo mismo diría en el caso en que, por cualquier motivo, hubiese dado garantías reales a ciertos acreedores y a otros no, después de contraídas las obligaciones.

Pero, si en la realización de esos actos hubiese intervenido el fraude, regirían las disposiciones consignadas en el capítulo que legisla sobre estafas y otras defraudaciones.

XII

Usurpación

238. NOCIÓN DEL DELITO.—239. EL CÓDIGO DE 1886 Y SUS ANTECEDENTES.—240. PROYECTOS POSTERIORES.—241. EL ARTÍCULO 181 Y SUS CONCORDANCIAS.—242. FUNDAMENTOS DADOS EN EL PROYECTO DE 1906. — 242 BIS. ELEMENTOS DEL DELITO DE USURPACIÓN. — 243. DESPOJO. — 244. DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE TÉRMINOS O LÍMITES.—245. VIOLENCIAS O AMENAZAS PARA TRABAR LA POSESIÓN.—246. EL ARTÍCULO 182 Y SUS CONCORDANCIAS.—247. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN.—248. USURPACIÓN DE AGUAS.—249. ESTORBAR EL EJERCICIO DEL DERECHO.—250. DESVÍO, DETENCIÓN O REPRESA DE AGUAS.—251. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1906 Y PENALIDAD DEL DELITO.

*

* *

238. Noción del delito.—En los delitos contra la propiedad estudiados hasta este momento, el objeto de los mismos consistía en una cosa mueble, en dinero o en un valor creditorio. Las cosas inmuebles no se atacan por medio del robo, hurto o extorsión. Pero esa clase de bienes deben también ser objeto de especial protección, desde que sobre ellos se ejercita igualmente el derecho de propiedad.

Los atentados contra la propiedad inmueble son más difíciles que contra la propiedad mueble, por la naturaleza misma de una y otra clase de bienes. Los segundos se transportan con facilidad, el apoderamiento es casi siempre sencillo y la ocultación de los objetos no es difícil. En cambio, con los inmuebles no sucede lo

mismo, siendo la restitución al dueño, en caso de delito, bien fácil para la autoridad encargada del orden social.

De aquí que los casos de usurpación no sean frecuentes, y de aquí también que para esta clase de hechos deban tenerse más en cuenta las garantías de la ley civil que las de la penal. Cuando los atentados de este género tienen lugar, es casi siempre cuando se pretenden derechos sobre los inmuebles y se emplean los procedimientos inconvenientes para hacerlos valer.

Tratándose de cosas muebles, el delito contra la propiedad se realiza con el apoderamiento; la cosa es tomada por el delincuente que la usa, la consume, la reduce a dinero, o la guarda. Tratándose de inmuebles, todo se reduce a un cambio en la posesión, que da generalmente lugar a reclamos y pleitos en la jurisdicción civil.

Me ocuparé primero de los antecedentes nacionales y después de los artículos del Código.

239. El código de 1886 y sus antecedentes.—El doctor Tejedor castiga en su proyecto al que empleando violencia despoje a otro de una cosa raíz, o del uso, usufructo o servidumbre que en ella goce. La pena se reduce cuando el despojo se cometiese por fraude o astucia.

Se castiga también al que, para cometer usurpación, destruya o altere los términos o linderos de las fincas o heredades.

La nota respectiva expresaba:

“Lo que el Código llama en este capítulo *usurpación*—dice Pacheco—se ha llamado por lo común *despojo* en nuestras leyes, y por nuestra práctica ordinariamente se ha visto como un punto civil, y se ha reparado con la restitución preferentemente, y *ante omnia*, al que lo sufriera, pero sin castigo alguno verdadero. Sin embargo, parecenos justo lo que aquí se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecución. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública. Si se obra sabiendo que, en efecto, es ajeno el derecho o el inmueble, no hay necesidad de otra reflexión para convencer de lo que indicamos; aun cuando

“se obre, y se le usurpe, teniéndole por propio, siempre se comete un atentado con substituirse a la acción de la justicia. (T. 3, p. 331). Según el derecho canónico, había hurto en toda usurpación, *furti nomini bene intelligitur omnis illicita usurpatio rei alienae.*”

Agrega la misma nota, después de señalar concordancias:

“La substracción supone necesariamente que la cosa puede ser transportada de un lugar a otro. No puede, pues, haber hurto de cosas inmuebles, *fundí furti aji non posee.* (L. 25, D. de *furtis*).

“Por la misma razón el hurto no puede tener por objeto una cosa incorporeal, un derecho. La substracción es un acto físico, y no puede ejercerse sino sobre un objeto material. *Res incorporales nec tradi, nec possideri possunt.* Así, también los diversos fraudes que tienen por objeto apoderarse de las cosas de otro no pueden colocarse en la clase de hurtos, desde que se cometen de otro modo que por la substracción. De esto son ejemplo los hurtos de uso o posesión de las antiguas leyes.”

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, trae sobre esta materia un solo artículo, el que incrimina los mismos hechos que consigna el proyecto anterior, y el que no se contiene en capítulo especial, sino dentro del que se ocupa de robos y usurpaciones.

En cuanto al código de 1886, siguió al proyecto del doctor Tejedor, repitiendo con pocas variantes los dos artículos de aquél en un capítulo especial, el segundo del título de los delitos contra la propiedad, de acuerdo también con su modelo.

240. Proyectos posteriores.—El proyecto de 1891 trajo sobre usurpación dos artículos, los 219 y 220, colocados en un capítulo especial, el sexto del título sobre delitos contra la propiedad.

En el primero decía:

“Será reprimido con multa de mil a cuatro mil pesos: 1.º El que despojare a otro de algún bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble; 2.º El que, para apoderarse de

“ todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3.º El que, con violencias o amenazas, turbare la posesión sobre un inmueble.”

Y en el segundo:

“ Será reprimido con penitenciaría de un mes a un año: 1.º El que ilícitamente sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos; o la sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho; 2.º El que pusiere embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas; 3.º El que ilícitamente represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

“ La pena se aumentará hasta dos años si para cometer los delitos expresados en los incisos anteriores, se rompiere o alterare diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes, hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.”

La exposición de motivos fundó los artículos, diciendo:

“ En el capítulo “De la usurpación”, en el código actual, se limita a prever los casos de despojo de una cosa raíz, o del uso, usufructo, habitación o servidumbre que en ella goce el despojado; y la remoción o destrucción de términos o linderos. Todos estos casos quedan previstos en nuestro proyecto, en términos más generales, e introducimos otros no previstos en el Código Penal. En el número 1.º del artículo 219, comprendemos los casos del artículo 196 del Código Penal, sin referencia al medio usado para el despojo, pues sea aquél la violencia, el fraude o la astucia, los jueces encontrarán suficiente latitud en las disposiciones generales y en la medida de la pena para tomarlo en cuenta. El artículo 197 del Código Penal, referente a la alteración o destrucción de términos o límites, está reproducido en el número 2.º del 219 del proyecto. La turbación de la posesión con violencias o amenazas es un hecho no previsto como delito en el código actual; no basta proteger la posesión en sí misma: es indispensable mantener o asegurar la tranquilidad de la posesión. En cuanto a la pena, en estos casos, el Código fija las de prisión y multa y las de arresto y multa. Siguiendo nuestro propósito, ya explicado, de no reprimir con dos penas principales un solo hecho, conservamos en este caso

“ la multa, aumentada en compensación de las penas corporales suprimidas. El artículo 220 prevé diversos casos de usurpación de aguas, tampoco previstos en el Código Penal, estableciendo, así, la sanción necesaria de hechos que son y pueden ser objeto de leyes y reglamentos especiales.”

El proyecto de 1906 se inspiró en el criterio anterior y sus disposiciones han sido repetidas en el código vigente, sin más modificación que la introducida por la comisión especial de la Cámara de Diputados en el inciso 1.º del artículo 182.

241. El artículo 181 y sus concordancias.—

Artículo 181

Será reprimido con prisión de un mes a dos años:

1.º El que por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble;

2.º El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo;

3.º El que, con violencias o amenazas, trabare la posesión de un inmueble (1).

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código español, artículo 534.—Chileno, 457.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo § 2.º, artículo 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 316.—Código de 1886, 196.—Proyecto de 1891, 219, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 197, inciso 1.º

Inciso 2.º—Código belga, artículos 545 y 546.—Francés, 456.—Español, 535.—Chileno, 462.—Italiano, 422.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 2.º, artículo segundo.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 316.—Código de 1886, 197.—Proyecto de 1891, 219, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 197, inciso 2.º

Inciso 3.º—Código italiano, artículo 423.—Proyecto de 1891, 219, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 197, inciso 3.º

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados, dispone se cambia la palabra “trabare” por “turbare”. El primer vocablo se emplea en el Código y en el proyecto de 1906; el segundo en el proyecto de 1891. El criterio no se altera.

242. Fundamentos dados en el proyecto de 1906.—La exposición de motivos del proyecto de 1906, fundando el artículo correspondiente, que era igual al presente, decía:

“ En el delito de usurpación queremos evitar hechos que no están comprendidos en el Código y que, sin embargo, violan la propiedad raíz en una forma perfectamente delictuosa. El individuo que por violencia, engaño o abuso de confianza se apodera, instalándose como en casa propia, de una casa desocupada, hecho que tantas veces se comete especialmente en las grandes ciudades, priva de uno de los atributos de la propiedad, causa un perjuicio considerable, y es por tales razones y por la audacia del acto merecedor de una pena. A fin, pues, de proteger la propiedad inmueble contra estos atentados y otros análogos, extendemos el concepto de la usurpación, disponiendo que la comete el que, por violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real, o al que con violencia o amenaza turbase la posesión de un inmueble.”

El precepto comprende tres incisos que se ocupan de casos diferentes, de manera que los examinaré por separado.

242 bis. Elementos del delito de usurpación.—En términos generales, ¿cuándo se comete el delito de usurpación? Para que existan el delito de robo y el de hurto, se requiere el apoderamiento de una cosa mueble total o parcialmente ajena contra la voluntad del dueño o de quien la tiene; para que tenga lugar el de usurpación, se necesita el apoderamiento que turbe la posesión legítima.

La usurpación equivale, así, al despojo, como lo dice la nota antes transcripta del doctor Tejedor, en la cual se cita a Pacheco, invocado también por Rivarola.

La usurpación, o sea el despojo, permite la acción criminal, si se ha incurrido al consumarla en alguno de los hechos que la

ley represiva castiga, y la acción civil que no tiene más finalidad que la restitución del inmueble, y en su caso los daños y perjuicios correspondientes.

En la ley civil las acciones son de dos clases: las posesorias, que tienden a la restitución de la posesión; y las de dominio, mediante las cuales se discute el derecho de propiedad, tendiéndose también a conseguir el inmueble.

Cualquiera que sea la naturaleza de la posesión—dice el Código Civil en el artículo 2469,—nadie puede turbarla arbitrariamente.

El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales. (Artículo 2468).

*

* *

243. Despojo.—Se castiga por el primer inciso del artículo al que: 1.° Por violencia; 2.° Engaño; y 3.° Abuso de confianza, despojare a otro: 1.° De la posesión o tenencia de un bien inmueble; 2.° De un derecho real de uso; 3.° De usufructo; 4.° De habitación; 5.° De servidumbre; y 6.° De anticresis constituida sobre un inmueble.

Se necesita, así, para la concurrencia de la infracción: 1.° La posesión o la tenencia de un inmueble por parte del damnificado; 2.° Que el agente lo haya privado de una o de otra; 3.° Que se haya empleado violencia, engaño o abuso de confianza.

Cuando se trate de alguno de los otros derechos de que habla el inciso, en lugar de posesión o tenencia deberá existir ese derecho en primer lugar, y en segundo, su privación por parte del agente.

Debe tenerse presente, que el código de 1886 castigaba al que despojare a otro, mientras que el vigente amplía el concepto y extiende la protección a la posesión o a la tenencia. De aquí que antes no se castigase al propietario que tomaba la posesión de su inmueble en poder de un tenedor con derecho.

Según nuestra ley vigente el amparo es pleno y comprende al poseedor y al tenedor del bien inmueble.

El código de 1886 amparaba al despojado de una cosa raíz o

del uso, habitación o servidumbre que en ella goce, mientras que el código vigente tutela los mismos derechos y además los del tenedor del inmueble y de un derecho real de anticresis.

Para las nociones de usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, hay que atenerse a lo que establece el Código Civil en los artículos respectivos.

El inciso habla de violencia, la que puede ser—como dice el doctor Jofré—física o moral, pudiendo cometerse en el contrato o en la tradición al revés de lo que ocurre en el derecho civil, según lo establece el artículo 2492 del código respectivo.

El engaño debe consistir en un ardid por medio del cual se arranca la posesión o la tenencia. En cuanto al abuso de confianza nos hemos ocupado de él en capítulos anteriores.

244. Destrucción o alteración de términos o límites.—El delito de usurpación puede cometerse destruyendo o alterando los términos o límites del inmueble. De esa manera, y sobre todo cuando el hecho es producido por un lindero, se puede efectuar el apoderamiento y, en consecuencia, el despojo correlativo.

El proyecto del doctor Tejedor, y el código de 1886, según se ha visto al examinar los antecedentes, se ocupaban de esta manera particular de usurpación en un artículo especial. Se empleaba en ambos conjuntos la palabra *linderos*, que es menos apropiada que la de *límites*, usada en el código vigente.

En la nota correspondiente del proyecto de Tejedor se señalaban concordancias y se decía:

“Este delito es quizá el primero de los pueblos antiguos. *Non assumes et transferes*—decía el Deuteronomico,—*términos pro-ximi tui quos fixerant priores in possessione tua*. La ley romana distinguía en este hecho muchos delitos diferentes según la situación del agente y el fin que se proponía. Cuando el agente tenía por objeto agrandar su heredad, el delito se consideraba grave, y se castigaba con relegación. Si sólo había querido quitar a su adversario una prueba, la pena era arbitraria. Si se proponía dañar puramente, sin provecho propio, la pena era pecuniaria. Si no tenía, en fin, otro objeto que apode-

“rarse de los materiales mismos, se distinguía el caso de saber que eran mojones o no: en el primero, la pena era la del hurto; en el segundo, azotes. La acción criminal no se daba—dice Voet—sino contra el que removía los mojones con dolo malo.”

La nota concluía diciendo que si la destrucción o alteración se verifica por medio de amenaza o coacción, la pena correspondiente será la de estos hechos. Esa regla no cabe bajo el dominio de la legislación actual, que no castiga en general a las amenazas y coacciones, como lo hacían el proyecto citado y el código de 1886.

Para la concurrencia del delito previsto en el inciso, se requiere: 1.º Destrucción o alteración de los términos o límites de un inmueble; y 2.º Propósito de apoderarse de todo o parte del mismo.

La destrucción o alteración tiene lugar cuando se sacan los mojones, los hitos, las señales que limitan una propiedad, lo mismo que cuando se cambian de lugar. Cuando esos hechos se producen sin el propósito de la posesión, el delito de usurpación no se comete. Así, no sería reo del mismo el que hubiese sacado los postes divisorios a fin de quemarlos como si se tratase de leña o para darles cualesquiera otra aplicación. El objeto habría sido el apoderamiento del objeto y no el cambio en la posesión del inmueble, de manera que el delito sería otro.

245. Violencias o amenazas para trabar la posesión.—El inciso castiga al que con violencias o amenazas trabare la posesión de un inmueble.

Sólo habrá turbación de la posesión—dice el artículo 2496 del Código Civil,—cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor.

El artículo 2497 agrega: Si el acto de la turbación no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la acción del poseedor será juzgada como indemnización de daño y no como acción posesoria. Si el acto tuviese el efecto de excluir absolutamente al poseedor de la posesión, la acción será juzgada como despojo.

Y el 2499, dice: Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufiere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva.

El derecho del poseedor, para defender su cosa, está también consignado en el Código Civil, el cual en el artículo 2470, dice:

“ El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.”

Para la concurrencia del delito previsto en el inciso, se requiere: 1.º Que se trabe la posesión; y 2.º Que se empleen violencias o amenazas.

No es necesario que la desposesión se consuma, bastando con que se trabe, según el texto de la disposición.

La pena tiene las mismas características que se han anotado en diferentes oportunidades por la amplitud de sus límites permitiendo la apreciación de todas las circunstancias. El *mínimum* es de un mes de prisión y el *máximum* de dos años de la misma.

246. El artículo 182 y sus concordancias.—

Artículo 182

Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1.º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho;

2.º El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas;

3.º El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos,

arroyos, canales o fuentes, o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas.

La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteraren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código chileno, artículo 459, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 220, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 198, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Código chileno, artículo 459, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 220, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 198, inciso 2.º.

Inciso 3.º—Código chileno, artículo 459, incisos 2.º y 4.º—Proyecto de 1891, 220, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 198, inciso 3.º.

247. *Antecedentes de la disposición.*—El artículo consta de varias disposiciones contenidas en los tres incisos, de los que me ocuparé separadamente.

El precepto ha sido tomado del proyecto de 1906 concordante con el de 1891, al cual le introdujo una modificación la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados que intercaló en el inciso 1.º las palabras *con el propósito de causar perjuicio a otro*.

El fundamento de la modificación se encuentra en la exposición de motivos, la cual dijo:

“ En el presente título, la comisión no ha introducido más que las modificaciones que se contienen en el artículo 182. Esas reformas, que se explican por sí mismas y no tienen más objeto que precisar el concepto del delito, por cuanto éste no existiría en el caso de que se usaren aguas, se encauzaren, se desviaren, o se represaren si no fuera con el objeto de causar perjuicio a otro.”

248. *Usurpación de aguas.*—El primer inciso comprende la usurpación de aguas. El delito se comete: 1.º Cuando el agente

sacare sin derecho aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos; 2.° Cuando las sacare teniendo derecho a ello, pero en mayor cantidad de la que le corresponda; 3.° Con el propósito de causar perjuicio.

La disposición tiene importancia sobre todo para ciertas provincias en las cuales el agua se represa, deposita, guarda y usa como un verdadero valor.

249. Estorbar el ejercicio del derecho.—El segundo inciso del mismo artículo se refiere al que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre las aguas de represas, estanques, depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos.

En el inciso anterior se castiga el que sacare las aguas ilícitamente o en mayor cantidad de aquella a que tuviere derecho, con el propósito de causar perjuicio, y en este se reprime a quien estorbare el ejercicio del derecho que tuviere un tercero sobre esas aguas. El afectado puede ser el propietario, tenedor, arrendatario, usufructuario, etc. El amparo al derecho es pleno y la disposición tiene carácter general.

250. Desvío, detención o represa de aguas.—En el tercer inciso se castiga el desvío, la detención o represa de las aguas con el propósito de causar un perjuicio.

La previsión del artículo tiene verdadera importancia, y los derechos que tutela deben estar contemplados en la ley penal.

En las regiones inundables, los propietarios o poseedores de campos suelen hacer obras parciales, que dan como resultado el desagüe de unas propiedades en perjuicio de otras. Las obras de esta clase no se deben realizar sino en virtud de leyes que fijen un plan y que tiendan a la solución del problema general y no de las situaciones parciales.

Entretanto, cuando una obra se realiza sin tenerse en cuenta

el perjuicio ajeno, y si como consecuencia de ella se arruina el dueño de una heredad, no es justo que sólo se produzcan consecuencias civiles, sobre todo cuando, como en el caso supuesto, el autor de la misma conocía el daño a producirse.

El último apartado de la disposición aumenta la pena cuando se rompiesen o alterasen los diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

La gravedad de esos hechos salta a la vista.

251. Fundamentos del proyecto de 1906 y penalidades del delito.—El proyecto de 1906, decía en la exposición de motivos, acerca del presente artículo:

“ Al legislar sobre este delito hemos tenido también presente “ que en ciertos puntos del territorio el uso de las aguas de represas, ríos, arroyos, etc., es una necesidad vital de la población y “ de sus industrias. y que, en consecuencia, era necesario proteger “ eficazmente el derecho de cada cual, con relación a ellos. Es lo “ que hacemos por el artículo 198, habiéndonos preocupado de “ prever todos los casos y situaciones.”

La pena para los casos de los tres incisos es la de prisión desde quince días hasta un año, habiéndose adoptado el mismo criterio del mantenido en el resto del Código sobre la elasticidad del castigo. El mismo se aumentará hasta dos años en los casos de la última parte del precepto.

XIII

Daños

252. NOCIÓN DEL DELITO DE DAÑOS. — 253. PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR. — 254. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA. — 255. CÓDIGO DE 1886. — 256. PROYECTOS DE 1891 Y 1906. — 257. EL ARTÍCULO 183 Y SUS CONCORDANCIAS. — 258. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN. — 259. LAS REGLAS DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE DAÑOS. — 260. LA PENALIDAD. — 261. EL ARTÍCULO 184 Y SUS CONCORDANCIAS. — 262. ORIGEN Y CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN. — 263. EJECUTARSE EL HECHO PARA IMPEDIR EL LIBRE EJERCICIO DE LA AUTORIDAD O EN VENGANZA DE SUS DETERMINACIONES. — 264. INFECCIÓN O CONTAGIO EN AVES U OTROS ANIMALES DOMÉSTICOS. — 265. EMPLEO DE SUBSTANCIAS VENENOSAS O CORROSIVAS. — 266. EN DESPOBLADO Y EN BANDA. — 267. EL DAÑO AGRAVADO POR RAZÓN DEL LUGAR EN QUE SE EJECUTA.

252. **Noción del delito de daños.**—Los delitos contra la propiedad examinados hasta ahora suponen en el autor el propósito de lucro. El agente se apodera de los bienes, los ocupa o pretende obtenerlos, persiguiendo una ventaja de carácter patrimonial.

En el delito de daños no concurre ni el ánimo de lucro, ni el propósito de apoderamiento, sino la destrucción total o parcial de una cosa con el ánimo de ocasionar un perjuicio a otro. Así, comete daño el inquilino de una casa que antes de desocuparla rompe los vidrios, arranca las puertas, destruye las paredes, rompe los pisos, levanta las baldosas y realiza cualquier acto de destrucción en el

inmueble. Incorre también en daño la persona que inutiliza un cuadro, una alhaja, un objeto cualquiera de otro, ya sea que lo destruya del todo o solamente en parte.

El derecho que se ataca con este delito es el de propiedad, desde que se perjudica a la víctima en sus intereses particulares.

El daño es, generalmente, irreparable. Cuando se trata de robo o de hurto la cosa objeto del apoderamiento puede ser reintegrada a su dueño o tenedor; cuando se trata de defraudaciones el perjuicio patrimonial puede también conjurarse o verificarse la restitución; pero en los casos de daño, si la cosa ha sido destruida, el dueño no tiene más recurso que reclamar su importe en dinero para el caso de que tenga el delincuente responsabilidad material, pues el objeto mismo o no existiría o se encontraría en condiciones de no poder servir para su objeto.

Entre nosotros, la legislación sobre daños tiene antecedentes que debo examinar haciendo notar, desde luego, que no todos los daños se han legislado juntos, pues los incendios y otros estragos, que importan daños, se han comprendido en un capítulo especial de los delitos contra la propiedad o contra la seguridad pública, según el sistema adoptado por la ley respectiva.

253. Proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se castigaba a los que, por cualquier medio que no sea el incendio o los demás indicados en el capítulo sobre incendios y otros estragos, causen daño en casas, fábricas, ganados, heredades, establecimientos industriales u otras propiedades ajenas, o en puentes, acequias, caminos u otros objetos de uso común. La pena consistía en arresto y una multa del duplo del valor del daño causado que se aplicaría a la parte damnificada.

La nota transcribía una opinión de Pacheco, que dice así:

“ Daño es una palabra genérica que hace en los delitos contra la propiedad el mismo papel que la de *lesión* en los delitos contra las personas. Después que se han recorrido todos los hechos harto graves que afectan aquélla, y que el mundo ha distinguido siempre con especiales nombres: robos, hurtos, defraudaciones, incendios, estragos considerables, lo que queda más abajo de

“ todas esas categorías, lo que sin dejar de ser grave, no lo es tanto como aquélla, eso es lo que en todas las legislaciones se ha tenido que reunir bajo una palabra común, para que sea objeto de disposiciones generales.”

La pena ordinaria fijada en el proyecto se disminuía cuando el valor no llegare a cien pesos fuertes, y si el daño causare la ruina del ofendido el castigo se elevará a un año de prisión.

El que hiciere daño en documento, expediente u otras cosas que no puedan estimarse sufrirá una multa. Cuando el autor no pudiere satisfacer la responsabilidad civil, la pena se fijará en un año de prisión, si el daño era superior a cien pesos fuertes, y en arresto cuando fuere inferior.

254. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García fué en esta materia más detallista que el anterior. Empezó por definir el delito en el artículo 345, diciendo:

“ Son reos de daño y están sujetos a las penas de este capítulo, los que en la propiedad ajena causasen voluntariamente alguno que no se halle comprendido en el anterior.”

El anterior a que se refiere es el capítulo sobre incendios y otros estragos.

Castiga en seguida y en el artículo 346, con la pena de prisión menor, a los que causen daños cuyo importe exceda de quinientos pesos en los siguientes casos: 1.º Con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes; 2.º Produciendo por cualquier medio infección o contagio en aves o animales domésticos; 3.º Empleando substancias venenosas o corrosivas; 4.º En cuadrilla y en despoblado; 5.º En archivos, registros, bibliotecas o museos públicos; 6.º En puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; 7.º En tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de

arte colocados en edificio o lugares públicos; 8.º Arruinando al perjudicado.

Se castigaba también con arresto menor a los daños no comprendidos en otras disposiciones; se tenía en cuenta el monto del perjuicio para graduar la pena y se inculcaba también el hecho de no poder el autor satisfacer la responsabilidad civil.

255. Código de 1886.—El código de 1886 siguió al proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. En el artículo 219, estableció:

“ Los que causan en propiedad ajena algún daño no comprendido en las disposiciones del capítulo anterior (sobre incendios y otros estragos), quedan sujetos a las del presente.”

El siguiente artículo enumeraba todos los casos del proyecto anterior y los castigaba con uno a tres años de prisión cuando el importe excediera de quinientos pesos. La única excepción se contenía en el inciso 8.º, que se refería a la ruina del perjudicado, aunque el daño no importe la suma antes expresada.

Se tenía en cuenta el importe del perjuicio y se castigaba con arresto a los daños no enumerados especialmente.

256. Proyectos de 1891 y 1906.—El proyecto de 1891 sólo traía en el capítulo de daños un artículo que decía:

“ Será reprimido con penitenciaría de seis meses a dos años el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble, o un animal, total o parcialmente ajenos, siempre que el hecho no constituya delito penado más severamente.”

La exposición de motivos, fundando el precepto, dijo:

“ En el capítulo “De los daños”, el Código Penal ha declarado en el artículo 219 que todo daño no comprendido en el capítulo de los incendios y otros estragos será reprimido por las disposi-

“ ciones que le siguen; ha enumerado en el artículo 220 diversos casos particulares de daños; ha establecido en el artículo 221 una regla de penalidad fundada en el criterio del importe del daño, y ha concluido con una disposición general para todos los casos no comprendidos en los artículos anteriores. Creemos innecesaria esta articulación para proveer a la represión de ese delito, desde que los casos particulares caben dentro de los términos generales y de los límites de represión que fijamos en el artículo 223 del proyecto.”

En cuanto al proyecto de 1906 contiene los mismos artículos que se encuentran en el código vigente, pues fueron sancionados sin ninguna modificación. Las exposiciones de motivos de dicho proyecto y de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no se ocupan del asunto. Esta última se limita a decir que no ha introducido modificaciones sobre la redacción del proyecto de 1906.

257. El artículo 183 y sus concordancias.—

Artículo 183

Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 575.—Proyecto del doctor Tejeedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 6.º, artículo 1.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 345.—Código de 1886, 219, 221 y 222.—Proyecto de 1891, 223.—Proyecto de 1906, 200.

258. Contenido de la disposición.—El presente artículo es de carácter general y castiga todos los daños causados en la propiedad ajena.

Para caracterizar el delito es necesario tener en cuenta: 1.º El móvil; 2.º El objeto; y 3.º El daño mismo.

El agente debe haber tenido el propósito de perjudicar, sin el ánimo de beneficiarse ni de obtener una ventaja. Así, el que mutila el animal de otro nada más que por molestar al dueño; el que arranca el revoque del frente de una casa para incomodar a su propietario; el que al mudarse de domicilio ensucia de gusto las paredes o arranca los papeles o tapices sin objeto alguno, comete actos que la ley reprime como dañosos.

Si tuviera por objeto el agente apoderarse de las cosas o beneficiarse, habría incurrido en otro delito, según el caso, pues el daño sería sólo un medio y no una finalidad.

El objeto del daño puede ser: a) Una cosa mueble; b) Una cosa inmueble; y c) Un animal.

La cosa mueble, inmueble o semoviente debe ser total o parcialmente ajena. El que destruye, perjudica o inutiliza la cosa propia no comete un delito, sino que hace uso de un derecho. Todo esto salvo el caso de que para destruir lo propio haya recurrido a medios prohibidos por la alarma que se causa, el desorden que se produce o el peligro que representa. Así, el que en una ciudad o centro poblado quemare cosas de su pertenencia, podría ser castigado con las penas colocadas en la ley para los incendiarios.

El daño puede ejecutarse de diferentes maneras. El Código emplea las palabras: *destruyere, inutilizare o hiciere desaparecer*, y agrega que castiga al que, de cualquier modo, dañare. En consecuencia, la disposición es comprensiva de todos los casos.

La cosa objeto del delito debe tener algún valor, pues de otra manera no existiría un perjuicio. Ese valor puede ser puramente de afección.

259. Las reglas del Código Civil sobre daños.—En el Código Civil y en el capítulo destinado a los actos ilícitos se contienen reglas relacionadas con los daños. Así, en el artículo 1067, se dice:

“No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda

“causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”

Y el artículo 1068, agrega:

“Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona, o a sus derechos o facultades.”

Y el 1069, dice, a su vez:

“El daño comprende, no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fué privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras *pérdidas o intereses*.”

El ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. (Artículo 1071). El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama delito en el Código Civil.

260. La penalidad.—La pena consignada en el artículo es adecuada al delito a que se refiere. Desde que los daños pueden ser de distinta importancia y que se pueden referir a objetos muy distintos, es natural que se fijen márgenes amplios que permitan la consideración de todas las circunstancias. De aquí la disposición de una pena con un minimum de quince días y un maximum de un año.

261. El artículo 184 y sus concordancias.—

Artículo 184

La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.º Ejecutase el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;

2.º Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;

3.º Emplear substancias venenosas o corrosivas;

4.º Cometer el delito en despoblado y en banda;

5.º Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, artículo 346.—Código de 1886, 220.—Proyecto de 1906, 201.

262. Origen y contenido de la disposición.—El artículo contiene cinco incisos que se refieren a casos en los cuales la penalidad se aumenta por considerarse de mayor gravedad.

Esos preceptos fueron tomados del proyecto de 1906, el cual, a su vez, tuvo en cuenta al código derogado, el que los sacó del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

La pena es también de una gran elasticidad, porque, no obstante ser en general los casos señalados de mayor gravedad que los ordinarios no previstos especialmente, dentro de ellos mismos existen diferentes matices, los que deberán ser tenidos en consideración.

263. Ejecutarse el hecho para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones.—Los que se alzan públicamente para impedir la ejecución de las leyes o las resoluciones de los funcionarios incurren en el delito de sedición. (Artículo 230, inciso 2.º). La sedición supone un movimiento, una conmoción, lo que no ocurre en el caso en que no existe el alzamiento público.

Cuando la autoridad, esto es, la emanación de un poder público, toma determinadas resoluciones a los efectos de que se ejecuten,

el hecho de impedir el cumplimiento de las mismas agrava el daño, desde que debe suponerse que las medidas tomadas tienen por objeto un beneficio que se suspende o suprime.

En el caso del inciso lo principal no es el hecho de impedir el ejercicio de la autoridad, pues eso podría caer bajo el dominio del desacato, sino la circunstancia de ocasionarlo para que la autoridad no pueda llenar su cometido.

Así, un comisario de policía debe cruzar un río y un individuo para impedirlo o para vengarse de él, agujerea el único bote destinado al cruce. En ese caso el daño se habría realizado dentro de la prescripción del inciso.

264. Infección o contagio en aves u otros animales domésticos.—En el artículo anterior se establece que puede ser objeto del daño una cosa mueble o inmueble y un animal; en el inciso 2.º del presente artículo se aplica pena mayor cuando el daño consiste en infección o contagio en aves o animales domésticos.

La disposición sólo se dirige aquí a los domésticos en general y a las aves en particular.

La agravación es lógica porque la infección producida para dañar a uno solo o a varios puede ocasionar consecuencias de trascendencia para toda una comarca, y aun para un país.

El Código debió—anoto el olvido—aplicar el mismo castigo al caso de que la infección se hubiera producido sobre vegetales. Es sabido, en efecto, que éstos pueden ser objeto de pestes, plagas e infecciones en general, lo mismo que las personas y animales.

265. Empleo de substancias venenosas o corrosivas.—La agravación especial del inciso 3.º se computa cuando se usan para ejecutar el daño substancias venenosas o corrosivas.

El motivo del precepto reposa en el peligro que representa el empleo de esos elementos. Esta disposición rige para muchos

casos de sabotaje y también para la destrucciones o daños que se suelen verificar durante las huelgas, usándose ácidos para perjudicar máquinas u otros objetos.

La agravante depende aquí del medio empleado; de manera que siempre que se use para causar el daño deberá aplicarse la pena especial de la disposición.

*
* *

266. En despoblado y en banda.—Dos disposiciones contiene el inciso 4.º del artículo en estudio, castigándose especialmente: 1.º Al que cometiere el delito de daños en despoblado; y 2.º Al que lo ejecutare en banda.

Se ha tenido por objeto, en la primera parte de la disposición, proteger especialmente los productos rurales, siendo la misma concordante con la que se ha colocado al legislarse el delito de hurto, pues es sabido que se aumenta la pena cuando se consuma el hecho en los objetos dejados en el campo por necesidad.

Hay que tener en cuenta que muchas veces en la campaña se procede, para perjudicar al dueño de un inmueble, a destruirle e inutilizarle animales, plantas u otros objetos. Para proteger de manera más adecuada la propiedad rural, la cual por el hecho de su situación se encuentra menos amparada, se ha colocado el inciso.

El concepto de *banda* ha sido estudiado al tratarse el inciso 2.º del artículo 167, de manera que basta aquí con hacer la referencia.

La razón de haberse consignado esta agravante es la misma que se ha tenido para colocarla en el capítulo sobre robo.

*
* *

267. El daño agravado por razón del lugar en que se ejecuta.—El inciso 5.º del artículo establece una penalidad mayor para el delito de daño cuando éste se ejecuta en determinados lugares. Ellos son: a) Archivos; b) Registros; c) Bibliotecas; d) Museos;

e) Puentes; f) Caminos; g) Paseos; h) Bienes de uso público; i) Tumbas; j) Signos conmemorativos; k) Monumentos; l) Estatuas; ll) Cuadros; y m) Otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos.

El precepto tiene, a pesar de que para la enumeración he agrupado sin distinciones las diferentes enunciaciones del artículo, dos partes distintas.

En la primera se refiere al daño ejecutado en diferentes lugares, cuyos bienes son de uso público, esto es, destinados al servicio de todos. La ley enumera los caminos, puentes, archivos, etc., pero no contiene una enunciación excluyente, desde que se refiere a otros bienes no designados en el precepto.

En la segunda parte el daño se supone en objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos. La disposición enumera también, puesto que menciona cuadros y estatuas, pero no excluye, por cuanto en general se refiere a todos los objetos de arte colocados en lugares o edificios públicos.

La agravación especial para estos casos se explica por sí misma.

XIV

Disposiciones generales a los delitos de hurto, defraudación y daños

268. CONTENIDO DEL CAPÍTULO.—269. EL ARTÍCULO 185 Y SUS CONCORDANCIAS.—270. PROYECTO DEL DOCTOR TEJEDOR.—271. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA.—272. PROYECTO DE 1891.—273. PROYECTO DE 1906.—274. LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO Y LA EXTENSIÓN DE LAS MISMAS.—275. CÓNYUGES, ASCENDIENTES, DESCENDIENTES Y AFINES EN LÍNEA RECTA.—276. CONSORTE VIUDO.—277. HERMANOS Y CUÑADOS.—278. EXTRAÑOS PARTICIPANTES.—279. RESTITUCIÓN DE LA COSA.

•
* *

268. Contenido del capítulo.—El capítulo octavo que es el último del título sexto de la parte especial, contiene un solo artículo, el que consigna excepciones para ciertas personas con respecto a los delitos de hurto, defraudación y daños.

El capítulo se titula "Disposiciones generales", pero no alcanza a todos los delitos contra la propiedad como resulta de su texto.

La disposición del Código tiene antecedentes, que estudiaré al examinarla.

*
* *

269. El artículo 185 y sus concordancias.—

Artículo 185

Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

- 1.º Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;
- 2.º El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;
- 3.º Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

CONCORDANCIAS.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro primero, título octavo, § 7.º, artículo 1.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 335.—Código de 1886, 223 y 224.—Proyecto de 1906, 202.

*
* *

270. Proyecto del doctor Tejedor.—En el proyecto del doctor Tejedor se declaraba exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1.º A los cónyuges y los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea; 2.º Al consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; y 3.º A los hermanos y cuñados si viviesen juntos.

La nota respectiva expresa:

“Una idea de moralidad—dice Pacheco,—una idea que se deriva de la buena noción de la familia, de los lazos que la constituyen, de los derechos y deberes que la forman, es la idea que ha presidido en todas las legislaciones cuando se ha pre-

“ceptuado lo que dispone nuestro artículo. Entre los cónyuges, entre los ascendientes y descendientes, entre los hermanos y cuñados cuando viven juntos, no se da acción criminal de hurto, de defraudación, ni daño. La ley permite, y no podría menos de permitir entre ellos la civil, pero niega el proceso, niega la posibilidad a la criminal. No hay hurto, no hay daño, no hay defraudación. Habrá derecho a indemnizaciones y a reintegros, pero no a otra cosa. Ni el despojado podrá querellarse, ni el ministerio público podrá acusar, ni el juez podrá proceder de oficio. La legislación romana daba la acción llamada *rerum amotarum*. (T. 3, p. 422).

“Según el Código de Baviera las subtracciones cometidas entre esposos, o hermanos y hermanas, padre e hijos, parientes que viven en familia o pupilos en perjuicio de sus tutores, padres adoptivos o institutores, no serán perseguidas judicialmente, ni castigadas sin previa denuncia de la persona robada, o del jefe de la familia en cuyo poder se hallan los culpables. (Art. 228). Cuando el robo se comete—dice el Comentario Oficial—entre personas a quienes los une los vínculos de la sangre u otras relaciones de familia, el legislador debe respetar el secreto doméstico hasta que la parte perjudicada se queje a la autoridad.”

*
* *

271. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García la disposición análoga no se encontraba en un capítulo especial referente a varios de los delitos contra la propiedad, sino en el artículo 335 del capítulo sobre estafas. El precepto decía:

“Están exentos de responsabilidad criminal, y sujetos únicamente a la civil por las estafas que recíprocamente se causen, los cónyuges, los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea y los hermanos; pero esta dispensa individual no alcanza a las demás personas que hubieran cooperado al delito.”

El código de 1886 contiene en los artículos 223 y 224 disposiciones iguales a las que trae el código vigente con el precepto en estudio.

272. **Proyecto de 1891.**—El criterio de la ley anterior, mantenido en el Código, fué cambiado en el proyecto de 1891, el que contenía en el capítulo IX sobre disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad, dos artículos: el primero se refería al valor del daño o de la cosa objeto del delito, y el segundo a una exención de pena especial.

Este último, que es el 225 de ese proyecto, dice:

“Quedará exento de pena el agente de alguno de los delitos previstos en este título, con excepción del robo, la extorsión y la usurpación con violencia en las personas, si antes de iniciarse el procedimiento judicial contra él, restituyere espontáneamente el objeto en que se cometió el delito, e indemnizare todos los perjuicios causados, o si, en caso de no ser posible la restitución, resarciere íntegramente al perjudicado.”

La exposición de motivos, fundándolo, expresa:

“El artículo 225 introduce una disposición enteramente nueva en nuestra legislación y en los proyectos formulados en nuestro país, pero que no es una novedad en la ciencia y en la legislación general; la de que la reparación del daño, en ciertos delitos contra la propiedad en que es posible que sea completa, por tratarse de formas de delincuencia que no causan otra lesión que la del derecho de propiedad, atenúe o exima de pena, mediante algunas otras circunstancias concurrentes a la reparación. A semejanza de lo que ocurre en la retractación de una injuria, en el matrimonio del autor con la víctima en algunos delitos contra la honestidad, si todo el mal puede ser reparado en ciertos delitos contra la propiedad, alguna eficacia debe atribuirse a esta reparación relativamente a la pena. Si la restitución de lo robado es espontánea, si el delincuente la verifica antes de iniciarse el procedimiento judicial alguno, debe admitirse que predomina en él un impulso de arrepentimiento que da indicio de cierta condición honesta en su personalidad, motivo que disminuye considerablemente el interés que la sociedad tendría en la represión. Los temores de repetición del delito desaparecen, porque no se concibe un ladrón que sea tal, sólo para efectuar en seguida la reparación o restitución de lo robado. No tener en conside-

“ción alguna el arrepentimiento, la reparación y la restitución, es mantener los rigores de una injusticia implacable, que castiga *quia peccatum*, cualquiera que sea la utilidad social. Directa o indirectamente, casi todas las leyes penales conceden alguna atenuación, cuando no exclusión de pena, al esfuerzo espontáneo por la reparación del mal del delito. Aun el Código Penal ha declarado en el inciso 5.º del artículo 83, la circunstancia atenuante de *haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir su consumación*. Esto es ya la mitad del camino para llegar a nuestra conclusión. Si el sólo hecho de *haber procurado reparar el mal*, lo que admite la posibilidad de que el esfuerzo no haya sido seguido del éxito, causa atenuación, bien que puede llegarse, cuando la reparación es completa, a una exención de pena. Se dirá que se trata de un delito ya consumado, de una acción ilícita y punible ya perfecta, cuya delincuencia no puede desaparecer por la conducta posterior del delincuente, la cual, en el mejor de los casos, sólo podría justificar una disminución de pena. Esta lógica es buena; pero puede ceder ante la mayor conveniencia social. Si el delincuente arrepentido y pronto a reparar el mal, tiene que elegir entre ocultar su delito exponiéndose a una pena mayor y confesarlo con la seguridad de sufrir una pena menor, es posible que opte por lo primero. Preferible será, pues, incitarlo por la seguridad del perdón, que, al fin, traerá mayor bien particular y general; y por eso consignamos en el proyecto la exención de pena.”

273. **Proyecto de 1906.**—El proyecto de 1906 volvió al sistema anterior, y el artículo 202 es igual al que contiene el código vigente, con el número 185 y análogo a los correspondientes preceptos del código de 1886, inspirado en el proyecto del doctor Tejedor.

La exposición de motivos no fundamentó los cambios, ni dijo nada al respecto.

Tampoco se ocupó del asunto la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

Veamos, ahora, el alcance y los fundamentos del artículo.

* *

274. Las excepciones del artículo y la extensión de las mismas.

—Se consagran en el precepto excepciones para determinadas personas respecto a los delitos de hurto, defraudación y daño, esto es, con referencia a algunos de los delitos contra la propiedad, dejando de comprenderse el robo, la usurpación y la extorsión, y no incluyéndose tampoco a los quebrados fraudulentos o culpables.

El doctor Padró (1) dice que, a pesar de ser generales las disposiciones del capítulo, o sea comprensivas de todos los delitos legislados en el título, llama la atención que al establecerse la excepción a la imputabilidad común se mencionen únicamente el hurto, la defraudación y el daño.

Agrega que, aun cuando se ha repetido reiteradamente que en materia penal no caben interpretaciones que no se ajusten a los términos claros y expresos de la ley, no habrá que forzar mucho la letra del artículo para involucrar el robo, la extorsión, la estafa, la acción contra los deudores punibles y la usurpación, ya que, no sólo en su espíritu, sino implícitamente en su contexto, se halla incluida la eximente de responsabilidad con respecto a estos delitos. Es cierto—dice también—que hubiera sido mejor una enumeración completa a fin de alejar toda duda respecto a si la exención se refiere sólo al hurto, a la defraudación y al daño, o a todos los otros delitos contra la propiedad, pero como el artículo repite el 223 del código de 1886, bastará tomar en consideración las reflexiones del Comentario Oficial a esta última disposición.

Se refiere en seguida a la nota correspondiente del proyecto del doctor Tejedor, que antes se ha transcripto, y en la cual se habla de robo. El Comentario Oficial citado en esa nota puesta al pie del artículo correspondiente del proyecto del doctor Tejedor, es el del código de Baviera.

No comparto la opinión anterior, y entiendo que cuando el artículo del Código señala una excepción debe tomarse a la letra, sin que sea posible ampliarla por medio de interpretaciones.

Por lo demás, el proyecto del doctor Tejedor, seguido por el código de 1886, se refería sólo a los hurtos, defraudaciones y daños,

(1) Nuevo Código Penal argentino explicado, página 108.

y en la nota se invoca la opinión de Pacheco, que también se ciñe a estos delitos. La excepción no se hacía extensiva tampoco a los casos de incendio, ni de estragos, los cuales delitos se comprendían entre los atentados contra la propiedad y no contra el orden público, como lo hace el código vigente.

Recordaré una vez más que el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García sólo comprendía en la excepción los delitos de estafa.

Las disposiciones de nuestro artículo tienen su origen en los códigos de España y del Perú, donde se contienen en términos análogos y no se extienden a todos los delitos contra la propiedad, sino solamente a los que se enumeran en el artículo del código en vigor.

Groizard, explicando el alcance del precepto concordante del código español, dice (1):

“ Entrando en este terreno, la primera cuestión que a nuestro estudio se presenta, es determinar la clase de delitos a que debe alcanzarse esta especial irresponsabilidad.

“ Nuestra ley la extiende a los de *hurtos, defraudaciones y daños*. La reseña que acabamos de hacer demuestra que el beneficio se aplicó sólo por las legislaciones históricas a las subtracciones. Los códigos contemporáneos no están conformes en este punto; unos concretan la excepción al delito de hurto; otros comprenden en ella, además las defraudaciones, y la mayor parte, concordando con nuestra ley, la llevan a los hurtos, defraudaciones y daños.

“ Los de Francia, Austria, Portugal y de los cantones del Valais, Ginebra y Neuchâtel. forman el primer grupo; los de Bélgica, Alemania, Méjico, Hungría y de los cantones de Berna, Zurich y el Tesino, el segundo, y constituyen el último los del Perú, Chile, Paraguay, Países Bajos, Guatemala, Uruguay, Italia, Colombia, Honduras y Venezuela.

“ Nada tenemos que añadir, en justificación del precepto que prohíbe el ejercicio de la acción penal por el hurto entre determinados parientes, después de cuanto hemos escrito para fundamentar esta opinión, combatiendo a los que sostienen la no concurrencia en esta clase de hechos de todos los elementos característicos de las subtracciones. Pero no podemos menos

(1) El código español de 1879. Tomo VIII, página 312.

“ de decir algo sobre la conveniencia de hacer extensiva la regla
 “ a los delitos de fraude, toda vez que, sobre este punto, no existe,
 “ como sobre aquel otro, la misma unanimidad de opiniones ni de
 “ preceptos legales.

“ Los delitos de fraude se compadecen con los de hurto en el
 “ propósito que les da vida: el lucro. Los procedimientos de eje-
 “ cución son diversos, pero desde el punto de vista de la moral
 “ y la ley racional, tienen estrechas conexiones. El ladrón se
 “ apodera del objeto por medio de la astucia, el estafador se lo
 “ hace entregar utilizando el engaño. Las mismas razones que
 “ aconsejan cuando el hijo subtrae las cosas del padre, no
 “ comience un proceso que hiera e infame a la vez al autor de la
 “ acción, al ofendido y a la familia entera, con igual o quizás con
 “ mayor apremio requieren se evite el encausar al que, por me-
 “ dios artificiosos, defrauda al autor de sus días, abusando de su
 “ cariño, de su confianza, de su credulidad y de los medios y oca-
 “ siones que le ofrece la vida en común; y claro es que lo que del
 “ hijo respecto del padre decimos, tiene perfecta aplicación a las
 “ estafas que pudiese el padre causar al hijo o consumir un
 “ cónyuge en perjuicio de otro.”

Agrega el mismo autor que no es tan fácil la demostración
 respecto a los daños, siendo por eso que muchos códigos no han
 contenido la excepción al respecto.

Puede, así, notarse que la enumeración no ha sido caprichosa,
 y que no existen omisiones involuntarias sino perfectamente pen-
 sadas y acordes con los precedentes legislativos.

Los motivos por los cuales se consigna la excepción en los
 casos del artículo, se basan en la comunidad de hecho que existe
 entre ciertos parientes; en la falta de alarma social cuando se
 produce una substracción entre ellos; en la ausencia de interés en
 el castigo; en la inconveniencia de dar curso a querellas que pue-
 den reflejar tan sólo conflictos circunstanciales de familia y en los
 lazos que la constituyen. Estas bases se discuten, aceptándose unas
 u otras por los diferentes autores.

Se explica que no se comprenda en la exención a los parientes
 que cometieren robo o extorsión, porque en uno y otro caso existe
 violencia física o moral, y el individuo que emplea esa clase de
 armas contra las personas a las cuales les debe especial considera-
 ción o respeto, revela una peligrosidad mayor que no puede am-

pararlo para eximirlo, sino, por el contrario, para agravar la
 situación corriente.

Examinaré ahora los incisos del artículo donde se enumeran
 los parientes exceptuados.

*
* *

**275. Cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea
 recta.**—El primer inciso se refiere a los cónyuges, ascendientes,
 descendientes y afines en la línea recta. Comprende los hurtos,
 defraudaciones y daños que se hicieren esas personas entre sí.
 Exime, por tanto, al esposo con relación a la esposa y recíproca-
 mente, al padre, a los abuelos y a los hijos. La exención no
 alcanza a los padres adoptivos, ni a los parientes colaterales, salvo
 el caso del inciso 3.º del mismo artículo.

En cuanto a los afines sólo comprende a los de la línea recta,
 esto es, suegros, yernos y nueras. La prescripción respecto a esos
 parientes políticos es perfectamente sensata dada la organización
 familiar y el hecho de que el suegro es a su vez padre de uno de
 los esposos y abuelo en caso de haber descendencia, de manera
 que, como ascendiente, está comprendido en la excepción, la que
 sólo era preciso colocar especialmente también con respecto al
 cónyuge con el cual no se tienen vínculos de sangre.

*
* *

276. Consorte viudo.—El artículo, en su inciso 2.º, ampara al
 cónyuge sobreviviente respecto de las cosas de la pertenencia de
 su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.

Groizard (1), fundando el inciso del código español, igual al
 nuestro, dice:

“ La muerte de uno de los cónyuges engendra un estado tran-
 “ sitorio en el patrimonio de la familia, que aconseja mantener la
 “ exención de responsabilidad criminal respecto de las cosas de

(1) El código español de 1870. Tomo VIII, página 319.

“ la pertenencia del cónyuge difunto, mientras no hayan pasado
 “ a poder de otro. Para los efectos de la ley penal, sólo cuando
 “ esto suceda, los bienes matrimoniales adquieren el carácter de
 “ cosa ajena. Este principio prevalece sin contradicción en los
 “ códigos vigentes, y su justicia fué ya proclamada por el derecho
 “ romano al negar la acción de hurto contra la mujer después
 “ de muerto el marido, respecto de las cosas pertenecientes a la
 “ herencia, cuando no están por nadie poseídas. La inacción del
 “ ministerio público respecto del cónyuge viudo, tratándose de
 “ bienes de una herencia yacente, no puede, con fundado motivo,
 “ ser objeto de impugnación.”

277. Hermanos y cuñados.—El inciso 3.º del artículo los exime recíprocamente cuando vivieren juntos. La condición de la exención deriva del hecho de que esas personas vivieren juntas. Se tiene en cuenta para eso, que los hermanos y los cuñados, si bien son parientes consanguíneos o afines muy cercanos, mantienen el mismo hogar mientras no se han independizado y establecido por separado, formando familias distintas.

Cuando esa separación se ha producido, la eximente especial no se computa, aplicándose las reglas ordinarias.

278. Extraños participantes.—La última parte del artículo se refiere a los extraños que participen del delito, y para ellos no concurre la eximente. En los proyectos anteriores y en el código de 1886 se contenía esa disposición en artículo especial.

Nuestro código ha adoptado en general la regla de la incommunicabilidad de las circunstancias particulares a los partícipes en el artículo 48, de manera que ha sido en esta parte consecuente con su principio.

Los fundamentos en cuanto al artículo especialmente se refie-

ren, se encuentran en la nota correspondiente del proyecto del doctor Tejedor, donde se expresa:

“ Reos de un hurto, de una estafa, de un daño cualquiera—
 “ dice Pacheco,—pueden ser muchas personas: ora que todas ellas
 “ sean autores, ora que sean cómplices, encubridores, etc., del
 “ delito. La ley, pues, no ha querido que quede duda en lo que
 “ ha de ser el derecho para ellos, cuando unos se encuentran en
 “ el caso de este artículo y otros no. La ley ha pensado que la
 “ excepción de que se trata ha de ser meramente personal, no
 “ pudiendo extenderse de un compañero a otro compañero. Ha
 “ obrado con justicia en pensarlo, y no menos en declararlo.
 “ expresamente para evitar dificultades.

“ El como quier—decían las Partidas—que el furto que ficiere
 “ el fijo al padre, o el nieto al abuelo, o la mujer al marido...
 “ que no lo pueden demandar a alguno de ellos en juicio como
 “ a ladrón, con todo esto decimos que si alguno de ellos lo ficiere
 “ con ayuda que otro le diese, o con consejo que fuese atal que por
 “ razón de aquel se moviese a facer el furto, el que el fijo
 “ nin alguno de los otros non lo fizieren de otra quiza; entonce a
 “ tales ayudadores puede ser demandada la cosa del furto, magüer
 “ la cosa furtada non pasase a su poder; esto es, porque ovieron
 “ muy gran culpa. Ca si el ayuda o el consejo que ellos dieron
 “ non fuese, pudiera ser que non fuera fecho aquel furto.”

279. Restitución de la cosa.—En el proyecto del doctor Tejedor, en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García y en el código de 1886, se establecía que las penas señaladas en el título de los delitos contra la propiedad, se deben aplicar sin perjuicio de la restitución de la cosa sustraída o defraudada.

Nuestro código, con el propósito de metodizar mejor, ha reservado para la parte general las disposiciones de ese carácter, y por eso la regla relacionada con la restitución de la cosa obtenida por el delito o el pago de su equivalente se contiene en el artículo 29, inciso 2.º.

Diré, por fin, que la indemnización del daño a que se refieren los artículos 29 y siguientes debe hacerse sin perjuicio de la aplicación del castigo al delincuente.

XV

**Delitos contra la propiedad
intelectual e industrial**

280. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL PROYECTO DE 1891 Y EN EL DEL DOCTOR TEJEDOR. — 281. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN EL PROYECTO DE 1891. — 282. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE 1891. — 283. PROYECTO DE 1906. — 284. OPINIÓN DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE DIPUTADOS.

•
• •

280. Delitos contra la propiedad intelectual en el proyecto de 1891 y en el del doctor Tejedor.—El proyecto de 1891, en el capítulo VII del título sobre delitos contra la propiedad se ocupaba de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Se reprimía en el artículo 221 con multa de mil a cuatro mil pesos, al que, sin consentimiento del autor o de su sucesor, reprodujere una obra literaria, científica o artística, o explotare un invento o descubrimiento ajeno, a menos que la propiedad exclusiva de la obra, invento o descubrimiento se encuentre extinguida. Esa disposición comprende la representación de piezas teatrales.

Ese delito se encontraba previsto en el proyecto del doctor Tejedor y en el último artículo del capítulo sobre estafas y otras defraudaciones. Decía así:

“ El que publicase una producción literaria sin consentimiento de su autor, sufrirá una multa de veinticinco a quinientos

“ pesos fuertes, si no hubiese expendido ningún ejemplar. En caso contrario se duplicará la multa, sin perjuicio del comiso.

“ En las mismas penas incurrirán los que, sin consentimiento del autor, representen o hagan representar una obra dramática, o publiquen sus invenciones en ciencias o artes.”

En la nota respectiva, se decía:

“ La declaración de la propiedad literaria e industrial pertenece a leyes especiales. En esas leyes es donde debe buscarse su definición y sus condiciones. Aquí no tenemos que ocuparnos de nada de eso, sino de la sanción con que las garantiza el Código Penal. La legislación que rige esta materia es enteramente moderna. Las leyes romanas nada dicen a este respecto.”

La nota termina consignando varias citas de autores.

*
*
*

281. Delitos contra la propiedad industrial en el proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 castigaba en el artículo 222, con multa de quinientos a dos mil pesos:

1.º El que falsificare o adulterare de cualquier modo una marca de fábrica o de comercio;

2.º El que pusiere sobre sus productos o sobre los efectos de su comercio, una marca ajena;

3.º El que vendiere, pusiere en venta o se prestare a vender o a circular artículos con marca de fábrica o de comercio falsificada o fraudulentamente aplicada;

4.º El que hiciera uso, sin derecho, del nombre de un comerciante, o de una razón social, o de la muestra o designación de una fábrica o de una casa de comercio.

Las concordancias de este artículo se encuentran en la ley especial sobre marcas de fábrica.

*
*
*

282. Fundamentos del proyecto de 1891.—La exposición de motivos fundó el capítulo, diciendo:

“ Introducimos en el mismo título las disposiciones penales de los *delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, respecto de los cuales no contiene el código vigente prescripción alguna, no obstante haberla tenido su antecedente el código Tejedor. Esto último indica claramente que los legisladores no incurrieron en una omisión, sino que decidieron una reforma, la de que el Código Penal guardara silencio sobre la propiedad intelectual e industrial. Respecto de la última, se comprende que, dado el sistema observado de no incluir en el Código las disposiciones penales que ya existían en leyes especiales, se haya considerado que éstas bastaban; pero, no existiendo en ley alguna especial ni general la penalidad de los delitos contra la propiedad literaria o artística, no se alcanza por qué razones se derogó el artículo 342 del código Tejedor. ¿Acaso porque una ley no había fijado, como no ha fijado aún, el término de la propiedad literaria? Creemos que la fijación del término de la propiedad literaria es una restricción que la ley puede imponer en conformidad con el artículo 17 de la Constitución; pero no puede sostenerse que la propiedad literaria o artística no exista mientras la ley no fije el término de su duración. La disposición constitucional no puede tener otro objeto, como todas las leyes referentes a la propiedad literaria, que limitar en beneficio general el derecho de propiedad, que es exclusivo y anterior a toda ley escrita. Si algo puede ser objeto de discusión en esta materia, no es, precisamente, si la propiedad intelectual existe, sino si es justo que el carácter general de perpetua y exclusiva, inherente a la propiedad de todas las cosas, ceda ante una razón de otro orden. En consecuencia de estos principios, consignamos en el artículo 221 del proyecto, en términos análogos al 342 del código Tejedor y demás concordantes indicados al pie del artículo, la represión del que, sin consentimiento del autor o de su sucesor, reprodujere una obra literaria, científica o artística, o explotase un invento o descubrimiento ajeno, a menos que la propiedad exclusiva de la obra, invento o descubrimiento, se encuentre extinguida.

“ El artículo 222 prevé los casos de delito contra la propiedad industrial, teniendo en consideración los que pueden ocurrir en esta materia, para lo cual hemos tenido presente las diversas disposiciones penales contenidas en las leyes especiales de patentes y marcas de fábrica y de comercio.”

*

283. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 siguió el ejemplo del de 1891, y estableció en el artículo 199:

“Será reprimido con multa de mil a diez mil pesos:

“1.º El que sin consentimiento del autor, o de su sucesor, reprodujere una obra literaria, científica o artística, o explotare un invento o descubrimiento ajeno, a menos que la propiedad exclusiva de la obra, invento o descubrimiento, se encuentre extinguida. Esta disposición comprende la representación de piezas teatrales;

“2.º El que falsificare o adulterare una marca de fábrica o de comercio;

“3.º El que pusiere, sobre sus productos o sobre los efectos de su comercio, una marca ajena;

“4.º El que vendiere, pusiere en venta, o se prestare a vender o a circular, artículos con marca de fábrica o de comercio falsificada, o fraudulentamente aplicada;

“5.º El que hiciera uso, sin derecho, del nombre de un comerciante, de una razón social, o de la muestra o designación de una fábrica o de una casa de comercio.”

La exposición de motivos, dijo al respecto:

“Castigamos en el capítulo séptimo los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La comisión no se explica por qué la propiedad intelectual, la más querida tal vez por su dueño, no es protegida por la ley penal a la par de cualquier otra. El inconveniente no puede nacer del precepto constitucional, porque éste, en vez de desconocer afirma la propiedad de esta clase, y si bien es cierto que autoriza su limitación en cuanto al tiempo, no es menos cierto que la propiedad existe y que ella tiene un carácter permanente, mientras no se dicte la ley reglamentaria. Proponemos, pues, en virtud de estas ideas, que se castiguen los atentados contra la propiedad intelectual en la extensión y por las causas que expresamos en el artículo 199.

“Respecto de la propiedad industrial hemos incorporado al proyecto las disposiciones respectivas de la ley de marcas y pa-

“tentes, amoldándolas a los principios generales que han presidido la confección de nuestro trabajo y sometiéndolas a una revisión esmerada.”

*

* *

284. Opinión de la comisión especial de diputados.—Al redactarse el Código por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no se incluyó el capítulo sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

La exposición de motivos fijó el criterio que tuvimos para no ocuparnos del asunto, en los siguientes términos:

“La comisión ha pensado que todas las previsiones de este capítulo deben ser suprimidas del Código Penal. Si bien se persigue la unidad de la legislación represiva, no es menos cierto que debe buscarse esa unidad con relación a los delitos y no con respecto a las infracciones que emergen de la misma ley que las establece. La materia de marcas de fábrica está legislada en una ley especial y es en el articulado de esa ley donde deben encontrarse las represiones necesarias, tal como hoy se hallan consignadas. Por esas consideraciones la comisión ha preferido dejar esa materia a la ley especial de marcas de fábrica y comercio.

“Los atentados a la propiedad intelectual, también se reprimen en la ley respectiva.”

XVI

Incendios y otros estragos

285. CONTENIDO DEL TÍTULO. — 286. EL INCENDIO EN EL PROYECTO TEJEDOR. — 287. LOS ESTRAGOS EN EL PROYECTO TEJEDOR. — 288. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA. — 289. CÓDIGO DE 1886. — 290. PROYECTO DE 1891. — 291. PROYECTO DE 1906. — 292. REDACCIÓN ACEPTADA POR LA COMISIÓN DE DIPUTADOS. — 293. EL ARTÍCULO 186 Y SUS CONCORDANCIAS. — 294. INCENDIO, EXPLOSIÓN O INUNDACIÓN. — 295. CUÁNDO ES DELITO EL INCENDIO. — 296. EL PELIGRO PÚBLICO. — 297. — EL PROPÓSITO. — 298. PELIGRO COMÚN PARA LOS BIENES. — 299. EL CASO DE INUNDACIÓN. — 300. DEFENSA DE LA PROPIEDAD RURAL. — 301. ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN. — 302. INCENDIO O DESTRUCCIÓN. — 303. CEREALES EN PARVA, GAVILLAS O BOLSAS, O DE LOS MISMOS NO COSECHADOS. — 304. BOSQUES, VIÑAS, OLIVARES, CAÑAVERALES, ALGODONALES, YERBATALES O CUALQUIER OTRA PLANTACIÓN DE ÁRBOLES O ARBUSTOS EN EXPLOTACIÓN, YA SEA CON SUS FRUTOS EN PIE O COSECHADOS. — 305. GANADO O SUS PRODUCTOS. — 306. LEÑA O CARBÓN DE LEÑA. — 307. ALFALFARES O FORRAJES. — 308. PRODUCTOS CARGADOS, PARADOS O EN MOVIMIENTO. — 309. DEFICIENCIAS DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL INCISO 2.º. — 310. LA PENA PARA EL DELITO. — 311. PELIGRO PARA DETERMINADOS ESTABLECIMIENTOS. — 312. PELIGRO DE MUERTE PARA ALGUNA PERSONA. — 313. MUERTE DE UNA PERSONA. — 314. EL ARTÍCULO 187 Y SUS CONCORDANCIAS. — 315. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN. — 316. EL ARTÍCULO EN EL CÓDIGO ESPAÑOL. — 317. INMERSIÓN O VARAMIENTO DE NAVE. — 318. DERRUMBAMIENTO DE EDIFICIO. — 319. INUNDACIÓN DE MINA O CUALQUIER OTRO MEDIO PODEROSO DE DESTRUCCIÓN. — 320. EL ARTÍCULO 188 Y SUS CONCORDANCIAS. — 321. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN. — 322. DESTRUCCIÓN DE CIERTAS OBRAS. — 323. SUBSTRACCIÓN, OCULTACIÓN O

INUTILIZACIÓN DE MATERIALES, INSTRUMENTOS U OTROS MEDIOS DE EXTINCIÓN O DEFENSA. — 324. EL ARTÍCULO 189 Y SUS CONCORDANCIAS. — 325. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO. — 326. ORIGEN Y ALCANCE DEL PRECEPTO.

*
*
*

285. Contenido del título.—El título de los delitos contra la seguridad pública se compone de cuatro capítulos, que se ocupan, respectivamente, de: incendios y otros estragos; delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación; piratería y delitos contra la salud pública.

Siguiendo el orden marcado en el Código empezaré por referirme a los incendios y otros estragos. El capítulo se ocupa de dos delitos distintos: los incendios y los estragos, fijando las penas para unos y otros.

En el estudio de los antecedentes, que considero necesario verificar antes del examen de las disposiciones en particular, nos encontraremos con una serie de normas que fijan caracteres y ponen de manifiesto la evolución sufrida en esta materia.

*
*
*

286. El incendio en el proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor, se ocupaba de los incendios y otros estragos en el capítulo 5.º del título de los delitos contra la propiedad.

El primer artículo establecía:

“El que de propósito incendiare edificio, buque o lugar habitado, arsenal, parque de artillería, almacén de pólvora o astillero, sufrirá de diez a quince años de presidio o penitenciaria. Si resultase uno o más muertos se aplicará la pena de muerte.”

La nota respectiva, decía acerca del asunto en general:

“Este delito, que tiene por consecuencia la destrucción de la propiedad ajena, y que puede comprometer también la vida, no se presenta en los pueblos antiguos como un crimen distinto de caracteres particulares. Casi siempre es considerado como el

“accesorio de otros atentados, como el homicidio, las heridas, la violación del domicilio, &a., y aun muchas veces se le confunde con el asesinato y el robo.

“Los romanos hicieron del incendio un crimen particular, pero sus leyes entraron en muy pocos desenvolvimientos a este respecto. Se ocupan más bien del robo que se comete durante el incendio que del crimen mismo de incendio. Al principio no se hizo más que esta distinción. Si se ponía fuego a una casa que tenía un montón de trigo, a sabiendas y con intención, el culpable era encadenado, azotado y aun quemado, *victus, verberatus, igni necari jubetur*. Si por el contrario, había obrado por inadvertencia y sin intención, debía sólo reparar el daño, o si era insolvente sufrir un ligero castigo. Más tarde se distinguió entre el incendio que tenía lugar en las ciudades o en el campo. En las ciudades el culpable tenía pena de muerte a fuego, y aun a veces esta muerte era simple, sin agravación... En el campo el incendiario era castigado menos severamente, *aliquo lenius*, aunque no se dice en qué consistía esta moderación. Otras veces la calidad de la cosa incendiada era causa de agravación de la pena, como cuando se ponía fuego a las mieses de Africa.

“En la edad media el crimen de incendio se consideró menos como un daño privado que como un atentado contra la paz pública. Pero sólo fué objeto de disposiciones insuficientes. La práctica acabó por distinguir dos clases de incendio: el incendio grave, que se cometía de noche, ejecutado por malhechores peligrosos, y el incendio simple. En el primer caso, el culpable era castigado con la pena de la rueda o del fuego, y el incendio simple con la pena de la cuchilla.”

Se castigaba, además, el incendio de otros objetos y se tenía en cuenta para fijar la pena el valor de las cosas incendiadas y el peligro de la propagación.

*
*
*

287. Los estragos en el proyecto Tejedor.—El proyecto del doctor Tejedor castigaba, respectivamente, con las mismas penas señaladas para los incendiarios, al que causare estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, explosión de mina, bomba o

máquina a vapor, inundación u otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados.

La nota expresaba:

“ Los medios de criminalidad contenidos en este artículo— dice Pacheco—no son tan fáciles como el incendio, ni se ven tan comúnmente en el mundo. Sin embargo, no son imposibles, se han realizado alguna vez, y debe prevenirlos y castigarlos la ley. Esta lo ha hecho refiriéndolos al género de estragos que es análogo y más usual, al del incendio.”

Las palabras de Pacheco, transcriptas en la nota del doctor Tejedor se insertan por Groizard (1) al empezar el estudio del capítulo sobre incendios y otros estragos, haciendo notar que las circunstancias han cambiado tanto en algunos años, que los medios de delinquir que eran para Pacheco novelescos, son hoy tremendas realidades. El párrafo de Pacheco que no inserta Tejedor, dice así:

“ Por regla general estos delitos, aunque posibles, son más novelescos que reales.”

El proyecto del doctor Tejedor castiga también al que fuese sorprendido con bomba de incendio, mezcla u otro preparativo, conocidamente destinado para incendiar o causar algunos de los estragos indicados en el capítulo.

Declara, por fin, que el culpable de incendio o estrago no se eximirá de las penas impuestas, aunque para cometer el delito hubiese incendiado o destruído bienes de su propiedad.

La nota a este artículo, decía:

“ ¿Comete delito el que incendia o destruye sus propios bienes? No: la ley no puede señalar semejantes acciones como criminosas. Si la moral las condena, la legislación no debe llevar tan allá ni sus rigores, ni aun sus previsiones. Pero el que incendia lo suyo puede exponerse a incendiar lo ajeno. El fuego es un instrumento indomable que no se maneja a mera voluntad.

“ Quien incendia una casa, incendia o puede incendiar la vecina; quien pone fuego a un bosque lleva tal vez la destrucción al bosque inmediato. El derecho, pues, de los dueños a incendiar sus propiedades tiene que someterse a las reglas del bien común, a otros derechos que la enfrenan y limitan. Existirá donde su ejercicio no puede causar daño; no existirá, será

“ un delito verdadero, donde los incendios puedan propagarse a cosas de la propiedad ajena. De semejante doctrina se deriva el precepto del artículo que examinamos. No es defensa, para salvar a un incendiario, la de decir que el fuego ha consumido objetos suyos; no lo es, siquiera, la de que el fuego haya consumido por éstos. Los derechos dominicales son muy respetables, pero más lo son para cualquiera, los derechos ajenos, los derechos de la sociedad.

“ ¿Y si hubiese alguno tan neciamente perverso—dice otro autor español—que incendiase su misma casa dentro de poblado y habitándola él mismo, cuál sería su pena? Según la letra de la ley (se refiere a la ley 1, título 2, libro 8, Fuero Juzgo) ninguna, porque no enciende *casa ajena*; según su espíritu, la misma de cualquier otro incendiario, pues que las consecuencias pueden ser igualmente puestas en ambos casos, a más de que el legislador no puede prever tan insigne rasgo de locura o de malicia; “y no se fassen leyes sobre cosas que pocas veces acaecen.” (L. 26, tít. 24, P. 7). Si el propietario quemase su casa tomada en arrendamiento y habitada por otro, no puede caber “duda en que es verdadero incendiario.”

288. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García legisla sobre los delitos de incendios y otros estragos en el capítulo cuarto del título destinado a los delitos contra la propiedad.

Se castiga al que, maliciosamente, incendiare edificio o lugar habitado, arsenal, parque de artillería, almacén de pólvora o astillero, con penitenciaría mayor, correspondiendo la pena de presidio menor si resultaren uno o más muertos.

La pena disminuye a penitenciaría menor cuando el incendio sea de almacén, establecimiento industrial o lugar de morada, de un edificio cualquiera en poblado, aunque no esté destinado a habitación, o de almacén de granos, eras, montes, viñedos, cañaverales, mieses y otras cosas semejantes.

Se tiene también en cuenta, como en el proyecto del doctor Tejedor, el valor del daño ocasionado.

(1) El Código Penal de 1870. Tomo VIII, página 5.

Se reprimen igualmente los estragos causados por: explosión de mina, bomba o máquina de vapor; inundación, descarrilamiento u otro medio de destrucción tan poderoso como los expresados; y al que, voluntariamente, rompa camino de hierro o coloque en él cualquier cuerpo que impida el tránsito de las locomotoras o vagones, o los haga salir de los rieles, o emplee cualquier otro medio con este fin.

Repite, por fin, las dos últimas disposiciones del proyecto Tejedor sobre el que fuese sorprendido con bomba explosiva o preparativo destinado a incendiar, y acerca del que incendie o destruya bienes de su propiedad para cometer el delito.

289. El código de 1886.—El código de 1886 se apartó de los proyectos anteriores en la redacción de los artículos y en la penalidad, pero conservó el capítulo entre los delitos contra la propiedad, lo que dió motivo a críticas fundadas.

Castigó con presidio por tiempo indeterminado: 1.º El incendio que fuese la causa inmediata de la muerte de una persona; y 2.º El que se ejecutase en el archivo general del Estado o de los tribunales.

Castigaba con presidio de diez a quince años, al incendio ejecutado en casa habitada y con presidio de seis a diez años el cometido en almacén, establecimiento industrial, casa destinada a morada, cualquier edificio en poblado, aunque no esté destinado a habitación, almacén de granos, bosques, viñedos, cañaverales, mieses y otras cosas semejantes.

Se castiga también el incendio de otros objetos, y las penas son diferentes según el valor de los mismos y según que se verificase la propagación a otras cosas.

Respecto a estragos, sólo se contiene un artículo, el 212, que dice:

“Incurrirá respectivamente en las penas señaladas en los artículos precedentes, el que cause estragos por medio de explosión de mina, bombas o máquinas de vapor, inundación u otro medio de destrucción análogo o tan poderoso como los expresados.

290. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 se ocupó de los incendios y otros estragos en el primer capítulo del título sobre delitos contra la seguridad pública.

La exposición de motivos fundamentó la innovación, diciendo:

“Bajo el título ‘Delitos contra la seguridad pública’ agrupamos, en capítulos separados, las prescripciones relativas a diversos hechos punibles que afectan la tranquilidad general; a los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación; a los delitos contra la salud pública; a la piratería y a otros ataques a la navegación. Las disposiciones referentes a la mayor parte de esos hechos, previstos en la legislación nacional, se hallan en distintos títulos del Código Penal o en leyes federales, como la ley penal de 14 de septiembre de 1863; la ley de ferrocarriles de 18 de septiembre de 1872, o la ley de telégrafos de 7 de octubre de 1875. El Código incluye el incendio y otros estragos entre los delitos contra la propiedad y dedica un título especial, el último, a los hechos que afectan la salud pública. La ley federal del 63 prevé la piratería, pero no otros delitos contra la navegación; y las leyes sobre los ferrocarriles y telégrafos nacionales se ocupan de ciertos delitos que atacan estos medios de transporte y de comunicación.

“Para justificar la inclusión en el proyecto de las disposiciones concernientes a todos los hechos aludidos, aunque actualmente algunos estén legislados en leyes especiales, se ha dicho en varios puntos de esta exposición para que sea menester agregar una palabra más.

“La razón que hemos tenido para agrupar en un título las prescripciones sobre los hechos mencionados es que todos ellos producen un peligro común inmediato, de mucha trascendencia, todos afectan o lesionan la seguridad pública, en cuya conservación se hallan interesados los diferentes miembros de la sociedad, porque es un bien que a todos pertenece. Es cierto que el incendio, la inundación, el naufragio, la piratería, otros estragos y la totalidad o casi totalidad de esos delitos hieren la propiedad ajena; pero también es cierto que pueden no herirla, aunque siempre producen un gran peligro para los bienes o

“ para las personas. Ese peligro es el elemento común del conjunto de hechos punibles a que nos referimos. Por este motivo, y de acuerdo con el ejemplo que nos presentan los códigos holandés, italiano, alemán y uruguayo, incluimos, entre los delitos contra la seguridad pública, el incendio, la inundación, el naufragio, etc.”

La misma exposición sobre incendios y otros estragos en particular se dirigía a fundamentar los artículos del proyecto, de lo que me ocuparé cuando me refiera a las disposiciones del Código en particular.

*
* *

291. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 siguió idéntico sistema, limitándose la exposición de motivos a decir que se han incluido en el capítulo algunos preceptos del código de 1886, que figuraban como delitos contra la propiedad particular en el capítulo sobre incendios y otros estragos y a diversas modificaciones sobre aquel conjunto, que serán apreciadas al examinarse los artículos del Código.

*
* *

292. Redacción aceptada por la comisión especial de diputados.—El proyecto de 1906 fué aceptado por la comisión de la Cámara de Diputados y se sancionó en esa rama del Parlamento.

La exposición de motivos de esa comisión, dijo:

“ La comisión acepta el proyecto de 1906 y únicamente ha modificado la penalidad para adaptarla al sistema de castigos alternativos, que se han explicado en la parte general. Consigna, por consiguiente, en lugar de las penas de presidio o de prisión a que el proyecto se refería, las de reclusión o prisión, en forma paralela.”

En el Senado, y por iniciativa de la segunda Comisión de Códigos, se hicieron modificaciones a que me referiré después.

* *

293. El artículo 186 y sus concordancias.—

Artículo 186

El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido:

- 1.º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes;
- 2.º Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio:
 - a) De cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados;
 - b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados;
 - c) De ganado en los campos o de sus productos amontonados en el campo o depositados;
 - d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio;
 - e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados;
 - f) De los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento;
- 3.º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería;
- 4.º Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro de muerte para alguna persona;
- 5.º Con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de alguna persona.

CONCORDANCIAS.—Inciso 1.º—Código holandés, artículo 157, inciso 1.º—Ley número 4189, 25, a, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 226, inciso 1.º—Proyecto de 1906, inciso 1.º—Código de 1886, 210 y 211, inciso 1.º.

Inciso 3.º—Código español, artículo 561, inciso 1.º—Chileno, 475, inciso 2.º—

Ley número 4189, 25 a, inciso 2.º—Proyecto de 1891, 226, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 203, inciso 2.º—Código de 1886, 208, inciso 2.º.

Inciso 4.º—Código holandés, artículo 157, inciso 2.º—Ley número 4189, 25 a, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 226, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 203, inciso 3.º—Código de 1886, 209.

Inciso 5.º—Código holandés, artículo 157, inciso 3.º—Ley número 4189, 25 a, inciso 4.º—Ley número 7029, 15 y 16.—Proyecto de 1891, 226, inciso 4.º—Proyecto de 1906, 203, inciso 4.º—Código de 1886, 208, inciso 1.º.

*

* *

294. Incendio, explosión o inundación.—El artículo comprende al que causare incendio, explosión o inundación y las penas se fijan en los distintos incisos que prevén casos diferentes teniendo en cuenta la gravedad de cada uno.

El Código no define el incendio, ni la explosión, ni la inundación, de manera que conviene empezar por fijar esas nociones a fin de saber cuándo se producirá uno de los delitos enumerados.

Groizard (1) dice:

“La definición del incendio, por la variedad de sus medios, constituye una de las mayores dificultades de la ciencia del derecho penal. No sólo los autores de los diversos códigos vigentes la han omitido—y han hecho bien,—sino que, por no arrostrar quizás los inconvenientes que ofrece, han prescindido de dársela criminalistas de tan alto renombre como Tissot, Chauveau y Hélié, Carminagni y Pessina.

“La mayor parte de los antiguos prácticos, presentan como expresión del incendio la fórmula *Dammum igne datum*. Puccioni, Poggio y Lubler, han aceptado este concepto.

“A su vez Giuliani ha definido al incendiario diciendo que es “aquel que con mala intención produce (eccitta) llamas en las casas, sea en los pueblos, sea en campos o en materias combustibles próximos a ellos o, finalmente, en las mieses.”

“Con buenas razones, el maestro Carrara ha censurado una y otra definición. La primera porque comprende más y menos de lo definido. Comprende más, porque abrasa la simple combustión que no es un incendio, por ejemplo, el daño producido

(1) Tomo VIII, página 25.

“por el que, con intención dolosa o por mera negligencia, quema con un cigarro o con un carbón encendido, sin levantar llamas, la tela de un rico vestido o el lienzo de un cuadro de mérito o cualquier otro objeto análogo. Comprende menos, porque concreta la noción del incendio al daño producido y no al potencial, que es el que justifica la especialidad del presente título de imputación.

“La deficiencia de la segunda definición es todavía más notoria. Deja fuera de sus términos el incendio por imprudencia temeraria o por simple culpa, tan frecuente en campos y ciudades, y aun el doloso que se ocasiona en las naves, en los bosques y otros objetos que, sin ser casas ni mieses, cuando se les aplica el fuego producen llamas y dan vida a un incendio.

“Con mejor orientación, separando la vista de la materialidad del delito para fijarla en su condición jurídica, los escritores alemanes han descrito este género de delincuencia. Sus más consultados penalistas han admitido la fórmula de Kock: *Incendium est delictum quo ignis periculosus excitatur*, y esta definición ha sido también aceptada por Carrara, con el aditamento de que el fuego sea ocasionado por la mano del hombre.”

Según Crivellari (1), los autores de derecho penal han encontrado graves dificultades para definir el delito de incendio. Recuerda que Carmignani se refiere a los incendiarios, y dice después que son los que ocasionan un incendio sin dar otra definición; anota el concepto de Puccioni, Poggi y Subler para los cuales el incendio es el daño producido por medio del fuego; y deja constancia de la definición de Giuliani, según el cual incendiario es aquel que con intención dañina excita las llamas en las casas de la ciudad o de la campaña, o en substancias combustibles, o en las mieses.

El diccionario castellano dice que incendio es fuego grande que abrasa edificios, mieses, etc. Etimológicamente, incendiar equivale a abrasar.

Inundación es lo mismo que abundancia de aguas que cubren los campos o los edificios saliendo de madre los ríos, invadiendo los mares lugares antes secos, o cubriéndose los mismos a causa de lluvias o por otros motivos.

En cuanto a la explosión puede caracterizarse diciendo que

(1) Tomo VII, página 357.

es la combustión violenta de un cuerpo, que se produce con estruendo, agitando fuertemente el aire y venciendo, para la expansión, los obstáculos materiales que se le opongan.

El artículo castiga al individuo que produce el incendio, la explosión o la inundación.

*
* *

295. Cuándo es delito el incendio.—El incendio no es delito en todos los casos. La persona que hace fuego para llenar determinadas necesidades, realiza un acto lícito, y lo mismo ocurre con el que incendia objetos de su pertenencia sin causar alarma ni representar peligro. De aquí que sea necesario señalar las características del delito para saber en qué casos se comete, y corresponde, por tanto, la penalidad.

Para que concurra el delito de incendio se requiere: 1.º El fuego; 2.º El peligro común; y 3.º El propósito.

Al decirse que para la concurrencia del delito de incendio se necesita en primer lugar que exista un incendio, no se incurre en redundancia, desde que el hecho mismo de quemar objetos no implica la comisión de un delito, y sólo ciertos incendios son objeto de estrago.

¿Cómo debe ser el fuego para que exista el delito? El Código dice solamente: *el que causare incendio*; y el de 1886 expresa que el incendio se castiga en las condiciones que indica. En cuanto a los proyectos de 1891 y 1906 se refieren, como la ley en vigor, al que causare incendio. El Código habla de los que incendiaren, y el francés del que incendiare, repitiéndose esos términos en las distintas legislaciones.

El código italiano, en cambio, castiga en el artículo 300 al que pega fuego a un edificio, a una construcción de cualquier naturaleza, a productos del suelo, o a depósitos de materias combustibles.

Bajo el dominio de esta legislación el delito resulta perfecto cuando el agente ha pegado fuego a los materiales, objetos o edificios, pero cuando la ley habla como la nuestra, del que causare incendio, o como otras, del que incendiare o de los que incendiaren, se pregunta cuándo se habrá consumado el delito y cuándo concurrirá solamente una tentativa. Si el incendio es fuego

grande—dice Rivarola (1)—no podía decirse consumado el delito sino cuando haya llegado a ser un estrago. El incendio sofocado antes de que tome un incremento considerable debe considerarse como un principio de tal.

El mismo autor recuerda la opinión de Haus, quien entiende que el delito no podrá considerarse como consumado, sino cuando el fuego haya hecho tales progresos que el autor no pueda ya dominarlo. Mientras las llamas no lleguen a tomar esa intensidad habrá una tentativa, un principio de ejecución.

González Roura (2) se refiere a esas opiniones y dice de una manera muy sensata que no será necesario que el fuego haya alcanzado tales proporciones que impidan al autor dominarlo, ni es bastante con que sólo se haya prendido fuego, dado que la ley contempla el peligro público y éste no aparece sino cuando está algo próximo. Cuando el fuego empieza y es posible que cualquiera lo conjure, el peligro no ha empezado; éste comienza cuando la extinción ofrece dificultades.

En cada caso, y de acuerdo con las circunstancias, corresponde la solución teniendo en cuenta las reglas enunciadas.

*
* *

296. El peligro público.—Cuando una persona quema papeles en la chimenea de su casa, prende la cocina de la misma, o cuando en el campo incendia parvas de su propiedad, habitaciones suyas que se encuentren desocupadas, y aun haga explotar substancias explosivas o queme cualesquier combustible, no comete un delito, porque usa objetos propios, no ocasiona perjuicios, no daña a nadie y no pone en peligro a ninguna persona o bien.

Otra cosa sucede cuando por razones de lugar o de otras circunstancias se pone en peligro con el hecho del incendio las personas o los intereses de los demás. En ese caso el hecho es un atentado y la ley lo considera delito poniéndole una pena.

El peligro es, así, la circunstancia característica del delito de incendio. Por esto mismo es que se considera que el principal derecho atacado, no es la propiedad, y sobre todo la observación

(1) Exposición y crítica del Código Penal. Tomo II, página 381.
(2) Derecho Penal. Tomo III, página 254.

surge cuando ese derecho no se contraría en manera alguna. Tal ocurre cuando el incendiario quema objetos de su pertenencia. En esos casos no hay un ataque al dominio de otro, y puede existir delito si por ese hecho se produce un peligro personal para los demás o el mismo con relación a intereses materiales.

El incendio produce, además, alarma general por el peligro que se siente en su presencia y dadas las destrucciones que acarrea.

*

* *

297. El propósito.—El incendio puede ser medio y fin. Cuando es medio tiene el carácter de un arma por cuyo empleo se consuma el delito, y la pena que corresponde es la de mayor gravedad, esto es, la que se fija para el incendio o para el otro delito, según el caso, y teniendo en cuenta la regla mencionada.

Así, el incendio puede ser el medio de cometer un homicidio o una defraudación. Pero el delito de que aquí se trata es el incendio mismo, el que se puede ejecutar por múltiples motivos, aun cuando, generalmente, lo que mueve al agente es la venganza.

El incendio puede cometerse sobre los bienes propios o los ajenos.

Cuando se ejercita sobre los propios del agente, no habrá delito sino en los casos de existir peligro; y cuando se hiciese efectivo sobre bienes ajenos, la pena corresponderá, pues existe un daño y un ataque a la propiedad ajena.

Examinaré, ahora, los distintos incisos del artículo.

*

* *

298. Peligro común para los bienes.—El peligro es un carácter esencial del delito de incendio, desde que, cuando una persona quema objetos propios y el hecho no representa un peligro para personas o bienes, no se incurre en delito.

El peligro común a que se refiere el inciso 1.º del artículo es aquel a que se ha encontrado sometida la generalidad de los objetos que se hallaban en el lugar donde el incendio tuvo lugar.

El Código señala expresamente tres clases de peligro característicos del delito en general o de agravaciones particulares. Cuando existe peligro común para los bienes, o sea en el caso del inciso, el delito se reprime con la pena ordinaria, de reclusión o prisión de tres a diez años. Pero la pena se aumenta si se ha puesto en peligro un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería; o cuando hubiere peligro de muerte para alguna persona. (Casos de los incisos 3.º y 4.º del artículo).

El proyecto de 1891, fundando la disposición, análoga a la del código vigente, dijo en la exposición de motivos:

“ El primer capítulo del título de que tratamos contiene los preceptos relativos a los hechos que el Código incrimina en sus artículos 208 a 214, capítulo V del título “Delitos contra la propiedad particular”. En el artículo 226 proyectamos las penas que se impondrán a los que causaren incendio, explosión o inundación. Estos hechos, por su magnitud, por sus consecuencias desastrosas, por la intranquilidad que producen y por la audacia que revelan en el criminal, pueden y deben ser colocados en la misma línea, desde el punto de vista de la pena que se aplicará a sus autores. Así lo establece el código holandés. El peligro común que el incendio, la explosión o la inundación son susceptibles de producir, puede afectar las propiedades o a las personas, y es claro que, en uno y otro caso, el delito revestirá diversa gravedad. En el último, en el de peligro para las personas, será más grave y demostrará que el agente es un criminal más temible, pues el número y la importancia de los derechos violados serán mayores. Al establecer las penas, en el artículo 226, hemos tenido en cuenta las distinciones indicadas. Desde luego, nos referimos al caso de peligro para las propiedades en general; y establecemos una pena con límites suficientemente distantes (tres a diez años de penitenciaria), a fin de que los jueces puedan, en la práctica, adoptar la medida adecuada a cada criminal y a cada hecho. Pero hay bienes que, en virtud de su naturaleza, del destino a que están consagrados, de los servicios que prestan a la comunidad, o de la grande alarma que, si se incendiaran, inundaran, etc. se originaría, requieren mayor protección, o más bien dicho, que se declare más grave y se reprima más severamente los delitos ejecutados en ellos.”

La disposición del Código se refiere tanto al incendio como a

la explosión o a la inundación, de manera que se castiga cualesquiera de esos hechos, siempre que por medio de ellos existiese el peligro común para los bienes.

De manera que, si una persona en un campo de su propiedad o debidamente autorizado, hiciere estallar explosivos, sin dañar, ni poner en peligro personas o bienes, no comete delito.

*

* *

299. El caso de inundación.—La regla del Código rige también para el caso de inundación. Nuestra ley no habla de los medios que se empleen para producirla, como no dice nada acerca de las maneras que puedan usarse para incendiar o causar explosión.

El código italiano en el artículo 303 se refiere al que rompa diques, represas u otras obras destinadas a la común defensa contra las aguas y haga surgir como consecuencia un peligro de inundación u otro desastre. Concuera el punto de vista con el que se tiene con relación al incendio, pues no habla del que incendiare, sino del que pegare fuego.

Nuestra ley exige algo más que la ruptura de un dique o la destrucción de una obra, y castiga al que cause inundación.

Es indudable que la ruptura de un dique producirá como consecuencia la inundación o sea la invasión de las aguas, pero si la destrucción no diere esos resultados por ser incompleta, o por otros motivos, concurriría, dentro de nuestra ley, nada más que un daño o una tentativa de estrago, según el caso.

El artículo 186, diré por fin, y con relación a esta parte, se refiere a incendios y a estragos. El incendio entra dentro del primer calificativo; la inundación es un estrago, y la explosión participa de los dos caracteres.

*

* *

300. Defensa de la producción rural.—El inciso 2.º del artículo, que tiene a su vez seis subincisos, no se encontraba ni en el proyecto de 1906, ni en los anteriores, ni en el código de 1886. La

Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria no modificó el proyecto de 1906 nada más que en lo relativo a penalidad, de manera que el artículo 186 sólo se sancionó en la Cámara de Diputados con los incisos 1.º, 3.º, 4.º y 5.º.

La Comisión de Códigos del Senado tampoco propuso reforma alguna sobre la sanción de la Cámara de Diputados, habiéndose planteado la misma por la segunda Comisión de Códigos de aquel cuerpo.

En la orden del día respectiva, se dice:

“ Artículo 186. — Substituir el inciso 2.º por el siguiente:
 “ Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio
 “ o destrucción por cualquier otro medio: a) De cereales en parva,
 “ gavillas o bolsas o de los mismos todavía no cosechados; b) De
 “ bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales, o
 “ cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explota-
 “ ción, ya sea con sus frutos en pie o cosechados; c) De ganado
 “ en los campos o de sus productos amontonados en el campo
 “ o depositados; d) De la leña o carbón de leña, apilados o
 “ amontonados en los campos de su explotación y destinados al
 “ comercio; e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrages,
 “ ya sean en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfar-
 “ dados; f) De los mismos productos mencionados en los pá-
 “ rrafos anteriores, cargados, parados o en movimiento.”

Como lo he dicho en otras oportunidades, la segunda Comisión de Códigos del Senado presentó una planilla de modificaciones que no llevaba fundamentos escritos y que no se discutió de tal modo que oficialmente no se dió el origen de las reformas, ni se expresaron los motivos en los cuales se apoyaban.

La comisión especial de la Cámara de Diputados que se pronunció acerca de las modificaciones introducidas en el Senado, aceptó la contenida en este inciso sin dar motivos.

De acuerdo con la misma, los incisos 2.º, 3.º y 4.º del artículo pasaron sin modificaciones a ser incisos 3.º, 4.º y 5.º, respectivamente.

*

* *

301. Origen de la disposición.—En la sesión que celebró la Cámara de Diputados el 24 de agosto de 1920, al diputado doctor

Mario M. Guido presentó un proyecto cuyo primer artículo dice así (1):

“Incorpórase al proyecto de Código Penal, sancionado por esta Honorable Cámara, y actualmente en revisión ante el Honorable Senado, las siguientes disposiciones relativas a los Delitos contra la seguridad pública”, capítulo sobre “Incendios y otros estragos”.

El artículo 2.º, expresa:

“Será reprimido:

“Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio: a) De cereales en parva, gavillas, o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados; b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodones, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados; c) De ganado en los campos, o de sus productos amontonados en el campo o depositados en galpones o tinglados; d) De la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio; e) De alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sean en pie o emparvados, ensilados o enfardados; f) De los mismos productos ya cargados en carros parados o en viaje a los puntos de embarque, estaciones o puertos; g) De los mismos productos mencionados en los incisos anteriores, cargados sobre vagones de ferrocarril aislados o en convoy, parados o en movimiento.”

Y el 3.º y último, porque el 4.º es de forma, dice:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que por inadvertencia, imprudencia o negligencia, o por impericia de su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, o por estado de embriaguez completa y voluntaria, produzca incendio o destrucción de los bienes mencionados en el artículo anterior.”

Basta la lectura y el cotejo para observar que la segunda Comisión de Códigos del Senado tomó la disposición en sus varios apartados, del proyecto presentado por el diputado Guido.

El autor del proyecto lo fundó diciendo:

“Hay que proteger la estancia, la chacra, la tierra, en fin,

“donde se trabaja y se produce. Ese trabajo y esa producción, son el esfuerzo nacional más apreciable y su fuente de riqueza más permanente.

“Nuestra incipiente legislación del trabajo se está orientando hacia la protección de una clase social, quizás por efecto de este nerviosismo universal que cede a las reformas igualitarias. De seguir así, produciremos una desnivelación tan perjudicial, como la que pretendemos corregir. No es invirtiendo los términos, sino buscando un justo equilibrio, como solucionaremos el problema.

“La clase campesina, que empieza a preocupar recién ahora a los socialistas de nuestro país, sin duda por razones electorales más que sociales, exige una protección sin distinciones que recaiga directamente sobre el fruto de su trabajo.

“Nuestras últimas cosechas han sentido las consecuencias del huelguismo violento y destructor. Este veneno, neutralizado en las ciudades por acción de una vigilancia inmediata, se difundió por la campaña, donde el productor está más indefenso. Y hemos visto destruir grandes sementeras sin que los culpables de esta maldad inconsciente, inaudita, se detuvieran en su obra.

“El incendio, fácil en la campaña abierta, era el arma de estos agitadores ignorantes y perversos.

“Ignorantes, porque no comprenden la suprema ineficacia de estas destrucciones. Perversos, porque arruinan sin remedio a trabajadores inocentes.

“Nuestras últimas cosechas se hicieron con el resplandor de estos incendios criminales.

“Así, pues, lejos de ver llegar con satisfacción el término de sus afanes, cuando los frutos maduran, nuestros chacareros sienten la angustia de un peligro inminente y casi inevitable. La mano cobarde que aplica el incendio, se oculta fácil a la vigilancia.

“La represión de ese delito, encuentra todavía en nuestro Código Penal, comodidades legales para la impunidad.

“Empecemos por señalar que este delito se incluye entre los que atacan a la propiedad particular.

“Es este un error que felizmente la reforma proyectada ha de subsanar.

“El incendio no es propiamente un delito, sino la cualidad extrínseca de un delito. Es el instrumento o medio de un delito.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, año 1920. Tomo IV, página 429.

“ No puede separársele, atribuyéndole una fisonomía propia, independiente de las consecuencias que origina. De ahí viene, en realidad, la dificultad que han sentido todos los autores de derecho penal para definirla. De ahí, también, la distinta clasificación que sufre en las legislaciones particulares. Porque su faz es diversa, según que se le observe como ataque a la propiedad, como lesión a la seguridad pública, como peligro para la integridad de las cosas o de las personas.

“ Obliga, todavía, a otras distinciones, si se considera del punto de vista de la finalidad que impulsa al incendiario, y así será un medio para el robo y el homicidio o será una amenaza, o un simple modo de lucro legítimo, en sus múltiples formas, o bien una facilidad para el saqueo, pillaje, devastación, etc.

“ Estas distintas objetivaciones del delito están, sin embargo, contenidas en el artículo de nuestro código, pero no se las equipara expresamente con el estrago por más que la rúbrica del capítulo diga: “Del incendio y otros estragos”. Eso es, en mi concepto, el incendio: *un estrago*, vale decir: ruina, desastre, destrucción, *mal muy considerable*, como se dice en los diccionarios.

“ Siendo así, no puede incluirse este delito entre los que afectan a la propiedad particular, sino entre los que afectan a la seguridad pública, como se hace en la legislación italiana (*contro la publica incolumità*), teniendo en cuenta para ello la *potencia expansiva*, la *diffendibilità del danno* y las consecuencias que suelen o pueden seguirle, y que asumen proporciones de desastre, de calamidades, de infortunios públicos.

“ Pero en todas las legislaciones, cualquiera sea el sistema de clasificación que adopten, se advierte una línea común, que no ha variado desde la Logia Aquiliae, en Roma, hasta nuestros días; y es la subjetividad de este delito, o dicho más llanamente: el fin propuesto por el actor al cometerlo, la intención del agente.

“ Va tan unida, siempre, esa intención, que se revela con el delito mismo, ya sea que el daño se haya consumado, ya que haya quedado en potencia. Más aún: esa intención es la que origina y define el delito. Es como si dijéramos el dolo específico del incendio, por oposición al dolo de todos los delitos, contenido como regla genérica en el artículo 6.º de nuestro Código Penal. Ese dolo específico es el que la ley castiga cuando separa el incendio como delito. Según que el incendiario se haya propuesto—no in

“ *mente*, sino revelado por el hecho mismo de su incendio,—será delito de daño o será delito de incendio.

“ Este elemento subjetivo, invariable en todas las legislaciones, como determinativo del delito de incendio, no concreta bajo la idea de *estrago*. Si aplica el incendio, resulta un peligro, real o posible, para la vida de las personas, para la existencia de un edificio, de un barrio, de una ciudad, de una sementera, de un monte de frutales, de un viñedo, de una explotación, etc., tendremos el delito de incendio que la ley quiere castigar.

“ Es este carácter de peligro, de ruina, de destrucción considerable, el que le diferenciará del simple delito de daño. En una palabra: *el estrago*.

“ No es posible que el incendio de 20 parvas, en campo abierto, fruto del trabajo intenso de una familia, o de una colonia, se considere simple delito de daño, porque no ponga en peligro ni la vida, ni los edificios. Eso es ruina, mal muy considerable, estrago, en fin, y debe calificarse como delito típico de incendio.

“ Nuestro código debe expresar esa diferencia objetivándola. A eso tiende mi proyecto. Esa diferencia debe ser invariable. Lo único que puede variar es la pena. Y así ha ocurrido de *ab initio* en la legislación universal. Desde las Partidas, para no ir más lejos, que desterraban para siempre al incendiario *si era home honrado o fidalgo*, y mandaban que le quemasen en el propio fuego que él encendía *si fuere home de menor guisa o vil*, hasta los más modernos códigos que imponen reclusiones perpetuas, la pena ha sido paralela con la enormidad del delito.

“ Y en nuestro país debe ser un delito enorme incendiar parvas, sementeras en pie, riqueza, en fin, extraída a la tierra por el trabajo más noble que conoce la humanidad.

“ Se me dirá que la reforma proyectada por esta Honorable Cámara ha suprimido el vocablo *propiedad*, que hacía pensar exclusivamente en los inmuebles, en los edificios, y que la ha substituído por el vocablo *bienes*, para abarcarlos a todos.

“ Contesto que no basta esa modificación; que es necesaria una objetivación más precisa, tal como la planteo en mi proyecto, no sólo porque los bienes que en él contemplo son característicos de nuestra riqueza nacional, sino hasta por conveniencia en las graduaciones de la pena. Y sobre todo, señor presidente, que así lo indican todas las naciones civilizadas.

“ Es curioso, en verdad, que nuestro código no haya previsto

“situaciones tan características de la vida nacional, y que ofrezca
 “en el articulado de este delito tan poca elasticidad respecto a la
 “faz objetiva del mismo.

“Falta una delimitación nítida entre el estrago y daño, y su
 “ausencia se nota también en la reforma proyectada, a pesar de
 “todos los positivos adelantos que contiene.

“No se concibe sin extrañeza que se legisle sobre incendio de
 “astilleros y no se diga una palabra sobre incendio de plantíos,
 “trigales, maizales, avenales, cañaverales, etc., ya sean en pie o
 “emparvados.

“Llama la atención que se prevea el incendio de fábricas de
 “pirotecnia, y no se diga una palabra de pilas de trigo, de carros
 “cargados de lana, o de parvas de pasto.

“El Fuero Juzgo, las Partidas, la Novísima Recopilación, que
 “legislaban para gentes, que no concebían 90.000.000 de cabezas de
 “ganado, ni se imaginaban 24.000.000 de hectáreas sembradas, ha-
 “blaban, sin embargo, de los *fuegos aplicados de intento a las casas,*
 “*barracas o suertes de colonos, en sus cercas, plantíos, labrados y*
 “*aperos de labor...*

“Aquí, la *chacra, la estancia, la finca*, que son la bolsa del
 “país, están menos protegidas que *el arsenal, el astillero, fábrica*
 “*de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería...*

“Son la *boite de surprises*, en vez de ser la caja de seguridad
 “de nuestros mejores valores.

“Termino, pues, como empezara: protejamos la *chacra, la es-*
 “*tancia, la finca, la tierra, en fin, donde se trabaja y se produce.*”

En la misma sesión en la cual el proyecto fué presentado, el
 doctor Guido solicitó el pronto despacho, haciendo algunas conside-
 raciones.

302. Incendio o destrucción.—El epígrafe general del artículo,
 al decir *el que causare incendio, explosión o inundación, será re-*
primido, comprendía a todos los incisos, esto es, a los cuatro primi-
 tivos que tienen hoy los números 1.º, 3.º, 4.º y 5.º, por cuanto el
 2.º obedece a una intercalación.

Ese epígrafe continúa rigiendo a los incisos mencionados, los

cuales castigan tanto el caso de incendio como el de explosión o
 inundación.

Pero el inciso 2.º se refiere al que causare incendio o destruc-
 ción por cualquier otro medio. Quiere decir, entonces, que menciona
 el incendio y castiga la destrucción cuando se empleare cualquier
 otro recurso, de tal manera que la inundación y la explosión están
 también comprendidas. Se habla, en general, de destrucción, sin
 particularizarse con respecto a las maneras de efectuarla.

303. Cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos no
 cosechados.—El subinciso a) del inciso 2.º se propone proteger
 especialmente la cosecha. La destrucción de ésta se puede verifi-
 car en las distintas etapas, o sea desde que se siembra hasta que
 se recoge y almacena. La disposición ha querido ponerse en todos
 los casos, y castiga especialmente el incendio o destrucción de los
 cereales en parva, esto es, apiladas las plantas cortadas para la
 trilla; en gavillas o sea en pequeños montones, con cuya reunión
 se forman las parvas; en bolsas, o de los mismos no cosechados.

Aun cuando el espíritu de la ley es bien claro y ha querido
 consagrar una protección general, es bueno siempre cuando se
 trata de redactar tener en cuenta los casuismos que se hacen a
 base de la regla, según la cual en materia represiva no caben las
 incriminaciones por vía interpretativa. Y con relación al presente
 sub inciso, se puede presentar la cuestión, no obstante lo que dice
 más adelante la letra b), pues los cereales pueden haber estado
 en troje o almacenados a granel en un galpón o ensilados. En es-
 tos casos, ¿la protección especial concurre? Si se tiene en cuenta
 el objeto de la ley, es evidente que sí, pero si nos atenemos a la
 letra tendríamos que concluir expresando que sólo se protege par-
 ticularmente a los cereales en parva, gavillas o bolsas o a los
 mismos no cosechados.

Hubiera sido mejor, por eso, no detallar tanto y haberse re-
 dactado un precepto general y comprensivo.

Para los forrajes también se hacen enumeraciones y se habla
 de silos y fardos.

El subinciso se refiere igualmente a los cereales todavía no

cosechados. La disposición no se dirige a los sembrados, sino a los cereales no cosechados. El código español, en el artículo 569, se refiere al incendio de mieses, pastos, montes o plantíos; el precepto nuestro comprende a los cereales no cosechados, lo que supone algo más que el plantío, o sea el cereal en condiciones de cosecharse.

La disposición no se refiere, en consecuencia, al plantío, a la siembra recién hecha, a las plantas apenas brotadas, sino a los cereales con frutos, en vísperas de la cosecha.

Considero que esa interpretación, aparte de ajustarse a la letra de la ley, es la más lógica, porque el incendio, medio generalmente empleado en los campos para destruir plantaciones, es sumamente difícil de consumir cuando las plantas están verdes. En cambio, las facilidades aumentan a medida que el tiempo de la cosecha se acerca, porque los tallos se secan y se convierten en materia combustible.

304. Bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados.—El subinciso a) se refería a los cereales, y el b) a los árboles y arbustos. La disposición menciona algunos y después se dirige en general a todos los otros. Considero, como en el caso anterior, que la enumeración no es necesaria y que hubiera bastado la colocación de un precepto redactado en términos generales.

La disposición menciona a los bosques, esto es, a los conjuntos de árboles; se dirige después a ciertos árboles y arbustos, y después, en general, a todos. Encierra, sin embargo, deficiencias que no conciben con el espíritu que la inspiró, ni con el propósito que se tuvo en vista.

Así, habla de plantaciones de árboles o arbustos en explotación, excluyendo a los que no se encuentran en esas condiciones. De manera que una persona planta olivos, y algunos años después, pero antes de haber empezado a dar fruto, condición esencial de la explotación, un individuo los incendia. La disposición especial no puede aplicarse porque falta el requisito de la explotación.

El precepto ampara contra el atentado, ya sea que los frutos se encuentren en pie o cosechados. Requiere, una vez más, la explotación, al referirse al árbol o arbusto con fruto.

305. Ganado o sus productos.—La disposición del apartado c) se refiere a la destrucción del ganado en los campos o a los productos de los mismos, amontonados en el campo o depositados.

La destrucción de ganado dentro de galpones o pesebres sería un delito de daño. Lo que aquí se ha querido proteger especialmente es la destrucción de ganado, que por el hecho de encontrarse en el campo se encuentra fuera de la acción inmediata del dueño o encargado.

Respecto al concepto de ganado, debe tenerse en cuenta lo dicho cuando me ocupé del mismo punto al tratar del delito de hurto. El que mate un animal en el campo aunque haya tenido sólo el propósito de dañar o vengarse, no incurre sino en el delito de daño.

Para los productos del ganado la protección es más extensa, pues alcanza a los que se encontraren en el campo y a los que estuviesen depositados. Quedan, así, especialmente protegidos, los cueros, astas, huesos y demás productos del ganado. Debe entenderse también que un solo cuero que fuese destruido no da lugar a que se apliquen al autor del hecho las penas de la disposición, necesitándose que los productos sean de ganado, esto es, de un cierto número de animales.

Sobre los medios de destrucción la ley nada dice, procediéndose lógicamente porque las enumeraciones restringen; se habla de incendio y de destrucción, de manera que debe entenderse que la penalidad procede, cualesquiera que hubiese sido el procedimiento empleado para producirla.

306. Leña o carbón de leña.—Se requiere para la concurrencia de la penalidad especial: 1.º Que se incendie o destruya leña

o carbón de leña; 2.º Que se encuentren apilados o amontonados en los campos de su explotación; y 3.º Que se destinen al comercio.

En otras condiciones este delito especial no se consuma. De manera que si el carbón o la leña quemados estuviesen destinados al consumo del dueño o encargado y no al comercio, o no se encontrasen apilados o amontonados en el campo de la explotación, los caracteres establecidos no concurren.

307. Alfalfares o forrajes.—El apartado letra e) del inciso se refiere al incendio o destrucción de alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados.

Dos partes tiene la disposición: una se dirige al incendio o destrucción del sembrado, lo que equivale a la de las plantas no cortadas; y otra a la del producto, esto es, al forraje ya desprendido del plantío.

Se habla en el artículo de parva, gavilla, silo y fardo, incurriéndose en el mismo inconveniente que he anotado al ocuparme del subinciso a). Supongamos, en efecto, que el forraje se ha guardado en un vagón, lo que quiere decir que no está ni emparvado, ni engavillado, ni ensilado, ni enfardado. En este caso, si nos atenemos al propósito que se debió tener en vista al sancionarse el artículo es forzoso creer que la disposición lo comprende, pero, ciñéndonos a la letra, estaría fuera de la previsión.

308. Productos cargados, parados o en movimiento.—El último subinciso se refiere a todos los productos mencionados en los mismos, letras a), b), c), d) y e), que se encontraren cargados, y ya fuese parados o en movimiento.

Se ha querido asegurar con el precepto el transporte de las cosechas. La disposición se refiere a todos los medios que se usen a esos efectos, y ya sea que los vehículos se encuentren parados o en movimiento.

309. Deficiencias de las disposiciones contenidas en el inciso 2.º.—He observado que hubiera sido más conveniente no detallar tanto en los diferentes apartados del inciso y colocar disposiciones más generales y comprensivas. Cuando se enumera, si no se enuncian todos los casos, lo que es muy difícil, las omisiones marcan deficiencias, pues casos de clase análoga ofrecen soluciones diferentes.

Para notar lo incompleto de las disposiciones sancionadas y la conveniencia que hubiera existido en adoptar el procedimiento indicado, basta observar algunas consecuencias a que puede dar lugar el mencionado inciso 2.º.

El transporte de frutas, de cereales o de productos animales, la grasa por ejemplo, se encuentran amparados por una protección especial, lo que resulta respectivamente de la combinación del subinciso f) con los subincisos a), b) y c). En cambio, el transporte del vino, que no es un fruto, ni un cereal, ni un producto animal, ni el del aceite, se encontraría en esas condiciones.

El propósito del legislador no ha sido llegar a esos resultados, pero se llega forzosamente cuando la redacción no es lo suficientemente meditada.

Por lo demás, la disposición general del inciso 1.º alcanza a muchos de los casos de incendio o estrago, que no necesitan, así, del inciso 2.º.

310. La pena para el delito.—El artículo 186 castiga los hechos que se mencionan en la disposición general del inciso primero y en la del inciso segundo, que es enumerativa, con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años.

No se tiene especialmente en cuenta el valor de los objetos incendiados o destruidos, pero los magistrados pueden tener ese factor en consideración, lo mismo que el de la alarma producida

y los demás, desde que cuentan con un instrumento lo suficientemente elástico.

El Código, en efecto, autoriza dos clases de pena, y además los límites que coloca son amplísimos.

*
* *

311. Peligro para determinados establecimientos—El inciso 3.º castiga con reclusión o prisión de tres a quince años, adoptando el mismo criterio a que tantas veces se ha hecho referencia, al que causare incendio, explosión o inundación; cuando hubiere peligro para un: archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería.

El ataque en los casos enumerados se dirige al interés público, y si el privado se custodia especialmente; es natural que éste, que es más importante, se cuide de manera adecuada.

Hay bienes—como decía la exposición de motivos del proyecto de 1891—que por su naturaleza o por el destino al cual están consagrados requieren mayor protección, o, más bien dicho, que se declaren más graves y se repriman más severamente los delitos ejecutados en ellos. Por eso—agrega—“elevamos a quince años el máximo de la pena sancionada, siempre que el hecho pusiere en peligro un archivo público, museo, biblioteca, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería. Toda vez que el delito afecte o amenace cualquiera de estos bienes existirá la misma razón para aumentar la pena.”

Cuando el incendio o la explosión se producen en establecimientos donde hay explosivos, la alarma que se origina es mucho mayor, y el peligro es también más grande. De aquí que la disposición se justifique también bajo este punto de vista.

*
* *

312. Peligro de muerte para alguna persona—El peligro a que se refiere la disposición es aquel que no ha tenido directamente en

cuenta el delincuente. Si éste hubiese procedido con el objeto de matar o de herir habría incurrido en homicidio, en tentativa o lesiones. El caso a que se refiere el inciso es aquel en que se pone en peligro a una persona por medio del incendio, de la explosión o de la inundación. La agravante es lógico que se establezca porque el autor del hecho debió tener en cuenta al realizarlo que podía hacer peligrar la vida de alguna persona.

La apreciación del peligro es una cuestión de hecho que debe ser estimada en cada caso por el juez.

*
* *

313. Muerte de una persona—La pena más grave que se contiene en la ley para los delitos de que me ocupo es la que consigna el inciso 5.º del artículo, que prevé el caso de muerte de una persona a consecuencia del incendio, la explosión o la inundación. El castigo es el de reclusión o prisión desde ocho hasta veinte años. Concurren la pena alternativa y los límites amplios para la apreciación de todas las circunstancias.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, comentando los dos incisos relativos a personas afectadas por el estrago, dice:

“Respecto del incendio, la inundación o la explosión que afecta a las personas, distinguimos el caso en que exista peligro de muerte de aquel en que el hecho es causa inmediata de la muerte. Esta distinción, netamente consagrada en el código holandés, se halla también en el Código Penal. En efecto, en su artículo 209 dispone que *será castigado (el autor del incendio) con diez a quince años de presidio, cuando se ejecute en casa habitada*. El motivo de reprimir especialmente y con más severidad el delito, si se comete en casa habitada, es, sin duda, el peligro en que pone a las personas. Si esto es verdad, mejor es redactar el precepto claramente, de modo que comprenda todos los casos en que haya peligro para las personas, donde quiera y como quiera que se realice el delito. El Código prevé el caso en que el hecho es causa inmediata de la muerte de alguien, en el número 1.º de su artículo 208. Esta disposición se reproduce en el número 4.º de nuestro artículo 226, sin otra alteración que la relativa a la medida de la pena. Los cambios en la pena que, en este número

“ y en otros del mismo artículo 226 se introduce respecto de lo establecido en los artículos 208 y 209 vigentes, se explica si se considera lo preceptuado en el proyecto en cuanto a otros delitos, como el homicidio.”

Cabe ahora preguntar si todas las veces que con motivo del incendio, la explosión o la inundación, se pone a una persona en peligro o se ocasiona una muerte, corresponde la pena especial o no.

Para resolver el punto, basta con leer detenidamente los incisos 4.º y 5.º del artículo.

El primero de ellos castiga al que causare incendio, explosión o inundación, si hubiere peligro de muerte para una persona. Se entiende, por tanto, que el peligro debe existir cuando se produjo el hecho. Si posteriormente el peligro se crea para los espectadores, los bomberos, las personas que concurren después, en una palabra, la disposición no es aplicable.

El inciso 4.º precisa todavía más, pues dice que el hecho debe ser la causa inmediata de la muerte de alguna persona, de manera que si la causa es mediata, el precepto no rige.

La pena proyectada por el proyecto de 1906 tenía un *mínimum* de diez años, el mismo que correspondería al homicidio simple, pero como allí lo rebajé a ocho, para ser consecuente con ese criterio, hice aquí lo mismo y lo expresé en los fundamentos cuando presenté el proyecto en el año 1916.

314. El artículo 187 y sus concordancias.—

Artículo 187

Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de inmersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción (1).

CONCORDANCIAS.—Código español, artículo 572.—Ley número 4189, 25 b.—Proyecto de 1891, 227.—Proyecto de 1906, 204.—Código de 1886, 212.

(1) La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados dispone se reemplace la palabra “inmersión” por “sumersión”, y se ponga una coma (,) después de “inundación”.

315. Antecedentes de la disposición.—El proyecto de 1891, en el artículo 227, decía:

“ Incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo precedente el que causare estragos por medio de inmersión o varamiento de nave, derrumbe de edificio o cualquier otro medio poderoso de destrucción.”

La exposición de motivos, en sus fundamentos, expresó:

“ El artículo 227 es, en el fondo, idéntico al 212 del Código. Las modificaciones en la redacción eran indispensables y se explican fácilmente. El artículo vigente dice: “Incurrirá respectivamente en las penas señaladas, etc., el que causa estragos por medio de *explosión* de minas, bombas o máquinas de vapor, *inundación*”, etc. Desde que, en el artículo 226, nos referimos a la explosión y a la inundación, sería redundante aludir de nuevo a ellas en el 227; y, por otra parte, desde que la inmersión o varamiento de nave y el derrumbe de edificios son medios poderosos de destrucción, fáciles de prever y de que se puede usar con preferencia a otros, hemos debido mencionarlos expresamente.”

En cuanto al proyecto de 1906 el artículo 204, redactado en los mismos términos que el 187 del código vigente, con una modificación, consistente en que el proyecto emplea la palabra inmersión y el Código el término sumersión.

El cambio de la expresión se debe a un error de copia.

La fe de erratas sancionada por la Cámara de Diputados ha corregido ese error y ha dispuesto se reemplace sumersión por inmersión.

316. El artículo en el código español.—La disposición fué tomada por el proyecto de 1891 del código español, cuyo artículo 572, dice:

“ Incurrirán respectivamente en las penas de este capítulo, los que causaren estragos por medio de inmersión o varamiento de

“ nave, inundación, explosión de una mina o máquina de vapor,
 “ levantamiento de los rieles de una vía férrea, cambio malicioso
 “ de las señales empleadas en el servicio de éstas para la seguri-
 “ dad de los trenes en marcha, destrozo de los hilos y postes
 “ telegráficos, y en general de cualquiera otro agente o medio de
 “ destrucción tan poderoso como los expresados.”

Me ocuparé, ahora, de los distintos casos comprendidos en el artículo.

*
 * *

317. Inmersión o varamiento de nave.—Groizard, comentando el código español (1), empieza por preguntarse qué se debe entender por nave, y trae al respecto diferentes definiciones y antecedentes. En su opinión, nave equivale a buque y quiere decir una embarcación que por su tamaño, solidez y fuerza sea adecuada para navegaciones o empresas marítimas.

Pienso que, si bien el Código no se refiere a pequeños botes o lanchas, las naves no son sólo las embarcaciones destinadas a las empresas marítimas, sino también a las fluviales o lacustres. El concepto de Groizard puede servir en España, pero no aquí, donde contamos con grandes ríos y lagos navegables.

La disposición castiga el estrago causado por medio de inmersión o varamiento de nave. Cuando el naufragio o varamiento se produjere con el fin de atentar contra la seguridad de los transportes o comunicaciones, el caso se encontraría regido por lo preceptuado en el artículo 194, segundo apartado.

*
 * *

318. Derrumbe de edificio.—La idea de edificio—como dice el doctor Padró (2),—supone una construcción de ciertas proporciones. El derrumbamiento se puede ocasionar por explosivos o por otros

(1) Tomo VIII, página 110.
 (2) Página 174.

medios que la ley no indica, bastándole a ésta con el hecho que prevé para la concurrencia de la penalidad especial.

*
 * *

319. Inundación de mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción.—La inundación en general se encuentra comprendida en el epígrafe del artículo 186. En este caso se refiere especialmente a la de mina, la que constituye en el caso de producirse un suceso de importancia. Las aguas pueden ser internas o externas y haber sido llevadas desde afuera o haberse roto defensas internas para que se precipiten. La ley en este como en los demás no entra en los detalles, por ser innecesario hacerlo.

Los demás medios poderosos de destrucción no se enumeran, debiendo entenderse que son todos los que pueden llevar a los extremos a que se refiere el precepto.

*
 * *

320. El artículo 188 y sus concordancias.—

Artículo 188

Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.

La misma pena se aplicará al que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, substrajere, ocultare o hiciere inservibles, materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referida.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 307.—Holandés, 159, 160 y 161.—Ley número 4189, 25, inciso c.—Proyecto de 1891, 228 y 229.—Proyecto de 1906, 205.

321. **Antecedentes de la disposición.**—El proyecto de 1891 traía dos disposiciones que contenían los mismos preceptos incluidos en el artículo 188 vigente.

El primero de aquéllos, que tiene el número 228 y que fué tomado del código holandés, dice:

“Será reprimido con penitenciaría de uno a cuatro años el que, destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produzcan.”

Y el segundo, que tiene el número 229, concordante con los códigos de Italia y Holanda, dice a su vez:

“Sufrirá la pena del artículo anterior el que, para impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, substraer, ocultare o hiciere inservibles materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referidas.”

La exposición de motivos de ese proyecto fundamentaba las disposiciones en los siguientes términos:

“Al reglar delitos tan importantes y de tanta magnitud como el incendio, la inundación y los demás estragos de que tratamos, la ley debe preocuparse de reprimir, no solamente a los que los causaren, sino también a los que, por hechos positivos perjudiciales, dieron lugar a la amenaza, a la probabilidad real de que se produzcan; o inutilizaren o pusieren fuera de servicio los medios de combatirlos y detener sus efectos, una vez producidos. De una y otra cosa se ocupan los artículos 228 y 229 del proyecto. La destrucción o inutilización de diques o de obras diferentes, destinadas a la defensa contra las inundaciones u otros desastres, perturba la seguridad pública y origina un daño y un peligro común efectivos. Esto basta para incriminar el acto e imponer una pena a su autor. Otro tanto, y más aún, puede decirse del hecho realizado con el fin de impedir la extinción de un incendio o las obras de defensa contra una inundación, un naufragio, etc.; de substraer, ocultar o inutilizar materiales, aparatos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa mencionada.”

El proyecto de 1906 refundió las dos disposiciones en una sola y les dió la redacción que ha adoptado el código vigente.

322. **Destrucción de ciertas obras.**—El Código castiga en el primer apartado del artículo al que destruyendo o inutilizando diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres, hiciere surgir el peligro de que éstos se produjeran.

La pena es la de prisión desde uno hasta seis años, habiéndose colocado los márgenes extensos que acentúan el sistema de nuestra ley.

La ley no dice por qué medios se debe producir la destrucción o inutilización, debiendo entenderse que corresponde la misma reprobación, cualesquiera que fuese el que se empleare a los efectos previstos.

Para que el delito exista no es necesario que se produzca el desastre, bastando solo que los hechos de destrucción o inutilización, creen el peligro de que pueda aquél tener lugar.

Las obras mencionadas en el artículo pueden ser públicas o particulares, puesto que no se hace ninguna distinción. Todo está en que se encuentren destinadas a la defensa común contra inundaciones u otros desastres.

Esta disposición, como las anteriores que se encontraban incorporadas al proyecto de 1891, se incluyeron en el código de 1886 por medio de la ley número 4189.

323. **Substracción, ocultación o inutilización de materiales, instrumentos u otros medios de extinción o defensa.**—Se castiga en la segunda parte del artículo 188 el hecho de aquel que impide la extinción de un incendio, la defensa contra una inundación, sumersión, naufragio u otro desastre, substrayendo, ocultando, o

haciendo inservibles materiales, instrumentos u otros medios destinados a la extinción o a la defensa referidos.

Se necesita, por tanto, la sustracción, ocultación o inutilización de los medios u objetos; y el propósito consiste en impedir la defensa o en que se extinga el incendio. La acción en estos casos tiene por objeto que no pueda hacerse una cosa determinada.

El delito se consuma con el hecho de la ocultación, destrucción o inutilización, no siendo preciso que se impida el desastre, pues con otros medios, instrumentos o materiales, podría hacerse la extinción o producirse la defensa.

La cuestión de saber cuándo se ha producido el delito, es de hecho y queda librada a la apreciación en cada caso. Cometería delito el que escondiese, destruyese o inutilizase una bomba, un motor, o un aparato matafuego, con el objeto de que no pudiese sofocarse un incendio; el que cortase los alambres del teléfono para que no se pudieran pedir los auxilios necesarios; el que ocultare, sustrajere o inutilizase ladrillos, cemento u otros materiales necesarios para reparar una obra, cuya falta de compostura pudiese ocasionar el desastre; el que hiciere lo mismo con las herramientas precisas a fin de impedirlo, etc., etc.

324. El artículo 189 y sus concordancias.—

Artículo 189

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos.

Si el hecho u omisión culpable pusiere en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cuatro años.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 311.—Holandés, 158.—Proyecto de 1891, 230.—Proyecto de 1906, 206.

325. **Antecedentes del artículo.**—El precepto de la ley vigente ha sido tomado del proyecto de 1906, el que, a su vez, lo tomó del proyecto de 1891. La exposición de motivos de este último decía que esa disposición es análoga a la consignada en otros títulos, como en el de los delitos contra las personas, sobre los homicidios cometidos por culpa o imprudencia, y responde al sistema, ya fundado, que se ha creído preferible para legislar la culpa.

Debe recordarse que el Código, siguiendo a los dos proyectos antecedentes, no se ocupa de la culpa o imprudencia en un título de la parte general, como lo hacían el código de 1886 y los proyectos anteriores, sino que se refiere en los capítulos donde se legisla sobre delitos en particular, de aquellos que se producen por culpa o imprudencia.

En el presente artículo, por tanto, se castiga al que causare incendio o estragos por culpa o imprudencia.

326. **Origen y alcance del precepto.**—La disposición de nuestra ley ha sido tomada del artículo 311 del código italiano, el que se encuentra redactado en términos análogos al nuestro.

La culpa consiste en no prevenir por negligencia aquello que pudo evitarse, es una omisión voluntaria de diligencias que se debieron realizar.

El artículo reprime con la pena de prisión desde un mes hasta un año al que, por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare incendio u otros estragos. La disposición de la primera parte es general y se refiere a tres clases de actos distintos.

En primer lugar habla del que, por imprudencia o negligencia, causare el incendio o el estrago. Tal sería el caso del empleado de una casa de comercio que fumase en el lugar donde estaban depositados los combustibles o que despachase nafta, teniendo un cigarro encendido en los labios.

Se refiere, además, al que lo causare por impericia en su arte o profesión, lo que podría ocurrir cuando un electricista llamado para hacer una instalación de luz, colocara los cables de tal manera que el corto circuito y el incendio fueran la consecuencia necesaria.

Y habla, por fin, del desastre producido por no haberse observado los reglamentos u ordenanzas. Cuando se trata de manejos peligrosos, las ordenanzas municipales y aun los reglamentos internos de los establecimientos señalan precauciones especiales que deben ser adoptadas para impedir los inconvenientes que son la consecuencia de las omisiones o de ciertos actos. Si a causa de no haberse cumplido, se produce el desastre o el incendio, el agente es castigado conforme al artículo.

El segundo apartado de la disposición establece que el máximo de la pena se podrá elevar hasta cuatro años, cuando con el hecho u omisión culpable se pusiese en peligro de muerte a alguna persona o se causare la muerte. Las graves consecuencias que prevé el artículo justifican el aumento de la penalidad.

XVII

Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación

327. LOS DELITOS DEL PRESENTE CAPÍTULO EN EL CÓDIGO DE 1886. — 328. PROYECTO DE 1891. — 329. PROYECTO DE 1906. — 330. EL ARTÍCULO 190 Y SUS CONCORDANCIAS. — 331. ORIGEN DE LA DISPOSICIÓN. — 332. ALCANCE DEL PRECEPTO. — 333. EL ARTÍCULO 191 Y SUS CONCORDANCIAS. — 334. LAS DISPOSICIONES CONCORDANTES. — 335. FUNDAMENTOS DE LA DISPOSICIÓN. — 336. MARCHA Y DESCARRILAMIENTO DE UN TREN. — 337. RESULTADOS DE LA ACCIÓN. — 338. MUERTE DE UNA PERSONA COMO CONSECUENCIA DEL ACCIDENTE. — 339. EL ARTÍCULO 192 Y SUS CONCORDANCIAS. — 340. OBJETO DE LA DISPOSICIÓN Y ANTECEDENTES DE LA MISMA. — 341. LA PENALIDAD. — 342. TRANSMISIÓN DE FALSAS NOTICIAS. — 343. EL ARTÍCULO 193 Y SUS CONCORDANCIAS. — 344. ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN. — 345. EL ARTÍCULO 194 Y SUS CONCORDANCIAS. — 346. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN. — 347. PREVISIONES DEL ARTÍCULO. — 348. EL ARTÍCULO 195 Y SUS CONCORDANCIAS. — 349. ANTECEDENTES DE LA DISPOSICIÓN. — 350. EMPLEADOS DE UN TREN O UN BUQUE. — 351. EL ARTÍCULO 196 Y SUS CONCORDANCIAS. — 352. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN. — 353. CASOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO. — 354. LA LEY DE TELÉGRAFOS. — 355. EL ARTÍCULO 197 Y SUS CONCORDANCIAS. — 356. ALCANCE Y FUNDAMENTOS.

*

* *

327. Los delitos del presente capítulo en el código de 1886.— El código vigente antes de la reforma no se ocupaba de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación.

En el capítulo sobre incendios y otros estragos, colocado entre los delitos contra la propiedad, el artículo 215 se ocupaba de atentados contra los ferrocarriles, y decía:

“ El que voluntariamente rompa caminos de hierro o coloque en ellos cualquier cuerpo que impida el tránsito de las locomotoras o vagones, o las haga salir de los rieles, o emplee otro medio con este fin, sufrirá prisión de uno a tres años.

“ Si como consecuencia del descarrilamiento, se ocasionasen pérdidas en la destrucción de los vehículos o en las mercaderías, que excedan de cinco mil pesos, la pena será de tres a nueve años de penitenciaría.”

El artículo 216, agrega:

“ Si el hecho hubiere ocasionado contusiones, heridas o fracturas en alguna persona, la pena será de tres a nueve años de penitenciaría.

“ Si el accidente hubiese ocasionado la muerte de una o más personas, la pena será penitenciaría desde diez años hasta por tiempo indeterminado.”

Además, en el artículo 217 se establecía respecto a otros medios de comunicación:

“ Todo el que intencionalmente cortase los alambres del telégrafo destinado al servicio de un ferrocarril, arrancase o destruyese los postes o ejecutase algún otro acto tendiente a interrumpir la comunicación telegráfica, será castigado con arresto de uno a nueve meses. Si del hecho hubiesen resultado accidentes en los trenes, la pena será de uno a tres años de prisión. Si de estos accidentes resultase herida o muerte de alguna persona, la pena será de tres a seis años de penitenciaría.”

Y el artículo 218 concluía diciendo que en los demás casos de destrucción de las líneas telegráficas la pena será de uno a tres meses de arresto.

La disposición relativa a los ferrocarriles tiene su antecedente en el artículo 342 del proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García.

“
• •

328. Proyecto de 1891.—El proyecto de 1891 se ocupó de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comuni-

cación en el capítulo segundo del título sobre delitos contra la seguridad pública.

Por el artículo 231, que es el primero del capítulo, se reprime con penitenciaría de seis meses a dos años al que destruyere, en todo o en parte o de cualquier modo inutilizare las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua, o impidiera o alterare la ejecución de las medidas o el funcionamiento de los objetos destinados a la seguridad de las mismas. Si resultare peligro para las personas la pena será de uno a cuatro años, y si se causare la muerte de alguien de tres a quince años.

Se refería después, y especialmente a los ferrocarriles, colocando disposiciones tomadas de la ley nacional y contenía otra serie de previsiones a las que me referiré cuando examine en particular las disposiciones del Código.

En cuanto a la exposición de motivos, decía:

“ El gran papel que los ferrocarriles y otros medios de transporte y de comunicación por tierra o por agua, representan en las relaciones de la vida contemporánea, es un dato suficiente para juzgar de la importancia que revisten los desastres en las vías férreas, en los buques, en las construcciones flotantes, etc., y hasta dónde alcanza la intranquilidad y el peligro común, para las propiedades y para las personas, que originan. Por eso era menester considerar especialmente los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación. En el capítulo segundo, dedicado a esta materia, prevemos ante todo los ataques en general, o los actos por los que se destruyera total o parcialmente o de cualquier modo se inutilizara las vías u obras destinadas a la comunicación pública, o se impidiera o alterara la ejecución de las medidas o el funcionamiento de los objetos destinados a la seguridad de las mismas. Observamos en esto el procedimiento, seguido hasta aquí, de proyectar, siempre que la materia se preste a ello, un precepto común o general que abarque todos los casos posibles de una clase dada de delitos, que no reclamen, por su gravedad singular o las condiciones en que se ejecuten, una disposición especial.”

329. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 contiene las disposiciones que ha consignado el código vigente, con solo dos modificaciones: una general, pues se refiere a todos los artículos y tiende a armonizar los preceptos con el sistema de penalidad que ha adoptado el Código; y otra relativa al artículo 195. Una y otra se mencionan en la exposición de motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.

En la Cámara de Senadores no se propusieron modificaciones en esta parte.

Al ocuparse en particular de los artículos del código vigente me referiré de hecho a los del proyecto de 1906.

La exposición de motivos de este proyecto decía al respecto y en general:

“ En el título “Delitos contra la seguridad pública” hemos incluido algunos preceptos del Código que figuran como delitos “contra la propiedad particular en el capítulo “De los incendios y otros estragos”, y hemos generalizado algunas de sus disposiciones sobre caminos de hierro a todas las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua. De acuerdo con este plan castigamos a todo el que inutilice o destruya esas obras, al que impida o estorbe la ejecución de las medidas adoptadas para seguridad de las mismas, al que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o hacerlo descarrilar, al que ejecute cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril, al que arroje cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha, al que practicare cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante, a detener o entorpecer la navegación, al conductor y demás empleados de un tren o de un buque que abandonaren su puesto durante su servicio respectivo, y, por último, al que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o telefónica, o resistiere voluntariamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.”

330. El artículo 190 y sus concordancias.—

Artículo 190

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que inutilizare o destruyere, en todo o en parte, las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua, o impidiere o estorbare la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las mismas.

El máximo se elevará a seis años, si resultare peligro para las personas. Si resultare la muerte de alguna persona, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 317.—Holandés, 162.—Código de 1886, 216.—Proyecto de 1891, 231.—Proyecto de 1906, 207.

331. Origen de la disposición.—La comisión redactora del proyecto de 1891 anota como concordancias del precepto análogo al del código vigente, los códigos italiano y holandés. En el primero de los mencionados se contiene también un capítulo sobre delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, y en el segundo hay un título sobre los delitos que comprenden la seguridad general de las personas y de los bienes.

El artículo 317 del código italiano castiga al que de cualquier modo destruya en todo o en parte o haga inservibles vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua, o remueva a tal fin los objetos destinados a la seguridad de los mismos.

Y el artículo 162 del código de Holanda incrimina al que con intención destruya, inutilice o deteriore alguna obra que sirva para la pública comunicación, obstruya alguna vía pública por tierra o por agua o paralice las medidas de seguridad tomadas

acerca de dicha obra o vía. La pena es distinta, según que pudiere resultar algún peligro para la seguridad de las comunicaciones, o que se produjese el mismo y la muerte de alguna persona.

La disposición en vigencia y la del artículo siguiente comprende también casos a que se refiere el artículo 81 de la ley número 2783, o sea la general de ferrocarriles.

332. Alcance del precepto.—El artículo tiene por objeto tutelar la seguridad de las comunicaciones, y a esos efectos castiga al que inutilizase o destruyese en todo en parte, las vías u obras destinadas a la comunicación pública por tierra o por agua, o impidiese o estorbare la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las mismas.

El propósito del agente debe ser el de impedir o estorbar las comunicaciones. En cuanto al elemento material del delito concurre cuando: 1.º Se destruyen en todo o en parte las vías o las obras destinadas a las comunicaciones públicas por tierra o por agua; 2.º Se inutilicen las mismas, lo que significa hacerlas inservibles para su objeto; y 3.º Se impide o estorbe la ejecución de las medidas adoptadas para la seguridad de las obras, y, por ende, de las comunicaciones.

González Roura hace notar con razón que no se han comprendido en el artículo las obras relacionadas con la navegación aérea, no obstante su creciente difusión.

El Código usa el término *vías*, que se aplica solamente a los ferrocarriles o demás vehículos para los cuales se empleen aquéllas, pero contiene también la palabra *obras*, que es de carácter general y que se refiere a todas sin ninguna limitación. Bastaría que se trate de obras establecidas o usadas para las comunicaciones públicas por tierra o por agua.

La pena del artículo es la de prisión de seis meses a dos años, la que aumenta en su máximo hasta seis años cuando resultare peligro para las personas. El castigo se fija en reclusión o prisión de tres a quince años cuando resultare la muerte de alguna persona. Sobre el sistema penal de la ley cabe recordar lo que se ha dicho en diferentes oportunidades.

333. El artículo 191 y sus concordancias.—

Artículo 191

El que empleare cualquier medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerle descarrilar, será reprimido:

- 1.º Con prisión de seis meses a tres años, si no se produjere descarrilamiento u otro accidente;
- 2.º Con prisión de dos a seis años, si se produjere descarrilamiento u otro accidente;
- 3.º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si a consecuencia del accidente, resultare lesionada alguna persona;
- 4.º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si resultare la muerte de alguna persona.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 164.—Alemán, 315.—Italiano, 312.—Húngaro, 434, 435 y 436.—Código de 1886, 215 y 216.—Ley de 18 de septiembre de 1872 número 531, sobre ferrocarriles nacionales, artículos 71 y 72.—Ley número 2673, 81.—Proyecto de 1891, 232.—Proyecto de 1906, 206.

334. Las disposiciones concordantes.—En el proyecto de 1891 la comisión redactora cita la ley nacional de ferrocarriles del 18 de septiembre de 1872. Esa ley, registrada bajo el número 531, fué derogada por la número 2873, sancionada en el año 1891, o sea en el mismo en el cual se publicó el proyecto.

La ley número 531 se ocupaba en los artículos 71 y 72 de los delitos comprendidos en la presente disposición, castigando con presidio de tres meses a dos años a todo el que destruyere intencionalmente una barracarril o empleare algún otro medio para detener o entorpecer la marcha de un tren, o para hacerlo descarrilar. La pena se aumentaba si el fin que el delincuente se propuso se hubiera consumado.

Cuando el hecho hubiese ocasionado contusiones, heridas o

fractura en alguna persona, la pena era de presidio desde un año hasta ocho; y si el accidente hubiere ocasionado la muerte de una o más personas el castigo no bajaría de ocho años de trabajos forzados.

La ley número 2873, actualmente vigente, dice en el artículo 81:

“ Todo individuo que destruya intencionalmente una barra-carril o emplease otro medio para detener o entorpecer la marcha de un tren o para hacerlo descarrilar, será castigado con una pena de tres meses a un año de arresto. Si el fin que el delincuente se propuso se hubiese producido, la pena será de un año a tres de prisión. Si el hecho hubiese ocasionado contusiones, heridas o fracturas en alguna persona, la pena será de tres a ocho años de presidio o penitenciaría. Si el accidente hubiese ocasionado la muerte de una o más personas, la pena no bajará de ocho años de presidio, pudiendo los tribunales hasta aplicar la última.”

En cuanto al código de 1886 traía respecto a este asunto dos artículos, el 215 y el 216 del capítulo sobre incendios y otros estragos, los que han sido transcritos con anterioridad.

335. Fundamentos de la disposición.—La exposición de motivos del proyecto de 1891, dijo respecto al artículo 232, que corresponde al 191 del código vigente:

“ En el artículo 232 del proyecto refundimos los artículos 71 y 72 de la ley nacional de 18 de septiembre de 1872 sobre ferrocarriles. Esta ley prevé el caso de destruir una barracarril o de emplear cualquier otro medio para detener o entorpecer la marcha de un tren, o para hacerlo descarrilar, y distingue explícitamente o implícitamente, los casos siguientes: Si se ha producido o no el fin o accidente que el criminal se proponía causar; si se ha ocasionado contusiones, heridas o fracturas a alguna persona; si se ha causado la muerte a alguien. Conservamos y precisamos más claramente, a nuestro juicio, estas distinciones que, por otra parte, se hallan consignadas también

“ en los artículos 215 y 216 del Código Penal. En cuanto a la penalidad la hemos alterado para adaptarla al sistema del proyecto.”

336. Marcha y descarrilamiento de un tren.—El artículo 191 se refiere a los ferrocarriles y castiga: 1.º Al que detiene la marcha de un tren; 2.º Al que la entorpece; y 3.º Al que lo hace descarrilar.

Sobre los medios de ejecución el precepto es comprensivo de todos, pues se refiere al que empleare cualquiera.

Las penas son distintas según cuáles fueran los resultados de la acción.

La disposición dentro del Código está perfectamente justificada y las previsiones que ella contiene no se pueden discutir. Los intereses de todo orden que representan los ferrocarriles deben ser tutelados por la ley penal. Al cuidarlos se ampara la vida, la propiedad, la tranquilidad y la seguridad públicas, de manera que la protección especial se impone.

337. Resultados de la acción.—El Código prevé cuatro casos: 1.º Que no se produjera descarrilamiento ni otro accidente, como consecuencia de la maniobra del agente; 2.º Que se produzca descarrilamiento u otro accidente; 3.º Que a consecuencia del mismo resulte lesionada alguna persona; y 4.º Que por el mismo motivo resulte la muerte de alguna persona.

En los diferentes casos, la penalidad es variable.

PRIMER CASO.—El delincuente ha empleado algún medio para detener, entorpecer o hacer descarrilar un tren, y no se produce ni descarrilamiento, ni accidente. En este caso la pena es la de prisión desde seis meses hasta tres años.

Muchos y muy diversos casos pueden producirse dentro de la previsión del precepto. Tendrían lugar estos entre otros: cuando

el descarrilamiento se ha evitado porque el maquinista ha detenido el tren notando alterados los cambios; cuando el mismo piloto no ha detenido el convoy, a pesar de habersele hecho señales a esos efectos y con eso ha impedido un choque; etc., etc.

SEGUNDO CASO.—Como consecuencia de las maniobras puestas en juego el descarrilamiento o el accidente tienen lugar. El primero se produce cuando el convoy o parte de él se salen de los rieles.

En cuanto a las palabras *otro accidente* comprenden cualquiera que se pueda producir. Tal sería la ruptura de frenos, ejes, ruedas, etc. La pena es la de prisión de dos a seis años.

TERCER CASO.—Hasta aquí la ley se refiere a la inexistencia de daños o a daños en las cosas, pero como éstos pueden producirse en las personas que viajen en los trenes, ya sean empleados o pasajeros, se castiga con reclusión o prisión de tres a diez años al agente, cuando a consecuencia del accidente resultare lesionada alguna persona. La ley no distingue entre las distintas clases de lesiones. Basta que haya un lesionado para que se aplique la pena especial, pero es indudable que, de acuerdo con el sistema general de la ley, deberá tenerse en cuenta la clase y gravedad del daño para la graduación del castigo.

338. Muerte de una persona como consecuencia del accidente.

—Se trata del extremo más grave, consistente en el hecho de haberse ocasionado la muerte de una persona como consecuencia del accidente.

Debe tenerse en consideración que el propósito del agente debió ser el de impedir o entorpecer las comunicaciones y no el de matar. Si fuere este último y el propósito se consumase, habría un homicidio especialmente calificado. (Artículo 80, inciso 2.º).

La misma observación cabe respecto a las lesiones. Cuando hubiere existido el propósito de matar y el resultado no se hubiese producido, el agente sería reo de tentativa. La pena en el caso del inciso 4.º es la de reclusión o prisión de diez a veinticinco años. La pena es la misma que correspondía al homicidio simple en el proyecto de 1906. Cuando reduje el minimum a ocho años

proyecté la modificación en este inciso, pero la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria restableció al maximum antiguo, no obstante haberse aceptado la reducción para el homicidio simple.

339. El artículo 192 y sus concordancias.—

Artículo 192

Será reprimido con las penas establecidas en el artículo anterior en sus casos respectivos, el que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

CONCORDANCIAS.—Ley número 531, artículo 76.—Ley número 2873, 75.—Código de 1886, 217.—Proyecto de 1891, 233.—Proyecto de 1906, 209.

340. Objeto de la disposición y antecedentes de la misma.—

El artículo se refiere al funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado a un ferrocarril. De manera que un acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un teléfono o telégrafo cualquiera, no entra dentro de las prescripciones de la disposición, requiriéndose, como lo dice expresamente, que se trate de un ferrocarril.

Los ferrocarriles necesitan, como un complemento indispensable para su regular movimiento, el telégrafo y el teléfono. De aquí que toda maniobra tendiente a alterar o a interrumpir ese funcionamiento, implique un peligro.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, dice respecto al precepto concordante:

“ En el artículo 233 reproducimos, en el fondo, el 76 de la ley de ferrocarriles nacionales, concordante con el 217 del Código. No obstante, cambiamos la pena y prescribimos que, según

“ el caso respectivo, será la misma establecida en el artículo 23.
 “ Equiparamos el delito del que ejecutare cualquier acto tendiente a interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono, destinado al servicio de un ferrocarril, previsto en el referido artículo 233, con el legislado en el 232, porque juzgamos que en uno y otro serán idénticos el móvil del agente y los efectos que pueden producirse.

El artículo 76 de la ley 531 castigaba con prisión de dos a doce meses a todo el que intencionalmente cortase los alambres del telégrafo destinados al servicio del ferrocarril, arrancase o destruyese los postes, o ejecutase algún otro acto tendiente a interrumpir la comunicación telegráfica. La pena se aumentaba en caso de accidentes, de lesiones o de muerte de alguna persona.

En cuanto al código de 1886, decía en el artículo 217 lo que se ha expresado en una transcripción anterior.

*
*
*

341. La penalidad.—El artículo 192 dice que se reprimirá a los autores del delito sobre que legisla, con las penas consignadas en el artículo anterior, que comprende cuatro casos diferentes.

En aquella disposición se tuvieron en cuenta los resultados posibles de un descarrilamiento u otro accidente ferroviario para graduar la penalidad. Aquí se tienen en consideración los mismos extremos.

Por medio de la interrupción del telégrafo o teléfono de un ferrocarril se pueden producir accidentes. Si éstos no tienen lugar, la pena aplicable es la del primer inciso del artículo 191, y si se producen en las cosas o las personas, y según el caso, las de los incisos 2.º, 3.º y 4.º.

*
*
*

342. Transmisión de falsas noticias.—El Código habla en el artículo de que me ocupo de interrumpir el funcionamiento de un telégrafo o teléfono destinado al servicio de un ferrocarril.

No se habla solamente del hecho de cortar hilos, arrancar postes u otros actos especiales, sino que se refiere en general al que ejecutare cualquier acto.

Se interrumpe el funcionamiento del telégrafo o teléfono cuando se realizaran sobre los aparatos o instalaciones actos materiales que impiden la comunicación, pero se interrumpen éstas también cuando se intercalan aparatos en las líneas y por medio de ellos se envían noticias falsas, relacionadas, por ejemplo, con el movimiento de los trenes.

Otra cosa sería si el accidente se produjera por el hecho de haberse usado un teléfono de la compañía aprovechando un descuido para dar órdenes o noticias falsas.

*
* * *

343. El artículo 193 y sus concordancias.—

Artículo 193

Será reprimido con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, el que arrojaré cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 313, párrafo segundo.—Proyecto de 1891, 234.—Proyecto de 1906, 210.

*
* * *

344. Alcance de la disposición.—Se castiga por este precepto al que arroje contra un tren o tranvía en marcha, cuerpos contundentes o proyectiles.

Cuerpo contundente es el que puede causar una contusión, esto es, un daño en el cuerpo. Debe tratarse, así, de un cuerpo duro. Proyectil es un cuerpo arrojado, y especialmente el que sirve para cargar un arma de fuego.

Para que concurra la pena del artículo, prisión de un mes

a un año, es preciso que se arrojen los objetos contra un tren o tranvía en marcha.

Si se ocasionase lesiones a alguna persona o se produjere muerte, a causa del cuerpo contundente arrojado o proyectil, la pena será la que corresponda al delito de mayor importancia.

El doctor Padró, dice (1), con razón:

“ Advertimos que hay una omisión cuando el artículo se refiere únicamente a los trenes y a los tranvías; lo que equivale a dejar fuera de esta represión a los que agrediesen a un automóvil, a un aeroplano, y a cualesquiera otros medios de locomoción o de transporte que puede usar el público en sus viajes por los caminos de la República. Luego, las pedradas contra un carruaje, contra una diligencia de campaña, etcétera, mientras no lesionen a las personas, ni dañen el material, no determinarán la aplicación de la pena de un mes a un año de prisión que prescribe el artículo que explicamos.”

En la exposición de motivos del proyecto de 1891 se dice que este delito no es de consideración ni expone a grandes peligros. Se proyecta, por eso—se agrega,—una penalidad benigna, o sea la misma del código vigente.

*

* *

345. El artículo 194 y sus concordancias.—

Artículo 194

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que ejecutare cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante o a detener o entorpecer la navegación.

Si el hecho produjere naufragio, avería o varamiento, la pena será de tres a doce años de reclusión o prisión.

Si el accidente causare lesión a alguna persona, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

(1) Nuevo Código Penal argentino, página 181.

CONCORDANCIAS.—Código alemán, artículos 322 y 323.—Holandés, 166, 168 y 180.—Proyecto de 1891, 235.—Proyecto de 1906, 211.

*

* *

346. Antecedentes de la disposición.—El artículo, como los demás de este capítulo, ha sido tomado del proyecto de 1906, el que a su vez tuvo como fuente al de 1891. Tiene por objeto tutelar la navegación fluvial y marítima y protegerla especialmente como se ha hecho para las comunicaciones ferroviarias por medio del artículo 191.

La disposición del 190 es general; la del 191 se refiere a ferrocarriles; la del 192 al telégrafo y teléfono, considerados como auxiliares; y el presente a la navegación.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 fundaba el precepto concordante, diciendo:

“ En el artículo 235 prevemos, para proteger la seguridad de una nave o construcción flotante o la seguridad de su marcha, vale decir, la seguridad de los medios de comunicación por agua hechos análogos a los legislados en el 232 contra los ferrocarriles. Sin embargo, como no existe paridad entre los diversos casos de éste y los de aquél, alteramos los límites de la pena respecto de algunos de esos casos. Así, a nuestro juicio, origina mayor peligro y mayor intranquilidad el acto por el cual se produjere un naufragio o varamiento de un buque que el que ocasionare el descarrilamiento de un tren, sin causar daño de ningún género a las personas. Por eso hemos elevado el máximo y el mínimo de la pena en el primero. Una consideración semejante explica los otros aumentos.”

*

* *

347. Previsiones del artículo.—El precepto castiga al que ejecutare cualquier acto tendiente a poner en peligro la seguridad de una nave o construcción flotante; y cualquier acto destinado a detener o entorpecer la navegación. Se dirige, así, a dos

cosas distintas: una relacionada con las naves y construcciones flotantes, como diques y faros flotantes, boyas, etc.; y otra relativa a la navegación misma.

El artículo es general e incrimina todos los casos. El código de Holanda, que se tuvo como modelo, era más preceptivo, pues habla de las señales puestas para seguridad de la navegación, de paralizar sus efectos, de poner señales deficientes, de echar a pique un buque, de encallararlo, de destruirlo, inutilizarlo o deteriorarlo.

Nuestro artículo erige en delito el hecho solo de poner en peligro la seguridad de la nave o construcción flotante, o de detener o entorpecer la navegación, pero las penas varían, según cuáles fueran las consecuencias que tuviesen lugar.

Así, si se produce naufragio, avería o varamiento, la pena será de tres a doce años de reclusión o prisión.

Respecto a lo que debe entenderse por nave, conviene tener presente lo dicho al comentar el artículo 187, pues entiendo que no podría aplicarse la disposición a las pequeñas embarcaciones.

Tanto el naufragio como la avería o el varamiento, son cuestiones de hecho que deberán ser apreciadas en cada caso.

La pena se aumenta a reclusión o prisión de tres a quince años cuando se lesionase alguna persona, y a prisión o reclusión de diez a veinticinco años cuando se ocasionare la muerte.

Lo que se ha dicho respecto al artículo 191 cabe también con relación al presente.

*
* *

348. El artículo 195 y sus concordancias.—

Artículo 195

Serán reprimidos con prisión de un mes a un año, si el hecho no importare un delito más severamente penado, los conductores, capitanes, pilotos, mecánicos y demás empleados de un tren o de un buque, que abandonaren sus puestos durante sus servicios respectivos antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 404.—Ley número 531, 75.—Ley número 2873, 84.—Proyecto de 1891, 236.—Proyecto de 1906, 212.

*
* *

349. Antecedentes de la disposición.—El código de Holanda, invocado por los redactores del proyecto de 1891, castiga con prisión hasta cuatro años y seis meses al capitán de un barco holandés que fuera de caso de necesidad, o en contra de alguna disposición de la ley, abandone el buque durante el viaje, o disponga o permita a las gentes de la tripulación que lo abandonen.

Por su parte, el artículo 75 de la ley número 531, también invocado, decía:

“ Los mecánicos, conductores o guardatrenes y demás empleados que abandonaren su puesto durante su servicio respectivo serán penados con prisión de un mes a dos años o multa de cuarenta a mil pesos fuertes. Si a consecuencia del abandono del puesto, ocurriesen accidentes que ocasionasen la muerte o heridas a alguna persona, la pena será en el primer caso de dos a ocho años de prisión y en el segundo de tres meses a dos años.”

Nuestro artículo ha debido también tener en cuenta lo establecido en los artículos 919, 969 y 990 del Código de Comercio, que se refieren a las obligaciones del capitán, del piloto, de los oficiales y demás gentes que tripulan un barco. El primero de esos artículos castiga con inhabilitación de cinco a quince años al capitán que, habiéndose ajustado para un viaje, dejare de cumplir el ajuste, porque no emprenda el viaje o porque abandone el buque durante él. Sólo será excusable si le sobreviniera algún impedimento físico o moral que le impida cumplir su empeño.

El artículo 969 fija las obligaciones de los oficiales del buque y gente de mar, y el 990 dice que los oficiales y cualesquiera otros individuos de la tripulación que después de matriculados abandonasen el buque antes de empezar el viaje, o se ausentaren antes de finalizarlo, pueden ser apremiados con prisión al cumplimiento del contrato.

*
* *

350. Empleados de un tren o un buque.—El artículo del Código es comprensivo y se refiere a todos los empleados de un tren o un buque. Se comprende el castigo, porque no sería posible tolerar que los empleados encargados de transportar pasajeros u objetos, pudiesen, por cualquier causa, no justificada, abandonar el cumplimiento de su compromiso y causar los perjuicios consiguientes. Bastará tener en cuenta lo que puede ocurrir si se deja un tren en medio del campo, o en una estación intermedia, o si se abandona un barco fuera de puerto o antes del destino.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, fundaba la disposición concordante, diciendo:

“ El artículo 236 reproduce la primera parte del artículo 75 de la ley de ferrocarriles nacionales, con las siguientes modificaciones: 1.º Variamos algo la redacción para que comprenda no solamente a los empleados de un tren o ferrocarril que abandonaren su puesto, durante el servicio, sino también a los de un buque; 2.º Reducimos la pena a penitenciaria de un mes a un año, porque, dada la naturaleza del hecho, y la condición de sus autores, esta pena es suficiente sanción; 3.º Excluimos los casos en que el abandono produjere algún accidente o daño a las personas o las cosas, porque si se causare el accidente o el daño, el hecho caerá bajo otra de las disposiciones establecidas.”

El proyecto de 1906 castigaba el abandono durante el servicio respectivo. La comisión especial de la Cámara de Diputados introdujo una modificación en esta parte, agregando al final las palabras: *antes de llegar a puerto o al término del viaje ferroviario.*

La exposición de motivos, dijo:

“ En el artículo 195 se ha hecho un agregado para precisar bien el concepto, pues entiende la comisión que solamente puede considerarse como delito el abandono de servicio en un tren o en un buque, cuando se hace antes de llegar al término del viaje ferroviario o al puerto de destino. De otra manera ese hecho constituiría un acto voluntario del empleado fuera del servicio correspondiente.”

Es de notarse que la exposición de motivos se refiere al puerto de destino y no a cualquier puerto al cual se arribase. En esos casos regirá la disposición recordada del Código de Comercio.

*
* *

351. El artículo 196 y sus concordancias.—

Artículo 196

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que, por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo.

Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona, se impondrá prisión de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 314.—Uruguayo, 260.—Ley número 2873, 83.—Proyecto de 1891, 237.—Proyecto de 1906, 213.

*
* *

352. Contenido de la disposición.—En la exposición de motivos del proyecto de 1891 se decía acerca del artículo concordante, que preveía los descarrilamientos, naufragios u otros accidentes cometidos por culpa o imprudencia, contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación. “Es obvia la necesidad de reprimir la culpa en estos casos, pues por las grandes desgracias que cualquier accidente en los trenes o en los buques puede causar, se requiere la mayor atención y prudencia en todo lo relativo a estos.”

El Código es consecuente con su sistema acerca de la incriminación de los actos producidos por culpa o negligencia.

El tráfico ferroviario, lo mismo que el marítimo, están sometidos a una serie de reglamentaciones que obligan al personal

y cuya falta de cumplimiento implica un descuido que puede tener consecuencias graves.

El Código de Comercio, en el artículo 908, responsabiliza al capitán de los daños y gastos ocasionados por su impericia o negligencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que corresponda. Y el artículo 972 expresa que el piloto que, por impericia, omisión o malicia, perdiere el buque, o le causare daños o averías, será obligado al resarcimiento del perjuicio, además de incurrir en las penas que tengan lugar.

La ley número 2873, por su parte, y de acuerdo con la número 531 ya derogada, dice en el artículo 83:

“ Todo individuo que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, causare involuntariamente un accidente del que haya resultado herida de una o más personas será castigado con arresto de un mes a un año o multa.”

La pena se agrava en caso de muerte de una o más personas.

*
* *

353. Casos comprendidos en el artículo.—El precepto reprime con prisión de seis meses a dos años al que causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en el capítulo, de manera que el castigo alcanza a los que ocasionaren por culpa cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos 190 a 196.

El acontecimiento debe haberse producido por negligencia o imprudencia del agente, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas. No habría en esos casos existido propósito, sino descuido.

La pena se eleva a prisión de uno a cuatro años, cuando del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona.

*
* *

354. La ley de telégrafos.—La ley nacional de telégrafos número 750 1/2, contiene algunas disposiciones que concuerdan con los artículos 192, 196 y 197 del código vigente.

En el artículo 50 dice:

“ Toda persona o personas que interrumpiesen intencionalmente la comunicación telegráfica, ya sea por rotura de los hilos, o la destrucción de los postes, o inhabilitación de las máquinas, o por cualquier otro medio, o que se resistieren violentamente al restablecimiento de la comunicación interrumpida, serán castigadas con una multa que no excederá de quinientos pesos fuertes, o con prisión que no excederá de seis meses, o con una y otra juntamente, según la gravedad del caso, sin perjuicio de las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar.

“ Los empleados de las oficinas de telégrafos que cometieren algunos de los delitos especificados en este artículo, serán castigados con el doble de la pena que en él se determina.”

Y en el artículo 52 legisla sobre la culpa, expresando:

“ Toda persona o personas que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, contribuyese a interrumpir o entorpecer el servicio de los telégrafos eléctricos, ya sea por la destrucción de los hilos, de los postes, de los aparatos, o por trabas puestas a los empleados, serán castigados, con una multa que no excederá de cien pesos fuertes, o con prisión que no excederá de un mes.

“ Si la falta fuese cometida por un empleado, la pena será el doble.”

Los artículos de las leyes especiales que contraríen los del Código han sido derogados. Los que se encuentran vigentes deben adaptarse en cuanto a la penalidad al sistema de este último. Todo esto lo prescribe el artículo 305 del código en vigor.

Debe, además, tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 4.º, respecto a la aplicación de las disposiciones generales del Código.

*
* *

355. El artículo 197 y sus concordancias.—

Artículo 197

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica o tele-

fónica o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 315.—Uruguayo, 366.—Proyecto de 1891, 233.—Proyecto de 1906, 214.

* * *

356. Alcance y fundamentos.—El artículo 238 del proyecto de 1891, concordante con el presente, decía la exposición de motivos de aquél, es una reproducción del 50 de la ley de 7 de octubre de 1875, sobre telégrafos nacionales, con estos agregados:

“ 1.º La agregación de las palabras *o telefónica*, después de la cláusula: *el que interrumpiere la comunicación telegráfica*, por que la comunicación telefónica, muy extendida hoy en la República, merece igual protección que la telegráfica; y 2.º La sustitución de las penas que el artículo vigente establece por la de penitenciaría de conformidad con el plan del proyecto.”

El artículo 190 se refería al telégrafo o teléfono que estuviere destinado al servicio de un ferrocarril, mientras que el presente se dirige a todas las comunicaciones telegráficas o telefónicas.

El delito consiste: 1.º En interrumpir; 2.º En entorpecer; 3.º En resistir violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

XIX

Piratería

357. NOCIÓN DEL DELITO.—358. ANTECEDENTES QUE PROPORCIONA LA LEY NÚMERO 49.—359. PROYECTO DE 1891.—360. PROYECTO DE 1906.—361. EL ARTÍCULO 198 Y SUS CONCORDANCIAS.—367. DEPREDACIÓN EN EL MAR O EN LOS RÍOS DE LA REPÚBLICA.—363. DEPREDACIÓN O VIOLENCIA.—364. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.—365. PATENTE DE CORSO.—366. APODERAMIENTO DE BUQUE.—367. ENTREGA A PIRATAS.—368. DEFENSA DEL BUQUE ATACADO.—369. EQUIPO DE UN BUQUE DESTINADO A LA PIRATERÍA.—370. TRÁFICO CON PIRATAS O AUXILIO A LOS MISMOS.—371. BUQUE ARMADO CON DOS O MÁS PATENTES.—372. LA PENALIDAD.—373. EL ARTÍCULO 199 Y SUS CONCORDANCIAS.—374. FUNDAMENTOS DE LA DISPOSICIÓN.

* * *

357. Noción del delito.—Según el diccionario, pirata es el ladrón que anda robando por el mar. Piratería es el ejercicio de pirata o el robo que éste hace, y piratear es robar y apresar las embarcaciones que andan por el mar.

Según la ley 18, título 14, Partida VII, *corsario* es el que *robasse otros en la mar con navíos armados*. Esta ley confunde piratas con corsarios, pero caracteriza el delito, que requiere: 1.º Navío armado; y 2.º Robo en el mar con ese navío.

Los piratas—según Ortolan (1)—son aquellos que corren los

(1) Regles internationales et diplomatie de la mer, página 250.

mares por su propia autoridad para cometer actos de depredación, tomando a mano armada, sea en tiempo de paz, sea en tiempo de guerra, los navíos de todas las naciones, sin hacer otra distinción que aquella que convenga para asegurar la impunidad de sus fechorías; los actos criminales cometidos por esos malhechores constituyen el crimen de piratería.

El pirata ha sido cuando este delito se practicaba frecuentemente, un profesional y un empresario, pues se requerían para ejercerlo conocimientos especiales, concurso, capital, elementos de diferente clase, etc. El pirata, generalmente, preparaba sus excursiones y tenía lugares de desembarco y protección, de tal manera que esos delincuentes contaban con numerosas colaboraciones.

Antiguamente, la piratería se practicaba con verdadera generalidad, de tal manera que los barcos, sobre todo cuando llevaban cargamentos de valor, debían ir armados, custodiados y navegando en conserva.

La civilización, el acuerdo de los Estados más importantes, el intercambio entre los diferentes países, la cordialidad de las relaciones internacionales, la extensión de la navegación, la importancia de las construcciones marítimas, el incremento de la marina de guerra y otra serie de factores han hecho que el delito de piratería no sea frecuente. Cuando se produce un caso, existe un empeño general para reprimirlo, y, por consiguiente, el oficio tendría hoy riesgos considerables y ventajas sumamente problemáticas.

La piratería amenaza la seguridad de todos los Estados, desde que se pone en peligro, con su ejercicio, el comercio, la navegación, las personas y los bienes. Es preciso distinguirla del corso, el cual era una piratería legítima, desde que se autorizaba en tiempos de guerra con relación a los países enemigos. El que tenía una patente de tal, estaba autorizado para armar navíos y hacer presa en los correspondientes al país o a los países con los cuales estuviese en guerra el que lo había autorizado.

El corso está hoy en desuso, después del tratado de París de 1856.

En la Constitución que nos rige se establece que corresponde al Congreso conceder patente de corso y de represalias, y establecer reglamentos para las presas. (Artículo 87, inciso 22).

La distinción entre *pirata* y *corsario* es, así, bien sencilla: el pirata es el que recorre los mares sin patente ni autorización, depredando y apoderándose de las naves que encuentra conveniente.

El corsario arma naves para apoderarse de las enemigas mediante una autorización.

La piratería puede ejercitarse en tiempos de guerra y de paz. El corso solamente mediando un estado de guerra y en relación a los países beligerantes.

*

* *

358. Antecedentes que proporciona la ley número 49.—El delito de piratería no se encontraba castigado ni en el proyecto del doctor Tejedor, ni en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, ni en el código de 1886.

Se incluyó, en cambio, en la ley número 49 de 14 septiembre de 1863, destinada a reprimir los crímenes y delitos contra la Nación.

Al estudiar los antecedentes del Código en general, he examinado esa ley y he puesto de manifiesto la necesidad de unificar la legislación penal, de acuerdo con los preceptos de la Constitución. He hecho notar, también, cómo los proyectos de 1891 y 1906, antes de sancionarse el código vigente, habían perseguido esa finalidad.

Las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima—según el artículo 100 de la Constitución—corresponden a la Suprema Corte Federal y a los demás tribunales que el Congreso establezca, de manera que, siendo el delito de piratería de jurisdicción nacional, la ley de 1863 encontró necesario preverlo en sus disposiciones.

El artículo 11 de esa ley dice que se comete piratería:

1.º Practicando en la mar y en los ríos de la República algún acto de depredación contra argentinos o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con la Argentina;

2.º Cuando, abusando de la patente de corso legítimamente concedida, se practicase algún acto de depredación o cualquiera hostilidad contra los buques de la República, o de otra nación contra la que no se hubiese recibido autorización para hostilizar;

3.º Apoderándose de algún buque, o de lo que pertenece a su equipaje, por medio de fraude o de violencia cometida contra su comandante;

4.º Entregando un buque a los piratas, o lo que pertenece a su tripulación;

5.º Oponiéndose, con amenazas o con violencias, a que el comandante o la tripulación defiendan el buque atacado por piratas;

6.º Navegando armada cualquiera embarcación sin pasaporte, sin matrícula del equipaje u otro documento que pruebe la legitimidad de su viaje;

7.º Traficando el argentino o el extranjero residente en la República, con piratas conocidos, suministrándoles cualquier auxilio, o manteniendo inteligencia con ellos;

8.º Navegando un comandante de buque armado, con dos o más patentes de diversas potencias.

La siguiente disposición fija las penas, refiriéndose a todos los que cometan el delito, al comandante de un buque y a la tripulación.

Y el artículo 13, último capítulo, castiga con la pena de muerte o la de trabajos forzados por diez años a los que cometieren el crimen de piratería:

1.º Siempre que hubiesen apresado alguna embarcación al abordaje, o haciendo fuego sobre ella;

2.º Siempre que el delito fuere acompañado de homicidio, o de mutilaciones en las personas de los apresados;

3.º Siempre que fuese acompañado de violencia, estupro u otros atentados graves contra la honestidad;

4.º Siempre que los piratas hayan abandonado algunas personas sin medios de salvarse;

5.º En todo caso, el patrón o capitán pirata sufrirá la pena primeramente indicada.

La ley de 1863, enumeraba, así, ocho casos de piratería, y era deficiente en sus términos, inspirados, a lo que parece, en los del código español.

En efecto, en el primer inciso del artículo 11 se castiga la depredación en los mares o ríos de la República cometida contra argentinos o súbditos de una nación que no se halle en guerra con la Argentina. La depredación, en consecuencia, contra súbditos de un Estado que se encontrase en guerra con nuestro país, sería admisible, lo que es contrario a los principios sanos del derecho internacional. La guerra se ejercita entre dos Estados, y las depredaciones sólo son admisibles cuando emanan de resoluciones de gobierno o de autorizaciones de los mismos. El hecho de la guerra no autoriza ni debe autorizar la contienda privada entre los nacionales de los distintos países y el desencadenamiento del pillaje de unos a otros.

359. Proyecto de 1891.—Nuestra ley vigente tiene su antecedente mediato en el proyecto de 1891, el que inspiró el de 1906, cuyos preceptos pasaron al código en vigor.

El artículo 245 de ese proyecto, decía:

“Será reprimido con penitenciaría de tres a quince años:

“1.º El que practicare, en la mar o en los ríos de la República, algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que el buque por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de una potencia reconocida; 2.º El que abusando de una patente de corso legítimamente concedida, practicare algún acto de depredación o cualquier hostilidad contra los buques de la República o de otra nación, para hostilizar la cual no hubiere recibido autorización; 3.º El que se apoderare de algún buque o de lo que perteneciere a su equipaje, por medio de fraude o violencia cometidos contra su comandante; 4.º El que entregare a piratas un buque o lo que perteneciere a su tripulación; 5.º El que, con amenazas o violencias, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque atacado por piratas; 6.º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque destinado a la piratería; 7.º El argentino o extranjero residente en la República que traficare con piratas o les suministrare auxilios; 8.º El comandante de un buque armado que navegare con dos o más patentes de diversas potencias.”

Y el 246 completaba el capítulo, expresando:

“Si los actos de violencia u hostilidad mencionadas en el artículo anterior fueren seguidos de la muerte de alguna persona, que se encontrare en el buque atacado, la pena será de diez a veinte años de presidio.”

La exposición de motivos, por su parte, fundamentaba las disposiciones en los siguientes términos:

“Respecto del delito de piratería hemos conservado, con pocas diferencias, las prescripciones de la ley penal de 1863. Los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º y 8.º del artículo 245 son, salvo en cuanto a la forma, idénticos a los números 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 7.º y

“ 8.º del artículo 11 de dicha ley. Damos una forma distinta a la
 “ del número 1.º de este artículo, a fin de extender su alcance
 “ de modo que comprenda, no sólo los casos de depredación en
 “ el mar o en los ríos de la República, contra argentinos o
 “ súbditos de otro país que no se halle en guerra con la Nación
 “ Argentina, sino todos los actos de depredación o de violencia
 “ contra un buque o contra las personas o cosas que en él se en-
 “ cuentren, siempre que el ejecutor no esté autorizado por alguna
 “ potencia beligerante, o que no pertenezca su nave a la marina
 “ de guerra de una potencia reconocida. Cualquiera que sea la
 “ nación a que pertenezcan el buque o las personas o cosas ata-
 “ cadas, el acto de depredación o de violencia, realizado en esas
 “ condiciones, será criminal, y lo será aunque se cometa contra
 “ súbditos o cosas de una nación con la cual se halla en guerra
 “ la República Argentina. Entre los medios de hostilizar o de
 “ hacer la guerra no se admite, ni es admisible, la depredación
 “ o la violencia ejercida sobre personas o bienes, por quien no ha
 “ recibido autorización para ello o por una embarcación sin ban-
 “ dera, que no depende de potencia alguna. No sucede lo mismo
 “ cuando el acto se lleva a cabo con autorización o por un buque
 “ de guerra de una potencia reconocida, porque entonces es res-
 “ ponsable del hecho la nación autorizante, o aquella a la cual
 “ pertenece el buque. Suprimimos el número 6.º del mencionado
 “ artículo 11 de la ley vigente; y, en lugar del caso que en él
 “ se incrimina, prevemos el de equipar, por cuenta propia o
 “ ajena, un buque destinado a la piratería. (N.º 6.º, artículo 245).
 “ No basta que una embarcación armada navegue sin pasaporte,
 “ sin matrícula del equipaje u otro documento que pruebe la
 “ legitimidad de su viaje, para que se le considere pirática, pues
 “ la falta de esos documentos puede provenir de pérdida o extra-
 “ vío, o de cualquier otra causa, sin que por eso haya culpa de
 “ parte del comandante, ni de la tripulación. Pero si no se justi-
 “ ficara la falta de documentos, ni la legitimidad del viaje de la
 “ embarcación, entonces ésta se consideraría como un buque equi-
 “ pado con destino a la piratería, y quedaría comprendida en la
 “ disposición que proyectamos.

“ La otra modificación que proponemos se refiere a las penas.
 “ Establecemos como pena ordinaria la de penitenciaría de tres a
 “ quince años; y, para los casos de agravación, cuando de los actos
 “ de piratería resulte la muerte de alguna persona, que se encuentre

“ en el buque atacado (artículo 246), la de presidio de diez a veinte
 “ años. Estas penas armonizan con la naturaleza del delito, con las
 “ que prescribimos para hechos análogos y con el sistema de pe-
 “ nalidad observado en el proyecto.

“ Completamos la legislación de la materia de que trata el
 “ presente título con varias disposiciones encaminadas a reprimir
 “ diversos hechos contrarios a la navegación. Las amenazas o vio-
 “ lencias de un tripulante o pasajero contra el capitán; o de un
 “ tripulante contra un superior, previstas en el artículo 247, cons-
 “ tituyen un acto de insubordinación, que puede originar serios
 “ trastornos en el buque. Por eso deben reprimirse, a fin de esta-
 “ blecer y garantizar la disciplina. Las amenazas o violencias que no
 “ se cometieren contra el capitán, ni por un tripulante contra un
 “ superior, sino contra cualquiera otra persona, no constituirán
 “ actos de insubordinación y entrarán en las disposiciones comunes
 “ sobre amenazas o violencias, de que trata el título respectivo.

“ Es evidente que el hecho, como lo presume la segunda parte
 “ del artículo, será más grave cuando se ejecute por dos o más
 “ personas reunidas.

“ La negativa a servir antes de terminar el viaje, a pesar de
 “ lo convenido en la contrata, y de lo dispuesto en la ley comer-
 “ cial, y la desobediencia a una orden superior, por parte de un
 “ tripulante, de que se ocupan los artículos 248 y 249, perturban
 “ la regularidad de los servicios y aun la regularidad de la mar-
 “ cha del buque, y son también actos de indisciplina, que recla-
 “ man represión.

“ Finalmente, en el artículo 250 establecemos una sanción
 “ en contra del capitán o patrón de un buque que omite auxi-
 “ liar embarcaciones o gentes de mar en peligro, siempre que pu-
 “ diese hacerlo sin riesgo para su buque, para sus compañeros o
 “ para sí mismo, porque en semejante situación el auxilio es un
 “ deber estricto, impuesto, más que por humanidad, por las ne-
 “ cesidades de la navegación, y cuyo cumplimiento es menester
 “ asegurar por medio de sanciones penales.”

La última parte de la exposición transcrita no se refiere al
 delito de piratería, sino a otras previsiones relacionadas con la
 navegación.

* *

360. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 trajo, como el de 1891, dos artículos análogos a los de aquél y que han sido repetidos en el Código sin más modificaciones que las relacionadas con la penalidad, a fin de adaptar el artículo al sistema de la ley en vigor.

La exposición de motivos del proyecto de 1906 se limitó a decir que la piratería se comprendía entre los delitos contra la seguridad pública, y que los preceptos tenían pocas variantes con los contenidos en la ley del 14 de Septiembre de 1863.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria se limitó a decir que aceptaba en todas sus partes el proyecto de 1906, habiéndose modificado solamente la penalidad para adaptarla al sistema alternativo aceptado.

*

* *

361. El artículo 198 y sus concordancias.—

Artículo 198

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años:

1.º El que practicare en el mar o en los ríos de la República algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante o sin que el buque, por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de alguna potencia reconocida.

2.º El que abusando de una patente de corso legítimamente concedida, practicare algún acto de depredación o cualquier hostilidad contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuviere autorizado;

3.º El que se apodere de algún buque o de lo que perteneciere a su equipaje, por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante;

4.º El que entregare a piratas un buque, su carga o lo que perteneciere a su tripulación;

5.º El que, con amenazas o violencias, se opusiere a que el comandante o la tripulación defiendan el buque atacado por piratas;

6.º El que, por cuenta propia o ajena, equipare un buque destinado a la piratería;

7.º El argentino o extranjero residente en la República que traficare con piratas o les suministrare auxilios;

8.º El comandante de un buque armado, que navegare con dos o más patentes de diversas potencias.

CONCORDANCIAS.—*Inciso 1.º*—Código holandés, artículo 381.—Ley número 49, 11, inciso 1.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 1.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 1.º.

Inciso 2.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 2.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 2.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 2.º.

Inciso 3.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 3.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 3.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 3.º.

Inciso 4.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 4.º—Código holandés, 385.—Proyecto de 1891, 245, inciso 4.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 4.º.

Inciso 5.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 5.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 5.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 5.º.

Inciso 6.º—Código holandés, artículo 383.—Proyecto de 1891, 245, inciso 6.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 6.º.

Inciso 7.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 7.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 7.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 7.º.

Inciso 8.º—Ley número 49, artículo 11, inciso 8.º—Proyecto de 1891, 245, inciso 8.º—Proyecto de 1906, 215, inciso 8.º.

*

* *

362.—Depredación en el mar o en los ríos de la República—

El primer inciso del artículo castiga al que practicare en el mar o en los ríos de la República algún acto de depredación o violencia contra un buque o contra personas o cosas que en él se encuentren, sin estar autorizado por alguna potencia beligerante, o sin que el buque, por medio del cual ejecute el acto, pertenezca a la marina de guerra de alguna potencia reconocida.

La disposición es distinta de la que contenía la ley de 1863.

En aquella se castigaba la depredación contra los argentinos o súbditos de otra nación que no se hallare en guerra con la Argentina, mientras que en el inciso del código vigente, se protege la vida y la propiedad del extranjero, aun cuando el país a que pertenece se encuentre en guerra con el nuestro, aceptando los principios más modernos del derecho internacional.

El inciso se refiere al mar o a los ríos de la República, por lo que conviene tener en cuenta lo que establece al respecto el Código Civil. Según ese cuerpo de leyes, son bienes públicos del Estado general o de los Estados particulares los mares adyacentes al territorio de la República hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de la más baja marea. El inciso 1.º del artículo 2340, que consigna esa disposición, agrega que el derecho de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas, medidas de la misma manera. En el inciso 3.º del artículo citado se comprenden los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales.

Para la jurisdicción penal, según el Tratado de Montevideo, se declaran aguas territoriales las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado. (Artículo 1.º del Tratado de Derecho Penal Internacional).

De manera que nuestra jurisdicción nacional se ejercita de acuerdo con esos principios, sobre los ríos y sobre los mares de la costa hasta la distancia establecida.

En alta mar, ningún país tiene jurisdicción propia, de manera que cualquier Estado que se considere agraviado o en peligro por actos de piratería puede tomar las medidas de seguridad o de policía que considere del caso.

El Tratado de Montevideo sobre derecho penal internacional, dice en el artículo 13 que los delitos considerados de piratería por el derecho internacional público, quedan sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes.

*

* *

363. Depredación o violencia.—El Código, en el primer inciso del artículo, habla de algún acto de depredación o violencia.

Depredación equivale a pillaje o a robo por medio de la violencia, de manera que las palabras de la ley se refieren al robo en el mar o en los ríos ejecutado por medio de un buque, pues así también lo exige la misma disposición.

El buque, y por consiguiente las personas o cosas que en él se encuentren, deben estar en el mar o en los ríos de la República. Fuera de nuestra jurisdicción, y en la de otro Estado, la Argentina no puede intervenir; y en alta mar puede hacerlo, pero no tiene la obligación que concurre cuando se trata del territorio.

*

* *

364. Excepciones al principio.—El inciso dice que la depredación implica el delito salvo dos casos: 1.º Cuando el buque estuviere autorizado por alguna potencia beligerante; y 2.º Cuando el acto se ejecutase por un buque de la marina de guerra de alguna potencia reconocida.

Los barcos autorizados para hacer el corso, y los de guerra de una potencia cualquiera, pueden y hasta deben atacar a los enemigos, pero fuera de la jurisdicción de los Estados neutrales. Existen, para todo esto, reglas de derecho internacional que no permiten a los buques de Estados beligerantes la permanencia en los puertos neutrales, por más de un cierto tiempo, pasado el cual, si no parten, son detenidos y hasta desarmados.

Dentro de la jurisdicción de un Estado, los beligerantes no pueden entregarse a depredaciones ni trabar combate.

*

* *

365. Patente de corso.—La disposición del inciso 2.º contiene dos partes, y se encontraba consignada en la ley de 1863 y en los proyectos de 1891 y 1906.

La primera se refiere al abuso de la patente de corso legítimamente concedida para practicarse actos de depredación o cualquier hostilidad contra los barcos de la República; la segunda al

caso en que se verificase sobre barcos de otra nación que no se hubiere recibido el encargo de hostilizar.

Si el Congreso concede patentes de corso, o si el Poder Ejecutivo, debidamente autorizado por la ley, las concediere a su vez (artículo 86, inciso 18 de la Constitución), en ellas se establecerían las facultades otorgadas al corsario, el que no podría salirse de las mismas. Si lo hiciera y cometiese los abusos a que se refiere el inciso, cabrían las penas correspondientes.

Cuando los excesos proviniesen de corsarios extranjeros, que afectasen a la República, el asunto debería plantearse en otros términos y como cuestión de distinto carácter, salvo si los sujetos fuesen aprehendidos para ser sometidos a los tribunales nacionales.

*

* *

366. Apoderamiento de buque.—Se entiende que existe un delito de piratería cuando alguien se apodera de algún buque, o lo que perteneciere a su equipaje, por medio de fraude o violencia cometida contra su comandante.

En realidad, puede haber aquí un acto de piratería y puede tratarse de un simple robo de objetos.

Cuando el autor se apodera del buque entero, ya sea por medio de violencia o de engaños, se ha realizado un robo de la nave. El delito, sin embargo, sale de los dominios ordinarios por la clase del bien, objeto del mismo, y por los intereses personales y pecuniarios que afecta.

Cuando el hecho se produce dentro del territorio del país, las autoridades deben tomar las providencias del caso, pero cuando se realiza en alta mar sobre un barco de bandera argentina las dificultades son mayores. En esos casos se imponen: o la acción por medio de los barcos de guerra o el reclamo ante el país en el cual se puedan haber refugiado los piratas.

El equipaje no es sólo el de los pasajeros y tripulantes, sino que comprende los objetos muebles existentes en la embarcación.

*
*
*

367. Entrega a piratas.—El texto del inciso 4.º no necesita explicaciones, dada la claridad de su disposición. Se entiende que quien entrega el buque, su carga o lo que perteneciera a su tripulación, a piratas, realiza un acto de participación que lo equipara al autor del delito. Si la entrega se produjere por violencias ejercitadas contra el comandante del buque, o el que hiciera sus veces, éste no sería un delincuente sino una víctima, y el caso se encontraría regido por el inciso anterior. Aquí se castiga al que entrega por su propia voluntad.

*
*
*

368. Defensa del buque atacado.—El inciso 5.º supone que el buque haya sido atacado por piratas, y considera que incurre en el delito quien se opusiere con amenazas o violencias a que el capitán o la tripulación defiendan la nave.

La persona que se opusiera a la defensa empleando la persuasión, encontrando que ella era inútil, o sosteniendo que para conservar la vida era mejor la entrega, puede ser objeto de juicios inconvenientes para su valor o sus condiciones, podría ser objeto, según el caso, de una represión inmediata, pero no estaría comprendido dentro del inciso. Este requiere el empleo de violencias o amenazas para que la defensa no se produzca. El que procede así, es, en rigor, un partícipe en el delito, puesto que hace la defensa de los atacantes, emplea la fuerza o la coacción para el logro de los propósitos, e incurre, en consecuencia, justamente en las penas que se formulan para aquéllos.

*
*
*

369. Equipo de un buque destinado a la piratería.—El que equipa un buque destinado a la piratería, es, de acuerdo con las

nociones que se han dado en la parte general, un autor principal del delito.

La ley número 49 redactó el inciso 6.º del artículo 11 de manera diferente al 6.º del presente, tomado de los proyectos de 1891 y 1906 e inspirado el primero de ellos en el código de Holanda. La ley de 1863 decía que se cometía el delito navegando armada cualquiera embarcación sin pasaporte, sin matrícula del equipaje u otro documento que pruebe la legitimidad de su viaje. Esa disposición ha sido suprimida, y en lugar de la misma se ha colocado la presente, que tiene diferente alcance.

370. Tráfico con piratas o auxilio a los mismos.—Los piratas necesitan para el logro de sus propósitos tener auxiliares en tierra que les proporcionen elementos indispensables para la vida, que los ayuden en sus negociados, y que los asilen para reparaciones y descanso.

Faltando los negociantes y los auxiliares, el delito resulta de imposible comisión. De aquí que sea justo y sensato castigar como pirata al que trafique con aquéllos o les proporcione auxilios.

El Código dice que esa pena se coloca para el argentino y para el extranjero residente en la República. La regla no es indispensable, desde que las leyes rigen para todos los habitantes del país sin excepciones.

371. Buque armado con dos o más patentes.—El último inciso del artículo, concordante con las disposiciones anotadas en las concordancias, considera pirata al comandante de un buque armado que navegare con dos o más patentes de diversas potencias.

Se entiende, al emplear la palabra *patentes*, que se trata de corsarios. La ley nacional, de acuerdo con las disposiciones constitucionales que autorizan el corso, lo admite como una institución,

pero entiende que el corsario debe estar solamente al servicio de un país, siendo imposibles las dualidades.

Cuando el caso se presente se considerará pirata al capitán del barco en cuestión, el que deberá estar armado para caer dentro de la disposición.

372. La penalidad.—El artículo castiga todos los casos enumerados, con la pena de reclusión o de prisión de tres a quince años.

Los casos que pueden presentarse serán seguramente muy contados, porque el delito de piratería pertenece más a la historia que al presente.

Pero para aquellos que pudieran producirse, caben las observaciones hechas en distintas oportunidades acerca de la elasticidad de las penas y los márgenes amplios respecto a su aplicación.

373. El artículo 199 y sus concordancias.—

Artículo 199

Si los actos de violencia u hostilidad mencionados en el artículo anterior, fueren seguidos de la muerte de alguna persona que se encontrare en el buque atacado, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

CONCORDANCIAS.—Código de Holanda, artículo 382.—Proyecto de 1891, 246.—Proyecto de 1906, 216.

374. Fundamento de la disposición.—En distintas partes del presente estudio se ha podido notar que todas las veces que con motivo de cualquier atentado, se hiere a una persona o se le mata, la penalidad se aumenta.

No podrá dejarse de tener el mismo criterio con relación al delito de piratería, y de aquí que se coloque en el caso la pena que rige para el homicidio, conservándose el mínimum de diez años antiguo.

No se ha tenido en cuenta especialmente el caso de lesiones, ni el de peligro para las personas, porque la pena del artículo anterior permite, dada la amplitud de sus márgenes, tener en cuenta todas las circunstancias.

XX

Delitos contra la salud pública

375. EL DERECHO LESIONADO. — 376. ANTECEDENTES DE NUESTRA LEGISLACIÓN. PROYECTO TEJEDOR. — 377. PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA. — 378. CÓDIGO DE 1886. — 379. PROYECTOS POSTERIORES. — 380. EL ARTÍCULO 200 Y SUS CONCORDANCIAS. — 381. FUENTES DEL ARTÍCULO Y ALCANCE DEL MISMO. — 382. ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE AGUAS POTABLES. — 383. ENVENENAMIENTO O ADULTERACIÓN DE SUBSTANCIAS ALIMENTICIAS O MEDICINALES. — 384. LA PENALIDAD. — 385. EL ARTÍCULO 201 Y SUS CONCORDANCIAS. — 386. PENAS PARA EL CIRCULADOR. — 387. EL ARTÍCULO 202 Y SUS CONCORDANCIAS. — 388. ANTECEDENTES Y ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN. — 389. EL ARTÍCULO 203 Y SUS CONCORDANCIAS. — 390. ORIGEN Y ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN. — 391. EL ARTÍCULO 204 Y SUS CONCORDANCIAS. — 392. FUNDAMENTOS DE LA DISPOSICIÓN Y REQUISITOS PARA EL DELITO. — 393. LA LEY DE FARMACIA. — 394. LA PENALIDAD. — 395. EL ARTÍCULO 205 Y SUS CONCORDANCIAS. — 396. OBJETO DE LA DISPOSICIÓN. — 397. EL ARTÍCULO 206 Y SUS CONCORDANCIAS. — 398. LAS LEYES DE POLICÍA SANITARIA ANIMAL. — 399. EL ARTÍCULO 207 Y SUS CONCORDANCIAS. — 400. INHABILITACIÓN PARA FUNCIONARIOS. — 401. EL ARTÍCULO 208 Y SUS CONCORDANCIAS. — 402. FUNDAMENTOS DE LA DISPOSICIÓN. — 403. FALTA DE TÍTULO O EXCESO SOBRE LA AUTORIZACIÓN. — 404. CURACIÓN INFALIBLE. — 405. PRÉSTAMO DE NOMBRE. — 406. IDENTIFICACIÓN DE MERCADERÍAS. — 407. PROYECTO DEL DOCTOR RODEYRO. — 408. PROYECTO OYHANARTE.

*
* *

375. El derecho lesionado.—El último capítulo del título destinado a ocuparse de los delitos contra la seguridad pública, se refiere a los atentados contra la salud pública.

Al reprimirse ese delito, cuya gravedad no es preciso remarcar, se tiene en cuenta, no sólo el daño concreto, sino y principalmente el peligro que representa para la seguridad general.

El delito puede cometerse con distintas finalidades. En algunos casos el sujeto, por maldad o perfidia, envenena fuentes, corrompe aguas, adultera medicinas o alimentos; en otros su ánimo es de lucro y negocia con sustancias nocivas, disimulando su carácter.

Cuando emplea el veneno para matar o lesionar, el delito que comete no se incrimina aquí, sino en el título de los atentados contra la vida. El reo en ese caso sería pasible de homicidio especialmente calificado, de lesiones o de tentativa.

Los delitos de este capítulo se cometen sin el propósito determinado de matar o dañar personalmente.

El código vigente designa a este capítulo con el título de "Delitos contra la salud pública", y el subtítulo de envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas.

*
* *

376. Antecedentes de nuestra legislación. Proyecto Tejedor.—El último título del proyecto del doctor Tejedor, colocado con el número cinco en el libro segundo, destinado a los crímenes y delitos públicos y sus penas, se ocupa de los delitos contra la salud pública.

Se empieza por castigar con arresto de tres meses y multa, al que a sabiendas elabore o expendá sustancias nocivas para la salud. También se castiga a los que, sin autorización bastante, elaboren productos químicos que puedan causar estragos; y la pena se reduce cuando se procediera con autorización, pero faltándose a los reglamentos prescritos sobre fabricación o expendio de tales productos.

La nota, después de referirse a las penas de los códigos español y peruano, dice:

" Si las substancias medicinales no pudieran hacer más que bien—dice Pacheco,—y fuesen indiferentes, cuando no lo hicieran, nada tendría que decir la ley penal respecto a su elaboración y su despacho. Entrarían bajo las reglas comunes de cualquier otro producto, y podrían venderse como se vende el pan y el agua. Pero el hecho no es así. Si esas substancias tienen fuerza y vigor para producir algunas veces el bien, es a costa de tenerlo para causar en otros muchos el mal. Todo remedio heroico es un veneno: todo lo que sirve para curar sirve, asimismo, para dar la muerte. Una substancia que no sea peligrosa, de poca utilidad puede ser para ningún caso dado. Veneno es el opio, veneno el mercurio, venenos son todos los medicamentos de alguna importancia. Aun los que emplea la Homeopatía, son venenos por su naturaleza, si por ventura no pueden serlo por la dosis o la cantidad. De estos principios se sigue la natural y necesaria intervención del Estado en el comercio y despacho de las medicinas."

Acerca de la elaboración y venta de substancias, la misma nota expresa:

" Según las Partidas el que vendiese a sabiendas yerbas o ponzoña y el que las compraba con intención de matar eran castigados como homicidas; *maguer el que las compró non pueda cumplir lo que cuidaba por que se le non guiso.*"

Se ocupaba también el autor del proyecto del carácter de las substancias que debían ser nocivas, y a ese respecto dice:

" El delito consiste únicamente en la venta de las nocivas y sin consideración al daño que causen. ¿Cuál es el carácter de este delito? Si se considera el fin del que lo comete, es un fraude, un hurto. El no se inquieta por las consecuencias de su falsificación. No piensa, ni desea que estos resultados sean desagradables. El engaña al comprador por obtener una ganancia ilícita. No tiene en vista más que este beneficio. Y es por esta observación que los viejos criminalistas veían en este delincuente un falsario, *vendens auronam corruptam poena falsi tusetur*—decía Farinacio.—Otros autores restringían el castigo de la falsedad al caso en que el delincuente hubiese vendido una cosa por otra.

" Si se limitaba a alterar la naturaleza de la cosa vendida, su

“ acción no era más que un fraude pasible de pena extraordinaria
 “ *punitur extraordinem crimine stellionatus.*

“ Si, por el contrario, se considera el resultado de la acción
 “ y sus efectos sobre la salud, el delito no será sólo un fraude en
 “ la cosa vendido, sino que constituirá un atentado contra la vida
 “ de las personas.”

El segundo artículo del título castiga al que a sabiendas mezcle
 en las bebidas o comestibles que se destinan al consumo público,
 sustancias nocivas a la salud, y al que a sabiendas venda las
 bebidas o comestibles así mezclados.

En la nota se agrega:

“ Téngase presente todas las palabras de este artículo—dice
 “ Pacheco.—Es necesario para su aplicación, no sólo que haya
 “ fraude, sino que sea nocivo a la salud. Así, el que echa
 “ agua en el vino o la leche, el que amasa harina de cebada con la
 “ de trigo para hacer pan, no son punibles por este precepto. Es
 “ menester que juegue alguna substancia dañosa.”

Se incrimina igualmente: 1.º Al que venda a sabiendas medica-
 mentos deteriorados o adulterados; 2.º Al que los substituya con
 otros.

La nota expresa:

“ Este artículo tiene dos partes—dice Pacheco,—una es respec-
 “ tiva al despacho de medicamentos deteriorados; otra a la subs-
 “ titución de un medicamento por otro. El efecto de la primera
 “ puede ser inutilizar la acción de la medicina; el efecto de la
 “ segunda, no es sólo negativo, es positivo y tal vez incalculable.
 “ El boticario que hace lo primero puede dejar morir; el segundo,
 “ puede matar al paciente. La pena, sin embargo, es una misma
 “ para entreambos casos... Pero téngase entendido que este úl-
 “ timo caso, el de dar un medicamento por otro, debe suponerse
 “ cuando el farmacéutico no lo hace con intención criminal, sino
 “ por no tener lo que se le pide. Si lo hiciera con ánimo de causar
 “ daño, no sería bajo la condenación de este artículo en lo que
 “ cayera: sería reo de homicidio, de envenenamiento o de tentativa
 “ al menos de estos delitos, según las circunstancias.”

El mismo proyecto se refiere después a las consecuencias más
 graves que pueden producirse a causa de los hechos que incrimina
 y a la responsabilidad particular de determinadas personas.

*

* *

377. Proyecto Villegas, Ugarriza y García.—El proyecto de los
 doctores Villegas, Ugarriza y García se ocupa de los delitos contra
 la salud pública en un capítulo especial colocado en el título de
 los delitos contra el orden público. La colocación se cambia con
 relación al proyecto del doctor Tejedor, pero las disposiciones no
 varían fundamentalmente, siendo más sintéticas y diferenciándose
 en la redacción más que en el fondo.

El artículo 126 castiga con arresto menor a:

1.º Los que a sabiendas elaboren o expendan sustancias no-
 civas a la salud; 2.º Los que sin autorización bastante, o con ella
 pero faltando a los reglamentos prescriptos, elaboren productos
 químicos que puedan causar estragos, o los vendan; 3.º Los que
 mezclen en las bebidas o comestibles que destinen al consumo pú-
 blico sustancias nocivas a la salud, o vendan a sabiendas los
 comestibles o bebidas así mezclados; 4.º Los que vendan a sabiendas
 medicamentos deteriorados o adulterados, o los substituyan con
 otros.

El artículo 127 se refiere a las responsabilidades de los mé-
 dicos, cirujanos, farmacéuticos o flebotomos, repitiendo el precepto
 concordante del proyecto Tejedor; el 128 declara que si, a con-
 secuencia de los delitos antes reprimidos, resultaren daños que
 merezcan mayor pena, se aplicarán los artículos que correspondan
 al delito más grave; y el 129 reprime a los que violaren las cua-
 rentenas en tiempo de epidemia.

*

* *

378. Código de 1886.—El código vigente antes de la reforma
 repitió los dos proyectos anteriores.

En el artículo 295, se establece:

“ El que a sabiendas elabore o expendan sustancias nocivas a
 “ la salud, sufrirá pena de arresto y multa de cien a mil pesos.

“ La misma pena sufrirá el que sin autorización bastante, ela-

“bore productos químicos que puedan causar estragos, y el que los expendia.

“Si procediera con autorización, pero faltando a los reglamentos prescriptos sobre fabricación o expendio de tales productos, la pena será de multa, desde cincuenta hasta quinientos pesos.”

El 296 dice:

“El que a sabiendas mezcle en las bebidas o comestibles, que se destinan al consumo público, substancias nocivas a la salud, será castigado con arresto y multa de cincuenta a quinientos pesos.

“La misma pena tendrá el que a sabiendas venda las bebidas o comestibles así mezclados.”

El 297 agrega:

“El que venda a sabiendas medicamentos deteriorados o adulterados o los substituya con otros, sufrirá pena de arresto y multa de cincuenta a trescientos pesos.

“Si el delito se ejecuta abusando de una profesión para cuyo ejercicio se requiere título, se aplicará la pena de suspensión hasta por un año.”

El 298, concordante también con el proyecto Tejedor, declara que si a consecuencia de cualquiera de los delitos expresados en los artículos precedentes, resultasen daños que merezcan mayor pena, se aplicará la correspondiente al delito más grave.

Y el 299, tomado del proyecto Villegas, Ugarriza y García, dice:

“Los que violen la cuarentena, sin perjuicio de ser sometidos a ella sin forma de juicio, sufrirán destierro de uno a dos años.”

*

* *

379. Proyectos posteriores.—Con todo ese material se elaboró el proyecto de 1891, el que colocó el capítulo entre los delitos contra la seguridad pública.

Las previsiones de ese proyecto fueron en gran parte repetidas por el de 1906, que era más completo y que fué adoptado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, sin más alteraciones que las indispensables en la penalidad para adaptar aquel conjunto al sistema aceptado en el código vigente.

La exposición de motivos del proyecto de 1891, cuyos artículos en particular serán examinados al considerar los del código en vigor, decía, explicando el sistema y los preceptos:

“Los delitos o, si se quiere, ciertos delitos contra la salud pública, son susceptibles de producir grandes estragos y generan un peligro común de mucha entidad. En el Código Penal no se ha entendido así, pues el título que se consagra a esta materia se distingue por la leuidad suma de las penas que prescribe y por no haber previsto los actos más importantes y trascendentales de ataque a la salud. Esto expresa cuáles son, en esencia, las enmiendas a las disposiciones referentes a esos delitos, que proyectamos: prevemos los casos omitidos actualmente y establecemos una penalidad más severa. El Código, salvo el acto de mezclar en las bebidas o comestibles substancias nocivas, de que trata su artículo 296, que podría tomarse como un caso de adulteración de alimentos, no prevé la corrupción, envenenamiento o adulteración de un modo peligroso para la salud, de aguas potables o substancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, como un cuerpo de ejército, el personal de un hospicio, etc.

“En el artículo 239 del proyecto se prevén esos hechos, de conformidad con los códigos holandés, alemán, húngaro, italiano, etc., y se establece para sus autores una penalidad adecuada.

“El expendio de substancias nocivas, de bebidas o comestibles mezclados con substancias, y de medicamentos deteriorados o adulterados o distintos de los que se debe entregar, de que se ocupa el Código (artículos 295, 296 y 297), quedan incluidos en los términos generales y amplios de nuestro artículo 240, por el que se reprime al que vendiere, pusiere en venta, entregara o distribuyere *mercaderías* peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo. La palabra *mercaderías* comprende los medicamentos, los comestibles, las substancias nocivas y toda clase de efectos perjudiciales o peligrosos para la salud pública, que pueden ser objeto de expendición, venta, distribución o entrega.

“El Código no prevé el hecho del que, como los farmacéuticos u otros, hallándose autorizado para vender substancias medicinales, las suministrar en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas, o diversa de la declarada o convenida, pues este acto no está comprendido en el de la venta de medicamentos deteriorados o adulterados, que reprime

“ en su artículo 297, desde que no se trata del suministro o expendio de substancias medicinales adulteradas o deterioradas, sino legítimas, pero en especie, calidad o cantidad diferente de la prescripta, ni, en rigor, está tampoco comprendida de un modo claro e indudable, en el de substituir unos medicamentos con otros, a que se refiere el mismo artículo. Sin embargo, es un hecho susceptible de repetirse muy a menudo con peligro para la salud, pues una medicina puede ser un remedio en un caso indicado y un veneno en otro; un medicamento puede ser benéfico a ciertas dosis y matar a otras, etc. Ese hecho queda previsto en el artículo 241. En el artículo 242 establecemos la pena que deberá imponerse, según los casos, al que por culpa o imprudencia corrompiere o envenenare aguas potables, o cometiere algún otro de los delitos mencionados en el artículo 239.

“ El Código, en el artículo 299, reprime a los que violaren las cuarentenas. La misma razón existe para reprimir a todos los que violaren cualesquiera medidas sanitarias, destinadas a impedir la introducción o propagación de una epidemia. Por eso, de acuerdo con el derecho comparado, substituímos el artículo 299 vigente por el precepto general consignado en el 243 del proyecto.

“ Los delitos contra la salud pública pueden cometerse por empleados o por individuos que ejerzan alguna profesión o arte, valiéndose del empleo o de la profesión o arte para consumarlos. En tales casos, los agentes de esos delitos, además de sufrir la pena ordinaria deben ser inhabilitados, temporalmente al menos, para desempeñar el empleo que tenían o cualquier otro del mismo género, o para ejercer la profesión o arte de que han hecho tan mal uso. A esto responde el artículo 244 del proyecto.”

*
* *

380. El artículo 200 y sus concordancias.—

Artículo 200

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare de un modo peligroso para la salud.

aguas potables o substancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 174.—Aleman, 324.—Húngaro, 315.—Italiano, 318 y 319.—Español, 357, inciso 2.º—Proyecto de 1891, 239.—Proyecto de 1906, 217.—Código de 1886, 296.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro segundo, título quinto, artículos 1.º y 2.º—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 126, incisos 3.º y 4.º.

*
* *

381. Fuentes del artículo y alcance del mismo.—La presente disposición se encuentra en los proyectos de 1891 y 1906. Se refiere al envenenamiento o adulteración de aguas potables y de substancias alimenticias o medicinales.

El artículo ha sido tomado del código italiano. En ese cuerpo de leyes, el artículo 318 castiga al que, corrompiendo o envenenando aguas potables de uso común o substancias destinadas a la pública alimentación, pone en peligro la salud de las personas; y el 319 a los que falsificaren o adulteraran de un modo peligroso para la salud substancias alimenticias o medicinales u otras cosas destinadas a ser puestas en el comercio.

La disposición se refiere al envenenamiento o adulteración peligrosa para la salud de aguas potables, substancias medicinales y substancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Me ocuparé del artículo por partes.

*
* *

382. Envenenamiento o adulteración de aguas potables.—Este delito no es frecuente, pero resulta siempre posible. No se atenta al ejecutarlo contra persona determinada, sino contra la colectividad a la cual se pondría en peligro con su comisión.

Para que se incurra en el delito es necesario: 1.º El hecho de

envenenar o adulterar el agua; 2.º Que el agua sea potable; 3.º Que esté destinada al uso público o al consumo de una colectividad de personas; 4.º Que por medio de la acción se ponga en peligro la salud de las personas.

El envenenamiento tiene lugar cuando voluntariamente se mezclan con el agua sustancias venenosas. Se requiere que esa mezcla se verifique intencionalmente y no que sea el resultado de la casualidad o de la culpa o imprudencia.

El artículo habla de envenenar o adulterar en general, de manera que comprende todos los casos en que las aguas se conviertan en un elemento peligroso para la salud por medio de la adición de sustancias, las que podrían no ser venenos, como ocurriría en el caso que se le colocasen bacterias susceptibles de producir enfermedades.

Las aguas deben ser potables, lo que ocurre cuando se pueden beber sin peligro para la salud y tienen el carácter de aptas para el consumo.

Las aguas pueden ser de uso público, como las fuentes, diques, depósitos oficiales, o ser de aquellas que se destinan al consumo particular. El Código dice que sean destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

De manera que, si se envenenase el pozo de una casa de familia, de donde se obtiene el agua destinada a ser bebida por una o más personas que habiten en la casa, se considerará que se ha intentado contra la vida de los moradores en caso de no producirse resultados.

Se precisa que el envenenamiento sea de las aguas que expresa la ley para que se admita la voluntad indeterminada del delincuente, el que tuvo por objeto envenenar, pero no a determinadas personas. El envenenamiento de aguas que no se destinan al uso público, ni a una colectividad de personas, sino a individuos determinados, crea la presunción de un propósito criminal contra sujetos en concreto.

Es preciso, por fin, que la adulteración sea peligrosa para la salud de las personas. Si se mezcla, con el agua una sustancia inofensiva, la sal común por ejemplo, que puede darle al líquido un sabor desagradable y aun convertirlo en no potable, el delito previsto en el artículo no concurrirá, porque la salud de las personas no se pondría en peligro.

383. Envenenamiento o adulteración de sustancias alimenticias o medicinales.—La disposición se refiere también al envenenamiento o adulteración de sustancias alimenticias o medicinales, hechos que se realizan con harta frecuencia y que generalmente quedan impunes por falta de una acción ejecutiva.

El envenenamiento de las sustancias destinadas a servir de alimento o de medicina, no se produce porque el agente tenga el propósito de envenenar. El delincuente no adquiere tóxicos para mezclarlos con los alimentos a fin de perjudicar a los consumidores. El objeto y la finalidad son otros y el procedimiento que se emplea revela el propósito.

Los comerciantes en productos medicinales y alimenticios se encuentran con que existen con las apariencias de las cosas que sirven para el objeto a que se encuentran destinadas, otras que, siendo mucho más baratas, pueden emplearse substituyéndolas, aunque son perjudiciales para la salud. Mantienen, entonces, el aspecto del producto noble y entregan una composición dañosa, aprovechando con el cambio y obteniendo un beneficio. Así, el comerciante que vende en lugar de yerba mate, otra yerba cuya ingestión es perjudicial para la salud; el que envasa en botellas de vino, un líquido que no tiene sino la apariencia de tal, y aun el sabor, pero que se ha fabricado artificialmente con agua, alcohol y colorantes dañosos; el que fabrica, en lugar del remedio cuya composición se ostenta, otra sustancia peligrosa para la salud, etcétera, comete el delito de que habla el artículo.

El precepto, sin embargo, no prevé todas las falsificaciones, sino aquellas que fueren peligrosas para la salud, de manera que si un individuo vende en lugar del producto que anuncia, otro completamente inocuo, no incurre en el atentado que aquí se castiga. En un caso de estos se incurriría en el delito de defraudación, previsto y penado en el inciso 1.º del artículo 173.

Las sustancias alimenticias o medicinales, deben haberse fabricado para el uso público o para el consumo de una colectividad de personas. Si se hubiesen destinado a individuos determinados, el delito sería, según los resultados, de homicidio, lesiones o tentativa.

384. La penalidad.—Los hechos incriminados se reprimen con reclusión o prisión de tres a diez años. Dada la gravedad de los mismos, es indudable que la pena consignada es adecuada y razonable.

Si el hecho fuese seguido de la muerte de alguna persona, agrega la segunda parte del artículo, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Se adopta aquí el mismo criterio que se ha tenido en consideración al redactarse los artículos 186, inciso 5.º; 198, inciso 4.º; 194, tercer apartado, y 199.

385. El artículo 201 y sus concordancias.—

Artículo 201

Las penas del artículo precedente, serán aplicadas al que vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 174.—Alemán, 324.—Húngaro, 315.—Italiano, 319 y 320.—Proyecto del doctor Tejedor, parte segunda, libro segundo, título quinto, artículos 2.º y 3.º.—Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, 126, inciso 4.º.—Código de 1886, 295, 296 y 297.—Proyecto de 1891, 249.—Proyecto de 1906, 218.

386. Penas para el circulador.—Las sustancias alimenticias o medicinales peligrosas para la salud, deben ser, para que produzcan sus efectos nocivos, distribuidas, colocadas y vendidas a los efectos del consumo. Si se anunciaran en su verdadero carácter, es claro que no serían adquiridas por los consumidores. De aquí el impor-

tante papel que desempeñan los intermediarios que fomentan las ventas y disimulan a esos efectos el carácter nocivo de las mercaderías.

El Código, teniendo en cuenta los extremos anotados, castiga con las mismas penas consignadas en el artículo anterior a los que vendieren, pusieren en venta, entregaren o distribuyeren los medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

El artículo anterior se refiere a aguas potables, sustancias alimenticias y sustancias medicinales, y el presente a medicamentos o mercadería peligrosas para la salud. Como la palabra *mercadería* es de alcance más extenso, se refiere, no sólo a alimentos, sino a cualquier objeto. El que vendiere, por ejemplo, ropas teñidas con un tinte cuyo contacto con el cuerpo fuere perjudicial para la salud, sería reo del delito, y lo mismo el que distribuyere jabones, perfumes o cualquier otro objeto en esas condiciones o sea capaz de dañar.

La ley, al hablar de distribuir, no se refiere al empleado que verifica el acto material de llevar al comprador las mercaderías, ni aun al dependiente que las vende, ignorante de su calidad, sino al que hace el negocio.

387. El artículo 202 y sus concordancias.—

Artículo 202

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

CONCORDANCIAS.—Proyecto de 1906, artículo 219.—Código uruguayo, 271.

388. Antecedentes y alcance de la disposición.—El presente artículo fué introducido en el proyecto de 1906, sin hacerse en la

exposición de motivos ningún comentario al respecto. Ese documento se limitó a decir, en general, que las disposiciones nuevas castigaban graves atentados contra la salud pública, que el Estado tiene el deber de proteger por todos los medios a su alcance. Consideraba la comisión redactora que era inútil la justificación en detalle de todos esos preceptos, y se refería particularmente tan sólo al ejercicio ilegal de la medicina.

Los proyectos de Tejedor y de Villegas, Ugarriza y García, lo mismo que el código de 1886, castigaban la violación de la cuarentena, por entenderse que ese acto podría dar lugar a que se introdujera al país, o se propagase dentro del mismo, una epidemia contra la cual existían medidas oficiales de defensa.

El proyecto de 1891 no se refirió especialmente a cuarentena, pero castigó en el artículo 243 al que violase las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Toda persona atacada de una enfermedad contagiosa, puede propagar el mal de que padece por el hecho de no tomar precauciones especiales. La ley no puede, sin embargo, referirse a los casos en que una persona enferma contagia, sin tener propósito alguno de hacerlo y sin incurrir en culpa o imprudencia. En general, el contagio tiene lugar por ignorancia del agente y de la víctima, lo que no autoriza represiones para el hecho.

La disposición se refiere al caso de propagación de una enfermedad por acción individual. Tal sería el caso del individuo que rompiese una redoma donde se contienen cultivos de bacterias productoras de enfermedades; el del sujeto que, recluso en un lazareto por orden de la autoridad, o detenido en un barco por razones sanitarias, violara las disposiciones tomadas y propagase una enfermedad, habiendo sido ese su objeto.

La enfermedad debe ser peligrosa y contagiosa a la vez, según el artículo.

Un punto que será seguramente objeto de discusión y que se relaciona con serios problemas sociales, es el de saber si una persona que tiene una enfermedad contagiosa y peligrosa, que conoce su dolencia, la cual se transmite por medio del contacto carnal, incurre en el delito previsto y penado en el presente artículo, en el caso de transmitir su enfermedad.

En mi concepto el caso cae dentro de la disposición, la que no contiene excepciones dentro de su generalidad.

El artículo exige: 1.º Que se propague una enfermedad; y 2.º Que ésta sea peligrosa y contagiosa. El individuo que tiene una enfermedad y la transmite sabiendo que la posee, y conociendo los resultados de su acto, incurre en el delito.

Sería quizás una medida conveniente hacer conocer esta regla de la ley ampliamente, y sobre todo en los lugares donde se practica la prostitución, pues en muchos casos personas enfermas no se abstienen de actos por medio de los cuales propagan su dolencia y multiplican los dolores que aquejan a la humanidad.

*

* *

389. El artículo 203 y sus concordancias.—

Artículo 203

Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores, fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de quinientos a dos mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a dos años, si resultare enfermedad o muerte.

CONCORDANCIAS.—Código holandés, artículo 173.—Italiano, 323.—Proyecto de 1891, 242.—Proyecto de 1906, 220.

*

* *

390. Origen y alcance de la disposición.—El precepto que repite el correspondiente del proyecto de 1906 ha sido sacado del artículo 323 del código italiano.

El elemento material del delito debe consistir en alguno de los hechos previstos en los artículos 200, 201 y 202. Pero aquellas disposiciones incriminan actos ocasionados con dolo, mientras que aquí se trata de casos en que sólo ha concurrido culpa.

La pena disminuye considerablemente con referencia a la que se consigna para las anteriores previsiones. Corresponderá multa

de quinientos a dos mil pesos si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona, y prisión de seis meses a dos años si resultare enfermedad o muerte.

391. El artículo 204 y sus concordancias.—

Artículo 204

Será reprimido con multa de quinientos a dos mil pesos, el que, estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas o diversa de la declarada o convenida.

Si del hecho resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de dos a seis años de prisión.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 321.—Proyecto de 1891, 241.—Proyecto de 1906, 221.

392. Fundamentos de la disposición y requisitos para el delito.

—La disposición, que ha sido tomada del artículo 321 del código italiano, castiga al que, estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a las prescripciones médicas, o diversa de la declarada o convenida.

La infracción que aquí se prevé es de indudable gravedad. Las personas autorizadas para vender sustancias medicinales, gozan, a mérito de la autorización conferida, de una confianza especial en el público que determina la adquisición de las mismas y el uso de ellas en la forma prescripta.

Una alteración en la calidad, en la especie o en la cantidad es susceptible de producir daños, y aun la muerte del sujeto. Una y otra consecuencia pueden producirse, no sólo cuando el producto es tóxico, sino cuando es inocuo. En el primer caso, por su propio

carácter dañoso, y en el segundo por el hecho de que la enfermedad atacable con la medicina no ha experimentado los efectos de la misma.

Así, si un farmacéutico en lugar de vender el suero contra la difteria que le fuera requerido, vendiese agua, podría dar lugar a la muerte del paciente por haberlo sometido a una curación ilusoria, y lo mismo podría dañarlo o matarlo un veneno en lugar de la medicina, o una dosis de la misma mayor que la debida.

El agente del delito tiene que ser una persona autorizada para la venta de sustancias medicinales. Las personas en cuestión pueden ser fabricantes, drogueros, farmacéuticos, etc., o sea personas sometidas a la vigilancia e inspección de oficinas especiales de la Nación y de las provincias.

Para que el delito se consume es preciso (1): 1.º Que se trate del suministro de sustancias medicinales; 2.º Que exista una prescripción médica o un contrato en que se indique la sustancia; 3.º Que la especie, calidad o cantidad no sean la ordenada por el médico, o que la sustancia sea diferente de la declarada por el vendedor o convenida entre las partes.

El engaño puede recaer sobre la especie, la cantidad o la calidad. La especie, como en el caso en que se entregase cal en lugar de bismuto; la cantidad, como en el caso de ponerse en la receta mayor o menor peso del fijado; y la calidad, como en el caso de colocar un producto inferior e impuro en lugar del que se había ordenado o convenido.

393. La ley de farmacia.—La ley número 4687, que reglamenta el ejercicio de la farmacia, declara en el artículo 6.º que el farmacéutico será responsable personalmente de la fuerza y legitimidad de los productos que expenda o que emplee en la elaboración de sus preparados, cualquiera que sea el origen de ellos.

Agrega en el artículo 7.º, que los infractores de la ley y los reglamentos que se dicten serán castigados con multa de cien a mil pesos, clausura del establecimiento y suspensión e inhabilita-

(1) Crivellari.—Tomo VII, página 458.

ción del ejercicio de la profesión, según la gravedad y circunstancias del caso.

Esas penas serán impuestas por el Departamento Nacional de Higiene, pudiendo apelarse de sus resoluciones dentro de cinco días ante el juez del Crimen o letrado respectivo.

Esa ley rige para la Capital Federal y Territorios Nacionales. En las provincias existen estatutos análogos que no alteran, como no lo hace tampoco la ley número 4687, las reglas del Código Penal.

394. La penalidad.—La infracción prevista en el artículo se castiga con multa de quinientos a dos mil pesos, pero esa pena que se impone ante el hecho, aunque se hubiese realizado por culpa, se aumenta si se producen determinadas consecuencias.

Así, si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, se impondrá prisión desde dos hasta seis años. Los tribunales tendrán en cuenta, como en todos los casos, las diferentes circunstancias para la imposición del castigo correspondiente.

395. El artículo 205 y sus concordancias.—

Artículo 205

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir las introducción o propagación de una epidemia.

CONCORDANCIAS.—Código uruguayo, artículo 271.—Proyecto de 1891, 243.—Proyecto de 1906, 222.

396. Objeto de la disposición.—Las autoridades sanitarias, cuando se produce una epidemia fuera del país, toman medidas

que impiden la libre comunicación ordinaria y restringen ésta, obligando a los que transitan a uno y otro lado a llenar una serie de requisitos. Se considera que los habitantes del país infestado pueden transmitir la enfermedad y se toman medidas para evitar el inconveniente, desinfectando y aislando.

Cuando la epidemia es interior se trata también de aislar los focos e impedir la comunicación con los mismos.

De manera que aquellos que, tanto en las infecciones externas como internas, contrarían los reglamentos, concurren a la difusión de un peligro y deben ser castigados.

La pena del artículo es la prisión de seis meses hasta dos años. Ella se aplica a los que violan las disposiciones sanitarias, por cuanto a los que propagan una enfermedad, le caben las represiones del artículo 202.

397. El artículo 206 y sus concordancias.—

Artículo 206

Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.

CONCORDANCIAS.—Código uruguayo, artículo 271.—Proyecto de 1906, 223.

398. Las leyes de policía sanitaria animal.—El artículo castiga con prisión de uno a seis meses a todos los que violaren las reglas establecidas por las leyes de la policía sanitaria animal. El objeto de la disposición es claro y no necesita de mayores explicaciones, y así como se castiga a los que propagan enfermedades con relación a los individuos y a los que violan los reglamentos sanitarios por peligro de las infecciones humanas, se incrimina aquí el relativo a los animales, entre los que existen numerosas epidemias.

La ley número 3959, sobre defensa de los ganados, contra enfermedades contagiosas de los mismos y reglamentación de la importación y exportación de aquéllos, dice en el artículo 4.º que todo propietario o persona que de cualquier manera tenga a su cargo el cuidado o asistencia de animales atacados por enfermedades contagiosas o sospechosos de tenerlas, está obligado inmediatamente a hacer la declaración del hecho a la autoridad local que los reglamentos sanitarios determinen. Deberán proceder también, según el artículo 5.º y sin perjuicio de la declaración anterior, al aislamiento de los animales enfermos, separándolos de los sanos. Esa declaración y aislamiento son obligatorios respecto a los animales muertos, o que se supongan muertos de enfermedades contagiosas. Los despojos deberán ser enterrados o destruidos en la forma que se determine en los reglamentos. (Artículo 6.º).

La ley se extiende en detalles de reglamentación administrativa y tiene capítulos sobre penalidades.

Los castigos son de multa y arresto. Las disposiciones penales de esa ley han sido reemplazadas por las del código en vigor.

La ley número 4155, que modificó a la anteriormente mencionada, tiene también un artículo, el 5.º, que fija penas reemplazadas ahora por la prescripción de nuestro artículo.

399. El artículo 207 y sus concordancias.—

Artículo 207

En el caso de condenación por un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 325, *in fine*.—Proyecto de 1891, 244.—Proyecto de 1906, 224.

400. **Inhabilitación para funcionarios.**—El artículo comprende a todos los delitos del capítulo y consigna la pena accesoria de inhabilitación para los delincuentes en caso de ser funcionarios públicos o de ejercer profesión o arte. Esa inhabilitación es especial, o sea relativa a la profesión, arte o función ejercitada.

El abuso de la función, arte o profesión concurren cuando el agente se sirve de uno u otra para cometer el delito, siendo lógico que en caso de abuso, se le impida el ejercicio como castigo, a fin de impedirle la repetición del hecho.

401. El artículo 208 y sus concordancias.—

Artículo 208

Será reprimido con prisión de quince días a un año:

1.º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito;

2.º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles;

3.º El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que ejerza los actos a que se refiere el inciso 1.º de este capítulo.

CONCORDANCIAS.—Código de Austria, artículos 109 a 111.—Proyecto de 1906, 224.

402. Fundamentos de la disposición.—La exposición de motivos del proyecto de 1906, fundando el artículo, dijo:

“ Respecto del ejercicio ilegal de la medicina nos ha de permitir V. E. algunas breves consideraciones.

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

“ No podíamos prescindir, por otra parte, ya que hacemos obra nacional, del clamor público contra esos profesionales del engaño y la mentira; no podíamos desatender las quejas que todos los días oíamos; no podíamos, en fin, ser sordos a la protesta de todos los hombres cultos y de las corporaciones científicas más autorizadas. Hemos procedido, en consecuencia, a legislar esta materia cuidando todos los detalles, a fin de llegar a la extirpación completa de este reconocido mal.

“ Agregaremos que hemos tenido presente para este capítulo el proyecto que el P. E. remitió al Congreso en 1904.”

La disposición no se encontraba contenida en el proyecto de 1891, y constituye la principal innovación del de 1906 en el presente capítulo.

El artículo tiene tres incisos, que comprenden distintas previsiones, tendientes a reprimir, no sólo el curanderismo, que es un mal social entre nosotros, sino el charlatanismo de algunos profesionales, que hacen uso indebido de las autorizaciones que les confiere su título de competencia.

Examinaré esos incisos.

403. Falta de título o exceso sobre la autorización.—El ejercicio de la medicina, sólo está permitido a los que tienen el título de médico otorgado por una universidad del Estado, o a los que, careciendo del mismo, están munidos de una autorización especial.

El inciso 1.º del artículo no se refiere sólo al ejercicio de la medicina, sino en términos más generales a un arte de curar. Esto significa que rige para los médicos, cirujanos, parteras, dentistas, etc. Para ejercitar un arte de curar se necesita el diploma de competencia y el registro del mismo.

A veces, y con relación a lugares donde no existen profesionales, se confieren autorizaciones especiales para personas que no tienen título universitario. Estas personas deben ceñirse a los límites de la autorización, tanto territoriales como relativos a la materia, y si la exceden caen dentro de las prescripciones del inciso.

Se incrimina, en consecuencia: 1.º A los que no tienen título; 2.º A los que no tienen autorización; y 3.º A los que la tienen pero exceden sus límites.

El hecho material consiste en anunciar, prescribir, administrar o aplicar habitualmente medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas. El castigo concurre aún cuando la asistencia sea gratuita.

Como lo que se reprime es el ejercicio indebido de una profesión, se exige el requisito de la habitualidad. El que diere accidentalmente una receta o un consejo no incurriría en delito.

404. Curación infalible.—Anunciar o prometer la curación de enfermedades a término fijo o por procedimientos secretos e infalibles, es generalmente una manera de defraudar, porque la ciencia no ha encontrado todavía semejantes seguridades.

Los profesionales que anuncian o prometen la curación segu-

ra, explotan la credulidad de los pacientes y realizan un acto vituperable. Un facultativo que se estima y que tiene el concepto de su profesión, jamás incurre en esas aseveraciones, las que son el patrimonio de charlatanes negociantes.

La ley ha hecho, así, perfectamente bien en castigarlos, y como el delito se comete frecuentemente, conviene la acción social a los efectos de impedir su repetición.

El agente de la infracción no puede ser sino una persona con título o con autorización para curar. El elemento material concurre cuando se anuncia o se procede.

El delito que aquí se reprime es tanto más vituperable cuanto que se ejecuta por personas ilustradas que explotan la desgracia de los que se encuentran abatidos por la enfermedad.

*
* *

405. Préstamo de nombre.—Hay curanderos que logran reunir clientela y rodearse de prestigio. Esos individuos no pueden ejercer la profesión a que se dedican dentro de las leyes y de los reglamentos sanitarios. Pero ha sido usual un recurso consistente en buscar a un profesional de mala fe que, por intereses o ventajas, se prestara a dar su nombre al consultorio. El curandero sería el profesional verdadero, y el titulado o autorizado prestaría el nombre a los efectos del negocio.

El Código incrimina ese hecho, que encierra una superchería peligrosa. El ejercicio de un arte de curar debe estar en manos de las personas competentes, y cualesquiera maniobra que tienda a ese ejercicio por interpósita persona, encierra un peligro para la colectividad.

*
* *

406. Identificación de mercaderías.—Las precauciones que deben tomarse para evitar los fraudes con relación a las sustancias medicinales o alimenticias no son únicamente las que se consignan en el Código Penal. En diferentes leyes relacionadas con profesio-

nes, industrias, exportación, importación y otras materias, deben consignarse disposiciones al respecto. Además, las municipalidades y los gobiernos locales deben velar en defensa de la higiene pública, porque los artículos destinados a la alimentación y a la curación de enfermedades se distinguen por su pureza y su aptitud para los fines a los cuales se encuentran destinados.

Entendiendo que se evitan falsificaciones, adulteraciones y, por tanto, peligros y daños para la salud, individualizando los artículos en cuanto a su procedencia, lo que tiende también al fomento de la industria nacional, he presentado a la Cámara de Diputados un proyecto que se encuentra ya despachado por la Comisión de Industrias y Comercio, en el cual se exige la indicación en lugar visible de los envases, envoltorios u objetos, las palabras: *industria argentina*, cuando sean de fabricación nacional.

Tratándose de artículos extranjeros debe indicarse el nombre del país de origen y el de la fábrica donde se hubiesen elaborado o manufacturado.

Los fabricantes o vendedores de productos argentinos o extranjeros deberán, en cada caso, especificar en los rótulos de los envases la calidad del producto, la pureza o mezcla y los pesos y medidas netos de su contenido.

Las infracciones se castigan con multa. Ese proyecto tiende a que los artículos destinados al consumo sean de la calidad y de la especie que se anuncian y que, además, cuando se vendan en envases que expresen determinada cantidad, ésta corresponda a la que se anuncia.

Tiende la ley a que no se cometan los delitos contra la salud pública de que se ocupan los artículos 200, 201 y 202 del código vigente, aparte de otras finalidades que no se relacionan con estas infracciones.

*
* *

407. Proyecto del doctor Rodeyro.—Suscripto por los diputados doctores José L. Rodeyro, J. M. Ortiz y L. Anastasi, se presentó en la sesión del 17 de mayo de 1920 un proyecto destinado a reprimir delitos contra la salud pública. Los fundamentos fueron dados por el doctor Rodeyro, quien después de aludir a las defi-

ciencias del Código de 1886, expresó que el actualmente vigente, entonces sancionado sólo por la Cámara de Diputados, no satisfacía todas las necesidades, comprobadas en los hechos.

Entre otras cosas, agregó (1):

“ El actual Código Penal no ha previsto, en su articulado sobre los delitos de la salud pública, las múltiples formas a que ha llegado la falsificación y adulteración de productos alimenticios y medicinales en la actualidad. Si bien es cierto que existe un proyecto de reforma del Código Penal, sobre el que ha recaído ya sanción de esta Honorable Cámara y se encuentra actualmente en revisión ante el Honorable Senado, no es menos cierto que, a la simple lectura del mismo, nos encontramos frente a una necesidad análoga de proponer el presente proyecto de ley.

“ Por otra parte, el Código Penal y la ley de reforma aludida no han podido prever casos como los que pusieron en evidencia la reciente campaña de saneamiento, realizada por las autoridades edilicias de esta capital, en colaboración de la prensa y del público en general, campaña que ha evidenciado hasta qué punto y qué diversas formas puede adquirir un afán desmesurado de riqueza que, poco a poco, va acallando la conciencia del comercio honesto y pasa los límites de lo tolerable.

“ Comerciantes que olvidan que la buena fe debe ser el alma del comercio, y la legalidad, no sólo una virtud, sino que ha de convertirse en una necesidad, en este caso provocada por una legislación rigurosa, producto del olvido de sus deberes y los perjuicios que su acción ha de acarrear y que, en su práctica, debe ser para todos obligatoria.

“ Son tantos y tan alarmantes los casos de falsificación y adulteración de productos alimenticios y medicinales, que obligan a una reacción punitiva que haga imposible en el futuro la repetición de delitos de esta naturaleza, que hacen de un acto normal de la vida de relación, un peligro constante de la existencia.

“ No sólo se han adulterado y falsificado los productos alimenticios y medicinales, sí que también se ha llegado a la venta de substancias corrompidas y fermentadas por efecto del tiempo y del lugar en que se guardaban; se han usado materias

“ colorantes de tal especie y procedencia, que han hecho peligrar la vida de nuestros niños, con la venta de dulces y caramelos. Se ha disminuído el valor nutritivo de los productos alimenticios y hasta el curativo de los medicinales; se ha engañado respecto de la procedencia de los productos, así como del peso y la medida de los mismos; se han destruído substancias alimenticias con fines de especulación, y se ha llegado, en una palabra, a causar tal recelo en la población, que cierta parte del comercio, ajeno a estos manejos, sufre hoy la sanción de la indignación popular, que, en un primario instinto de castigo, puede muchas veces llegar a ser injusta.

“ Nuestro proyecto de ley contempla todos los casos que la experiencia de los últimos acontecimientos ha puesto en evidencia, y excluimos deliberadamente los que prevé el Código Penal, pues se ha tratado de concordar el articulado, en la medida de lo posible, con el proyecto de reforma, en revisión en el Honorable Senado. Las penalidades establecidas tienen el rigor de una justa relación, como merecen la naturaleza y forma de los delitos, pues no es posible dejar librada la población a los malos manejos de personas ávidas de ganancia y para las que todos los medios y procedimientos se justifican ante la posibilidad de un lucro exagerado y desmedido.

“ Hay que reprimir con mano fuerte todo aquello que, ultrapasando los límites de la libertad de comercio, pongan en peligro la salud o fe públicas; y más aún si tenemos en cuenta que las personas que lo realizan conviven en nuestra sociedad y no sienten, en contacto diario de la vida de relación, remordimiento por sus actos punibles, frente a los efectos que produce, y muy al contrario, aguzan su ingenio para burlar la buena fé que debe regir las normas permanentes del comercio.

“ Por eso hemos llegado en la represión hasta casos de destrucción de substancias alimenticias con fines de especulación, teniendo muy presente el proyecto presentado en esta Honorable Cámara por los señores Pagés y Rodolfo Moreno, despachado por la Comisión de Legislación en el último período”.

El proyecto establecía:

“ Artículo 1.º—Sufrirán la pena de tres a diez años de penitenciaría:

“ a) Los que falsifiquen productos alimenticios, medicamen-

(1) Congreso Nacional.—Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1920. Tomo I, página 264.

“tos, bebidas, productos agrícolas, minerales o naturales destinados a ser vendidos;

“b) Los que fabriquen o expendan a sabiendas, colorantes o sustancias análogas, destinadas a la falsificación de substancias o productos a que se refiere el inciso anterior;

“c) Los que expendan vacunas o sueros o cualquier clase de productos medicamentosos o alimenticios, con posteridad a la fecha indicada como máxima para su eficacia en las fórmulas originales;

“d) Los que alteren los rótulos o fórmulas originales a que se refiere el artículo anterior;

“e) Los que destruyan substancias alimenticias con fines de especulación;

“f) Los que se dediquen a la elaboración de substancias alimenticias o medicinales, nocivas a la salud, y los que las expendan.

“Artículo 2.º—Sufrirán prisión de un mes a un año:

“a) Los que expendan productos alimenticios o medicinales naturales o elaborados, que, por efecto del tiempo u otra causa, estuvieran corrompidos o fermentados;

“b) Los que tuvieren en su establecimiento o depósito, substancias alimenticias o medicinales, de aquellas cuya fabricación o expendio se reprime por esta ley, aunque no las hayan vendido ni pretendido hacerlo;

“c) Los que expongan, anuncien o vendan productos de cualquier naturaleza, ya pesados o medidos, cuya cantidad no sea la que se exprese en los anuncios, rótulos o etiquetas;

“d) Los que reduzcan el valor nutritivo de las substancias alimenticias y el curativo de las medicinales, así como el que fabrique, anuncie o expendan como tales substancias inocuas;

“e) Los que en los productos alimenticios o medicinales, coloquen leyendas falsas relativas a su procedencia, así como el que a sabiendas lo expendan.

“Artículo 3.º—Comprobados los delitos que se especifican en los incisos del artículo 2.º, los jueces quedan facultados, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, y siempre que no se trate de reincidentes, para aplicar una multa de quinientos a dos mil pesos moneda nacional y la clausura temporal de los locales donde se hubiere cometido infracción, en substitución de la pena corporal.

“En caso de reincidencia, la multa y clausura del local serán

“accesorias de las penas principales; y, en todo caso, la publicación de la sentencia a costa del procesado si fuera condenatoria, y a la del querellante o denunciante, en caso de absolución.

“Artículo 4.º—Los artículos adulterados o falsificados, cuya fabricación, venta o almacenamiento son reprimidos en la presente ley, serán destruidos por cuenta del condenado.

“Artículo 5.º—Si como consecuencia de cualquiera de los delitos expresados en esta ley, resultasen otros, reprimidos con mayor pena, se aplicará la correspondiente al delito más grave.”

El proyecto fijaba un procedimiento sumario especial.

La casi totalidad de esas disposiciones se encuentran comprendidas en el Código como resulta de la comparación de los textos respectivos. Los preceptos del Código tienen, eso sí, un carácter más general.

* * *

408. Proyecto Oyhanarte.—En la misma sesión del 17 de mayo de 1920, el diputado doctor Raúl Oyhanarte presentó un proyecto análogo al anterior, cuyas principales disposiciones establecen:

Será reprimido con penitenciaría de tres a seis años, decomiso de los productos, multa que no exceda de diez mil pesos o inhabilitación perpetua para ejercer el comercio:

a) El que elabore, prepare o componga aguas potables, bebidas o productos medicinales o alimentos destinados al consumo público, empleando procedimientos o substancias que los hagan nocivos a la salud;

b) El que conociendo las condiciones nocivas en que se encuentren los expresados productos, los expendan, ponga u ofrezca en venta;

c) El que, con el propósito de conservar productos medicinales o alimenticios, de dar a los mismos apariencias de conservados, use de procedimientos y substancias que los hagan nocivos a la salud del consumidor.

La represión establecida por el artículo 1.º se elevará:

1.º A la de presidio de diez a veinte años, si de ello resultare la muerte de alguna persona.

2.º A la de penitenciaría de seis a diez años, si resultare una debilitación permanente de la salud, de un sentido o un órgano, o puesta en peligro la vida o inutilizada la víctima por más de un mes para el trabajo.

3.º A la de penitenciaría de seis a quince años, si de ello resultare un daño para la salud del consumidor que lo imposibilite permanentemente para el trabajo o le produzca la pérdida de algún órgano o sentido o una enfermedad incurable.

En los tres casos prescriptos por el artículo anterior, se aplicará también subsidiariamente el decomiso de los productos y la inhabilitación perpetua para el ejercicio del comercio.

Será reprimido con prisión de uno a tres años, decomiso de los productos y multa que no exceda de cinco mil pesos, el que, sin recurrir a los extremos previstos en el artículo 1.º altere o desnaturalice fraudulentamente la composición natural de esos productos, haciéndoles perder sus verdaderas cualidades o condiciones, por agregación o mezcla de substancias o componentes extraños.

En la misma represión incurrirá el que elabore o prepare artículos alimenticios de cualquier clase que sean, valiéndose para ello de componentes o substancias que se encuentren en estado de descomposición.

En idéntica pena incurrirá el que a sabiendas expendá, ponga u ofrezca en venta los productos a que se refiere el precedente artículo.

Será reprimido con arresto de tres meses a un año, decomiso de los productos y multa que no exceda de quinientos pesos, el que a sabiendas expendá, ponga u ofrezca en venta aguas potables, bebidas, productos medicinales o alimenticios que se encuentren en estado de descomposición.

El que por negligencia o ignorancia culpable, ponga u ofrezca en venta cualquier clase de productos alimenticios o medicinales alterados o falsificados, será reprimido con el decomiso de los mismos y multa que no exceda de mil pesos. En caso de reincidencia la multa se elevará a una suma que no exceda de cinco mil pesos.

Los empleados u operarios que intervengan en la manipulación o fabricación, y los dependientes que a sabiendas expendan los productos a que se refiere esta ley, serán considerados cómplices en el delito, y su penalidad será fijada de acuerdo con las

reglas establecidas por el Código Penal al legislar sobre la complicidad en general, siempre que no denunciaren el hecho a la autoridad policial, municipal o sanitaria.

Cuando sea una sociedad anónima la que expendá o falsifique los productos a que se refiere esta ley, las penalidades en ella prescriptas, para los autores principales en lo que respecta a la pena corporal, se aplicarán a sus gerentes y directores, sin perjuicio de la pérdida de la personería jurídica.

XXI

Delitos contra el orden público

409. GENERALIDADES.—410. INSTIGACIÓN A COMETER DELITOS.—
411. PROYECTO DE 1891.—412. PROYECTO DE 1906.—413. EL DESPACHO
DE LA COMISIÓN ESPECIAL DE LEGISLACIÓN PENAL Y CARCELARIA.—
414. EL ARTÍCULO 209 Y SUS CONCORDANCIAS.—415. ALCANCE DE LA
DISPOSICIÓN.—416. INSTIGACIÓN AL ODIOS.—417. EL ARTÍCULO EN LA
CÁMARA DE SENADORES.

•
* *

409. Generalidades.—El código vigente, en el título octavo, se ocupa de los delitos contra el orden público, tratando en los cuatro capítulos que contiene, y respectivamente, de: instigación a cometer delitos; asociación ilícita; intimidación pública; y apología del crimen.

Se trata de actos que por la clase de la ofensa y la difusión de que son susceptibles, atacan el orden y perturban el regular desarrollo de la vida, aun cuando no produzcan una lesión inmediata al derecho individual.

Estos delitos no se encontraban previstos en el código de 1886, ni en los proyectos anteriores.

El proyecto de 1891, que trajo el título respectivo, lo fundamentó en general en la exposición de motivos, diciendo:

“ El Código Penal vigente no contiene ninguna disposición
“ encaminada a proteger el orden social contra las perturbaciones
“ ocasionadas intencionalmente, cuando ellas no infieren alguna
“ lesión inmediata a un derecho determinado. Es una deficiencia

“manifiesta, en que no incurren las legislaciones extranjeras y que la Comisión Revisora ha salvado proyectando un título de los delitos contra el orden público, denominación usada por los códigos italiano, holandés y otros.”

En cuanto al proyecto de 1906, que también legisló sobre esos delitos y que constituye la fuente inmediata del Código, dijo en la exposición de motivos:

“El título octavo del proyecto—“Delitos contra el orden público”—contiene algunas disposiciones adoptadas por la ley de reformas y otras que no se encuentran en el Código, pero que son verdaderas garantías de orden; entre las últimas están la instigación pública a cometer delitos, la instigación al odio contra determinada persona o institución y la asociación para cualquier fin ilícito.”

410. *Instigación a cometer delitos.*—La persona que determina a otra a cometer un delito no es un instigador, sino un participante. Así lo dice el Código en la última parte del artículo 45, y así lo consagra uniformemente la doctrina. La instigación, por consiguiente, tiene fundamentales diferencias con la participación. Esta última supone la existencia de un contrato ilícito, de un convenio entre partes que se acuerdan en la realización del delito, mientras que en la instigación el acuerdo de voluntades no se presenta, concurriendo tan sólo una sugestión de carácter general hecha en relación a personas o instituciones determinadas. Instiga, por consiguiente, un orador, que pronunciando un discurso en un lugar público incita a los concurrentes a que maten a personas determinadas, a que roben a una institución, a que saqueen un comercio, a que incendien un local, a que rompan un camino de hierro, a que destruyan un puente, demuelan un edificio, envenenen una fuente, etc., etc.

En esos casos concurre la instigación, se sugiere a los que escuchan, se les lanza al delito, pero no se conviene especialmente con nadie la comisión o la ejecución del mismo.

Cada vez que se ha tratado de reprimir el exceso de una propaganda o la represión de determinada publicidad, se ha plan-

teado la cuestión de si deben castigarse solamente los hechos o si puede hacerse lo mismo con las ideas (1).

Entre nosotros, donde publicar ideas es un acto lícito, de conformidad a lo establecido por el artículo 14 de la Constitución, el castigo no sería procedente para esa clase de acción. Pero aquí no se trata de penar la emisión de ideas, sino la incitación al crimen. Una persona que públicamente aconseja la comisión de un delito contra determinada persona o institución, que razona al respecto, que suscita la indignación del auditorio, que presente el hecho como una necesidad y como una expresión de justicia, atenta contra la seguridad social, y ya sea que el consejo tenga o no eficacia, y sea o no seguido, el acto es, sin duda, peligroso y contrario a basamentos cuya conmoción no puede contemplarse con indiferencia. De aquí la conveniencia y legitimidad del castigo.

411. *Proyecto de 1891.*—El proyecto de 1891, en el artículo 251, castiga al que públicamente instigare a cometer un hecho punible. La sola instigación se reprime con multa de doscientos a mil pesos, según la gravedad del delito incitado, y si produjere efecto se reprime al instigador como autor del hecho ejecutado.

La exposición de motivos, fundando la disposición, dice:

“El primero de esos delitos es la instigación criminal, que legislamos en el artículo 251. El que públicamente instiga a cometer un hecho punible, aunque no asuma el carácter de autor o cómplice de un delito tentado o consumado, comete un acto digno de represión, porque ocasiona un verdadero peligro para la tranquilidad general, excitando las pasiones o tendencias criminales de un número indeterminado de personas, entre las cuales puede haber muchas a quienes la instigación mueva, tarde o temprano, a ejecutar el delito a que se refiere u otro análogo. La libertad de la palabra hablada o escrita no puede razonablemente extenderse hasta esos excesos. Como los principales códigos extranjeros, reprimimos, pues, la instigación, aunque no vaya seguida de un efecto inmediato, y declaramos,

(1) La Punibilidad de las Ideas, por Venancio M. de Mínteguiaga, página 27.

“ para evitar dudas de interpretación, que, si produjera efecto, el instigador debe ser penado como autor del hecho ejecutado, porque es lo que corresponde con sujeción a los principios de la responsabilidad criminal.”

412. Proyecto de 1906.—El proyecto de 1906 repite la disposición, variando la redacción de la misma, pero manteniendo el concepto. De manera que la sola instigación a cometer un delito, palabra que usa en reemplazo de las que empleaba el proyecto anterior, que se refería a hecho punible, dejando fuera del cuadro las omisiones, era objeto del castigo.

La exposición de motivos no traía ningún comentario al respecto.

413. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria.—La comisión especial de la Cámara de Diputados cambió el concepto de los proyectos anteriores al exigir que la instigación se hiciera contra determinada persona o institución. Suprimió, además, la última parte del artículo, que castigaba como autor del delito al instigador, en caso de ejecutarse el delito instigado.

La exposición de motivos de la misma comisión explicó las modificaciones, diciendo:

“ La comisión, concordante con las observaciones que se han hecho en la parte relativa a los delitos contra la libertad, entiende de que la instigación, para ser castigada, debe hacerse en forma determinada contra una persona o una institución. Sería sumamente peligroso castigar, como lo hace el proyecto de 1906, a quien instigare en forma indeterminada, pues eso podría prestarse a numerosos abusos contra la libertad individual y contra la libertad de propaganda.

“ Debe, además, tenerse en cuenta que esas instigaciones no dependen principalmente de la persona que habla o ejercita el

“ derecho de difundir sus ideas, sino de las personas que la oyen, las cuales, por razones diversas o por encontrarse preparadas para el delito, pueden incurrir en las infracciones, aun cuando la propaganda no haya debido llevarlas a cometerlas.

“ Por las mismas razones se ha suprimido el artículo 227 del proyecto.

“ Debe tenerse, por lo demás, en cuenta, que todas estas cuestiones son más bien propias de una legislación de faltas, y que, si a causa de esos excesos se produjeran desórdenes, sería a ese título que podrían ser aquéllos castigados.”

414. El artículo 209 y sus concordancias.—

Artículo 209

El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de un mes a cuatro años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.

CONCORDANCIAS.—Código italiano, artículo 246.—Holandés, 131.—Español, 582.—Húngaro, 171.—Aleman, 111.—Uruguayo, 134.—Francés, 293.—Proyecto de 1891, 251.—Proyecto de 1906, 226.—Ley número 7029, 20.

415. Alcance de la disposición.—El agente del delito puede ser cualquier persona, pero el acto de la instigación debe ser público. La instigación debe comprender un delito determinado contra persona o institución determinada también. En esas condiciones, el solo hecho de la instigación se castiga.

La ley número 7029, llamada de seguridad social, castigaba en el artículo 20 al que verbalmente, por escrito, por impreso o por cualquier otro medio, incitare a cometer un delito. Las penas

variaban desde prisión de tres a seis años hasta multa, según el castigo correspondiente al delito cuya comisión se instigare.

Esta ley no exigía la determinación de persona, ni se ponía en el caso de que se consumare el hecho, como lo hacían los proyectos de 1891 y 1906.

El Código no habla de medios, ni dice, por tanto, en qué consiste la instigación. Se debe entender por ésta cualquier hecho o discurso que pueda determinar a una persona a cometer el delito que se aconseja. El incitador no debe buscar el concurso de individuo determinado, pues en ese caso nos encontraríamos frente a una participación o a una tentativa, sino dirigirse en general y públicamente.

La pena para el delito es la de prisión de un mes a cuatro años. Para graduar la que corresponda deben tenerse presentes las circunstancias que se enumeran en el artículo 41. Esta regla es innecesaria, pues tales circunstancias rigen en todos los casos.

•

•

•

416. **Instigación al odio.**—El proyecto de 1906 castigaba con prisión de quince días a un año, al que a sabiendas, circulara o fijare en lugares públicos, un escrito incitando al odio o menosprecio contra determinada persona o institución.

La comisión especial de diputados suprimió el artículo, entendiéndolo que la previsión del proyecto comprendía: o bien casos de calumnia o injurias, o bien una infracción que debería tener el carácter de falta y no de delito.

•

•

•

417. **El artículo en la Cámara de Senadores.**—La Comisión de Códigos del Senado no aconsejó respecto a esta disposición reforma de ninguna clase, pero la segunda comisión del mismo cuerpo, propuso se reemplazase el precepto por otro redactado así:

“El que públicamente instigare a cometer un delito, será reprimido por la sola instigación con prisión de un mes a cuatro

“años. Si la instigación produjera efecto, será penado como autor del hecho cometido.”

La aceptación del artículo en esos términos hubiera significado volver atrás, imponer el criterio de los proyectos de 1891 y 1906, y reemplazar por otro el punto de vista sostenido por la comisión especial de diputados en la exposición de motivos.

El Senado sancionó la modificación, pero la Cámara de Diputados, que tenía el carácter de iniciadora, no la aceptó, dominando su opinión y quedando el artículo con la redacción que le dió la comisión de mi presidencia.

La comisión que actuó en la Cámara de Diputados el año 1921 se limitó, para sostener el anterior despacho, a reproducir la parte pertinente de la exposición de motivos que se redactó en 1917, y a decir que subsistiendo las razones dadas entonces, se aconsejaba el rechazo de la modificación sancionada.

FIN DEL TOMO V

INDICE

INDICE

I

Violación de domicilio

	<u>Pág.</u>
1. La Constitución y el domicilio privado	5
2. Antecedentes que proporciona el proyecto del doctor Tejedor	6
3. Proyecto Villegas, Ugarriza y García y código de 1886	8
4. Proyecto de 1891	9
5. Proyecto de 1906	10
6. El artículo 150 y sus concordancias	11
7. La redacción de la comisión especial de diputados	11
8. El domicilio ante la ley penal	12
9. Las casas de negocio	13
10. La pena y la acción	13
11. El artículo 151 y sus concordancias	14
12. Los funcionarios públicos y el delito	14
13. El artículo 152 y sus concordancias	16
14. Las excepciones al principio	16
15. Los medios en la ejecución del delito	17

II

Violación de secretos

16. La materia y las garantías individuales	19
17. El artículo 153 y sus concordancias	21
18. El proyecto del doctor Tejedor	21
19. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	22
20. El código de 1886 y los proyectos posteriores	23

	<u>Pág.</u>
21. Casos que comprende el artículo	24
22. Excepciones al principio de la inviolabilidad	25
23. La acción	26
24. El artículo 154 y sus concordancias	26
25. Antecedentes de la disposición	27
26. Los deberes de los empleados de correos y telégrafos	28
27. Excepción a la regla de la acción privada	30
28. El artículo 155 y sus concordancias	30
29. Origen de la disposición	30
30. Elementos del delito	31
31. El artículo 156 y sus concordancias	31
32. Antecedentes del proyecto Tejedor	32
33. La legislación posterior	33
34. El secreto profesional	34
35. El artículo 157 y sus concordancias	38
36. Origen y alcance de la disposición	38

III

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

37. Los artículos del Código y sus antecedentes	41
38. Proyecto de 1906	42
39. La ley de reformas y los antecedentes de la misma	43
40. La ley de seguridad social	44
41. Ideas de la comisión especial de diputados	45
42. El artículo 158 y sus concordancias	48
43. Las violencias del empleado y del empleador	48
44. Puntos que deben examinarse	50
45. El derecho de huelga, los problemas sociales y los represivos	50
46. Sujeto pasivo	53
47. Medios de acción	54
48. Efecto material del delito	54
49. Propósito del agente	54
50. El "lock-out" patronal	55
51. El artículo 159 y sus concordancias	56
52. El agente, la víctima y los medios	57
53. Propósito	58
54. Carácter de la acción	58
55. La consumación del delito	59
56. Modificación propuesta en el Senado	59

IV

Delitos contra la libertad de reunión

	<u>Pág.</u>
57. El derecho de reunión	61
58. Antecedentes nacionales	62
59. Comisión especial de diputados	63
60. El artículo 160 y sus concordancias	63
61. Explicación del precepto	63
62. Previsiones de los proyectos de 1891 y 1906	65

V

Delitos contra la libertad de la prensa

63. Los principios en la Constitución y en la ley	67
64. El artículo 161 y sus concordancias	68
65. Fundamentos de la comisión especial de diputados	68
66. Modalidades del delito	68

VI

Delitos contra la libertad política

67. Los delitos contra la libertad política en el proyecto de 1891	71
68. Proyecto de 1906	73
69. Comisión especial de diputados	74

VII

Delitos contra la propiedad

Hurto

70. Generalidades	78
71. Hurto	80
72. El artículo 162 y sus concordancias	80
73. Elementos del delito de hurto	81

	Pág.
74. El hurto en el proyecto del doctor Tejedor	81
75. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	84
76. El código de 1886 y los proyectos anteriores	84
77. Proyecto de 1891	85
78. Proyecto de 1906	86
79. La ley de reformas	87
80. El apoderamiento	87
81. Consumación del delito	90
82. Reglas del Código Civil	92
83. Medios de ejecución	93
84. La cosa y el agente	94
85. La ilegitimidad del apoderamiento	95
86. El objeto del delito	95
87. El carácter de la cosa	97
88. La sustracción de electricidad	99
89. Criterio al respecto	101
90. Hurto de uso y hurto de posesión	101
91. Cosas ajenas y cosas sin dueño	102
92. Apropiación lícita e ilícita	104
93. El valor de las cosas	105
94. La falta de consentimiento	106
95. El ánimo de lucro	107
96. La penalidad	108
97. El artículo 163 y sus concordancias	108
98. Los hurtos calificados	109
99. El hurto y el robo en los antecedentes nacionales	110
100. Proyectos posteriores al código de 1886	111
101. Hurto de ganado	112
102. Productos separados del suelo	114
103. Máquinas o instrumentos de trabajo dejados en el campo	115
104. Alambres u otros elementos de los cercos	115
105. Hurto calamitoso	116
106. El hurto calamitoso en el proyecto de 1891	116
107. Los casos que comprende el inciso 2.º del artículo	117
108. El inciso 3.º y sus antecedentes	118
109. Precedentes del proyecto de 1891	119
110. La agravante cuando se violan cerraduras o se usan llaves falsas	120
111. Escalamiento	122
112. Significado antiguo y moderno de escalamiento	123
113. Otros hurtos calificados en el proyecto de 1891	123

VIII

Robo

	Pág.
114. Generalidades	125
115. Proyecto del doctor Tejedor	126
116. Proyecto Villegas, Ugarriza, García y código de 1886	129
117. Proyectos posteriores	129
118. El artículo 164 y sus concordancias	131
119. Elementos del delito	131
120. Fuerza en las cosas	132
121. Violencia en las personas	133
122. Fuerza y violencia en el delito	134
123. La penalidad	135
124. El artículo 165 y sus concordancias	135
125. Homicidio cometido con motivo u ocasión del robo	135
126. El artículo 166 y sus concordancias	137
127. Lesiones graves cometidas con motivo del robo	137
128. Antecedentes del proyecto de 1891	138
129. Concurrencia de la agravación	139
130. Robo en despoblado y en banda	140
131. Cuando se considera que existe banda	142
132. El artículo 167 y sus concordancias	143
133. Las circunstancias calificativas de la disposición	144
134. Robo en despoblado y con armas	144
135. El robo en lugares poblados y en banda	147
136. El robo con fractura	148
137. El código de 1886 y proyectos posteriores	149
138. Agravante de efracción	150
139. Circunstancias especiales del delito de hurto	151
140. Penalidad	151

IX

Extorsión

141. Antecedentes contenidos en el proyecto Tejedor	153
142. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	156
143. Código Penal vigente antes de la reforma	156
144. Proyecto de 1891 y 1906	157

	<u>Pág.</u>
145. Concepto del delito de extorsión	158
146. El artículo 168 y sus concordancias	159
147. Elementos del delito de extorsión	159
148. Intimidación o simulación de autoridad	160
149. El carácter de la exigencia	161
150. Antecedentes de las comisiones legislativas	162
151. Consumación del delito	163
152. Firma o destrucción de documentos	164
153. Fundamentos del proyecto de 1891	165
154. Los cambios en la redacción del artículo	166
155. El artículo 169 y sus concordancias	167
156. Antecedentes de la disposición	167
157. Carácter de la amenaza	168
158. La penalidad	169
158 bis. Delito consumado y tentativa	169
159. El artículo 170 y sus concordancias	170
160. Antecedentes de la disposición	170
161. Alcance del precepto	171
162. El artículo 171 y sus concordancias	171
163. Antecedentes y contenido de la disposición	172

X

Estafas y otras defraudaciones

164. Noción del delito de estafa	174
165. El artículo 172 y sus concordancias	179
166. Estafas y defraudaciones	179
167. Antecedentes del proyecto Tejedor	182
168. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	184
169. El código de 1886	184
170. Proyecto de 1891	185
171. Proyecto de 1906 y 1917	186
172. Caracteres esenciales del delito	187
173. Dolo civil y dolo criminal	188
174. Nombre supuesto y calidad simulada	188
175. Falsos títulos	190
176. Influencia mentida	190
177. Abuso de confianza	191

	<u>Pág.</u>
178. Aparentando bienes	192
179. Aparentando créditos	193
180. Aparentando comisión, empresa o negociación	194
181. Ardid o engaño	194
182. La penalidad y el criterio dominante en la ley	195
183. El artículo 173 y sus concordancias	196
184. Los casos especiales de la disposición	198
185. Defraudación en la substancia, calidad o cantidad de las cosas	198
186. Negativa a restituir	201
187. Suscripción con engaño de algún documento	203
188. Abuso de firma en blanco	204
189. Substracción de cosa mueble	206
190. Contrato simulado o falsos recibos	208
191. Alteración de cuentas, precios, condiciones, exposición o exageración de gastos	209
192. Substitución, ocultación o mutilación de proceso, expediente o documento	211
193. Venta o gravamen de bienes litigiosos, embargados, gravados o ajenos	212
194. Defraudación con pretexto de supuesta remuneración a jueces o empleados	216
195. La represión	217
196. El artículo 174 y sus concordancias	218
197. Nuevos casos especiales de defraudación	219
198. Provecho ilegal	219
199. Necesidades, pasiones o inexperiencia de un incapaz	221
200. Pesas o medidas falsas	223
201. Determinados actos fraudulentos	224
202. Perjuicio de la administración pública	225
203. El artículo 175 y sus concordancias	226
204. Fundamentos dados en el proyecto de 1891	226
205. Apropiación de cosa perdida o tesoro	227
206. Apropiación de cosa ajena en cuya tenencia se encuentra el agente	230
207. Venta o apropiación de prenda	231
208. Exigencia o aceptación de cheque o giro con fecha posterior o en blanco	232
209. Penalidades	235

XI

Quebrados y otros deudores punibles

210. La legislación sobre bancarrotas	237
211. La materia en el Código Penal y en las otras leyes	240

	Pág.
212. Antecedentes del proyecto del doctor Tejedor	241
213. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	242
214. Código de 1886	243
215. Proyectos posteriores	244
216. El artículo 176 y sus concordancias	245
217. La quiebra, su declaración y sus efectos	245
218. Las cuestiones prejudiciales	249
219. Elementos del delito de quiebra fraudulenta	251
220. Fundamentos del proyecto de 1906	253
221. Simulación o suposición de deudas, enajenaciones o pérdidas	253
222. No justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener	254
223. Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor	255
224. Concurrencia del perjuicio	256
225. El artículo 177 y sus concordancias	256
226. Contenido de la disposición	257
227. El artículo 178 y sus concordancias	257
228. Antecedentes de la disposición	258
229. Contenido del precepto	259
230. Fundamentos de la comisión especial de diputados	259
231. El artículo 179 y sus concordancias	260
232. Personas concursadas civilmente	260
233. Fundamentos del proyecto de 1891	261
234. El artículo 180 y sus concordancias	262
235. Origen y alcance de la disposición	262
236. Concordato en los casos de quiebra y de concurso civil	263
237. La disposición respecto a sociedades	265

XII

U s u r p a c i ó n

238. Noción del delito	267
239. El código de 1886 y sus antecedentes	268
240. Proyectos posteriores	269
241. El artículo 181 y sus concordancias	271
242. Fundamentos dados en el proyecto de 1906	272
242 bis. Elementos del delito de usurpación	272
243. Despojo	273
244. Destrucción o alteración de términos o límites	274

	Pág.
245. Violencias o amenazas para trabar la posesión	275
246. El artículo 182 y sus concordancias	276
247. Antecedentes de la disposición	277
248. Usurpación de aguas	277
249. Estorbar el ejercicio del derecho	278
250. Desvío, detención o represa de aguas	278
251. Fundamentos del proyecto de 1906 y penalidades del delito	279

XIII

D a ñ o s

252. Noción del delito de daños	281
253. Proyecto del doctor Tejedor	282
254. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	283
255. Código de 1886	284
256. Proyectos de 1891 y 1906	284
257. El artículo 183 y sus concordancias	285
258. Contenido de la disposición	285
259. Las reglas del Código Civil sobre daños	286
260. La penalidad	287
261. El artículo 184 y sus concordancias	287
262. Origen y contenido de la disposición	268
263. Ejecutarse el hecho para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones	288
264. Infección o contagio en aves u otros animales domésticos	289
265. Empleo de substancias venenosas o corrosivas	289
266. En despoblado y en banda	290
267. El daño agravado por razón del lugar en que se ejecuta	290

XIV

Disposiciones generales a los delitos de hurto,
defraudación y daños

268. Contenido del capítulo	293
269. El artículo 185 y sus concordancias	294
270. Proyecto del doctor Tejedor	294

	Pág.
271. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	295
272. Proyecto de 1891	296
273. Proyecto de 1906	297
274. Las excepciones del artículo y la extensión de las mismas	298
275. Cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta	301
276. Consorte viudo	301
277. Hermanos y cuñados	302
278. Extraños participantes	302
279. Restitución de la cosa	303

XV

Delitos contra la propiedad

• intelectual e industrial

280. Delitos contra la propiedad intelectual en el proyecto de 1891 y en el del doctor Tejedor	305
281. Delitos contra la propiedad industrial en el proyecto de 1891	306
282. Fundamentos del proyecto de 1891	306
283. Proyecto de 1906	308
284. Opinión de la comisión especial de diputados	309

XVI

Incendios y otros estragos

285. Contenido del título	312
286. El incendio en el proyecto Tejedor	312
287. Los estragos en el proyecto Tejedor	313
288. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	315
289. El código de 1886	316
290. Proyecto de 1891	317
291. Proyecto de 1906	318
292. Redacción aceptada por la comisión especial de diputados	318

	Pág.
293. El artículo 186 y sus concordancias	319
294. Incendio, explosión o inundación	320
295. Cuándo es delito el incendio	322
296. El peligro público	323
297. El propósito	324
298. Peligro común para los bienes	324
299. El caso de inundación	326
300. Defensa de la producción rural	326
301. Origen de la disposición	327
302. Incendio o destrucción	332
303. Cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos no cosechados	333
304. Bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodinales, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados	334
305. Ganado o sus productos	335
306. Leña o carbón de leña	335
307. Alfalfares o forrajes	336
308. Productos cargados, parados o en movimiento	336
309. Deficiencias de las disposiciones contenidas en el inciso 2.º	337
310. La pena para el delito	337
311. Peligro para determinados establecimientos	338
312. Peligro de muerte para alguna persona	338
313. Muerte de una persona	339
314. El artículo 187 y sus concordancias	340
315. Antecedentes de la disposición	341
316. El artículo en el código español	341
317. Inmersión o varamiento de nave	342
318. Derrumbe de edificio	342
319. Inundación de mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción	343
320. El artículo 188 y sus concordancias	343
321. Antecedentes de la disposición	344
322. Destrucción de ciertas obras	345
323. Substracción, ocultación o inutilización de materiales, instrumentos u otros medios de extinción o defensa	345
324. El artículo 189 y sus concordancias	346
325. Antecedentes del artículo	347
326. Origen y alcance del precepto	347

XVII

Delitos contra la seguridad de los medios de
transporte y comunicación

	Pág.
327. Los delitos del presente capítulo en el código de 1886	349
328. Proyecto de 1891	350
329. Proyecto de 1906	352
330. El artículo 190 y sus concordancias	353
331. Origen de la disposición	353
332. Alcance del precepto	354
333. El artículo 191 y sus concordancias	355
334. Las disposiciones concordantes	355
335. Fundamentos de la disposición	356
336. Marcha y descarrilamiento de un tren	357
337. Resultados de la acción	357
338. Muerte de una persona como consecuencia del accidente	358
339. El artículo 192 y sus concordancias	359
340. Objeto de la disposición y antecedentes de la misma	359
341. La penalidad	360
342. Transmisión de falsas noticias	360
343. El artículo 193 y sus concordancias	361
344. Alcance de la disposición	361
345. El artículo 194 y sus concordancias	362
346. Antecedentes de la disposición	363
347. Previsiones del artículo	363
348. El artículo 195 y sus concordancias	364
349. Antecedentes de la disposición	365
350. Empleados de un tren o un buque	366
351. El artículo 196 y sus concordancias	367
352. Contenido de la disposición	367
353. Casos comprendidos en el artículo	368
354. La ley de telégrafos	368
355. El artículo 197 y sus concordancias	369
356. Alcance y fundamentos	370

XIX

Piratería

357. Noción del delito	371
358. Antecedentes que proporciona la ley número 49	373

Pág.

359. Proyecto de 1891	375
360. Proyecto de 1906	378
361. El artículo 198 y sus concordancias	378
362. Depredación en el mar o en los ríos de la República	379
363. Depredación o violencia	380
364. Excepciones al principio	381
365. Patente de corso	381
366. Apoderamiento de buque	382
367. Entrega a piratas	383
368. Defensa del buque atacado	383
369. Equipo de un buque destinado a la piratería	383
370. Tráfico con piratas o auxilio a los mismos	384
371. Buque armado o con dos o más patentes	384
372. La penalidad	385
373. El artículo 199 y sus concordancias	385
374. Fundamento de la disposición	385

XX

Delitos contra la salud pública

375. El derecho lesionado	388
376. Antecedentes de nuestra legislación. Proyecto Tejedor	388
377. Proyecto Villegas, Ugarriza y García	391
378. Código de 1886	391
379. Proyectos posteriores	392
380. El artículo 200 y sus concordancias	394
381. Fuentes del artículo y alcance del mismo	395
382. Envenenamiento o adulteración de aguas potables	395
383. Envenenamiento o adulteración de sustancias alimenticias o medicinales	397
384. La penalidad	398
385. El artículo 201 y sus concordancias	398
386. Penas para el circulador	398
387. El artículo 202 y sus concordancias	399
388. Antecedentes y alcance de la disposición	399
389. El artículo 203 y sus concordancias	401
390. Origen y alcance de la disposición	401
391. El artículo 204 y sus concordancias	402
392. Fundamentos de la disposición y requisitos para el delito	402

	<u>Pág.</u>
393. La ley de farmacia	403
394. La penañidad	404
395. El artículo 205 y sus concordancias	404
396. Objeto de la disposición	404
397. El artículo 206 y sus concordancias	405
398. Las leyes de policía sanitaria animal	405
399. El artículo 207 y sus concordancias	406
400. Inhabilitación para funcionarios	407
401. El artículo 208 y sus concordancias	407
402. Fundamentos de la disposición	408
403. Falta de título o exceso sobre la autorización	409
404. Curación infalible	409
405. Préstamo de nombre	410
406. Identificación de mercaderías	410
407. Proyecto del doctor Rodeyro	411
408. Proyecto Oyhanarte	415

XXI

Delitos contra el orden público

409. Generalidades	419
410. Instigación a cometer delitos	420
411. Proyecto de 1891	421
412. Proyecto de 1906	422
413. El despacho de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria	422
414. El artículo 209 y sus concordancias	423
415. Alcance de la disposición	423
416. Instigación al odio	424
417. El artículo en la Cámara de Senadores	424