

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ANUARIO

DEL

INSTITUTO DE DERECHO PENAL
Y
CRIMINOLOGIA



N.º 1

BUENOS AIRES
MINISTERIO DE EDUCACION
1949



Biblioteca de Derecho Penal y Criminología
uso académico
DE D. Gioja. UBA

ANUARIO DEL INSTITUTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

N.º 1
AÑO
1949

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

A N U A R I O

DEL

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Y

CRIMINOLOGIA



N.º 1

BUENOS AIRES
MINISTERIO DE EDUCACION
1949

Biblioteca del Instituto Gioja

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

AUTORIDADES SUPERIORES DE LA
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RECTORADO

Rector: Arq. Julio V. Otaola
Vicerrector: Dr. Carlos M. Lascano

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano: Dr. Carlos M. Lascano
Vicedecano: Dr. Lucio M. Moreno Quintana

FACULTAD DE CIENCIAS MÉDICAS

Decano: Dr. Roque A. Izzo
Vicedecano: Dr. Delfor del Valle

FACULTAD DE CIENCIAS EXACTAS, FÍSICAS Y NATURALES

Decano: Ing. Eduardo Antonio Quintero
Vicedecano: Dr. Venancio Deulofeu

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

Delegado Interventor: Dr. Carlos M. Lascano

FACULTAD DE AGRONOMÍA Y VETERINARIA

Decano: Dr. José Ochoa
Vicedecano: Dr. Raúl Wernicke

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

Decano: Ing. Justo Pascali
Vicedecano: Dr. Evaristo R. Medrano

FACULTAD DE ODONTOLOGÍA

Decano: Dr. Guillermo A. Bizzozero
Vicedecano: Dr. Renato A. J. Vivone

FACULTAD DE ARQUITECTURA Y URBANISMO

Decano: Arq. Ermete Esteban Félix De Lorenzi
Vicedecano: Arq. Francisco Norberto Montagna

COLEGIO NACIONAL DE BUENOS AIRES

Rector: Dr. Osmán Moyano

ESCUELA SUPERIOR DE COMERCIO «CARLOS PELLEGRINI»

Rector: Dr. Luis Moreno

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

INSTITUTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA (*)

DIRECTOR

Dr. Alfredo J. M. Molinario (1)

SUBDIRECTOR

Dr. Carlos Fontán Balestra (2)

MIEMBROS TITULARES NATOS

Dr. Ricardo Levene (h.)
Dr. Hernán A. Pessagno
Dr. Pablo Valle (3)
Dr. Humberto P. J. Bernardi
Dr. Carlos J. Colombo
Dr. Horacio L. Mainar
Dr. Horacio J. Malbrán
Dr. Horacio S. Maldonado
Dr. Alberto S. Millán (4)
Dr. Eduardo A. Ortiz
Dr. Hipólito J. Paz
Dr. Rodolfo Pessagno
Dr. Nicolás A. Ramallo
Dr. José E. Terza
Dr. Benigno Di Tullio (5)

MIEMBROS TITULARES VOLUNTARIOS

Dr. Isidoro De Benedetti
Dr. Héctor D. Sturla (6)

- (*) Esta nómina corresponde exclusivamente al año 1949.
(1) Dirige también la Sección de Derecho Penal.
(2) Dirige también la Sección de Criminología.
(3) Director de la Sección de Derecho Penal Militar y Legislación Contravencional.
(4) Subdirector de la Sección de Criminología.
(5) Profesor extraordinario contratado durante el curso lectivo de 1949.
(6) Jefe de la Sección de Servicio Estadístico.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

JEFE DE INVESTIGACIONES

Abog. Hugo A. Anzorreguy

JEFE DE INVESTIGACIONES DE LA SECCIÓN PENAL MILITAR
Y LEGISLACIÓN CONTRAVENCIONAL

Abog. Eduardo Héctor Marquardt

JEFE DE INFORMACIONES Y PUBLICACIONES

Abog. Luis Carlos Cabral

ENCARGADOS DE DOCENCIA

Abog. Tiburecio Alvarez Prado

Abog. Carlos A. De Rose

Abog. Esteban J. S. García Susini

Sr. Praxiteles Broussalis

ASPIRANTES A MIEMBROS ADSCRIPTOS

Abogados: Eduardo E. Aguirre Obarrio, Alfredo Barés Traverso, Roberto H. Barraco Marmól, Juan C. D. Bernaldo de Quirós, Juan Carlos Bavasso Roffo, Miguel A. A. Copello, Luis E. A. Coutaux, Jorge A. del Campo, Clodomiro Hileret, Gerardo A. León, Carlos H. Matti, Elena Catalina Sesé y José Braulio Talón (1).

(1) Todos ellos cumplieron las exigencias reglamentarias de asistencia y presentación de nota bibliográfico-crítica.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

El Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, al ofrecer a los estudiosos el primer número de su Anuario, saluda cordialmente a las Instituciones similares de Europa y América y les ofrece su colaboración esperando, en reciprocidad, la más experimentada de todos ellos. Al mismo tiempo hace votos para que su modesta publicación sea un vínculo más que una, a través del espacio y al filo del tiempo, a todos los espíritus que consagran su esfuerzo generoso al estudio del delincuente, del delito y de la sanción.

PRESENTACION

El Instituto de Derecho Penal y Criminología ha sido creado, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, por resolución de fecha 29 de noviembre de 1947, aprobada por el Sr. Vice Interventor Nacional de esta última entidad, Arquitecto Julio V. Otaola, el 10 de mayo de 1948. Empezó, pues, a funcionar durante el año lectivo de 1949. He ahí por qué corresponde a esta fecha el primer número del Anuario que presentamos a la consideración de los estudiosos de las ciencias jurídico-penales y criminológicas.

La creación de este Instituto tiene su fundamento legal en el art. 7.º de la ley 13.031, promulgada el 9 de octubre de 1947, en la que se estableció un nuevo régimen universitario en la República Argentina. La citada disposición legal define a estos Institutos diciendo que ellos son: "la unidad universitaria para la investigación científica". Y preceptúa que los mismos habrán de correlacionar "la enseñanza y la investigación científica de modo tal que la docencia universitaria tenga su fuente natural en la investigación directa y profunda de la realidad".

Tiene pues el Instituto de Derecho Penal y Criminología una doble función investigadora y docente. Cumple la primera en dos formas distintas: colectiva e individual. Aquélla se realiza con la colaboración de todos los señores Miembros Titulares Natos, es decir, de los señores Profesores Titulares y Adjuntos de las asignaturas penales y criminológicas, y las de los señores Miembros Titulares Voluntarios o sea de aquéllos profesores de otras Facultades del país, estudiosos en general y abogados cuya admisión se aconseja por las autoridades del Instituto en base a su prestigio científico, a su labor bibliográfica o a su actuación profesional o administrativa.

La investigación científica individual la realizan los mismos señores Miembros Titulares dando cuenta de sus trabajos al Instituto en forma de comunicaciones o conferencias públicas.

La función docente se lleva a cabo, por ahora, mediante la discusión y examen público de las notas bibliográfico-críticas de obras de la especialidad que confeccionan los señores Miembros Adscriptos al Instituto, es decir, los abogados que se proponen obtener el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, el que lograrán presentando, no antes de un año a contar de su admisión, una tesis sobre temas jurídico-penales o criminológicos. A su tiempo comenzarán a funcionar los cursos de especialización para graduados que deseen obtener el diploma que los acredite como Abogados Especialistas en Ciencias Penales y Criminológicas.

El presente Anuario contiene tan sólo una parte de la labor cumplida por el Instituto de Derecho Penal y Criminología durante el curso lectivo de 1949: las investigaciones de carácter individual llevadas a cabo por algunos de sus miembros Titulares Natos. Lamentablemente, ni siquiera esta parte se presenta completa, pues dos importantes trabajos no han podido hallar cabida en las páginas que siguen por razones de orden circunstancial. Nos referimos a la magnífica conferencia que sobre el tema "El estado actual de los estudios antropológico-criminales" pronunciara en nuestro Instituto el ilustre profesor de la Universidad de Roma Dr. Don Benigno Di Tullio y la elegante disertación que acerca de "Las ideas penales de Pellegrino Rossi" produjera el Sr. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del Litoral, Dr. Don Isidoro De Benedetti. En efecto, la versión taquigráfica de la lección del Profesor Di Tullio, que fuera pronunciada en idioma italiano, resultó por demás incompleta como para permitir una reconstrucción fiel de la pieza original. Por otra parte, el cúmulo de tareas que pesa sobre el Profesor De Benedetti, promovido a la Dirección del Instituto de Derecho Penal del Ministerio de Justicia, le ha

impedido hacernos llegar, en tiempo, el texto de su interesante contribución.

Así y todo creemos que el contenido de este primer número de nuestro Anuario podrá satisfacer el legítimo interés de sus lectores.

Después del discurso con que inauguramos el 30 de junio de 1949, las actividades del Instituto de Derecho Penal y Criminología, se publica un enjundioso trabajo del Sr. Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires y Sub-Director del mismo Instituto Dr. Carlos Fontán Balestra sobre "La Función de la tipicidad en nuestro derecho penal". Trátase de una investigación en la que su autor se ha propuesto y ha logrado demostrar que "la tipicidad es el recurso técnico a través del cual debe mantenerse incólume el principio de reserva impuesto por la Carta Fundamental a nuestras leyes penales".

Sigue una interesantísima comunicación sobre el "Homicidio-suicidio", obra del Sr. Profesor Titular de Derecho Penal del Curso de Intensificación, Dr. Don Ricardo Levene (h.). Su autor, después de enfocar el problema del suicidio desde los puntos de vista sociológico, histórico, filosófico y estadístico, aborda el examen del homicidio-suicidio en un plano estrictamente jurídico, planteándose y resolviendo negativamente la cuestión relativa al valor del consentimiento prestado por la víctima a la destrucción de su propia vida. En este orden de ideas, el Profesor Levene arriba a la conclusión que si bien "el suicidio no es delito... la ley penal no puede permitir que una persona quite la vida a otra con su consentimiento. Debe en cambio considerar este hecho como menos grave que el homicidio común y, en consecuencia, disminuir la sanción respectiva, llegando hasta el perdón judicial".

El Dr. Hernán Pessagno, también Profesor Titular de Derecho Penal en el Curso de Intensificación, contribuye a este Anuario con un estudio sobre "El delito de usurpación". Examina en él las soluciones jurisprudenciales recaídas en distintos casos en los que

se discutiera la aplicabilidad o inaplicabilidad del art. 181 del Código Penal a quienes crearon situaciones de fuerza interfiriendo, en el ejercicio de sus legítimos derechos, a propietarios, poseedores o tenedores de inmuebles. Se examinan así cuestiones que pueden decirse de palpitante actualidad tales como la ocupación de fábricas y lugares de trabajo por parte de obreros empeñados en la obtención de mejoras en su trato; la intrusión, en casas desocupadas, de familias desahuciadas y sin techo; la resistencia de las personas que prestan servicios domésticos a abandonar las habitaciones que ocupan en las casas de las que son despedidas, etc., etc.... En una palabra, los mil y un problemas creados a la justicia penal como consecuencia de la cada vez más acentuada escasez de viviendas que parece ser una característica universal de la vida urbana moderna. Siendo de advertir, por fin, que el mérito de este trabajo reside en que el autor, que es, a un mismo tiempo, Profesor y Magistrado, ofrece su solución personal, no siempre concordante con las de la jurisprudencia, a cada uno de estos cotidianos e intrincados problemas de la vida ciudadana.

Sigue a los anteriores, un trabajo nuestro sobre "La retractación en los delitos contra el honor". Trátase de un nuevo ensayo de historia interna del derecho penal argentino en el que hemos procurado narrar las vicisitudes experimentadas por esta institución tanto en el ámbito de la legislación positiva como en el terreno de la jurisprudencia. Este trabajo debe considerarse como la continuación de otro anterior en el que hicimos la historia de la retractación desde que ella apareció en el Edicto Rotario hasta nuestro primer ensayo de codificación penal. El estudio que se inserta en este Anuario abarca el tramo de historia legislativa y jurisprudencial de la retractación desde el proyecto de Tejedor hasta el Código vigente. Ambos trabajos fueron leídos en reuniones conjuntas de los Institutos de Historia del Derecho que dirige el Sr. Profesor Titular Dr. Ricardo Levene, y el de Derecho Penal y Criminología que está a nuestro propio cargo. Hemos procurado realizar así

• una tarea de colaboración y de compenetración espiritual entre dos Institutos de una misma Facultad según lo requiere la Ley universitaria vigente. Hemos dado, así mismo, en nuestro ensayo ancha cabida a los antecedentes jurisprudenciales porque es en las decisiones de los Tribunales de Justicia donde las instituciones jurídico-penales se nos aparecen como una realidad viva y palpitante en nuestro medio social.

El Anuario se cierra con otra colaboración del Miembro Titular Nato del Instituto, Dr. Don Ricardo Levene (h). Ella lleva por título: "Progresos de los estudios del Derecho Penal en la Argentina" y contiene datos por demás interesantes acerca de la materia tratada, sobre todo cuando el autor se refiere a nuestros últimos y atormentados tiempos.

Queda así presentado el primero de los números de esta nueva publicación.

Es nuestro firme propósito ampliar el contenido de la misma en sus sucesivas apariciones, incorporando una sección bibliográfica en la que insertaremos las mejores notas bibliográfico-críticas producidas por los Sres. Abogados aspirantes a Miembros Adscriptos del Instituto y una sección de Jurisprudencia en la que publicaremos, sintetizándolas, las decisiones de nuestros Tribunales de Justicia que presenten un verdadero interés para los estudiosos de las ciencias penales y criminológicas.

Y aquí, al dar por terminadas estas palabras preliminares, déjesenos expresar nuestro más vivo reconocimiento al Sr. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Don Carlos María Lascano, a cuya inteligente comprensión y generosos sentimientos debe este Anuario su pública aparición.

EL DIRECTOR

**Discurso inaugural de las actividades del
Instituto de Derecho Penal y Criminología ***

*Señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales;
Señores Consejeros y Directores de Institutos;
Colegas Profesores y amigos estudiantes:*

ASUMO en este acto la Dirección del Instituto de Derecho Penal y Criminología, cargo con cuyo discernimiento las autoridades de esta casa han comprometido y para siempre, mi gratitud de estudioso y de hombre de bien. Y no podría ser de otra manera, pues quienes estamos familiarizados con el sistema universitario argentino sabemos que la Dirección de un Instituto de la jerarquía del que hoy nos hospeda importa la mayor distinción que pueda otorgarse a quienes hacemos de la enseñanza superior la finalidad fundamental de nuestras vidas.

Por cierto que esta asunción de tareas pudo tener lugar en cualquiera de las reuniones ordinarias de nuestro Instituto. En efecto, éste ya había comenzado a funcionar bajo la inteligente presidencia de su Subdirector, mi distinguido colega y querido amigo el señor doctor Carlos Fontán Balestra, a quien desde aquí agradezco la dedicación y eficacia con que supo reemplazarme durante mi estancia en el extranjero. Pero ha sido voluntad del señor Decano que este acto revisitase las proporciones de una verdadera ceremonia académica y así quiso darle, como digno marco, la severa suntuosidad de esta sala, haciendo posible la asistencia al mismo no sólo de los señores miembros titulares y adscriptos del Instituto sino también de mis seres queridos y de todos vosotros, colegas y amigos, que a éstos seguís en las predilecciones de mi corazón.

* Pronunciado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el día 30 de junio de 1949, por el Dr. Alfredo J. M. Molinario, en ocasión de asumir las funciones de Director del Instituto. Aparece también publicado en la Revista de la Facultad, Año IV, N.º 15, julio - agosto 1949, pág. 1.010.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Y a fe que aquella iniciativa ha sido tan feliz y oportuna como lo son todas las de nuestro Decano, ya que ella me permite asumir ante un concurso más vasto y con mayor solemnidad de formas el compromiso que desde ahora empeño de cumplir la nueva tarea que se me ha confiado con el espíritu constantemente puesto en los supremos intereses de la Universidad y de la Patria.

I. — LA NUEVA LEY UNIVERSITARIA Y LOS INSTITUTOS DE INVESTIGACIÓN

UNO de los mayores aciertos de la nueva ley universitaria ha sido sin duda el haber mencionado expresamente en su texto los Institutos de Investigación. Es innegable que ya bajo la vigencia de la derogada ley Avellaneda funcionaron en algunas facultades de nuestra Universidad Centros de estudios cuyas características eran semejantes a las de los Institutos a que se refiere el Art. 7.º de la Ley 13.031. Pero es igualmente innegable que esta última, al enunciar concretamente tales entidades disponiendo su creación y señalando, al propio tiempo, sus funciones y la finalidad que debe orientarlas, les ha otorgado algo así como una personalidad propia en el sistema de la nueva Universidad. Con ello la creación de esos Institutos no podrá ser referida en homenaje a particulares intereses y tampoco podrá falsearse su actividad ni torcerse los altos propósitos que inspiran su creación y persigue su funcionamiento.

En el punto a que han llegado, en su evolución, las ideas políticas y sociales en torno a la naturaleza y finalidad del Estado, es indisputable que a éste no solamente incumbe la obligación de promover el adelanto de las ciencias sino también le asiste el derecho de exigir la colaboración de los investigadores científicos y, sobre todo, de los que actúan en los organismos oficia-

les. Para el mejor desempeño de sus funciones y la más fácil, pronta y segura realización de sus fines.

Pero, entiéndasenos bien. No se trata aquí de crear una "ciencia oficial" repitiendo de ese modo y en nuestro medio la experiencia en que fracasaron lamentablemente naciones mejor equipadas que nosotros con pueblos de cultura milenaria. No se trata de trabar con dogmas políticos el normal desenvolvimiento de la libre investigación científica. Se trata tan sólo de orientar la actividad incansable de esos investigadores enderezándola a la consideración de los problemas que plantea y de las necesidades cuya satisfacción reclama la vida social de nuestro tiempo. Se trata, en una palabra, de obtener que el hombre de ciencia que ha recibido de la comunidad humana a que pertenece, el tesoro inestimable de su formación intelectual, no se sustraiga —así sea involuntariamente— al compromiso de gratitud que con esa comunidad tiene contraído y, por lo contrario, procure satisfacerlo aportando el bagaje de sus conocimientos y de su experiencia para el mejor planteo y la más adecuada solución de las arduas cuestiones que incesantemente se suscitan en la cada vez más compleja trama de la existencia colectiva.

Tal es el inequívoco sentido de la cláusula que se contiene en el ya citado Art. 7.º de la ley 13.031 cuando dispone que, mediante los Institutos a que esa norma se refiere, la Universidad propenderá a correlacionar la enseñanza y la investigación científica "*de modo tal que la docencia universitaria tenga su fuente natural en la investigación directa y profunda de la realidad*".

Rindiendo acatamiento a este precepto de nuestra ley básica los miembros del Instituto orientaremos nuestra investigación científica en el sentido indicado. Trabajaremos con los ojos puestos en la realidad social que nos circunda. Ella nos suministrará los temas de nuestras investigaciones y de ella extraeremos los elementos de juicio que serán utilizados en la labor científica de cada día. Al hacerlo así nos comportaremos como

verdaderos juristas porque las reglas del derecho —que constituyen el objeto de nuestro estudio— son puestas ante todo y sobre todo para resolver situaciones concretas de la vida y no para afirmar verdades teóricas con pretensiones de validez universal. Y de ese modo evitaremos caer en los excesos de un tecnicismo exasperado y formalista que hace caso omiso del contenido humano y social de las normas jurídicas para atenerse exclusivamente al aspecto conceptual de las mismas y cuyos cultores, en vez de crear un verdadero y propio sistema científico transido de realidad, se entretienen en fabricar “conceptos de conceptos” construyendo así un mundo de quimeras que se deshacen, como irisadas pompas de jabón, al más leve contacto con el medio social para cuyo regimiento debieran haber sido elaborados.

II. — EL CICLO DE INTENSIFICACIÓN EN EL NUEVO PLAN DE ESTUDIO DE NUESTRA FACULTAD

EL mismo sentido realista que campea en las disposiciones de la nueva ley universitaria argentina orientó la labor de la Comisión designada para la reforma del plan de estudios de nuestra Facultad y a la que tuvimos el honor de pertenecer.

Todos y cada uno de los integrantes de aquella Comisión perseguíamos un propósito común: Organizar la enseñanza del Derecho en forma tal que nuestra Casa suministrase al país cada año lo que el país espera de ella, esto es, un conjunto de profesionales capacitados para ejercer con eficiencia el ministerio del abogado en todas las formas que éste reviste: vale decir el asesoramiento o consulta, la redacción de actos y contratos, la defensa en sede penal y el patrocinio y representación en juicio de las personas y de los derechos.

Coincidíamos todos en apreciar que el viejo plan de estudios, para cuya reforma habíamos sido convocados, estaba muy lejos de satisfacer este reclamo de

nuestro medio social. Y la experiencia recogida por la mayoría de nosotros en el ejercicio de la magistratura o en las actividades de la profesión nos decidió a ensayar, siquiera fuese en forma limitada, el régimen de la especialización en los estudios jurídicos.

Por eso introdujimos en la carrera de la abogacía el ciclo que denominamos de “Intensificación” y que se cursa en el sexto año de estudios de nuestra escuela.

He dicho ya —y no me cansaré de repetirlo— que la creación de este último ciclo constituye la nota más original de la reforma y la más fecunda porque está llamada a producir los mejores efectos en la formación profesional de nuestros jóvenes estudiantes.

Ella representa el primer paso dado en el sentido de introducir el régimen de las especialidades en el estudio del Derecho propendiendo así a la formación de abogados especialistas tanto más necesarios cuanto más compleja se torna la vida social y más progresa la legislación en todas las ramas de la enciclopedia jurídica. Este progreso, sobre todo, es un fenómeno cuya realidad no puede ser puesta en duda por ningún hombre de buena fe. La proliferación de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas es quizá la característica más saliente de la vida jurídica de nuestro tiempo. Y ella hace indispensable la formación de juristas especializados ya que es humanamente imposible que un abogado pueda mantenerse al día en todos los sectores en que se divide una legislación positiva en trance de continua renovación y reforma.

La intensificación ha sido colocada, como era lógico, al término de la carrera de abogacía. En el ciclo orgánico el alumno ha verificado ya el aprendizaje de todas las disciplinas que componen la enciclopedia jurídica. Desde luego que su estudio se ha concretado a los principios fundamentales, a las nociones básicas de cada asignatura, que le han sido impartidas mediante un sistema de enseñanza más extensivo que intensivo. Concluido ese ciclo orgánico, el estudiante está pues en condiciones de decidir su predilección por cualquiera de las cuatro grandes secciones en que se divide la In-

tensificación: el Derecho Civil, el Comercial, el Penal o el Público y Financiero.

Verificada su elección el estudiante se encontrará en la intensificación que haya predilecto con materias ya aprobadas por él y con otras acerca de cuya existencia y principios sólo tiene someras noticias. Así, para no referirnos sino a la sección que a nosotros interesa, hallará en ella al lado de dos cursos destinados uno a la parte general y otro a la parte especial de nuestra disciplina, la Criminología y el Derecho Penal Militar y Contravencional cuyos rudimentos ha conocido en el primero y segundo curso, respectivamente, de la asignatura que profesamos.

Ahora bien, es obvio que la enseñanza de las disciplinas ya aprobadas por el estudiante en el ciclo orgánico debe impartirse aquí con un criterio totalmente distinto. Y, en efecto, advierte, el Plan de estudios que su intensificación habrá de hacerse "*con sentido profesional*".

¿Qué significan estas palabras? La voz "intensificación" debe entenderse aquí con respecto a la asignatura misma a que el asterisco se refiere. Y así si en todo el ciclo el estudiante intensifica su preparación en las ciencias jurídico-penales, en estas materias intensificará el aprendizaje del Derecho Penal general y especial, es decir, el estudio dogmático del Primero y Segundo libro respectivamente de nuestra ley punitiva.

¿Y cómo se hará esa intensificación? Mediante cursos monográficos sobre alguno de los problemas fundamentales de nuestra disciplina. El profesor, presumiendo en sus estudiantes el conocimiento de la asignatura en sus aspectos generales y básicos, tratará, en cuanto le sea posible, de agotar el estudio del problema elegido procurando, al propio tiempo, que el estudiante colabore en las investigaciones que él mismo realice.

El *sentido profesional* de la intensificación resultará, a la vez, del tema elegido por el profesor y de la constante

referencia que hará en sus clases a las decisiones jurisprudenciales, en las que se apliquen los textos legales que integren o se vinculen a la institución estudiada en el curso. En cuanto a lo primero —elección del tema— uno de los criterios rectores, aunque no el único, habrá de ser la frecuencia con que se planteen determinadas cuestiones en la práctica forense. A este respecto es digna de loa la elección de tema que han hecho los Señores Profesores titulares del ciclo de Intensificación Penal, doctores Hernán Pessagno y Ricardo Levene (hijo), en los cursos de Parte General y Parte Especial a su respectivo cargo. Jueces del crimen ambos han tenido oportunidad de advertir, en el ejercicio de sus magistraturas, cuáles son las cuestiones que más frecuentemente se plantean ante sus estrados. Y así el primero desarrolla sus lecciones sobre los presupuestos de la punibilidad y el segundo sobre los delitos contra la persona tomando esta designación en su alcance más comprensivo, esto es abarcando en ella los atentados contra la vida, la integridad personal y la salud y las ofensas al honor de las personas.

La referencia jurisprudencial habrá de hacerse siempre —por lo menos en nuestra disciplina— con sentido crítico. En efecto, las decisiones de la magistratura no tienen por qué ser aceptadas, según algunos juristas lo pretenden, como si fueran la expresión final y genuina del derecho vigente. Los fallos judiciales pueden, en algunos casos, no coincidir con la expresión de voluntad que se contiene en el texto legal aplicado y que no es otra sino la voluntad del poder que pone la ley. Entonces la sentencia es errada y lo menos que puede hacer un jurista digno de ese nombre es denunciar el error y no convertir a éste en un nuevo derecho posterior pero superior a la ley positiva y permitiendo, por esta vía, el retorno al despotismo judicial felizmente desterrado en materia penal desde los tiempos ya un tanto remotos del marqués de Beccaria.

A poco que se considere la índole y finalidad de esta enseñanza se apreciará de inmediato la fecunda y benéfica trascendencia de la misma. El estudiante,

puesto en la precisión de asimilar las lecciones impartidas por el profesor durante el desarrollo de su curso, se verá obligado a recurrir, para el aprendizaje del programa, a los tratados y monografías que constituyen las fuentes de cognición de la doctrina penal. El socorrido apunte ya no le será suficiente y quizás por primera vez en toda su carrera, abrirá los libros fundamentales que se han escrito acerca de nuestra disciplina. Ese comercio intelectual con los grandes maestros que es la lectura de sus obras, atraerá los efectos más benéficos sobre los espíritus juveniles en trance de formación. Ello sin contar con que el familiarizarse con el manejo de aquellas fuentes originales de información le reportará infinitas ventajas en la práctica de la actividad forense ya que es en el gran tratado o en la buena monografía y no en los apuntes de clase, más o menos fieles, donde con mayor probabilidad encontrará el abogado, fiscal, defensor o juez si no la solución expresa de "su" caso por lo menos el criterio que habrá de orientarle en la elaboración personal de la misma, en esa labor que comporta la mayor de las satisfacciones que un jurista puede hallar en el ejercicio de su delicado ministerio.

En cuanto a las otras disciplinas, esto es el Derecho Penal Militar y Contravencional y la Criminología, ningún espíritu medianamente ilustrado puede negar la necesidad e importancia que tiene su conocimiento —así sea elemental— en la formación del abogado que se orienta hacia la especialización penal.

En efecto, las nociones sumarias que de una y otra disciplina se imparten en el estudio de los dos cursos de Derecho Penal en el ciclo orgánico si son suficientes para la ilustración del letrado común no parecen bastantes para el profesional que haya de acudir a las mismas en el ejercicio de su ministerio. Adviértase que los presupuestos naturales y culturales del Derecho Penal, que constituyen el objeto de la ciencia criminológica, son elementos de juicio que, pese a su naturaleza meta-jurídica, viven y se agitan dentro de la compleja trama de todo proceso penal. Por otra parte, el cono-

cimiento de las normas que componen el Derecho Penal Militar y la legislación contravencional resulta tanto más indispensable para el abogado con vocación de criminalista cuanto el mismo le abre amplios horizontes a su actividad profesional futura. En efecto, el Código de Justicia Militar faculta al Oficial defensor, que actúa antes los Tribunales de ese fuero, a valerse de los consejos de un abogado de la matrícula sin que deba olvidarse tampoco que la creación de las magistraturas de faltas atraerá la intervención de los juristas prácticos ante y desde los nuevos estrados.

Por todo eso ha constituido para mí una intensa satisfacción y un motivo de legítimo orgullo el haber logrado persuadir a mis colegas de la Comisión del Plan de estudios de la necesidad inexcusable de la incorporación de estas materias al ciclo de intensificación profesional. Nuestros jóvenes alumnos tendrán así lo que nosotros lamentablemente no hemos tenido: una enseñanza metódica y un conocimiento orgánico de disciplinas no ya meramente útiles sino del todo necesarias para la capacitación profesional del abogado penalista. Y tanto más motivo de satisfacción será para ellos el que aquella enseñanza les sea impartida, en materia criminológica, por maestros de la autoridad mundial de Felipe Grispigni y Benigno Di Tulio y por juristas de probada capacidad en el ejercicio de la disciplina que les está confiada como lo son los doctores Pablo Valle, Horacio L. Mainar y Carlos J. Colombo, titular y adjuntos respectivamente de Derecho Penal Militar y Contravencional.

Me he detenido un tanto sobre este aspecto de nuestro Plan de estudio por dos razones. La primera de ellas porque las vicisitudes —inevitables en toda iniciación— porque han atravesado y continúan atravesando los cursos que componen el ciclo recientemente creado han tenido la virtud de suscitar algunas dudas respecto de su necesidad o real eficacia pedagógica. Y fué mi propósito, con las palabras que anteceden, confirmar en la fe a los espíritus vacilantes mostrándoles

algunos de los resultados benéficos que habrán de seguirse del funcionamiento de aquellos cursos. La otra razón que me ha movido a ser quizás demasiado extenso ha sido el hecho de que el ciclo de intensificación en la Sección Penal constituirá algo así como el plantel en que habrán de ratificarse en su elección vocacional los futuros miembros del Instituto cuya Dirección asumo. En efecto es más que probable que los estudiantes que hayan seguido los cursos de la Sección Penal, en el último ciclo de su carrera, habrán de componer su tesis sobre alguno de los temas que integran el contenido de las materias que allí se enseñan. Y de este modo se producirá su futura incorporación, en calidad de miembros adscriptos, al elenco de este Instituto.

III. - EL INSTITUTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. SU ORGANIZACIÓN Y PROGRAMA DE TRABAJOS

VINIENDO ahora a este último he de referirme a los lineamientos generales de su organización y al plan de trabajos que me propongo desarrollar en su seno con la colaboración inteligente y eficaz, que desde ahora descuento, de todos vosotros.

Nuestro Instituto ha sido creado como todos los demás que funcionan en esta Facultad por resolución de 29 de noviembre de 1947, aprobada por el señor Vice-Interventor Nacional de la Universidad de Buenos Aires el 10 de mayo de 1948. Ha recibido, en el documento de su creación, el título de *Instituto de Derecho Penal y Criminología*. Se ha querido comprender dentro de la voz "Penal" el Derecho Penal Militar y la legislación contravencional porque, pese a los caracteres que singularizan una y otra rama del derecho positivo, ontológicamente consideradas, ellas pertenecen a la materia penal propiamente dicha. La inclusión de la voz "Criminología" en la denominación que comentamos alude al conocimiento científico de los presupuestos naturales y culturales del Derecho Penal sin que ello importe abrir juicio sobre la posibilidad por algu-

nos postulada de reunir dichos conocimientos en una disciplina única, autónoma y orgánica o sobre la necesidad, afirmada por otros, de distribuir esos conocimientos, según su índole natural o cultural, en disciplinas diversas. La circunstancia de que cuanto atañe al objeto y método de la ciencia criminológica sea aún hoy materia de discusión, a punto tal que el Congreso de Criminología a celebrarse en París el año venidero incluye esos problemas dentro de su temario, no podía retardar la inclusión, en nuestro Plan de estudios, de dos objetos cuya realidad es indisputable. Por un lado, el hombre que delinque y por el otro, la delincuencia considerada como un fenómeno de masa, es decir, como el conjunto, la totalidad, el complejo unitario de las diversas manifestaciones criminosas que se verifican en el seno de las sociedades humanas y particularmente en el de nuestra sociedad y en nuestro tiempo.

La denominación *Instituto de Derecho Penal y Criminología* importa pues adjudicarle, como objeto de nuestros trabajos científicos, el estudio no sólo de las disciplinas normativas que atañen al delito, al delincuente y a la pena sino también el de las ciencias causal-explicativas que procuran el conocimiento de esos mismos objetos considerándolos como fenómenos naturales.

La organización de nuestro Instituto se ajustará, en sus aspectos fundamentales, a las normas contenidas en los artículos 1.º a 19 de la resolución de 10 de mayo de 1948. Procuraremos pues, en la medida de nuestra capacidad y de nuestras fuerzas y con el concurso de los señores Miembros Titulares y Adscriptos, dar cumplimiento a las finalidades que le asigna el art. 2.º de la recordada resolución.

Y ahora nos referiremos al plan de labor que de inmediato entraremos a desarrollar en lo que resta del presente año lectivo.

Las circunstancias particulares que han rodeado la iniciación de nuestros trabajos y, entre ellas, la de mi ausencia del país en el desempeño de la honrosa representación que de nuestra Facultad me cometiera el

Señor Decano, hacen que, por lo que atañe a este primer período el Instituto deba limitar sus funciones al terreno de la pura investigación científica.

A este respecto es ya de público conocimiento la invitación que nos ha sido dirigida por el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de considerar, como tema para las reuniones científicas del presente curso, el de *La causa en el Derecho Penal*. Hemos aceptado muy complacidos esta invitación que también ha sido dirigida a los Institutos de Derecho Civil y Procesal. Nuestros trabajos de investigación tendrán pues como objeto el estudio de la relación de causalidad en el Derecho Penal.

El tema es por demás rico en sugerencias sobre todo para quienes cultivamos la ciencia de los delitos y de las penas. En efecto, en el ámbito del Derecho Penal, la relación de causalidad se manifiesta tanto en su aspecto natural como en el que llamaríamos jurídico o normativo. Es evidente que cuando nuestro Código Penal alude, en el inciso 1.º de su artículo 1.º, a los delitos “cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción” entiende expresar con la palabra *efectos* una relación de causalidad jurídica que parece —“prima facie, al menos— ser de índole diversa a la relación de causalidad física que menciona, por ejemplo y con las siguientes palabras el art. 90: “Si la lesión *produjere* una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro...”.

¿Serán éstos, en realidad, dos tipos diversos de relación causal o podrán fundirse en un tipo único que no sería otro sino el que hubiera construido el legislador al incorporar el concepto de causa a las normas de la ley? En todo caso ¿cuál debe ser la actitud del intérprete cuando encuentra en el texto legal un concepto, que, como el de “causa” o “efecto”, es susceptible de significación naturalista? ¿Debe atribuir a esa idea la misma significación que se le da en la ciencia causal explicativa de que se trate o debe indagar si ese concepto tiene, en la ley, una comprensión distinta que

aparecería, en este caso, como impuesta por la fuerza del poder que dicta la ley?

Son éstas tan sólo algunas de las graves y complejas cuestiones que plantea el estudio de la relación causal en el derecho punitivo. Ellas son por demás interesantes y justifican la cordial acogida que hemos dispensado a la invitación que nos dirigiera el Instituto de Filosofía Jurídica y Sociología. Haciendo honor a la misma procuraremos determinar primero y de manera exhaustiva todos los casos en que se presenta, dentro de la ley penal, el problema de la relación causal. Fijada así la extensión de nuestro trabajo allegaremos todos los antecedentes de carácter doctrinario y legislativo que concurren a explicar la verdadera significación de los conceptos mencionados en los textos legales en juego. Acudiremos después a los repertorios de jurisprudencia seleccionando cuidadosamente todos los fallos y decisiones en los que se haya hecho aplicación de esos textos explicitándose por los magistrados el sentido que ellos atribuyen a los conceptos que hacen referencia a una relación causal y estén contenidos en la norma de cuya interpretación se trate. Estaremos así en condiciones de ofrecer a nuestros colegas del Instituto de Filosofía Jurídica y Sociología un rico y bien sistematizado material que ellos podrán utilizar con absoluta confianza en sus ulteriores especulaciones.

Pero importa que fijemos con toda nitidez los límites de nuestra colaboración. Nosotros somos juristas y no filósofos. Nuestra formación intelectual nos habilita pues para realizar una determinada clase de trabajos científicos y una sola. Nos consideramos capacitados para abordar el estudio de la ley y estamos dispuestos a emprender esa tarea tanto en el plano de la exégesis como en los de la dogmática y de la crítica. Pero, con ello, se agotan nuestras posibilidades de labor seria y responsable. Sabemos que el resultado de nuestros trabajos no significa la última sino apenas la penúltima etapa del itinerario del conocimiento jurídico. Pero por eso mismo y porque conocemos bien el alcance de nuestros recursos, preferimos dejar a los

estudiosos habituados al manejo de las verdades generales la tarea de cubrir, utilizando como medio los resultados de nuestros estudios, esa última etapa del conocimiento humano que es la consideración filosófica del objeto que nosotros sólo alcanzamos a conocer científicamente.

Con estas palabras queremos significar concretamente que la índole de nuestro trabajo no se compadece con la especulación filosófica que es labor de distinta naturaleza. Importa pues que nos mantengamos en los límites de nuestra especialidad sobre todo cuando realicemos las sesiones científicas periódicas y dialogadas que prescribe el art. 8.º de la resolución de 10 de mayo de 1948. Si éstas han de ser fecundas será porque en ellas se habrá observado el orden de los debates manteniéndose cada interlocutor en el terreno propio de la discusión exegética, dogmática o crítica y absteniéndose de hacer consideraciones que no siendo de esa naturaleza serán juzgadas siempre como extravagantes por impertinentes.

Déjeseme todavía decir que con estas palabras no pretendo adoptar una posición antifilosófica que, en sí misma, sería absurda y referida a mis propias y personales convicciones, contradictoria. Yo creo firmemente en la eficacia de las investigaciones filosóficas en torno al Derecho. Y tan es ello así que en el seno de la Comisión que proyectó el Plan de estudios actualmente en vigencia sostuve con inquebrantable firmeza la necesidad de completar los estudios de Filosofía del Derecho. Por otra parte mantengo con todos los colegas que profesan en esta Casa las disciplinas filosóficas relaciones de la más fina y cordial amistad. Por eso nadie debe ver en mis palabras precedentes otra cosa que no sea la expresión del ferviente deseo de trabajar sin verse interrumpido en la labor por debates que, por interesantes que sean, resultan siempre ineficaces cuando no perjudiciales porque suspenden o desvían el curso natural de la obra cuya realización nos está cometida.

IV. - LA FUTURA LABOR DOCENTE DE NUESTRO INSTITUTO

CUANDO se consideró en la Comisión que tuvo a su cargo la reforma del Plan de estudios la índole de las tareas que deberían desarrollar los Institutos suscitáronse, en el seno de la misma, opiniones divergentes. Según algunos, aquellas entidades debían concretarse pura y exclusivamente a la labor investigadora. Otros, en cambio, sostuvimos la necesidad de confiar a las mismas una misión docente: la de formar a los abogados especialistas en las distintas ramas de la enciclopedia jurídica.

Nuestro punto de vista concluyó por imponerse y es así como en el art. 2.º, inc. h); en el art. 6.º y en el art. 9.º, apartado I, de la resolución del 10 de Mayo de 1948 se hace expresa referencia a los cursos de especialización que podrán dictarse en los Institutos y a los diplomas de especialización que se otorgarán a los Miembros Titulares voluntarios o adscriptos que hayan seguido aquellos cursos previo informe de la Dirección y de acuerdo con la reglamentación que a ese efecto se dicte.

La posición que adoptamos en aquella emergencia estaba muy lejos de ser improvisada. Lejos de allí abonaban la misma, razones teóricas y experiencias prácticas tan concordantes como convincentes.

Entre las primeras sobresalía una que no era sino la consecuencia lógica de la idea fundamental que había inspirado los trabajos de la Comisión y a la que antes me he referido diciendo que la experiencia recogida por la mayoría de nosotros había decidido ensayar el régimen de la especialización en los estudios jurídicos. Consideraba pues y sigo entendiéndolo así, que ese régimen no se agota con la introducción del ciclo de intensificación en la carrera de abogacía. Y ello por una doble razón: primero porque la vocación definitiva del abogado no la decide él mismo sino las circunstancias en que le coloca la vida que suele ser bizarra en sus combinaciones. Y así el estudiante que ha cursado la Sección Penal en el ciclo de la intensificación puede ser

llamado, después de obtener su título de abogado, a desempeñar un cargo en la justicia civil con lo cual abandona el cultivo de las ciencias penales que tanto le atrajeron y que, desde entonces son para él como la primera novia que siempre se recuerda pero a la que nunca se ve. También puede darse el supuesto contrario o sea el caso del estudiante que habiendo cursado la intensificación civil o comercial es llamado a actuar en la magistratura del crimen. Si nuestra Facultad quería mantenerse fiel a su cometido de suministrar al país profesionales verdaderamente capacitados para desempeñarse con eficiencia en cualquiera de las ramas de la legislación positiva debía forzosamente brindar a esos hijos espirituales suyos a quienes la vida había desviado de sus primitivas aficiones la adquisición ordenada de conocimientos seguros para cumplir, con igual eficiencia, los deberes de su nueva y obligada dedicación. Ello no podía evidentemente hacerse en los ciclos de intensificación que se destinan a los estudiantes aun no egresados. Hubiera sido vejatorio para la dignidad del abogado someterle a la misma disciplina pedagógica que gobierna el aprendizaje de quienes aun no han recibido el título habilitante. Sólo quedaba entonces una posibilidad: la de encomendar la formación especializada de los profesionales a los Institutos de Investigación convirtiendo así a éstos en Centros de alta Docencia.

Otra razón teórica, no menos convincente que la anterior, era la consideración de que el bagaje intelectual de un verdadero especialista no se agota en el conocimiento de las disciplinas jurídicas de su predilección. Debe completarse con la adquisición de aquellas nociones metajurídicas, naturales o culturales, que están más estrechamente vinculadas con aquellas disciplinas. Y así el abogado penalista necesita unir al estudio del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal conocimientos de medicina legal, de psiquiatría forense, de psicología judicial, de antropología y sociología criminal, etc., etc. De igual modo el abogado especialista en materia comercial necesita poseer, por lo menos de una manera elemental, la ciencia contable, conocer la

historia del comercio y de los medios de transporte y estar informado de las orientaciones de la política comercial de su país. Ahora bien, como el número de esas materias que denominaremos meta-jurídicas es distinto según la especialidad de que se trate, si se impartía su enseñanza en las diversas secciones del ciclo de la intensificación iba a resultar que las mismas quedarían diferentemente recargadas con lo que su elección, por parte de algunos estudiantes, podría ser decidida más que por una verdadera y propia vocación por el principio hedónico o del menor esfuerzo. He ahí por qué la enseñanza de las disciplinas metajurídicas a que hemos hecho referencia y sin cuyo conocimiento no existe verdadera especialización debía necesariamente hacerse fuera del ciclo de la intensificación, esto es en los Institutos de la naturaleza del que hoy nos alberga.

Pero a esas razones de orden teórico se agregaba, para el suscripto, la experiencia recogida en el Instituto de Altos Estudios Penales y Criminología de la Universidad Nacional de La Plata en el que le cupo desempeñarse como docente y como Director. Esa entidad fundada el 15 de junio de 1943 en virtud de un proyecto presentado al Consejo Directivo de aquella Casa de estudios por el entonces Decano y hoy Ministro de la Corte Suprema Nacional, Dr. Luis R. Longhi, a inspiración del Profesor Jiménez de Asúa, tuvo una existencia de sólo cuatro años pero los frutos que la misma produjo compensan ampliamente la brevedad de su vida. En efecto, cuando el Instituto dejó de funcionar por el traslado del profesor que os habla a la Universidad Nacional de Buenos Aires contaba entre sus alumnos abogados bolivianos, ecuatorianos, venezolanos y hasta un médico uruguayo. Es decir que su labor silenciosa pero fecunda había transpuesto las fronteras de la Patria y atraído la atención de la juventud estudiantil de nuestro Continente. He ahí por qué sostuve desde el primer momento y sin vacilaciones la necesidad de atribuir a los Institutos de investigación la misma función docente que llenaba en la Universidad

platense el Instituto de Altos Estudios Penales y Criminología. Es decir, la formación de abogados especialistas en las distintas ramas que componen la enciclopedia jurídica.

Por fin gravitaba sobre mi espíritu de hombre de ciencia la resolución aprobada por el Primer Congreso Latino Americano de Criminología reunido en Buenos Aires entre el 25 y 31 de julio del año 1938 y al que asistimos representando a nuestra Patria. Entre otros votos decidió aquella docta Asamblea aprobar la siguiente resolución:

- a) Recomendar a las universidades de los países participantes, la conveniencia de organizar la enseñanza de las materias relacionadas con el estudio de la personalidad del delincuente y la investigación, apreciación y juzgamiento científicos del delito;
- b) La creación de cátedras de medicina legal en el curso normal de los programas de las escuelas de derecho, que ya existen en varios países latinoamericanos;
- c) Recomendar la creación de cursos post-universitarios de especialización, destinados a la preparación técnica y práctica de las personas llamadas a intervenir en el ejercicio de la justicia en lo criminal (Primer Congreso Latino-Americano: Actas: tomo 1.º, págs. 388-389).

Un imperativo de conciencia me obligaba a mantenerme fiel a esta decisión que yo mismo había contraído a sancionar. Así lo hice y ello me valió la profunda satisfacción de ver atribuidos a los Institutos de investigación la labor docente enderezada a la formación de los abogados especialistas.

Dije ya que el retraso con que se inician nuestras tareas no nos permitirá inaugurar este año los cursos de especialización. Entre tanto el Director que os habla dedicará sus esfuerzos a la organización de los mismos. Tarea ardua y compleja porque supone, entre otras cosas, obtener la colaboración de personalidades representativas de nuestro mundo científico ya demasiado absorbidas por sus ocupaciones habituales y a las que sólo puede ofrecerse como remuneración de su ca-

pacidad y de su esfuerzo una recompensa tan problemática como lo es la gratitud de los hombres. Ello no obstante emprenderemos con fe la difícil empresa y espero que muy pronto podré ofrecer a los señores miembros de este Instituto un proyecto de organización de la sección docente del mismo lisonjeándome la esperanza de que él habrá de merecer su completa y autorizada aprobación.

V. — PALABRAS FINALES

Señores Miembros Titulares del Instituto de Derecho Penal y Criminología:

QUIERO que sean para vosotros mis últimas palabras de esta tarde. De hoy en adelante vamos a trabajar juntos en esta obra común cuyos resultados habrán de evidenciar la capacidad de los universitarios argentinos para la investigación científica y la alta docencia.

La labor que nos aguarda es tan ardua y compleja como interminable. Y sólo podremos cumplirla si somos capaces de mantenernos unidos como lo estamos hoy hasta el final de nuestra empresa. No es mi propósito evocar en este instante, sobremanera feliz, recuerdos ingratos. Pero todos cuantos habéis dedicado vuestros afanes al cultivo de las ciencias penales sabéis de sobra cuánto han retardado el progreso de nuestras disciplinas las enemistades que se suscitaron entre nuestros grandes maestros y que ni siquiera el tiempo que todo lo puede ha logrado acallar. Tengamos siempre presente esta enseñanza en nuestro espíritu. El Director que os habla os brinda sin reserva y sin tasa el ofrecimiento de su fraterna amistad. Aceptadlo y ofrecedme en cambio el tesoro inestimable de la vuestra para que siempre podamos trabajar unidos sin que perturben nuestra paz los fuegos fatuos de la vanidad ni los frutos agrios de la envidia. En las ciencias que cultivamos queda todavía mucho pero muchísimo que hacer y hay en ellas campos de gloria para todos. Trabajemos con

fe mirando nuestro propio surco y no el ajeno para que así se mantenga invariable la ruta del arado. Y dediquemos como Esquilo nuestras obras al tiempo que si sabe vengarse de aquellos que no cuentan con él, sabe también dorar las mieses y sazonar los frutos de quien ha aprendido a escuchar en el silencio el paso acompañado de sus horas y sus días.

ALFREDO J. M. MOLINARIO
Profesor Titular de Derecho Penal
y Director del Instituto

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Función de la tipicidad en nuestro Derecho Penal *

CUANDO el Director del Instituto, doctor Alfredo J. Molinario, me dijo que quería que se inaugurara esta sección de Conferencias con mi exposición, me decidí por el tema: "Función de la tipicidad en nuestro derecho penal", en razón de que la importancia que, a mi juicio, tiene este aspecto del estudio del delito, no guarda relación con la falta de publicaciones en idioma español, o en lenguas latinas, más accesibles a nuestro tipo de cultura.

Antes de comenzar a ocuparnos del tema de la tipicidad, no me parece innecesario formular una advertencia. El estudio minucioso de un elemento del delito o característica de la acción, no implica en modo alguno olvidar que el delito es una entidad orgánica. Es, en una palabra, un objeto integral.

Solamente la crítica —no siempre sincera— puede haber supuesto que el estudio del delito en sus partes constitutivas, signifique el olvido de que el delito es un todo. No creo que eso nadie lo haya sostenido. Pero, la observación no está de más en nuestro medio.

Pues bien, el estudio de la tipicidad es en realidad objeto del derecho penal moderno.

Si nosotros fuésemos a buscar el origen de la tipicidad, encontraríamos uno de los aspectos de su función en la expresión "Figura delictiva" de los países de habla castellana.

Pero el desenvolvimiento posterior, la teoría general, la precisión de sus funciones y la delimitación de sus características con respecto al delito todo, es posterior.

En realidad si bien es cierto que BINDING no habla de tipicidad y critica la primera concepción de BELING, lo cierto es que la idea, su punto de partida, se entronca en aquella diferencia que él hace entre la

* Conferencia dada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el día 10 de octubre de 1949. Aparece también publicada en la Revista de la Facultad, Año IV, N.º 17, noviembre-diciembre 1949, pág. 1.689.

norma y la ley. Es sabido que los penalistas anteriores a BINDING, sobre todo los que trataron el delito como ente jurídico, hablaron de infracción a la ley del Estado. BINDING *observa* sagazmente que el delincuente no infringe la ley del Estado, sino que, en cierto modo, adapta a ella su conducta. Llama la atención sobre este punto y dice que las leyes modernas no dicen “no matarás”, “no hurtarás”, etc., sino que contienen el obrar contrario a la prohibición; es decir, “el que matare a otro”, “el que se apodere de una cosa mueble ajena”. Esto le hace decir a BINDING que existe la norma, que es el precepto según el cual se prohíbe algo —“harás o dejarás de hacer”— y la ley en la cual, inversamente, se fija la acción contraria a la norma.

Es BELING, en su obra fundamental, *Die Lehre vom Verbrechen*, publicada en 1906, quien da la noción básica de la tipicidad.

Claro que la tesis de BELING *es adaptable* en gran parte al § 59 del Código penal alemán, según el cual no es punible el que en el momento del hecho no haya conocido las características del “tatbestand”.

Pero no vamos a entrar en detalles sobre este punto. Se comprende que, ante una norma que contiene tal principio, es indispensable afinar la investigación con el objeto de construir toda la doctrina del dolo y del error.

Esta expresión “tatbestand”, da a BELING motivo para la concepción del llamado “delito tipo”.

El delito tipo implica una abstracción, en cuanto es imagen rectora para grupos de delitos. Es esto lo que ha dado más trabajo en la dogmática alemana. Pero este problema no se plantea, afortunadamente, en nuestro derecho.

Nosotros tenemos una norma perfectamente clara en el inc. 1.º del Art. 34 del Cód. Penal, que nos da la noción del dolo, del error y de sus consecuencias. Este aspecto de la tipicidad no nos obliga, pues, a investigar.

Vamos a ver en concreto la función de la tipicidad en el derecho penal argentino.

La tipicidad tiene tres funciones perfectamente delimitadas a través del desenvolvimiento de la doctrina. En primer lugar, una función prejurídica, condicionante de las legislaciones. En segundo lugar, una función que cubre y cualifica todos los demás elementos del delito. En tercer lugar, una función referida al particular delito, el tipo penal, tipo de delito o, simplemente, tipo.

Vamos a considerar cada una de esas funciones en el orden indicado.

En cuanto a la función pre-jurídica o condicionante de las legislaciones, la tipicidad persigue una función de garantía jurídico-política y social. Se trata de que la ley contenga descripciones de acciones, tal como si ellas se hubieran cumplido ya. Lo que se persigue es que la ley ponga en movimiento la máquina judicial en el orden penal, por un hecho determinado y preciso y no por cualquier otro análogo o parecido. Empleando las palabras de BELING, *es necesario que los delitos se “acuínen” en tipos, y no en definiciones vagamente genéricas.*

La ley ha de contener descripciones de acciones y no fórmulas amplias o imprecisas, dentro de las cuales puedan ser comprendidas otras conductas que la propia ley no ha querido prever.

En consecuencia, las ideas no son punibles; tampoco lo son las condiciones personales, sino el cumplimiento de una acción descrita por la ley. Este principio tiene trascendental importancia en el ámbito jurídico y está impuesto por el orden constitucional argentino.

La posición que exige en la ley definiciones de conducta no implica negar valor en absoluto a la peligrosidad. Una cosa es la medida de la sanción —adecuar la sanción en calidad y cantidad, dentro de los límites legales— y otra distinta que haya razón para que el Estado intervenga por otra causa que no sea un obrar humano.

En la Constitución del año 53 y en la actual, los Arts. 18 y 29, respectivamente, disponen que ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Los autores, al tratar el principio "nullum crimen, nulla poena sine lege penale" —pilar central del derecho punitivo—, lo consideran previsto por la disposición referida, la que se completa con la declaración de que "nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

Pero ¿cuál es el recurso realmente ingenioso e indispensable para que la ley prevea que determinadas acciones, y sólo éstas, han de ser punibles? Es, precisamente, la tipicidad.

Piénsese que si se dictara una ley que facultase a cualquiera de los poderes públicos a decidir en el momento del hecho, o con posterioridad a él, si es o no pasible de sanción, estaríamos resolviendo el caso con la ley anterior al hecho del proceso, que permite sin embargo la decisión voluntarista. Si dejáramos librada a la apreciación de la personalidad la intervención de la justicia, y el juez juzgase sólo en base a esa personalidad, y no al cumplimiento de una acción descripta por la ley, se llegaría precisamente a lo que se quiere evitar. En pocas palabras: *deben ser sometidos a sanción penal todos aquellos que cumplan las conductas descriptas de antemano por la ley y solamente éstos.*

Indudablemente, quienes han querido hacer de la cuestión un problema insoluble, han echado mano de argumentos que fácilmente se ve cómo se destruyen. Si se piensa, por ejemplo, en los fundamentos dados para sustituir la tipicidad por la analogía, se verá que ellos son sofisticos. Se dice que no es posible prever la multiplicidad de los fenómenos de la vida. Evidentemente, no es posible preverlos, pero el Código Penal lo que quiere es *no prever* todos los múltiples fenómenos de la vida. Mientras en las otras ramas del derecho se trata de prever la totalidad de los hechos posibles, en el derecho penal se prevén de modo taxativo sólo aquellos actos de máxima antijuridicidad; los actos típicamente

antijurídicos, de antijuridicidad relevante en el orden penal. Los que no están previstos por la ley, no interesan, quedan en el ámbito de libertad.

Quiere decir que, hablar de multiformes fenómenos como delitos, es hablar de algo que no existe. Los delitos nacen a la vida en el momento mismo en que la ley es sancionada. Antes de la ley, son nada. Así, pues, hablar de delitos antes de la sanción de la ley, es hablar de algo inexistente.

Vamos a ver en seguida que esta función de la tipicidad referida a la legislación positiva, tiene a su vez una misión de cualificación de todos los elementos del delito.

Indudablemente, esta teoría del tipo supone siempre una constante relación entre él y los demás elementos del delito.

Ontológicamente, el delito es un objeto cultural, y las partes que lo constituyen guardan entre sí y con él todo la relación propia de objetos de esa naturaleza. No son el oxígeno y el hidrógeno, que en conjunto forman el agua y por separado siguen siendo oxígeno e hidrógeno. No; son tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad, en cuanto están dentro del delito. Fuera de él, no son nada. Adquieren significado en cuanto forman parte del todo y resultan indispensables para que el total sea jurídicamente un delito.

La segunda función es la que se relaciona con los elementos del general delito.

Se ha dicho alguna vez, como hizo notar SOLER, que BELING agregó a la definición del delito dada por VON LISZT el concepto de tipicidad. No es exacto, porque dentro del enfoque dogmático del delito lo que se trata de saber es cuáles son las acciones que han de llevar a una sanción. Y decir del delito que es un hecho punible, es colocar lo definido en la definición. Por eso, era necesario disponer de un elemento que diferenciara el delito de las demás acciones antijurídicas cumplidas culpablemente y se sustituyó "punible" por "típico". Pero luego, a través de diversos autores, se dice, no ya que el delito es un hecho típico, antijurídico

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

y culpable, sino que es un hecho típicamente antijurídico y culpable. Se quiere significar que "típico" se sustituye por una cualificativa general de los demás elementos del delito. Esto no quiere decir que, por sí sola la acción no sea típica. La acción es típica y típicamente antijurídica y culpable.

La función de la tipicidad sobre los demás elementos del delito es el segundo aspecto de la cuestión. La acción ha de ser típica. Eso es evidente, porque la esencia misma de la tipicidad es eso. Esto no basta; obsérvese que entre las numerosas acciones de la vida de relación el derecho penal sólo toma en cuenta algunas pocas. Pero no se conforma con captar algunas de ellas, sino que las limita, además, en sus resultados.

Si decimos que el homicidio consiste en "matar a un hombre", tenemos el tipo de homicidio consumado; un resultado de la acción: la muerte de un hombre. Todo lo que se haga que no llegue a ser "matar", podrá ser otro delito, pero no homicidio. La descripción legal selecciona entre los resultados posibles uno determinado.

Si tomamos las lesiones ocurre lo mismo. El resultado seleccionado lleva a clasificar las lesiones en leves, graves y gravísimas. Y todo lo que no se diga en cada una de esas clases de lesiones no es lesión ni leve, ni grave, ni gravísima.

De manera que si nosotros no tenemos en las descripciones legales de la ley tipos de delitos consumados o delitos tentados que coincidan con la conducta que se califica, no habrá delito por ausencia de tipo. Porque en la ley hay una escala de descripciones que van captando las diversas conductas punibles, quedando alrededor de ellas un espacio más o menos amplio, según los casos, que es indiferente a la ley penal. El estudio de la acción, en cuanto debe ser típica, da lugar al tipo del particular delito, o simplemente, tipo.

Para comprender la función cualificadora que la tipicidad desempeña respecto de la culpabilidad, bastaría con decir que existe una profunda diferencia, por ejemplo, entre el dolo del homicidio y el del hurto o

el estupro. Pero ese aspecto, explicado por diversos autores, no nos parece decisivo, ni el más importante con respecto a esa función de cualificación de la tipicidad hacia la culpabilidad. Hay otro aspecto más importante.

Mientras en otras legislaciones la ley contiene una disposición general referida a la culpa, como ocurre entre nosotros con la tentativa, por ejemplo, nuestra ley no tiene esa disposición general. Describe el tipo doloso y ha seguido o en otros artículos posteriores contiene la descripción del tipo culposo. Contiene tipos autónomos de delitos culposos y de delitos dolosos.

Ocurre a veces que la ley exige para determinado delito la forma de culpabilidad dolosa, pues sólo lo describe a este título. Si nosotros no tenemos, por ejemplo en la hipótesis del delito de atentado a la autoridad, el tipo de culpabilidad dolosa, no existe ese delito. Puede ocurrir, sin embargo, que un individuo en estado de ebriedad involuntaria, susceptible de eliminar la culpabilidad dolosa dejando subsistente la culposa, atente contra la autoridad; pero la culpabilidad culposa no es la culpabilidad típica del delito de atentado a la autoridad y no habrá por tanto, delito.

Hay una serie de delitos en los que se ve que la comisión por culpa no es posible; pero encontramos otros para los cuales la ley exige una conducta dolosa y cuya acción es susceptible de cumplirse en estado de culpabilidad culposa. Tales hechos no son punibles, porque no concurre el tipo de culpabilidad requerida para el delito.

Llegamos así al elemento antijuricidad. En realidad, este proceso de la relación que existe entre la antijuricidad y la tipicidad, pasa por tres etapas. La primera etapa, fijada por BELING, en la cual la antijuricidad es observada independientemente, porque es de naturaleza distinta de la tipicidad. La tipicidad importa una pura descripción, en tanto que la antijuricidad implica un juicio de valor referido a la norma. Sigue en el desenvolvimiento de la idea, MAYER, para quien si bien la tipicidad no implica definir la existencia de la antijuricidad, puede considerarse un indicio de ella.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Por último, afirma MEZGER, que la tipicidad denota, con su sola presencia, la existencia de la antijuricidad.

En realidad, nos parece que el problema puede reducirse a los siguientes términos: las leyes en general determinan la antijuricidad de una serie de actos. Ya sabemos que no es necesario que se hable de antijuricidad y culpabilidad limitadas al delito.

Si nosotros aceptamos la existencia de una cantidad de hechos antijurídicos y culpables y culpablemente antijurídicos, vamos a ver que sólo una cantidad de ellos tienen relevancia penal.

Se le critica a MEZGER el que diga que la tipicidad es prueba evidente de que existe antijuricidad, porque con ello la antijuricidad se escinde en antijuricidad penal y antijuricidad no penal. Pero esto no es perfectamente exacto. Lo real es que lo antijurídico no se escinde por el hecho de que sólo cuando sea también típico, resulte penalmente relevante. Sobre una extensión idénticamente antijurídica, que se tienda sin solución de continuidad, se fijan moldes que modelan la única antijuricidad con relevancia penal; se pueden colocar multitud de ellos que contengan la única antijuricidad con relevancia. Están tomados, sin embargo, de la misma antijuricidad.

En cambio, desde el punto de vista de la norma véase cómo se aclara el horizonte. Mientras se ha dicho que la norma fluctúa en un terreno impreciso, con el concepto de que la antijuricidad es limitada y precisada por el tipo, llegamos a esta conclusión: evidentemente la norma penal, la que nos sirve para valorar la acción, es verdad que fluctúa en una zona poco clara e imprecisa; pero es que tiene que ser así, hasta tanto la ley no la delimite y precise. Pensemos, por ejemplo, en uno de los casos más claros, una de las hipótesis contenidas en el art. 80, inciso 1.º del C. P.: el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. Obsérvese que en la conciencia pública matar a un hermano no es un homicidio simple. No se lo juzga como al homicidio del padre, pero es más

que el homicidio simple, es algo más que matar a cualquiera. Y esto podríamos comprobarlo mediante una encuesta, preguntando en qué caso es calificado el homicidio; nos encontraríamos con el resultado de la inclusión dentro de la norma del homicidio calificado, del caso de la muerte del hermano. Y, sin embargo, la ley sólo habla de la muerte de ascendiente, descendiente o cónyuge. Limita así la antijuricidad de la norma que está por detrás del art. 80, inc. 1.º del C. P.

Es la ley la que nos determina, para el tiempo de su vigencia, el contorno de la norma. Y entonces, en lugar de pasar de la norma a la ley, se pasa del tipo a la norma.

Si la ley nos dice que se califica el homicidio cuando se trata de la muerte del ascendiente, descendiente o cónyuge, ya sabemos que la norma para esa ley es la prohibición más severa de matar al ascendiente, al descendiente o al cónyuge. Pasamos a través de las figuras del tipo y marcamos en la extensión de la norma el contorno de la antijuricidad típica, es decir, la lesión típicamente antijurídica.

Esta misión del tipo, en cuanto limitador de la función de la antijuricidad penalmente relevante, es clara. Acaso como cuestión teórica, no sea perfecta. Pero, prácticamente, es indiscutible.

¿Quiere esto decir que la ley valora? En cierto modo, sí, porque fija el cartabón de referencia para el juicio del juez penal. El tipo de un homicidio es matar a un hombre y con ello se sobreentiende que el hecho es antijurídico; para que no lo sea es necesario que medie una causa de justificación; la legítima defensa, por ejemplo. Pues bien, ¿qué es lo que aporta el artículo que prevé la defensa legítima? Una serie de elementos nuevos: falta de provocación, racionalidad del medio empleado, que vienen a crear un tipo distinto.

Lo dicho no puede conducir, sin embargo, a superponer o identificar tipicidad y antijudicialidad, sustancial y evidentemente distintas.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Indudablemente este problema de la función de la tipicidad con respecto a la antijuricidad, es aún susceptible de ser trabajado intensamente.

Llegamos, por último, a la función de la tipicidad en cuanto viene a identificarse casi, con la figura delictiva: el tipo penal.

Mientras hay una serie de declaraciones contenidas en la parte general del Código, tales como la que dispone que el menor de 14 años no es punible, que son válidas tanto para los delitos graves como para los leves, nos encontramos, en cambio, con elementos propios y privativos de cada particular delito.

Lo más interesante de este problema del tipo penal es lo que se refiere a los elementos del delito o más exactamente elementos del tipo. La doctrina, en general, para el estudio de este problema agrupa los elementos en tres categorías: elementos subjetivos, elementos objetivos y elementos normativos. Los elementos subjetivos son los que plantean problemas de mayor interés.

Las leyes contienen una serie de referencias a ciertos conocimientos del sujeto activo, a la intención que lo ha llevado a realizar un hecho o a determinados estados de ánimo. Son los elementos subjetivos que podemos separar a su vez en tres grupos. Un primer grupo está formado por aquellas referencias con las cuales la ley no hace sino recalcar el elemento subjetivo del delito: la culpabilidad. En otros casos, la ley requiere una determinada intención o propósito: cuando dice, por ejemplo, "con ánimo de lucro", con "propósitos deshonestos", con fines de "rescate". En una tercera separación de estos elementos subjetivos, podemos reunir los casos en que se hace referencia a estados de ánimo o a situaciones personales; así la emoción violenta, el estado puerperal.

Va de suyo que los del primer grupo no son elementos del tipo, sino del delito; los del segundo, los que hacen referencia a una intención o a un propósito, y los del tercero, que requieren un estado de ánimo o ciertas situaciones personales, son elementos subjetivos del tipo.

Mientras durante mucho tiempo se confundió el elemento subjetivo del tipo con el elemento subjetivo del delito, la teoría del tipo viene a demostrar que es posible la presencia de aquél estando ausente la culpabilidad y viceversa. Un ejemplo nos aclarará las cosas. El art. 134 del C. P. pena a quien contraiga matrimonio sabiendo que existe impedimento que cause su nulidad absoluta. Si ese conocimiento del impedimento fuera el elemento subjetivo del delito, —la culpabilidad—, toda otra investigación sobre el punto sería innecesaria. Sin embargo, puede ocurrir que el matrimonio se celebre con conocimiento del impedimento y no obstante no haya delito por ausencia de culpabilidad; tal sería el caso de quien hubiera obrado bajo coacción o por error insalvable con respecto a otra circunstancia esencial, como podría ser la condición del funcionario ante quien el matrimonio se celebra. También es claro el ejemplo puesto por SOLER, al mismo fin, y referido al art. 80, inc. 1.º del C. P. Cuando el código habla de la muerte del ascendiente, descendiente o cónyuge "sabiendo que lo son", el elemento subjetivo del tipo es ese "sabiendo que lo son".

Puede ocurrir que alguien mate al padre "sabiendo que lo es" y no obstante no sea culpable. Basta pensar en las dos hipótesis de la coacción y el error, referidas en el ejemplo anterior, para comprender que es perfectamente posible matar al padre sabiendo que lo es y que sea no obstante, la ausencia de culpabilidad el motivo de inexistencia del delito.

En cuanto a la hipótesis inversa, presencia de culpabilidad y ausencia del elemento subjetivo del tipo, en el ejemplo puesto, es posible el dolo del homicidio sin que el individuo sepa que es su padre. Está presente la culpabilidad y estaría ausente el elemento subjetivo del tipo. No habrá adecuación de la acción a ese tipo, sino a otro más benigno, pero siempre habrá delito.

Estos elementos han sido identificados durante mucho tiempo con el elemento subjetivo del delito, asignándoseles la denominación de dolo específico. Era común dar ese nombre a la particular intención o propó-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

sito del agente requeridos por la ley. Ese criterio no es conveniente ni adecuado: baste recordar la circunstancia de que es posible la presencia del elemento subjetivo del tipo, con ausencia del elemento subjetivo del delito, para comprender que no se confunden. Si ese elemento fuese una especie del dolo, sería necesario la concurrencia del género para aceptar la de la especie.

La misma acción cumplida con propósitos diferentes, puede ser en ambos casos culpable y en ambos casos, también delito. La consecuencia del distinto propósito será la adecuación a otro tipo. Si un individuo retiene a una mujer y lo hace con miras deshonestas, comete el delito de rapto; pero si obra impulsado por fines religiosos o de venganza o con el propósito de obtener rescate, será punible por privación de libertad o por extorsión.

Quiere decir, entonces, que no podemos denominar dolo específico a los elementos subjetivos del tipo. Ciertamente que algunos autores consideran que sólo la exigencia de ciertos conocimientos —caso del art. 80, inc. 1.º— y no el propósito o intención están fuera del dolo específico; pero razones de tiempo nos impiden entrar a considerar particularmente ese problema, lo que haremos en otra oportunidad.

Los elementos objetivos del tipo son los más, puesto que son ellos los que utiliza el legislador para la descripción. Son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas susceptibles de ser captadas por los sentidos. Así, el local en la violación de domicilio, la existencia de un hombre en el homicidio, etc. Claro está que la ley no deberá contener datos superfluos, sino sólo los necesarios y suficientes para que el tipo quede delineado.

Por último, nos encontramos con los llamados elementos normativos. A veces no le resultan suficientes al legislador, para expresar y precisar su pensamiento, las referencias objetivas, y necesita recurrir a nociones de otra naturaleza, cuyo verdadero significado es necesario buscar en otros libros del ordenamiento jurídico. Así, habla de “cosa mueble ajena”, de “impedimen-

to que cause nulidad absoluta”, de “dar derechos que no le correspondan”, etc.

Estos datos, juntamente con los subjetivos a que nos refiriéramos en primer término, suelen denominarse formas anormales o impuras de tipicidad, por contener un valor y no un puro aporte descriptivo. Sin embargo, no ha de desconocerse que esa valoración está fijada por otras normas de derecho y que el legislador penal utiliza tales palabras con propósito preponderantemente descriptivo.

Considero muy importante, a pesar de lo apretado de esta exposición, hacer una referencia a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, que muchos autores colocan dentro de la definición del delito.

¿Qué son estas condiciones objetivas de punibilidad? En realidad, si nosotros decimos que para que haya un homicidio tiene que producirse la muerte de un hombre, estamos hablando de una circunstancia objetiva del tipo. En cambio, si decimos que para que se castigue el delito de instigación o ayuda al suicidio es necesario que el suicidio se haya tentado o consumado, encontramos en la noción del tiempo y del espacio, una distancia que es la que media entre la acción del que instiga y el que mediante otra acción se quita la propia vida.

Para que exista delito es necesario el hecho de otra persona distinta del agente o la concurrencia de otras circunstancias. En efecto, en el ejemplo de la instigación al suicidio, el instigador puede recurrir a sus mejores argumentos y no obstante el suicidio no se tienda ni se consuma; inversamente, con una actividad mucho menor de su parte, el resultado puede producirse.

Quiere decir, entonces, que de dos sujetos que cumplan acciones idénticas, uno puede ser sometido a sanción y el otro, no. Lo mismo ocurre con ciertas penalidades agravadas. Quien por actos hostiles no aprobados por el gobierno nacional, diere motivo al peligro de una declaración de guerra, sufrirá pena de prisión de uno a seis años; pero si la guerra se produce, la penalidad se eleva entre tres y quince años.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Se aprecia en este segundo ejemplo cómo puede dar lugar a una pena mucho mayor una circunstancia objetiva que no depende de su autor.

Estas condiciones objetivas de punibilidad me parece que si se diferencian en cantidad, son idénticas en calidad a los elementos objetivos del tipo. Son resultados más mediatos de la acción. Piensen Uds. por un momento: ¿qué diferencia hay entre la tentativa concluida y el delito consumado? Entre dos sujetos que atentan contra la vida de dos personas, los dos observan idéntica conducta, disparan idénticas armas; pero el primero mata y el otro marra el disparo. La muerte se produce o no, en última instancia, por causas ajenas a la voluntad del sujeto que dispara. Evidentemente, el que cumple la tentativa acabada realiza el mismo movimiento corporal, cumple la misma acción cuando da en el blanco, que cuando marra el disparo.

Parece claro que la muerte en el homicidio es también ajena a las últimas posibilidades de decidir que el sujeto tiene.

Me parece entonces que, aún en la hipótesis de la tentativa del suicidio y naturalmente en esta otra de la declaración de guerra, de no producirse los hechos que la ley exige, estamos en el hecho no punible, por ausencia de tipo. Porque tanto la muerte como la declaración de guerra son elementos objetivos del tipo.

Resulta claro que las llamadas condiciones objetivas de punibilidad son también exigencias del tipo, ya estén contenidas como acción, ya como resultado y, por tanto, elementos objetivos del tipo.

Otra cosa son las llamadas excusas absolutorias. Lo único que importa dejar aquí sentado en esto: mientras en las condiciones objetivas de punibilidad la distinción está dentro del tipo y es independiente del sujeto, en la misma calidad que los demás elementos objetivos del tipo, en las excusas absolutorias está fuera del tipo. Son de naturalezas tan diversas que es tarea ardua pretender reducirlas a un sistema general.

La mayoría de los autores coinciden en que es por razones de utilidad que se exime de pena a quien está

cubierto por una excusa, pero el autor no deja de ser culpable, ni el hecho antijurídico, ni el delito, delito. Además, tales excusas sólo tienen validez para aquellos en cuya cabeza está la condición de la excusa y no para los demás, a quienes alcanza la sanción con absoluta independencia.

Entre las muchas e interesantes conclusiones que el tema de la tipicidad ofrece, interesa destacar visiblemente una: la tipicidad es el recurso técnico a través del cual debe mantenerse incólume el principio de reserva impuesto por la carta fundamental a nuestras leyes penales; y es el legislador el encargado de impedir, por ese medio, toda decisión que pueda ser posible con prescindencia de tal principio.

CARLOS FONTÁN BALESTRA
Profesor Titular de Derecho Penal
y Sub-Director del Instituto

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Homicidio — Suicidio *

El hecho anómalo del suicidio puede ser estudiado desde distintos puntos de vista, —religioso, filosófico, social, penal— y según las épocas históricas.

Como sería imposible abarcar en una conferencia este tema en toda su extensión, me limitaré a recordar que en el mundo pagano ya se censuraba el suicidio. Pero el cristianismo, que es el suceso más trascendental en la evolución humana en todos los órdenes, incorporó a la civilización un nuevo concepto sobre la vida como deber y como misión. Sintetizado en el Decálogo, ahí se encierran preceptos de la vida honesta y de la vida en función de la justicia, que elevan al hombre al plano superior en conformidad con Dios y el Derecho Natural.

Desde el punto de vista social ha estudiado el suicidio el prestigioso sociólogo francés Emilio Durkheim en su libro "Le suicide", (París, 1930) haciéndolo de acuerdo con las ideas del neo-positivismo. Llegó a establecer relaciones y comparaciones con una especie de suicidio animal, que es absurdo admitir, así como hoy no se acepta que los estudios sociales y jurídicos tengan comienzos en el mundo animal, pues este último es el orden de la naturaleza, mientras que la sociedad es el mundo de la racionalidad y la personalidad humana.

El concepto del suicidio ha sufrido una lenta pero importante evolución. Surge en un principio una tendencia general a considerarlo un hecho ilícito y como tal fué castigado, pero poco a poco se ha evolucionado, dominando un criterio no tolerante precisamente, sino más comprensivo del suicidio y especialmente se han analizado las causas sociales, morales, patológicas y psicológicas que mueven al hombre al mismo, estimándose que muchas veces el suicidio es consecuencia de móviles explicables, vinculados al honor, a la generosidad, al deseo, por ejemplo, de evitar propagar enfermedades, el deseo de la mujer mancillada de no vivir su

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires el día 26 de octubre de 1949. Aparece también publicada en la Revista de la Facultad, año V, N° 20, julio-agosto 1950, pág. 853.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

vergüenza, al deseo de eliminar una carga en la familia, etc.

En efecto, en un principio fué reprobado por Platón, Pitágoras y Cicerón. Los restos de Ajax no se quemaron para no profanar el fuego. Los sajones hacían salir el cadáver por la ventana y no por la puerta. En Atenas se cortaban las manos a los suicidas y en Roma se dejaba sus cadáveres en el patíbulo a merced de las bestias. Más adelante se imponía pena de muerte al soldado que atentaba contra su vida, salvo que lo hiciese "impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore", como castigo por intentar sustraer al Estado un individuo capaz y obligado a prestar el servicio militar.

En la antigua República de Marsella, el futuro suicida debía requerir permiso al Consejo de los Seiscientos, dando las razones de su actitud. En Alemania el verdugo tenía derecho a apoderarse de todas las cosas que encontrase sobre el cadáver y hasta la distancia de una espada del cuerpo del suicida. El rey San Luis castigó al suicidio en Francia con pena de multa consistente en la confiscación de los bienes del suicida en favor de su señor, que se veía privado de un súbdito. El Código Sardo declaraba vil al suicida y destruible su testamento, privando a aquél de toda pompa fúnebre. Se cuenta también que Napoleón, ante el caso del granadero de su guardia, Gaubain, que se suicidó por razones amorosas, dió una orden del día, criticándolo, pues según decía en la misma, "el soldado debe saber vencer el dolor y la melancolía de las pasiones y es tan valiente el que sufre con constancia las penas del alma, como el que se mantiene firme ante la metralla de una batería".

El suicidio era castigado por las Partidas (ley 24, Partida VII) y el Proyecto Tejedor (arts. 1.º y 2.º del párrafo VI, título I, libro 1.º, parte 2.º), privándose de los derechos civiles a los suicidas y anulando sus disposiciones testamentarias, salvo que se matasen "por locura o por dolor, o por cuita de enfermedad o por otro gran pesar que hobiese", decían las partidas. Es intere-

sante destacar en el proyecto de Tejedor la existencia de lo que hoy llamaríamos una medida de seguridad, porque proponía que a quien intentase su suicidio, se le reclusese de uno a tres años, sometido a una vigilancia rigurosa, en lugar donde no pudiese repetir la tentativa.

Conforme a la evolución antes indicada, el suicidio es castigado hoy en día tan sólo en Inglaterra, Tasmania y en el Código Penal de Nueva York de 1881 (parágrafos 172 y 173), pero dentro de las costumbres inglesas se ha ido eliminando la confiscación de bienes de la familia y el acto agravante de clavar al suicida un bastón en su pecho y enterrarlo de tal manera, así como también se han ido dejando sin efecto otras sanciones religiosas.

También se castigaba la tentativa en las antiguas legislaciones, pero en la actualidad subsiste su punición en los Códigos de Canadá (art. 270), Inglaterra, Nueva York (parágrafos 174 y 178), y Sudán (Código de 1899, art. 234). Así por ejemplo, en Inglaterra se la reprime con multa o prisión de uno a seis meses y en Nueva York con prisión hasta de dos años y multa hasta de mil dólares.

Decíamos que el estudio de las razones y causas que impulsan al suicidio ha ido determinando una evolución en la interpretación de este problema. Se han hecho al respecto curiosas e interesantes estadísticas, algunos de cuyos datos veremos en seguida, y así por ejemplo nos dice Adolfo Wágner que los protestantes llegan más al suicidio que los católicos, no obstante que ambas religiones lo prohíben.

Las causas que impulsan al suicidio son para Morcelli, ("El suicidio", Milán, 1879), psicopatológicas, y para Durkheim, (obra citada), sociológicas. Las psicopatológicas son casi siempre una enfermedad mental, aunque pueden consistir también en una enfermedad de otra índole. El temor es un factor que induce frecuentemente al suicidio; es el temor a la cárcel, a la vergüenza pública y al consenso social, o una situación

familiar intolerable; es un factor psicopatológico de gran importancia, así como también son factores psicopatológicos importantes la tendencia hereditaria y las reacciones emotivas desmesuradas o inapropiadas con respecto a los estímulos que las causan. Estas reacciones producen en el sujeto un estado de irritabilidad e inadaptación, que lo impulsa al suicidio.

Para aquellos que creen en el predominio de los factores sociales que llevan al suicidio, éste es el resultado de una serie de hechos que se llaman miseria, desintegración del hogar, delincuencia, irreligiosidad. Ruiz Funes, penalista español radicado en América, en "Etiología del suicidio en España", concuerda plenamente con la tesis de Durkheim, y agrega que hay un grave problema social que él llama de miseria moral. Debe combatirse tratando de obtener en los individuos, y por lo tanto en la sociedad, un mayor sentido de la comprensión, de la piedad, de la tolerancia, de la responsabilidad, del deber, de la hombría de bien, del carácter, de la voluntad. Estas son las virtudes que hay que fomentar y estimular, para luchar precisamente contra la miseria moral de la sociedad, que es un factor que impulsa muy a menudo al individuo al suicidio.

En los manicomios del Sena se hizo en 1926 una estadística, de la que resultó que el 10 o/o de los suicidios ocurridos han tenido causas psicopáticas; el 20 o/o de los suicidios han tenido causas en desequilibrios nerviosos y estados de ebriedad; el 35 o/o de los suicidios se han originado en ebriedad aguda, alcoholismo total; y el restante 35 o/o en causas sociales, miseria, etc. O sea, en una estadística determinada, resultó superior la proporción de los factores psicopatológicos sobre los factores sociológicos en los suicidios. Lo mismo ocurrió con estadísticas obtenidas en Rusia (país con convulsiones sociales), España (muchos centros urbanos sin grandes aglomeraciones), y Francia (donde París presenta una gran densidad de población permeable a todas las sugerencias morbosas).

Unas estadísticas de la Provincia de Buenos Aires dan 192 suicidios por dolencias físicas; 117 por dis-

gustos de familia; 92 por hastío de la vida; 18 por escasez de recursos y 5 por malos tratamientos. Es curioso destacar que 430 casos ocurrieron con viento reinante Norte, Noroeste y Noreste, de los cuales 307 suicidios corresponden al primero; 142 con viento Sud, Sudoeste y Sudeste; 22 con viento Este y 18 con viento Oeste. Al verano le corresponden el 28,77 o/o de los casos; a la primavera el 27,06 o/o; al otoño el 24,50 o/o y al invierno el 19,65 o/o.

Es también interesante ver en las estadísticas, las influencias de los distintos factores: sexo, edad, profesión y medio de comisión, para lo cual utilizaremos los datos que nos da Héctor M. Piñero, en su trabajo "El suicidio en la ciudad de Buenos Aires" en "Anales de la Sociedad Argentina de Criminología", T. V, 1939, como las anteriores, son del efectuado por Roberto Cifardo y Juan Carlos Vizcarra, "Etiopatogenia y profilaxis del suicidio", en dichos "Anales", T. X, 1944. Así, se ha comprobado que en materia de sexo la proporción es de 4 a 1 siendo superior la cifra de varones. En materia de tentativa se invierte de tres a uno en favor de las mujeres. Se ha pretendido explicar esto en una mayor firmeza del hombre en el momento de consumir el hecho y en un mejor conocimiento del manejo de las armas o de los medios eficaces para consumir el suicidio. Con respecto a la edad, prácticamente no existe el suicidio antes de los 15 años. El momento culminante se lo puede ubicar en los 25 años, para determinar de nuevo un descenso final. Con respecto a las profesiones, un jurista brasileño, Afranio Peixoto, las clasifica en esta forma: mayor cantidad en profesiones liberales, después en militares, funcionarios, comerciantes y luego en forma descendente, marítimos y obreros; vale decir, que en principio, a mayor cultura y mejor condición económica, aparecen también mayores torturas morales, mayores problemas psicológicos, si se quiere una sensibilidad moral superior. Existe también un sentido del honor, no mayor —porque hay que admitirlo en todas las clases sociales— pero sí dis-

tinto, o más fino, o susceptible en ciertas y determinadas clases o profesiones, que en otras.

Con respecto a los medios utilizados, doy estos datos de una estadística de la Policía de la Capital, tomada a través de cinco años (1934-1938). De esta estadística resulta que 1.066 suicidios se efectuaron por medio del cianuro; 801 suicidios con armas de fuego; tan sólo 6 por inmersión. Esa desproporción de 1.066 contra 6, que aparentemente no se justifica, tiene su explicación: esta estadística pertenece como se ha dicho a la Policía de la Capital, que no tiene jurisdicción en la ribera, donde precisamente ocurre la mayor parte de los suicidios por inmersión; esa zona está a cargo de la Prefectura Marítima. Y en cuanto al mayor uso del cianuro de potasio, se explica por dos razones: una de ellas, la mayor facilidad para obtenerlo, y en segundo lugar, la errónea creencia popular de que la muerte por el cianuro no causa prácticamente dolores. Eso lleva a la gente a intentar salir de esta vida con el menor sufrimiento, y se cree que ése es el mejor medio para lograrlo.

Altavilla, que ha escrito sobre "La psicología del suicidio" (Nápoles 1910), nos habla de tres tipos de suicidios, según las causas: ocasionales, pasionales y anormales. Los ocasionales son originados por una debilidad de la resistencia o de los frenos humanos en un momento determinado de la vida: un hombre que siempre ha sido normal, preocupado por un problema fundamental, en una encrucijada del destino, que lo encuentra con los nervios rotos y la voluntad debilitada, llega al suicidio. Los pasionales, tienen la explicación en esa fuente, la pasión. Y los anormales actúan por tendencias congénitas, por desequilibrios psíquicos o anomalías sexuales.

Pasaremos ahora revista a las razones que dan en pro y en contra de la justificación del suicidio, pues según lo consideremos punible o no punible, y según aceptemos o no que una persona puede dar consentimiento para ser muerta por un tercero, resolveremos

el problema de la licitud o ilicitud del acto cometido por el tercero.

Desde el punto de vista jurídico se argumenta que la vida del ser humano, sea cual sea su estado, desde su nacimiento hasta el último minuto de vida, debe ser siempre protegida por el derecho.

Pessina, ("Esposizione del diritto penale italiano", vol. II, pág. 16) al igual que otros autores, opina que el derecho a la vida es innato, que en él se basan los demás derechos, y que sin él no tienen razón de ser. Este derecho innato es al mismo tiempo un derecho inalienable e intangible. El individuo debe cuidar su vida, los demás deben respetársela y el Estado debe preservarla. Son factores coincidentes en un mismo fin: cuidar la vida humana. No es todo pues el consentimiento del suicida; y en cierto modo no es tan grande la diferencia entre el homicidio y el homicidio cometido con consentimiento de la víctima.

Esta teoría de la alienabilidad e inalienabilidad de los derechos según la cual el hombre puede perder aquéllos y no éstos, ha sido desarrollada también por Ortolan ("Elements de Droit Pénal", N.º 549, París, 1875) y Garraud ("Traité théorique et pratique du droit pénal français", vol. I, pág. 240, París, 1881).

Se argumenta con fundamento que el individuo no puede por sí y ante sí, disponer de su vida, porque además del interés de este individuo, hay un derecho de su familia sobre la vida del sujeto, derecho de la familia que éste no puede olvidar por todas las consecuencias de orden moral y material que puede causar con su actitud.

Las posiciones contrarias que hay con respecto a este tema se traducen en aquéllos que consideran que el suicida es un cobarde, es un ser débil, pues se mata por no afrontar la lucha por la vida, mientras que para otros se necesita quizás mucha más fuerza para no matarse que para hacerlo, mucha más voluntad para proseguir esa lucha, sobre todo si son seres enfermos o agobiados por problemas insolubles. Se dice también que el suicidio no es el remedio de los cobardes sino de los ago-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

tados, y se señala que según la cultura y las clases sociales, hay una forma distinta de interpretar estos problemas. Los seres de inteligencia superior tienen otras preocupaciones, una sensibilidad mayor y una moral distinta a la de los seres normales. Bástenos citar suicidios de políticos e intelectuales nuestros, que conmovieron en su época la opinión pública: los de Leandro N. Alem, Lisandro de la Torre, Alfonsina Storni y Leopoldo Lugones, por ejemplo, afectados por crisis cívicas y morales, tal vez por injusticias del medio ambiente social.

Opinan que el suicidio no es punible, entre otros, Bentham ("Traité de législation civile et pénale", tomo II, cap. XIV, pág. 53), quien considera que cada uno es el mejor juez de sí mismo, cada uno sabe cuándo, cómo y por qué debe permanecer o abandonar esta vida.

Es del caso recordar ahora la fórmula que arranca del derecho romano, "volenti et consentienti non fit injuria", relacionada con la tesis de Grispigni que trataremos más adelante.

El concepto de la injuria en el derecho romano, comprendía todo acto contrario al derecho, según las Institutas, pero para otros textos era más amplio, pues significaba inferir un daño injustamente. Según esa interpretación, el que quiere morir y consiente en que lo maten, elimina la posibilidad de que exista un delito. No obstante, para otros, como ser Mommsen, que toman la palabra "injuria" en el sentido más restringido, el homicidio con consentimiento es un delito porque afecta al Estado y a la comunidad, es decir, que para estos intérpretes, el término "injuria" no comprendía al homicidio.

Ferri, en uno de sus mejores libros, "Homicidio-suicidio", (Madrid 1934), plantea y contesta dos interrogantes que sirven no solamente para tratar este tema del homicidio consentido, sino también para responder al problema del homicidio piadoso y al de la cooperación al suicidio.

A su doctrina se adhiere José Peco ("El homicidio suicidio", en Revista Penal Argentina, Tomo I, Nos. 1 y 2, julio y agosto de 1922, pág. 29).

Pregunta Ferri: ¿Tiene el sujeto derecho a disponer de su vida? En segundo lugar, admitido que tenga ese derecho, ¿su consentimiento exime al matador de la pena correspondiente y borra toda ilicitud del acto de quien le da muerte?

Mientras el ser humano vive en sociedad, está obligado a ciertas responsabilidades y tiene asimismo determinados derechos y obligaciones. Pero una vez que el individuo sale de la sociedad y decide quitarse la vida, dice aquél, la sociedad ya no puede imponerle ninguna obligación y deja de tener derechos sobre su persona: el sujeto escapa a esta mutua prestación de derechos y deberes. Nadie puede impedirle su separación, como nadie puede impedirle su muerte.

Además, dice Ferri, dentro de la especie humana, hay seres con menos capacidad para luchar y sufrir, con menos posibilidades de perpetuarse, de triunfar, de mejorar en la vida. Esta va dejando una larga caravana de derrotados, de hombres inútiles, de vencidos, y una de las formas clásicas de la derrota es el suicidio. Este a su vez simboliza una perfección dentro de la mayor civilización, con respecto al homicidio. Vale decir, que hay una ley biológica —aquí volveríamos al triunfo del más fuerte—, y de esta ley biológica resulta que sobrevive el más capaz. El menos capaz va quedando en el camino; una de las maneras de quedar en el camino es el suicidio, y por otro lado, agrega el autor, no está demás que esta larga fila de hombres afectados de neurosis, de dolores y taras, se vaya eliminando. Así queda contestada la primera pregunta.

Con respecto a la segunda, partiéndose de la base de que el individuo puede quitarse la vida: si consiente que otra persona se la quite, ¿este tercero es punible? Para Ferri todo depende del móvil determinante que lleva al tercero a matar a aquél que consiente su muer-

te, ya que debe distinguirse por qué se mata. Hay una escala enorme en los motivos determinantes del delito de homicidio, desde la muerte por lujuria, o la muerte por lucro, o la muerte por impulso de perversidad brutal, hasta la muerte por razones piadosas. En esta gran escala naturalmente el móvil es un factor fundamental.

Recordemos los ejemplos del mismo Ferri en otra obra ("El homicida", Madrid, 1930) donde trata la psicología del homicida. Es aquel cabrero que mata a otro, porque ha vendido cinco centavos de leche a un cliente suyo, o aquel hijo que mata a su madre porque la llaman bruja en el pueblo y no quiere él ser considerado hijo de la bruja. Naturalmente que de estos motivos de homicidio al caso de homicidio por piedad, hay una diferencia enorme. Cuando los motivos son inmorales, antijurídicos y antisociales, entonces esa acción debe ser castigada. Tal es la solución dada al problema, por Enrique Ferri, en su libro "Homicidio - suicidio".

Además de sostenerse que el individuo es dueño de su propia vida, y que por lo tanto puede disponer de ella, se afirma que no hay relación jurídica del hombre consigo mismo; el delito implica la violación de un derecho, y éste requiere una relación entre hombres, mientras que el suicidio es una acción del hombre sobre sí mismo. No hay relación con el mundo exterior, requisito fundamental para que podamos hallarnos ante el derecho, y si no hay derecho no puede haber derecho violado, y por lo tanto no puede haber delito.

Pero el fuero de la conciencia propia es fuente de derechos y deberes, porque según sea el consentimiento, la intención, la voluntad (todos elementos del fuero interno), así será la intensidad de la vida del derecho.

Conviene recordar aquí el distingo enunciado por Jiménez de Asúa en su libro "Libertad de amar y derecho a morir", (Bs. Aires, 1942), entre derecho a la vida y derecho sobre la vida; un distingo sutil pero aceptable. El derecho sobre la vida sería aquél que la persona tiene para disponer de ella, para perderla si quiere, mientras que el derecho a la vida es el derecho

del sujeto de conservarla contra los ataques de los demás.

Adolfo Ravá, en su trabajo "Los derechos sobre la propia persona" (Turín, 1901), dice que no puede hablarse de un derecho pero sí de una facultad del hombre a disponer de su cuerpo en forma total, tanto de su vida como de partes de su cuerpo, en vida o después de muerto, disponiendo de su piel, de su sangre, de sus cenizas, de la forma cómo debe ser cremado. Al respecto cabe recordar que ya existen los famosos bancos de ojos, constituídos por ojos donados o vendidos en vida por sus dueños y que son posteriormente injertados en seres que han perdido la vista.

Se señala también el caso de personas que todos los días arriesgan su vida, como por ejemplo los pilotos de prueba; aquellos que se sacrificaron para hacer los experimentos necesarios en las primeras épocas en los submarinos; los que efectúan pruebas peligrosas en los circos, los domadores de fieras, los mineros. Todos ellos juegan prácticamente su vida en forma diaria, lo que parece lógico y muy natural, y a nadie se le ocurre discutirles el derecho de actuar en esos oficios peligrosos en grado sumo, pero se reconoce que casi todos estos casos tampoco tienen nada que hacer con el suicidio, pues se arriesga la vida por amar a la ciencia, a la técnica, al arte y por necesidad, por la patria en la guerra, o a impulsos de nobles sentimientos. Pasa así a plano secundario la cuestión de si este derecho o facultad sobre la vida, o sea este "jus in se ipsum", es un derecho de propiedad, es un derecho a la personalidad o es un derecho con modalidades "sui generis". Lo que ya no ofrece dudas en el campo del derecho penal, es que el suicidio no es un delito.

En cambio se discute si el ser humano, al quitarse su vida, puede hacerlo con intervención de terceros, mediando el respectivo consentimiento, y si éste quita toda ilicitud al acto.

Quien ha tratado a fondo este tema es el profesor italiano Grisigni, autor de un trabajo dedicado al

mismo titulado "El consentimiento del ofendido". Considera que el consentimiento es una institución jurídica autónoma, especial, pero no un contrato ni acuerdo de voluntades, así como tampoco un acto unilateral. Uno puede querer una cosa y para eso basta una sola voluntad. Pero cuando uno consiente una cosa, se la consiente a un tercero, hay aquí un acto bilateral, porque ese consentimiento será aprovechado por otra voluntad. Grispigni lo define diciendo que es el permiso dado por una persona a un tercero o terceros, a fin de que puedan efectuar un acto objetivamente prohibido por la ley, del que puede resultar una lesión a un bien o a un derecho de quien lo concede, o poner en peligro ese bien o ese derecho. Vale decir, que el consentimiento es permisivo. Implica si se quiere un acto bilateral, pero no es un contrato ni acuerdo de voluntades, porque predomina la voluntad del que consiente, que será aprovechada por la voluntad del tercero. Es una institución entonces, autónoma, de tipo jurídico, que justifica para el profesor italiano tanto el homicidio suicidio como el homicidio eutanásico. Este consentimiento no debe ser otorgado por un menor, demente o incapaz, ni arrancado por sugestión o con violencia, amenazas o engaños, como establece el art. 579 del código italiano.

¿Cómo puede clasificarse el consentimiento dentro de las normas generales del derecho penal? No es una causa de inimputabilidad, ya que éstas se refieren al sujeto del delito y se basan en su falta o escasa capacidad mental. Tampoco es una causa de justificación, que están taxativamente enumeradas; no podemos confundir el consentimiento con la legítima defensa o la obediencia debida, ni asimismo con las excusas absolutorias, porque hay diferencias substanciales entre éstas y aquél.

¿Qué valor tiene entonces el consentimiento? ¿Hasta dónde se debe admitir que su existencia borra la ilicitud del hecho? Naturalmente que si contemplamos el problema desde el punto de vista de la víctima, cuyo consentimiento reúne todos los requisitos de validez, se

llega rápidamente a la conclusión de que su muerte no es un hecho ilícito. Pero tenemos que colocarnos desde el otro punto de vista, el del tercero, autor del hecho, para llegar a la verdadera conclusión. Pues en realidad, al consentir la víctima su propia muerte, está reemplazando a la sociedad o al Estado, ya que con ello evita o perdona si se quiere la represión que en caso contrario habría correspondido al acto cometido por un tercero, si no hubiese existido el consentimiento. La facultad de reprimir pertenece al Estado y no a los particulares, contrariamente a lo que ocurrió en los orígenes del derecho penal, cuyas primeras etapas están señaladas por la venganza privada. Al aceptarse que el consentimiento borra la ilicitud del acto, se le priva al Estado la facultad de la represión o la del perdón; así pues, en términos generales, el consentimiento no puede validar el homicidio consentido ni tampoco el eutanásico.

En el mismo sentido, la Relación Ministerial del Código Penal italiano, decía que el bien de la vida humana es un bien indisponible, por lo que el consentimiento no quita al acto su naturaleza ilícita.

Esta es también la opinión de Eugenio Florian, ("Trattato di Diritto Penale", Milán, 1935 - 37, T. 1, pág. 547); Eusebio Gómez ("Tratado de Derecho Penal", Bs. Aires, 1939 - T. II, págs. 28, 30 y 31); de Bernardino Alimena ("Dei delitti contro la persona", en "Enciclopedia del Diritto Penale" de Enrico Pessina, Vol. IX, pág. 436, Milán, 1909); de Ferdinando Puglia ("Delitti contro la persona" en "Trattato di Diritto Penale", Vol. IV, de Zerboglio, etc., pág. 60), y de Ottorino Vannini ("Il delitto di omicidio", Roma, 1935). Este último autor sostiene que en tal caso no se lesiona un interés individual, sino uno estatal, público o demográfico, o sea el interés de conservar la existencia de los coasociados. Al dar su consentimiento, el hombre declina la condición de titular del interés a la conservación del bien legalmente protegido y queda como mero objeto material del delito, pasando a ser sujeto pasivo el Estado. De modo que el sujeto pasivo es el Estado.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

o la sociedad, titular del interés jurídicamente protegido; la objetividad jurídica es el incremento demográfico de la Nación; la materialidad del hecho es causar una muerte con consentimiento de la persona, y el elemento moral es la voluntad de matar al que consiente. Por todo esto Vannini considera que el homicidio consentido es un delito contra la integridad de la estirpe.

En cambio para Maggiore, este hecho, más que lesionar un interés demográfico del Estado, lesiona un interés ético-religioso, ya que el consentimiento de la persona no puede hacer el milagro de transferir de ella a la sociedad la subjetividad jurídica del delito.

Además, el consentimiento del ser humano es un hecho relativo. ¿Qué sabemos nosotros de las fluctuaciones de su espíritu, de cómo reaccionará el ser que en un momento de desesperación o de fuertes dolores, da el consentimiento para ser muerto? ¿Qué pensará cuando llegue el momento de la ejecución?

Una leyenda narra que mientras un viejo leñador cortaba leña y trataba de cargarla sobre sus espaldas, cansado de su tarea exclamó en alta voz: "¡Si viniera la muerte!". Esta se le aproximó, preguntándole para qué la quería, y el viejo le contestó entonces: "para que me ayudes a cargar esta leña". Así es el espíritu humano; la tendencia del hombre es vivir. En la lucha biológica, el ser se aferra a la vida, aunque más no sea por temor a lo desconocido, y precisamente, esa tendencia natural, esa ley natural de aferrarse a la vida, es la que ha permitido la supervivencia de la humanidad.

La verdad es que las fluctuaciones del espíritu humano, las reacciones que siente el hombre, a cada momento, son tan variables, tan incomprensibles e inesperadas, que mal podemos encontrar la justificación del homicidio suicidio en el consentimiento de la víctima.

Otros creen encontrarla en el perdón judicial, solución que me permito criticar desde el punto de vista de que aquél no es una causa de justificación, sino que se utiliza precisamente porque se ha considerado culpable al que mató con consentimiento de la víctima.

Pero pensamos que esto es lo más acertado, partiendo de la base de que nadie puede privar de la vida a un semejante, ni aún a su pedido o ante su consentimiento, y que ese acto es siempre punible. Mas el juez, teniendo en cuenta los móviles del tercero, la insistencia del pedido de la víctima, las razones que han mediado para llegar al hecho, podrá atenuar la pena y aún otorgar el perdón judicial, aminorando así la dureza de la ley, que sin embargo con toda lógica, nos indica que el hecho es delito y que su autor en principio debe ser penado. Precisamente nuestro Código Penal en el último párrafo del art. 44, otorga al juez la facultad de eximir de pena al autor de un delito imposible.

En la práctica, parece difícil admitir la existencia del homicidio suicidio; puede verse un fallo al respecto en Jurisprudencia Argentina, Tomo XXXVIII, pág. 852, pero hay casos en que por la imposibilidad física o moral de la víctima, dominada por el miedo o la cobardía, ésta se ve obligada a pedir a un tercero que tenga la fuerza suficiente que a ella le falta y le dé muerte. Hay entonces tan sólo una tonalidad de diferencia entre el homicidio eutanásico y el homicidio consentido. En ambos, la víctima consiente su muerte; en ambos es un tercero el que da muerte a la víctima, pero la diferencia está en los motivos específicos del homicidio eutanásico con respecto al consentido. Digo específicos porque en éste también el autor puede dar muerte a la víctima por piedad, pero el eutanásico exige que la víctima esté irremisiblemente condenada a morir y sufra dolores insoportables.

Recordemos asimismo, para perfilar con toda nitidez esta figura, que el homicidio-suicidio comprende dos aspectos, el homicidio consentido por la víctima propiamente dicho, al que nos limitamos en este trabajo, y la ayuda o instigación al suicidio. En ambas especies hay dos sujetos que intervienen: uno, el que va a morir, y otro el que coopera. En ambas hay un suicida que quiere morir; en ambas hay un tercero que mata o que contribuye a facilitar la muerte del suicida. Pero

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

las diferencias consisten en que en el homicidio con consentimiento de la víctima, el sujeto activo de la muerte es el tercero, mientras que en la ayuda o instigación al suicidio el sujeto activo de la muerte es la propia víctima. La otra diferencia reside en el acto; en el homicidio consentido por la víctima, el tercero actúa consumando el hecho, dando muerte él a quien quiere morir; mientras que en la ayuda o instigación al suicidio, el tercero actúa tan sólo en los actos preparatorios, pero no ultima a la víctima, pues ésta se ultima a sí misma.

Naturalmente que es un poco sutil la diferencia entre estas dos especies; existe muy poca entre aquel que facilita los elementos para que otro se mate, o lo instiga a ello, y aquel que directamente a pedido de la víctima, le da muerte. Prácticamente la cooperación de ese tercero es la misma en uno y otro caso, y en ambos se requiere el consentimiento de la víctima. Tan es así que el mismo Carrara pregunta qué diferencia se puede encontrar entre el caso de dos amantes que deciden morir juntos, para lo cual uno de ellos mata al otro y luego se suicida, y el de los otros dos que también buscan morir dejando de noche encendido un brasero. Si en el primer supuesto, quien mata a su compañero logra sobrevivir, será autor de un homicidio consentido por la víctima, pero homicidio al fin, mientras que en el segundo caso, aquél que sobrevive será un cooperador o instigador del suicidio del otro.

Aparentemente no hay mucha justicia en esta diferencia, sobre todo si tenemos en cuenta la distinta penalidad que da la ley en uno y otro caso, pero se ha querido ver en la intervención más activa y más directa con respecto al resultado de quien mata con consentimiento de la víctima, una mayor peligrosidad, y por eso se considera que se trata de hechos distintos y deben ser castigados en forma diferente.

Hay también otra modalidad del homicidio-suicidio que resulta de una alianza al parecer inexplicable, pero muy usual, entre el amor y la muerte: el homicidio suicidio doble. Este casi siempre tiene lugar entre

amantes desgraciados, a veces matrimonios que luchan con tremendas necesidades económicas, que tienen problemas pavorosos para mantener un hogar, pero casi siempre los actores son seres no unidos en matrimonio; por eso mismo están expuestos a numerosas dificultades y deciden unirse en la muerte, ya que no pueden estar unidos en la vida. Es la pareja suicida estudiada por Sighele, en su obra "La pareja criminal", (1909) en la que se trata mejor este problema del homicidio-suicidio doble.

La casuística de este hecho es un poco complicada y nos mueve a señalar la relativa falta de lógica de la ley cuando contempla en una sola norma casos y situaciones muy distintos, que merecen diversas penalidades.

Casi siempre, como lo indica Peco en el trabajo antes citado (pág. 152), se presentan en el homicidio-suicidio doble tres casos: los dos que van a morir deciden darse muerte recíprocamente, o sino uno mata al otro y luego se suicida, o sino cada uno se mata a sí mismo.

Según los resultados, surgen los problemas de encuadramiento penal. Si mueren los dos integrantes de la pareja en los tres casos, no aparece la cuestión ya que el suicidio no es punible, y en el caso de homicidio consentido por la víctima, la muerte del autor impide la acción penal, pero el problema se presenta si alguno sobrevive. Por ejemplo, en el primer supuesto: si se deciden matar recíprocamente, si alguno sobrevive, conforme a nuestra ley debe ser castigado como autor de homicidio consentido por la víctima, art. 79 del Código. Si sobreviven los dos, son castigados como autores de tentativa de homicidio consentido por la víctima, art. 79 y 42. Segundo supuesto: si uno debe matar al otro y después suicidarse pero no alcanza a suicidarse y sobrevive de su tentativa, esta última no es punible, pero en cambio será castigado como autor de homicidio consentido por la víctima, art. 79. Si la persona a la que él debe dar muerte es la que sobrevive y él fallece, tendrá que verse si hay responsabilidad del sobreviviente, porque a lo mejor éste es el que ha instigado o efectuado los actos preparatorios. No importa que el autor

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

del hecho sea el que después se suicide, pues la que debía ser víctima y sobrevive, pudo tener participación en el suicidio. Tercer supuesto: si cada integrante de la pareja decide suicidarse, aparentemente no habría delito, y lo lógico es que no lo hubiese, pero pudo haber ocurrido que previamente haya habido una recíproca ayuda, instigación o suministro de medios, lo que entonces haría encuadrar la actividad del que sobrevive en el art. 83.

Los casos son, como puede verse, complicados, pues presentan una serie de modalidades y matices que en nuestra ley deben todos forzosamente desembocar o en el art. 83, que contempla la instigación o ayuda al suicidio, y que no abarca todos los supuestos, o en la norma general del art. 79, que es realmente exagerada por su penalidad.

Debe asimismo distinguirse el homicidio-suicidio doble del homicidio pasional, en que el sujeto, después de matar, se suicida. En este caso no hay concierto de voluntades, no hay una instigación al suicidio y por supuesto, no hay homicidio consentido por la víctima. El homicida pasional mata por pasión, sin concierto previo con la víctima ni consentimiento de la misma, y muchas veces, después de matar por pasión, se suicida. Lo hace ante el peso de su conciencia, porque no la ha perdido; ella existe casi en su total integridad y es bajo el peso de su sentido moral que el homicida se da muerte a sí mismo en una auto punición.

Señalaremos para terminar que nuestra ley presenta serias deficiencias y omisiones con respecto a este tema. Recordé que las Partidas y el proyecto Tejedor inculminaban al suicidio y su tentativa, correspondiendo éste a un momento de la legislación en el que se interpretaba que el suicidio era un delito. Por supuesto que la instigación al suicidio también se consideraba delito —las Partidas contemplaban asimismo la ayuda al suicidio: ley 10, título VIII, Partida VII—, pero como cooperación de un delito, no como delito “per se”.

En cuanto al homicidio suicidio, coincido con Peco (obra cit. pág. 130 y siguientes) en que se contemplaba

en el proyecto de Tejedor (art. 3.º, título 1.º, párrafo 6, libro primero de la parte segunda) y en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García (art. 216), pues ambas disposiciones se refieren a quién ayude a la ejecución del suicidio, cooperando personalmente.

Ahora, en nuestra ley vigente, el suicidio no es delito, y la instigación al suicidio, por lo tanto, se inculmina como delito “per se”, porque no se coopera a un delito, sino que esa simple actividad es un hecho ilícito, ya que el suicidio no lo es.

Precisamente el art. 83 proviene del art. 114 del proyecto de 1891; no hay disposiciones en el viejo código penal que contemplen la instigación o la ayuda al suicidio. Pero en cambio falta en la ley actual —como en el Código Tejedor— el homicidio consentido por la víctima, que por lo tanto debe ser castigado como homicidio simple. Es cierto que el juez, de acuerdo con las normas de los arts. 40 y 41, debe tener en cuenta el móvil que ha impulsado a cometer el hecho y todas las circunstancias que lo rodean, pero no podrá imponer menos de ocho años de prisión a quien ha matado, aunque haya sido por motivos nobles y a pedido de la víctima. Hay una sola salida, un solo resquicio para la interpretación judicial: la emoción violenta, si el sujeto ha matado a la víctima abrumado por el espectáculo de su dolor y guiado por el cariño que le inspira quien clama por la muerte liberatoria. En esa forma se puede imponer una penalidad menor conforme al art. 81 del Código, pero ésta resulta muchas veces una solución forzada, pues una cosa es interpretar el homicidio consentido por el lado de la emoción violenta, y otra es que la ley nos dé una solución directa para el mismo, evitando la penalidad enorme vigente de ocho a veinticinco años de prisión.

Al respecto conviene señalar que tampoco está contemplado en nuestro código el homicidio eutanásico, que debe asimismo encuadrarse entonces en el art. 79, considerándose homicidio simple; ni la cooperación infructuosa al suicidio, pues para que la cooperación sea punible, de acuerdo con los términos del art. 83, el sui-

cidio debe haberse tentado o consumado. Falta asimismo la cooperación culposa del suicidio, que aunque puede ocurrir en forma excepcional, es posible.

Casi todas estas omisiones han sido salvadas por el art. 114 del proyecto Peco del año 1941, cuyo segundo apartado, que es el que se relaciona con nuestro tema, establece: "cuando le diere muerte con expreso consentimiento del interesado, la sanción será de tres a diez años".

En la legislación extranjera se atenúa la pena en el caso de homicidio consentido en los códigos de Tícinio (art. 302), de Holanda, de 1881 (art. 293), de Alemania, de 1871 (art. 216), de Bulgaria, de 1896 (art. 251), de Noruega, de 1902 (pár. 235), de Japón, de 1907 (art. 202), de Rusia, de 1903 (art. 460), de Méjico, de 1870 (art. 559), de San Salvador, de 1904 (art. 360), y en los proyectos austriaco de 1909 (pár. 289) y suizos de 1908 (art. 65) y de 1916 (art. 105).

En cuanto a la jurisprudencia y doctrina francesa y belga, ante el silencio de sus códigos, consideran el hecho como homicidio simple.

Resumiendo nuestra posición, consideramos que si hoy en día, en virtud de un concepto moderno y de amplio contenido social, no se permite la amplísima disposición de los derechos patrimoniales, no es posible admitir que exista esa amplitud con respecto a la propia vida, cuya pérdida incide sobre la familia y la sociedad y puede perturbar la paz del Estado. Es cierto que determinados delitos, los de acción privada y en principio los de instancia privada, pueden quedar sin sanción, si el particular damnificado no los persigue ante la justicia o desiste de la acción; es cierto también que en las excusas absolutorias, no obstante haberse atentado contra la propiedad, la ley resuelve el conflicto de intereses y derechos en juego, salvando la unidad y paz familiar. Pero ello no ocurre ni puede ocurrir con respecto al más sagrado de los derechos, superior a todos los restantes y en cuyo favor debe forzosamente resolverse todo conflicto: el derecho a la vida.

El suicidio no es delito, pero la ley penal no puede permitir que una persona quite la vida a otra con su consentimiento. Debe en cambio considerar este hecho como menos grave que el homicidio común, y en consecuencia disminuir la sanción respectiva, llegando hasta el perdón judicial.

RICARDO LEVENE (h.)
Profesor Titular de Derecho Penal (Curso
de Intensificación) y Miembro Titular Nato
del Instituto

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

El suicidio no es delito, pero la ley penal no puede permitir que una persona quite la vida a otra con su consentimiento. Debe en cambio considerarse este hecho como menos grave que el homicidio común, y en consecuencia disminuir la sanción respectiva, llegando hasta el perdón judicial.

RICHARDO LAMARCA (P.)
Profesor Auxiliar de Derecho Penal (Curso de Intelectuales) y Director Titular Xato del Instituto

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

El delito de usurpación

Soluciones jurisprudenciales a recientes aspectos del mismo

He elegido como tema del presente trabajo, el análisis de algunos aspectos del delito de usurpación, por cuanto es uno de los menos estudiados por la doctrina nacional, y de esta manera se persigue obtener, a la vez que ir cubriendo —aunque sólo sea parcialmente— ese vacío, estimular o instar a otros a realizar un examen más amplio que el que se pretende con este ensayo.

Otro motivo que gravitó en mi ánimo, está constituido por la trascendencia, cada vez mayor, que viene adquiriendo, día a día, la usurpación, desde hace unos dos años.

Sin necesidad de remontarnos a épocas lejanas, tan sólo a 1934 (mis tiempos de estudiante del segundo curso de derecho penal), será posible observar que la usurpación era, tal vez, el delito que menos preocupaba entre las infracciones contra el patrimonio. En efecto, eran las estafas y otras defraudaciones las figuras delictivas que más justamente merecían la atención de quienes se dedicaban a nuestra materia, no sólo por ser las más frecuentes, sino desde que la zona de penumbra entre los actos extra-penales, aunque incorrectos, y los que constituían verdaderas violaciones a la ley represiva, se presentaba con mayor extensión y complejidad que en otros delitos.

La atención antes referida aparejó, como lógica consecuencia, una mayor divulgación y estudio de las enseñanzas de los maestros extranjeros y que se intensificara la elaboración doctrinaria y el análisis de la jurisprudencia en el orden nacional, superándose, en los últimos 15 años, en nuestra patria, poco a poco, si

* Conferencia dada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el día 31 de octubre de 1949. Aparece también publicada en *Jurisprudencia Argentina*, N.º 4.197, correspondiente al 14 de abril de 1950. Año del Libertador General San Martín.

no totalmente —lo que nunca se logra en derecho—, las dificultades que se ofrecían al intérprete, ya que ahora se cuenta con elementos de estudio más que abundantes para formar criterio en la gran mayoría de los casos que constituyen el grueso de los juicios que se tramitan en los tribunales.

En cambio, el delito que nos ocupa, que rara vez originaba entonces un proceso, y cuando ello ocurría generalmente era sencillo, es ahora causante de mayor número de litigios, en los que se exhibe, con frecuencia, la pasión de las partes con una intensidad poco común, motivada, cuando así ocurre, por un gran interés, que encuentra su raíz en un fenómeno moderno: la escasez de vivienda que se experimenta en la actualidad y sobre todo en nuestro país, en la Capital Federal.

Para aconsejar, patrocinar o defender los letrados a las partes, para cumplir con su deber los representantes del ministerio público fiscal y para hacer justicia los magistrados, cuentan, como se ha dicho, con una elaboración doctrinaria escasa y una jurisprudencia exigua, que carece, por otra parte, de mayor uniformidad.

Los comentarios expuestos obligan a todos y especialmente a los últimos, a ser cautelosos en extremo, para que la aplicación de la ley no se verifique sin tener en cuenta el mundo que la circunda, otorgando al factor determinante de la acción toda la importancia que merezca, pero sin exagerar la nota, a fin de que el ejercicio de la libertad de unos no atente contra la de otros, pues “Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad”, como lo establece el art. 15 de la Constitución Nacional y para que los excesos —cuya magnitud exija la tutela penal—, no queden sin la pertinente sanción.

He preferido practicar el análisis apuntado al principio, a través de la jurisprudencia, para no alejarme de la realidad argentina.

Me parece que será más útil, en la ocasión, recurrir a ejemplos proporcionados por la vida, que discutir casos hipotéticos de ocurrencia más o menos dudosa.

El tópico a desarrollar presenta, en resumen, un interés especial: por poco trillado, por su actualidad,

porque cada vez se torna más grave y por vincularse a un problema que aunque —como se sabe— no sea exclusivamente argentino, reviste marcada importancia desde el punto de vista nacional.

Intento y espero ofrecer un examen científico y por ende imparcial, sin espíritu alguno de polémica, pero como se valorará jurisprudencia, deseo aclarar, a fin de impedir cualquier mal entendido, que cuando señale —como ocurrirá a veces— mis preferencias por otras soluciones que las que han privado en algunos fallos y sostenga las ventajas de las tesis que preconizara en procesos que ante mí se han ventilado, no intento discutir el acierto de lo resuelto en cada caso concreto, que se encuentra respaldado por el principio “res judicata pro veritate habetur”, sino la doctrina en que se asienta la jurisprudencia pertinente.

El inciso 1.º del art. 181 del Código Penal argentino reprime con prisión de un mes a dos años, al 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”.

La exégesis más sencilla nos permite extraer los requisitos necesarios para el perfeccionamiento del delito que contempla:

1.º Que se produzca un despojo; 2.º Que dicho despojo se realice mediante violencia, engaño o abuso de confianza; 3.º Que incida sobre la posesión o tenencia de un bien inmueble o sobre un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre un inmueble.

Naturalmente, como este trabajo no se identifica con una sección sobre el inc. 1.º del art. 181 aludido, el método a seguirse en vez de ir desarrollando las explicaciones sobre la base de los elementos detallados, a través de los antecedentes legislativos, las enseñanzas de la doctrina y la interpretación jurisprudencial observará un orden distinto: recurrirá a estas fuentes de ilustración únicamente cuando sea necesario para justificar, según los casos, el aplauso o el disenso.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Circunscribiéndome a la materia del subtítulo, se hallarán recientes aspectos del delito que tratamos, en ciertos conflictos originados por demandas obreras, durante el período de formación y consolidación del nuevo, justo y adelantado derecho argentino del trabajo, y en la escasez de vivienda.

A principios de 1946, fueron varios los juicios iniciados a raíz de que obreros y empleados descontentos, de algunas firmas de la plaza, concurrieran como todos los días al lugar de sus tareas, pero una vez en él, se abstuvieran de trabajar y se negaran a retirarse —como lo reclamaban sus patrones— hasta que escucharan sus reclamos, dando motivo a la consiguiente alteración del orden no desprovista de escenas pintorescas, como ser la producida por la recepción de alimentos y bebidas que les arrojaban los miembros de sus familias y amigos desde la calle y que aquéllos recibían por las ventanas, desde que las puertas habían sido cerradas por dentro.

La autoridad policial procedió a desalojar a los huelguistas, con conocimiento de los jueces de instrucción respectivos, a quienes elevó los sumarios de prevención del caso.

Los expedientes así originados, fueron sobreesidos, la mayoría de las veces sin mediar procesamiento, por conceptuarse que faltaba por parte de los protagonistas, la “intención de despojar”, ya que la psicogénesis de la acción tenía su origen en un problema de trabajo.

En la colección de “Fallos” de la Cámara de esta Ciudad (1), se registra una sentencia en el sentido apuntado: afirma que es evidente que ninguno de los procesados ha pretendido privar, a sus empleadores, del ejercicio de los derechos de posesión o tenencia y demás protegidos por el inc. 1.º del art. 181, sino que han asumido una actitud pasiva como forma de resolver un conflicto del trabajo. Es por ello que el hecho de penetrar los empleados al local de la fábrica y permane-

(1) T. 5, p. 564.

cer allí inactivos (huelga de brazos caídos) no importa el acto del despojo, propio de la usurpación.

Esta sentencia no requiere otros comentarios, pues su acierto resulta de no ser posible la integración del delito ante la falta de intención criminal.

La recordada dificultad de hallar alojamiento ha dado motivo a supuestos, tanto de sencilla solución jurídica, como capaces de justificar serias controversias.

Un ejemplo de los primeros lo ofrece la ocupación, de una casa deshabitada, por 45 personas, que tras violentar la puerta de calle se instalaron en la finca, a raíz de haber sido desalojados del conventillo en que vivían.

El acontecimiento se produjo alrededor de la segunda mitad del año 1947 (como dato ilustrativo les recuerdo que pocos días antes había ocurrido lo mismo en Londres), y la causa correspondiente se sobreesió definitivamente por entenderse en 1.ª instancia que el hecho no era susceptible de configurar usurpación desde que no se daba la intención criminal necesaria, o sea un elemento indispensable para el perfeccionamiento de todo delito doloso, como lo es el de marras.

En la alzada, se sostuvo lo contrario pero se llegó a la misma conclusión ya que se hizo jugar la causal excluyente de la ilicitud del inc. 3.º del art. 34 del Código de fondo: estado de necesidad.

Dijo el tribunal (2) que “en este sumario se encuentra plenamente probado que en los primeros días de agosto ppdo., los miembros de las doce familias cuya nómina figura en el informe policial, se introdujeron en la casa de la calle Montevideo 1922, de propiedad de la sucesión Prat de Louit, donde permanecieron hasta el 9 de setiembre, fecha en que fueron desalojados con intervención de la Dirección de Asistencia Social, que les proporcionó adecuado albergue.”

“Que como para penetrar e instalarse en la finca habrían violentado la puerta de entrada, el hecho sería

(2) Duschenois, oct. 21|47, J. A., 1947-IV, p. 249.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

susceptible de configurar el delito de usurpación descripto en el art. 181 del Código Penal, invocado por el heredero denunciante.”

“Que sin embargo, para la correcta solución del caso traído a conocimiento del tribunal por vía del recurso de apelación, propuesto por el agente fiscal, contra el auto de sobreseimiento definitivo, decretado por el juez de 1.ª instancia, han de tenerse en buena cuenta las razones que determinaron a esas personas a la ocupación del inmueble.”

“Que se trata de 45 personas —entre ellas 21 menores, cuyas edades oscilan entre 20 días y los 15 años—, que fueron desalojados del inquilinato de la calle Cerrito 550 y que quedaron sin alojamiento, sin posibilidad de hallarlo de inmediato y sin recursos económicos para afrontar de otra manera la angustiosa situación creada. Por otra parte, la casa en cuestión se encontraba sin ocupantes, en pésimo estado de conservación y en muy deficientes condiciones de habitabilidad.”

“Que atendidas dichas particularidades, de las que no puede desentenderse el juzgador en su tarea estimativa de la conducta humana, forzoso es reconocer que los acusados violaron el bien jurídico de la propiedad, tutelado en la norma del citado art. 181 del Código Penal, pero no es menos evidente que lo hicieron para evitar una situación de peligro actual para otro bien jurídico de más alta dignidad y jerarquía en la escala de los valores, como lo es, también sin duda, la integridad personal de los componentes de esas doce familias indigentes, entre los que se contaban según se dijo, criaturas de pocos días de vida, cuya salud se hubiera visto seriamente amenazada si, por las circunstancias porque atravesaban sus padres, hubiesen quedado sin la protección de un lugar cubierto que, aún cuando precario, les significó momentáneo e indispensable resguardo.”

“Que en tales condiciones, no es dudoso que, en la situación concreta que plantea este caso particularísimo, el mal causado fué de menor magnitud que el mal evitado con la introducción en ese edificio, conducta

esa que aparece así justificada por la necesidad (art. 34, inc. 3.º, del Código Penal.”

“No puede, pues, recaer sanción penal alguna sobre los que de tal manera procedieron, y por consiguiente, el sobreseimiento de carácter definitivo debe aprobarse en la alzada”.

Si enfrentamos la tesis sustentada en este fallo, con la ley y las enseñanzas de la doctrina que la interpreta, quedaremos convencidos de su exactitud, por cuanto no hay dudas que la conducta juzgada en la litis causaba —por cierto intencionalmente— un mal, para evitar otro mayor e inminente al que los agentes eran extraños, como lo exige el art. 34, inc. 3.º, y además aparecen, con claridad meridiana, las condiciones a que se refieren los autores, pues se dan, conjuntamente, la gravedad resultante de la colisión entre el hecho realizado y el desamparo en que habrían quedado sus autores de no cometerlo, que tendieran únicamente a conjurar el peligro y nada más, que éste no se podía evitar de otra manera en la ocasión y, por último, que ellos no tenían jurídicamente la obligación de soportarlo.

Veamos ahora, algunas de las hipótesis que ofrecen mayores dificultades, según se adelantó.

La referida insuficiencia de morada ha producido que, por varias razones, cuya discriminación será ineludible, una persona permitiese a una u otras instalarse en una finca por tiempo limitado, aunque las más de las veces sin determinarlo de manera concreta, precisamente atento a la causa de tal resolución y que una vez desaparecida aquélla, el “huésped” (llamémosle así) se negara a retirarse, alegando distintas razones, excusas o derechos.

Entre los primeros supuestos que han tenido lugar, puede destacarse el de las personas a quienes se permite habitar en un domicilio como consecuencia de la vinculación que crea el servicio doméstico.

Al respecto, la Cámara Criminal y Correccional de

la Capital, ha resuelto que "la negativa a desocupar una habitación por el encargado de una casa de departamentos no importa delito de usurpación. Su retiro ha debido procurarse por la acción policial conforme a lo dispuesto por el art. 1.624 del Código Civil" cuando estatuye que "el servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales o policiales de cada pueblo".

Se sostuvo en la alzada que dicho precepto pone de manifiesto la competencia de las autoridades policiales para intervenir dentro de sus actuales funciones jurisdiccionales, aun cuando no hayan dictado las ordenanzas a que alude el Código, en las situaciones de hecho que se susciten como consecuencia de tales servicios y con la facultad correlativa para adoptar las medidas tendientes a solucionar los conflictos de aquella naturaleza que pudieran someterle los interesados a su decisión y cuyo incumplimiento podría configurar, desde luego, el delito de desobediencia a la orden impartida (3).

La tesis que informa el fallo que se viene comentando es aceptable porque se basa en una disposición legal que disciplina un problema circunscrito por la vinculación especialísima que crea el servicio doméstico y presenta la virtud de no generalizar.

En cambio, su correlativo (4), aunque mantiene la solución correcta a nuestro entender, que asienta también en el art. 1.624 del Código Civil, sostiene que el abuso de confianza a que alude el art. 181, inc. 1, del Código Penal, debe traducirse en la interversión del título por el que se detenta la cosa, y por él, no debe entenderse cualquier cambio en el título de la tenencia, sino aquel que incide fundamentalmente en la naturaleza de la relación del sujeto con el bien de que se trata".

Conceptúo que la amplitud de esta tesis no es conveniente pues permite aplicarla a supuestos extraños al servicio doméstico, y por ello, al art. 1624 del Código

(3) Alvarez, ag. 16/946, «Fallos», t. 5, p. 563.

(4) Costas, set. 28/948, J. A., 1948-IV, p. 497.

Civil, da a la palabra tenencia una acepción más extensa que la que para mí ofrecen la ley civil y los tratatistas que la comentan y limita el abuso de confianza a la interversión del título, lo que para mí es inexacto por los fundamentos que les ofreceré más adelante, a fin de formular metódicamente este sencillo trabajo.

Corresponde destacar que en los ejemplos que se han traído a colación, el imputado no desconocía los legítimos derechos del otro interesado.

Bien distinta es, según mi criterio, la situación que se produce cuando no se trata de personal del servicio doméstico y se controvierten los derechos del denunciante o querellante.

Ha ocurrido que por otra relación que la originada por aquellos servidores, y por ende, a la que no se refiere la ley, o por amistad, liberalidad, caridad y otras causales análogas, pero ante las cuales la mala fe del agente se revela de manera más clara, éste ha llegado a instalarse en una morada ajena de la que se niega a retirarse invocando un derecho, como puede serlo el de un inquilino.

El "leading case" (5) al respecto, llega a la conclusión de que: "no comete el delito de usurpación (art. 181 del Código Penal), el... ocupante de dos piezas que, notificado de que debe proceder a desocupar dichas habitaciones, se niega a ello alegando falsamente ser inquilino, pues su acción no ha significado despojar del bien a su legítimo dueño, ya que para que exista despojo ha de ser necesario que el sujeto pasivo se encuentre efectivamente en posesión de la cosa y sea privado de ella en el momento en que la acción se verifica".

La sentencia que traigo a colación permite adentrarnos definitivamente en el problema que interesa, o sea cuando se da usurpación, por haberse despojado a otro de los derechos que detalla el art. 181 en su inc. 1.º, mediante alguno de los medios que la ley taxativamente enumera: violencia, engaño o abuso de confianza, como

(5) Pesaresi, dic. 10/948, J. A., 1949-I, p. 533.

bien lo recalca uno de los pronunciamientos recordados, al sostener (6): "El delito de usurpación previsto en el art. 181, inc. 1.º, no se caracteriza por cualquier despojo, sino sólo por aquel que va acompañado de alguno de los tres medios taxativamente enunciados por la ley: violencia, engaño o abuso de confianza".

Para cumplir con el propósito antes mencionado, será menester recurrir a los antecedentes del art. 181 del Código en vigor, así como también a los autores que los comentan y al derecho civil con las reservas que luego se justificarán.

El art. 181 encuentra su fuente inmediata en el art. 196 del Código anterior, que no tutelaba a la tenencia ni al anticresis, como el actual.

Tanto en la Exposición de Motivos de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, como en el Informe y Despacho de la Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores (7), no se hallan referencias específicas sobre la modificación que importa haber incluido, entre los derechos tutelados, a la tenencia y al anticresis a que se refieren los proyectos de 1906 y 1891, respectivamente.

En cuanto al Proyecto Tejedor, las únicas diferencias que presenta con el Código de 1886, consisten en no comprender, entre los bienes protegidos, a la habitación (8) y establecer una pena fija de prisión para la primera hipótesis que ambos contemplan.

Si nos remontamos aún más, siempre dentro del derecho que rigiera en nuestro territorio, no aclararemos la visión del panorama, por cuanto la usurpación no se encuentra suficientemente independizada del res-

(6) Causa Costas, citada en nota 4.

(7) Código Penal, texto oficial, p. 197.

(8) Proyecto de Código Penal, 2.ª parte, Bs. As., Imprenta del Comercio del Plata, 1867, ps. 405 y 406.

to de los delitos contra la propiedad, salvo en lo que se refiere a la remoción de mojones con el objeto de invadir la heredad ajena, respecto de la que Tejedor sostiene que su verdadero nombre es usurpación, recordando que las Partidas la llaman "maldad semejante de furto" (9).

El derecho extranjero utilizable no proporciona mayor ayuda, por cuanto el inc. 1.º del art. 181 del Código argentino, no guarda parentesco con los códigos francés e italiano por lo que las concordancias se reducen al art. 534 del Código español reformado de 1870 (vinculado, a su vez, al art. 440 del Código de 1850) y a los arts. 457 y 458 del Código chileno de 1875.

El primero, lo mismo que los comentaristas a quienes más frecuentemente se recurre —Pacheco, Viada e Hidalgo García—, no nos facilitan la tarea por no referirse concretamente al aspecto que se analiza.

No obstante, Pacheco (10), nos simplifica, "prima facie", la tarea interpretativa, cuando indica que los actos propios a la usurpación, importan un atentado "cuando se sustituye la acción de la justicia".

El Código de Chile autoriza, al menos, la interesante observación de que nuestro legislador no exigió, como su vecino, para responsabilizar al agente, que la ocupación hubiese tenido lugar en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, cuando repelía a éste al volver.

Como la repulsa no es necesario que sea violenta (art. 458), y el Código argentino no trae el mismo requisito que el chileno, podemos permitirnos argumentar que ha existido el deseo de separarse de éste, que se tuvo en cuenta, prefiriéndose la doctrina que informa la opinión de uno de los miembros de la Comisión de 1870, que redactó el proyecto que, con pequeñas modificaciones, entró en vigor el 1.º de marzo de 1875: Fabres, quien pidió que se considerara la usurpación, no sólo cuando tiende a tomar la ocupación de la casa, sino

(9) «Curso de derecho criminal», 1.ª parte, Bs. Aires, 1860, Imprenta Argentina, p. 535.

(10) «El código penal», 5.ª ed., Madrid, t. 3, p. 331.

también cuando adquirida la ocupación se repele al legítimo dueño.

Reconozco que siempre se refería al empleo de violencia y por ello sólo ofrezco esta disquisición a mayor abundamiento, pero insisto en que debe tenerse en cuenta que el art. 458 sanciona los mismos casos que el 457 cuando el hecho se llevare a cabo sin violencia en las personas.

Aunque esté de más decirlo, se deja constancia, por cuanto oportunamente se argumentará sobre tal base, que los bienes jurídicos protegidos encuentran su acepción precisa en el Código Civil: posesión (art. 2.351), uso (art. 2.948), usufructo (art. 2.807), habitación (art. 2.948), servidumbre (art. 2.970), anticresis (art. 3.239) y tenencia (art. 2.352), por lo que se adelanta que únicamente una situación que se ajuste al art. 2.352, permitirá a su titular que se le llame tenedor, pero no otra, aunque se asemeje desde un punto de vista no técnico.

Retomando los términos del problema, tal como lo esbocé pocos párrafos antes, la primera cuestión a valorar está constituida por el concepto de despojo, cuya acepción más primaria, la suministra el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, según el cual, por despojo se entiende la acción o efecto de despojar, que significa privar a uno de lo que goza y tiene.

Ya técnicamente, entiende Escriche, que despojo es el acto por el cual se es privado de una cosa o del ejercicio de un derecho de que se gozaba.

Como lo sostuve en un fallo ⁽¹¹⁾, sin dejar de reconocer las variantes que entre el concepto de despojo suministran las fuentes anotadas y la concepción actual, a los fines jurídico-represivos, hago notar que adquiere especial importancia la aceptación de que el acto en estudio no sólo puede privar a una persona de una cosa, sino del ejercicio de un derecho de que se gozaba,

(11) Onyszkiewicz, mayo 17/1949.

y desde ya, hago hincapié en que nuestra ley no distingue entre despojo total y parcial, y por lo tanto, el intérprete no debe distinguir.

Lo expuesto permite sentar, como primera premisa, que el despojo puede ocurrir, tanto cuando el sujeto activo persigue la ocupación total del inmueble, como cuando sólo tiende a compartirlo "sine jure", con quien tiene derecho a hacerlo; y, como segunda premisa, que el concepto de aquél, es más amplio en derecho penal que en derecho civil, como lo reconocen tratadistas argentinos.

La doctrina jurisprudencial en la Capital, desde fines del año pasado se orienta en el sentido de que para la existencia del despojo es necesario que la víctima "se encuentre efectivamente en posesión de la cosa y sea privado de ella en el momento en que la acción se verifica" y "no cuando sólo se le impide entrar o reintegrarse en el goce de algo aunque el impedimento sea injusto". "Quien usurpa, como que comete un acto ilícito, no puede despojar de derechos, sino del goce de los mismos y, en consecuencia, no bastará que una persona impida a otra (total o parcialmente, digo yo, de acuerdo con lo expuesto antes), tomar la posesión o la tenencia de un inmueble, a que ésta tiene derecho, para que pueda decirse que la despoja sino que será menester que el sujeto pasivo se encuentre efectivamente en dicha posesión o tenencia y sea privado de las mismas por el agente". Requiere que el damnificado se encuentre en el goce de alguno de los derechos protegidos "para que quien lo priva cometa despojo". Nadie, entonces, "que sea tenedor de un inmueble puede cometer el delito de usurpación porque prolongue su tenencia más allá de lo que le corresponde, sea que meramente continúe de hecho en la misma o que invoque, para mantenerse, un derecho que no tiene; y que sólo será usurpador cuando produzca una verdadera interversión del título".

El fallo recordado abandona así la solución que se sostuvo en oportunidades anteriores y con la que, a su vez, el tribunal se apartó de la que precedía a esta

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

última y a la que ahora se vuelve, pues en la colección de sus "Fallos" (12), se resolvió consignar que los medios aptos para cometer el despojo deben perseguir ese fin y no el de mantenerse en la posesión o tenencia.

No comparto esta afirmación que se formula de manera tan absoluta. Y, no la comparto, por cuanto sufre, en primer lugar, la excepción que hasta en los pronunciamientos que se comentan se reconoce: el supuesto de la interversión del título por parte del tenedor, que se ofrece como único ejemplo, cuando en realidad pueden aportarse otros.

Aun más, la tesis que impugnamos está contradicha por la Suprema Corte de Tucumán (13), pues según ella los medios que indica el art. 181 del Código Penal, pueden servir tanto para "entrar" como para "mantenerse" el despojante.

No debe dejarse de lado, que aún siguiendo la argumentación de la jurisprudencia dominante en la Capital, el sujeto que pretende ser inquilino sin serlo y mediante tal invocación permanece en el goce de todo o parte de un inmueble, contra la voluntad del titular, priva o despoja a éste de dicho goce, del que no se desprendió del mismo cuando lo ofreció graciosamente al usurpante, pues precisamente tal concesión demuestra que ejercita una de las facultades que otorga el goce en cuestión.

A nuestro entender, cuando media abuso de confianza, el despojo puede producirse para "mantenerse", lo que importa privar a otro del derecho de "reintegrarse" en el ejercicio del goce que no se perdió.

En efecto, el abuso de confianza supone de manera indispensable que el agente se hubiera encontrado, previamente, en una situación de confianza, pues si no contaba con ella, mal podía abusar de la misma, como lo enseña la lógica y lo recuerdan los autores.

Por lo tanto, si un individuo llega al inmueble de otro sin más título que el deseo de éste de ofrecerle techo transitoriamente y después, abusando de la con-

(12) Moreira Carrera, set. 8[924, J. A., t. 14, p. 307.

(13) Buchanseldin, ag. 5[939, J. A., t. 67, p. 594.

fianza dispensada, pretende mantenerse en aquél, como si fuese inquilino, despoja al segundo del goce del derecho con que se hallaba investido, sea que no le permita la entrada (privación total) o que sólo le permita compartir el lugar con él (privación parcial).

Para mí, el quid de la cuestión consiste en creer que la interversión del título es el único contenido del abuso de confianza apto para consumar el despojo, aunque sólo se persiga mantenerse en la ocupación de un bien, como se reconoce unánimemente.

En otras palabras, conceptúo que la interversión de título es uno de los ejemplos más típicos del abuso de confianza, pero, repito, no es el único.

Mi opinión no es aislada, como lo revela Jofré en "El Código Penal de 1922", en su glosa al inc. 1.º del art. 181, cuando refiriéndose al abuso de confianza, emplea el adverbio "principalmente" respecto del caso que describe e importa interversión del título.

Ruego a los lectores, que tengan muy presente que el art. 181 del Código Penal en su inc. 1.º no alude a la interversión del título sino que se refiere al abuso de confianza y que reflexionen acerca de que tales expresiones no son sinónimas.

El que abusa de la confianza dispensada puede o no tener un título. Si carece de todo título, le será imposible intervertirlo, pero sí le será posible abusar de la confianza concedida.

El tribunal, cuya doctrina valoramos, entiende que nadie que sea tenedor de un inmueble, puede cometer el delito de usurpación porque prolongue su tenencia más allá de lo que le corresponde.

Para mí, por darse a los vocablos tenedor y tenencia una acepción extensiva, se obtiene una conclusión que sólo es cierta en la apariencia.

Ello surge de que, jurídicamente, sólo hay tenencia en los términos del art. 2.352 del Código Civil, que nos proporciona un concepto que no se compadece del que pueda otorgarse vulgarmente al mismo término.

Cuando se aloja a una persona de favor (huésped), o se le permite vivir en un inmueble a raíz de las vincu-

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

laciones de que ilustran los últimos casos que se vienen estudiando, la tenencia del beneficiario no es tal jurídicamente, desde que su origen no es idóneo para producir derechos y crear obligaciones entre las partes, como no sean los derivados de la beneficencia, la gratitud, etc., propios de la moral y no del derecho.

La verdadera tenencia instituye al tenedor en representante de la posesión del titular, o sea un estado de cosas inconciliable con la postura que adopta quien sostiene, falsamente, ser inquilino de una persona con quien no convino locación alguna y que, por lo tanto, se instituiría, por su propia voluntad, en representante de quien no le ha concedido ninguna representación.

En otras palabras, la ley acepta como tenencia lícita toda aquella que pueda encontrar cabida dentro del ordenamiento jurídico civil, pero no la que pareciéndosele objetivamente, sea contraria al mismo por provenir de un acto arbitrario.

Otra argumentación permite arribar al mismo resultado. Supongamos que el agente adquiriera lo que no aceptamos sea en verdad "tenencia" y quien tiene derecho a revocársela así lo resuelva, viéndose burlado al sostener aquél inexactamente, que es inquilino. No hay dudas que ya tal tenencia será ilegítima desde que reposará en un engaño e importará un abuso de la confianza dispensada, que rebalsará el ámbito del derecho privado por ser ilícita y a más de los efectos propios a la aludida rama, entre otros, el del art. 2.465 del Código Civil que obliga al detentador a restituir la cosa luego que la restitución le sea exigida, conforme a la causa que lo hizo tenedor, dará lugar a las sanciones de la ley penal, de no satisfacerse el primer requerimiento, como corresponde en la hipótesis que se estudia ante la magnitud del agravio.

Pero, para mí, lo cierto es que cuando ha cesado la voluntad unilateral del otorgante, el beneficiario se transforma en un intruso y se llama inquilino sin serlo se produce una hipótesis mucho más grave que la indiscutida de la interversión del título, pues en este caso, el tenedor —que tiene título— pretende ser poseedor,

mientras que en aquél, quien carece de todo título sostiene estar investido del de tenedor, produciendo un "cambio" —para utilizar los mismos términos de la decisión que comento— mayor que el de "la naturaleza de la relación del sujeto con el bien de que se trata", ya que en vez de incidir sobre la naturaleza de una relación existente, crea la relación antes inexistente.

No encuentro razón valedera alguna para distinguir entre ambas situaciones, como no sea para reconocer que atenta más seriamente contra el recordado ordenamiento jurídico, la que se indicó como más grave y la jurisprudencia descarta, mientras que nosotros consideramos necesita de los remedios supletorios del Derecho Penal, por ser insuficientes los de orden civil para mantener la tranquilidad social.

HERNÁN A. PESSAGNO

Profesor Titular de Derecho Penal (Curso de Intensificación) y Miembro Titular Nato del Instituto

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

La retractación en los delitos contra el honor

Un nuevo ensayo de historia interna en Derecho Penal Argentino *

Un año ha transcurrido ya desde el día en que me cupo el honor de someter al ilustrado examen de los Señores Miembros del Instituto de Historia del Derecho mi primer ensayo de historia interna en Derecho Penal Argentino. Ocupábame en él de la retractación en los delitos contra el honor, una excusa absolutoria o causa de impunidad que disciplina el art. 117 de nuestro vigente Código Penal.

Rastreando los orígenes de esa institución los encontramos en el remotísimo "EDICTO ROTARIO", uno de los más importantes monumentos de la legislación longobárdica en Italia y cuya vigencia se remonta al año 643 de nuestra era. No obstante esta ascendencia germánica, la retractación fué desconocida por el derecho visigótico y recién la vimos incorporarse a la legislación española, a mediados del siglo XIII, en el Fuero Real con un texto que, modificado en 1567 por la Nueva Recopilación, rigió en estas tierras en los tiempos del coloniaje y en los albores de nuestra vida nacional hasta que el Código Tejedor la substituyó por otra disposición que es el antecedente más próximo de la que se contiene, como art. 117, en el Código Penal de 1921.

Anhelosos de saber como funcionaba la retractación en nuestra práctica forense estudiamos en el Archivo de Tribunales y en el de la Nación expedientes judiciales anteriores y posteriores a nuestra independencia y así tuvimos la oportunidad de advertir como aquella institución que el derecho español disciplinaba como una pena fué, en realidad, en la práctica del foro rioplatense, una excusa absolutoria con la que granjeaba su impunidad el ofensor del honor ajeno que se des-

* Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el día 5 de noviembre de 1949, bajo los auspicios del Instituto de Historia del Derecho y del Instituto de Derecho Penal y Criminología.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

decía, revocaba o explicaba satisfactoriamente las calumnias, injurias o denuestos que hubiese proferido contra su prójimo.

Asimismo nos fué dable advertir como los jueces de nuestra tierra jamás llevaron su rigor hasta el extremo —impuesto por el Fuero Real— de exigir al retractante que reconociese que había mentido en cuanto dijera contra el ofendido. Bien es verdad que esos magistrados aplicaron, desde su comunicación, la Nueva Recopilación, cuerpo legal que, modificando el Fuero Real, había derogado esa durísima exigencia.

Por razones de tiempo interrumpimos en aquella ocasión nuestro estudio en el momento mismo en que íbamos a referirnos al largo proceso de la codificación penal argentina. Llegó ahora la oportunidad de reanudar nuestra exposición y de llevarla a feliz término contando cómo acogió el "Proyecto de Código Penal" del doctor Carlos Tejedor la retractación del victimario en los delitos contra el honor; cómo esa Institución fué sancionada en el Código Penal de 1887; por qué vicisitudes pasó la misma a través de los distintos Proyectos de reforma de nuestra legislación punitiva y, por fin, cómo —mantenida en el Código Penal de 1921— ha logrado llegar hasta nuestros días conservando, en sus lineamientos generales, la estructura con que la conformara nuestra primera ley penal nacional.

Persuadidos asimismo de que una institución jurídica no reside sólo en las palabras con que la ley la define y disciplina sino y, sobre todo, en la forma como la práctica del foro ha entendido esas palabras y las aplica a las situaciones concretas de la vida, volveremos a hurgar en los procesos por delitos contra el honor, cuyos expedientes se guardan aún en los Archivos de los Tribunales, procurando hallar en las actas labradas en los mismos las formas que ha asumido la retractación de las calumnias e injurias desde la codificación penal hasta nuestros días.

— I —

EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL DOCTOR
CARLOS TEJEDOR

a) *El autor y su obra.*

Haciendo uso de la autorización que le confiriera la ley 36 de 6 de junio de 1863, el día 5 de diciembre del siguiente año, el Poder Ejecutivo, desempeñado entonces por el Vicepresidente de la Nación en ejercicio de la Presidencia, doctor don Marcos Paz, en decreto refrendado por su Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública doctor don Eduardo Costa, encargó al doctor don Carlos Tejedor la redacción de un Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina.

La elección del codificador penal no era el resultado del favor político ni un fruto del azar. El jurisconsulto designado para llevar adelante esa gran obra desempeñaba, desde 1856, la cátedra de Derecho Penal en el Departamento de Jurisprudencia y su versación en la materia penal era universalmente reconocida y acatada.

Y es que el doctor Carlos Tejedor fué, a un tiempo mismo, un docto humanista y un jurisconsulto completo. Las notas con que acompañó su "Proyecto de Código Penal para la República Argentina", así lo demuestran. En ellas, Séneca ⁽¹⁾ y Cicerón ⁽²⁾ alternan con filósofos y juristas del Renacimiento como Bacon ⁽³⁾ y Grocio ⁽⁴⁾ o con los redactores de la Enciclopedia como Diderot ⁽⁵⁾. Al través de esos textos, Tejedor se

(1) Utilizamos para las citas del Proyecto Tejedor la edición que se hizo en Buenos Aires por la «Imprenta del Comercio del Plata», instalada en la calle de la Victoria número 87 y cuyo pie de imprenta en la parte primera y de la segunda llevan respectivamente los años 1886 y 1887. Séneca aparece citado en la pág. 91. Esta advertencia vale para las notas posteriores.

(2) Ob. cit., pág. 11.

(3) Ob. cit., pág. 81.

(4) Ob. cit., pág. 76.

(5) Ob. cit., pág. 45.

nos muestra tan profundamente informado del Derecho Penal romano (6) y de la antigua legislación hispánica (7) como de las doctrinas de los viejos prácticos de los tiempos medios y modernos como el español Gregorio López (8), el italiano Farinaccio (9) y del holandés Voet (10). Los maestros de las praxis forenses como Escriche (11) y Vicente y Caravantes (12) aparecen citados al lado de juristas clásicos del fuste de Goyena (13) y del insigne Pacheco (14) honra y prez del derecho penal y de las letras españolas. A esas páginas acuden, solícitos al recuerdo del codificador argentino, los grandes doctrinarios franceses: Rossi (15), Ortolán (16) y Trebutien (17), el belga Haus (18) y el insigne exégeta del Código de 1810, Chaveau Adolphe (19). La ciencia penal italiana no podía estar ausente y en las notas del Proyecto vibran la elocuencia de Beccaria (20) y Filangieri (21) y resplandece el genio jurídico de Carmignani (22), mientras los doctrinarios tudescos como Feuerbach (23), Mittermaier (24) y Berner (25) alternan con los juristas ingleses y americanos de la talla de Bentham (26) y de Livingstone (27). Y no es poca por cierto la información que Tejedor revela poseer de la legislación penal de su tiempo y es así

- (6) Ob. cit., pág. 8, 9, 11, 19, 21, 22, 30, etc., etc.
 (7) Ob. cit., pág. 12, 31, 34, 81, 96, etc., etc.
 (8) Ob. cit., pág. 34.
 (9) Ob. cit., pág. 53.
 (10) Ob. cit., pág. 34.
 (11) Ob. cit., pág. 34.
 (12) Ob. cit., pág. 23, 25, 34, etc., etc.
 (13) Ob. cit., pág. 12.
 (14) Ob. cit., pág. 4, 28, 37, 42, etc., etc.
 (15) Ob. cit., pág. 4, 19, 20, 22, etc., etc.
 (16) Ob. cit., pág. 41 y 96.
 (17) Ob. cit., pág. 84.
 (18) Ob. cit., pág. 8.
 (19) Ob. cit., pág. 9, 22, 37, 39, 44, etc., etc.
 (20) Ob. cit., pág. 45 y 93.
 (21) Ob. cit., pág. 22 y 93.
 (22) Ob. cit., pág. 36 y 53.
 (23) Ob. cit., pág. 8 y 22.
 (24) Ob. cit., pág. 8, 22 y 96.
 (25) Ob. cit., pág. 8.
 (26) Ob. cit., pág. 90 y 99.
 (27) Ob. cit., pág. 36, 73, 94, 99, etc.

como resulta verdaderamente impresionante la lista de códigos y leyes penales citadas en las notas del Proyecto y que van desde el Código Español hasta el de Georgia y Luisiana y de las leyes del Estado de New York hasta las de la remota Valaquia.

Claro está que esta multiplicidad de fuentes de información hubiera podido conspirar contra la unidad ideológica del Proyecto si el insigne maestro bonaerense no se hubiera preocupado de aceptar, como modelo constante de su obra, el famoso Código Penal para el Reino de Baviera sancionado el 1.º de octubre de 1813 y compuesto por un joven profesor de la Universidad de Landshut en Munich, el ya citado Pablo Anselmo de Feuerbach. Esta obra que constituye uno de los monumentos legislativo-penales más importantes de todos los tiempos fué compulsada por el doctor Tejedor en la traducción francesa que de la misma hizo el doctor Carlos Vatel y que vió la luz en la ciudad de París, en 1852, dedicada al ilustre penalista Bonneville de Marsangy, Presidente del Tribunal de Versailles y empeñoso batallador en pro del mejoramiento de la ley criminal (28). Es sabido que Maximiliano José, rey de Baviera, al promulgar el Código de Feuerbach como ley penal de su Estado dispuso que el mismo se acompañase de un Comentario Oficial en el que se explicitaba la doctrina del texto legal y al que debían ajustar sus enseñanzas los profesores universitarios del reino. La adhesión prestada por Tejedor a su modelo se pone de manifiesto en las innumerables citas que de éste y de su Comentario Oficial se hacen en las notas del Proyecto. Y no puede negarse que, en la elección de su modelo, Tejedor exhibió una vez más, su información científica y la seguridad de su criterio jurídico porque es indudable la superioridad técnica del Código Penal de Baviera sobre todas las leyes represivas de su tiempo

- (28) Code Pénal / du royaume / de Bavière / traduit de l'Allemand avec des explications tirées Comentaire Officiel / (Exposé des motifs) / et un appendice / par Ch. Vatel. Paris, Auguste Durand, 1852.

Biblioteca del Gioja. UBA
 uso académico

y particularmente sobre el Código Penal Francés de 1810 que sirvió de inspiración a tantas y tantas leyes represivas en el transcurso del siglo XIX (29).

Digamos además y aunque sea de paso, que la erudición jurídica que poseía y que se transparenta en las notas de su Proyecto no impidió a Tejedor ser, al mismo tiempo, un abogado práctico de innegable prestigio, diestro en el manejo de eficaces recursos defensivos, como tuvo oportunidad de ponerlo de manifiesto en el patrocinio de una tal Clorinda Sarracán de Fiorini, convicta de participación, a título de instigadora, en el bárbaro asesinato de su esposo Jacobo Fiorini hecho que aconteció en la localidad de Santos Lugares, entonces del Partido de San Isidro, el domingo 12 de octubre de 1856. Este episodio delictivo conmovió profundamente la opinión pública de aquellos días. El señor Juez de Primera Instancia en lo Criminal Dr. don Miguel Navarro Viola, condenó a muerte a la imputada y a unos hermanos Gutiérrez, autores materiales del hecho y su fallo fué confirmado por la Exema. Cámara de Apelaciones. Pero un petitorio patrocinado por la Sociedad de Beneficencia y otras instituciones, suscripto por 7.000 firmas y dirigido a la Asamblea Legislativa de la Provincia de Buenos Aires —de la que formaba parte el propio Tejedor— tuvo el más completo de los éxitos. En aquel cuerpo reunido el 29 de noviembre de 1856 “obrando de conformidad con el sentimiento público” dispuso la conmutación de la última pena impuesta a los homicidas (30).

(29) Para que el lector pueda formarse una idea de la frecuencia con que aparecen citados el Código Penal de Baviera y su Comentario Oficial en el Proyecto del doctor Carlos Tejedor, enumeramos aquéllas de las cien primeras páginas de la obra en que se contienen tales citas: pág. 4, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 75, 78, 82, 83, 89, 95, 98, 100.

(30) Pueden verse interesantes detalles sobre este episodio delictivo en un folleto intitulado: «Sentencia / recaída contra los reos / Clorinda Sarracán de Fiorini, Crispín y Remigio Gutiérrez / por el asesinato / de D. Jacobo Fiorini / esposo de la primera / con las discusiones de las Cámaras / sobre la pena de muerte», editado en Buenos Aires por la imprenta de «El Eco», Perú 171, año 1856 y uno de cuyos ejemplares se hallará en la «Colección de Folletos» de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, t. 28 de la 4.ª serie.

Acertada fué pues la elección verificada por el Vicepresidente don Marcos Paz y su ministro Costa. Y don Carlos Tejedor se mostró digno de la altísima distinción de que se le hiciera objeto pues, para entregarse de lleno a la tarea codificadora, no vaciló incluso en renunciar la cátedra de Derecho Penal que venía ejerciendo para poder así consagrar a la redacción de su obra todas las horas de su tiempo. Un año después de designado, Tejedor entregaba al Poder Ejecutivo el primer libro de su Proyecto acompañado de una nota que lleva como fecha la del 30 de diciembre de 1865.

El 2 de enero siguiente, el Vicepresidente Paz, por decreto refrendado por su ministro Costa, ordenaba “imprimir un número bastante” (de ejemplares) para ser distribuidos entre los señores Senadores y Diputados, a la Corte Suprema de Justicia, a los Tribunales de la Nación y de las Provincias a fin de que estudiándose desde ahora vayan formando, al respecto, su opinión para cuando llegue la oportunidad de ser sancionado. La edición se hizo en Buenos Aires por la “Imprenta del Comercio del Plata”, sita en la calle Victoria N.º 87 y lleva al pie la fecha de 1866.

b) *Las ideas doctrinarias de Carlos Tejedor en torno a la retractación.*

Antes de entrar al estudio de las disposiciones que el Proyecto Tejedor contenía acerca de la retractación será quizás útil que nos refiramos al pensamiento doctrinario de su autor respecto de dicha institución. Tomemos para establecer esas ideas un elemento precioso a nuestro alcance: es el “Curso de Derecho Criminal” compuesto por el ilustre maestro de Buenos Aires cuando fué puesto en “la necesidad de enseñar” esta materia. La primera edición de la obra, que va dividida en dos partes, una dedicada a las Leyes de Fondo y otra a las Leyes de Forma o sea al proceso penal, es del

año 1860 ⁽³¹⁾. La segunda es del año 1871 ⁽³²⁾. En este libro Tejedor hace reiteradas referencias al instituto de la retractación. Así al ocuparse de las penas infamantes y más precisamente de la "exposición a la pública vergüenza" trae una nota, al pie de la página, y bajo el N.º (4) en la que citando a Boéresco en el libro sobre los delitos y las penas (pág. 347) dice: "la retractación en el delito de injurias y el apercibimiento judicial, son simplemente humillantes". Entiende así establecer el carácter de estas sanciones y distinguir las de las penas infamantes propiamente dichas ⁽³³⁾.

Luego, al tratar del delito de injuria y al ocuparse de la prueba de la verdad de la imputación injuriosa expresa que "si el ofensor asegura que son ciertas sus palabras y lo justifica no incurre en pena, primero porque dijo la verdad, segundo para ejemplo". Pone allí una nota de pie de página bajo el N.º (1) en la que cita disposiciones concordantes de las Partidas y del Fuero Juzgo y agrega: "Las Recopiladas confirman esto mismo desde que permiten la retractación que sería absurda en otro caso (Gutiérrez P. C. pág. 79) ⁽³⁴⁾.

(31) «Curso de Derecho Criminal», por Carlos Tejedor. Parte Primera. Leyes de Fondo. Bs. As., «Imprenta Argentina», calle Bolívar N.º 41, 1860.

«Curso de Derecho Criminal», por Carlos Tejedor. Segunda Parte. Leyes de Forma. Bs. As., «Imprenta Argentina» de «El Nacional». Calle Bolívar N.º 41, 1860.

Según J. M. Gutiérrez: «la impresión de este libro fué costeadada por el Gobierno tomando una cantidad de ejemplares para el depósito de libros y cediendo el resto de la edición al autor». (En «Noticias Históricas sobre el origen y desarrollo sobre la Enseñanza Pública Superior en Buenos Aires desde la época de la extinción de la Compañía de Jesús en el año 1767 hasta poco después de fundada la Universidad en 1821», Buenos Aires, 1868, pág. 602).

(32) Fué editada por la «Librería de C. M. Joly», de la calle Victoria N.º 119/121 e impresa por Pablo E. Coni, de la calle Perú N.º 107. Constaba esta edición de 1.000 ejemplares y fué propiedad de la casa editora. De ella tomamos las notas que siguen.

(33) Carlos Tejedor «Curso de Derecho Criminal» ed. cit. pág. 89.

(34) Idem, ídem, pág. 260.

Más adelante, al tratar de las penas de la injuria y después de citar, en nota al pie de página y bajo el N.º (910) la ley 131 del Estilo que imponía la pena de multa para determinada injuria si el ofensor no quisiera retractarse ante el Juez; recuerda que en las injurias mencionadas expresamente en la Ley Recopilada "el reo debe desdecirse ante el juez y testigos y pagar una multa de 1200 maravedís, mitad para el Fisco y mitad para el injuriado". Intercálase allí una nota bajo el N.º (1) en la que el autor recuerda que según la Ley Recopilada "el hidalgo no se retracta sino que paga mayor multa, con otra pena al arbitrio del juez". Y concluye expresando: "La retractación debía hacerse según una ley del Fuero Real diciendo el injuriante que había mentado; pero en la práctica esta ceremonia se reduce a una simple súplica de perdón, o declaración de honor, que a veces forma parte de la misma sentencia". El texto lleva las notas de pie de página números (3) y (4). La nota (3) cita la Ley 2.ª, Título 3.º, Libro 4.º del Fuero Real y la nota (4) dice textualmente: "Este acto es lo que se llama "honrar a estilo de Sala" (Gutiérrez, Prác. Criminal) ⁽³⁵⁾.

Hemos transcripto cuanto se dice en el "Curso de Derecho Criminal" del doctor Carlos Tejedor acerca de la retractación en los delitos contra el honor.

En presencia de esos conceptos creemos poder afirmar que, a tenor de las enseñanzas que el maestro bonaerense profesaba en la cátedra, la institución que nos ocupa era, según la disciplinaba el derecho vigente hasta ese entonces:

a) Una pena, sin perjuicio de que según la ley 131 del Estilo el ofensor que optase por retractarse podía eximirse de toda sanción;

b) Una pena aplicable exclusivamente a los autores del delito de injurias. En materia de calumnias quedaba excusado el testigo mendaz que se retractase de su falsa declaración;

(35) Idem, ídem, pág. 262 y 263.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

c) Una pena que, no obstante los términos rigurosos con que se disciplinaba su ejecución en el Fuero Real —modificado en esto por la Nueva Recopilación— se cumplía con formas benignas introducidas por la práctica forense. Quizás pudiéramos aún agregar a todo lo dicho que la opinión del doctor Tejedor favorable al mantenimiento de la retractación en la ley penal quizás resultase de la expuesta a este mismo respecto por el traductor francés del Código Penal de Baviera, el ya citado Carlos Vattel quien en la pág. XXXIV de su Prefacio dice textualmente: “La segunda (la retractación) admitida (por el Código Penal Francés de 1810) en los casos de ultraje a los funcionarios públicos (nuestro desacato) (Código Penal Francés, art. 226), merecería ser extendida a todos los casos de difamación e injuria”. Es de advertir que el citado Código enunciaba —como lo hizo Tejedor en su Proyecto— a la retractación como una “pena privativa del honor y humillante” (art. 22) y la imponía como tal en todos los casos de calumnia (art. 285) ⁽³⁶⁾.

Establecido lo cual vamos ahora a entrar a estudiar cómo fué disciplinada en el “Proyecto de Código Penal” la institución que nos ocupa.

c) *La retractación legislada como pena en la Parte Primera del Proyecto.*

La Parte Primera del Proyecto Tejedor contiene un “Título Preliminar” y va dividida en dos secciones: una que se denomina “Parte Primera” y la otra “Libro Segundo”. Al referirse a esta última dice el autor del Proyecto que ella “trata de las penas, sus diferentes clases, duración y efectos, causas que eximen de ellas, que las atenúan o agravan y modos de extinguirse y arbitrarlas”. Allí la retractación aparece enumerada como una de las “penas privativas del honor y humillantes” ⁽³⁷⁾ entre las de inhabilitación, destitución,

(36) «Code Pénal du Royaume de Bavière» ed. cit. págs. XXXIV, 55 y 189.
 (37) Ob. cit., pág. 90.

suspensión, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión. De esta categoría de penas trata el Proyecto en el párrafo III del Título II del Libro II de su Parte Primera y en los arts. 6.º y 8.º del mismo.

El art. 6.º dice que: “El reo condenado a retractación lo hará *desdiciéndose verbalmente de lo que haya dicho, escrito o publicado*”. Y el art. 8.º dispone que: “La retractación será pública o privada. La pública se ejecutará ante el juez o escribano, a puertas abiertas y delante de cinco personas por lo menos. La retractación privada se verificará a puertas cerradas, con asistencia de las partes y del escribano solamente”. Por fin, el art. 8.º preceptúa: “Los sentenciados a cualquiera de estas dos penas (retractación o satisfacción) que rehusaren cumplirlas puntualmente sufrirán en su lugar el máximo del arresto”. Ese máximo estaba fijado en el art. 28 del párrafo II del mismo Título en el término de tres meses.

La nota del art. 6.º cita, en primer lugar, al Código Penal de Bolivia en sus arts. 77 al 80. Este cuerpo legal, reiteradamente recordado por Tejedor ⁽³⁸⁾ en su Proyecto y que se inspira en el Código Penal Español de 1829, disciplinaba minuciosamente las solemnidades a que debía ajustarse la retractación según ella fuese pública o privada y la impone como pena a los autores de calumnias públicas o privadas (arts. 580, 581 y 582).

En la misma nota y a continuación, cítanse luego las disposiciones que, acerca de la retractación, se contenían en la Ley 2.ª, Título 3.º, Libro 4.º del Fuero Real advirtiendo Tejedor que la “palinodia” no se imponía sino en las injurias graves o atroces ya que en las simples, se decretaba sólo la súplica de perdón y en las de sentido ambiguo la “declaración” que hacía el reo, diciendo que tenía y había tenido siempre al ofendido por

(38) Véase la ob. y ed. citadas, págs. 4, 13, 15, 21, 22, 24, 28, 36, 41, 50, 63, 67, 68, 69, 73, 74, 76, 79, 82, 89, 95, 96, 97, 98, 100. Esto sólo en las cien primeras páginas del Proyecto.

persona honrada, etc. Sigue luego un largo párrafo tomado textualmente de Escriche —aunque sin indicarse la procedencia— acerca de las penas que se imponían por las antiguas leyes españolas a los autores de ciertas injurias. Y concluye el codificador con estas palabras: “Por todos estos antecedentes de nuestra legislación y por los buenos efectos que en la práctica da comúnmente esta clase de penas hemos creído conveniente conservarlas a pesar de que muchos códigos modernos no se ocupan de ellas”. Tal es cuanto se contiene en la Parte Primera del Proyecto respecto del instituto de la retractación.

d) *La retractación en la Parte Segunda del Proyecto Tejedor.*

En la Parte Segunda del Proyecto la voz “retractación” aparece mencionada en el art. 12 del Título VII del Libro I (39). Dice esta disposición que “el culpable de calumnia o injuria contra un particular queda exento de pena:

- 1.º — Si lo perdona el ofendido.
- 2.º — Si media provocación en las injurias verbales y en las escritas leves.
- 3.º — Si en las mismas consiente en hacer una retractación pública.

La nota de este artículo en la parte que nos interesa o sea en lo referente al tercer inciso, dice así: Si en las mismas se retracta, etc. La retractación, censurable en sí misma por los inconvenientes que ofrece, puede ser muy útil *alternativamente ordenada en esta clase de injurias*, y por eso la conservamos tomándola del antiguo derecho. Véase la ley 2, tít. 3, lib. 4, R. R. y 2 tít. 10, lib. 8, R. C.

Más adelante explicaremos la doctrina del inc. 3.º de este art. 12 y nos referiremos a las controversias que

(39) Ob. cit., pág. 387 y 388.

su inteligencia suscitó en los Tribunales de la Capital. Pero, entretanto, ha de permitírsenos destacar la diversidad de criterio con que se produjo el Codificador penal en esta materia entre la Primera y la Segunda Parte de su Proyecto. Ya vimos, en efecto, que en aquélla la retractación aparecía legislada como una pena privativa del honor y humillante y era susceptible de asumir dos formas: la pública y la privada. En cambio, en la Segunda Parte, la misma voz designa una causa de exención de pena que, además, sólo podía revestir una forma: la pública. Esta diversidad de criterio nos obliga a preguntarnos cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la retractación en el Proyecto Tejedor. ¿Es ella una pena, como resulta de las disposiciones mencionadas en la Parte Primera o es, en cambio, una excusa absolutoria o causa de impunidad como parece resultar del también citado art. 12 del Título VII, del Libro I, de la Parte Segunda?

Por cierto que la nota que acompaña esta última disposición acrece las dudas. Las palabras “*alternativamente ordenada*” hacen pensar que la retractación sea una pena alternativa. Esto es, que el magistrado pudiera, a su arbitrio, optar entre imponer la sanción establecida en los artículos precedentes para los ofensores del honor ajeno u obligarlo a retractarse. No parece ser así, sin embargo, por cuanto el verbo empleado en la redacción del inc. 3.º: “Si... *consiente* en hacer una retractación pública” excluye toda posibilidad de considerar a ésta como una pena. Las penas, en efecto, no se “consienten”. Se “imponen” por el juez y se “cumplen” por el reo. Aquél, al aplicarlas, no recaba la aquiescencia o consentimiento del condenado sino que obra como ejecutor de la voluntad de la ley y en virtud del deber de obediencia en que todos nos hallamos respecto de la misma.

Son estas consideraciones las que nos inducen a pensar que, mientras en la Primera Parte de su Proyecto, Tejedor legisló la retractación como una pena verdadera y propia, en la Segunda, en cambio, la disciplinó como una excusa absolutoria o causa de impuni-

dad a la que podían voluntariamente acogerse los ofensores del honor ajeno.

¿Cuál habrá sido el motivo determinante de esta dualidad de criterio en el doctor Tejedor? No poseo ningún elemento objetivo de juicio que permita responder a esta pregunta. Pero no me parece aventurada la hipótesis de que esa variante haya podido ser el resultado de más maduras reflexiones acerca de las dificultades que inevitablemente atraería consigo la ejecución de una pena de naturaleza tan especial. En efecto ¿cómo se podría asegurar el cumplimiento de esta sanción si el ofensor, condenado a retractarse, se negara a hacerlo? Ciertamente es que el art. 8.º del parágrafo III del Título II del Libro II de la Primera Parte disponía que al ofensor renuente podría imponérsele el máximo de la pena de arresto, es decir, tres meses de privación de libertad, pero esta norma quebraba, hasta cierto punto, la economía general de la ley que castigaba el delito de injurias verbales tan sólo con pena de multa. Por otra parte, no debe haberse escapado al doctor Tejedor que la retractación, para ser verdaderamente eficaz como instrumento de restauración del honor ofendido, debía ser voluntaria y no impuesta por el juez como un castigo. De ahí probablemente el empleo del verbo "*consintiere*" en el inc. 3.º del ya citado art. 12 del Título VII, del Libro I, de la Parte Segunda de su Proyecto. Por fin quizás no haya sido ajena a este cambio de criterio de nuestro Codificador penal la opinión de Vélez Sársfield expuesta por éste en su nota al art. 1.083 del Código Civil que por aquel entonces, sólo era un proyecto de tal. Dispone esta norma que: "Toda reparación de daño, sea material o moral, causada por un delito, debe resolverse por una indemnización pecuniaria que fijará el juez salvo el caso en que hubiese lugar a restitución del objeto que hubiese hecho la materia del delito". El art. 1.083 lleva una nota aclaratoria que reza así: "*los jueces no podrán, por lo tanto, ORDENAR UNA REPARACION DEL HONOR, UNA RETRACTACION, por ejemplo*". Y

allí se cita a "Merlin Rep. verb. Reparation d'honneur y Quest. Verb. Reparat. d'injures".

Tejedor conocía muy bien el Proyecto de Código Civil elaborado por el doctor Vélez Sársfield al que cita reiteradamente en su obra (40) y nada de extraño tendría que la lectura de la nota al art. 1.083 y el peso de la opinión del eminente juriscóluto Merlin allí mismo invocada, hubiesen decidido esta variación de criterio de nuestro Codificador penal. Pero todo esto, claro está, no pasa de ser una meditada conjetura.

e) *La suerte del Proyecto Tejedor. Vigencia del mismo en las provincias argentinas.*

El doctor Carlos Tejedor había presentado la Parte Segunda de su Proyecto de Código Penal al Poder Ejecutivo el 31 de enero de 1868 que es la fecha que lleva la nota de remisión por él suscripta. Pese a ello, la edición hecha por la "Imprenta del Comercio del Plata" lleva, como pie de imprenta, el año 1867.

El 11 de setiembre de 1868 el Honorable Congreso de la Nación sancionaba una ley autorizando al Poder Ejecutivo "para nombrar una comisión de tres abogados que se ocupen de examinar prolijamente el Proyecto de Código Penal redactado por el doctor Carlos Tejedor". Esta ley fué promulgada el 16 de octubre de aquel año por el Presidente Sarmiento con actuación de su Ministro Avellaneda y el 7 de noviembre siguiente un decreto que lleva la firma de ambos próceres designaba como integrantes de la citada Comisión a los doctores José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana.

Los doctores Pérez y Ugarte fallecieron en pleno desempeño de su cometido y, en su reemplazo, el mismo Poder Ejecutivo designó respectivamente en 18 de julio de 1871 y 27 de setiembre de 1872 a los doctores Vicente Fidel López y Antonio E. Malaver.

(40) Ob. y ed. cit. pág. 41 y 79.

En 9 de febrero de 1873 el doctor Malaver fué substituído por el doctor Sixto Villegas. A su vez y posteriormente renunciaron de la Comisión los doctores López y Quintana. El Presidente Avellaneda, con actuación de su Ministro doctor Onésimo Leguizamón, designó en 5 de noviembre de 1874 y en 11 de diciembre de 1877 a los doctores Andrés Ugarriza y Juan A. García para que substituyesen a los dimitentes. Es así como hubieron de pasar cerca de diez años contados a partir de la presentación del Proyecto elaborado por el doctor Tejedor para que quedase definitivamente constituida la Comisión de Abogados que habría de estudiarlo (41).

Aquí se hace necesaria una observación de carácter metodológico. Debemos, en efecto, abandonar el relato de los trabajos de la Comisión Revisora definitivamente constituida para mostrar cómo las provincias argentinas, en presencia de la demora con que actuaban los poderes legiferantes de la Nación, decidieron substituirse a los mismos y darse, por cuenta propia, cada una de ellas, un código penal compatible con el grado de evolución y de progreso que por aquellos años habían logrado alcanzar.

Es curioso y debe ser destacado este movimiento de codificación provincial en materia penal. Casi un cuarto de siglo después de sancionada la Constitución de 1853 el Congreso de la Nación no había dado todavía cumplimiento a su tarea de dictar un Código Penal uniforme para toda la Nación. Continuaban pues, aplicándose por los Tribunales la vieja legislación española y las leyes sancionadas por los gobiernos patrios desde 1810 en adelante. Las primeras eran arcaicas —la Nueva Recopilación es de 1567— fulminaban penas crueles e inadecuadas al espíritu de los nuevos tiempos y, ade-

(41) Pueden verse todos los Decretos citados en el «Proyecto / de / Código Penal / presentado al Poder Ejecutivo Nacional / por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por el Dr. Dn. Carlos Tejedor, compuesta de los Drs. / Sixto Villegas, Andrés Ugarriza / y / Juan Agustín García / Buenos Aires / Imprenta de El Nacional, Bolívar 65 y 67 / 1881 / págs. III a VI de los «Antecedentes».

más, eran injustas en sus sanciones pues establecían distingos contrarios a la igualdad republicana. Ya vimos que, en materia de retractación en los delitos contra el honor, la Nueva Recopilación eximía de esta pena a los fijosdalgos imponiéndola solamente a los plebeyos. Urgía pues poner término a tan anómalo estado de cosas y a satisfacer esa necesidad acudieron las legislaturas provinciales empezando por la de Buenos Aires.

Respaldaba esta actitud de las provincias el art. 108 de la Constitución de 1853. Esta norma legal prohibía a las provincias “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”. Interpretando “a contrario sensu” pero muy correctamente la cláusula constitucional antes citada, las legislaturas provinciales teniendo en cuenta que el Congreso Nacional no había sancionado aún el Código Penal, procedieron, por su cuenta, a darse una ley defensiva de la sociedad y de los bienes jurídicos que en su seno han sabido crearse los hombres a lo largo de su milenaria peregrinación sobre la tierra.

Y no sólo procedieron con derecho sino que también lo hicieron con cordura. Cada una de ellas, en efecto, hubiera podido dictarse un código penal a su paladar con lo que la unidad de la legislación sustantiva anhelada por los Constituyentes de Santa Fe hubiera sufrido un grave quebranto. En cambio, siguiendo el ejemplo de Buenos Aires, resolvieron las provincias adoptar como ley provincial, el Proyecto que el doctor Carlos Tejedor había entregado al Poder Ejecutivo limitándose a introducir breves variantes en su texto. Sólo una hizo excepción a la regla: fué Córdoba que, por ley de 14 de agosto de 1882, adoptó no el proyecto de Tejedor, sino el redactado por los doctores Villegas, Ugarriza y García y presentado por éstos al Poder Ejecutivo, el año anterior, introduciendo también algunas ligeras modificaciones a su articulado.

Es singular la escasa importancia que hemos atribuído los penalistas argentinos a este movimiento de codificación legal. Cuando, hace algunos años, Sebastián

Soler publicó su primera edición del "Derecho Penal Argentino" el profesor español Jiménez de Asúa, comentando este importante acontecimiento en la revista "La Ley", expresaba que "sería interesante hacer preciso enunciado de las provincias en que estuvo vigente, así como del tiempo exacto en que actuó como ley" (42).

Acuciado por esta sugerencia, el doctor Moisés Nilve emprendió la tarea de determinar la trascendencia que había logrado la obra de Tejedor en las provincias argentinas y, con generoso espíritu de colaboración, comunicó el resultado de sus esfuerzos al profesor Soler quien pudo así darlos a conocer en oportunidad de publicar la segunda edición de su importante Tratado (43).

Nilve ha hecho conocer "in extenso" los resultados de su investigación en un artículo que intitula "La vigencia del Proyecto Tejedor como Código Penal de las Provincias Argentinas" y que ha publicado la "Revista Penal y Penitenciaria" órgano de la Dirección General de Institutos Penales de la Nación (44). Resulta de ese trabajo que el aludido Proyecto rigió como Código en la Provincia de Buenos Aires por ley N.º 1140 sancionada el 29 de octubre del año 1877 a iniciativa de los diputados Moreno y Sáenz Peña entrando en vigencia el 1.º de enero de 1878. Entre Ríos lo adoptó por ley de 4 de abril de 1879; Corrientes por ley de 16 de noviembre de 1878; San Luis por ley de 21 de noviembre de 1878; Catamarca por ley de 9 de diciembre de 1878; Santa Fe por ley de 28 de setiembre de 1880; Salta por ley N.º 96 de 12 de noviembre de 1880; Tucumán por ley N.º 458 de 30 de mayo de 1881. En cuanto a Mendoza, aún sin haber podido encontrar la ley respectiva, piensa Nilve que adoptó el Proyecto Tejedor en 1879. Por lo que atañe a Jujuy, Santiago del Estero, La Rioja y San Juan, Nilve expresa no haber podido verificar dato alguno.

(42) Ver «La Ley», t. 23, pág. 16, Sec. Bibliográfica.

(43) Sebastián Soler, «Derecho Penal Argentino», t. I, pág. 109 y 111/113, Bs. Aires. 1945, Editorial La Ley.

(44) Rev. Penal y Penitenciaria, Año 10, Enero-Diciembre 1945, Nos. 35/38, pág. 35.

Nosotros, a quienes este asunto ha tentado sobre manera y tanto que nos proponemos formular a este respecto una nueva comunicación al Instituto de Historia del Derecho, hemos tenido oportunidad de advertir, en el debate a que dió lugar la sanción del Proyecto Tejedor como Código Penal de la Nación en la Honorable Cámara de Diputados el 23 de octubre de 1885, que el señor Dávila, representante del pueblo de La Rioja, expresa, refiriéndose a dicho Proyecto: "A mí tocó hacerlo aprobar en La Rioja el año 76" (45). No es pues dudoso que también rigió como Código Penal en esta Provincia.

En la Capital Federal el Proyecto Tejedor estuvo vigente desde la sanción de la ley de la Provincia de Buenos Aires que lo aprobó como Código Penal de ese Estado, es decir, desde el 1.º de enero de 1878. Producida la federalización de la Ciudad por Ley N.º 1029 de 20 de setiembre de 1880 se sanciona, el 15 de diciembre de 1881, la Ley Orgánica de Tribunales N.º 1144 por la que se dispuso que continuaría rigiendo en la Capital —ya de la Nación Argentina— el Código Penal de la Provincia de Buenos Aires (art. 313 de la misma).

Por lo que atañe a la Justicia Federal hemos podido establecer que la misma comenzó a aplicar el Proyecto Tejedor, como ley penal, a partir del año 1882 en que la Corte Suprema de Justicia, habida cuenta de la adopción que de ese cuerpo legal habían hecho las Provincias, juzgó que el mismo podía ser considerado como derecho común aplicable, en consecuencia, por los jueces de la Nación en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la ley 49.

Volviendo ahora al objeto de nuestra comunicación hemos de advertir que la ley 1140 de la Provincia de Buenos Aires conservó, en su articulado, todas las disposiciones relativas a la retractación que figuraban en el Proyecto Tejedor sin introducir en ellas modificación alguna. Es así como el art. 90 continúa enumerando la retractación entre las penas privativas del ho-

(45) Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la / Cámara de Diputados. Año 1885 / T. II, pág. 736.

nor y humillantes; el art. 123 dispone que “el reo condenado a retractación lo hará desdiciendo verbalmente de lo que haya dicho, escrito o publicado” y el art. 125 disciplina, en los mismos términos que el Proyecto Tejedor, las formas de la retractación pública y privada. Por fin, el art. 315 establece que: “El culpable de calumnia o injuria contra un particular queda exento de pena: 3.º) si en las mismas consiente en hacer una retractación pública”. No es pues dudoso que la retractación rigió, sin solución de continuidad, en la Capital de la República y en la Provincia de Buenos Aires desde los más remotos tiempos. Y es probable que lo mismo pueda decirse de todas las otras Provincias en las que estuvo vigente el Proyecto Tejedor como Código Penal puesto que las modificaciones que se introdujeron al mismo por la ley N.º 1140 de la Provincia de Buenos Aires —imitada seguramente por los otros Estados federales— cuando no eran de pura forma, se referían a otras cuestiones: supresión del artículo que disponía que, en el caso de deberse aplicar la pena capital a más de una persona se sortearía entre los responsables al que debería ser ejecutado, supresión de las disposiciones que penaban el suicidio y su tentativa y modificación de las normas que incriminaban los crímenes y delitos contra la religión católica extendiendo la protección penal a cualquier otra religión autorizada.

LA RETRACTACIÓN EN EL PROYECTO DE LOS DOCTORES
VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA

Volviendo ahora a los trabajos realizados por la Comisión de jurisconsultos designada por el Poder Ejecutivo de la Nación a la que dejamos definitivamente constituida el 11 de diciembre de 1877 diremos que la misma se expidió recién el 3 de enero de 1881, es decir, cabalmente 13 años después de presentado por don Carlos Tejedor su Proyecto de Código Penal.

Interesa puntualizar que, en la materia de las penas, el despacho de la Comisión integrada por los Dres. Villegas, Ugarriza y García introdujo reformas subs-

tanciales a la obra del Dr. Tejedor. Este había legislado al respecto en el “Libro Segundo” de su “Parte Primera” y los Dres. Villegas, Ugarriza y García, en la pág. N.º XVI de su nota de 3 de enero de 1881 con la que remitieron al Poder Ejecutivo su Despacho dicen haber dedicado “la mayor atención al Título I que se ocupa de las penas en general”.

Efectivamente, no son pocas las modificaciones que la Comisión revisora introdujo al Proyecto originario en esta materia. Entre ellas debemos señalar, por la vinculación directa que guarda con el tema en examen, la supresión de la categoría de las “penas privativas del honor y humillantes” y, dentro de ésta, y naturalmente, de las penas de retractación, satisfacción y represión que el Proyecto Tejedor elencaba dentro de aquella categoría. *Con esta supresión*, acerca de la cual nada dice la nota de los abogados revisores, *la retractación deja ya de ser una pena para convertirse exclusivamente en una causa de impunidad o excusa absolutoria*. En efecto, el art. 252 del Proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García reproduce, a la letra, el texto del art. 12 del Título VII del Libro Primero de la Parte Segunda del Proyecto Tejedor. La única variante digna de mención entre ambos textos legales es la puntuación en ellos usada. El (.) punto que separa en este último cuerpo cada uno de los dos primeros incisos de dicho artículo se convierte en un (;) punto y coma en el art. 252 del Proyecto Villegas, Ugarriza y García.

Son pues fundamentales las reformas introducidas por la Comisión revisora al Proyecto Tejedor en materia de retractación. Por una parte, este instituto, como ya lo observamos, deja de ser una pena para convertirse definitivamente en una excusa absolutoria o causa de impunidad. Resolvía así la Comisión, superándola sin duda y con todo acierto, aquella aparente contradicción que observábamos en el Proyecto Tejedor. Pero, al suprimir lisa y llanamente el artículo 8.º del parágrafo 3.º del Título II del Libro Segundo de la Parte

Primera del Proyecto dejaba sin disciplinar el rito de la retractación. Dábase así origen a una serie de problemas que habrían de preocupar más tarde a los intérpretes de la ley: ¿en qué consistiría la retractación? ¿Cómo habría de proceder el retractante para ser tenido realmente por tal? ¿Cómo se haría efectiva la publicidad de la retractación? etc., etc. Ya veremos que estos problemas se hicieron efectivos y reales al sancionarse el Proyecto Tejedor como Código de la Nación y subsisten todavía hoy, siendo de lamentar que, en algunos casos, los Tribunales de justicia hayan acudido para resolverlo a las vetustas disposiciones del Fuero Real antes que a las normas claras y sencillas que, sobre la materia, contenía el Proyecto Tejedor siquiera fuese para desentrañar el espíritu con que había sido concebida la institución.

Acerca del Proyecto Villegas, Ugarriza y García sólo nos resta por decir que, vigente como estuvo, como Código Penal, en la Provincia de Córdoba, puede afirmarse que en este Estado argentino la retractación rigió como excusa absolutoria desde el 14 de agosto de 1882 toda vez que las modificaciones introducidas por la ley codificadora para nada se referían a la institución que nos ocupa (46).

LA RETRACTACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1887

a) *La sanción del primer Código Penal Argentino.*

El 11 de mayo de 1881 el Poder Ejecutivo dirigió un mensaje a la H. Cámara de Diputados sometiendo a la consideración del Congreso el Proyecto elaborado por los Dres. Villegas, Ugarriza y García. La Cámara resolvió encomendar a una Comisión Especial formada por los Diputados Marengo, Solveyra, Tezanos Pinto, Lagos García, Ruiz de los Llanos, Demaría y Paz el

(46) Puede verse esa ley en «Compilación / de / Leyes, Decretos y demás Disposiciones / de Carácter Público / dictadas / en / la / Provincia de Córdoba / el año 1882 / Tomo Noveno / Edición Oficial / p. 105.

estudio de aquel cuerpo legislativo. Pero fué la Comisión de Códigos de esta rama del Parlamento integrada por los legisladores Isaías Gil, Filemón Posse, Mariano Demaría, Bernardo Solveyra y Félix M. Gómez la que en definitiva produjo su despacho el 29 de setiembre de 1885 proponiendo que desde el 1.º de enero del año siguiente se observara, como ley de la República, el Código Penal redactado por el Dr. Carlos Tejedor con las reformas introducidas por la misma Comisión.

El despacho fué considerado por la Honorable Cámara en su sesión del 23 de octubre de 1885. En nombre de la Comisión el Diputado Solveyra fundó el Proyecto de *LEY CUYA APROBACION* aconsejaba a la Cámara y dijo que “la primera cuestión que se inició en el seno de la Comisión fué sobre cuál proyecto tomaría como base de su trabajo: si el del Dr. Tejedor o el mismo revisado por la Comisión encargada de hacerlo. Y la Comisión se manifestó unánimemente sobre la conveniencia de tomar como base de sus estudios el Código del Dr. Tejedor”. Agregó el Diputado Solveyra, refiriéndose al Proyecto elaborado por los Dres. Villegas, Ugarriza y García, que la Comisión de que formaba parte “no podía tomarlo como base en su trabajo, porque no hay unidad, hay falta de filosofía, diré así, hay confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un Código”. Tenía además este Proyecto una grave falla: la de haber tomado como fuentes de inspiración el Código Bávaro y el Código Español “es decir, dos pueblos de razas distintas, de tradiciones diferentes, de costumbres distintas”.

En realidad si bien es cierto que la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados aconsejaba la sanción, como Código Penal de la República, del Proyecto Tejedor, no es menos cierto que introducía al mismo numerosas o importantes reformas. Tantas y tan importantes fueron éstas que Rodolfo Rivarola y José Peco no vacilan en afirmar creo que con alguna exageración, que en realidad, más que del Proyecto Tejedor se trata de un código distinto. Suprimiósese, en efecto, la clasificación tripartita de las infracciones pe-

nales y las normas relativas a la indemnización del daño causado por el delito, fijáronse límites mínimos y máximos a las penas en lugar del sistema de sanciones rígidas establecido por el Proyecto Tejedor, legislóse sobre el robo de cadáveres, aboliéronse las sanciones al suicidio frustrado y a la ayuda al suicidio, etc., etc.

Tras una breve pero muy interesante discusión en la que intervinieron los Diputados Posse, Demaría, Leguizamón y Dávila fundando sus votos favorables a la sanción del despacho y los señores Mansilla y Argento pronunciándose en sentido contrario al Proyecto, éste fué aprobado en general en la misma sesión.

Es muy interesante la lectura del debate porque de ella resulta claramente la efectiva vigencia del Proyecto Tejedor en toda la República excepción hecha de la provincia de Córdoba. Así lo dicen, con innegable conocimiento de causa, todos los legisladores que se expresaron en favor del despacho de la Comisión.

La Cámara remitió para las sesiones del año siguiente la consideración en particular del Proyecto. Tratóse el asunto en la reunión del 15 de noviembre de 1886 y en ella llevó la palabra del Poder Ejecutivo el señor Ministro de Justicia e Instrucción Pública Dr. Filemón Posse el mismo que, como diputado había suscripto el despacho favorable de la Comisión de Códigos. Juan Silva Riestra ha compuesto una hermosa descripción de este debate que fué áspero y, por momentos, casi dramático. En realidad, los opositores a la sanción del Código con Mansilla a la cabeza, más que el Proyecto querían discutir la personalidad política de su autor. Así lo hizo observar el diputado Delfín Gallo al replicar a Mansilla: "Aquí no está en discusión el doctor Tejedor en su carácter de hombre público; no puede estarlo en otro carácter que en el de jurisconsulto y como autor del Código Penal que la Cámara trata de sancionar en este momento" (47).

(47) Juan Silva Riestra / «Carlos Tejedor / Su influencia / en la Legislación Penal Argentina» / Conferencia pronunciada en el Instituto Popular de Conferencias / de Buenos Aires, el 14 de junio de 1935 /

La discusión fué larga pero al cabo los opositores cejaron en su intento dilatorio, el diputado Mansilla se retiró del recinto y la Cámara aprobó en particular el primer Código Penal de la Nación. Por su parte el Honorable Senado ratificó esta sanción el 25 de noviembre de 1886, después de un brevísimo debate (48). El primer Código Penal de los argentinos empezó a regir el 1.º de marzo de 1887.

b) *Supresión de la pena de retractación en el Código de 1887. La retractación como excusa absolutoria.*

En la materia que nos ocupa el despacho de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados aconsejaba lisa y llanamente suprimir la retractación como pena. No se dieron las razones que determinaron esta actitud. Apenas si el diputado Solveyra, en su ya recordado discurso, expresó concisamente: "se han suprimido las penas de retractación y de confinamiento" (49).

En realidad, el nuevo Código adoptaba, a este respecto, la misma solución que diera al asunto el Proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García. En efecto, mientras borraba la retractación de la lista de las penas, el art. 186 de aquel cuerpo legal la mantenía como una excusa absolutoria.

El texto citado reproduce a la letra el art. 12 del Título VII del Libro I de la Parte II del Proyecto Tejedor sin más variante que la de substituir el (.) con que el Proyecto separaba el inciso 1.º del segundo y éste del tercero, con un (;) punto y coma.

Ya hemos dicho y por eso no nos repetiremos ahora cuáles fueron las consecuencias que se siguieron de esta manera de legislar. Suprimidas las disposiciones

Bs. Aires / Estudios / 1935. Figura en la Colección de Folletos de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en el tomo 418 de la 2.ª Serie. Véase también: Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la Cámara de Diputados / compilado y publicado por la oficina de Taquígrafos de la misma Cámara / 1886 / t. 2.º / pág. 734.

(48) Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la Cámara de Senadores / Sesión de 1886 / pág. 918.

(49) Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la / Cámara de Diputados / año 1885 / Tomo segundo / pág. 723.

que disciplinaban el modo de hacer efectiva la retractación abriéndose la puerta a una interminable serie de cuestiones que no por ser formales dejaban de tener grandísima importancia como que de su solución dependía el que hubiera mediado o no retractación y, en consecuencia, el que se eximiese o no de pena al ofensor del honor ajeno.

c) *Edición del Código Penal hecha por el doctor Julián L. Aguirre.*

No podemos concluir con la referencia que venimos haciendo al Código de 1887 sin hacer mención de un episodio bibliográfico que, con el correr de los años, habría de tener una repercusión insospechada. Nos referimos a la edición que del Código Penal sancionado en 1886 hizo el doctor Julián L. Aguirre en aquel entonces vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial de la Capital.

Este dignísimo magistrado había prestado una inteligente y constante colaboración a la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados que tuvo a estudio el Proyecto Tejedor. Así nos lo hace saber el diputado Filemón Posse en la sesión del 23 de octubre de 1885 con las siguientes palabras: "En honor de los dos jueces del crimen, Doctores Aguirre y Torres, debo declarar ante la Cámara que ellos han tenido la amabilidad de pasar en mi casa muchos meses hasta más de las doce ayudándome a dar la última revisión al Proyecto de Código Penal" (50).

Sancionado el Código, el doctor Aguirre procedió a hacer una edición de la nueva ley acompañando al pie de cada uno de los artículos de la misma las notas con que el doctor Carlos Tejedor ilustrara los textos de su Proyecto: "La base fundamental de nuestro trabajo —dice el doctor Aguirre en su Prólogo— consiste en la concordancia de las notas explicativas del Proyecto con las disposiciones del Código vigente, siendo escasas las

(50) Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la / Cámara de Diputados / año 1885 / tomo 2.º / Buenos Aires / 1886, pág. 727.

que hemos agregado de nuestra cuenta, sin emitir juicios propios sobre la bondad de sus doctrinas ni sobre los errores que, como sucede en las obras humanas, haya incurrido" (51).

Pues bien, al anotar el artículo 186 del Código Penal, el doctor Aguirre, después de transcribir la nota con que Tejedor ilustraba el correspondiente artículo 12 del Título VII, del Libro I, de la Parte II de su Proyecto, agrega la otra nota que el mismo Tejedor había puesto al pie de los arts. 6.º, 7.º y 8.º del párrafo 3.º del Título II del Libro II de la Parte I. En una palabra, el doctor Aguirre creyó conveniente utilizar las referencias con que el doctor Tejedor había ilustrado los artículos que, en la Primera Parte de su Proyecto dedicaba a la retractación considerada como pena, artículos que fueron suprimidos por la Comisión Legislativa Revisora, para complementar con dicho material la doctrina del art. 186 del flamante Código Penal. Pero nada agregó, en este punto, que no hubiese sido dicho por el Dr. Tejedor.

Sin embargo, muchos años más tarde, en 1939, este celo habría de serle duramente reprochado. En ese año, en efecto, el Dr. Juan P. Ramos, Profesor titular de Derecho Penal de esta Casa de Estudios, publica un libro sobre "Los delitos contra el honor". Y, al estudiar la retractación, dedica un párrafo a las notas del Dr. Aguirre y allí dice: "En 1887, el doctor Julián L. Aguirre publicó una edición del flamante código penal de ese año, en la cual agregó a cada artículo las notas que acompañaron al texto Tejedor. Pero aumentó varias de ellas, sin advertir al lector, en cada caso, dónde comenzaba su aporte o agregado. Una de ellas es la que *colocó, sin advertencia alguna, a continuación de la opinión de Tejedor que acabo de copiar*" (se refiere a la nota al art. 12, del Título VII, del Libro I, de la Parte II del Proyecto).

(51) Código Penal / de la / República Argentina, anotado y concordado / con las notas del Proyecto primitivo / por el / doctor Julián L. Aguirre / Vocal de la Cámara de Apelaciones de lo Criminal y Comercial de la Capital. Buenos Aires / Félix Lajouane editor / 49 calle del Perú 53 / 1887, pág. XIII del prólogo.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

Y continúa diciendo el doctor Ramos: "Lo curioso en este agregado del doctor Aguirre es que, por haber tenido una gran difusión su edición del Código, sus notas, agregadas a las de Tejedor, fueron más de una vez citadas y comentadas en fallos judiciales, como si fueran de Tejedor mismo, en materia de retractación, exactamente". Como se ve el error que ha padecido el doctor Ramos es total. No hay en la nota que el doctor Aguirre acompañó al art. 186 del Código Penal de 1887 una sola palabra que no pertenezca a Carlos Tejedor, una sola palabra que haya sido puesta por propia y espontánea decisión del doctor Aguirre. Bien pudo pues ser citado el contenido de esas notas, por magistrados y tratadistas, como si fueran del doctor Tejedor porque efectivamente de él eran y a él le pertenecían.

Lo grave del caso es que este error del doctor Ramos contribuyó a hacerle creer que, para Tejedor, la retractación debía hacerse confesando el ofensor que había mentado en cuanto dijera de su víctima siendo así que en la nota originaria del codificador y que Ramos atribuye erróneamente a Aguirre se dice con toda claridad que "*esta palinodia no se imponía, sino en las injurias graves o atroces*. En las simples, se decretaba sólo la súplica de perdón... y en las de sentido ambiguo la declaración que hacía el reo diciendo que tenía y había tenido siempre al ofendido por persona honrada". Es pues claro que jamás se le ocurrió a Tejedor exigir al retractante tal confesión de mentira. Si, como lo sostiene el propio Ramos, Tejedor había reservado la retractación para las injurias verbales y las escritas leves ¿cómo pudo sostenerse que, en estos casos, la retractación había de revestir la gravedad de una pena impuesta por una ley del siglo XIII para las injurias atroces?

Y lo grave del caso es que este error fué compartido por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital que, más de una vez, exigió para declarar existente y válida una retractación, que el querellado confesase un pecado de mentira...

d) *La experiencia de la retractación bajo el Código Penal de 1887.*

Para concluir con las referencias al primer Código Penal Argentino procuraremos ahora mostrar cómo vivió la retractación en nuestras prácticas forenses durante la vigencia de ese cuerpo legal ya sea como ley local ya como ley de la Nación.

Diremos ante todo que las retractaciones no fueron muy frecuentes en nuestro medio. Un mal entendido pundonor parece contener a los querellados por delitos contra el honor al borde mismo de pronunciarla. Es frecuente así que el imputado niegue haber vertido las expresiones injuriosas que se le atribuyen pero aún puesto en tal situación, cuida de afirmar que no se retracta. Así vemos proceder a un señor Rafael Gallino querellado por injurias y calumnias por el Gerente de la Sucursal del Banco Nacional en Corrientes, don Carlos S. Roca. En la audiencia prescripta por el art. 603 del Código de Procedimientos Penales que regía en aquella Provincia en 1886, el señor Gallino niega los hechos aseverados en el escrito de demanda pero agrega en seguida que "no venía dispuesto a hacer ninguna retractación de palabras que no había vertido" (52).

Ello no obstante no son infrecuentes los casos en que el imputado reconoce haber vertido los juicios que se le atribuyen bajo los efectos de un error de información y los retira. El querellante acepta las explicaciones que se le dan pero, en tales casos, la relación procesal se disuelve por el desistimiento del acusador y no como efecto de una retractación. Así ocurrió en la querrela instaurada por el Administrador de Aduanas don José Luis Amadeo contra don Vicente E. Martí-

(52) Causa Criminal / iniciada por don Carlos S. Roca / Gerente de la Sucursal del Banco Nacional / en Corrientes / contra don Rafael Gallino / por injurias y calumnias / Corrientes / Imprenta El Autonomista / 1886. Figura en la Colección de folletos de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo 28 de la 4.ª serie.

nez, Director del Diario "Sud-América". La querrela instaurada en 1887 se termina mediante un escrito presentado, de común acuerdo de partes a los autos en el que el querrellado expresa que "al afirmar los hechos contenidos en el artículo acusado en virtud de informes que le fueran suministrados por terceras personas, declara que al ir a verificar su exactitud encontró que había sido vilmente engañado"... "En vista de esa declaración el señor Amadeo expresa que al perseguir este juicio lo hizo exclusivamente con el propósito de esclarecer las satisfacciones que se le hacían y a fin de vindicar su reputación de caballero y funcionario sin que le guiara nunca el deseo de perseguir una venganza". En consecuencia, el actor desiste y el Juez, por auto del 18 de enero de 1888, le tiene por desistido de la acusación deducida y ordena archivar las actuaciones.

Son los menos, pero tampoco faltan, los casos de una retractación lisa y llana. Así en la querrela por calumnias seguida por Pedro Spalla contra Luis Bollo se verifica, el 8 de junio de 1887, un juicio verbal en el que el querrellado "se retracta en este acto de las ofensas e injurias que ha inferido a don Pedro Spalla, estando de acuerdo que esta declaración se haga pública según lo dispone el art. 186, inc. 3.º del Código Penal pudiendo insertarse en el diario "La Patria Italiana". Pero, en este caso, y no obstante la claridad de los términos empleados por el retractante la querrela no termina por sobreseimiento sino por el retiro de la acusación que, por su parte, hace el señor Spalla.

Lo propio acontece en una curiosa querrela promovida por el funcionario policial Antonio Carrasco contra Teresa Bruni en el año 1887. Según el actor, la Bruni le habría calumniado al manifestar que le pasaba \$ 50 mensuales para que la tolerara en el ejercicio de la prostitución clandestina. En este caso el avenimiento se produce bajo la forma de un escrito que presentan ambas partes. En él dice la acusada que "si bien reconoce que, en efecto, pronunció en la Comisaría de la Sección Tercera las frases calumniosas que han dado nacimiento a la presente querrela, procedió sin darse cuen-

ta de lo que hacía, exacerbado su espíritu por la situación violenta en que se hallaba colocada respecto de la autoridad y aconsejada por personas que, sin duda, profesan mala fe al acusador". En consecuencia de lo expuesto se retracta expresamente de dichos conceptos, confiesa la injusticia con que ha procedido y declara que reconoce al señor Carrasco como un completo caballero y un recto funcionario". En este caso también y no obstante la amplitud de los términos con que se produjo la querrelada, el actor desiste previo acuerdo de partes sobre el pago de las costas que quedan naturalmente a cargo de la retractante.

Generalmente las explicaciones se daban en comparendos de conciliación dispuestos por los magistrados. Antes de la vigencia del actual Código de Procedimientos en lo Criminal sancionado el 27 de Octubre de 1888 tales comparendos solían decretarse aún hallándose el juicio muy adelantado y siempre antes de dictarse sentencia. Después de la sanción de la ley de forma que todavía nos rige, el comparendo se verifica, como aún ahora acontece, antes de correrse traslado de la querrela.

La publicidad de la retractación o de las explicaciones suele convenirse por las partes. Así se hace en la querrela instaurada por el Juez Letrado de Río Negro, doctor Abraham Aree contra don Rómulo Sarmiento por la aparición de un suelto publicado en "El Nacional" que el querellante estimaba calumnioso. El señor Sarmiento da explicaciones en términos similares a los que empleara, en otra causa antes referida, el director del diario "Sud-América", y el actor pide al Juzgado se publique el acta en el diario "El Nacional". Lo mismo se acuerda por las partes en la ya recordada querrela seguida por José Luis Amadeo contra Vicente E. Martínez y en otra instaurada por don Conrado van Emster, gerente del "Nuevo Lloyd Alemán" contra el Dr. Basilio Cittadini, redactor de "La Patria Italiana" en Buenos Aires. En esta querrela, tramitada du-

rante la vigencia del Proyecto Tejedor como Código local, por un escrito presentado de común acuerdo de partes, el 2 de Mayo de 1883, se decide que las explicaciones dadas por el señor Cittadini se publicarán en los siguientes diarios: "La Patria Italiana", "Patria Argentina", "El Nacional", "La Nación", "Le Courier de la Plata", "The Standard", "The Herald", un diario de Génova y el "Deutscher Zeitung". Es éste, sin duda alguna, el caso de mayor publicidad que hayamos conocido en esta materia.

A pesar de que, tanto el Proyecto Tejedor como el Código de 1887, se refieren concretamente a calumnias e injurias vertidas contra "un particular" por oposición a funcionario público, hemos visto que en algunos de los casos citados, la retractación o explicaciones satisfactorias cobraban validez aún cuando el ofendido fuese un funcionario público: el Administrador de Aduanas, un Juez Letrado, un funcionario policial. El problema se discutió concretamente en la causa seguida por el señor Agente Fiscal Dr. Adolfo Cano contra el Director de "El Diario". En este caso, el querellado dió explicaciones tan amplias, tan satisfactorias para el funcionario querellante que ellas importaban una verdadera retractación. Ello no obstante el fiscal ofendido expresó que si bien "quedaba satisfecho en su carácter particular y aceptaba las explicaciones, como funcionario público entendía que, en ese carácter, no podía aceptar transacción alguna". Llevado el caso a decisión de la Exema. Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Criminal y Correccional la mayoría del Tribunal compuesta por los Dres. García, Pérez y López Cabanilla confirmó la resolución dictada por el Juez Dr. Tomás de Veyga en la que se dijo que "Si bien el art. 186 del Código Penal se ha propuesto evidentemente que los delitos de los funcionarios públicos, por el interés social que hay en esclarecerlos y castigarlos, no se dejen impunes por transacciones de los mismos acusados, es de advertir que ese artículo nunca podría regir este caso porque aquí no ha ocurrido el perdón a que él

se refiere" sino, agregamos nosotros, la retractación del imputado. La minoría de la Cámara integrada por los Dres. Estévez y Saavedra se pronuncia en sentido contrario porque ante el texto expreso de la ley que habla de "particular" no caben distingos. Invocan estos magistrados, en apoyo de la suya, la opinión expuesta por el Dr. Rivarola en su obra "Exposición y Crítica del Código Penal Argentino" donde se dice que "el empleado público no puede dejar subsistente la duda sobre su conducta como tal, manifestando su magnanimidad con el ofensor" (53).

Otra cuestión muy discutida por la jurisprudencia bajo el imperio del Código Penal derogado fué la inteligencia que debía darse al inc. 3.º del ya citado artículo 186. Discutióse en efecto si la retractación sólo procedía en caso de injurias verbales y escritas leves o aún en los supuestos de calumnias e injurias graves.

En su comienzo, todo el mundo entendió que el aludido inc. 3.º se refería tanto a las calumnias como a las injurias. La frase inicial del artículo rezaba así:

"Art. 186. El culpable de calumnia e injuria contra un particular, queda exento de pena: "... y el inciso 3.º expresaba:

"3.º) Si en las mismas consiente en hacer una retractación pública".

Concordando directamente el texto del inciso con la frase inicial del artículo el sentido de la ley aparecía clarísimo: las palabras "las mismas" del inciso se refieren naturalmente a la "calumnia e injuria" mencionadas en la frase inicial. El pronombre "mismas", en femenino plural, concordaba con los dos nombres femeninos de "calumnia" e "injuria". Por otra parte, es una regla de hermenéutica que los incisos cuando constituyen una enumeración de distintos supuestos legales vinculados a una previsión común se completan

(53) Fallos y Disposiciones de la Exema. Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial de la Capital, T. XCIII, págs. 11 y sgtes.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

directamente con esta última, ya que, en tales casos, lo que hace el redactor de la ley es evitarse la repetición de la disposición común.

Así lo entendió Rodolfo Rivarola, el más autorizado expositor del Código Penal de 1887. En efecto, en su "Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina", dice textualmente: "También excluye la pena la retractación pública, sea de la injuria, sea de la calumnia cuando se haya inferido a un particular" (54).

Así lo entendió también la jurisprudencia de la Excm. Cámara Comercial, Criminal y Correccional de la Capital hasta el año 1910.

En efecto, en una querrela por calumnias instaurada contra una señora Rosa Gerosa de Caldirola habiéndose ésta retractado de una manera pública de la ofensa que infiriera, el Juez Dr. Pérez, invocando el art. 595 del Código de Procedimientos en lo Criminal resolvió sobreseer en la causa. Apelado el pronunciamiento, la mayoría de la Cámara compuesta por los Dres. Ortiz y Bunge lo confirmó con la disidencia del Dr. Barra quien planteó, en su voto y por primera vez la cuestión que nos ocupa afirmando que el inc. 3.º del art. 186 limitaba la órbita de la retractación a las injurias verbales y a las escritas leves (55). Esta decisión fué mantenida por el Tribunal en la querrela seguida por doña Lucía Rella de Settini contra Cándido Rella el 26 de Mayo de 1897 y en otra causa promovida por un señor Coria contra la señorita Concepción Conselo el 4 de Setiembre del mismo año (56).

Pero en 1910 el doctor Rivarola, actuando como abogado, postuló judicialmente la solución opuesta a la que había enseñado como publicista y que había adop-

(54) «Exposición y Crítica / del / Código Penal / de la / República Argentina / por el doctor Rodolfo Rivarola / tomo 2.º / Buenos Aires / Félix Lajouane editor / 79 Perú / 1890, pág. 270.

(55) Fallos de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial, T. XXIV, pág. 79.

(56) Fallos de la Excm. Cámara de Apelaciones en lo Criminal, Correccional y Comercial, T. LXXII, pág. 242.

tado la jurisprudencia. En efecto, patrocinando a unos señores R. A. en una querrela que éstos habían promovido contra los señores N. y M. por el delito de injurias graves se produjo la situación procesal siguiente: en la audiencia de conciliación los querrelados ofrecieron amplias retractaciones que no fueron aceptadas por el representante de los actores sosteniéndose por el doctor Rivarola que la retractación sólo eximía de pena en las injurias verbales y en las escritas leves. El Juez de primera instancia, acogiéndose a la jurisprudencia imperante, dispuso el sobreseimiento de la causa. Pero apelado este pronunciamiento por el doctor Rivarola, la Excm. Cámara en lo Criminal, Correccional y Comercial de la Capital de la República varió la jurisprudencia imperante decidiéndose por el voto de la mayoría de sus miembros compuesta por los doctores Ramón S. Castillo, Ricardo Seeber y Angel Casares que la retractación "como medio de eludir la penalidad que se establece para el delito respectivo sólo es aplicable a los casos de injurias verbales o escritas leves".

Por su parte, la minoría representada por el doctor Daniel J. Frías sostuvo que la retractación tanto era aplicable a los casos de calumnia como en los de injuria.

La tesis de la mayoría, entre otros argumentos de carácter gramatical y sistemático, hacía hincapié en la nota con que el Dr. Tejedor ilustró el respectivo artículo en su proyecto. Ya vimos que esa nota decía: "La retractación, censurable en sí misma por los inconvenientes que ofrece, puede ser alternativamente ordenada *EN ESTAS CLASES DE INJURIAS*". Es decir, en las verbales o en las escritas leves. A su vez, la minoría se fundaba en las disposiciones de la ley procesal-penal dictada con posterioridad al Código represivo. Invocaba el art. 595 del Código de Procedimientos criminales que dispone que "en cualquier estado del juicio en que el acusado ofreciera retractación de una manera pública *DE LA CALUMNIA O INJURIA* que ha dado lugar a la acusación, se sobre-

seerá en la causa” argumento que no consideramos válido pues cuanto atañe a las excusas absolutorias es materia de la legislación de fondo y es obvio y elemental que las disposiciones de esta última no pueden ser alteradas por las leyes que regulan el procedimiento.

De todos modos esta decisión jurisprudencial significó restringir singularmente la órbita de aplicación de la institución que nos ocupa (57).

Para concluir con la experiencia de la retractación en este período de nuestra vida jurídica sólo nos queda por decir que, en ningún caso, nos ha sido dable ver un acta de retractación en la que el querellado confesase o reconociera “que había mentido en cuanto dijera” de su acusador. Esta sola circunstancia de por sí demuestra cuan arbitraria es la tesis que pretende hacer regir las formas de la retractación por las reglas del Fuero Real en virtud de una nota puesta por Tejedor al pie de un artículo de su Proyecto siendo así que esas formas no se aplicaron nunca entre nosotros ni en la época en que ese Proyecto rigió como Código Penal local ni durante su vigencia como Código Penal de la Nación.

— IV —

LA RETRACTACIÓN EN EL PROYECTO DE 1891

El Código de 1887 nació viejo. Los veinte años transcurridos desde el día en que el Proyecto que le dio origen fué entregado por su autor al Poder Ejecutivo hasta aquél en que empezó su vigencia no habían pasado en vano para la ciencia del derecho penal y para la técnica legislativa. Las críticas que contra el mismo disparara Rodolfo Rivarola en su libro ya citado, aparecido en 1890, tres años después de la sanción, demostraron cumplidamente la necesidad de emprender la reforma penal.

Atento a este reclamo de la ciencia y de la opinión, el Presidente Juárez Celman con actuación de su Mi-

(57) El fallo de segunda instancia puede verse transcripto en la «Revista Argentina de Ciencias Políticas», año 1910, Tomo 1.º, pág. 303.

nistro Amancio Alcorta expedía, en fecha 7 de junio de 1890, un decreto por el que se nombraba a los Dres. don Norberto Piñero, catedrático de derecho penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Capital, don Rodolfo Rivarola, Fiscal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires y don José Nicolás Matienzo, Juez de Primera Instancia en la Capital de la misma Provincia, a fin de que, constituidos en Comisión, proyectasen las reformas que reputaran necesario introducir en el Código Penal.

Muchas veces ha sido recordado este histórico decreto en cuyo segundo considerando se hacía mérito de la circunstancia de que “en los últimos años... la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que, si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ahora como verdades inconcusas, deben tomarse en consideración para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación”. Aludíase con estas palabras al ideario de la Escuela Positiva que, violentamente objetado por aquellos tiempos, en Italia, su tierra de origen, era sin embargo señalado a la consideración de los codificadores designados por el Gobierno de una joven y pujante República sudamericana (58).

En la materia que nos ocupa el Proyecto de 1891 introdujo modificaciones que fueron más formales que de fondo.

Es así como mantuvo la retractación como excusa absolutoria para los culpables de injurias y calumnias. No debió pues ser tan funesta como se pretende la vigencia de esta institución en nuestras prácticas forenses

(58) Proyecto / de / Código Penal / para la / República Argentina / redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una Exposición de Motivos / por los Doctores / Norberto Piñero / Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias / Sociales de la Universidad de Buenos Aires / Rodolfo Rivarola / Fiscal de las Cámaras de Apelación del Departamento de la Capital / de la Provincia de Buenos Aires / José Nicolás Matienzo / Juez de la 1.ª Cámara de Apelaciones del mismo Departamento / Buenos Aires / Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional / 1891; p. 3.

cuando los autores del Proyecto de 1891, dos de los cuales eran magistrados en activo ejercicio de sus funciones decidieron mantenerla en el Código que proyectaron.

El art. 145 del Proyecto de 1891 decía así:

“El culpable de injuria o calumnia contra un particular quedará exento de pena si se retractare públicamente”. Las únicas concordancias señaladas por la Comisión a dicho texto fueron el ya conocido artículo 186 del Código Penal vigente y el 315, inc. 3.º del Proyecto Tejedor con la numeración adoptada por la Ley de la Provincia de Buenos Aires que lo erigió en Código local.

La nueva redacción dada al texto citado concluía con el debate a que ya nos referimos acerca de si la retractación se aplicaba a todos los delitos contra el honor o sólo a las injurias verbales y escritas leves. El Proyecto de 1891 se decidía categóricamente por la extensión de la excusa tanto a las calumnias como a las injurias.

Nada decía el artículo 145 acerca de la oportunidad o de la forma en que habría de practicarse la retractación pública. Limitaba, eso sí, el ámbito de su acción excusante a los delitos cometidos contra el honor de los particulares excluyendo en consecuencia las imputaciones formuladas contra los funcionarios públicos.

La Exposición de Motivos, generalmente tan precisa y compendiosa, se reduce a decir que el art. 145 es reproducción del art. 186, inc. 3.º, del Código vigente (59).

La ninguna trascendencia que el Proyecto de 1891 tuvo en la materia que nos ocupa nos excusará mayores comentarios a su respecto. Sabida es, por otra parte, la desdichada historia de esta iniciativa cuyo rechazo atravesó, por lo menos en un cuarto de siglo, el progreso de nuestra legislación penal.

En efecto, remitido al Congreso el Proyecto elaborado por los Dres. Piñero, Rivarola y Matienzo fué

(59) Ob. cit., pág. 132.

estudiado por una Comisión especial designada por la Honorable Cámara de Diputados y compuesta por los doctores Mariano Demaría, Francisco A. Barroetaveña, Tomás J. Luque y Remigio Carol. El informe de esta Comisión, que no llegó a considerarse, aconsejaba la sanción del Proyecto introduciendo al mismo modificaciones de escasa importancia.

En Marzo de 1900 la Comisión de Códigos de la misma Cámara, integrada por los Diputados Juan A. Argerich, M. I. Moreno y Pedro T. Sánchez, presentó, en substitución del Código elaborado por los doctores Piñero, Rivarola y Matienzo un Proyecto de Ley introduciendo reformas parciales a la ley vigente. La consideración de este despacho que se inició el 13 de junio de 1900 dió origen a un extenso e ilustrativo debate en el que los principales contendores fueron, por un lado, el Dr. Juan A. Argerich, abogado de extensa reputación como criminalista práctico y por el otro los Diputados Doctores Tomás R. Cullen y Carlos Olivera. El primero se pronunció a favor del despacho proyectado por la Comisión de Códigos de la que formaba parte aduciendo ser preferible la reforma parcial proyectada a la sanción de un nuevo Código Penal que, como el preparado por los Dres. Piñero, Rivarola y Matienzo adolecía, a su juicio, del defecto de “confundir la misión de la ciencia con la obra legislativa”. Por la reforma total se pronunciaron los Dres. Olivera y Cullen en eruditos y ponderados discursos. Desgraciadamente para el derecho penal argentino, en la sesión de 22 de junio de 1900, la Cámara de Diputados se decidió por la reforma parcial aprobando, en general, el despacho preparado por su Comisión de Códigos que consideró, en particular, más adelante. En el Senado también tuvo feliz acogida la iniciativa de reforma parcial. La Comisión de Legislación de dicho cuerpo integrada por los Senadores Pellegrini, Palacio y Mantilla aconsejó la aprobación del proyecto votado por la Cámara de Diputados con breves variantes pese a la magnífica e inolvidable impugnación que de la reforma en proyecto hiciera el

Senador Herrera. Así se sancionó la Ley 4.189 el 22 de agosto de 1903.

La reforma parcial tuvo un ilustrado comentarista crítico. Fué el doctor Rodolfo Moreno (h.) que ese mismo año de 1903 publicó en La Plata su estudio intitulado "La ley penal argentina" (60). El Dr. Moreno se manifestó sin ambages adversario de la reforma parcial sancionada: "Confieso —nos dice— que hubiera encontrado más acertado que la sanción de reformas parciales la adopción en general del Proyecto Rivarola - Matienzo - Piñero, que es inmensamente más completo que el Código vigente. Sobre todo, lleva la ventaja de obedecer a un plan razonado, metódico y no a una serie de disposiciones tomadas de diversas partes y por distintas personas y que lo hace parecer a esos trajes viejos de algunos pordioseros que tienen muchos remiendos, de diferentes colores, clases y épocas" (61).

La ley 4.189 nada innovó en materia de retractación. Continuó pues rigiendo el viejo texto del artículo 186, inc. 3.º del Código Penal de 1887. Esta omisión inspiró a Rodolfo Moreno agudas y reiteradas críticas. "Basta que el calumniador diga ante el Juez que se retracta de las ofensas inferidas para que el proceso termine y no se aplique castigo alguno a su provocador" (62).

Y más adelante:

"El Código no ha sido modificado en la parte que establece que basta la retractación para que un juicio por calumnia o injuria quede concluído sin mayores consecuencias para su autor."

"Una calumnia lanzada contra un individuo toma cuerpo, lo perjudica en todo sentido y se propaga con

(60) La / ley penal argentina / Estudio crítico / por Rodolfo Moreno (h.) / con un prólogo del / Dr. Tomás Puig Lomes / Juez del Crimen del Departamento de la Capital / de la Provincia de Buenos Aires / La Plata / Editores, Sese y Larrañaga / Buenos Aires / Moreno 950 / 1903.

(61) Idem, ídem, pág. 45.

(62) Idem, ídem, pág. 22.

esa velocidad que tienen generalmente todas las especies que atacan a la reputación o al honor. Cuando el atacado acusa, todo el daño está ya producido... Entre tanto para el autor es muy cómodo el procedimiento: ha causado todo el mal que deseaba y cuando llega la hora de las responsabilidades le basta decir que se ha equivocado y se retracta... Además la retractación no suprime todos los efectos perniciosos de la calumnia. De ella siempre queda algo y mucha gente cree que no han habido pruebas pero que el hecho en el fondo es exacto... El honor es tan sagrado como la propiedad y como la vida. A nadie se le ocurre que si un ladrón devolviera lo robado y declarara después que se retractaba de su acto debiera eximirse de castigo. A nadie le parece tampoco que si un autor de lesiones manifiesta su arrepentimiento debe sacársele del dominio de la ley penal y sin embargo a todos les parece muy lógico y muy natural que a un calumniador que se retracta se le exima de toda pena."

"Se dirá que en los primeros casos hay un hecho material, que en este delito no existe, que la sociedad encierra al que roba o mata porque quiere librarse de un peligro."

"A los que así argumentaran les preguntaría si no consideran peligroso para la vida social al que calumnia y denigra, al que es con sus acciones y palabras un vivero de crímenes porque las malignidades que se levantan y se agrandan, al circular como la bola de nieve, concluyen por provocar el crimen y, lo que es peor, el crimen del inocente."

"Creemos por eso que autorizar la retractación como medio de librarse de la pena es un error, que probada la injuria o la calumnia y descubierto su autor, debe ser penado como un delincuente honorario sin darle ese recurso salvador tan cómodo para el malvado" (63).

Hemos transcrita "in extenso" la primera y más formal impugnación que se haya alzado en el ámbito

(63) Idem, ídem, págs. 183, 184 y 185.

de la ciencia penal argentina contra el instituto de la retractación. Veremos en seguida que la misma tuvo un eco tan inmediato como autorizado.

— V —

LA RETRACTACIÓN EN EL PROYECTO DE 1906

La reforma parcial sancionada por el Congreso en 1903 no satisfizo. Por eso fué que el 19 de Diciembre de 1904 el Presidente Quintana, con actuación de su Ministro el ilustre don Joaquín V. González, emanaba un decreto constituyendo una Comisión compuesta de cinco juriconsultos, un médico y un secretario para que procediera, entre otras cosas, a la revisión del Código Penal. La Comisión se compuso de los siguientes doctores: Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero, abogados y José María Ramos Mejía, médico. Fué su secretario el señor José Luis Duffy.

Este conjunto de ilustrados ciudadanos, entre los cuales figuraban dos de los tres redactores del Proyecto de 1891, se expidieron en fecha 10 de Marzo de 1906 elaborando un nuevo Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina (64).

En la Exposición de Motivos con que acompañaron su trabajo los redactores hacen mención del instituto que nos ocupa en términos nada benévolos por cierto. Después de afirmar categóricamente que: "La larga experiencia de algunos de nosotros en la magistratura y en el foro, nos ha llevado a este triste convencimiento que el honor, es decir, el bien más precioso y querido del hombre culto, no tiene protección en la ley porque ésta y la jurisprudencia que le ha dado vida conducen, a fuerza de exigencias, sutilezas y distingos, a la completa impunidad de los delitos de este género" (65) dicen así:

(64) Proyecto / de / Código Penal / para la / República Argentina / Redactado por la Comisión de Reformas Legislativas / constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha / 19 de Diciembre de 1904 / Buenos Aires / Tipografía de la Cárcel de Encausados / 1906.

(65) Idem, ídem, pág. XLIX.

"Se sigue un largo juicio, con su cortejo inacabable de gastos, pérdidas de tiempo e incomodidades; se obtiene sentencia condenatoria, después de muchísimo tiempo; está próxima la sentencia de segunda instancia, que, al fin, hará justicia; parece inevitable, pues, el castigo y la reparación; pero no, todavía queda el recurso supremo, la retractación y el acusado que durante todo el juicio ha persistido en sus imputaciones, declara que las retira, a más no poder, y viene el sobreseimiento definitivo de la causa con la declaración de que su formación no perjudica el honor y buen nombre del acusado."

"Todo esto, señor Ministro, que parece mentira, es el reflejo fiel de lo que ocurre en nuestros Tribunales, en cuanto a los delitos contra el honor" (66).

Las expresiones que acaban de transcribirse parecen contener la reprobación más categórica de la institución que nos ocupa. En realidad, minuciosamente analizadas, sólo importan un pronunciamiento contra el régimen de la ley que no limitaba el término dentro del cual podría producirse una retractación válida.

Por no haberse analizado con la detención debida estas afirmaciones de la Comisión redactora del Proyecto de 1906 se ha llegado a decir entre nosotros y lo ha dicho el Profesor Ramos, en su ya citado libro de "Los delitos contra el honor" que "El proyecto de 1906 suprime la retractación como medio de exención de pena en los delitos contra el honor" (67).

Trátase de otro sensible error del ilustre maestro en el que también incurre Sebastián Soler (68). El Proyecto de 1906 no suprimió la institución de la retractación, lejos de allí, la legisló, quizás con mejor

(66) Idem, ídem, pág. II.

(67) Dr. Juan P. Ramos / Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de / Derecho de Buenos Aires / Ex Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional / de la Capital Federal / Los Delitos contra / el honor / Librería y casa editora / de Jesús Menéndez / B. de Irigoyen 156 / Buenos Aires, pág. 255.

(68) «Derecho Penal Argentino» / por / Sebastián Soler / Tomo III / 1945. Véase la nota 12 de la pág. 317.

criterio doctrinario como una causa de extinción de la acción penal en los delitos de calumnia e injuria. Lo único que hicieron los proyectistas de 1906 fué establecer un término pasado el cual la retractación sería inoperante. Ella debía hacerse antes de contestar la querrela.

El error de Ramos y Soler es explicable. En verdad en todo el texto de la Edición Oficial del Proyecto para nada se habla de la retractación y es sólo en la última página del libro, la que va dedicada a las "Erratas" donde se dice:

"Deberá agregarse al artículo 63:

"5.º) Por retractación pública o explicación satisfactoria del acusado por delito contra el honor, siempre que la retractación o explicación tuvieren lugar antes de contestarse la querrela y ofreciere el pago de costas y perjuicios".

Es de advertir, por otra parte, que la voz "retractación" figura en el índice alfabético de la citada edición (pág. 107) remitiendo a las "Erratas".

No se trata, en verdad aunque así podría creerlo algún suspicaz de la introducción subrepticia de una institución penal en un cuerpo legislativo. Los autores del Proyecto procedieron a plena conciencia al mantener esta institución cuya historia estamos relatando. Y tan es ello así que uno de los miembros de la Comisión redactora, el Dr. Rodolfo Rivarola, al publicar en 1910 su "Derecho Penal Argentino", expresa categóricamente: "En el Proyecto de 1906 se ha fijado la oportunidad de la retractación: "antes de contestarse la querrela" (art. 63, inc. 5.º). Con esto, la reparación sería más cierta, y se evitarían muchos juicios de esta clase que los acusados dejan seguir por largo tiempo, para retractarse antes de la sentencia, si la temen" (69).

En presencia del art. 63, inc. 5.º del Proyecto de 1906 cabe reconocer que la retractación variaba aquí

(69) Derecho Penal Argentino / Parte General / Tratado General y de la legislación actual / comparada / con las reformas proyectadas / y con legislaciones de lengua española / por / Rodolfo Rivarola / Buenos Aires / Librería Rivadavia / de G. Mendezky e hijo / Florida 359 / 1910, pág. 611.

de naturaleza jurídica. No era ya una excusa absoluta sino una causa de extinción de la acción penal. Quedaba expresamente extendida a todos los delitos contra el honor resolviéndose así el problema de interpretación que planteaba el art. 186, inc. 3.º del Código Penal entonces vigente. El Proyecto daba cabida a otra forma de extinción de la acción: la explicación satisfactoria utilísima para los casos en los que la falsa imputación fuese hija de un error de información más que de un propósito difamatorio.

Por fin, la retractación si bien extinguía la acción penal no cancelaba la obligación de pagar las costas que se ponían a cargo del retractante.

Como se ve el Proyecto, siguiendo la tradición iniciada por el de Villegas, Ugarriza y García no disciplinaba el modo cómo habría de hacerse efectiva la retractación ni tampoco en qué consistiría la publicidad de la misma.

A pesar de sus altos merecimientos, el Proyecto no logró atraer la atención de la Cámara de Senadores a la cual el mismo había sido remitido. Fué en vano que comentándolo en su Primera Parte, don Julio Herrera compusiese ese magnífico libro que se llama "La reforma penal". Fué en vano que el Congreso Penitenciario reunido en Buenos Aires, entre el 4 y 11 de mayo de 1914, aconsejase por el dictamen del Dr. González Roura, su aprobación por el Parlamento. La inercia legislativa pudo más y el Proyecto permaneció estancado en los anaqueles del Senado hasta que, en 1917, el diputado Rodolfo Moreno (h.) volvió a actualizarlo con la iniciativa que dió lugar a la sanción del Código vigente.

— VI —

LA RETRACTACIÓN EN EL PROYECTO DE 1917 Y EN EL CÓDIGO VIGENTE

Llegamos al término de nuestro largo y fatigoso peregrinaje. Son demasiado conocidas las circunstan-

cias que rodearon la sanción del Código actual para que sea menester recordarlas con detalle. Su sanción se debió a la iniciativa y a la tenacidad y a la comprensión del doctor Moreno que, a la sazón, representaba al pueblo de la Provincia de Buenos Aires en la Cámara joven del Honorable Congreso.

Este legislador presentó su Proyecto en la sesión del 17 de julio de 1916. Por el art. 1.º del mismo proponíase que, desde el 1.º de enero de 1917, rigiese, como ley de la Nación, el Proyecto de Código Penal del año 1906, con las modificaciones contenidas en los arts 2.º al 27 del que ahora se presentaba. Entre estas modificaciones (que son comúnmente conocidas con el título de "Planilla de Modificaciones") (70) no figura ninguna que se refiera a la retractación.

El Proyecto fué pasado a estudio de una Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria integrada por el propio Dr. Rodolfo Moreno y por los diputados Jerónimo del Barco, Delfor del Valle, Carlos M. Pradere y Antonio De Tomaso. Esta produjo despacho cabalmente un año después, el 16 de julio de 1917 y en ese dictamen se hace referencia a la retractación. Dice el despacho que "el Proyecto de 1891 admitía la retractación en todos los casos de injurias contra particulares" y que "el Proyecto de 1906 suprimió el artículo respectivo desechando ese medio de extinguir la acción penal" (71).

Hay en este párrafo de la Comisión un doble error. Ya hemos visto que el Proyecto de 1891, en su art. 145, extendía los efectos de la retractación a todos los delitos contra el honor y no solamente a las injurias. Ya hemos visto también que es incierto que el Proyecto de 1906 suprimiera la retractación y que lo que hizo fué legislarla en el art. 63 como inc. 5.º del mismo y como una forma de extinción de la acción penal de los delitos de calumnias e injurias.

(70) Congreso Nacional / Diario de Sesiones / de la Cámara de Diputados / año 1916 / tomo I / Buenos Aires / 1906 | Págs. 845 y sgtes.

(71) Idem, ídem, año 1917, Tomo IV, p. 75.

¿Cómo se explica este error de la Comisión del que más tarde habrían de participar juristas tan distinguidos como Ramos y Soler? Nos atrevemos a adelantar una hipótesis que no creemos aventurada:

Al compulsar el texto oficial del Proyecto de 1906 —cuyo art. 63, en sus cuatro primeros incisos ha pasado a ser el art. 59 de la ley en vigor— nadie ha parado mientes en la última página del mismo, colocada después del índice alfabético, página en la que se enumeran las "Erratas" de la impresión entre las que figura la omisión del inc. 5.º del art. 63 al que ya nos hemos referido. Se convirtió así en común el error de creer que el Proyecto de 1906 no legislaba la retractación. Rodolfo Moreno, adversario —según ya lo vimos— de este instituto, persuadido de ese error no introdujo modificación alguna al texto del Proyecto de 1906 en este punto creyendo de buena fe, que así desaparecía de la ley una institución que no le era afecta. Es así como en su "Planilla de Modificaciones" no hace referencia alguna a la retractación dándola por inexistente. Por eso es injusto con él el Doctor Ramos cuando en su monografía tantas veces citada, al comentar la reaparición de ese instituto en el Código vigente le atribuye "una contradicción inexplicable entre dos criterios doctrinarios y legales" (72).

No ha habido, en verdad, y de parte del Dr. Moreno, contradicción alguna. Fué la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria la autora del art. 117 del actual Código. Y así lo dice categóricamente su despacho:

"La Comisión adopta un sistema intermedio: admite la retractación pero no en cualquier estado del juicio, sino al contestarse la querrela o antes de hacerlo el acusado. Si éste afronta el juicio y no se retracta públicamente desde el principio debe estar expuesto a las consecuencias."

"Las razones son obvias. El que comete ese delito, es eficaz en el objeto que se propone, por la difusión de la especie. Cuando el atacado afronta el proceso y

(72) Ob. cit. pág. 256.

acusa, si el querellado no retira sus imputaciones, afirma éstas y aumenta el perjuicio. Una retractación posterior, después de un juicio largo, muchas veces con condena, no destruye los efectos del delito, importando una burla más para la víctima, obligada, si no es solvente el autor de las imputaciones, a gastos y contrariedades de todo género.”

“Por eso establecemos que sólo procederá la retractación al iniciarse el proceso”.

Es pues la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria la autora del art. 117 del vigente Código Penal.

La redacción de este texto legal ofrece la particularidad de haberse agregado a la expresión “contra un particular” las palabras “o asociación” reconociéndose así la posibilidad de que también los entes ideales sean afectados en su honor objetivo, esto es, en su buena reputación. Es ésta una de las originalidades del texto cuya historia hemos venido realizando. Casi todo lo demás se encontraba ya en los proyectos anteriores: la expresión “el culpable de calumnia e injuria” viene del art. 145 del Proyecto de 1891. La referencia al particular y el enunciado de la acción generadora de la excusa: “se retractare públicamente” vienen del Proyecto Tejedor. La exigencia temporal “antes de contestar la querrela” figuraba en aquel olvidado inc. 5° del art. 63 del Proyecto de 1906. Aquí la Comisión introdujo otra nota propia agregando las palabras “o en el acto de hacerlo”.

No vamos a analizar el texto del art. 117 del Código Penal. Siendo como es ley vigente su estudio pertenece a la dogmática y no a la historia interna del derecho. Nuestra labor quedó cumplida cuando llegamos a encontrarnos con su texto que, tal como fué proyectado por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, recibió consagración definitiva por el Honorable Congreso de la Nación.

Para concluir sólo nos resta destacar ahora que la investigación realizada prueba elocuentemente la ver-

dad de lo que dijéramos en nuestra primera comunicación al Instituto de Historia del Derecho: “La más insignificante norma jurídica se nos aparece de tal manera cargada de tradición legislativa y forense que, contra ésta nada pueden las elucubraciones doctrinarias de los teóricos por hábiles y subyugantes que parezcan”.

El estudio realizado nos ha hecho ver cuánto trabajo ha costado la redacción de un modesto artículo de la ley penal y cómo la expresión del texto vigente no es sino el resultado actual y no por cierto definitivo ni último de numerosos ensayos y tanteos realizados al filo de los años.

La experiencia de las generaciones, consolidada por el tiempo, ha sido en esta labor como el buril del orfebre que, con infinita paciencia, perfecciona cada día la imagen de la medalla cuyo grabado se propone. Pero esa experiencia de las generaciones se mueve no sólo obedeciendo a las inspiraciones del arte como el buril del orfebre o a las normas de una cada vez más refinada técnica legislativa; ella es el compendio de infinitas meditaciones, de innumerables anhelos de justicia muchas veces desoídos, de quien sabe cuántos dolores morales mucho más penosos que los peores sufrimientos físicos; esa experiencia de las generaciones está hecha, para decirlo con las palabras del gran conductor de Inglaterra, con sudor, con lágrimas, con sangre. Por eso, porque en su esencia mística se funden las esencias más puras del espíritu y del corazón humano las normas jurídicas de todas las legislaciones de todos los pueblos de la tierra se nos antojan como un gran coro inmortal y sagrado que los hijos de los hombres levantan incessantemente mientras procuran acercarse a la eterna y perfecta justicia de Dios.

ALFREDO J. MOLINARIO
Profesor Titular de Derecho Penal
y Director del Instituto

Progresos de los estudios del Derecho Penal en la Argentina *

Mi exposición de hoy tiene por objeto destacar la significación de los estudios penales en la Argentina, pero se incurriría en gran error si no tomásemos en cuenta algunos antecedentes históricos acerca de la enseñanza de la ciencia penal en Buenos Aires, tema sobre el cual, recién en estos últimos años se han iniciado las investigaciones, realizadas principalmente por el Instituto de Historia del Derecho de nuestra Facultad.

Al fundarse la Universidad de Buenos Aires en 1821, el propio rector Antonio Sáenz dictó la cátedra de Derecho Natural y de Gentes; en su obra "Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes", se encuentran algunos temas, como el del duelo por ejemplo, que pertenecen al Derecho Penal.

El Dr. Juan Silva Riestra, que ha estudiado detenidamente este tema en "Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires", nos informa que Pedro Somellera, profesor de Derecho Civil, publicó en 1824 su obra "Principios de Derecho Civil", cuya tercera parte, que según Juan María Gutiérrez se dió a la estampa en Montevideo y se remitió manuscrita al Perú, por haberla pedido el Colegio de Cuzco, se refería "a acciones, los delitos, modos de precaverlos, los jueces y juicios".

Guret de Bellamare, cuya personalidad dió a conocer el historiador Ricardo Piccirilli, fué un abogado y magistrado francés, que llegó a Buenos Aires en 1822 al frente de un grupo de trece labradores compatriotas suyos. Al poco tiempo redactó un proyecto de código

* Conferencia Inaugural del Ciclo de Intensificación en Derecho Penal dada el día 25 de abril de 1949.

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

de instrucción criminal y otro penal leyendo este último ante un grupo de entendidos en la materia en el salón de la Biblioteca. Pocos años después en 1827, dictó cursos de derecho comercial y derecho criminal en la Academia de Jurisprudencia, fundada en Buenos Aires por M. A. de Castro en 1815, debiendo destacarse sus observaciones sobre las instituciones de derecho penal aparecidas en esa época, y especialmente sobre el jurado.

A pedido del Gobernador Dorrego, publicó en 1829 un libro sobre "Plan general de organización judicial para Buenos Aires", en el que incluía dos discursos sobre la pena de muerte, el primero a favor, por Valentín Alsina, y el otro en contra de la misma por el propio Bellemare. En esta obra estudió la organización judicial, los delitos y especialmente las penas en Inglaterra, Francia y Estados Unidos.

Una comisión especial propuso en 1854, la creación de una cátedra de Derecho Criminal y Mercantil a llenarse por concurso ante un jurado que integraban entre otros los Doctores Agüero, Casagemas, Tejedor y Lahitte, pero como nadie se presentara optando a la misma por esa época, es nombrado Carlos Tejedor el 18 de diciembre de 1855, alcanzando así su enseñanza, verdadera jerarquía universitaria, pues afirmó el carácter público del Derecho Penal y abrió nuevos horizontes a la materia, para la que utilizó como fuentes las legislaciones romana y española, el derecho patrio, los códigos de Austria y Francia, y en la doctrina a Rossi, Bentham Chaveau Adolphe, Faustin Helie, Carmignani, Filangieri, Bacón y Mittermaier. El pensamiento que expuso en la cátedra concretado en su "Curso de Derecho Criminal", que sustituyó a las obras españolas de Gutiérrez y García Goyena, que eran las que se usaban entonces, quedó reflejado en el proyecto del Código presentado entre 1865 y 1867, y que fué recién aprobado en 1887, después de ser antes adoptado por varias provincias. Este proyecto se basa en Feuerbach y su Código bávaro de 1813, en Pacheco y en los Códigos de España y de la Luisiana. A los tres años de desempe-

ñarla, renunció a la cátedra a la que volvió en 1881 tan sólo por tres años más y tuvo finalmente una importante actuación política como diputado nacional y Ministro de Relaciones Exteriores de Sarmiento, diplomática como enviado especial al Brasil, y judicial como Procurador General de la Nación hasta que finalmente fué uno de los protagonistas principales, en su condición de Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, de la Revolución de 1880.

Después de Tejedor, siguieron Angel Navarro y Miguel Estévez Seguí, más conocido este último por su "Tratado de Procedimientos Civiles".

En este tiempo, gracias al empeño de Juan María Gutiérrez fué creada la cátedra de medicina legal, que desempeñaron por concurso los Dres. Tomás Perón y Pedro Mallo, de 1871 a 1873, año en que fué suprimida. Precisamente en 1897, el Dr. Francisco de Veiga, titular de medicina legal, obtenía la creación de una cátedra de antropología y sociología criminales, lo que recién se logra en Italia en 1906.

Sólo tres meses actuó al frente de la cátedra de Derecho Penal Gregorio Pérez Gomar, designado en 1872, a quien reemplaza Don Manuel Obarrio. Escribió un "Curso de derecho penal" y devuelve a la enseñanza de la materia la jerarquía que tuviera en tiempos de Tejedor. Atacó con energía la escuela positiva y defendió con intransigencia absoluta la doctrina de Carrara.

En 1883 Norberto Piñero era designado suplente del Dr. Obarrio en la cátedra de Derecho Penal y Comercial y cuando cuatro años más tarde la misma es dividida, Obarrio siguió dictando Derecho Comercial y Piñero fué nombrado titular de Derecho Penal, iniciando su curso con una verdadera exposición de su credo positivista, es decir un punto de vista científico totalmente adverso al que siguieron durante varios años Tejedor y Obarrio.

Recordemos, como apunta Siva Riestra, que para ese entonces Lombroso había publicado en 1874 "L'uomo delinquente"; Ferri en 1881, "Los nuevos horizon-

tes" y se había celebrado en Roma en 1885, el Primer Congreso de antropología criminal; en Buenos Aires se estaba organizando la Sociedad de Antropología Jurídica, José María Ramos Mejía había producido "La neurosis de los hombres célebres en la Historia Argentina" muy citado por Lombroso; Luis María Drago había escrito "Los hombres de presa" cuya versión italiana "I criminali nati" fué prologada por Lombroso, es decir que como dice Silva Riestra en el trabajo citado, todo, la cátedra, el libro, el centro científico, había contribuído a crear un clima propicio a la difusión del positivismo penal, no obstante lo cual, el proyecto de 1891, uno de cuyos autores fué precisamente Piñero, no es proyecto de neto corte positivista.

Norberto Piñero renunció a la cátedra en 1897, cuando le fué confiada la representación diplomática en Chile, reemplazándolo Osvaldo Piñero quien profesando durante 24 años, aceptó los puntos de vista de la escuela sociológica francesa sustentados por Tarde y mantuvo en términos generales la orientación de los estudios impresa por su ilustre antecesor.

Los siguientes profesores titulares, Ramos, Gómez, Coll y Casaux Alsina, y ahora Molinario y Fontán Balestra, han mantenido y mantienen la brillante tradición de la cátedra de Derecho Penal, que ha constituído así siempre una expresión muy alta de la cultura científica y jurídica de la Nación.

Pero no se trata tan sólo de recordar los antecedentes de la enseñanza, sino también la labor de las instituciones dedicadas a estos estudios, la legislativa y la desarrollada en los Congresos especiales, que veremos sucintamente por razones de tiempo pero que en conjunto demuestran la constante preocupación que ha habido en el país por esta materia.

Decía hace un momento que en 1883 se fundaba en Buenos Aires la Sociedad de Antropología Jurídica, posiblemente, como afirma Francisco P. Laplaza en su trabajo "Los estudios penales en la Argentina" la primera constituída en el mundo destinada a estudiar la

persona del delincuente, establecer su temibilidad y grado de responsabilidad y obtener la reforma gradual y progresiva de las leyes penales. Casi contemporáneamente se creaba la Sociedad Rusa de Antropología en San Petesburgo y después aparecieron las de Río de Janeiro (1892) y San Pablo (1897), y en Italia la Sociedad de Antropología Sociológica y Derecho Criminal, creada por Ferri en 1914, y disuelta al poco tiempo debido a la guerra.

Presidía la Sociedad Argentina Francisco Ramos Mejía y la integraban José María Ramos Mejía, Norberto Piñero, su hermano Antonio, que era médico alienista y que efectuó estudios de craneometría criminal, Luis María Drago, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo. Estos dos últimos, junto con Norberto Piñero, recibieron en 1890, por decreto del gobierno, el cargo de redactar un proyecto de Código Penal, que elevaron un año después, no siendo sancionado.

En 1891, Juan Vucetich, creaba en La Plata el gabinete de identificación, basado en el sistema dactiloscópico que lleva su nombre y que pronto superó al de Bertillón, siendo adoptado pronto en muchos otros países. Sobre el mismo tema, Luis Reyna Almandós publicó en La Plata en 1909 "Dactiloscopía Argentina" y dirigió la "Revista de Identificación y Ciencias Penales" difundiendo y perfeccionando las enseñanzas de Vucetich, cuyo nombre lleva un museo en dicha ciudad.

José Ingenieros, autor de "Criminología" fundaba el Instituto de Criminología en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires en 1902 y los "Archivos de Criminología, medicina legal y psiquiatría" de los que aparecieron doce tomos entre 1902 y 1914. El Instituto de Criminología tenía por objeto el estudio de los penados desde el triple punto de vista de la etiología, la clínica y la terapéutica criminales, a fin de dar con el tratamiento adecuado para readaptarlos. Después de los "Archivos" de Ingenieros, surgió como órgano del Instituto de Criminología la "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", que dirigieron sucesi-

vamente Helvio Fernández y Osvaldo Loudet, de la que salieron veintidós volúmenes de 1914 a 1935 .

Antonio Balvé dirigió con tan gran eficacia la Penitenciaría Nacional, que ésta despertó muy favorables juicios de Enrique Ferri, quien tuvo oportunidad de admirar asimismo el "Open Door" en manos de su fundador Domingo Cabred, famoso psiquiatra. También en la Cárcel de Encausados, José L. Duffy, había creado en 1905 un gabinete de investigaciones médico-legales para que la pena se adaptase a las condiciones personales del delincuente y a las causas especiales de su delito y había fundado la "Revista Penitenciaria".

Posteriormente fué creada la Dirección General de Institutos Penales que puso las cárceles de la Capital y territorios nacionales a la altura de los establecimientos modelo dentro de su tipo. Aparecieron también dentro de la Dirección General de Institutos Penales, el Instituto de Clasificación y el de Criminología, y asimismo fueron surgiendo el Registro Nacional de Reincidencia, el Patronato de Liberados, el Patronato Nacional de Menores, que publicó la revista "Infancia y Juventud", la Escuela de Asistentes Sociales de la Facultad de Derecho y el Patronato de Recluidas y Liberadas. Sobre la base del antiguo reformatorio agrocómico de Marcos Paz, se creó la admirable Colonia Hogar "Ricardo Gutiérrez", para menores abandonados y delincuentes, una de las más adelantadas entre las similares.

En 1922 se fundó en esta Facultad el Centro de Estudios Penales, cuyo órgano, la "Revista Penal Argentina" alcanzó a los ocho volúmenes. La Sociedad Argentina de Criminología fué fundada en 1933 por Osvaldo Loudet, vinculando a médicos y juristas en la lucha contra los delincuentes. Llegan a doce los volúmenes de sus "Anales" aparecidos hasta la fecha, y asimismo edita otra revista desde 1936, "Psiquiatría y Criminología" que dirige Loudet y que sigue la orientación de los "Archivos" de Ingenieros.

Otra publicación importante es la "Revista Penal y Penitenciaria", órgano de la Dirección General de

Institutos Penales, que comenzó a aparecer en 1936, y cuya publicación se ha reiniciado recientemente después de suspenderse por varios años. Sus números alcanzan las cifras de treinta y cuatro.

En el terreno legislativo, al Proyecto de 1891 le sucedieron la ley de reforma de 1903, los proyectos de 1906 y 1917, éste de Rodolfo Moreno que sirvió de base al actual Código Penal de 1922, los proyectos de estado peligroso de 1924, 1926 y 1928 y los proyectos de Código Penal de Coll y Gómez de 1937 y de Peco de 1941.

No puede olvidarse en esta pequeña reseña, el Primer Congreso Penitenciario Nacional de 1914, y que Buenos Aires fué la sede del Primer Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en 1938 en el que participaron con toda eficacia los delegados argentinos, así como también en el Segundo, que tuvo lugar en Santiago de Chile en 1941, y en el Tercero y al mismo tiempo Primer Congreso Panamericano efectuado en Río de Janeiro en 1947.

En 1933 se realizó la Primera Conferencia Nacional de la Infancia Abandonada y Delincuente, organizada por el Patronato Nacional de Menores y en 1942 tuvo lugar la Segunda, cuyos trabajos fueron publicados en un interesante volumen.

Tal fué la evolución y los progresos obtenidos en los estudios penales de la Argentina, que en el libro alcanzaron su expresión máxima con el "Tratado de Derecho Penal" de Eusebio Gómez y el "Derecho Penal Argentino" de Sebastián Soler, exponentes definidos de los puntos de vista positivo y técnico jurídico, respectivamente. Se había producido al respecto una madurez científica, que unida a la necesidad cada vez más ineludible del fuero penal hacía necesario llegar de una vez por todas a la especialización de dichos estudios.

Es así como en la Universidad Nacional de La Plata, se creó en 1943 el Instituto de Altos Estudios Penales y Criminología que dirigió Alfredo J. Molinari, concretando una aspiración del Primer Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Buenos

Aires en 1938, uno de cuyos temas, el segundo, trató "la preparación científica del juez" siendo muy bien relatado por el Dr. Artemio Moreno. El Congreso recomendó a las universidades de los países participantes, la conveniencia de organizar la enseñanza de las materias relacionadas con el estudio de la personalidad del delincuente, y la investigación, apreciación y juzgamiento científico del delito, y la creación de cursos post-universitarios de especialización, destinados a la preparación técnico-práctica de las personas llamadas a intervenir en el ejercicio de la justicia en lo criminal. También el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, Palermo 1930, sentó el deseo de que la organización jurídica se oriente hacia la más completa especialización del juez penal.

Por fin la Facultad de Derecho de Buenos Aires, bajo la eficaz dirección del Dr. Carlos María Lascano, con su nuevo plan de estudios recientemente en vigencia, que, como bien él lo dijera, contempla la técnica de las ciencias que lo integran, el espíritu humanista de que debe estar infundida la cultura universitaria, y la realidad social, ha encarado resueltamente la creación de ciclos de intensificación optativos para el alumno del último año de estudios a quien se deja en libertad con su vocación, y que podrá así completar el conocimiento de las materias hacia las que orientó su profesión.

Se destacará más este progreso tan importante de nuestra Casa de Estudios, si recordamos algunos antecedentes extranjeros al respecto, limitándolos a nuestra especialidad, varios de los cuales son mencionados también por Luis Jiménez de Asúa en el Prólogo a los trabajos de su "Seminario de Derecho Penal", publicado en Madrid en 1922.

En 1907 Garçon inauguró en París sus clases de Certificat de Sciences Pénales en el Instituto del mismo nombre, en las que se explicaba derecho penal, criminología y ciencias penitenciarias, instrucción criminal, medicina legal y medicina mental. En 1922 se creó en París el Instituto de Criminología, bajo la dirección científica

de las Facultades de Derecho y Medicina, y en Tolosa funciona otro Instituto de Criminología y Ciencias Penales. Cuentan con otro, las Facultades de Lyon y Montpellier.

En Alemania todas las Universidades poseían seminarios jurídicos (Juristische Seminare) anexos a la Facultad de Derecho habiendo aparecido los primeros en 1853 y 1856 en las Facultades de Hale y Greifswald. Así creó Von Liszt el Seminario de Criminología en Marburgo en 1888, haciendo lo mismo en Hale y Berlín, en donde se llamó Seminario de Criminología Prusiano al principio, cambiando posteriormente su título de Seminario por el de Instituto. En Hamburgo creó el profesor Liepmann un Seminario de Derecho Penal y Política Criminal, y en varias otras universidades los seminarios jurídicos tenían secciones criminológicas, donde se discutían una vez o más por semana comunicaciones de los alumnos o egresados y se publicaban los mejores trabajos.

Al respecto, no puede dejar de mencionarse el Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Buenos Aires, que ya en sus comienzos, 1919, publicó unas concordancias del proyecto de Código Penal de 1917.

En España, Rafael Salillas fundó en 1913, la Escuela de Criminología en Madrid; Luis Jiménez de Asúa tuvo a su cargo las clases prácticas de antropología criminal desde 1915 e igual labor desarrolló el profesor De Benito en la Universidad de Oviedo, y del seminario de derecho penal de la Universidad Central salieron en 1918 magníficos trabajos que recién fueron publicados cuatro años más tarde y a que me acabo de referir. Finalmente, de la Escuela de Criminología de Salillas, surgió en 1932 el Instituto de Estudios Penales que fué suprimido en 1935 por decreto del Ministerio de Justicia.

Pero especialmente debemos recordar que Ferri fundó, en 1912, en Roma, la Escuela de Aplicación Jurídica Criminal para extender los estudios criminológicos a otras disciplinas independientes del derecho penal, pero con él íntimamente relacionadas como la antropolo-

gía, psicología, sociología y estadística criminal, medicina legal, psiquiatría, neuropatología, etc. En este Instituto cobraría valor el sistema experimental, se estudiaría conjuntamente la teoría y la práctica, se indagaría directamente las causas de la criminalidad y se apreciarían las acciones delictivas en la profundidad de su génesis individual y en sus repercusiones sociales, así como la adecuación de la sanción punitiva al daño producido y a la peligrosidad del sujeto, en forma tal que el fenómeno criminoso fuese considerado con la máxima amplitud de horizonte.

La creación de esta escuela, repercutió en forma importante en los ambientes culturales italianos y extranjeros, y en ella dos grupos fundamentales, el jurídico y biológico, formaron el núcleo de enseñanza. Dentro del grupo biológico, había cursos de antropología, psicología experimental y judicial, medicina legal, psiquiatría, y en el grupo jurídico, sociología criminal y estadística judicial y penitenciaria, derecho penal comparado, procedimiento penal, derecho penal financiero, etc.

La enseñanza se confió a Ascarelli, Ottolenghi y De Sanctis para el grupo biológico, y a Nicéforo, Satta, Grispigni, Ferri, etc. para el grupo jurídico.

La Escuela de Aplicación de Ferri ha sido continuada desde 1932 por la Escuela de Perfeccionamiento en Derecho Penal de la Universidad de Roma, bajo la dirección de Arturo Rocco.

Inicia así esta Facultad una nueva faz de preparación profesional del abogado que a tantas críticas se ha prestado. Es necesario que ellos egresen con los conocimientos necesarios a tono con el grado de cultura y de progreso social que ha alcanzado nuestro país, conocimientos que podrán completar en los Institutos anexos a todas las cátedras y abiertos a todos aquellos que con verdadero espíritu vocacional quieran dedicarse a la especulación científica.

En tal sentido conviene hacer notar, como lo dice bien el Dr. Alfredo J. Molinario al inaugurar los cursos del

Instituto de Altos Estudios Penales de La Plata, que si bien en todas las ramas de la administración de justicia es necesaria la especialización, mucho más lo es en el derecho penal, porque con él se comprometen los más altos valores, o sea la libertad y el honor de las personas, y si la misión de juzgar es la más alta que el hombre haya concedido a otro hombre, nunca es mayor la responsabilidad que la de juzgar en el proceso penal, pues el juez decide allí sobre la inocencia y la culpabilidad. Para ello debe conocer la ley, la doctrina, la jurisprudencia, la legislación comparada y tener la preparación filosófica necesaria, pero también para cumplir esa misión casi divina, debe conocer al que juzga, y eso sólo lo conseguirá poseyendo las disciplinas que tienden al conocimiento cada vez más profundo y científico del hombre y de su conducta individual y social, explican el fenómeno delictivo y adecúan debidamente las sanciones.

Tal afirmación implica la enseñanza de varias disciplinas científicas que antes no se impartían en las Facultades de Derecho y que surgieron en la práctica en parte gracias al desarrollo que alcanzó la escuela positiva.

Naturalmente que esta necesidad no se refiere tan sólo a los magistrados del fuero penal, sino a todos los que con él colaboran, es decir, los miembros del Ministerio Público, de la policía, llamada a trabajar tan estrechamente con aquéllos, los peritos y los letrados.

El curso de este año versará sobre los "delitos contra la persona". Conviene recordar al respecto que la clasificación de los hechos delictuosos, debe hacerse conforme al criterio objetivo, o sea subordinándolo a la naturaleza del derecho atacado.

Para Carrara, una línea que distingue los delitos en dos grandes clases, es que peligre un derecho universal o un derecho particular. Llama delitos naturales a los que lesionan sólo un derecho particular, y delitos sociales a los que lesionan un derecho universal atacando alguna cosa sobre la cual todos los miembros de la sociedad tienen un interés y derechos comunes.

Se llaman delitos naturales, pues no es necesario el consorcio de ciudadanos para que la naturaleza misma dé al hombre derechos de los cuales tiene necesidad como individuo. En ellos prevalece la consideración de uno sobre la de los demás, mientras que en los delitos sociales prevalece la consideración de los muchos sobre la de uno. Tienen su causa, como los otros en la ley de la naturaleza, pero no son dados por ella, y por eso el Estado les puede imponer normas y modificaciones, lo que no puede hacer con los delitos naturales, que tienen su causa en la naturaleza y que de ella son dados directamente a los hombres.

Delito natural es entonces el que tiene por objeto un derecho atribuido al individuo por la misma ley de la naturaleza. Esos hechos serían lesiones del derecho, aún prescindiendo de la sociedad civil y de toda ley humana. Esta no crea la prohibición de semejantes hechos, sino que la repite, define los caracteres jurídicos de la infracción y le agrega la sanción penal para tutelar eficazmente el derecho, pues la prohibición emana de una ley superior. No se trata de un derecho abstracto ni de la violación de una idea, como ocurre con los delitos contra la fe pública o tranquilidad pública y en general con los delitos sociales.

En los delitos naturales, estamos frente a bienes reales, materialmente disfrutados por el individuo y que deben ser atacados sin ser violados materialmente. Naturalmente que en esos delitos naturales hay algo de social si se piensa en el daño mediato de los mismos, o sea el carácter social común a todos los delitos.

Para Carrara, los bienes del hombre aisladamente considerados, independientemente de su posición social de ciudadano de un Estado, son de seis clases, primero, la vida, segundo, la integridad personal; tercero, la libertad personal; cuarto, el honor; quinto, la familia; sexto, la propiedad.

Nuestro Código clasifica los delitos según el bien o interés jurídico lesionado, criterio sustentado por Carrara también, considerándolo el único aceptable; e

igual criterio sigue la escuela positiva, de Ferri en adelante. Por eso debe aprobarse el sistema de nuestro Código Penal, aunque se le puede achacar algún error, consistente en incluir en una categoría determinada hechos que quizá reclamen ubicación distinta. Encabezan los hechos los delitos contra la persona, lo que es una tradición desde Tejedor en adelante inclusive los proyectos, salvo el de Villegas, Ugarriza y García que comenzaba con delitos contra el orden público. No importa la precedencia, a la que a lo sumo se le puede dar significación política, pues la protección es idéntica para todos los bienes, ya que la gravedad de las sanciones depende de las peligrosidad del delincuente y de la gravedad del delito. En realidad todas las previsiones de la ley penal tienden directa o indirectamente a la tutela de la existencia humana, como existencia individual o colectiva.

El título primero del segundo libro del Código, está dividido en seis capítulos: el primero delitos contra la vida; el segundo lesiones; el tercero homicidio y lesiones en riña, el cuarto duelo; el quinto abuso de armas, y el sexto abandono de personas. No tiene razón de ser el tercero, pues el homicidio en riña debió contemplarse en el primero, que prevé el homicidio y las circunstancias que lo califican, y las lesiones en riña en el segundo. Aunque los delitos contra el honor integran un título distinto del Código, el título segundo del libro segundo, serán estudiados también en este curso, ya que atacan la integridad moral de las personas. El Código Italiano de 1890 los incluía entre los delitos contra las personas; lo mismo hace el Código vigente de 1930.

Aparentemente otras disposiciones tutelan también la vida o la salud; delitos de incendio y otros estragos, por ejemplo, pero la diferencia consiste en que en estos casos, el objeto de la tutela jurídica es otro, mientras que en los delitos contemplados por el título primero del libro segundo del Código, la vida y la salud son el objeto final tutelado. Una cosa es el incendio del que resulta una muerte y otra es matar incendiando.

En la labor a desarrollar contaré con la valiosa colaboración del profesor suplente, Dr. Eduardo A. Ortiz, de quien tuve el honor de ser secretario en la Justicia del Crimen de esta Capital. Tendrá a su cargo los delitos contra el honor y estamos seguros que en el desarrollo de los mismos, pondrá de relieve sus amplios conocimientos y larga experiencia judicial.

Por mi parte, expondré los restantes delitos contra la persona, es decir, el homicidio y sus circunstancias calificativas; instigación o ayuda al suicidio; aborto, lesiones; duelo; abuso de armas y abandono de personas, temas que considero comprenden algunos de los delitos más usuales como el de lesiones, y otros de los más importantes y de mayor responsabilidad profesional como son el homicidio y los delitos contra el honor.

Al proponerlos he tenido en cuenta que la nuestra es una asignatura que debe tender a una intensificación con sentido profesional y abarca tópicos fundamentales de la disciplina con directa importancia práctica en la vida científica argentina, como lo establecen las ordenanzas referentes al nuevo plan de estudios.

Precisamente, con ese sentido práctico, he incluido algunos tópicos pertenecientes a la parte general del derecho penal, pero que están íntimamente vinculados a los anteriormente nombrados, como ser la legítima defensa o el exceso en la defensa, que no pueden separarse del homicidio, y otros que pertenecen al derecho procesal penal, pero que no se pueden desvincular del derecho de fondo, como ocurre con el procedimiento en los delitos contra el honor, cuya enseñanza reviste indiscutible utilidad profesional.

Considero que como esta materia ha sido ya aprobada en el ciclo orgánico por los alumnos, no puede ser explicada ahora con un criterio meramente informativo, pues ello implicaría un simple repaso más o menos intenso de nociones fundamentales cuya posesión se presume en todo abogado aunque no sea un especialista. Por eso la materia debe estudiarse con carácter intensivo, casi diríamos monográfico, tendiendo a la verdadera

especialización y partiendo de la base que los alumnos la conocen en sus aspectos generales.

Creo fundamental trabajar en estrecho contacto con los estudiantes, familiarizándolos con la búsqueda de jurisprudencia y encomendándoles temas sencillos y concretos cuyas conclusiones serán discutidas por los asistentes dirigidos por el que habla. Sin perjuicio de la enseñanza doctrinaria a darse desde la clase magistral, concederé importancia por lo menos similar a la parte práctica, mediante el planteamiento de casos con los expedientes a la vista, a fin de preparar al alumno para la vida y la labor diaria del tribunal. Asimismo pienso llevarlos a él asiduamente, así como a los establecimientos carcelarios, reformatorios para menores delincuentes y manicomios judiciales, facilitándoles así el estudio directo y práctico del delincuente en el mismo ambiente donde vive, sea carcelario, educativo o manicomial.

De tal manera sin olvidar los inconvenientes que pueden irse presentando, en virtud de que por primera vez en la historia de las Facultades de Derecho del país, se explicará el derecho penal en forma intensificada a los estudiantes próximos a egresar, y por lo tanto ya con la preparación necesaria para asimilar provechosamente este nuevo tipo de enseñanza, procuraremos que los futuros abogados trabajen con toda eficacia en las distintas funciones del fuero penal.

RICARDO LEVENE (h.)
Profesor Titular de Derecho Penal (Curso
de Intensificación) y Miembro Titular Nato
del Instituto

INDICE

	Pág.
Presentación	11
Discurso inaugural de las actividades del Instituto de Derecho Penal y Criminología, por Alfredo J. M. Molinario	17
Función de la tipicidad en nuestro derecho penal, por Carlos Fontán Balestra	37
Homicidio-Suicidio, por Ricardo Levene (h.)	53
El delito de usurpación — Soluciones jurisprudenciales a recientes aspectos del mismo, por Hernán A. Pessagno	75
La retractación en los delitos contra el honor — Un nuevo ensayo de Historia interna en Derecho Penal Argentino, por Alfredo J. M. Molinario	93
Progresos de los Estudios de Derecho Penal en la Argentina, por Ricardo Levene (h.)	143

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

INDICE

11
 17
 37
 53
 75
 93
 111

Impreso en los Talleres Gráficos
 de la Dirección General de
 Institutos Penales de la
 Nación — Penitenciaría
 Nacional (U.1) — en
 la 2da. quincena
 del mes de
 marzo del año
 1951

*

Biblioteca del Gioja. UBA
uso académico

EJEMPLAR N°. 221