

Molinario, Alfredo J.
La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIV



ALFREDO J. MOLINARIO

**LA RETRACTACIÓN EN LOS
DELITOS CONTRA EL HONOR**

(Un ensayo de historia interna
en derecho penal)

BUENOS AIRES

1949

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Molinario, Alfredo J.

La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949

Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

**LA RETRACTACIÓN EN LOS
DELITOS CONTRA EL HONOR**

(Un ensayo de historia interna
en derecho penal)

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Molinario, Alfredo J.
La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XXIV

ALFREDO J. MOLINARIO

**LA RETRACTACIÓN EN LOS
DELITOS CONTRA EL HONOR**

(Un ensayo de historia interna
en derecho penal)

BUENOS AIRES

1949

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Molinario, Alfredo J.

La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

Conferencia dada en el Instituto de Historia del Derecho, el 26 de junio de 1948.

Apartado de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, de la Universidad de Buenos Aires, tercera época, año III, Nº 10.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Carlos M. Lascano

VICEDECANO

Dr. Lucio M. Moreno Quintana

SECRETARIO

Dr. Jorge A. Dávalos

PROSECRETARIO

Samuel M. Nóblega Soria

CONSEJO DIRECTIVO

Consejeros titulares: Dres. Lucio M. Moreno Quintana, Hernán Maschwitz, Emilio B. Pasini Costadoat, Elena Julia Palacios, Guillermo A. Borda, Norberto Gowland, Marcelo Sánchez Sorondo, Osvaldo R. Z. Pérez Pardo, Alfredo R. Zuanich y Julio N. San Millán Almagro.

Consejeros sustitutos: Dres. Carlos Alberto Alcorta, José M. Caramés Ferro, Javier López, Alfredo J. Molinario, Jesús H. Paz (h.), Hernán A. Pessagno, Jorge Bengolea Zapata, Carlos M. Moyano Llerena, Carlos Cossio, Manuel P. Gómez Carrillo y Esteban Oscar Domínguez.

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

DIRECTOR
DR. RICARDO LEVENE

MIEMBROS TITULARES

Doctores Ricardo Levene, Carlos Mouchet, Juan Antonio Villoldo y Ricardo Zorraquín Becú y señor Álvaro Melián Lafinur.

Doctores Walter Jakob, Armando Braun Menéndez, Carlos A. Pueyrredón y José M. Mariluz Urquijo y señor Ricardo Piccirilli.

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

En España: doctores Alfonso García Gallo, Luis García Arias, Jaime Delgado, Jesús E. Casariego, Juan Manzano y Manzano, Manuel Hidalgo Nieto, Antonio Muro Orejón y José de la Peña Cámara.

En Estados Unidos de Norte América: doctor Clarence H. Haring.

En México: doctores Rafael Altamira, Silvio Zavala y Lucio Mendieta Núñez.

En Colombia: doctor José María Ots Capdequí.

En Perú: doctor Jorge Basadre.

En Chile: doctores Aníbal Bascuñán Valdés y Alamiro de Ávila Martel.

En las Provincias: doctores Manuel Ibáñez Frocham (Buenos Aires), Ricardo Smith (Córdoba), Fernando F. Mó (San Juan), Manuel Lizondo Borda (Tucumán) y Atilio Cornejo (Salta).

JEFE DE INVESTIGACIONES
DR. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO

JEFE DE INFORMACIONES Y PUBLICACIONES
SIGFRIDO A. RADAELLI

AUXILIARES
CARLOS DE ALURRALDE, NERIO N. BONIFATI

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS

PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el Derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de Derecho civil* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsimilar). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio (1832) y El Correo Judicial*, reedición facsimilar (1834). Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.
- VIII. GURET BELLEMARE, *Plan de organización judicial para Buenos Aires* (reedición facsimil). Noticia preliminar de Ricardo Levene (*en prensa*).

COLECCIÓN DE ESTUDIOS

PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias, de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia de derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

COLECCIÓN DE ESTUDIOS PARA LA HISTORIA DEL DERECHO

PATRIO EN LAS PROVINCIAS

- I. ATILIO CORNEJO, *El derecho privado en la legislación patria de Salta. Notas para el estudio de su evolución histórica.* Advertencia de Ricardo Levene, 1947.
- II. MANUEL LIZONDO BORDA, *El derecho patrio en Tucumán* (en preparación).

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

[VOL. I]

- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al derecho*, 1941.
- II. JORGE A. NÚÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare, Los trabajos de un juriconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el Derecho de la navegación con anterioridad al Código de Comercio*, 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.

[Portada para encuadernar el volumen I, folletos números I a X.]

[VOL. II]

- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.
- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.

- XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.
- XIV. SIGFRIDO A. RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho patrio en las Provincias*, 1947.
- XV. VICENTE O. CUTOLO, *La enseñanza del derecho civil del profesor Casagemas durante un cuarto de siglo (1832-1857)*, 1947.
- XVI. FERNANDO F. MÓ, *Valoración jurídica de la obra minera de Sarmiento*, 1947.
- XVII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La justicia capitular durante la dominación española*, 1947.
- XVIII. SIGFRIDO A. RADAELLI, *El Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano a diez años de su fundación*, 1947.
- XIV. RAÚL A. MOLINA, *Nuevos antecedentes sobre Solórzano y Pinelo*, 1947.
- XX. RICARDO LEVENE, *En el tercer centenario de "Política Indiana", de Juan de Solórzano Pereira*, 1948.

[Portada para encuadernar el volumen II, folletos números XI a XX.]

[VOL. III]

- XXI. VICENTE O. CUTOLO, *El primer profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires y sus continuadores*, 1948.
- XXII. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, *Los matrimonios entre personas de diferente religión ante el derecho patrio argentino*, 1948.
- XXIII. RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, *La función de justicia en el derecho indiano*, 1948.
- XXIV. ALFREDO J. MOLINARIO, *La retractación en los delitos contra el honor*, 1949.
- XXV. RICARDO LEVENE, *Antecedentes históricos sobre la enseñanza de la jurisprudencia y de la historia del derecho patrio en la Argentina*, 1949.

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Molinario, Alfredo J.

La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949
Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

LA RETRACTACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Un ensayo de historia interna en derecho penal

CONSTITUYE para mí un señalado honor ocupar la cátedra de este Instituto traído de la mano por el ilustre profesor que lo dirige y cuyas sabias enseñanzas tuve la fortuna de recibir, por vez primera, allá en el año 1919, cuando él fuera designado profesor titular de Introducción al Derecho mientras yo, novato estudiante, daba mis primeros pasos por los viejos claustros de la calle Moreno con el alma repleta de ilusiones y esperanzas. . .

Desde entonces hasta ahora, y van corridos casi seis lustros, mi afecto y mi admiración por el doctor Ricardo Levene no han variado sino para acrecentarse conmovidos por el magnífico espectáculo que ofrecen su vigorosa inteligencia y su corazón siempre joven, tensos ambos como un arco en el interminable esfuerzo de reconstruir sabia, honrada y cumplidamente, nuestro pasado histórico.

A esta gran distinción, que de veras agradezco, se une en mí el halago de ocupar esta cátedra después que la Comisión que tuvo a su cargo proyectar la reforma del plan de enseñanza de nuestra Facultad y a la que me cupo el honor de pertenecer, acaba de dar término a su tarea. En la nueva estructura de los estudios jurídicos, este Instituto —tan estimable ya— alcanzará, si cabe, mayor significación e importancia todavía puesto que, vinculado a los demás que se constituirán para el cultivo de las

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

distintas especializaciones que integran la enciclopedia jurídica, tendrá a su cargo suministrar a los investigadores que en ellos actúen los elementos indispensables para reconstruir la historia de cualquier institución de nuestro ordenamiento legal o practicará él mismo, a solicitud de tales Institutos, esas investigaciones cuya importancia y trascendencia para el mejor conocimiento del derecho vigente parece ocioso destacar.

En efecto, el derecho es la experiencia de las generaciones consolidada por el tiempo. 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 texto de cualesquiera de los artículos de nuestros Códigos sustantivos o de forma es el resultado actual y, no por cierto definitivo, de ese permanente contraste de la norma con la realidad de la vida que la aplicación de las leyes inevitablemente supone. Este contraste pone de manifiesto las fallas del texto legal, sus imprevisiones y sus anacronismos. Persuade así de la necesidad de su reforma y hasta sugiere la fórmula verbal que deberá reemplazar a la que se considera superada por los hechos o por el tiempo.

Conocer todas esas aventuras del pensamiento jurídico y la experiencia legislativa y forense resulta así indispensable para la captación íntegra, exacta y fiel de la regla de conducta que está ínsita en cualquier texto legal. He ahí por qué es imposible prescindir de la historia interna del derecho en el estudio de la legislación vigente de cualquier país y sobre todo del nuestro, cuyo ordenamiento legal es una resultante de variadas fuerzas de entre las cuales, sin duda alguna, la determinante, la constituye, según el maestro Levene lo enseña, la legislación vernácula, ya desde los tiempos coloniales, sin perjuicio de la influencia que también ejercitaron el acervo institucional de la metrópoli y luego, cuando la codificación, las soluciones jurí-

dicas del individualismo liberal contenidas en los Códigos de la Revolución Francesa que inspiraron, según se sabe, buena parte de la legislación de Occidente todo a lo largo del siglo XIX y en los albores del actual.

Encuadrado dentro de esas modalidades —y fantástico sería querer emanciparlo de ellas— el estudio del derecho objetivo, de inmediato se aprecia la importancia que, en las labores de investigación jurídica cometida a los Institutos próximos a crearse, tendrá la colaboración de este Centro de estudios tan prestigiado ya por la fina calidad de los trabajos que en él se realizan y por la categoría de la producción científica de sus integrantes y de su Director.

Por todo ello me es doblemente grato ocupar esta cátedra para ofrecer el modesto fruto de mis investigaciones de estudio especializado en materia penal acerca de la historia de una institución jurídica que, nacida en Italia, en los albores de la Edad Media, allá por el siglo VII, ha sobrevivido hasta el presente: la retractación del ofensor en los delitos contra el honor de las personas, institución que legisla el art. 117 de nuestro vigente Código Penal.

No se me oculta que, careciendo como carezco, de formación técnica para la realización de investigaciones de este género, mi trabajo podrá adolecer de más de un error y de no pocas imperfecciones que espero sabrá perdonar vuestra nunca desmentida benevolencia. De todos modos, y de existir, ellos no serían infecundos puesto que servirán para demostrar la absoluta necesidad en que nos hallamos los estudiosos del derecho positivo de vincularnos a este Instituto que cuenta con medios eficaces para realizar la investigación histórico-jurídica. Mucho habrá ganado esta Casa de estudios el día en que, adecuadamente correlacionada la labor de los Institutos entre sí y de éstos con las cátedras desde las cuales se imparte la enseñanza del derecho, éstas cuenten con la colaboración de aquéllos en la

forma más estrecha y constante posible. Ese día, los profesores de esta Facultad encontraremos en el Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano y en su ilustre director, nuestro colega y amigo el doctor Ricardo Levene, colaboradores incansables que nos suministrarán los antecedentes históricos de las instituciones jurídicas cuyo conocimiento y enseñanza constituyen la primordial vocación de nuestras modestas y laboriosas existencias.

Entrando ahora en materia será útil, ante todo, dejar claramente establecidos los alcances de nuestra comunicación a este Instituto:

I

MATERIA DEL PRESENTE ESTUDIO

En derecho penal la voz "retractación" se emplea al tratar de dos distintas cuestiones: se habla de ella en punto a falso testimonio y en los delitos contra el honor de las personas.

En uno y otro caso el vocablo expresa la conducta de quien, después de haber dicho o escrito alguna cosa, se desdice de ello revocando sus propias anteriores palabras.

En el falso testimonio el problema jurídico que comporta la actitud del testigo que, después de haberse pronunciado con falsedad, se retracta, reside en saber en qué casos esa retractación será operante, esto es, en qué oportunidad deberá producirse para que haga desaparecer la infracción que en la falsedad ya vertida reside, o logre, para su autor, la excusa o la atenuación de la pena según las legislaciones que tales beneficios establecen ¹.

En materia de delitos contra el honor, la voz "retractación" expresa la conducta de quien, después de haber injuriado o ca-

¹ Acerca de la retractación en materia de falso testimonio véase, en nuestra bibliografía nacional, la excelente tesis doctoral de RICARDO LEVENE (H.), *El delito de falso testimonio*, pág. 63, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1943.

lumniado a otro, revoca sus dichos restableciendo, de esa manera, la propia estimación o la buena fama del prójimo ofendido. Las distintas legislaciones, a través del tiempo, han considerado a la retractación ya como una pena impuesta al ofensor, ya como una actitud voluntaria del mismo de la que se seguían efectos jurídicos. En este último caso, la retractación tiene, en algunas legislaciones, la virtud de eximir o atenuar el castigo que corresponde al injuriante o calumniador.

Nosotros vamos a ocuparnos exclusivamente de la retractación en materia de delitos contra el honor. Haremos, pues, un ensayo de historia interna en derecho penal procurando establecer los antecedentes de la institución que nuestro Código ha legislado en su art. 117, donde concede el beneficio de la exención de pena al injuriante o calumniador que, voluntariamente y antes de contestar la acusación o en el acto de hacerlo, retracte las ofensas que ha inferido al honor de su víctima.

Así circunscripto el ámbito de nuestra labor, comenzaremos refiriéndonos a la historia de la retractación en la antigüedad clásica.

II

LA RETRACTACIÓN EN LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA

Herederos como somos, al través de nuestra madre patria, de la cultura greco-latina, no podríamos prescindir de preguntarnos si acaso en los monumentos legislativos que han llegado hasta nosotros, procedentes de las ciudades griegas o del estado romano, halló recepción el instituto jurídico cuya historia nos ocupa.

La respuesta negativa a esa pregunta parece que deba imponerse. Las legislaciones de la antigüedad clásica habrían desconocido la retractación, tanto como pena impuesta al víctima-

rio del honor ajeno, cuanto como eximente de pena para el mismo si, en forma voluntaria, hubiese revocado sus ofensas.

a) *El derecho de las ciudades griegas.*

Ello no obstante, es tan profundamente humana la aspiración de todo ofendido a la retractación de su ofensor, que ésta no pudo pasar desapercibida al espíritu griego del que cabe decir, lo mismo que de sí afirmara el poeta latino, que “ninguna cosa humana pudo serle ajena”. Y es así como encontramos en uno de los más bellos diálogos platónicos —el Fedro— el relato de un episodio en el que puede verse una verdadera y propia retractación. Narra Sócrates que el poeta Estesícoro “privado de la vista por haber hablado mal de Helena”, a quien había atribuido connivencia con su hermoso raptor, . . . “como músico que era, conoció la causa de su mal y se apresuró a componer aquellos versos:

“No son estas palabras verdaderas,
No te embarcaste en naves bellamente ensambladas
Ni te arrimaste a las ciudadelas de Troya.”

“y en terminando que terminó de componer la así llamada *Palinodia*” que etimológicamente quiere decir “nueva canción” (de *παλιν* nuevo y *φδία*, canción) en el mismo instante, recobró la vista ².

Yo no sé si los comentaristas del sumo filósofo griego han parado mientes en la profundidad del símbolo que en el pasaje transcrito se contiene. En verdad, quien calumnia o injuria a su prójimo procede así ennegrecido por las bajas pasiones del odio, la cólera, la envidia o el rencor. De tal suerte que, cuando por su propia voluntad se retracta y revoca sus ofensas, es

² y ³ PLATÓN, *Obras completas*. Edición bilingüe de la *Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum mexicana*, trad. castellana de Juan David García Baca, Universidad Nacional Autónoma de México, 1945; págs. 141 y 143.

como si se curara de la ceguera moral que encubrió a su alma la luz de la verdad.

La espontánea retractación de la ofensa se le aparece al académico, a la vez, como una causa de exención de pena y como un medio de purificación del espíritu manchado por la injuria o la calumnia. Pone así Platón en boca de su maestro las siguientes palabras: “Tengo pues que *purificarme*” . . . “y *previniéndome contra el castigo por haber hablado mal de Amor intentaré cantar la Palinodia*, desnuda la cabeza y no como hasta ahora cubierta por la vergüenza ³.

Ello no obstante, la legislación de las ciudades griegas, según se cree, ignoró el instituto de la retractación en materia de delitos contra el honor y esto no debe extrañarnos porque ya se ha observado por eminentes juristas que el derecho griego no alcanzó, en su evolución, a los estadios superiores a que arribaron, en aquel país, las letras y la filosofía ⁴.

b) *El derecho romano.*

Uno de los más grandes espíritus de la Roma imperial, el estoico Lucio Anneo Seneca, en su tratado “De la ira”, libro III, parece haber percibido otro aspecto de la retractación: su fuerza sancionatoria. Dice así el ilustre moralista: “El mayor castigo de la injuria que se hace, es haberla hecho y *nadie es castigado tan gravemente como el que él mismo se entrega al suplicio de la penitencia*” ⁵.

Pero el derecho romano parece haber ignorado no menos que el de las ciudades griegas, el instituto de la retractación.

Y esto sí que no deja de llamar la atención, porque la ley penal romana, en materia de injurias, se caracterizó por su

⁴ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1945, tomo I, pág. 60.

⁵ LUCIO ANNEO SÉNECA, *Obras completas, Tratados Morales*. Edición bilingüe de la *Bibliotheca Graecorum et Romanorum Mexicana*, traducción de José M. Romero Bocafull, Universidad Nacional Autónoma de México, 1946, t. II, pág. 203.

extraordinaria minuciosidad y previsión⁶. La voz "injuria" llegó a tener en aquel derecho múltiples acepciones. Por de pronto, una genérica: "todo lo que se hace sin derecho se dice que se hace con injuria". En otro sentido, ya más concreto y más próximo a nuestro delito de injuria, denominábase así a la contumelia. Expresaba entonces toda conducta dirigida al menosprecio de alguien. También se llamaba injuria al daño causado por culpa y cuya indemnización disciplinaria la ley Aquilia y a la injusticia que cometía el juez pronunciando sentencia inícuca⁷.

Considerada ya en su acepción específica, la noción de injuria varió extraordinariamente en el derecho romano y al través del tiempo. Una ley atribuida a Servio Tulio reprimía con la pena máxima, haciéndolos "sacer", esto es, destinados al sacrificio, a los hijos que injuriaban a sus padres.

Una ley de las XII tablas, que la tradición sitúa en la tabla VIII, reprimía como injuria nuestro actual delito de lesiones, esto es, el atentado contra la integridad corporal de las personas (miembro roto y hueso fracturado) que se castigaba con las penas del talión o de la composición según el caso⁸.

Más tarde, el derecho pretoriano amplía considerablemente el concepto específico de la injuria hasta hacerla alcanzar la latitud de que informan las compilaciones. La injuria no se hace solo empleando las manos sino también las palabras y ya no tiene por objeto únicamente el cuerpo sino la dignidad o la buena fama de las personas⁹.

La primera forma de injurias se cometía golpeando a alguien con el puño o aporreándole con palos o azotándole; la segunda,

⁶ Frank Pilatte —autor de una estimable monografía sobre *La injuria y la difamación*, París, Ed. A. Derenne, 1879— afirma que de todos los pueblos cuyas leyes conocemos, "el pueblo romano es aquel cuya legislación presenta a este respecto el sistema más completo y más científico" (pág. 5). El autor atribuye esta circunstancia al desconocimiento que los romanos tenían del duelo, institución de origen germánico.

⁷ Ulpiano, en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley 1^a.

⁸ *Institutas*, Lib. IV, Tit. IV, par. 7.

⁹ Ulpiano y Labeón en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley 1^a.

promoviendo escándalo a la víctima (convicium) o quitándole a una matrona su acompañante. Atentaba, por fin, contra la buena fama de las personas el que hubiera seguido a una madre de familia, a un joven o a una joven o hubiera atentado contra el pudor de alguien, libre o esclavo¹⁰.

Al ampliarse, el concepto de la injuria, en cierto modo, se espiritualizó, llegando a comprenderse en él incluso los atentados contra el derecho a la libertad personal y contra el libre ejercicio de los derechos civiles¹¹. La ley Cornelia, por su parte, (año 623 a. de J. C.) otorgó la acción de injurias en el caso de intrusión violenta en domicilio ajeno¹². Y en esta evolución llegaron a comprenderse, dentro del ámbito de la injuria, la conducta abusiva de algunos acreedores¹³ o supuestos acreedores¹⁴ y asimismo, ciertas formas indirectas o encubiertas de menosprecio como llevar, en odio a alguien, el retrato del Emperador o usar vestidos sucios o dejarse crecer el cabello a nombre de un procesado, como compadeciéndole, de antemano, por su condena cierta¹⁵.

La ley romana acordaba superlativa importancia al elemento subjetivo en el delito de injurias signo éste del grado de civilidad que había alcanzado aquel derecho. Exigía así, en el injuriante, el "animus o affectum injuriandi". Por eso dice Ulpiano que "*la injuria consiste en la intención del que la infiere*"¹⁶. Excluíanse pues, de tal calificación los golpes dados

¹⁰ Ulpiano en el *Digesto*, lug. cit., Ley IX, p. 4 e *Institutas*, Lib. IV, Tit. IV, p. 1.

¹¹ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley XI y Leyes XXII y XXIV y Gayo en ob. y lug. cit., Ley XII.

¹² Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley V; Paulo en ob. y lug. cit., Ley XXIII e *Institutas*, Lib. IV, Tit. IV, p. 8.

¹³ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley XV, p. 32 y Gayo y Modestino, id., id., leyes XIX y XXI respectivamente.

¹⁴ Ulpiano en el *Digesto*, lug. cit., Ley XV, p. 34.

¹⁵ Scevola y Venuleyo, en el *Digesto*, Lib. XLVIII, Tit. X, Leyes 38 y 39 respectivamente y Ulpiano en ob. y lug. cit., Leyes XV y XXVII.

¹⁶ En el *Digesto*, Lib. XLVIII, Tit. X, Ley III, p. 1.

a otro por broma o luchando¹⁷ y los cortejos y seguimientos hechos también por bromear o por honesta oficiosidad¹⁸.

Por otra parte requeríase, para calificar de injuriosa una conducta, que ella no constituyese, en sí misma, el ejercicio de un derecho pues éste en ningún caso puede contener injuria¹⁹.

No escapó tampoco al derecho romano la condición eminentemente relativa del delito de injurias y así los jurisconsultos las distinguieron en atroces y no atroces. La injuria se hacía atroz o por razón de la persona, como cuando se la infería a un senador, a un magistrado, a un sacerdote, o un ascendiente o al patrono; o por razón del tiempo y del lugar, así, en el foro, en el teatro, en los juegos o a la vista del Pretor; o por razón de la cosa, como cuando se infiere una herida o se da un bofetón o por la magnitud de la lesión o por fin por el lugar que esta ocupaba. Así, por ejemplo, en el ojo²⁰.

Los todavía hoy graves e inquietantes problemas de si la verdad de la imputación excusa al injuriante y de si éste debe ser admitido, en todos los casos, a probar la verdad de sus dichos, preocuparon también a los jurisconsultos romanos. Dos textos parecen resolver esas cuestiones. Uno de ellos es un famosísimo fragmento de Paulo²¹ según el cual “no es bueno ni equitativo que al que infamó a un culpable se le condene por esto; porque es conveniente y útil que sean conocidos los delitos de los delincuentes”. Otro es la ley V del título XXXV, del libro IX del Código: “Si puedes probar que dijiste alguna cosa injuriosa, sin intención de afrenta, la verdad del hecho te defiende de la calumnia”. La interpretación de estos textos, que dividió a los pandectistas durante varios siglos, permite atribuir al derecho romano la regla según la cual el injuriante solo

¹⁷ Ulpiano, en lug. cit., p. III

¹⁸ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley 15, p. 23.

¹⁹ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley 13, p. 1.

²⁰ Ulpiano y Labeón, en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley VII, p. 7 y 8 y Paulo, id., id., Ley VIII. *Institutas*, Lib. IV, Tit. IV, p. 9 y *Código*, Lib. IX, Título XXXV, Ley IV.

²¹ En el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley XVII.

era admitido a probar la verdad de su imputación cuando la materia de la misma fuese un hecho susceptible de afectar el interés público. Eso sí, probada por el acusado la verdad de su dicho, éste se presumía vertido en aras de aquel interés y exento, por lo tanto, de todo “animus injuriandi”. Doctrina ésta que ha permanecido firme a través de los siglos puesto que todavía inspira el art. 111, inc. 1º de nuestro vigente Código Penal²².

También conoció el derecho romano la injuria escrita. Denominábasela con el nombre de “libelos o cármes famosos”. La ley reprimía tanto a sus autores o reproductores como a quienes los hubiesen instigado a componerlos²³.

Era este un delito que la legislación romana miraba con particular odiosidad a punto tal que penaba, como responsable, al tercero inocente que habiendo encontrado el libelo, en vez de romperlo o quemarlo, “hubiese manifestado su alcance”²⁴. Una Constitución de Constantino, inserta en el Código Teodosiano, establecía que los autores de libelos y cármes famosos no se sustraerían al castigo aún cuando hubiesen podido demostrar la verdad de sus imputaciones a lo que, por otra parte, se les obligaba²⁵. Ese texto, que no fué incorporado a la legislación justiniana, sería el remoto origen del principio que inspira la famosa máxima atribuida por el jurisconsulto Blackstone a Lord Mansfield: “Tanto más verdadero es el libelo, tanto más libelo es”. Máxima ésta cuya autoridad todavía se invoca en el derecho penal inglés contemporáneo y cuyo

²² Pueden verse referidas *in extenso* todas estas apasionantes discusiones en la erudita monografía de G. ALBERT PETIT sobre *Les injures et la diffamation en droit romain*, París, ed. A. Marescq Ainé, 1868, págs. 53 a 81. Véase también sobre este asunto a GRELLET DUMAZEAU, *Traité de la diffamation*, t. I, págs. 315 y sigs.

²³ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Vº, part. IX y Ley XV, part. XXVII y XXIX e *Institutas*, Lib. IV, Tit. IV, par. Iº.

²⁴ *Código*, Lib. IX, Tit. XXXVI, Ley I.

²⁵ *Código Teodosiano*, Lib. IX, Tit. XXXIV. Utilizamos para la cita la edición de los *Códices Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus* de Gustavo Haenel, de Leipzig, año 1842, t. I, págs. 910 y 911.

origen, según acaba de verse, se remonta al Derecho romano del Bajo Imperio.

Las penas primitivas de la injuria fueron, según se vió, el talión y la composición. Más tarde, el derecho pretoriano introdujo a favor del injuriado la llamada acción honoraria. El ofendido debía estimar el monto en que solicitaba ser indemnizado y hasta el límite de esa suma el pretor fijaba el quantum de la indemnización²⁶. Esto por lo que atañe a la acción civil. Las sanciones penales de la injuria iban desde la sentencia capital —de discutido alcance— para los autores y difusores del libelo y cármes famosos hasta la de azotes para los esclavos, el apaleamiento de los hombres libres, el destierro temporal, la privación de honores y de la capacidad de testificar, la prisión y la infamia²⁷. La acción de injurias, fuese penal o civil, nunca era pública²⁸.

Pero es legislando la extinción de la acción de injurias donde se aprecia la capacidad de previsión del legislador romano en la materia. La ley admitía, como causa extintiva de aquella acción, la llamada disimulación o abandono de la injuria. Así no podía accionar después el ofendido que, en el primer momento, hubiese perdonado a su ofensor. El pacto sobre la injuria o la transacción ulterior extinguían la acción²⁹. También era causal extintiva el deferir al juramento del acusado la prueba de la existencia de la injuria³⁰.

Entre tanta variedad de causas extintivas llama la atención que el legislador romano no hubiese hecho un lugar a la retractación del ofensor, máxime cuando en el parágrafo VI de la ley XVII del Título “De las injurias y de los libelos difamatorios” dice Ulpiano que “*el que recibe satisfacción perdonó su injuria*”.

²⁶ Marciano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley 37, p. 1.

²⁷ *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Leyes 5, p. 9, 38, 40, 42 y 45, y *Código*, Lib. IX, Tit. XXXVI.

²⁸ *Código*, Lib. IX, Tit. XXXV, Ley 7.

²⁹ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley II, par. 1.

³⁰ Ulpiano en el *Digesto*, Lib. XLVII, Tit. X, Ley V³, par. 8 y Ley XI, par. 1.

Estas palabras se ajustan maravillosamente a la institución que nos ocupa, puesto que el retractante da al ofendido la mejor de las satisfacciones con el retiro voluntario de la imputación o de los calificativos injuriosos. Sin embargo, este fragmento aislado no nos parece decisivo para apoyar en él la afirmación de la existencia de la institución que nos ocupa en el derecho romano. Máxime cuando nuestra voz sonaría sin eco en la teoría interminable de los comentaristas y glosadores de esa ley^{31 y 32}.

Sorprenderá quizás a nuestro auditorio que hayamos acordado tanto espacio al comentario de un derecho que, en definitiva, no acogió el instituto de la retractación. Lo hemos hecho, sin embargo, deliberadamente porque hemos querido mostrar, con esta ligera exploración de las fuentes romanas, cuanto hay de vivo y palpitante todavía y cuanto de interés actual para el estudio de la ciencia jurídica, en esos textos seculares que suscitaron problemas de interpretación análogos a los que todavía hoy se debaten en la academia y en el foro penales. Deseábamos, de ese modo, justificar ante este público informado la constancia con que defendimos el mantenimiento de la enseñanza de este Derecho en el plan de estudios que habrá de regir en nuestra Facultad. Esa enseñanza se impartirá, en lo futuro, en dos cursos de diferente alcance: uno de Institutas o elemental en el ciclo básico de la carrera de abogacía y otro, ya más profundo —de Pandectas, diríamos— en el ciclo de la intensificación del derecho civil. Con lo cual la enseñanza de esta disciplina no solo se ha mantenido sino que ha alcanzado

³¹ Petit, en la monografía ya citada, pág. 104, se refiere, sin nombrarlos, a ciertos comentadores que habrían enunciado, entre las causales de extinción de la acción de injurias, la retractación (amende honorable) del ofensor. Nosotros no los hemos encontrado. De todos modos, dice ese autor que los textos invocados por aquéllos le parecen insuficientes.

³² Nos ha servido de guía para el estudio de nuestra materia en el Derecho Romano, además de los trabajos de Petit y de Pilatte, la por muchos títulos notable monografía de CONTARDO FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del Diritto Penale Romano*, publicada en la *Enciclopedia* de Enrico Pessina, t. I, pág. 3 y esp. 231 y siguientes.

la alta jerarquía que le corresponde, al inaugurarse y clausurarse con ella la formación escolástica de los futuros cultores del derecho privado.

III

LA RETRACTACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

a) *El Fuero Juzgo.*

Por otra parte, la fatiga que nos hemos dado, con el estudio que acabamos de realizar, nos estaba, en cierto modo, impuesta, atento el sentido histórico de este trabajo. El derecho romano rigió en España durante varios siglos, antes y después de las invasiones bárbaras. Los visigodos, en efecto, cuando ocuparon la península, dejaron vigente la legislación romana para que con ella se rigiesen tanto los latinos como los oriundos del país que en él habitaban. Y es así como el primer reylegisador de la dinastía visigoda, Eurico, destinó sus normas a sus propios paisanos manteniendo, de ese modo, el sistema personal de la ley que era una característica del derecho germánico³³. Y tan fué ello así que durante el reinado de su hijo y sucesor, Alarico II, se llevó a cabo la Compilación de las leyes romanas vigentes en la península y en la parte de la Galia dominada por los godos, para uso de los galos y españoles. Realizada esa labor, según parece, por el conde Goyarico, valiéndose, para ello, de las tres compilaciones anteriores a la Justiniana —los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodesiano— de la Instituta de Gayo y de las Novelas o leyes sueltas de los últimos Emperadores, recibió el nombre de “Breviario de Aniano”, del ministro-canciller del reino que la re-frendó³⁴.

³³ JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *De la monarquía visigoda y de su Código, al Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*. Estudio preliminar en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, ed. A. San Martín, Madrid, 1872, t. 1º, pág. XIV.

³⁴ JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, ob. cit., t. 1º, pág. XV.

El silencio que los textos romanos guardaban respecto de la retractación explica que este Breviario tampoco contenga referencia alguna a la institución que nos ocupa. De todos modos, su influencia en la vida jurídica española fué precaria pues, —iniciada por Recaredo la política de la comunidad de legislación para los godos, galos y españoles—, ella alcanzó su máxima expresión en los reinados de Chindasvinto y Recesvinto. El primero, en el séptimo Concilio de Toledo (646), derogó las leyes romanas prohibiendo su aplicación en todo el reino. El segundo, autorizó la confusión de las familias permitiendo, en el octavo Concilio (653), los matrimonios entre godos, galos y españoles, con lo que vino a cegarse, por decirlo así, la fuente misma del principio de la personalidad de la ley.

Ello abría el camino a la sanción de una ley uniforme para todos los súbditos de la monarquía visigoda. Andando el tiempo, esa ley sería la llamada “LEX ROMANA VISIGOTHORUM” o “FORUM JUDICUM” o “LIBRO DE LOS JUECES” o más comúnmente “FUERO JUZGO”.

Constituye este Código uno de los más notables y característicos monumentos legislativos de que tengamos noticia. Desde luego que no por los méritos de su técnica ni por las excelencias de su doctrina. Estamos muy lejos, en efecto, de aquel maravilloso ordenamiento institucional que dos siglos antes hiciera compilar en la pintoresca Constantinopla el insigne Justiniano. Pero, en cambio, confluyen en el Fuero Juzgo, fundiéndose en unidad, las tres grandes fuerzas cuya concurrencia determinó, como resultante, el derecho medieval: la tradición jurídica romana de imposible desarraigo ya, por la perfección de sus formas y la justicia de sus soluciones, las reglas nuevas y rudas pero vigorosas de los pueblos germánicos y la gravitación que sobre una y otras tuvo, como factor amalgamante, el derecho de la Iglesia. He ahí por qué el Fuero Juzgo constituye una de las expresiones típicas de la legislación medieval, considerándolo los estudiosos de la historia de la ciencia penal como una

de las grandes aportaciones del derecho germánico al caudal de la disciplina de los delitos y de las penas.

No entra en nuestros propósitos ni en nuestra competencia pronunciarnos acerca de la fecha de la sanción de este Código, ni del idioma en que el mismo originariamente se escribiera; temas en torno a los cuales las discusiones son tan numerosas como apasionadas. Lo que no parece dudoso es que fué compuesto a mediados o fines del siglo VII, época en la que se compilaron otros importantes monumentos de la legislación germánica.

El Fuero Juzgo legisla la materia de la injuria en su libro XII, Título III que intitula "De los denuestos y de las palabras ydiosas". Llama la atención la inclusión, en este artículo, de una ley, la última del mismo, que se refiere al régimen de la prescripción contra menores ³⁵.

La doctrina jurídica del Fuero Juzgo es, en nuestra materia, similar a la que inspira a todas las leyes germánicas, en los delitos contra el honor.

Distínguese claramente entre las injurias verbales, a las que se refieren las seis primeras leyes del Título, y las injurias reales que menciona la ley VIII ³⁶; y sepáranse, con igual claridad, unas y otras, de las lesiones corporales que el Fuero legisla en su libro VI, Título IV, Ley III, dándole así a este delito su verdadera y propia autonomía.

Entre las injurias reales, menciónase el tirar por el pie o por los cabellos a otro hombre libre, sin derecho. Esto último, el tirar a otro por los cabellos, también se prevé como una forma del delito de lesiones en la ley que acabamos de recordar, aunque es probable que aquí la misma expresión signifi-

³⁵ Utilizamos para las citas del Fuero Juzgo un ejemplar de la edición bilingüe que de este Código mandó hacer la Real Academia Española, en Madrid, por Ibarra, en el año 1815.

³⁶ La Ley VII de este título contempla la lesión corporal producida sin dolo ni culpa. El autor material se exime de pena "purgando por su sacramento que el hecho no fué de su grado".

cara herir a otro en la cabeza como expresamente se lee en el segundo manuscrito del Escorial.

En materia de injurias verbales, el Fuero Juzgo, siempre a la manera de las leyes germánicas, enumera minuciosamente las palabras punibles ³⁷. Son ellas: "Podrido de la cabeza o de la cerviz", "Tiñoso o gotoso", "Vizco, toposo (de vista defectuosa) o "deslapreado" (señalado feamente), "Circuncidado" (circuncidado) o "señalado", "corcobado" (jorobado) y "sarracin". En todos los casos, la verdad de la calificación excluye la injuria. La expresión "e aquel a quien lo dice non lo es" o "non lo fore" se lee en todas las leyes. La IV, al reprimir la palabra "sarraceno", agrega "e non lo probare" pareciendo así otorgar al acusado de haberla proferido, el derecho a probar la verdad de su calificación.

El Fuero reprime a los autores de injurias reales con pena pecuniaria "*peche L sueldos al qui lo recibió entuerto*". Pena que se convierte en la de cincuenta azotes en caso de que el culpable no tuviera como pagar la multa.

En cambio, la pena de las injurias verbales es siempre la de azotes que van desde treinta hasta ciento cincuenta, siendo fácilmente perceptible, en esta escala, la distinción implícita que la ley hace entre injurias graves y leves.

Sorprende, de veras, que el Fuero Juzgo no haya legislado acerca de la retractación, siendo así que este instituto aparece ya contemplado en otras legislaciones de origen germánico más o menos contemporáneas a aquel Código. Así, por ejemplo, en el derecho longobardo que rigió en Italia, el famoso Edicto Rotario del año 643 estatúa concretamente acerca de la materia que nos ocupa en sus fragmentos 198 y 384. Antonio Per-

³⁷ Así, para la ley sálica, las palabras punibles eran "cinitum (cinadeum), concacatum, vulpeculam, leporem, delatorem, meretricem, falsatorem". Reprimía, además, esta ley reprochar a otro el haber echado su escudo (cobardía). Lex Sállica Reformatata, Tít. XXXII, 1 a 8. Tomamos el texto de la ley Sállica de las *Barbarorum leges antiquae* coleccionadas por F. PAULO CANCIANI, Venecia, Coletiumet Pittcrium, 1781. Vol. 2º, pág. 136.

tile, el gran historiador del derecho italiano, atribuye a este Edicto el haber legislado, por primera vez, sobre la retractación³⁸. En los fragmentos citados se contempla la conducta de quien injuria a una mujer libre llamándola “fornicadora” o “bruja” (Frag. 198) así como la de aquél que llama a otro “cobarde” (arga) (Frag. 384). La ley da, en ambos textos, facultad al injuriante, ya sea de retractarse bajo juramento, ya de probar, mediante el duelo, la verdad de su imputación. En el primer caso, esto es, si el ofensor se retracta manifestando que profirió la injuria en un arrebatado de furor y sin que le constara la verdad de su dicho, es condenado a una pena pecuniaria intimándosele a no reincidir, en lo sucesivo, en sus calumniosas afirmaciones³⁹.

El mismo Pertile expresa que a las penas corporales o pecuniarias con que se reprimía el delito de injurias “se acompañaba, en muchos casos y desde la época longobárdica, la de retractarse públicamente de cuanto se había dicho o escrito en contra del ofendido”.

Según, pues, el testimonio de esta alta autoridad, debemos concluir que en las legislaciones italianas de origen germánico la retractación se legislaba ya como una opción conferida al ofensor para eludir la prueba de la verdad de su dicho, ya como una verdadera y propia sanción que acompañaba a las otras penas corporales o pecuniarias con que se reprimía la injuria.

Por eso decíamos, momentos antes, que sorprende el desconocimiento en que el Fuero Juzgo tiene a esta institución. Quizás la explicación de este hecho nos la suministren otros a los que, en seguida, vamos a referirnos.

³⁸ ANTONIO PERTILE, *Storia Generale del Diritto Italiano*, ed. U. T. E. T., Turín, 1892, t. V, pág. 341.

³⁹ Véase asimismo PASCUAL DEL GIUDICE, *Diritto Penale germánico rispetto all'Italia*, en la *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano* de Enrico Pessina, t. I, página 431. Para compulsar los textos citados de la ley Rotharia, ver la ya citada *Barbarorum Leges Antiquae*, vol. 1º, págs. 79 y 97.

b) *El “Fuero Viejo de Castilla”.*

Pocos años después de compilado el Fuero Juzgo, la monarquía visigótica, profundamente minada por disensiones internas y la corrupción de sus costumbres, iba a caer arrollada por el poderío musulmán en la batalla de Guadalete en la que desapareció con el Rey Rodrigo, último de los monarcas visigodos, la independencia de España.

Siete siglos duró la epopeya de la reconquista y en su transcurso los conductores del pueblo español se dieron tiempo no solo para rescatar, palmo a palmo, el suelo de su patria, sino también para llevar a cabo una obra de tanta enjundia como la que constituye la legislación foral. El Fuero Viejo de Castilla, que don Pedro José Pidal calificó como el código de la nobleza española de la Edad Media⁴⁰, es una de las muestras de esa legislación cuya calidad de local y parcial no la privaba de significación e importancia.

En su libro II, título I, se ocupa “De las muertes e de los encartados, e de las heridas e denuestos”. Las normas que hemos visto presidir la legislación de estos delitos en el Fuero Juzgo siguen teniendo aplicación en este Fuero Viejo de Castilla. Sepáranse aquí las lesiones corporales de las injurias propiamente dichas. Y, para legislar estas últimas, síguese el procedimiento de enumerar las palabras punibles. La ley IX del citado título, que ha llegado a nosotros incompleta, pues falta su principio en todos los manuscritos, enumera, como palabras sujetas a represión, las siguientes: “traidor probado”, “cornudo”, “falso”, “fornesimo” (bastardo o hijo de puta), “gafo” (leproso), “boca fedienda” o “fodiduncul” o “puta sabida”. La pena ya no es corporal sino pecuniaria y variable según la condición de la víctima.

⁴⁰ PEDRO JOSÉ PIDAL, *Adiciones al Fuero Viejo de Castilla*, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, ed. de A. San Martín, Madrid, 1872, t. 1º, pág. 247. Utilizamos para las citas de este Fuero y del Real que sigue el texto que figura en esta colección.

c) *El Fuero Real* (1254-1255).

Asaz adelantada la obra guerrera de la reconquista; iniciada la unidad política de España con la reunión de los reinos de León y de Castilla bajo el cetro de Fernando III el Santo, y en pleno proceso de restauración la sociedad ibérica, aparece, en la monarquía, la figura excepcional de Alfonso X, llamado El Sabio, a cuyo empeñoso e ininterrumpido esfuerzo debemos, entre otras obras, dos magistrales monumentos de legislación: El Fuero Real de España y el Código de las Siete Partidas. El examen de la primera de estas obras tiene, para nosotros, particular interés, por cuanto es el Fuero Real el primer cuerpo legislativo en que aparece disciplinado en España el instituto de la retractación en los delitos contra el honor. Es en el libro IV, título III, que trata "De los denuestos y deshonoras", donde se legisla, en este Código, la materia de las injurias. De dos leyes se compone el título que nos ocupa.

En la primera, se prevé y reprime la injuria real consistente en "*meter a otro la cabeza so el lodo*". La pena es pecuniaria. El delincuente debe pechar trescientos sueldos, mitad para el Rey y mitad para el querrelloso.

La ley II trata de las injurias verbales. Comienza con la so-corrida enumeración de las palabras punibles: "gafo", "sodomético", "cornudo", "traidor", "hereje" y "puta". Esta última cuando se dirige contra mujer de su marido, esto es, casada. La ley prescribe, como sanción para el infractor, *que éste se desdiga ante el Alcalde y ante hombres buenos* al plazo que el mismo ofendido pusiere ante el Alcalde. Sin perjuicio de ello, aplícasele una pena pecuniaria de trescientos sueldos, la mitad para el Rey y la mitad para el querrelloso. Queda a salvo, naturalmente, el supuesto de que el imputado negase haber profendido la injuria que se le atribuye. En cuyo caso, si ésta no se le pudiere probar el acusado se salva "así como manda la ley".

Pero el defenderse es optativo para el imputado, quien "si salvar no se quisiere, faga la enmienda y peche la calumnia".

Todavía una injuria más prevé la ley en forma expresa, al final de su texto: es el calificativo de "tornadizo" aplicado al "hombre de otra ley que se tornare cristiano". "Para esta injuria la retractación no rige. La única pena aplicable aquí al denostador es la de pechar diez maravedís al Rey y otros diez al querrelloso".

Característica importantísima de esta legislación es que en ella aparezca, por primera vez, la que llamaríamos injuria innominada: "e si dixere otros denuestos...". En esta expresión compréndense, naturalmente todas las otras palabras injuriosas y todas las imputaciones con las que se puede herir el honor del prójimo, aunque la ley no las enuncie expresamente. La sanción, en este supuesto, es siempre la misma: "*desdígase de ellos ante el Alcalde y ante hombres buenos*". Pero aquí la ley agrega algo más, algo que, con el andar de los siglos, vendría a repercutir en la jurisprudencia de los Tribunales del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires suscitando interesantes y apasionados debates forenses: "*e diga que mentió en ello*".

Henos aquí, por fin, en presencia de esta retractación a la que con tanto empeño hemos venido persiguiendo. Dos formas hay de ella en la ley II del Título III, del Libro IV del Fuero Real.

Una, que llamaríamos simple, consiste en desdecirse ante el Alcalde y ante hombres buenos, esto es, revocar lo que antes se dijo. Otra, que diríamos calificada, en la que a esta revocación debe añadirse la confesión de que se mintió al decir lo que ahora se revoca.

No estamos en condiciones de saber cómo se cumplían en la práctica estas disposiciones del Fuero Real en su tierra de origen. Pero, eso sí, podemos afirmar a ciencia cierta que media una fundamental diferencia, un verdadero abismo, entre esta retractación disciplinada por el Fuero Real de España y las

penas que, con el mismo nombre, se imponían en las legislaciones germánicas de otros países en la Edad Media. En efecto, observa el ya citado Pertile que el espíritu de aquellos tiempos “era asaz fecundo en imaginar formas de pena que sirvieran de solaz para el público y de humillación para quien las soportaba”⁴¹. Consecuencia y prueba, a la vez, de ese espíritu tan particular fué que la retractación dispuesta por las leyes a las que el historiador italiano se refiere asumiera, con el andar del tiempo, formas más o menos humillantes a la medida de la gravedad del insulto y de la condición de las personas ofensoras y ofendidas. “De ordinario —sigue diciendo Pertile⁴²— el ofensor debía echarse a los pies del ofendido, llevando una cuerda al cuello para indicar que se había hecho merecedor de la horca y, a veces, se lo hacía caminar con los pies desnudos atravesando, en tal atuendo, toda la ciudad. En ciertos casos, el injuriado, en el acto de perdonar, infligía, para su mayor halago, una leve humillación al propio ofensor.”

Estas formas degradantes de represión penal que, según el autor citado, persistieron en Italia hasta la época contemporánea, también se conocieron en Francia bajo la denominación de “Amende honorable”. Esta pena se aplicaba allí también en forma pública y rodeada de gran aparato. El reo, puesto de rodillas, en camisa, con la cabeza descubierta y descalzo, amarrado en mano y con una cuerda al cuello, era obligado a declarar que falsamente y contra la verdad, había dicho o hecho alguna cosa contra la autoridad del Rey o contra el honor de alguien y que por eso pedía perdón a Dios, al Rey, a la Justicia y a la parte ofendida. Esto, mientras le acompañaba, sujetándole, el ejecutor de las “altas obras” o sea el verdugo.

Cierto es que, en Francia, tales sanciones no se aplicaban sino en casos extremos y de excepcional gravedad, debiendo distinguirse de la “Amende honorable” la “reparation d'hon-

⁴¹ PERTILE, ob. cit., t. V, pág. 341.

⁴² PERTILE, ob. cit., t. V, pág. 345.

neur”, de caracteres más simples y serios, y más próxima, por su naturaleza y por sus formas a la institución que ahora nos ocupa⁴³.

Sea de ello lo que fuere, la verdad es que, en el derecho español, la retractación de las ofensas no asumió nunca esos contornos ridículos y extraños que, por lo deprimente que son para la personalidad humana, se oponen a todos los principios de una sana política criminal.

Volviendo ahora al sistema de la ley que estamos comentando, se nos ocurre que la lectura detenida del texto legal nos instruye suficientemente acerca del sistema adoptado por el legislador en la materia. Cuando la injuria consista en haberse proferido algunas de las palabras de la ley, bastará con que el reo se desdiga, esto es, revoque su propio dicho. Si la expresión injuriosa es de aquéllas que la ley no prevé expresamente, pudiendo tales denuestos consistir en imputaciones falsas de hechos delictuosos o inmorales, la ley exige algo más; quiere que el retractante, *amén de desdecirse, reconozca que mintió* para que no subsista la falsa imputación que dió origen a su condena.

d) “Las leyes del Estilo”.

Sabemos ya que a esta Recopilación no cuadra, estrictamente hablando, el título de *leyes*. Más bien parece tratarse de decisiones jurisprudenciales producidas después de la promulgación del Fuero Real y en interpretación y aplicación del mismo.

Una de estas decisiones, que se denomina ley CXXXI, explicita el alcance de la disposición del Fuero Real aplicable a quien denosta a mujer casada llamándola con la palabra *soez* que la ley expresa. Modifícase allí la pena pecuniaria fulminada por el Fuero Real. Según ya lo vimos, ésta era de trescientos sueldos. La ley del Estilo eleva la sanción a quinientos sueldos si el marido denostado fuese *fijodalgo*. Mas “si fuere

⁴³ M. JOUSSE, *Traité de la Justice Criminelle de France*, París, Debure, 1771, tomo 1º, pág. 116 y BOITARD, *Leçons de Droit Criminel*, 9ª ed., París, Cotillon, 1867, página 301.

otro hombre que no fuere fijodalgo”, la pena debe ser “de quinientos sueldos ayuso, a vista del Alcalde”.

e) *Las Siete Partidas.*

En este importantísimo monumento legislativo y en la materia que nos ocupa, se advierte una extraordinaria influencia del derecho romano. Todo el sistema adoptado en la Ley de Partidas para la legislación de las injurias aparece calcado, por decirlo así, en las disposiciones del título X, del libro XLVII del Digesto, de las que bien puede decirse que no son sino una glosa romanceada. Excusado será agregar que por ningún lado aparece aquí la retractación desconocida por la fuente romana según ya lo vimos. He ahí porque, pese a su innegable trascendencia histórica, para nosotros y a los efectos de este estudio, carezca de especial interés el análisis de las disposiciones de las Leyes de Partida.

No dejaremos, sin embargo, de destacar que el grande predicamento de que gozaron estas leyes entre los hombres de derecho y la frecuencia con que las mismas eran invocadas en la práctica forense, fué de haber tenido alguna parte en reducir la efectiva aplicación del instituto que nos ocupa. Decimos esto a título de mera sugestión ya que es difícil invocar hechos que acrediten influencias de carácter negativo como ésta a la que nos estamos refiriendo.

f) *Las Leyes Nuevas.*

En las Leyes Nuevas dadas por Alfonso X, después del Fuero Real, para resolver situaciones de derecho en las que “dubdan los Alcaldes”, la ley XI contempla el caso en que se hayan inferido simultáneamente varios denuestos a la víctima. Trátese de saber si habrán de sumarse las penas pecuniarias correspondientes a cada insulto o si esa suma tiene un límite legal. El recordado texto decide que “el denostador haya la pena por el mayor denuesto como manda la ley”. Vale decir que aplica

aquí el principio jurídico de la absorción del delito menor por el delito más grave, principio conforme al cual todavía hoy se resuelven situaciones de concurso material de delitos⁴⁴.

g) *Las Ordenanzas Reales de Castilla.*

Las Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas y compuestas por el doctor Alfonso Díaz de Montalvo, por mandato de SS. MM. los Reyes Católicos Fernando e Isabel, se ocupan de las “Injurias y denuestos” en el Libro VIII, Título IX, compuesto de cuatro leyes.

En la primera, se reprime la conducta de los hijos que denostan a sus padres “en público o en escondido, en su presencia o su ausencia”. La pena dispuesta para ellos a opción de sus progenitores, es la prisión por veinte días o el pago de una multa de “seiscientos maravedís de los buenos”, de los cuales doscientos serán para el acusador y cuatrocientos para los padres ofendidos.

La ley segunda reproduce las disposiciones de la ley II del título III del libro IV del Fuero Real con algunas variantes. Así, los diez maravedís de multa que en el Fuero se aplicaban al que llamaba “tornadizo” al convertido a la religión católica se truecan en las Ordenanzas Reales, en diez mil. El Fuero Real no precisaba la pena en que caería el injuriante que no pagase la multa. Decía simplemente “caya en la pena que manda la ley”. En las Ordenanzas Reales, en cambio, se determina la sanción: “Si no tuviere de que los pechar, peche lo que tuviere; y por lo que fincare, yazga un año en el cepo y si antes de un año pudiere pagar salga de la prisión.”

La ley tercera vuelve a reprimir las injurias innominadas, pese a que a ellas ya se refería la segunda en la parte que dice: “y si dixere otros denuestos”. Dice la ley III: “Cualquier que a otro dixere alguna palabra injuriosa o fea, peche y pague a la nuestra Cámara cien maravedís”, pena que, para peor, es

⁴⁴ *Los Códigos españoles concordados y anotados, Leyes Nuevas, t. VI, pág. 228.*

distinta de la de trescientos sueldos que se fulminaba en la ley 2ª para las injurias no enumeradas expresamente en el texto legal.

La ley IV es, en verdad, interesante: "Los judíos y moros, después que fueren convertidos a la Santa Fe Cathólica, no deben ser injuriados ni maltratados por los otros christianos. Por ende mandamos, que cualquier que los llamare marranos, tornadizos y otras palabras injuriosas incurra y caya ende en pena de trescientos maravedís por cada vez: y si no tuviere de qué pagar, que esté en la cárcel pública en cadenas por quince días: según se contiene en este nuestro libro en el título de la Santa Fe Cathólica."

El texto citado es clara muestra de contradicciones en que incurriera el compilador Montalvo y que tanto descrédito trajeron a su labor. Mientras en la ley II se conserva la disposición del Fuero Real respecto del que llamare tornadizo al "hombre de otra ley que se tornare cristiano", elevando la sanción de diez a diez mil maravedís para el Rey y otros tantos para el querrelloso; aquí, en la ley IV, en sanción del mismo hecho, aplica tan sólo una multa de trescientos maravedís. La contradicción se extiende a la pena privativa de libertad imponible en caso de falta de pago de la multa: mientras en la ley II se dispone que el reo remiso "yazga un año en el cepo"; en la ley IV se manda "que esté en la cárcel pública, en cadenas, por quince días".

De todos modos, y a los fines de nuestra disertación, resulta interesante destacar que la retractación se mantiene, en estas Ordenanzas en los mismos términos que en el Fuero Real, esto es, ya como una simple revocación de la palabra ofensiva prevista expresamente por la ley, ya añadiéndose a esa revocación el reconocimiento del reo de haber mentido en cuanto dijo, si se tratase de "otros denuestos"⁴⁵.

⁴⁵ Los Códigos españoles concordados y anotados, Ordenanzas Reales de Castilla, tomo VI, pág. 520.

h) *La Nueva Recopilación* (1567).

La Nueva Recopilación promulgada en Madrid el 14 de marzo de 1567, por la Católica Majestad de don Felipe II, trata "De las injurias y denuestos" en las cinco leyes que componen el título X de su libro VIII.

La ley I reproduce literalmente la ley I del título IX de las Ordenanzas Reales de Castilla que, según ya vimos, reprimía con pena de veinte días de prisión o seiscientos maravedís de multa, a opción de los progenitores ofendidos, a los hijos que injuriaban a los padres.

La ley II reproduce la ley II del título del libro VIII de las Ordenanzas Reales de Castilla y, a través de ésta, la ley II, del título II, del libro IV del Fuero Real. Pero aquí se introducen, y precisamente en materia de retractación, dos variantes sustanciales.

En efecto, la ley del Fuero y las Reales Ordenanzas imponían al injuriante la pena de desdecirse ante el Alcalde y ante hombres buenos sin parar mientes en la calidad personal del infractor. En cambio, la Nueva Recopilación dispone que "si fuera fijodalgo el que dixere los dichos denuestos no sea condenado a que se desdiga por ello". Vale decir, que deroga el instituto de la retractación para los injuriantes fijodalgos. Eso sí, se aumenta la pena pecuniaria aplicable a los mismos que se eleva de trescientos a quinientos sueldos, o sea de mil doscientos a dos mil maravedís. Y la ley prosigue: "y demás de esto el Juez le ponga la más pena que le pareciere según la calidad de las personas y de las palabras".

La segunda variante, de mayor importancia aún que la anterior, es la siguiente. Desde el Fuero Real y hasta las Ordenanzas de Montalvo, en la retractación de los "otros denuestos" se imponía al retractante la obligación de confesar que "mintió en ello". Esto es, en cuanto dijo en ofensa de su prójimo. Esta exigencia desaparece en la Nueva Recopilación que suprime de

los términos de la Ley del Fuero la expresión “e diga que mintió en ello”. Desde 1567, pues, esta exigencia de la confesión de la mentira desaparece de la legislación española. . . para no reaparecer sino tres siglos y medio después en algunos fallos de la respetabilísima Cámara del Crimen de la Capital, a raíz de un error doctrinario hijo de una notoria deficiencia de información en quien primero lo sostuvo.

En su parte final, la ley II de la Nueva Recopilación incorpora a su texto el de la ley IV del mismo título de las Ordenanzas Reales, sin más variante que elevar a diez mil maravedís la pena de trescientos que en aquella Ordenanza se disponía para los que injuriasen a los convertidos a la fe católica. También se eleva la pena de privación de libertad de quince días de cadena a un año de cepo para el que no pudiere, en este caso, satisfacer la pena pecuniaria.

La ley III, al reproducir la de igual número del título IX de las Ordenanzas Reales, aclara que las palabras injuriosas o feas que esta ley sanciona deben ser “menor de las contenidas en la ley precedente”. Se precisa así, con buena técnica legislativa, el alcance subsidiario de esta disposición aplicable exclusivamente a las injurias llamadas leves. Y se salva, de esa manera, la contradicción en que había incurrido el compilador Montalvo y a la que nos hemos referido en el apartado anterior.

La ley IV de la Nueva Recopilación reviste trascendental importancia, ya que en ella se establece, por primera vez en la legislación española, el carácter privado o dependiente de instancia privada de la acción de injurias.

Dice así esta ley: “Mandamos que las Justicias de nuestros Reynos sobre palabras livianas, que pasaren ante cualesquier vecinos de cualesquier ciudades, villas y lugares de ellos, sino intervierenen armas ni efusión de sangre, o en que no hubiere queja de parte o que si se hubiere dado queja, se apartaren de ella y fueren amigos, no se entremetan a hacer pesquisa sobre ello de su oficio; ni procedan contra los culpados ni algunos

de ellos, seyendo las palabras livianas; ni les tengan presos, ni les lleven penas ni achaques por ello: y lo mismo mandamos se guarde en las cinco palabras de injuria que por la ley primera de este título se pone pena de trescientos sueldos, no precediendo querrela de parte; pero precediendo, cerca de las dichas palabras, mandamos, que aunque después la parte que dió querrela se aparte de ella, que nuestras Justicias hagan justicia; y si el Corregidor o Justicia fallare, o algunos alguaciles o executores vinieren contra lo en esta ley contenido lo hagan luego castigar.”

Claro es, entonces, el sistema adoptado por la Nueva Recopilación para reglamentar el ejercicio de la acción penal en materia de injurias. No podrá procederse, en ningún caso, sino por querrela de parte. Ahora bien, cuando las injurias fueren leves, retirada la acusación por la parte ofendida, la acción penal se declara extinguida. En cambio, si la injuria hubiera consistido en una de las cinco palabras de la ley, el desistimiento del actor no impide al magistrado continuar la averiguación hasta sancionar el delito^{45 bis}.

Por fin, la ley V reproducía una pragmática expedida por Felipe II el 15 de julio de 1564 por la que se prohibía “decir ni cantar, de noche ni de día, por las calles ni plazas ni caminos, ningunas palabras sucias ni deshonestas, que comúnmente llaman pullas ni otros cantares que sean sucios ni deshonestos; so pena de cien azotes, y ser desterrado un año de la ciudad, villa o lugar en donde fuere condenado”.

En realidad, esta última ley había sido mal ordenada en la Recopilación, puesto que tales dichos y cantares lesionan más la pública honestidad que el honor de las personas. Su lugar no

^{45 bis} Las querellas por injurias verbales no gozaron nunca de benévola acogida en el foro español. Una Real Instrucción de Alcaldes y Corregidores de 9 enero 1784 dispone “que se excuse en lo posible la compilación de procesos señaladamente en riñas de palabras y otras cosas de corta entidad que aniquilan los vecinos, perpetúan la desunión y la discordia y dan pábulo a la codicia de malos Escribanos, Alguaciles y demás dependientes del Juzgado”. (Ver VILANOVA Y MAÑES, *Materia Criminal Forense*, t. III, pág. 80.)

estaba, pues, en el título "De las injurias y denuestos". Y así debió entenderlo la Novísima Recopilación cuando, para conservar ese texto en la misma parte de la ley en que se halla, agregó en la denominación del Título XXV de su Libro XII la expresión "y palabras obscenas" a la leyenda clásica "De las injurias y denuestos"⁴⁶.

Síntesis.

Hemos expuesto, con toda la precisión que nos ha sido posible, dada la natural dificultad de la materia, el régimen legal vigente en España, hasta la Nueva Recopilación inclusive, en materia de retractación en los delitos contra el honor. Sintetizando los resultados de nuestros estudios en torno a la institución que nos ocupa en la legislación española, podemos afirmar:

a) Que la retractación aparece disciplinada, por primera vez, en el Fuero Real;

b) Que en esta ley se la estatúa como una pena a la que se hallaban sujetos todos los injuriantes y denostadores del honor ajeno. Ella revestía dos formas: cuando el culpable hubiese proferido una de las injurias expresamente enunciadas en la ley, la retractación consistía en que el infractor se desdijera, esto es, revocara su dicerio. En cambio, cuando hubiere proferido "otros denuestos", amén de desdecirse, debía confesar que mintió en cuanto dijo de su víctima;

c) La ley de la Nueva Recopilación (1567) exime a los fijosdalgos de la sanción de retractarse. Suprime además la forma que llamaríamos calificada de retractación consistente en el reconocimiento de haberse mentido al proferir los denuestos y palabras injuriosas no previstas expresamente en la ley.

⁴⁶ Los Códigos españoles concordados y anotados, t. XI, pág. 253 y t. X, pág. 88.

IV

LA RETRACTACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL RÍOPLATENSE HASTA LA CÓDIFICACIÓN PENAL

a) Época colonial.

El derecho objetivo, vale decir el derecho-norma, es tan sólo un aspecto del fenómeno jurídico. Éste se integra, además, con la aplicación concreta de la ley que realizan cotidianamente los tribunales resolviendo los casos que se presentan a su conocimiento y decisión. La necesidad en que se hallan los magistrados de hacer justicia asentando sus fallos en el texto legal les obliga a indagar, al través de las palabras de la ley, aquel sentido íntimo de la misma que aparezca más conforme con las exigencias de la justicia en el caso sometido a su decisión.

He aquí por qué nosotros, en el afán de establecer de la manera más concreta y precisa posible cuáles fuesen las formalidades a las que se sujetaba la retractación de los denostadores e injuriantes en el foro bonaerense, antes de nuestra codificación penal, hemos llevado nuestra investigación al Archivo de los Tribunales y al Archivo General de la Nación y examinado allí expedientes de juicios por injurias y denuestos, tratando de encontrar en sus amarillentas fojas los rastros de la institución que nos ocupa.

En esa búsqueda, que nos ha resultado sobre manera interesante y provechosa y en la que hemos sido auxiliados por dos jóvenes estudiantes, don Julio E. Cabral y don Praxiteles Brousalis, a quienes desde aquí protestamos nuestro sincero agradecimiento, nos ha sido dable practicar una serie de observaciones que nos complacemos en resumir en la presente comunicación.

En primer lugar, sorprende el número crecido de causas que

por injurias y denuestos se ventilaban en los tribunales porteños en los tiempos de la colonia y aún después de la revolución emancipadora. Ello no obstante, y esta es una segunda circunstancia digna de mención, muy pocos de esos juicios llegan a su término completo. En algunos, las partes arriban a una solución conciliatoria; en otros, el querellante, al parecer vencido por las dificultades y la duración del proceso, concluye por abandonarlo.

Otra característica altamente llamativa la constituye el hecho de que, ni por las partes ni por los magistrados, se haga invocación expresa del derecho que se considera aplicable al caso con la cita de los pertinentes textos legales. Ello no quiere decir, desde luego, que la doctrina de estos textos esté ausente del espíritu de jueces y litigantes.

Así, por ejemplo, en la querrela promovida en 1805 por doña Petrona Calderilla de Migoya contra doña Nicolasa Correa, mujer "muy legítima" de José Martínez, la actora, que atribuye a la demandada el haberla llamado "puta", hace notar en su escrito de querrela que esta expresión "*es una de las cinco que las leyes señalan*". La alusión a la ley II del Título X del Libro VIII de la Nueva Recopilación es aquí transparente.

Otro ejemplo lo es la causa que Pablo Villarino sigue contra Mariano Joaquín de Maza por injurias, en 23 de febrero de 1798. El actor, a quien patrocina el doctor Tomás Antonio Valle, atribuye a su querrellado el haberle dicho de "pícaro ladrón", "pícaro indigno", "pulpero ladrón" y "gallego pulpero". Como esas palabras no figuran entre las que expresamente menciona la Nueva Recopilación, el accionante dice: "La Ley Recopilada de Castilla determinando ciertas palabras por las que se injuria e imponiendo pena al que denueste con ellas no se ciñe a estas solamente sino que dice y añade «otros denuestos semejantes»". Y agrega el actor: "No podrá negarse que las palabras que contra mí profirió Maza y quedan demar-

47 Legajo 140, Causa N° 4196 del Archivo de Tribunales.

cadas son semejantes a las que enumera la ley porque su calidad y razón es una misma respecto a que tan deshonorado e infamado queda aquel a quien se le dice alguna palabra de la ley como aquel a quien se trate de «pícaro», «ladrón», «indigno»" 48.

Es igualmente clara aquí la invocación de la ley II, título X, libro VIII de la Nueva Recopilación, aunque la cita de este texto legal no aparezca, en forma expresa, en los escritos de la parte.

El procedimiento seguido en estas causas es harto simple. El querrelloso, al presentarse, solicita se produzca sumaria información para acreditar los hechos que él estima constitutivos de la injuria que origina la causa. La sumaria consiste, generalmente, en declaraciones testimoniales que se reciben bajo juramento de decir verdad pero sin contralor alguno de la parte acusada que, a esta altura de los autos, todavía no es tenida por tal. Algunas veces, sin embargo, se agrega a la información sumaria, como parte integrante de la misma, alguna prueba documental. Así lo hemos visto hacer al doctor Valle, en el juicio de Villarino contra Maza, agregando testimonio de piezas obrantes en pleitos civiles seguidos ante las mismas partes.

Producida la información, el Juez se pronuncia sobre el mérito de la misma y adopta, según los casos, las más variadas providencias.

A veces, dispone oír al querrellado en declaración, dándole de ese modo oportunidad de explicarse sobre las injurias y denuestos que se le imputan. Así se hace en una querrela seguida, también en 1798, por Baltasar Zenzano contra Francisco Zelis. Al decir del primero, en una reunión tenida en casa de un amigo común, don Francisco Vizcalla, el segundo le habría reprochado valerse de documentos falsos para la recaudación de los derechos de Alcabala de la que estaba encargado el suegro

48 Es el expediente 8 del Legajo N° 43 del Archivo General de la Nación.

de Zenzano. Prescrito el comparendo del querellado, éste expresa que sus palabras “sólo han sido con intención de chanza y no gravosa porque no había ni antes ni entonces fundamento ni motivo para ello”. El señor Alcalde de Primer voto, que lo era don Antonio García López, oído al querellado, oficia al Alcalde de la Santa Hermandad de Santa Cruz, en cuya jurisdicción se domiciliaban las partes que eran del alto de San Pedro, “haciendo llamar a su presencia a don Francisco Antonio Zelis y a don Baltasar Zenzano *prevenga al primero que ni por chanza ni por otro modo injurie a nadie del modo que habló a Zenzano ni de otra manera. Que procure conciliarlos*”⁴⁹.

En otros casos, el Juez da traslado de la acusación a la parte querellada. Así se hace en la querrela promovida por doña María de la Candelaria Mansilla contra don Pedro Bustamante. La actora se queja de que el demandado la haya llamado “*callejera*”. Y pide se le mande comparecer “para que diga en qué términos y con qué sentido profirió aquel agravio y si lo dijo por acreditarme de mujer pública”. El señor Bustamante, después de explicar en qué circunstancias “se vió precisado a contener los excesos de la dicha doña María”, expresa que “la palabra «callejera» con que se supone insultada no tiene el menor viso de ofensiva. . . es de aquellas expresiones que, por ser impremeditadas y decideras, no se juzgan agraviantes”. Por lo cual, y “no habiendo sido su ánimo injuriar a doña María Candelaria en el sentido que tiene aquella palabra, así lo declara”. El Juez condena a ambas partes a perpetuo silencio sobre lo ocurrido, amonestándolas⁵⁰.

Otras veces, sin embargo, el procedimiento es mucho más severo y producida y aprobada la sumaria información, el Magistrado ordena, sin más ni más, la prisión y el embargo de

⁴⁹ Es el expediente N° 12 del Legajo Z N° 4, año 1798, Archivo General de la Nación.

⁵⁰ Es el expediente N° 12 del Legajo 276 de la Sección Tribunales del Archivo General de la Nación.

bienes del querellado. Así se procedió en el ya citado caso de Villarino con Maza y en otro, por cierto muy interesante, de don Francisco Guerrero y otros contra María y Josefa Orego, apodadas “Las Mingochas”, al que en seguida vamos a referirnos. No ha dejado de llamarnos la atención el que se dispusiera la privación de la libertad de imputados por delito al que no correspondía sino una pena pecuniaria, y declaramos honradamente no haber hallado la razón de ello, a menos que tuviéramos por tal la, para nosotros poco convincente, de que se procediese así en previsión de que el acusado, no teniendo bienes con qué satisfacer la multa debiese cumplir su pena con privación de libertad.

La causa de “Las Mingochas”, que así la llamaremos, se sustanció en 1785. Fueron querellantes en ella don Francisco Guerrero, don Joaquín de Larca, don Antonio Guerrero y don Antonio Cutón; y querelladas, dos mujeres solteras llamadas Josefa y María Orego, apodadas “Las Mingochas”. Reviste un especial interés para nuestro estudio, porque es uno de los pocos expedientes en los que ha quedado estampada una verdadera y propia retractación, con la ventaja de haber sido ésta tenida por tal tanto por la querrela como por la autoridad competente. “Las Mingochas” habitaban en la parroquia de la Piedad. Parece ser que sus hábitos domésticos dieron motivo de inquietud al señor Cura Párroco de aquella feligresía, quien dispuso practicar una información sumaria “de vita et moribus” de las citadas. En esa información, declararon los actuales querellantes y, al parecer, en contra de las informadas. Guerrero y los otros actores atribuyen a esta circunstancia la animadversión que “Las Mingochas” les profesan a ellos y a sus familias. . . Una tarde, transitando “Las Mingochas” por frente al domicilio de Guerrero, una de ellas se inclinó para ajustarse la hebilla del zapato. Esto trajo la atención de la señora de Guerrero que se hallaba sentada a la ventana de su casa. Advertida por “La Mingocha” la particular detención con que la

miraba la señora de Guerrero, le preguntó: “¿Qué me mira V. M.? ¿Acaso llevo cola? Parece que la interpelada le contestó: “Sí que la lleva y bien larga”, dando pie esta respuesta a que “Las Mingochas” desfogasen sus mal contenidos impulsos contra quien la dió y contra los que luego resultaron sus querellantes, dando así lugar a la formación de la causa en cuyo conocimiento intervino, como Alcalde de 2º voto, el señor Lezica. Producida por los actores la sumaria información de estilo, Lezica libra, sin más trámites, mandamiento de prisión y embargo contra las personas y bienes de María y Josefa Orego, conocidas por “Las Mingochas”. Ejecutada la orden, las querelladas, “*presas en esta Real Cárcel*”, proceden a retractarse y lo hacen en un escrito en el que expresan:

“... Que no habiendo tenido otro fundamento para vertir las palabras con que vulneramos el honor de dicho Guerrero y de su familia que el de haberse suscitado entre ésta y nosotras una especie de altercación, de suerte que, ofuscada la luz natural con las nieblas que de continuo suele oponer el amor propio, pudimos avanzarnos a tal exceso. Hoy, que ya se hallan éstas disipadas, por mejor concepto desde luego, nos retractamos y desdecimos de semejantes denigrativas expresiones vertidas contra el honor de Guerrero y su familia y protestamos de hacerlo a su satisfacción en el lugar y ante las personas que las oyeron hasta dejarles en la buena reputación en que antes estaban y del que violentamente les habíamos despojado.”

El texto transcrito evidencia el cumplimiento a la letra de lo dispuesto en la Ley II, del Título X, del Libro VIII de la Nueva Recopilación, pues las retractantes se limitan a desdecirse, eso sí, de una manera amplia y categórica, de los dichos que se les inculpan, pero sin que expresión alguna de su escrito equivalga a reconocer que “*mintieron en ello*”. Esto es, en cuanto dijera contra el honor de sus querellantes. Éstos, evacuando el traslado del escrito de “Las Mingochas”, expresan que “*en vista de la retractación formal de las susodichas,*

desde luego nos desistimos y apartamos de la querella que hemos deducido, bajo las condiciones que ellas proponen y de que, en lo sucesivo, no se han de embarazar directa ni indirectamente contra ninguno de nuestra familia”. Oído lo cual y “en atención a lo que por estas partes se representa”, el señor Alcalde de 2º voto dispone: “Póngase en libertad a María y Josefa y, satisfaciéndose por ellas las costas procesales, archívese el proceso.”

Otro caso de retractación le hallamos en un expediente que se guarda en el Archivo de los Tribunales. Es una causa por injurias seguida por don Tiburcio Barao contra José Silva, por injurias.

El caso reviste interés porque la injuria que lo origina residió precisamente en haber pronunciado el reo contra su víctima una de las cinco palabras de la ley. Barao atribuía a Silva haberle llamado “mulato” e “hijo de puta”, amén de otras voces igualmente denigratorias. Silva se presenta por escrito al proceso y reconoce paladinamente haber proferido “esas palabras en una disensión o camorra que tuvimos por unos cascotes”. Y agrega: “Pero si así le he tratado fué en retorno de iguales expresiones, por cuyo motivo anduvimos ante el señor Alcalde de primer voto adonde le dí satisfacción y me parecía haber cumplido como cristiano, respeto a que no le conozco por tal mulato e hijo de puta, sino por hombre limpio de estos epítetos; y por lo mismo me desisto de hacer probanza alguna sobre el particular y me desdigo de las razones que contra él he proferido, suplicando a la integridad del jurado se digne dar por conclusa cualesquiera instancia que haya promovido el referido Barao y por de ningún valor las expresiones vertidas o proferidas en contra de su buena opinión.” Como se ve, tampoco en este caso el querellado se produce con la perimida fórmula del Fuero Real. Se limita a desdecirse en forma tan amplia como categórica de sus dichos pero sin agregar, en momento alguno, “*que mintió*”, en cuanto dijo de su querellante.

No creemos, pues, andar apresurados si afirmamos que, por lo menos en la práctica de los tribunales de la ciudad de Buenos Aires, en los tiempos de la Colonia, la pena de retractación se cumplía con sólo desdecirse el reo de cuanto había afirmado en injuria o denuesto de su acusador. No nos ha sido dable hallar expediente alguno en el que esa pena se cumpliese imponiéndose al retractante la obligación de decir “que había mentido en ello”, esto es, en cuanto había afirmado de su víctima.

A mayor abundamiento, ha de sernos permitido agregar que el examen de los expedientes coloniales, a que hemos hecho referencia, nos ha persuadido de la absoluta verdad que se encierra en las palabras del maestro Levene cuando afirma la existencia en Indias de una “evolución más humana del derecho penal” y de “la adopción de un criterio más amplio aplicado a la calificación de las faltas, de los delitos y de las penas”⁵¹. Comprobamos igualmente ser cierto lo que el mismo historiador afirma sobre que: “en las causas criminales, en el Río de la Plata, los jueces aplicaban penas inferiores a las establecidas en las leyes”⁵². Tan verdadero es esto que no hemos visto imponer, en ningún proceso, las penas pecuniarias fulminadas en la Nueva Recopilación contra los autores de injurias y denuestos. Por regla general, el culpable sale del paso con el pago de las costas del proceso. De tal manera bien podría afirmarse que, a pesar de estar legislada la retractación en el derecho metropolitano en calidad de pena, en la práctica forense del Río de la Plata ella venía a asumir, ya en los tiempos de la Colonia, el carácter de una verdadera y propia excusa absolutoria, puesto que, retractándose, el imputado eludía toda otra sanción que no fuera la de índole procesal que acaba de mencionarse. Es cierto que, en esta materia, hemos visto muchas veces imponer a ambas partes o a una sola de ellas la pena del

⁵¹ RICARDO LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1943, t. II, pág. 136.

⁵² LEVENE, ob. cit., t. II, pág. 137.

silencio perpetuo, de la que no hablan, al tratar de las injurias y denuestos, las Leyes Recopiladas⁵³. Pero es cierto también que, en punto a calumnias e injurias, la imposición del perpetuo silencio a las partes representa, más que una pena, verdadera y propia, una sagaz y prudentísima medida de seguridad para la pacífica futura convivencia de las partes...

En síntesis, concluimos que, en lo que atañe a los delitos contra el honor, las prácticas vernáculas dieron origen, en estas tierras, a una especie de derecho penal autóctono con características y peculiaridades que lo distinguían nítidamente del derecho castellano vigente en la Península.

b) *Después de la emancipación.*

Resulta natural entonces que estos rasgos diferenciales debieron intensificarse después de la emancipación. Sobre todo al amparo de las nuevas leyes que dictaban los gobiernos patrios y con las que tendían a hacer efectivos, aun antes de proclamarlos enfáticamente, los principios que informan el sistema republicano de gobierno.

Entre esos principios, y en primera línea sin duda, figura el de la igualdad ante la ley de todos los habitantes de la Nación. ¿Podía sostenerse que se ajustara a este principio una ley como la II del título X del libro VIII de la Nueva Recopilación que sancionaba una pena —la de retractarse o desdecirse— para los que no eran fijodalgos y otra distinta para los que revestían esa calidad personal? El problema cuya gravedad e importancia saltan a la vista iba a ser planteado concretamente por uno de los grandes jurisconsultos argentinos, un maestro indiscutido de la ciencia procesal, el doctor don Miguel Estévez Sagui, en defensa de doña Concepción Vasconcellos y en la causa que contra ésta promovieran don Manuel Martínez y su esposa doña Francisca Lemes por injurias y denuestos, en el año 1845.

⁵³ Circunstancia ésta que también destaca el Dr. Levene en ob. cit., t. II, pág. 148.

Disensiones familiares habían creado una situación de encono entre el matrimonio Lemes-Martínez y la querellada Vasconcellos, hermana de la primera. Un día, desfogando su ira, doña Concepción fué proclamando, desde la puerta de la casa del señor Martínez hasta llegar a la esquina de esa cuadra, que tanto aquél como su esposa eran unos "salvajes unitarios" y que "había que buscar quien degollara a estos salvajes unitarios".

Ni corto ni perezoso, el señor Martínez puso el hecho en conocimiento de la sección 1ª de la Policía de la Capital, produciendo allí información sumaria de testigos que acreditaron la verdad del hecho. Como el señor Martínez solicitara que la cuestión fuera resuelta con arreglo a derecho, el comisario Romero elevó las actuaciones al Jefe de Policía, General Alemán, quien, a su vez, las transfirió a conocimiento del Juez doctor don Tiburcio de la Cárcova con actuación del escribano Mogrovejo. Después de un comparendo verbal realizado por orden de dicho magistrado, éste dicta, el 16 de octubre de 1845, una breve resolución ordenando "que doña Concepción Vasconcellos se desdiga de las expresiones ofensivas a doña Francisca Lemes que dice haber vertido en un acaloramiento honrándola a estilo de Sala".

La resolución es tan breve como sustanciosa. El magistrado, por toda pena, impone a la querellada la obligación de desdecirse. Como se ve, treinta y cinco años después de la Revolución de Mayo, continuaba aplicándose, en forma benévola y trunca, la pena impuesta por la Ley Recopilada para los culpables de injurias y denuestos. Y decimos en forma benévola y trunca, porque los jueces criollos siguen omitiendo la imposición de la pena pecuniaria que aquella ley disponía en contra de tales infractores.

Pero en la sentencia del doctor de la Cárcova aparece una expresión cuyo significado nos interesa establecer, porque también la veremos figurar en el "Curso de Derecho Criminal"

del doctor Carlos Tejedor, autor del primer Código Penal de la República Argentina⁵⁴.

Ella es la de "*honrar a estilo de Sala*". ¿Cuál es el significado de esa expresión de tan marcado sabor curialesco? ¿Qué es y cómo se hace la honra a estilo de Sala? Hemos procurado desentrañar el sentido de esas palabras acudiendo a los textos de los dos maestros de la praxis procesal penal que han gozado de mayor prestigio en las primeras décadas del pasado siglo, don José Marcos Gutiérrez, editor del "Febrero Reformado", y el doctor don Senén Vilanova y Manés, quien compuso un "Tratado Universal Teórico y Práctico de los Delitos y Delincuentes", editado en Madrid en 1807. El primero dice: "La pena de desdecirse, que se llama «honrar a estilo de Sala», es la que ha adoptado la práctica y se halla en observancia"⁵⁵. El segundo utiliza la misma expresión al referirse a los casos de reconvencción o contra querella. Dice así: "Suelen en estos negocios venir dobles las querellas, haciéndose actores y reos ambos litigantes alternativamente en un mismo juicio; en cuyo caso se sustancian en globo y de plano las dos, se deciden del mismo modo en definitiva y el fallo se reduce a que *se honren mutuamente a estilo de sala las partes y queden reconciliadas*"⁵⁶. A su vez, el doctor Carlos Tejedor expresa: "La retractación debía hacerse según una ley del Fuero Real, diciendo el injuriante que había mentido; pero, en la práctica, esa ceremonia *se reduce a una simple súplica de perdón o declaración de honor, que a veces forma parte de la misma sentencia.*" Y, en nota al pie, agrega: "Este acto es el que se llama honrar a estilo de sala y cita a José Marcos Gutiérrez"⁵⁷. Por lo ex-

⁵⁴ CARLOS TEJEDOR, *Curso de Derecho Criminal*, 1ª parte: Leyes de fondo; Buenos Aires, ed. C. M. Jolly, 1871, pág. 263, nota 4ª.

⁵⁵ JOSÉ MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal en España*, Madrid, ed. F. Villalpando, 1826, 4ª ed., t. III, pág. 79.

⁵⁶ SENÉN VILANOVA Y MAÑÉS, *Materia Criminal Forense o Tratado Universal Teórico y Práctico de los delitos y delincuentes, en género y especie para la segura y conforme expedición de causas de esta naturaleza*, Madrid, ed. Alban, 1807, t. III, página 83, N.º 6.

⁵⁷ TEJEDOR, ob. cit., pág. 263.

puesto se ve que la honra a estilo de sala, tanto puede consistir en la retractación lisa y llana de la injuria como en una súplica de disculpa por las ofensas inferidas o, tratándose de expresiones de sentido ambiguo, en el reconocimiento paladino de la honorable condición del ofendido.

Nos hemos detenido un tanto en esta disgresión porque ella nos demuestra cómo el autor del Proyecto de Código Penal para la República Argentina —que fué, en definitiva y con modificaciones, el Código Penal que nos rigió desde 1887 hasta 1921, como ley de la Nación y, aun antes de la primera de las fechas citadas, como ley de casi todas las provincias—, el doctor don Carlos Tejedor, decimos, estaba perfectamente informado en los usos y prácticas forenses en materia criminal, usos y prácticas a los que, por otra parte, aludía tanto en sus lecciones dadas en esta Facultad como en las autorizadas notas de su proyecto de Código.

Al mantener, pues, ese ilustre jurisconsulto la retractación en su Proyecto de Código Penal, es evidente que, de haber querido darle un significado, un alcance y una fisonomía distinta de la institución que por ese nombre se conocía en los usos y prácticas forenses de su tiempo, así lo hubiera clara y expresamente significado en las eruditas notas con que ilustró su obra legislativa. Es, pues, a esos usos y prácticas, y no a las derogadas disposiciones del Fuero Real, a los que debe acudir el intérprete de la ley penal argentina cuando se vea en la precisión de determinar el verdadero alcance de la expresión "*retractarse públicamente*" que usa el art. 117 de nuestro Código Penal.

Pero no anticipemos conclusiones, y volvamos a la cuestión que dejáramos pendiente y que planteó el ilustre procesalista doctor Estévez Sagui sobre la vigencia de la retractación, entendida como obligación de desdecirse e impuesta como pena a los autores de injurias y denuestos.

Según estábamos narrando, el Juez doctor de la Cárcova

había dispuesto que doña Concepción Vasconcellos se desdijera de las expresiones ofensivas que había tenido para doña Francisca Lemes. Notificada esta resolución, los querellantes apelan de ella ante la Superior Alzada de Provincia, en virtud de que en la misma no se condenaba expresamente a la querellada en las costas del proceso.

El Juez da traslado del escrito en que se interpone este recurso a la defensa, y el doctor Estévez Sagui lo evacua adhiriéndose al mismo, naturalmente que por otras razones.

A su juicio, la sentencia que impone a su defendida la pena de desdecirse de las expresiones injuriosas que tuvo para con su hermana, debe ser revocada por dos razones: 1º) Porque no hay en autos prueba legal de la existencia de las injurias que se dicen proferidas, y 2º) Porque la pena impuesta "*pugna abiertamente con el espíritu de nuestras leyes patrias*, conforme al artículo 2º, sección 2ª, del Reglamento Provisorio del Congreso (alude, sin citarlo, al del año 1817), porque si la ley española II, título X, libro VIII (de la Nueva Recopilación) mandaba que el plebeyo se desdijese y el hidalgo no... entre nosotros ni hay plebeyos ni hay hidalgos: todos somos iguales ante la ley. V. S. verá bien, pues, que la (ley) española estará buena para una monarquía; pero está pugnando, no indirecta sino abiertamente, con nuestra legislación patria".

Estando ya la causa en la alzada, el doctor Juan Antonio Sagardía, letrado patrocinante de la actora, sostiene la subsistencia de la ley II, del título X, del libro VIII de la legislación Recopilada. "Muéstreme —le dice a la prevenida— la revocación de esa ley y entonces reconoceré sus razones; pero mientras esté vigente como está, el Juez ha debido ajustar a ella su resolución y por la misma razón de que no hay rangos ni clases de nobles y plebeyos y menos puede haberla entre individuos de una misma familia, ha procedido perfectamente respetando la igualdad que es el dogma del sistema republicano, a hacer con doña Concepción lo que habría hecho con nosotros

si hubiéramos sido los injuriantes y con cualquier otro que, por su calidad o estado, perteneciera a los que se llamaron plebeyos en la Edad Media y hoy ya no tienen esa denominación.”

A su vez, el doctor Estévez Sagui insiste en su razonamiento al mejorar su recurso: “No es posible comprender cómo la ley II, del título X, del libro VIII, de la Recopilación Castellana pueda subsistir entre nosotros después que hemos adoptado el sistema republicano y después de encontrarse, entre nuestras disposiciones patrias, una que determina que siempre que hallemos alguna entre las españolas que se oponga directa o indirectamente a nuestra forma de gobierno, quede por el mismo hecho derogada. Imposible es, también, no reconocer que la citada ley española no está derogada consultando la nuestra; pues como vemos ella se contrae a señalar penas a los injuriantes, haciendo diferencias entre nobles y plebeyos, y no obstante esto ¿se podrá sostener que pueda estar vigente entre nosotros desde que hemos hecho caer para siempre esa odiosa distinción de clases, reduciéndonos a una completa y perfecta igualdad? No, señor Camarista, *esta ley no sólo está en contradicción directa sino abierta con nuestro sistema y por consiguiente debe estar sujeta a las determinaciones de nuestra legislación patria.*”

El duelo jurídico quedó lamentablemente sin desenlace expreso. En efecto, el señor Camarista y Juez de alzada de la Provincia, doctor don Cayetano Campana, resolvió, por pronta providencia, convocar a las partes a juicio verbal. Como doña Concepción Vasconcellos no compareciera a las distintas audiencias que se fijaron a ese efecto, los querellantes, seguramente desanimados, abandonaron la instancia.

De todos modos, el solo planteo de la cuestión hecho por el doctor Estévez Sagui suscita maduras reflexiones. Es innegable que la ley II, del título X, del libro VIII, de la Nueva Recopilación, al establecer para un mismo delito penas distintas según la calidad de las personas, quebrantaba el principio repu-

blicano de la igualdad de los hombres ante la ley. Desde ese momento mismo, su vigencia no podía subsistir en un país que aspiraba a organizarse bajo esa forma de gobierno. La ley en entredicho era de las que ciertamente contemplaba el artículo 2º de la sección 2ª del Reglamento Provisorio de 1817, obra señera de aquella notable Asamblea que fué el Congreso de Tucumán, a la que debemos la declaración de nuestra Independencia nacional. El artículo 2 citado dice así: “Hasta que la constitución determine lo conveniente, subsistirán todos los códigos legislativos, cédulas, reglamentos y demás disposiciones generales, y particulares del antiguo gobierno Español, *que no estén en oposición directa o indirecta, con la libertad, e independencia de estas Provincias, ni con este Reglamento, y demás disposiciones que no sean contrarias a él, libradas desde el veinte y cinco de mayo de mil ochocientos diez*”⁵⁸. Esta regla de derecho no era, en el naciente acervo jurídico argentino, la primera ni la única en derogar en forma genérica las normas opuestas a la libertad. El maestro Levene recuerda en el tomo IV de su “Historia del Derecho Argentino” que, habiendo sido consultado el Gobierno de la Revolución por la flamante Cámara de Apelaciones de Buenos Aires sobre si le correspondía el conocimiento de un recurso interpuesto por don Domingo Estanislao Belgrano contra don Narciso Marull, sobre fundación de una capellanía, se pronunció el 11 de marzo de 1812 expresando sobre la firma de Bernardino Rivadavia, “*que todas las leyes que se opongan a la observancia del Reglamento de la Administración de Justicia, han quedado sin valor*”⁵⁹.

Es innegable, pues, que existió, desde los días de mayo, un verdadero y propio derecho argentino, o, por decirlo con la expresión de Estévez Sagui, una legislación patria, conformada a los principios del sistema republicano de gobierno bajo el cual aspiraba a organizarse la Nación. La premura de las cir-

⁵⁸ *Asambleas Constituyentes Argentinas, 1813-1898*, t. VI, 2ª parte, pág. 686.

⁵⁹ LEVENE, ob. cit., t. IV, pág. 138.

cunstancias impedía a los órganos de gobierno surgidos de la Revolución y a sus sucesores, substituir, completamente y de una sola vez, la legislación española por Códigos Nacionales. Pero, entre tanto, se iban dictando las leyes fundamentales del derecho argentino, iban quedando simultáneamente derogadas todas aquellas disposiciones del derecho metropolitano que, por ser expresión o consecuencia de un régimen de desigualdad, no resultaban compatibles con el nuevo estado de cosas creado por la Revolución de Mayo de 1810.

La retractación, impuesta como pena, era una institución extraña en un régimen jurídico en el que la personalidad humana alcanzaba la máxima consideración, el más elevado aprecio. Vélez Sarsfield, el sapientísimo cordobés, según es de rito llamarle, diría, tan enérgica como sobriamente en la nota al art. 1083 de su Código Civil: "Los jueces no podrán ordenar una reparación del honor, una retractación por ejemplo."

¿Cómo pudo, entonces, subsistir la retractación en el Derecho Penal de la Codificación? Experimentando una transformación fundamental que estaba impuesta por el nuevo espíritu político, social y jurídico creado por la Revolución de Mayo. Esto es, dejando de ser una pena verdadera y propia para convertirse en lo que es hoy: una actitud voluntaria del ofensor del honor ajeno, que grangea a quien la adopta la exención de la pena en la que hubiera podido incurrir por su injuria o su calumnia.

¿Cuándo y cómo se verificó esa transformación? ¿Qué explicación tiene el hecho de que la retractación, que figuraba entre las penas privativas del honor o humillantes, en la Parte Primera del Proyecto de Tejedor, haya sido luego disciplinada, en la segunda parte del mismo, como una excusa absolutoria? He allí otras tantas cuestiones, tan complejas como interesantes, tan prácticas como profundas, tan dignas, en una palabra, de ocupar la atención de los cultores de la ciencia y del derecho

penal. Nosotros no vamos a tratar de ellas por ahora, porque, para decirlo con frase grata al inmortal Cervantes, capítulo aparte de por sí merecen. Quédense, pues, para cuando mis fatigas y trabajos y vuestra sufrida paciencia lo dispongan...

ÍNDICE

[Consideraciones preliminares]	13
I. Materia del presente estudio	16
II. La retractación en la antigüedad clásica	17
III. La retractación en el derecho penal español	26
IV. La retractación en la práctica judicial rioplatense hasta la codificación penal	43

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico

Molinario, Alfredo J.

La retractación en los delitos contra el honor. Ed. Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, 1949

Instituto de Historia del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho XXIV

ESTE FOLLETO

NÚMERO XXIV DE LA SERIE

«CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES»

DEL

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL

27 DE JUNIO DE

1949

Biblioteca del Gioja.UBA
uso académico