

PARÁFRASIS DEL LIBRO I DEL CODIGO PENAL

Dentro de nuestra vida institucional, favorita de la rutina, constituye un acontecimiento digno de inquietar los espíritus el advenimiento de una nueva legislación penal. “Hemos querido presentar una ley eficaz que sea susceptible de aplicación entre nosotros”, decía, entre otras cosas, en agosto de 1917 el Dr. Rodolfo Moreno, miembro informante del proyecto que, salvo detalles, ha sido convertido en ley. ¿Cómo una ley eficaz? — se dirá, sin duda, sorprendido algún espíritu fetichista de esos que conoció la primera hora de la codificación, verdadero fósil en los estratos jurídicos, admirablemente ridiculizado por France en su breve relato de: “Los jueces íntegros”. I agregaré, reprimiendo su sorpresa: Pero¿ no son eficaces todas las leyes por el solo hecho de ser tales? Entonces nosotros, desde nuestra irreverente torrecilla de iconoclastia, replicaríamos: Qué han de ser eficaces todas las leyes; las hay francamente antisociales y, por tanto, peligrosas para la paz jurídica. No olvidemos que Voltaire, en pleno siglo legalista, se preguntó alguna vez por qué los pueblos viven plagados de leyes ineficaces y se repuso: “Consiste esto, más que en nada, en que en todos los Estados las leyes se han establecido casi siempre por el interés del legislador, por las necesidades del momento, por la ignorancia o por la superstición”. Celebremos, pues, el propósito de hacer una ley eficaz que armonice — en esto estriba el secreto de la eficacia — la actividad biofiláctica

social con las más flexibles posiciones de la técnica legislativa; nada de trasplantaciones, nada de improvisaciones, nada de cristalizaciones. Hemos vivido de prestado con exceso; hemos contemplado la vida como un juego de emergencias; hemos cometido, en nombre de la ley, múltiples atentados, como antaño en el nombre de Dios o en el del Rey, que para el caso es lo mismo. La reacción debe llevarnos no al creacionismo sino a una fusión de interpretacionismo y de intuicionismo; no a la ignorancia del derecho ajeno sino al conocimiento de la necesidad jurídica propia, no a la legislación ocasional y las más de las veces sombreada por la contingencia opresora y desesperante sino a la elaboración orgánica a imagen de la vida misma.

Cabe reconocer, con la realización de la nueva ordenación repressiva, un efectivo progreso en la esfera de la ley y de la ciencia penal ambas, hasta estos días, en mora con la dignidad legislativa de un pueblo aspirante a rango destacado en los estrados de la cultura.

El código penal que caducó (*habent sua fata libelli!*) era una infeliz amalgama de preceptos anacrónicos, de técnica tortuosa, de sancionado cienticismo. Era el código del castigo, de la expiación, el látigo movido por la vindicta pública contra un librearbitrio que sólo servía para arrastrar al mal a multitud de infelices que renunciaban, por incomprensible perversión del sentir egoísta, al bien; el código del hombre metafísico que, no obstante arrastrarse penosamente sobre la tierra, era empujado por el demonio de "su" libertad y vapuleado desde las nubes . . .

La nueva legislación es, por el contrario, en medida apreciable, el código de la defensa, de la readaptación, del amor que reprime y somete antes que del odio que aflige y tortura. Es el código destinado a obrar sobre la gangrena de lo jurídico, tomando al hombre como energía autonómica dentro del consorcio social; al hombre que da y recibe sugerencias; que camina, ciertamente, sobre sus propios pies pero apartando los obstáculos que

se le ponen, y ésto con cierta posibilidad restringida; del hombre histórico que al sentirse eslabón de milenaria cadena ríe con definitiva carcajada y con secreto horror del estado de naturaleza . . .

Hay gentes que llevan a límites hiperbólicos su entusiasmo jurídico por este nuevo vástago de la familia legislativa nacional. Cuidado; recordemos la célebre y profunda expresión de Portalis: “Los códigos para los pueblos se hacen con el tiempo o, mejor dicho, no se hacen”. Cuidado con incurrir en la adoración fetichista reeditando así el servilismo de la inteligencia que condujo hasta los umbrales de la historia anecdótica a tanto jurista intoleroante y presuntuoso del período de la “razón escrita”, que hubiera podido abandonar la zahurda de su fanatismo por los textos con solo haber cambiado el código Napoleón por la Scienza Nuova de Vico o las Tablas de Condorcet. Largos años de historicismo y de sociologismo no han arrancado aún de raíz cierto resto de superstición por la magia de la ley . . . I nos prosternamos: en nombre de la ley, muchas barrabasadas; en nombre de la ley, confesadas injusticias . . . Pero no; alguien ya lo dijo: los hombres no son hechos para las leyes sino las leyes para los hombres. Sin embargo, no todos lo entienden así; lo peor es que, a veces, esta elemental verdad es desconocida en la práctica del foro con lo cual se salva la ley pero sucumbe el derecho más firme. A esta se llama “hacer justicia al pie de la ley”; nosotros lo llamamos: hacer iniquidad al pie de la ignorancia.

Queremos decir, pues, repitiendo lo que expresáramos con ocasión del cincuentenario del código civil, que las leyes son tímidas aproximaciones del ideal jurídico, a veces tan remotas y negativas, como el cero puede serlo del diez; y acaban por ser verdaderos sarcófagos de la justicia y santabárbaras de las revueltas y agitaciones si no se las condena a muerte. La única pena de muerte concebible debe ser la sancionada por el progreso contra las malas leyes: una abrogación despiadada, de cuajo! . . .

Imposible resultaría, a menos de recurrirse a la amplitud orgánica

del libro, realizar un estudio total o minucioso de la nueva legislación penal. Lo limitaremos, por consiguiente, a ciertos elementos importantes del libro I. Pues, aparte de la noble voluntad que cada uno debe hacerse en servir los objetivos coordinantes o correctores de toda legislación para lo cual ha de aparecernos la ley como algo „dado”, debe mantenerse viva la fuerza crítica que somete la ley al ideal: lo dado normativo a lo fluyente potencial: el aspecto más simpático, más alto, de la lucha por el derecho que enunciara, con singular fortuna, Von Ihering.

Una rápida lectura previa con objetivo panorámico nos sugiere algunas observaciones si no fundamentales a lo menos útiles por referirse a la ordenación del material. Así: en el libro II. El título V lleva esta enunciación general: “Delitos contra la libertad” y me llama la atención que se incluyan la violación de domicilio (cap. II) y la violación de secretos (cap. III). Si puede hablarse de libertad de trabajo o industria, de asociación y de prensa no puede hablarse de libertad de domicilio o de secretos sino de “inviolabilidad”. Esos delitos contra el domicilio y los secretos son contra la seguridad privada. El título VI lleva este acápite: “Delitos contra la propiedad” y en el capítulo III se incluye la extorsión. Puede ser ésta un acto contra la propiedad, sin duda, pero prevalece, da color, tipifica el hecho, el atentado contra la libertad: contra la libre determinación, contra la espontaneidad del ánimo del sujeto. No puede concebirse siquiera que se hable de extorsión sin que se consume un atentado a la libre determinación; en cambio, puede haber extorsión sin que haya delito contra la propiedad: por ejemplo, se extorsiona para que se escriba una carta al propio extorsionante dirigida a cierto lugar supuesto de residencia, carta que éste hará valer como elemento de prueba para demostrar que se hallaba ausente el día que perpetró un robo a un tercero. O bien se extorsiona a una persona para que extienda un falso certificado de defunción o de nacimiento o de estudios en un formulario que se le presenta al ex-

torsionado. Donde está el delito contra la propiedad? Así como se habla de delitos contra la libertad de prensa, de asociación, de trabajo, etc. puede hablarse de delito contra la libertad de determinación, cuya expresión genuina es la extorsión.

En el capítulo IV del mismo título se dice: “Estafas y otras defraudaciones”. Podría creerse que tal capítulo contiene cuánto se legisla acerca de semejante delito. Así debería ser por que de otra manera las divisiones y agrupamientos resultan simples elementos decorativos en vez de parcelaciones metodológicas. Sin embargo, el capítulo VI del título XII contiene el art. 302 que impone prisión de uno a seis meses al que sin tener provisión de fondos ni autorización para girar en descubierto entrega en pago un cheque o giro que no se hace efectivo dentro de veinte y cuatro horas de haberlo pretendido descontar el tenedor. El hecho inculminado se considera por el código como un delito “contra la fe pública”. ¿Por qué? . . . Equiparado ese hecho a la falsificación de moneda, billetes, títulos al portador, sellos, timbres, y marcas! Es un error: el art. 302, aparte lo relativo a su redacción que no se cuestiona y de cierta diferencia a que nos referiremos después, es reviviscencia de la ley 9077 conocida por “ley sobre cheques” que vino a ser inciso 15 del art. 203 del abrogado código penal. El actual artículo tiene una oración más: . . . ”y siempre que no concurren las circunstancias del art. 172 . . .” I aquí viene lo bueno, es decir, lo malo para la lógica y la técnica del código nuevo. Por que el art. 172 dice que se reprimirá con prisión de un mes a seis años al que defraudare a otro, por varias artes de falsía, y entre ellas, “aparentando bienes o crédito” . . . ¿I el que gira o libra sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto no aparenta bienes o crédito? Claro que sí; entonces: ¿cómo puede concebirse que se esté en el caso del art. 302 sin que concurren las circunstancias del art. 172? . . . Tal hecho no constituye un delito contra la fe pública sino una defraudación.

También se pretende delitos contra la fe pública los fraudes al comercio y a la industria (cap. V). Estos hechos, realizados — según la propia ley — merced a disimulaciones, falsedades y todo género de maquinaciones, han debido incluirse entre las estafas y defraudaciones, que se definen como hechos dolosos contra la propiedad realizados por toda suerte de ardid o combinación. Tal vez pudiera decirse que hay lesión a la fe pública cuando la maquinación obrare sobre fondos o valores públicos pero no cuando recayere, por ejemplo, sobre mercaderías — a menos que estuvieren oficializados los precios — que nada tienen que ver con la fe pública. ¿Por qué no se ha incluido entre los delitos contra ésta el hecho de usar dolosamente pesas y medidas falsas? Señalemos la dualidad de criterio del código. Según éste tal delito es defraudación (art. 174, inc. 3) a pesar de que, evidentemente, atañe a la fe pública lo relativo a la fiel y exacta observancia, en las transacciones de mercado, del patrón oficial de pesas y medidas. La verdad es que tan defraudación es éste como aquel hecho; no caben distingos.

El título XI incluye como delitos “contra la administración pública” el atentado y la resistencia a la autoridad (cap. I), el desacato (cap. II), y la usurpación de autoridad, títulos, etc. (cap. III). Estos hechos nada tienen que ver con el cohecho, la malversación de caudales públicos, las exacciones ilegales, las negociaciones ilícitas, etc. que son verdaderos delitos contra la administración. La administración se refiere a los servicios públicos. El Estado es administración y poder: aquellos hechos han debido incluirse entre los delitos contra los poderes públicos, título X.

En el deseo de abandonar el campo de lo formal terminaremos estas rápidas objeciones refiriéndonos a la nomenclatura de los títulos VII, VIII, IX y X del libro II. Qué lujo y variedad de acápites! Cuanta soplada resonancia! Delitos contra la seguridad pública; contra el orden público; contra la seguridad de la nación; contra los poderes públicos y el orden constitucional . . .

Nos preguntamos, consternados: Entonces quien atenta contra la seguridad pública no atenta contra la seguridad de la nación: quien atenta contra el orden constitucional no atenta contra el orden público? . . . Y proseguimos: La rebelión, verbigracia, no es al mismo tiempo delito contra los poderes públicos, contra la seguridad pública y de la nación y contra el orden público? . . . La asociación ilícita no es, aparte de hecho doloso contra el orden público, delito contra la seguridad pública? Si ello es así no se compliquen con sutilezas carentes de valor práctico y científico estas cosas de suyo complicadas. Parécenos que, con ventaja, podría haberse fundido los cuatro títulos en esta común denominación: Delitos contra el orden social y político.

Dejemos ya este intrincado asunto de catálogo y penetremos en el régimen del código concretándonos, por ahora, al libro I. Previo un título relativo a aplicación de la ley penal donde ha podido y debido hacerse caber el título XII (libro I) puesto que lo relativo a la significación de conceptos empleados es una regla más a observar cuando haya de aplicarse la ley; se pasa al título II que trata de las penas. Obsérvase reconocida la legitimidad de la tendencia a la simplificación. Establécense dos penas privativas de la libertad: reclusión y prisión; una pecuniaria susceptible de transformarse en privativa de libertad: la multa; una moral mas no desprovista de significado económico: la inhabilitación. Regocijémonos por la eliminación de la pena de muerte, ese homicidio solemne y alevoso de la sociedad cobarde; regocijémonos por la eliminación de algunas disposiciones de las odiosas e ineficaces leyes llamadas de defensa social y de residencia que durante más de diez años constituyeron un desafío a la libertad de las ideas y a la justicia de los desheredados; regocijémonos por la supresión de aquella teológica agravante con vistas expiatorias consistente en la reclusión solitaria con ayuno durante cierto lapso a contar desde los aniversarios del crimen; regocijémonos, en fin, por la distinción entre los delincuentes menores y mayores, a pri-

sión y a reclusión, por el anhelo de establecimientos especiales de régimen propio; por el triunfo del criterio distintivo entre la delicuencia ocasional y la habitual o mejor, el de la peligrosidad fugaz propia de la influencia mesológica (térnico, económico, ético, etc.) y el de la peligrosidad de carácter antropológico más o menos permanente (taras individuales diversas), consagrado en cierto aspecto con las instituciones de la libertad y la condena condicionales. Todo eso ya es algo.

Dice el art. 5 que las penas establecidas son las cuatro precedentemente enunciadas. No es del todo exacto pues que existe, además, la pena de relegación (art. 52, últ. apartado), que figura en la dilatada escala general del código español (art. 26) No olvidamos que se pretende esa pena accesoria de la última condena para especificadas reincidencias pero la relegación resulta una clase más desde que el régimen carcelario es si no total a lo menos fundamentalmente distinto en un establecimiento reclusorio urbano que en un paraje del lejano sud (Ushuaia o isla de los Estados). Se trata dicho sin eufemismos, de una reclusión calificada y, por consiguiente, de una especial pena omitida en la declaración del art. 5. Esa relegación que se pretende accesoria es más grave que el confinamiento legislado en el proyecto de código penal italiano formulado por la comisión de juristas que preside Ferri; es la misma pena de presidio del abrogado código. En algún informe legislativo se ha demostrado hasta la evidencia la imposibilidad de que la relegación sea una pena accesoria y la verdad de que se trata de una pena sustantiva.

La nueva nomenclatura recuerda la del anteproyecto suizo de 1916, aunque él no contenía las clases de pena en artículo especial. En lo referente a la inhabilitación, con sus diversos grados y modalidades, funciona en el código español y funcionaba en el nuestro derogado, con anterioridad a la ley de Reformas.

El nombre de "reclusión" dado a una de las penas nos parece inadecuado no solo por tratarse de un término genérico, sino

por no traducir con la nitidez posible el contenido técnico de la sanción. Hubiera sido preferible adoptar los términos “segregación mayor” u otro análogo desde que la propia economía del código presente a la reclusión como a una prisión más grave y rigurosa. La idea del encierro que clásicamente implica la reclusión, encierro más o menos permanente, análogo a la cuarentena de un pestoso, no resulta expresada ahora por lo que sigue denominándose reclusión desde que los reclusos pueden ser empleados en obras públicas del Estado (art. 6) y, por consiguiente, se ha dado un nuevo contenido al término: antes, como se sabe, el aislamiento y la ociosidad constituían la médula de la reclusión: se las creía dos hojas de un portal por cuyos nada herméticos bordes habría de asomar, tarde o temprano, su rostro ceroso y patibulario, de ojos enrojecidos y legañosos, el arrepentimiento lustral. Por otra parte, el sistema de penas paralelas adoptado manifiesta, irrecusablemente, que entre lo que se llama “reclusión” y “prisión” hay diferencia de grado tan solo; entonces, una nomenclatura acertada debió decir: “segregación calificada” y “segregación simple”. Así lo ha entendido la comisión de juristas y penadistas que proyectó el año pasado el nuevo código penal italiano. No habla de reclusión ni de prisión sino de “segregación” estableciendo tres grados: simple, rigurosa temporal y rigurosa perpetua.

Diremos algo acerca de la pena de multa. En mi concepto sólo la “pereza mental” de que algún sociólogo hablara ha permitido a semejante sanción mantenerse hasta nuestros días; debería desaparecer de la economía penal. No solo por haber variado el criterio represivo que hasta hace poco se expresaba por la responsabilidad y ahora por la temibilidad o peligrosidad del agente sino, en especial, por tratarse de una rediviva de la prisión por deudas, todo lo atenuada que se quiera pero cierta. No se nos escapa lo delicado de nuestro aserto por cuanto la multa existe en todas las legislaciones y aun en proyectos tan interesantes como el

italiano. Por eso mismo nos creemos obligados a comprobar lo inútil e injusto de la multa.

Antiguamente todo delito acarreaba una indemnización a favor de la víctima o su grupo. Cuando aparece el Estado aquella indemnización es, parte, privada y parte pública, llámese “dirwy” como en la antigua Inglaterra o “fredum” como en las monarquías bárbaras, o “sacramentum” como en Roma que, en realidad, era más bien un depósito de garantía de la justicia con que los litigantes ejercitaban las acciones. Dejemos la cuestión de saber si Momsen ha acertado con la etimología de la palabra multa, y avancemos que, en lo antiguo, no era la multa propiamente un castigo sino una regalía del Estado, una especie de retribución del servicio por la garantía de la paz jurídica. En nuestros días no tiene tal caracter sino el de una sanción punitiva, represiva que beneficia al Estado. Bien entendido que hablamos de la multa no como pena administrativa o policial respecto a las que cabrían a molde sabrosas consideraciones frente a la insaciable logrería de autoridades arbitrarias; nos limitamos a las multas como sanción del derecho sustantivo. De la esclavitud del deudor insolvente o su mutilación por el acreedor, sancionadas respectivamente como derecho en la época antigua y en la medioeval; se pasa en la moderna, a la prisión. Hasta hace cincuenta años la insolvencia abría a los deudores, las puertas de la cárcel en nuestro país; la pobreza era un delito inventado por la rapacidad usuraria. Sosteniendo la necesidad de la multa decía la comisión redactora del proyecto de código penal en marzo de 1906: “La pena de multa que no puede faltar en un sistema penal para delitos leves etc.” En Julio de 1917 la comisión especial de legislación penal de la Cámara de diputados formada por los señores Moreno, de Tomaso, del Valle, Pradère y del Barco, repite: . . . “No obstante los inconvenientes que se han señalado (para la pena de multa) hemos creído oportuno conservarla pues, como dice la exposición de motivos del proyecto de 1906, conviene para delitos leves.”

La insistencia relativa a la levedad de los delitos reprimidos con multa nos obliga a detenernos brevemente en el exámen de los hechos considerados a fin de poner de relieve el error manifiesto del motivo invocado. Veamos para qué delitos se ha establecido la multa como pena principal: para la imprudencia profesional o la inobservancia de los reglamentos (disposiciones de los artículos 94, 203 y 204); para el instigador a duelos (art. 99, inc. 1); para padrinos que conciertan duelos a muerte siempre que no resulte la muerte de alguno de los contendores (art. 103); para el que no auxiliare a un menor de diez años que se hallare perdido o abandonado o a una persona herida y que sin causa legítima (peligro para sí) no diere aviso inmediatamente a la autoridad (art. 108); para el que realiza espectáculos obscenos (art. 129); para el hecho negligente del oficial público del Registro civil (art. 136); para el representante del impúber que autoriza el matrimonio de éste (art. 137); para el que indebidamente publica correspondencia no destinada al público (art. 155); para el que revela secretos (art. 156) para el divulgador de procedimientos que deben ser secretos (art. 157); para el que realiza propaganda comercial desleal (art. 159); para el que viola formas procesales (art. 242); para el que ostenta indebidamente insignias o títulos (art. 247); para el que no cumple sus deberes administrativos (art. 249); para el que abandona el servicio por renuncia antes de que ésta le sea aceptada (art. 252); para el funcionario que nombra empleados sin condiciones legales y para el que acepte tales nombramientos (art. 253); para el que viola sellos y documentos por imprudencia (art. 254); para el que prevarica (art. 269 al 272); para el negligente en la custodia de presos (art. 281); para el que circula, a sabiendas, moneda falsa que recibió de buena fe (art. 284). Como pena accesoria: para el testigo o perito falso (art. 276) y, en fin, como pena alternativa de la de prisión para el injuriador o difamador (art. 110).

Esta enumeración sorprende por la confusión de criterio que



— 411 —

revela. Tratemos de comprobar si, de conformidad a lo expresado, en los informes de los proyectos de 1906 y 1917 se ha impuesto siempre la multa para delitos leves que no revelan, propiamente, temibilidad. De lo relacionado queda a la vista la incongruencia entre lo argumentado y lo preceptuado. Es cierto que se reprimen con multa, hechos que son simples faltas como: la del abandono del servicio después de renunciado cosa muy natural; la del nombramiento de personas que no reúnen las condiciones legales para el cargo cosa diaria y universal con el curioso agregado de que también debe afligir la sanción al favorecido, límite realmente estupendo del afán represivo; pero también se legislan como delitos leves, reprimidos con multa, hechos tan graves como éstos: la propaganda comercial desleal, emprendida, nada menos, que con maquinaciones fraudulentas que revelan en su autor a un temible sujeto capaz de apelar a medios no sólo inmorales sino francamente canallescios, sembrando sospechas, intrigas, imposturas, para procurarse el desvío en su favor de la clientela de un establecimiento comercial. ¿Es este un hecho leve que revela en su autor una temibilidad menor que la advertida en ciertas defraudaciones o en ciertos hechos calificados como fraudes al comercio y a la industria? Otro caso: el prevaricato. Un juez falla contra expreso derecho, inventa citas, disimula o tergiversa la verdad judicial, miente como un bellaco, despoja, o amenaza despojar de sus bienes a alguien con su inconducta, o, lo que es más grave, lo infama mostrándolo como un delincuente, lo veja con prisión preventiva que no hay sobreesimiento con colgaderas o caireles (. . . “con la declaración de que la formación de este proceso en nada afecta . . .” etc.) capaz de borrar. O sino: un abogado, miserable con borlas, salteador distinguido, truhán insigue, merca, sacrifica, abandona, entrega maliciosamente, el derecho cuya defensa se le ha confiado entendiéndose con la parte contraria en el juicio o “de cualquier otro modo” . . . ¿Son leves estos hechos? . . . Tal juez, tal abogado, revelan una temibilidad ribeteada

de cinismo, por que obran sin despertar el temor de las gentes, envueltos en la aureola social de una dignidad privilegiada. Tras de la coima echan a rodar no solo su inepticia dolosa sino hasta aquello de que no son sino calificados depositarios: la noble sugestión del equilibrio jurídico, la fe social en sus dilectos cruzados. Hay, por cierto, menos temibilidad en el vulgar ratero o en el oscuro defraudador, muchas veces hechuras del desamparo económico y ético, que estilan instrumentos viles (ganzúas, burdas adulteraciones, etc.) que en los delincuentes de la cultura para quienes las instituciones vienen a ser los amparos y los instrumentos de sus infames actividades. Ya sé que el prevaricato, además de la multa, lleva a la inhabilitación absoluta o relativa, temporal o definitiva, según los casos pero ¿es bastante? . . . La inhabilitación es, ni más ni menos, que desarmar a un delincuente. ¿Basta con desarmarlo? No; hay que segregarlo. Por qué no reclusión o prisión para los prevaricadores? . . . Justicia de clase, talvez, y no otra razón! . . .

No desconocemos que hemos avanzado en lo relativo a la legislación de la pena de multa. Entre el código derogado y el nuevo se advierte un gran paso que se nos antoja una primera posición de abandono para la ulterior legislación penal. Se trata, por todos los medios, de obtener el pago de la multa y sólo en último término se aplica la pena de prisión equivalente. . . ¿Equivalente? . . . El notable penalista Stoos decía en la exposición de motivos del anteproyecto suizo: . . . “El sufrimiento que se deriva de una privación de libertad es de naturaleza enteramente distinta al que se causa con una privación de dinero . . .” No hay tal equivalencia. Se autoriza, pues, por nuestra ley penal a pagar la multa por cuotas o a amortizarla mediante el trabajo libre. Todas estas son concesiones a favor del que se halla en estado de insolvencia. Se reconoce, implícitamente, que la transformación de la multa en prisión debe evitarse en lo posible: la multa, pues, está herida de muerte y quién sabe no esté muerta ya por que, a veces,

las leyes son verdaderas necrópolis en cuya penumbra parece que las momias prestigiosas se movieran, a la luz de los cirios que despabila la Tradición insomne.

La más adelantada legislación de multa es, fuera de discusión, la sueca; establece la multa proporcional de tantos “dagsbotes”; el anteproyecto alemán lo sigue. Nuestra disposición se halla directamente inspirada el art. 48 del anteproyecto suizo que, a su vez, ha perfeccionado una disposición del cantón de Vaux (1875).

Se ha dicho que si la pena de multa no es reformadora es, por lo menos, intimidatoria . . . Para el rico? . . . No hay que hacerse ilusiones; para el pobre puede serlo. Es, en realidad, y aquí está lo odioso de la sanción, una pena desigual; es pena “para pobres”. Así lo reconoce Jiménez de Azúa, en la pag. 272 de su importante estudio sobre “La unificación del derecho penal en Suiza”. Dice: “Enorme absurdo que los códigos sancionan es la transformación de la pena pecuniaria en pena privativa de libertad”. I Gautier, refutando a Reichel en el seno del comité para la redacción del nuevo código penal suizo, exclamaba: . . . “Creo que es una cosa abominable inflingir una pena privativa de libertad a un hombre tan solo por que es pobre” . . .

Tenemos, pues, en nuestra ley penal una pena” para pobres”. No nos maravillemos por que, además, hay una pena “para ricos”. Reclamamos la prioridad en la calificación como un título legítimo. Se trata de una visible falla que muestra, desgraciadamente, la preocupación en el legislador por una justicia de clase siempre ingrata a la ilusión democrática.

La antigua ley 9077, a que ya nos referimos, desde otro punto de vista, calificaba el giro de cheques sin tener provisión de fondos ni autorización para girar en descubierto como defraudación y, por consiguiente, según fuera el cheque de menos o más de quinientos pesos correspondía al autor pena de prisión o de penitenciaría (art. 23 inciso 1 y 2 de la ley de reformas).

Pero en el nuevo código se ha incorporado una disposición

que redactara el doctor Rodolfo Moreno (h.) como reforma al proyecto de 1906. En tal virtud la pena actual es, para el delito expresado, prisión de uno a seis meses. Se ha creado una pena especial para un hecho que, ya demostré, no es otra cosa que defraudación y esa pena especial es de una suavidad que contrasta con la prisión por un mes a seis años pronunciada para las estafas y defraudaciones en general. Es decir que el almacenero, por ejemplo, que usa pesas o medidas falsas puede ser reprimido con prisión de dos a seis años y el señor X. que gira un cheque por cien mil pesos sabiendo que no se ha de pagar, por que no tiene fondos y ha perdido todo crédito por ser un agiotista caído en desgracia, sólo puede ser reprimido, como máximo, con seis meses de prisión. O bien: la pobre mujer, a lo mejor madre de familia, a quien se le ha embargado por deudas de alquiler la máquina que utiliza para subvenir a las necesidades más elementales, y que sustrae esa máquina “suya” tenida en depósito por su acreedor — supuesto del art. 173 inciso 5° del nuevo código penal — debe sufrir prisión cuyo máximo puede ser seis años, en tanto que el banquero quebrado, el negociante vertiginoso que llamamos especulador insaciable, el usurero que “opera” muchas veces con dinero de los bancos del Estado — que no lo tienen para el obrero ni el empleado de conducta intachable — el audaz afortunado que “actúa sobre” las primarias necesidades y que define la moral como un éxito de rueda bursátil o un negocio turbio en tierras previamente valorizadas por amagos de concesiones complacientes o leoninas; todos esos que llegaren a girar por fuertes sumas sin tener provisión de fondos ni autorización para girar en descubierto, sólo pueden ser reprimidos con seis meses de prisión como máximo. ¿No son más temibles estos aristocráticos delincuentes, estos influyentes y ponderados avergureros, cuya posición social destacada, cuya educación, cultura, etc. es un argumento más para exigirles una mayor circunspección, un más claro concepto de los actos que, por consecuencia, impone

una más severa imputabilidad esta cosa que admirablemente definió Von Litz? . . Sin embargo, se dice, hay que tener en consideración “ la clase de persona” . . Sí, téngasela en cada caso a los fines necesarios de la individualización de la pena pero jamás para erigir categorías especiales de penas que presuponen distinciones de hechos y revelan círculos o clases de personas por que, entonces, el apotegma democrático de la igualdad ante la ley resulta una mentira convencional peligrosa. Ya he demostrado que el hecho materia de incriminación por el precepto del art. 302 ,código penal es, simplemente, una defraudación comprendida en el precepto general del art. 172 y si se concebiría la erección en delito especial de un hecho ya legislado sólo podría serlo para reprimirlo con mayor energía por razón de especiales circunstancias mas no para convertirlo en delito leve cambiando antojadizamente su naturaleza ¿Se concibe diferencia, acaso, entre el hecho de defraudar quinientos pesos por que en un caso se haya obtenido esa suma por una maquinación cualquiera y en otro se haya pretendido pagarla valiéndose también de una maquinación como es la de girar sin tener provisión de fondos o autorización para girar en descubierto? Ni ética ni jurídicamente cabe distinción: sofisticamente todo cabe: el sofisma es un admirable caleidoscopio pero tan cruel que si divierte con sus cambiantes castiga con la miopía . . . Si la multa es pena que aflige a los pobres, la del art. 302 del código penal crea a los ricos, o seudo ricos una situación de privilegio franco. Algunos exponentes de la banca o del comercio, de las empresas, de las múltiples formas del plutocratismo a veces despótico y soberbio que llegan a renunciar a la condición de cautos que les fué algún día — en la infancia de su vocación — tan cara llegan a “parvenus”, se enferman de rastacuerismo y de vanidad, adquieren papada, abdomen, altanería y van a estrellar, alguna vez, la barcaza oscura de sus ambiciones contra el arrecife de las contingencias . . . La insolvencia es el rezago del naufragio. Después de haber vivido como delincuentes al margen de la

ley pues el nombre de “negocio” resulta con frecuencia un honorable eufemismo, se convierten en delincuentes de la ley a causa de que no hay resignación posible ante la perspectiva de un “descenso” en la “escala” social y económica: falta la virtud en la adversidad, falta la abnegación dignificante: sobra, en cambio, la simulación cínica: la preocupación del “rango” y del “bluff” mueve la mano traviesa que libra cheques u otros papeles comerciales ilusorios, incobrables: brizna en el aire . . . La pena para ricos es, según puede inferirse, no una pintoresca invectiva, sino una desgraciada antítesis con relación a la multa de la que ha dicho Maxwell: . . . “La multa, que hallamos en el último grado de nuestras penas, es también un engaño; setenta y seis veces sobre cien equivale a la impunidad absoluta y constituye un privilegio invertido por que nuestro país no tiene el sentimiento de la igualdad verdadera que es relativa, como toda cosa humana, y no absoluta”. Felicitémonos, entretanto, de que exista el recurso de la condena condicional (art. 26) que permitirá a los magistrados participantes de nuestra opinión enervar en ciertos casos la primera condenación a multa dejando en suspenso su efectividad para los pobres es decir, para los únicos que realmente pueden verla como una pena.

Grandes reformas de las que cabe esperar preciosos frutos son la libertad condicional, que yo llamaría “anticipada” y la condena condicional que llamaría “pena suspensiva” o, como algunos tratadistas franceses, “remisión condicional de la pena”. La primera, originada en Inglaterra allá por el año 1847, se ha extendido con relativa rapidez al resto de Europa y aun a la parte civilizada de Asia (Japón). En Estados Unidos aplícase una institución análoga con el nombre de “release on parole” (libertad bajo palabra) que tiene alguna relación de forma con la excarcelación bajo caución juratoria del derecho procesal. No necesitamos distinguir la libertad condicional de la gracia; se ha

dicho lo bastante con motivo de las exposiciones y relaciones ocasionadas por la reciente reforma penal; sintetizaremos, no obstante, todo distingo en estas breves palabras: la libertad condicional significa el cumplimiento del resto de la pena en estado de libertad, paradoja interesante; la gracia extingue el resto de la pena; es decir, la libertad condicional es revocable; la gracia es irrevocable.

La condenación condicional es un sistema de enervamiento represivo fundado en la convicción de que la cárcel es dañosa para el delincuente ocasional y sobre todo, primario. En realidad significa más una expresión preventiva que represiva: es un toque de atención solemne que suspende sobre la libertad del sujeto una espada de Damocles. De los dos sistemas, el francés y el norteamericano, el primero suspensivo del cumplimiento de la pena y el segundo del pronunciamiento judicial mismo, reputo más útil y científico aquél, adoptado por nuestra nueva legislación. Hay que saber, en definitiva, si el inculpado es o no sujeto de la pena. Es, sin disputa, preferible pronunciar condena contra el que la merece que dejar en suspenso el pronunciamiento respecto del que no es pasible de imputabilidad.

Adviértese a través de la trama del código el propósito de entregar a los jueces y demás funcionarios de la administración judicial el éxito de la nueva legislación al punto de poder decirse de nuestra ley penal lo que Jiménez de Azúa afirmara del proyecto suizo de 1916: que el librearbitrio judicial venía a ser el espíritu vivificador de la reforma. La amplitud de la escala penal, el paralelismo de las penas, la libertad y la condena condicionales, y el nuevo molde de la imputabilidad, constituyen elocuentes muestras de la flexibilidad que se otorga al criterio judicial. Fuera necio objetar el propósito revelado. Sin embargo, hay que convenir en que, por la organización de los tribunales de provincia, especialmente, ser-

vidos con jueces amovibles, sujetos a penurias económicas por escasas y nada puntuales retribuciones de sus servicios, con tribunales que no dejan de sentir las veleidades de la política, no puede esperarse superiores frutos: el poder judicial se halla, por seculares errores de constitución, subordinado al poder político más peligroso por ser el poder individualista: el ejecutivo. Los jueces son criaturas de los ejecutivos y ya sabemos cómo la política desplaza a los funcionarios altivos y enérgicos empeñados en cumplir la ley sin consideración a los mezquinos intereses de la política al uso.

Hemos dado, en el título V del primer libro, un señalado paso en el terreno del positivismo penal, desde el acápite: Imputabilidad; he ahí la palabra. Han quedado fuera de foco las barrocas disquisiciones sobre la responsabilidad que presupone condición de libre albedrío. Nada de responsabilidad en cuya virtud vista la irresponsabilidad de un sujeto temible se lo declaraba inculgado o inocente y se lo reintegraba a la convivencia con daño para ella; solo la temibilidad debe establecer la base de la represión. Nada de expresos y limitados atenuantes ni agravantes de la responsabilidad; déjese amplio margen al criterio del juzgador dentro de principios generales, tal como lo hace el art. 41. Deberá entenderse que la enumeración de circunstancias en él contenidas tiene carácter taxativo? . . . De ningún modo: se han expresado las más importantes, las típicas, pero luego se deja abierta la entrada al criterio — más y más individualizador de la sanción: . . . “y los demás antecedentes y condiciones personales y las circunstancias de lugar de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad . . .” Ahí cabe todo: sólo que nuestros jueces debieran conocer por lo menos elementos de psiquiatría a fin apreciar eso de la peligrosidad que no siempre resulta de constatación objetiva, sobre todo si se considera que ciertas características de la persona pueden ser mal interpretadas o no advertidos por lamentable ignorancia.

Al leer el título VI no podemos reprimir un movimiento de desagrado ante la disposición del art. 43. Por que no la entendemos y, francamente, nos sentimos inclinados a lamentar nuestra torpeza. Al fin, nos convencemos de que estábamos por cometer una auto-injusticia. Nadie puede entender esa absurda disposición que, salvo algún detalle, es la misma del art. 9 del código derogado. Veamos: dice el art. 43: “El autor de tentativa . . .” De qué? De tentativa. Como no sabemos qué es eso de tentativa recurrimos al art. 42. Sabemos por él que la tentativa se caracteriza por estas circunstancias: 1.— Comienzo de ejecución de un hecho incriminado; 2.— No consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Bueno; volvemos al art. 43 . . . y no lo entendemos todavía. Por que si la disposición se refiere al autor de “tentativa” y ésta requiere que la no consumación del delito sea obra de circunstancias ajenas a la voluntad del agente ¿como suponer que sea autor de tentativa el que desiste voluntariamente del hecho? . . . Trátase de un precepto legalmente ininteligible por que el supuesto cae en la imposibilidad. Piense que para hacer leyes no hay que reñir con la lógica que la propia ley impone. Lo que el art. 43 ha debido y querido decir es ésto: El individuo que comienza la ejecución de un delito y desiste voluntariamente de él no estará sujeto a pena por tentativa. Naturalmente: por que no hay tentativa desde que, según la doctrina y la ley, aquélla si no ha llegado a delito consumado ha sido por algo muy distinto al desistimiento voluntario.

La definición de la reincidencia contenida en el art. 50 nos parece excelente. Cabe señalar dos excepciones impuestas al criterio legal: la del art. 38 que declara no puede ser declarado reincidente el menor que no ha cumplido diez y ocho años y la del art. 53 que no considera reincidente a aquel que sufrió primera condena y prescribió la reincidencia según los plazos del art. 65. Mientras resulta explicable la excepción del art. 38 no se acierta a justificar la del

art. 53: eso de la prescripción de la reincidencia nos resulta un artificio sutil, simpático sin duda, de mérito muy discutible. Pero si debe reconocerse correcta la definición contenida en el art. 50 debe, asimismo, condenarse la grave confusión, insalvable, rebelde a todos los malabarismos de la interpretación, traída por los preceptos de los arts. 51 y 52 que, contemplando la misma situación de hecho, pronuncian sanciones distintas. Claramente lo ha demostrado el doctor Jofré en un breve estudio crítico sobre régimen de reincidencia y reiteración inserto en "La Nación" del 31 de mayo. En verdad no se concibe cómo pueda incurrirse en tamañas incongruencias. Dice el art. 51: "El reincidente por segunda vez (tres delitos, es claro), condenado a pena privativa de libertad que excediera de dos años (la tercera vez) cumplirá su condena con reclusión en un paraje de los territorios del sud". Pero el asunto cobra caracteres de rompecabezas cuando se pasa al art. 52. Este resuelve que se aplicará reclusión "por tiempo indeterminado" (el artículo anterior había dicho reclusión limitada al término de la última pena) cuando medien dos condenas anteriores "por más de tres años" . . . Cómo se entienden tales disposiciones? . . . La Jurisprudencia — que es como quien dice la Doctora de la santa madre Justicia — sabrá responder.

El título VIII invita además a descubrir otras verdaderas enfermedades, tales como las que hace notar el doctor Jofré en su trabajo recordado, al suponer el hurto de una gallina por un reincidente secundario, y el hurto de seis zapallos por hechos independientes (reiteración) a la luz de las sanciones legales frente al pluri-homicidio alevoso del sádico y seráfico Mateo Bancks.

A nuestro código puede ocurrirle lo que a aquel médico filántropo que se propuso con encomiable buena voluntad curar a todo el mundo, pero como el pobre era muy ignorante mataba a cuanto enfermo se le ponía a tiro de receta. Por que los códigos vienen a ser recetarios . . .

El título IX versa sobre concurso de delitos y el primer pre-

cepto nada tiene que ver con ese título. En efecto, dice el art. 54: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor". Como se ve, se trata de un solo hecho; podría decirse que hay concurso de penas. Además declarar que, en caso de concurrencia de penas, corresponde aplicar la mayor tan sólo nos resulta contrario al espíritu que informa la disposición del art. 2°; debería aplicarse siempre sólo la pena menor.

Relativamente al ejercicio de las acciones observamos el art. 74. Es exagerada la exigencia impuesta al cónyuge ofendido de acusar a ambos culpables. Por que esta acción es dada sólo al cónyuge y a éste le afecta el adulterio solo en cuanto significa violación de estado por parte de quien se hallaba obligado por vínculo convencional para con él; el tercero no se halla obligado a nada legalmente por anticipado sino en tanto su instinto lo permite. Además, puede el cónyuge ofendido ignorar quién es el seductor o la manceba, en su caso, aunque esté en condición de probar la efectividad del adulterio. Por último, resulta inconsulta la exigencia del juicio de divorcio previo al de querrela por adulterio cuando el juicio civil no ha de tener influencia alguna sobre el penal. Esto aparte de que ya es tiempo de acabar con acciones inútiles que, como la experiencia lo demuestra, jamás se ejercitan por que es fácil entender que quien ha acusado por divorcio a su cónyuge por causa de adulterio, declarado por sentencia firme aquél ya no tiene interés en deducir una acción contra una persona que ha pasado a ser un tercero. A menos que la ley suponga un simple espíritu de venganza en el querellante: la ley no debe servir de instrumento de venganza o de persecución sino de justicia y de equilibrio. Producido el divorcio ¿con qué propósito de justicia o de equilibrio intentaría en cónyuge ofendido la acción criminal? . . Desde el extremo de la pena capital aplicada en lo antiguo a la adúltera debe llegarse hoy al extremo de la inculpação. No hay temibilidad en el sentido social revelada por el adulterio. Su incriminación no responde a una necesidad social ni siquiera a un sensato propósito individual. Por eso la

acción de adulterio es rechazada en la realidad; vive en la ley como esas viejas e inútiles armas fijadas en las severas panoplias: trátase de armas del pasado, ya no sirven más que para decorar muros. Así la acción de adulterio sólo sirve para adorno en la trama de un código.

Ya tuvimos ocasión de objetar la ubicación del título XII. Al presente debemos referirnos a su contenido.

El proyecto de 1906 contenía la materia que forma dicho título. Creemos que ha podido suprimirse sin mengua de la recta inteligencia de los conceptos de cuya significación se trata. Bien decía el ex-senador don Angel Rojas en el informe que redactara en 1918 en su carácter de miembro de la Comisión de códigos del Senado: tal título debía suprimirse por inútil. Explícate un título destinado a auxiliar la aplicación de la ley cuando los términos o conceptos empleados tienen un sentido ambiguo aun dentro de la técnica o, por lo menos, complejo; así como cuando se los usa en un sentido nuevo revelador de un especial uso. Mas resulta sencillamente ocioso por redundante y, por tanto, de mal gusto, prolongar el articulado de un cuerpo de leyes para satisfacer escrúpulos excesivos. Son tan claros, tan ajenos a dobles sentidos o múltiples significados los términos: violencia, tripulación, mercadería, plazo, etc. que nadie, no ya un técnico, sino un sujeto de mediana cultura, podría entenderlos o aplicarlos en otra acepción que la corriente y usual. Si se reputó necesaria la fijación de conceptos que se explican por sí mismos debió explicarse también, propendiéndose a la mejor inteligencia del texto legal, otras expresiones tan fáciles como las contenidas en los arts. 77 y 78. Con lo cual debería haberse llegado a repetir el vocabulario corriente.

La innovación en materia de reparación de perjuicios causados por el delito que la nueva legislación introduce al hacer de dicha reparación una consecuencia directa e inmediata del pronunciamiento condenatorio consulta los intereses de una mejor reali-

zación de la justicia al par que satisface las legítimas aspiraciones de la parte agraviada cuyo derecho no debe ser sacado del juez natural que es el interviniente en el juicio criminal: la reparación es un accesorio de la pena. La intervención judicial debe, al mismo tiempo, reprimir la transgresión y restablecer el equilibrio conmovido por la violación. ¿No ha establecido siempre la ley penal que al ladrón no sólo había de condenársele sino también arrancársele el cuerpo del delito, es decir, al mismo tiempo y por el mismo juez, exigirle lo penal (su libertad) y lo civil (lo robado)? . . . Por qué entonces no ha de permitirse al damnificado obtener por obra del mismo juez, cuyo conocimiento de los hechos y de las personas lo habilita para juzgar de la temibilidad del inculpado, la sanción relativa a los perjuicios irrogados por esa temibilidad activa? . . . En este sentido se orientan las legislaciones modernas y entre los teóricos Maxwell llegaba a propiciar que “la reparación debiera hacerse de oficio por la sentencia de condena”. La escuela positivista, que Garofalo llama experimental, considera la reparación del perjuicio causado por el delito como una consecuencia de la condena. Es lo justo.

La nueva legislación, entregada a intérpretes y servidores del derecho, provoca discusiones y desinteligencias, algunas elementales: hasta las realizaciones que se nos presentan más acabadas en la forma sufren los fecundos choques de los espíritus, y llevan a todas partes la sagrada inquietud de la duda. Esto que fuera irreverencia antaño es lucha progresiva hogaño. En el ocaso jurídico se ha puesto el sol del correccionalismo individualista; en oriente splende el del defensismo antropo-sociologista. Abandonada definitivamente la ilusión de la paulatina muerte de la criminalidad lamentamos, mientras, que sea la civilización una gran caja de Pandora de la que los códigos penales más perfectos vienen a ser a manera de cerraduras débiles cuando no falseadas.

Kronos mediante emprenderemos pronto el comentario del libro II fértil en sugerencias para el ánimo de los oscuros zapadores del ideal jurídico.

Arturo Orgaz.

Córdoba, mayo de 1922.
