

Si se quería que rigiera gramaticalmente para estas disposiciones la frase *el culpable de robo* con que comienza el capítulo, la redacción de este artículo sería distinta. Los artículos 425 del código español de 1850 y 420 del napolitano, que citaba el proyecto Tejedor, usan formas de las cuales no resulta cuestión sobre el punto que examino; el primero decía: “ó el *robado* fuese detenido bajo rescate por más de un día”, y el segundo: “el reo de *robo* con secuestro de personas”. En cambio el artículo 171 del código austriaco, castiga como delito de rapiña la violencia material sobre una persona, *aunque no hubiese tenido efecto la rapiña*, y el nuevo código italiano castiga el secuestro de una persona para obtener de ella ó de otros como precio de la liberación, dinero, cosas ú obligaciones á favor propio ó de terceros *aunque no llegue á realizar su intento*.

¿Habrá aceptado nuestra ley esta doctrina, ó se tratará simplemente de una ambigüedad en la redacción? Me inclino á pensar lo último. Los artículos corresponden al título *de los delitos contra la propiedad particular*, y determinan los diversos grados de pena que corresponde aplicar según las circunstancias expresadas en ellos, á continuación del periodo con que se encabeza el artículo 187: “el *culpable de robo* con violencia ó intimidación en las personas”. Quizás no debiera estimarse que esta oración rige los casos discutidos, porque tomando separadamente las ideas que expresan aparece una manifiesta oposición; pero me parece terminante el argumento de que mientras no se ha realizado el *apoderamiento* de la cosa, mientras el poseedor legítimo no ha perdido la tenencia de ella, el hecho no sale de los

límites de la tentativa. Si la ley quiso equiparar excepcionalmente la tentativa al delito consumado, debió expresarlo con toda claridad, como los códigos austriaco é italiano citados.

**774.** Constituye otro caso del artículo 189 el de que se detenga á una persona en rehenes para sacar rescate.

Aquí también aparece en el medio de ejecución del robo, una entidad jurídica perfecta que constituye por si misma un delito castigado bajo una calificación especial: detención privada. Pero no hay motivo para confundir el delito *medio* con el delito *fin*, como aparecía en el caso de las amenazas. En el capítulo de la detención privada no se hace referencia al fin del delito. Cuando este fin comprende á otro delito, el título de detención desaparece.

**775.** El tercer inciso del artículo 189 prevé el caso en que se obligue con violencia ó intimidación á firmar un documento de obligación ó de cancelación.

Es á este delito que se aplica con mayor exactitud en los códigos extranjeros la denominación de extorsión. El atentado á la propiedad existe aquí en el apoderamiento del título. La creación de un título de obligación, ó su extinción por medio de un documento cancelatorio, causa una modificación manifiesta en el derecho de propiedad; y es quizás en esta especialidad en que puede verse más bien que el atentado á la posesión que caracteriza todos los otros casos, el ataque al derecho mismo de propiedad.

El delito se perfecciona, no por el hecho de obligar á la persona á la firma del documento, sino con la firma misma, de acuerdo ó conforme á la interpretación que he

consignado en números anteriores. “La extorsión es un robo, dicen Chaveau y Hélie, es decir un atentado contra la propiedad, y síguese de ello que el delito no existe sino en tanto que el escrito *firmado* contenga ú opere obligación, disposición ó descargo.”

Pero no es esto motivo de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Mayor dificultad ha suscitado el caso de saber qué debe resolverse cuando se obtiene la firma, no de un documento, obligación ó cancelación, sino una firma en blanco. Una firma obtenida por violencia, dice Nypels, ¿no está siempre destinada á ser completada por su adaptación á un escrito que contenga obligación ó descargo? ¿No depende acaso por entero de la voluntad del agente completar el escrito en cualquier momento y crear así la obligación de su víctima? ¿No es el caso de repetir, con Merlin, que procurarse con violencia un título que en cualquier momento puede hacerse obligatorio es evidentemente lo mismo que procurarse por violencia el título que contenga obligación? (1).

No acepto en manera alguna estas conclusiones en razón de que rechazo el hecho de erigir en delito consumado la mera presunción. En la aplicación de nuestra ley, y expresándose por el texto que el documento debe ser de obligación ó de cancelación, no habría delito consumado de robo mientras la cancelación ú obligación no estuviera escrita en el documento. La firma en blanco, obtenida por violencias ó intimidación, constituiría el delito de coacción, salvo que, por otros *actos exteriores*, el agente revelara la intención de convertir la firma en

(1) NYPELS, *Code pénal belge interprété*, tomo 3º, página 165.

blanco en un documento de obligación, en cuyo caso habría *tentativa* de robo.

**776.** El robo, simulándose autoridad, es una circunstancia que el proyecto Tejedor tenía en cuenta para calificar el robo en las cosas. Lo mismo sucede en el código español de 1850 (1) y en el de 1870 (2).

Cambiada la colocación de esta disposición, y puesta entre las que tienen por carácter común la violencia ó intimidación en las personas, es indispensable que concurra una de estas circunstancias para que pueda decirse producido el caso que previó el inciso. Los casos de robo *sin* violencia ni intimidación en las personas están determinados por otros artículos. En el simple hecho de invocar autoridad pública podría verse sólo un elemento de la defraudación ó de la estafa. La presencia de la autoridad no puede reputarse un hecho violento para las personas.

**777.** El artículo 190 determina los casos de robo sin violencia ni intimidación á las personas, y las penas aplicables en ellos son los siguientes: 1º el robo que se perpetre con escalamiento, perforación de pared ó cerco, ó introduciéndose por conducto subterráneo ó por vía no destinada á servir de entrada al edificio; 2º cuando haya fractura de puerta ó ventana para penetrar en el edificio; 3º cuando se haga uso de ganzúa, llave falsa ú otro instrumento semejante para penetrar en el lugar donde se intenta robar, ó de la llave verdadera que hubiese sido sustraída; 4º cuando se ejecute con auxi-

(1) Artículo 431, inciso 4º.

(2) Artículo 52, inciso 5º.



lio de algún doméstico ó dependiente de la casa á quien se hubiese seducido.

Estas son en general las agravantes cualificativas enumeradas en muchos códigos; pero en ellos se encontrará á la vez otras que no han sido declaradas por nuestra ley.

Así, por ejemplo, en el nuevo código italiano se consigna las siguientes: 1º si el delito ha sido cometido mediante abuso de confianza, derivada de las relaciones recíprocas de servicio doméstico, de oficina, de hospedaje, de alojamiento, de compañerismo, ó relaciones semejantes á estas, aunque sea momentáneamente, del culpable con el robado; 2º si se comete el delito prevaliéndose de la facilidad derivada de conmoción pública, ó de grande desastre ó de calamidad pública, ó particular del robado; 3º si no viviendo con el robado, el culpable ha cometido el delito una hora después de la puesta del sol, en un edificio ó lugar habitado ó destinado á habitación, ó en sus inmediatas dependencias, etc.

Estas circunstancias, si bien se encuentran en nuestro Código consignadas como agravantes generales, no bastarían para calificar el delito de robo, no obstante tener tal gravedad en sí mismas, que en muchos casos puede resultar exigua la pena con que se le castiga. El criado que huye con la fortuna de su amo; el ladrón que, protestando prestar auxilio en un caso de incendio, se apodera de los valores de su socorrido, ¿deberán ser considerados como reos de hurtos simples?

El número de casos de robo sin violencia ni intimidación que la ley prevea debe extenderse.

**778.** Nuestro artículo usa los términos *escalamiento* y *entrando por vía no destinada al objeto* como referentes á dos circunstancias distintas. Entretanto, en el código español de 1850, el escalamiento era la entrada por vía no destinada al efecto, y si esto que era la definición de lo primero en aquel código cuya disposición tuvo en vista el proyecto Tejedor, ha pasado á constituir una circunstancia diversa, será necesario referir la circunstancia de escalamiento á toda entrada en las casas, construcciones, edificios cualesquiera, patios, jardines y lugares cerrados, conforme al sentido que dan á la misma palabra la ley francesa y la ley belga (1), que pueden haberse tenido en vista de la disposición de nuestro Código.

El inciso de que trato contiene la enumeración de diversas circunstancias á las que atribuye la ley el mismo efecto para la calificación del delito : escalar un muro, perforar una pared ó cerco, introducirse por un subterráneo ó por cualquiera otra vía no destinada á servir de entrada á un edificio, por ejemplo, una ventana ó un balcón, son hechos de suficiente amplitud para comprender una variedad de casos que tienen de común que demuestran el mismo arrojo y temeridad del delincuente para perpetrar el robo.

**779.** En el inciso 2º se enumera la fractura de puerta ó ventana para entrar al edificio, y no hay en estas circunstancias una distinción esencial con las del número precedente. Por esto, en el código español están comprendidas en un sólo número el rompimiento de pared,

(1) Artículo 367 de la primera y 486 de la segunda.

techo ó suelo, ó fractura de puerta ó ventana, que es lo que generalmente se conoce bajo el nombre de robo con efracción.

**780.** En el inciso 3º se habla del uso de ganzúas, llaves falsas, llaves verdaderas que hubieran sido sustraídas, ó cualquier otro instrumento semejante para penetrar al lugar del robo. La penalidad, en los términos en que está redactado nuestro inciso, salva cualquiera dificultad respecto de la determinación del objeto que se emplee. En el código español no se había enunciado la circunstancia de que se comprendiera entre estos objetos el uso de la llave verdadera que hubiera sido sustraída; pero la jurisprudencia estableció esa equiparación.

Téngase presente, sin embargo, que la ley dice la llave que hubiera sido *sustraída*, y no la llave *perdida*. Según la jurisprudencia francesa lo mismo se entiende por llave falsa la llave sustraída que la llave perdida. La imputabilidad del uso de una ú otra llave es exactamente la misma, y nuestro texto no debió referirse exclusivamente á la llave sustraída.

**781.** El robo cometido con auxilio de un doméstico ó dependiente de una casa, á quien se hubiese seducido, constituye la última forma de robo sin violencia ni intimidación. La disposición del proyecto Tejedor me parece más exacta. La agravación dependía de que el robo se ejecutara de noche ó con auxilio de un doméstico ó dependiente de la casa á quien se hubiera sobornado. La hora en que se comete el delito, aunque puede ser una circunstancia ordinaria de agravación, podía tenerse como elemento de una agravación especial.

Pero no encuentro justificada por completo la califica-

ción especial derivada de haberse seducido á un doméstico ó dependiente, cuando no la constituye la sustracción cometida por uno de estos, que presenta manifiestamente un abuso de confianza cuya gravedad moral puede ser mayor que la seducción de que se valiera el ladrón.

**782.** Según la disposición del artículo 191, la relativa gravedad del robo en los casos enumerados en el artículo 190 depende del importe de lo robado. Si el valor de lo robado excede de quinientos pesos deberá imponerse pena de tres á diez años de presidio; si no alcanza á aquella suma, la pena será de uno á tres años de prisión. Pero, si bien parecería racional y justo que á las diversas circunstancias que servirán para proporcionar la pena, según las reglas del artículo 53, debiera agregarse tanto las que resulten de la importancia de la agravación cualificativa, como la del importe de lo robado, bueno es recordar que nada de esto está autorizado por la ley. El robo cometido en un jardín, saltando un muro, no denota la misma gravedad que el que se perpetrara con fractura de una puerta ó perforación de una pared; por otra parte, mayor proximidad de pena debiera haber entre el robo de un objeto cuyo valor sea de quinientos pesos y el de otro cuyo valor sea de quinientos diez, que la que habrá entre la del primero y la de otro robo cuyo importe fuera sólo de diez pesos. En la aplicación estricta de nuestra ley, corresponde tomar, para la determinación de la pena en cada uno de los casos especificados, el término medio de la que el artículo fija, y sólo puede ascenderse ó descenderse del término medio por la concurrencia de causas generales de agravación ó de

atenuación que no hayan sido tomadas como elemento de la calificación. Por tanto, corresponderá la pena de seis años y medio de presidio al robo con fractura por valor de quinientos un pesos, y de dos años de prisión al robo con fractura por valor de quinientos pesos. Supuesto el caso de un ladrón que violentara un baul en que se contuviera la primera suma, si la sustrajera íntegra incurriría en la pena indicada de seis años y medio de presidio, y si dejara un peso, llevándose los quinientos, sólo incurriría en la segunda pena. Creo que esto bastará para modificar los criterios de gravedad del delito que la ley adopta en esta materia, y demostrará la conveniencia de adoptar reglas diversas, ó por lo menos, para que se declare que estos casos no están sometidos á la terminante disposición del artículo 52.

783. Si hubiese á la vez, dice la ley, intimidación en las personas y fuerza en las cosas, se aplicará el máximo de las penas establecidas. Pero, como observando la penalidad para los casos de violencia en las personas y robo sin violencia en ellas ( que es á lo que se refiere al hablar de *fuerza en las cosas* ) se nota que en determinados casos el robo sin violencia puede tener una pena mayor que el robo violento, habrá que atender en caso de concurrencia á la pena más grave que se señale, sea á la circunstancia especial de la violencia en las personas, sea á la especial que esté enumerada en el artículo 199.

784. Establecido, en los primeros números de este capítulo, que eran elementos constitutivos de los delitos de robo y hurto, el apoderamiento de la cosa mueble ajena, contra la voluntad de su dueño, enuncié como caracteres distintivos resultantes de los términos de la ley,

el de la violencia en las personas ó en las cosas para el delito de robo, y el de la clandestinidad para el de hurto. Estudiadas como quedan ya las diversas circunstancias que califican el robo, el artículo 193 castiga al “que comete hurto, sustrayendo *clandestinamente* una cosa de otro, sin concurrir ninguna de las circunstancias de los artículos anteriores”, y en el artículo 194 se declara que incurre en las mismas penas que la ley establece para el hurto “el que arrebató una cosa de poder del que la lleve”. Fuera de estos casos, pueden producirse algunos de los varios que enumeran los artículos anteriores, y entonces habrá robo.

785. Pero es posible el apoderamiento de cosa mueble ajena con ánimo de lucro, sin que haya sin embargo robo, y fuera también de los casos del capítulo de las estafas y otras defraudaciones. ¿Cómo se calificaría, por ejemplo, la sustracción cometida entrando á un bazar, tomando en presencia del propietario un objeto cualquiera, y huyendo en seguida? ¿Sería un robo? Nó, porque no está penado por ninguno de los artículos 187 á 190. ¿Sería un hurto? Tampoco, porque la sustracción no ha sido *clandestina*; ha sido á la luz del día, á vista y presencia del propietario. ¿Se aplicaría el artículo 194? Tampoco, porque no hubo *arrebato* de cosa que *otro llevaba*. Se trata de un caso que puede ocurrir con manifiesta facilidad, y que nuestra ley no ha previsto, porque no castiga el robo en general, sino determinados robos y hurtos. Esa penalidad del hurto en general, que falta en nuestro Código es la que aparece en términos claros en el artículo 402 del código penal italiano: el que se apodera de la cosa mueble ajena para aprovecharse de

ella, sacándola del lugar en que se encuentra, sin el consentimiento del propietario, será castigado con la reclusión hasta por tres años. Análoga disposición contiene el artículo 369 del código de la República Oriental del Uruguay.

786. Las penas que la ley impone al hurto y al arrebatado de cosa que otro lleve ¿se ajustan al mismo criterio antes enunciado de la cantidad? Si el valor de la cosa hurtada no excede de quinientos pesos, la pena será de arresto de un mes á un año; si excede de esa suma, será de prisión de uno á tres años.

Estas penas no difieren de las del proyecto Tejedor, y aun eran más leves las de éste, para todos los casos en que el valor de lo hurtado no excediera de cien pesos, pues el máximo de la pena que imponía era de tres meses de arresto, en tanto que el término medio de la actual es para los mismos casos de seis meses y medio de arresto.

Tanto en el robo como en el hurto, el minimum de lo que puede sustraerse no determina la aplicación del minimum de la pena. Sólo se explica por el calor de la improvisación que el Señor Ministro de Justicia, principal autor del Código, protestara ante la Cámara de Diputados contra las monstruosidades legales que se realizaban á cada instante, por la aplicación del "mal código del doctor Tejedor", y citaba el caso de una mujer condenada á dos años de cárcel por haber *robado* una pollera; de otra condenada á igual pena por haber *robado* trece pesos, y de un hombre condenado á la misma por haber *robado* un par de alpargatas, "lo que ni en la Turquía es justicia" (1).

(1) Sesión de la Cámara de Diputados, de 25 de Noviembre de 1886, en el *Diario de Sesiones*.

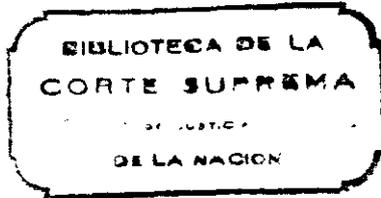
Esto no obstante, no aparece en la ley reformada texto alguno que autorice á fallar de distinta manera.

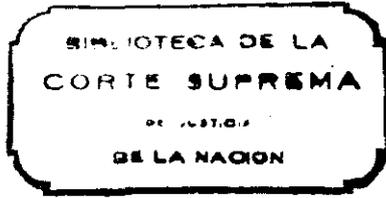
787. Concluye el capítulo *Robos y hurtos* con la disposición que pena el robo de cadáveres para hacerse pagar su devolución, con tres á seis años de penitenciaría, si se consigue el objeto, y con uno á tres años de prisión si no se consigue.

La célebre banda de los "Caballeros de la noche", en Agosto de 1881, rigiendo el código Tejedor, sacó del sepulcro de la familia Dorrego, en el Cementerio de la Recoleta, en Buenos Aires, el cadáver de un miembro de la familia, exigiendo de ésta una suma cuantiosa por su devolución. La Cámara de Apelaciones juzgó que el caso no contenía otro delito que el de amenazas de un mal que no constituía delito, é impuso la levisísima pena que por éste correspondía. Aquella calificación era manifiestamente la que procedía.

El hecho que acabo de referir es el origen de la sanción especialísima que contiene el artículo 195 del Código. La especialidad de esta disposición en el título de *Robos y hurtos* depende de que en nuestra ley no se legisla ni prevé la violación de sepulcros, como delito, como con toda generalidad sucede en la legislación antigua y moderna. La disposición de nuestro artículo está perfectamente justificada por el antecedente mencionado; pero debe observarse que la redacción es impropia por estar en oposición con la noción esencial del robo. No siendo el cadáver una cosa que esté en el comercio, no hay relación de derecho alguna respecto de él. Nadie puede decirse dueño ni poseedor de un cadáver, que no es cosa susceptible de apropiación. Liga á los vivos un senti-

miento de respeto y afecto hacia los restos de los que fueron seres queridos, y es la *libertad* de tener este sentimiento y este afecto lo que la ley penal debe garantizar con su sanción. Es, pues, incorrecto hablar de *robo de cadáveres*; y si esto está bueno para el lenguaje vulgar no lo está para el legal. El atentado á la propiedad aparece por la exigencia de dinero, mediante la coacción que se impone por la violación de aquel respeto y de aquel afecto. Hay una violencia moral que sirve de *medio* para un atentado á la propiedad. El artículo debió, pues, redactarse conforme á los principios jurídicos: si el *robo* se hubiese ejecutado exigiéndose dinero por la restitución de cadáveres que se hubiera sustraído, se impondrá la pena de tres á seis años de penitenciaria. Si no se obtuviera dinero alguno del exigido, la pena será de uno á tres años de prisión.





## CAPÍTULO XXI

### DE LA USURPACIÓN

(Artículos 196 y 197)

788. Carácter distintivo del delito de usurpación. — 789. Relación entre las leyes de la usurpación y las del interdicto de despojo. — 790. En las mismas condiciones en que se dá el interdicto procede la acción penal. — 791. Caso en que bastarían las indemnizaciones civiles. — 792. Penalidad de la usurpación. — 793. Alteración de términos y linderos de fincas ó heredades. — 794. Su penalidad.

788. Se ha visto en el capítulo precedente que es condición esencial del delito de robo y del de hurto el apoderamiento de la cosa mueble ajena contra la voluntad del poseedor legítimo. Respecto de los bienes inmuebles puede ocurrir también el apoderamiento doloso ó violento que turbe la posesión legítima. La naturaleza de la cosa sobre que recae el delito determina, pues, la diferencia fundamental entre la usurpación y el robo; y la razón principal de esta distinción es que en el apoderamiento de la cosa mueble es posible la pérdida defini-

tiva, mientras que tratándose de inmuebles, la posesión legítima es fácilmente restituida, por lo que el mal del delito es siempre forzosamente menor.

789. Lo que el código llama en este capítulo usurpación, dice Pacheco, se ha llamado por lo común despojo en nuestras leyes y por nuestra práctica (1). Nuestra ley usa también en sus prescripciones el término despojo que no se registra en el texto español, y resulta así más evidente la relación entre el hecho que legisla el Código penal y el que protegen las leyes de procedimientos con la fórmula procesal del interdicto.

Nuestro artículo 196 castiga al que empleando violencia *despoje* á otro de una cosa raíz ó del uso, usufructo, habitación ó servidumbre que en ella goce; y castiga con pena inferior el despojo que se cometiere por fraude ó astucia.

Estas disposiciones del Código contienen, pues, la penalidad que, además de las indemnizaciones civiles, podrá imponerse por la autoridad respectiva en los casos en que procede el interdicto de recobrar ó de *despojo*, de las leyes de procedimiento. Según ellas, la acción se dá mediante estas condiciones: 1ª que el que lo intente ó su causante haya estado en posesión ó tenencia de la cosa demandada; 2ª que haya sido despojado con violencia ó clandestinamente de esa posesión. Si se considera que los términos de la definición penal guardan la más completa analogía con los de la definición civil, y que el interdicto puede darse aún contra el propietario que hubiera tomado violentamente la cosa poseída por

(1) *El código penal concordado etc.*, tomo 3º, página 331.

otro, parece encontrarse en este delito antes que un atentado contra la propiedad, un atentado contra el orden público ó la administración de justicia. Por eso, respecto del interdicto, dice con razon Caravantes, que se funda en el principio de eterna razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, sino recurriendo á las autoridades judiciales instituidas para administrarla á cada uno, y que su objeto es evitar las luchas y vías de hecho á que recurriría el despojado para recobrar su posesión. El interdicto de despojo se da no solamente al que se halla en posesión de la cosa de que se le despojó, sino aún al que se halla en la tenencia ó mera ocupación de la misma, que no constituye la posesión legal, como los depositarios, prendarios, comodatarios, y en consecuencia, aunque no sea señor de la cosa; y asimismo, aún cuando la posesión ó tenencia fuere viciosa ó se hubiere adquirido *vi, clam, vel precario*, ó por fuerza ó clandestinamente, ó por encargo del dueño, como la de los colonos ó inquilinos del despojado (1).

790. Pienso que en las mismas condiciones en que se dá el interdicto procede la acción penal de usurpación. Aunque en la disposición legal se haya enumerado los derechos reales de uso, usufructo, habitación ó servidumbre, no debe entenderse que la ley proteja sólo el derecho real que se tenga en la cosa sino también el derecho personal. Si la ley quisiera proteger solamente los derechos reales, no usaría los términos *el que despoje* á otro de una cosa raíz, lo que dá simplemente la idea de separarle de la tenencia actual, cualquiera que sea el

(1) CARAVANTES *Procedimientos judiciales*, libro 3º, 1045 y 1049.

título de la tenencia. Así, el código español usa en su artículo los términos *el que ocupare una cosa inmueble* ó usurpare un derecho real de ajena pertenencia, etc., en cuyos primeros términos la ocupación de la cosa inmueble se refiere simplemente al acto material.

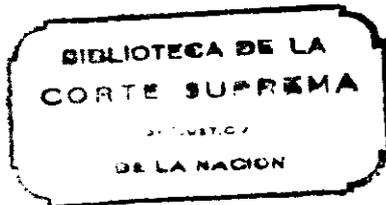
**791.** El código español de 1850 distinguía los casos en que el delito se cometía con violencia en las personas ó sin violencia en las personas, imponiendo en este caso una pena pecuniaria inferior. Esa distinción ha desaparecido en la reforma de 1870, en que sólo se considera digna de la represión del derecho penal la usurpación perpetrada con violencia ó intimidación en las personas. Nuestro artículo 196 usa la palabra violencia sin distinción alguna, de manera que lo mismo se aplica á la violencia en las personas que á la violencia en las cosas. Parece que en este último caso la sanción no debiera pasar de las indemnizaciones civiles, como resulta del código español vigente y del artículo 403 del código italiano, que usa los términos "cualquiera que turba, con violencia contra las personas, la posesión de otro, sobre cosas inmuebles, etc."

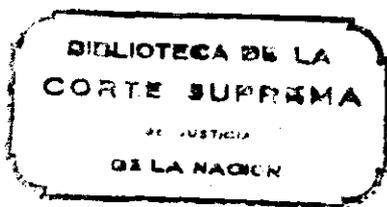
**792.** Las penas que la ley impone por el delito de usurpación en los casos de despojo violento son las de uno á tres años de prisión y multa de veinticinco á quinientos pesos, según el valor de lo usurpado y la calidad de la violencia. Si el despojo se cometiere por fraude ó astucia, la pena será de arresto de uno á tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

**793.** El artículo 197 castiga, como otra forma de usurpación, la alteración ó destrucción de los términos ó linderos de las fincas ó heredades, hecha para cometer

aquélla. De estas palabras resultan los tres elementos que distingue Carrara analizando este delito: 1º el acto material; 2º la persona; 3º el fin. El primero consiste en la destrucción material ó alteración de los términos ó linderos; esto es, de toda señal que fija los límites de una heredad, cualquiera que sea su forma como la remoción de mojones, etc. El segundo consiste en que el delito sólo puede ser cometido por el poseedor del fundo limítrofe: si la destrucción la hiciera un tercero faltaría también la inmediata condición del fin de este delito. Este tercer elemento sólo puede consistir en el ánimo de usurpar la posesión ajena. Si el vecino tiene justo motivo para creer que el límite haya sido ilícitamente colocado, no podrá decirse que intentó usurpación. Se habrá hecho justicia por sí mismo, y este será el motivo de la imputabilidad.

794. La pena impuesta al delito de remoción ó destrucción de términos ó linderos es la de arresto por tres meses á un año y multa de veinticinco á quinientos pesos.





## CAPÍTULO XXII

### DE LOS QUEBRADOS Y OTROS DEUDORES PUNIBLES

(Artículos 198 á 201)

795. Disposiciones penales sobre la quiebra. — 796. Observaciones sobre el método para legislar la quiebra. — 797. Correspondería dictar la ley especial de bancarrotas. — 798. Principios generales sobre aplicación de las diversas leyes que rigen la quiebra. — 799. Método para el examen de las disposiciones penales. — 800. Quién es quebrado ante la ley penal. Examen de la ley comercial actual sobre este punto. — 801. Examen de la reforma del Código de Comercio. — 802. Doctrina general y conclusión. — 803. Qué se entiende por quebrado fraudulento ó culpable. — 804. Cuestiones que surgen de la diversidad de leyes que rigen la quiebra. — 805. Incidente de la prisión de los corredores de la Bolsa de Buenos Aires. — 806. Debate á que dió lugar. — 807. Qué se entiende por cuestión prejudicial. — 808. División de las cuestiones prejudiciales. — 809. Doctrina contra la prejudicialidad de la declaración de quiebra. — 810. Disposición del artículo 1104 del Código Civil. — 811. Originalidad de esta disposición. — 812. El artículo se refiere á una cuestión prejudicial á la decisión. — 813. Inaplicabilidad de la disposición al caso discutido. — 814. La calificación de la quiebra en lo comercial no tiene autoridad de cosa juzgada en lo criminal. — 815. Discusión sobre si la clasificación de lo comercial se impone en lo penal. — 816. Reforma del Código de Comercio sobre este punto. — 817. Casos

que determinan indicios de culpa. — 818. Presunciones de quiebra fraudulenta. — 819. Alcance de la disposición. — 820. Quiénes son cómplices de la quiebra. — 821. Objeto de la consignación de presunciones legales. — 822. Quiebra de los corredores. — 823. Alcance de la presunción legal sobre este punto. — 824. Otros deudores punibles. — 825. Colocación que correspondería á esta disposición.

**795.** El artículo 198 impone la pena de tres á seis años de penitenciaria é inhabilitación por cinco á quince años para ejercer el comercio, al *quebrado fraudulento*, y la de uno á tres años de prisión é inhabilitación para el comercio por dos á cinco años al *quebrado culpable*.

El artículo 199 declara motivo de reducción de estas penas el caso en que la pérdida ocasionada á los acreedores no llegue al veinte y cinco por ciento. La pena será entonces de dos á tres años de prisión é inhabilitación de tres á cinco para el quebrado fraudulento, y la de arresto por tres á nueve meses para el quebrado culpable, debiendo en uno ú otro caso estimarse prudencialmente la pérdida si antes de pronunciarse la sentencia no se hubiera liquidado el concurso.

**796.** En erigir la quiebra en un delito del Código Penal, se ha imitado el ejemplo del código español, del francés, del belga y de los proyectos que precedieron al de la comisión de la Cámara de Diputados. No es este, sin embargo, un punto fuera de toda discusión, y si otra cosa no provocara dudas al respecto, bastaría para producirlas la circunstancia de que el quizás más perfecto de todos los códigos penales, el italiano, no ha legislado sobre bancarrotas, que se rigen por disposiciones espe-

ciales del código de comercio. "Ante todo, pregunta Vidari, ¿por qué debe tratarse de los delitos en materia de quiebra, en el código de comercio y no en el código penal? En cuanto á los delitos en materia de quiebra, agrega, puede seguirse dos sistemas: ó tratar de ellos en el código penal, ó en el mismo código de comercio. El código precedente, que aún tratando de la bancarrota remitía para las penas al código penal, seguía el peor de los sistemas, porque con él separaba el delito de la pena y dejaba que el legislador estatuyese sobre uno y sobre otro con criterios que están muy lejos de ser informados con unidad de vistas y de propósitos; mientras que es natural que dos códigos, como el penal y el comercial, partan de conceptos diversos al determinar la delincuencia y la punibilidad de ciertos hechos y de ciertas omisiones, máxime en una materia de índole tan especial, tan técnica, diríase, como la de los delitos en las quiebras (1).

**797.** Es verdaderamente especialísima por su complejidad esta materia. La forma se encuentra tan íntimamente ligada al fondo en las leyes que la rigen, que es en muchos casos imposible la delimitación entre una y otro; la responsabilidad penal se relaciona tan estrechamente con las calidades que dependen de estatutos puramente comerciales que en más de una ocasión aparecerán chocantes entre sí la ley penal y la comercial. Pero no es sólo bajo el punto de vista doctrinario que merece observación el sistema adoptado por nuestros códigos. La crítica más grave es otra. La unidad de ma-

(1) VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, número 5113.

teria en la bancarrota está prevista por la Constitución Nacional : fondo, procedimientos, penas, todo debe comprenderse en una ley de bancarrotas dictada por el Congreso, según la prescripción del inciso 11 del artículo 67. El ejemplo de los códigos que sirvieron de modelo, en general, á la confección de los nuestros, ha prevalecido sobre un mandato supremo de la Constitución.

798. Pero si la indivisibilidad de la legislación sobre bancarrotas no ha sido observada, y el Congreso ha distribuido la materia en dos códigos, y aún ha hecho referencia á ella en el Código Civil, ¿deberá por vía de interpretación reunirse, lo que está dividido, subordinarse y correlacionarse, como se hace con los distintos fragmentos de una misma ley? Uno y otro sistema, como se ha visto, difieren entre sí, y llevan naturalmente á consecuencias bien opuestas. Me parecería arbitrario, debiendo interpretar y aplicar leyes de índole distinta, unificar sus consecuencias. En nuestro caso ¿cómo prescindir, al aplicar los artículos 198 y 199 del Código Penal, de todas las reglas y principios generales que rigen la materia penal, para atender á las condiciones especiales que proceden de las reglas y principios de las leyes mercantiles? ¿cómo prescindir, por ejemplo, de lo que sea el dolo y la culpa en lo penal, para referirse á las presunciones *juris et de jure* por las cuales según el Código de Comercio vigente hasta hoy debe calificarse la quiebra de culpable ó fraudulenta? ¿cómo olvidar que para el ejercicio de la acción penal pública basta el indicio de haberse cometido un delito, y para los procedimientos de la quiebra es necesario (salvo el caso de fuga del comerciante) que medie el auto declaratorio á instancias

del fallido ó de acreedor legítimo? Adelanto, quizás, en las cuestiones que acabo de proponer cuáles serán mis conclusiones en puntos importantísimos sobre los cuales se encuentra disidencia en la doctrina, pero pasaré en seguida á ocuparme especialmente de ellos.

799. En los dos artículos citados del Código Penal se determina el castigo que debe imponerse al *quebrado fraudulento* y al *quebrado culpable*. El estudio de estas disposiciones debe comenzar por investigar las siguientes cuestiones: 1ª ¿quién es *quebrado* ante la ley penal? 2ª ¿quién es *quebrado fraudulento* ó *culpable*?

800. ¿Quién es *quebrado* ante la ley penal? Veamos primero quién lo es ante la ley comercial. Bajo dos puntos de vista, dice el doctor Moreno, puede considerarse la quiebra: como el estado de un comerciante que ha cesado sus pagos, ó como el estado de un comerciante que ha sido judicialmente declarado en quiebra; y de aquí la grave cuestión sobre si la quiebra y sus efectos es un hecho que existe por sí mismo, independientemente de la declaración judicial, ó si al contrario es de derecho, de tal modo que no produce efecto alguno legal, mientras que una sentencia no haya declarado su existencia (1). El doctor Moreno entiende resuelta la cuestión en el último sentido por el artículo 1521 del Código de Comercio: la quiebra no produce efectos legales sino en cuanto interviene sentencia de tribunal competente que la declare; pero el Código de Comercio no reconoce por esto que la quiebra sea un hecho de creación puramente judicial. El artículo 1511, que comienza el título

(1) MORENO, *Estudio sobre las quiebras*, número 29.

*Del estado de quiebra*, dice que se halla en estado de quiebra todo comerciante que por cualquier causa cesa sus pagos; y el artículo 1532 impone al tribunal al declarar el estado de quiebra ó por juicio ulterior, la fijación de la época en que tuvo lugar la efectiva cesación de pagos y á la que deben *retrotraerse los efectos* de la declaración de quiebra. Los efectos legales no derivan, pues, de la declaración de quiebra, sino del *estado de quiebra*. El auto declarativo los *reconoce*, no les da *existencia*; puesto que su origen se encuentra única y exclusivamente en el estado de cesación de pagos. Un comerciante que se encuentra en estado de quiebra, podrá no ser reconocido como quebrado, si no interviene el auto declarativo; pero producido éste, los efectos legales de la quiebra se retrotraen en parte á la efectiva cesación de pagos, y todo lo que en el intervalo hizo ó trató el quebrado, será nulo ó podrá ser anulado como hecho por un fallido, salvo lo que deba respetarse por la buena fe de los terceros que hubieran ignorado la cesación de pagos (artículos 1540 y 1541). La ley comercial no desconoce en manera alguna que es *quebrado* el comerciante que se halla en estado de cesación de pagos; al contrario, lo reconoce expresamente en las diversas disposiciones referidas. Por último, observaré que por *efectos legales* derivados del auto declarativo, no puede entenderse sino efectos que están expresamente declarados por la ley: los referentes á la capacidad del fallido (artículos 1533, 1534, 1535, 1537 y 1538), los relativos á los actos del fallido (1539, 1540, 1541 y 1542) y los relativos á los acreedores (1543 y 1544).

801. El Código de Comercio ha sido reformado en fa

materia que discuto, y su nuevo texto facilita la solución. El artículo 1379 declara que la cesación de pagos constituye el *hecho generador del estado de quiebra*, y que de este estado sólo son susceptibles los comerciantes y las colectividades que revisten este carácter. El artículo 1388 y siguientes del título segundo, libro cuarto, determinan las formas de la declaración de quiebra, y el título tercero, los efectos jurídicos de la declaración. El artículo 1521 del antiguo Código ha sido suprimido. La ley nueva no puede originar duda alguna sobre este hecho: se encuentra en estado de quiebra ó es quebrado, el comerciante que cesa en sus pagos.

802. Si se revisa toda la doctrina sobre esta materia, se encontrará en todas partes repetida como una verdad axiomática esta definición: la quiebra es el estado de cesación de pagos de un comerciante (1). Así la definen los jurisconsultos antiguos: así la definen los tratadistas modernos, y por mi parte excuso repetir las definiciones para demostrar un hecho que no puede ser puesto en duda. En consecuencia, si queda demostrado que para la ley mercantil es *quebrado* el comerciante que se halla en estado de cesación de pagos; si este estado produce efectos jurídicos por sí mismo, que se reconocen por la ley como consecuencia de la retroacción del acto declarativo; si la doctrina entendió siempre por *quebrado* al comerciante que ha cesado sus pagos, la ley penal, que no ha dicho en ninguna parte qué es lo que ella entiende decir al usar tal palabra, es claro que no la ha usado sino en el sentido general en que la emplean la legislación mercantil y la doctrina.

(1) MASSÉ, *Le droit commercial*, número 1145.

**803.** ¿Qué debe entenderse por quebrado *fraudulento* y quebrado *culpable*? La quiebra no es por sí misma un delito. El estado de cesación de pagos en que llegue á encontrarse un comerciante, puede ser el resultado de sucesos imprevistos, ó que, previstos, fueran inevitables, y cuyas consecuencias debieran imputarse todas á la desgracia y nada á la mala fe ó á la imprudencia. Pero si en la quiebra aparecen indicios de fraude ó de imprudencia, la ley penal que resguarda la propiedad particular, lo mismo que los demás derechos, contra todos los actos de voluntad criminal ó de imprudencia que puedan lesionarlos, inflige castigos al comerciante que se encuentra en estado de cesación de pagos con voluntad criminal de defraudar á sus acreedores y los impone también al mismo cuando no pone la debida diligencia en evitar un daño al derecho de los últimos.

**804.** La diversidad de las prescripciones en lo civil y en lo criminal que rigen la quiebra, dá lugar á cuestiones que producen la mayor divergencia en la jurisprudencia y en la doctrina. La quiebra, se dice, es el estado del comerciante que cesa sus pagos; pero ese estado sólo existe legalmente desde que sea declarado por el tribunal competente, que es el de comercio; de aquí, que la declaración de quiebra sea una cuestión prejudicial á la acción penal. Siendo incompetentes los tribunales del crimen para declarar la existencia de la quiebra, siguese que ninguna acción penal podría instaurarse mientras el tribunal competente no hubiera declarado la existencia del hecho que puede ser motivo de represión. Otra cuestión es la siguiente: si la ley comercial ha definido los casos de quiebra fraudulenta y de quie-

bra culpable, las denominaciones idénticas adoptadas por el Código Penal, demuestran que éste ha entendido referirse á las calificaciones de la primera. En la discusión de estas cuestiones interviene la disposición del artículo 1101 del Código Civil: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1ª las que versaren sobre la validez ó nulidad de los matrimonios; 2ª las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes."

805. Para la mejor exposición de esta materia, tendré presente el ruidoso incidente producido en la ciudad de Buenos Aires, con motivo de la prisión de varios corredores de Bolsa, á requisición del Fiscal del Crimen y por resolución de los Jueces de Instrucción. Bueno es reconocer, desde luego, que la justicia criminal del país, no se había preocupado poco ni mucho en perseguir á los quebrados. El juicio de calificación se retardaba por lo general, á términos que ponían fuera de toda oportunidad la persecución penal; y una práctica que quizás no tenía otra razón de ser que la indolencia de los tribunales, había puesto la acción penal bajo la absoluta dependencia de la acción civil. Unas veces el interés de los acreedores aconsejados por la máxima *del mal el menos*, les llevaba á aceptar arreglos privados que con formas simuladas salvaban el juicio de calificación; otras, el juicio era de tal manera entorpecido por procedimientos inmorales tendentes al mayor lucro para

juéces, comisarios y síndicos provisorios, que la jurisdicción criminal no recibía jamás noticia de la quiebra. No es, pues, de extrañarse que una resolución repentina de la justicia en el sentido del procedimiento originario y de oficio, contra muchos corredores de bolsa al mismo tiempo, produjera una seria agitación en la opinión pública. En cuanto á mí, alejado de todo interés inmediato en el asunto, y preocupándome de estos estudios, sólo he podido mirar la cuestión con un interés puramente científico.

**806.** Hé aquí el caso. El Agente Fiscal en lo criminal, doctor Gallegos, se presentó al juez de instrucción denunciando haberse cometido en la Bolsa, por varios corredores, el delito de quiebra fraudulenta, sosteniendo que los referidos corredores habían quebrado, y que teniendo aquella calificación su quiebra, según las disposiciones del Código de Comercio, debía aplicárseles las penas respectivas de la ley penal.

El Agente Fiscal examina desde luego la legitimidad de ejercicio de la acción pública sin que haya mediado declaración judicial del estado de quiebra por auto de juez competente. Examina la disposición del artículo 1104 del Código Civil, las que tienen alguna relación con la materia en el Código de Comercio, las opiniones de los tratadistas, y concluye que los quebrados fraudulentos caen directamente bajo la jurisdicción del crimen, aunque no haya mediado la declaración de quiebra.

Distinguidos abogados tomaron la defensa de los corredores, y sostuvieron decididamente que la declaración de la quiebra era prejudicial. El Fiscal de las Cámaras, doctor Cortés, fundó su opinión en el sentido de la de

los defensores de los procesados, y por último la Cámara de Apelaciones se pronunció de la misma manera. El auto de este Tribunal afirma, desde luego, que es privativo de la jurisdicción mercantil la declaratoria de quiebra y su respectiva calificación, cuyo hecho constituye una cuestión prejudicial para el juicio criminal; dice luego que la verdad de este hecho se destaca por sí sola de la simple lectura del artículo 1104 del Código Civil; que el artículo 17 de la ley de procedimientos de la Capital ordena que no pueda iniciarse el juicio criminal antes que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial; que el artículo 1593 del Código de Comercio arroja bastante luz para condenar la iniciativa fiscal del caso, por cuanto dispone sin ninguna ambigüedad que declarada la quiebra culpable ó fraudulenta se ponga al fallido á disposición de la justicia criminal, con testimonio del proceso; que no existía ni apariencia de razón para las gestiones de Agente Fiscal, porque ha debido tenerse en cuenta que si la quiebra puede también ser declarada de oficio, á instancia del Ministerio Público, es únicamente en caso de fuga ú ocultación acompañada de la clausura de escritorios ó almacenes, de lo que se infiere que si el representante de la ley no estaba facultado ni para pedir la declaratoria de quiebra, menos podía estar para provocar juicios criminales, con las extorsiones que son consiguientes á las garantías individuales; que, por lo que hace á la calidad de corredor, no es necesario decidir si su quiebra debe presumirse siempre fraudulenta, para dar por establecida la intromisión injustificable del juez de instrucción, desde que no habiéndose producido el hecho de la declaratoria de

quiebra, viene á demostrarse de esta suerte su carencia de jurisdicción para la promoción del proceso criminal, por lo que la Cámara se abstiene de adelantar opinión sobre este y otros puntos que pudieran surgir de aquella calidad de corredor.

Como se ve, la Cámara ha sido severa en su juicio contra el Agente Fiscal, lo que denota un profundo convencimiento de los principios que declara. Mi opinión difiere fundamentalmente de la de la Cámara, y no siéndome posible en las proporciones de este capítulo, seguir el debate judicial en cada uno de sus argumentos, me atenderé á los que considere capitales, para fundarla.

807. En primer lugar, y para fijar bien el sentido de mis ideas, entiendo por cuestión prejudicial lo mismo que entiende Haus: "el juez llamado á conocer una infracción está naturalmente investido del poder de verificar la existencia de todos sus elementos, y por consiguiente para decidir, estatuyendo sobre el fondo del proceso todas las cuestiones relativas á estos elementos. Pero la regla no es absoluta. A veces, en efecto, la ley quiere que uno de los elementos de la infracción sea precisamente constatado y apreciado por otro juez. Compréndese que la decisión de la cuestión que es objeto de este examen, deba darse antes, ó prejuzgarse á las otras cuestiones, lo que motiva la denominación de cuestiones *prejudiciales*. Se designa por este término en materia represiva la cuestión que se refiere á la existencia de una infracción y que debe ser juzgada en una instancia separada y prévia. La parte que suscita una cuestión prejudicial ante la jurisdicción represiva o-

ne á la acción pública una *excepción prejudicial*" (1).

808. Las cuestiones prejudiciales son de dos clases: *al ejercicio de la acción pública; á la decisión*. Existe la primera "cuando una disposición formal de la ley prohíbe al ministerio público comenzar la persecución, en tanto que la cuestión prejudicial no esté definitivamente juzgada. Fuera de este caso, la acción pública puede ser intentada sin obstáculo; sólo que suscitándose la cuestión prejudicial, tiene por efecto detener la persecución hasta que sea decidida. Es según esto que los autores distinguen en cuestiones prejudiciales al ejercicio de la acción pública y cuestiones prejudiciales á la decisión de esta acción" (2).

809. Esto sentado, ¿cuál es doctrinariamente la solución de la cuestión debatida? ¿Puede haber persecución criminal del quebrado fraudulento ó culpable sin prévia declaración del estado de quiebra? La inmensa mayoría de los tratadistas y toda la jurisprudencia francesa deciden afirmativamente esta cuestión (3). Carrara, que adhiere á la misma solución, la funda en los térmi-

(1) HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, número 1180.

(2) HAUS, *ib.* número 1183; GARRAUD, *Précis du droit criminel*, número 658; VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, página 214.

(3) TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, tomo 1º, número 448; MORENO, *Estudio sobre las quiebras*, número 32; MASSÉ, *Droit commercial*, números 1167 y 1248; CHAUCVEAU ET HÉLIE, *Théorie du code pénal*, sexta edición, número 2153; HAUS, *op. cit.*, número 1226; CARNOT, *Commentaire sur le code pénal*, número 15 al artículo 402; LE GRAVEREND, *Législation criminelle*, tomo 1º, página 20; GARRAUD, *Précis du droit criminel*, 664; PARDESSUS, *Droit commercial*, número 1094; NYPÉLS, *Code pénal belge interprété*, tomo 3º, página 218; DALLOZ ET VERGÉ, *Codes annotés*, artículo 440 del código de comercio, número 237; ROUSSEAU ET DEFERT, número 31; BOULAY PATY, tomo 1º, número 38.

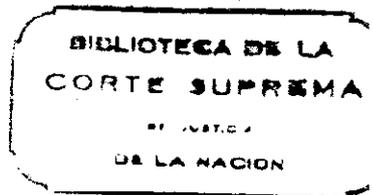
nos clarísimos con que ilustra las cuestiones que trata. “ Sobre esta cuestión no puede vacilarse, dice. La quiebra es un *hecho* que se convierte en criminoso si lo acompaña el *dolo* ó la *culpa*. Todos los hechos constitutivos de un delito están bajo la ilimitada autoridad de los jueces del crimen. Estos no necesitan de un precedente fallo que declare el hecho de la quiebra desde que este hecho se les denuncia como constituyendo el substracto material de una infracción. No necesitan esperar que otro tribunal haya declarado su subsistencia. Del mismo modo los tribunales del crimen declaran la subsistencia de un contrato civil ó de un matrimonio, aunque pertenezca á otros tribunales decidir sobre la validez controvertida de aquel matrimonio ó de aquel contrato. Sólo podría ser discutible la excepción de la prejudicialidad y de la supersesoria *cundo se hallara pendiente en los tribunales civiles una litis regularmente instaurada* en la que el pretendido fallido sostuviera no ser tal. La quiebra es un estado de hecho que por virtud de la ley existe desde el instante mismo de la cesación de pagos. La sentencia no lo *crea*, lo *declara*: la sentencia declaratoria es uno de los efectos civiles de aquel estado de hecho, y puede ser necesaria para otros sucesivos efectos civiles, pero no á los efectos penales”. Agrega en seguida que esta solución la tiene por incriticable y puede ser necesaria para otros sucesivos efectos civiles, no para los criminales (1). La Corte de casación de Francia ha llevado la independendencia absoluta de las dos jurisdicciones que pueden intervenir en la quiebra, hasta

(1) *Programma*, § 3415.

establecer que la jurisdicción penal puede iniciar la persecución de quiebra, no solamente cuando no hay declaración de quiebra sino también cuando el tribunal de comercio ha declarado que el comerciante no se encuentra en estado de quiebra (1).

810. Tal es la solución de la doctrina general y de la jurisprudencia extranjera. ¿Hay en nuestro derecho la disposición formal que haga depender la acción contra el quebrado, de la declaración prejudicial de la quiebra? Se tiene por tal el artículo 1104 del Código Civil: pero sólo con un examen superficial de la cuestión ha podido tenersele por decisivo. Debe examinarse en primer término si conforme al texto de dicho artículo, la declaración de quiebra es prejudicial á la decisión ó á la acción. Ciertamente es que en la primera parte del artículo se dice: "si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil"; pero esta primera parte no armoniza con la continuación: "no habrá *condenación* en juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada". Esta segunda parte demuestra contra la primera que el artículo entiende hablar de cuestiones prejudiciales á la decisión. Para terminar, el artículo 1104 declara como únicas cuestiones prejudiciales: 1ª las que versaren sobre validez ó nulidad de los matrimonios; 2ª las que versaren sobre *calificación* de las quiebras de los comerciantes. En resúmen, lo que la ley manda claramente es que no haya *condenación* por quiebra, si no hay sentencia civil sobre *calificación*.

(1) DALLOZ, 1857, tomo 1º, página 180.



**811.** Tal como resulta de estos términos, esta disposición es originalísima del Código Civil. Discútese por la doctrina si la *declaración* de la quiebra es prejudicial al ejercicio de la acción penal; pero no se discute si debe ser prejudicial á la condenación, la calificación, porque entonces la jurisdicción criminal, privada de estatuir sobre la calificación del delito, no tendría otra función que la de señalar la pena, sin pronunciarse sobre la infracción (1). Más adelante se verá que esto es insostenible; pero la solución de la Cámara va más lejos, al reconocer como terminantemente dispuesto, no ya que no pueda *condenarse* al quebrado si no hay *calificación* prejudicial de la quiebra, conforme á los términos del artículo 1104 sino que no puede iniciarse la acción antes que se haya pronunciado aquella calificación.

**812.** Si se quisiera un argumento más para demostrar que el Código Civil no ha entendido referirse á la cuestión prejudicial *á la acción*, sino á la prejudicial *á la decisión*, bastaría proponer la cuestión con referencia al primero de los casos del artículo 1104, el de que es cuestión prejudicial la que versa sobre validez ó nulidad de matrimonios. En el delito de bigamia es condición esencial que exista un precedente matrimonio *válido*. ¿Se ha oído decir alguna vez que no pueda instaurarse la acción pública por el delito de bigamia, sino cuando el tribunal civil se haya pronunciado irrevocablemente sobre la validez del primer matrimonio? No; la cuestión

(1) El texto de Freitas que se tiene por concordante de nuestro artículo declara cuestión prejudicial la que versa *sobre quiebras*, es decir, sobre la existencia del hecho de la quiebra, ó su declaración; no sobre la calificación.

de validez ó nulidad del primer matrimonio, si debe ser cuestión prejudicial, lo es eminentemente á *la decisión*; jamás *al ejercicio de la acción*. Ni el Fiscal de las Cámaras ni la Cámara de Apelaciones de la Capital podrían dudar sobre esto. Y, ¿qué razón, siquiera aparente, habría para que de las dos cuestiones prejudiciales enumeradas en el artículo 1104, debiera entenderse que la primera es prejudicial á *la decisión* y la segunda á *la acción*?

813. Pero hay razones, á mi juicio, más poderosas aún, que demuestran la inaplicabilidad del artículo 1104 al caso en cuestión. El capítulo á que este artículo corresponde, determina las reglas relativas al *ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos*, y en consecuencia á la influencia respectiva de la acción criminal sobre la civil y vice-versa. Tanto cuando lo criminal importa una cuestión prejudicial á la decisión en lo civil (artículos 1101, 1102 y 1103) como cuando lo civil es prejudicial á la decisión en lo criminal (artículo 1104), es la influencia de la *cosa juzgada* en una jurisdicción sobre la acción pendiente ante la otra lo que se trata de reglamentar. Ahora bien; el artículo 1104 quiere que no haya condenación en juicio criminal sobre quiebras mientras la *calificación* por el tribunal de comercio no haya pasado en cosa juzgada. El Código Civil, como ley común, declaró una regla relativa á la indemnización de daños causados por delitos; pero es evidente que esta prescripción general, dictada con prescindencia de lo que dispongan el Código de Comercio y el Código Penal, no podrá aplicarse en cuanto sea incompatible con las leyes especiales, que rigen cada

una en la materia que le es propia. Según estas leyes especiales, la calificación en lo comercial ¿tiene para lo penal la autoridad de la cosa juzgada?

814. Podría fundar con argumentos propios la negativa absoluta en esta cuestión, pero prefiero hacerlo con la jurisprudencia de la misma Cámara de Apelaciones de la Capital.

“ Siendo independientes la jurisdicción criminal y la comercial, decía una sentencia del doctor Aguirre, puesto que son regidas por leyes que se diferencian notablemente, desde la materia de que se ocupan hasta los intereses ó relaciones que afectan, la una no puede hacer lo que la otra, y aún cuando exista alguna analogía en los términos de que se sirven para apreciar los hechos sometidos á juicio, la verdad es que tal apreciación reviste un carácter completamente distinto bajo el punto de vista de su alcance jurídico. Es por eso que el código de comercio establece en el artículo 1596 que los *efectos civiles* de la calificación de la quiebra hecha por el Tribunal de Comercio, no sufrirán modificación, cualquiera que fuese el resultado del juicio criminal, y que el código penal (el de Tejedor) sólo admite como *bastante sumario* la calificación de la quiebra hecha conforme al código de comercio, lo que importa decir que uno y otro código prevén el caso de sentencias con alcance legal igualmente diverso.”

El doctor Cortés dijo en su vista fiscal: “Al estudiar esta causa el Fiscal se ha propuesto desde luego, como cuestión prévia, si la quiebra para ser clasificada de fraudulenta debía considerarse de igual manera en lo criminal que en lo mercantil á los efectos que determina el

código de la materia, y si la existencia de cualquiera de las causas que según éste bastan para considerar fraudulenta la quiebra debieran también hacerla clasificar de tal en el juicio criminal. Desde luego, encontramos declarado que el juicio de calificación de la quiebra seguido en el tribunal de comercio, viene á servir solamente de sumario en el procedimiento correspondiente al juicio criminal, como también que *el resultado en éste, puede legalmente ser muy diverso del que hubiere tenido en lo mercantil*. Esto consiste no sólo en que en el juicio criminal debe existir completa libertad en la prueba que haya de producirse por parte del reo, que además puede aumentar la que se hubiese rendido en el tribunal de comercio, sino también en que las causales determinadas en el Código de Comercio para clasificar la quiebra de culpable ó fraudulenta, *no serían por sí suficientes en el juicio criminal á menos de resultar evidenciada la culpa ó el dolo del fallido*". En la Cámara se tuvo en cuenta que "con arreglo al Código Mercantil, hecha la calificación, se ordena que se remitan al Juez del Crimen los antecedentes de la calificación, declarándose en el artículo 1591 que los efectos civiles de la calificación son inflexibles, *sea cual fuere el resultado del juicio criminal*, á lo que debe agregarse que es jurisprudencia de los tribunales la que declara inapelable el auto calificativo de la quiebra dictado por el Juez de Comercio; si, pues, no hay recurso contra el auto, sería la contravención más flagrante contra los principios más elementales del derecho que se estableciera como efecto aparejado de la calificación fraudulenta ó culpable la penalidad fijada por el Código respectivo. También se justifica la negati-

va con sujeción á lo que dispone el Código Civil, según el cual la sentencia civil no pasa en autoridad de cosa juzgada en lo criminal, pues son distintos los objetos que se persiguen en una y otra jurisdicción". Este voto del doctor Barra, fué aceptado por los doctores Ortiz, Bunge y Benites (1). Si la decisión en la cuestión prejudicial debe tener la autoridad de la cosa juzgada, y si la calificación de la quiebra no tiene tal autoridad en lo criminal, ¿con qué lógica puede sostenerse que la calificación de la quiebra deba ser una cuestión prejudicial? El Código Civil ha podido declararlo así en el supuesto de que existiera realmente cosa juzgada en la decisión de un tribunal para la decisión de otro; pero no hubiera ocurrido al eminente jurisconsulto que lo redactó hablar de decisión de cuestión prejudicial que no tenga autoridad de cosa juzgada para el juicio principal, lo que es verdaderamente un contrasentido jurídico.

815. Se ha visto que la calificación hecha por el Tribunal de Comercio no influye en la decisión de la jurisdicción penal. Otra cuestión es esta: los casos en que la ley mercantil vigente aún, declara culpable ó fraudulenta la quiebra ¿impondrán la calificación en lo penal? O en otros términos: el Juez del Crimen, al imponer la pena al quebrado *fraudulento* ó *culpable* ¿deberá atenerse exclusivamente á lo que el Código de Comercio entiende por aquellas calificaciones? La Cámara de Apelaciones de la Capital en la sentencia citada en el número precedente, entiende que "sólo son punibles los quebrados cuando los antecedentes que hayan determina-

(1) *Jurisprudencia criminal y comercial*, tomo 6°, página 358.

do su calificación de culpable ó fraudulenta, *entran de lleno en el dominio de la ley penal*". El juez de primera instancia se había pronunciado ya en el mismo sentido: "en el juicio criminal débese investigar y juzgar únicamente respecto de la culpabilidad ó inculpabilidad de los actos que precedieron á la insolvencia, *sin que por esto pueda decirse con propiedad que se califica la quiebra con arreglo á las leyes comerciales para aplicar en seguida la pena del derecho criminal*"; y en cuanto á la vista del doctor Cortés, ya se ha observado que decía que "las causales determinadas en el Código de Comercio para clasificar respectivamente la quiebra de culpable ó fraudulenta, *no serían por sí suficientes en el juicio criminal, á menos de resultar evidenciada la culpa ó el dolo del fallido*". Esta conclusión no está desprovista de fundamento por más que no pueda en manera alguna considerársela indiscutible. La imposición de penas está subordinada, independientemente del hecho material constitutivo del delito, ó además de él, á las circunstancias que determinan la responsabilidad criminal, con respecto á la intención del agente. Muchas de las circunstancias que en la ley mercantil bastan para la calificación de la quiebra, lo son de hecho ó puramente materiales. Aun admitiendo que las calificaciones de la ley comercial deban considerarse como definiciones de delitos, me parece imposible desconocer que no presentarían sino uno de los elementos del hecho punible, el elemento material. Suponiendo que esas mismas definiciones estuvieran escritas en el Código Penal, es evidente que el castigo por la quiebra fraudulenta no procedería si en algún caso se demostrase la ausencia de toda intención

dolosa, y no procedería el de la quiebra culpable si apareciera no haber subjetivamente culpa ó imprudencia, según la ley penal. Púedese, sin embargo, argumentar contra esta conclusión que, por la especialidad de la materia, importaría una derogación de las reglas generales de lo penal todo cuanto pudiera encontrarse en ellas en oposición con las de la ley mercantil: que la identidad de denominaciones adoptadas por el Código Penal y el Comercial, denotan la referencia á un hecho único que el primero no ha definido porque ya lo estaba en el segundo: en suma, que aunque el Código Penal no haga referencia alguna al de Comercio, debe entenderse que la pena se impondrá en los casos previstos en éste, como expresamente lo consignan las leyes francesa, belga, española, etc.

**816.** Esta cuestión se ha simplificado con la reforma del Código de Comercio, en que se ha suprimido la calificación de la quiebra. El nuevo código se limita á determinar los hechos que pueden constituir *indicios* de culpa ó de fraude (1), y las medidas que deben tomarse en consecuencia de esos indicios.

Con arreglo á la nueva ley de comercio, el juicio de calificación ha desaparecido como tal, pero se ha consignado otras disposiciones relacionadas con la materia penal, que conviene examinar.

Al sindico de la quiebra se le impone la obligación de formular un informe detallado sobre las causas de la quiebra, teniendo presente el resultado de los balances, el estado de los libros y la naturaleza de las operacio-

(1) Artículos 1541 y siguientes.

nes llevadas à cabo por el fallido, la índole de las enagenaciones realizadas por él, ocultaciones, simulaciones y demás circunstancias necesarias para inducir la casualidad, culpabilidad y fraude que hayan podido actuar en el estado de quiebra (1).

Si de este informe del síndico resultaren indicios de culpa ó fraude, el Juez mandará remitir un testimonio de la parte pertinente de aquel informe y de los demás antecedentes y justificativos del caso al Juez competente, que lo será el del Crimen. (2)

**817.** ¿Con qué criterio el Juez de Comercio estimará que hay indicios de culpa ó de fraude?

Respecto de la quiebra culpable, el Código de Comercio dispone que se tenga presente los hechos y circunstancias siguientes: 1° si el fallido ha sido declarado nuevamente en quiebra sin haber cumplido las obligaciones de un concordato precedente; entendiéndose para este efecto cumplidas estas obligaciones siempre que el fallido hubiere pagado dividendos que alcanzaren al setenta y cinco por ciento de la deuda total; 2° si ha contraído por cuenta ajena, sin recibir valores equivalentes, compromisos que se juzguen demasiado considerables con relación á la situación que tenía cuando los contrajo; 3° si no se ha presentado en quiebra en el tiempo y en la forma establecidos por la ley; 4° si se ausentase ó no compareciese al tiempo de la de-

(1) Artículo 1442.

(2) *Ib.*, artículo 1541. La remisión de estos antecedentes al juez del crimen, no demuestra la prejudicialidad de la acción, desde que no está mandado de ninguna manera que el Juez del Crimen no pueda proceder sin tener tales antecedentes.

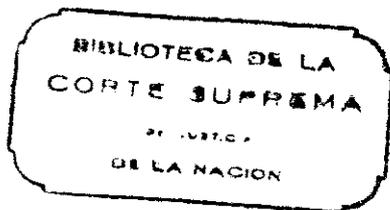
claración de la quiebra ó durante el progreso del juicio; 5° si los gastos personales del fallido ó de su casa se considerasen excesivos con relación á su capital y al número de personas de su familia; 6° si hubiese perdido sumas considerables al juego ó en operaciones de agio ó apuesta; 7° si con el propósito de retardar la quiebra hubiese revendido á pérdida ó por menos del precio corriente efectos que hubiese comprado al fiado en los seis meses anteriores á la declaración de la quiebra, cuyo precio se hallase todavía debiendo; 8° si con el mismo propósito hubiese recurrido en los seis meses anteriores á la declaración, á tomar dinero prestado, descontando su firma ó valiéndose de otros medios ruinosos de procurarse recursos; 9° si después de la cesación de sus pagos hubiese pagado á algún acreedor con perjuicio de los demás; 10° si constase que en el período transcurrido desde el último inventario hasta la declaración de la quiebra hubo época en que el fallido estuviese en débito por sus obligaciones directas de una cantidad doble del haber que le resultaba según el mismo inventario; 11° si no hubiese llevado con regularidad sus libros en la forma determinada por la ley; 12° si no hubiere cumplido con la obligación de registrar las capitulaciones matrimoniales ú otras obligaciones de propiedad de la mujer.

En estos casos lo que la nueva ley hace no es declarar de pleno derecho culpable la quiebra producida, sino suministrar un criterio al que concurrirán también otros elementos, tales como la conducta del fallido en el cumplimiento de ciertas obligaciones impuestas por la ley, el resultado de los balances que se formen de su

situación mercantil, el estado en que se encuentren los libros de su giro; la relación que haya presentado sobre las causas de la quiebra y lo que resulte de los libros, documentos y papeles sobre el origen de aquélla y las demás circunstancias que resulten de las pruebas que se produzcan al efecto (1).

**818.** Atendiendo á estas mismas circunstancias generales, la quiebra se *reputará* fraudulenta en los casos siguientes: 1º si se descubriese que el fallido ha supuesto gastos ó pérdidas, ó no justificare la salida ó existencia del activo de su último inventario y del dinero ó valores de cualquier género que hubiesen entrado posteriormente en su poder; 2º si ocultase en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, efectos ú otra cualquier clase de bienes ó derechos; 3º si hubiere contraído deudas ficticias, otorgado escrituras simuladas ó se hubiere constituido deudor sin causa, ya sea por escritura pública ó privada; 4º si verificare enagenaciones simuladas de cualquier clase que sean; 5º si hubiese consumido y aplicado á sus negocios propios, fondos ó efectos que le hubieren sido confiados en depósito, mandato ó comisión, sin autorización del depositante, mandante ó comitente; 6º si hubiese comprado bienes de cualquier clase en nombre de tercera persona; 7º si después de haberse hecho la declaración de quiebra hubiese percibido y aplicado á sus usos personales, dinero, efectos ó créditos de la masa, ó por cualquier medio hubiese distraído de ésta alguna de sus pertenencias; 8º si no hubiese llevado los libros que indispensablemente debe

(1) Artículo 1551.



tener todo comerciante, los hubiere ocultado ó los presentase truncados ó falsificados (1).

**819.** Conviene advertir que la concurrencia de cualquiera ó de varias de las circunstancias expresadas bastará para que se tenga por existente la presunción legal del fraude, presunción que no podrá valer contra lo que resulte de la prueba sobre la intención en cada uno de aquellos casos. De otra manera ni tendría objeto la reforma del texto legal, que dice *se reputará fraudulenta*, donde antes decía *es fraudulenta*, ni valdría la expresa sujeción del artículo 1547 al 1551.

**820.** La misma ley *considera* cómplices de quiebra fraudulenta: 1º á los que se hubieren confabulado con el fallido haciendo aparecer créditos falsos ó alterando los verdaderos en cantidades ó fechas; 2º á los que de cualquier modo hubiesen cooperado para la ocultación ó sustracción de bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes ó después de la declaración de quiebra; 3º á los que ocultaren ó rehusaren entregar al síndico, bienes, créditos ó títulos que tengan del fallido; 4º á los que después de publicada la declaración de quiebra admitieren cesiones ó endosos particulares del fallido; 5º á los acreedores, aunque sean legítimos que hicieren conciertos con el fallido en perjuicio de la masa, y 6º á los corredores que interviniesen en cualquiera operación mercantil del fallido después de declarada la quiebra (1).

**821.** Todo lo que la ley comercial consigna en los artículos que dejo expuestos no importa calificaciones penales ó definiciones del delito.

(1) Artículo 1546.

(2) Artículo 1547.

Así aparece del texto mismo de la ley y de la forma de redacción adoptada. Es también en este sentido que debe entenderse las siguientes palabras del informe de la Comisión: "Hemos dejado, de la ley vigente, todas las disposiciones relativas á los caracteres que la quiebra puede revestir para dar al Juez de Comercio los elementos necesarios á inducir la existencia de la culpa ó fraude y al Juez del Crimen *las bases que han de servir de fundamento* á su fallo en la calificación del delito, ya que estos delitos no existen con la amplitud necesaria en la legislación penal". Estas *bases* son para lo penal verdaderas presunciones *juris*, que autorizarán el procedimiento criminal, pero que no bastarán contra lo que de la prueba de la causa aparezca sobre inculpabilidad del procesado.

822. Excepcionalmente la ley no ha sufrido modificación alguna en lo referente á las quiebras de los corredores, que "se reputarán siempre fraudulentas, *sin admitirse excepción en contrario*, siempre que se justifique que el corredor hizo por su cuenta, en nombre propio ó ajeno, alguna operación mercantil, ó que se constituyó garante de las operaciones en que intervino como corredor, aún cuando la quiebra no proceda de esas causas". Las quiebras de los corredores tienen que ser miradas con especial severidad por estarles prohibido el ejercicio del comercio. Los corredores que ejercen el comercio se encuentran en estado de infracción á la ley mercantil; y es indudable que aun dentro de las reglas del derecho penal, su quiebra importará siempre una culpa grave, de conformidad á la disposición del inciso 4º del artículo 16. La sujeción de la ley penal á la calificación de

fraudulenta que el Código de Comercio impone á la quiebra de los corredores, podrá en algunos casos presentar esta particularidad : una quiebra *fraudulenta, sin fraude*. La dificultad subsiste, pues, á este respecto en los mismos términos en que la he enunciado en el número 815. Si la ley comercial ha entendido crear una presunción *juris et de jure*, queda por decidir si esta presunción tiene tal carácter sólo á los efectos puramente civiles, ó si vale aún para los penales.

823. Para la solución afirmativa de la cuestión planteada en el número precedente median consideraciones que la autorizan por vía de excepción, en presencia de la nueva ley mercantil. Esta no dice refiriéndose á la quiebra en general, que deba ser de pleno derecho culpable ó fraudulenta, cuando medien tales ó cuales circunstancias de hecho : establece indicios ó presunciones *juris* que podrán quedar sin efecto según las pruebas en contrario que aparezcan en el juicio definitivo que se siga para la imposición de la pena. Respecto á la quiebra de los corredores, conserva una calificación, con la misma fórmula de *sin admitir excepción en contrario*. Esta excepción que á la vez justifica aquella regla, demuestra que en el artículo en cuestión el Juez del Crimen tiene algo más que una *base* para el fundamento de su fallo ; puesto que es la definición de un delito. Puede censurarse, en este punto, la ley que crea una presunción *juris et de jure* en el derecho penal totalmente incompatible con los principios que rigen la responsabilidad criminal.

824. El artículo 200 impone pena de uno á tres años al deudor que maliciosamente niegue la deuda, al que se

alce con sus bienes, los oculte maliciosamente ó simule créditos en fraude de sus acreedores, y al deudor ó fiador que al contraer sus respectivas obligaciones presenten como bienes responsables los que no pueden ser gravados, ú oculten ó callen sus gravámenes. Si las deudas no llegan á quinientos pesos la pena es de arresto por tres meses á un año.

**825.** Estas disposiciones se refieren á hechos cuya inculpación sólo puede fundarse en la circunstancia de ser dirigidos á *defraudar*. Su verdadera colocación estaría, pues, en el capítulo *de las estafas y otras defraudaciones*.

## CAPÍTULO XXIII

### DE LAS ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES

(Artículos 202 á 207)

826. Consideraciones generales. — 827. Dificultad para determinar todos los medios de apropiación de lo ajeno. — 828. Doctrina del dolo civil y dolo criminal; su exámen. — 829. Cómo puede omitirse toda distinción. — 830. Elementos del dolo según el Código Civil. — 831. No puede asegurarse que sean los mismos que la ley penal entiende reprimir. — 832. La defraudación es género de delito; la estafa una especie. — 833. Disposiciones legales sobre la estafa. — 833. Observación sobre la redacción del artículo 202. — 835. Elemento material de la estafa. — 836. El nombre supuesto, la calidad simulada y el falso título pueden constituir á la vez falsedad. — 837. Apariencia de bienes, crédito, negociación, etc.—838. Diversas formas de defraudación enumeradas en el artículo 203. — 839. Su carácter común. — 840. Casos caracterizados por el abuso de confianza. — 841. Delito de los que niegan haber recibido, se apropian ó distraen dinero ó efectos confiados en comisión, etc. — 842. Interpretación del código español sobre este punto. — 843. Diferencia con nuestro texto. — 844. Circunstancia esencial á la existencia de aquél delito. — 845. Cuando se entenderá que hay defraudación en él. — 846. Distinción importante. — 847. Abuso de firma en blanco. — 848. Sus

elementos: abuso de firma: — 849. Entrega de la firma en blanco. Qué se entiende por tal. — 850. Su analogía con la adulteración de un documento — 851. La defraudación es esencial. — 852. Negativa á restituir la cosa ajena, que se hallare perdida. — 853. Fraude en escritura pública y abuso de confianza. — 854. Sustracción de la cosa propia legítimamente en poder de otro. — 855. Criterio adoptado para la penalidad. — 856. Delito del que vende como libres bienes litigiosos. Error notable del texto del Código. — 857. Abuso de debilidades de un menor. — 858. Motivos de esta incriminación en la legislación extranjera. — 859. No existen en nuestra legislación. — 860. Análcgas observaciones sobre el abuso en contrato con un menor. — 861. Fraude en las subastas públicas. — 862. Venta del objeto recibido en prenda.

826. El ánimo del lucro es uno de los más poderosos estímulos de la actividad humana, y por él podría explicarse el enorme desarrollo de las industrias y del comercio en las épocas de civilización y de cultura que alcanzamos. El hombre siente la necesidad de ser previsior, de resguardarse contra las inclemencias de la miseria, de procurar al núcleo social que constituye la familia y á su descendencia la seguridad que nace de la posesión cuantiosa de bienes. Pero no se limita á este propósito su tendencia á la ganancia, que si tal hiciera, la economía, el ahorro, sería su condición característica y su modo de ser más común. En la época actual y en el medio en que vivimos, ni es común el ahorro, ni se tiene solamente en mira la previsión de lo futuro. Nuevas costumbres, nuevos hábitos, nuevos gustos, numerosas invenciones de la industria, crean nuevas necesidades cuya propagación se extiende merced á la vanidad de que no sólo está poseído el cuervo de la fá-

bula, sino que es condición inherente á la naturaleza humana.

La satisfacción de tantas necesidades ficticias estimula y acrecienta la avidez del lucro, á extremos en que no basta en general el producto del trabajo paciente y moderado, produciéndose en la sociedad una fiebre desordenada de ganancias que llega á perturbar profundamente la economía general del Estado. La noción de la pureza de los medios para alcanzar el fin propuesto se confunde, y sólo esforzando el pensamiento para mirar de lo alto lo que rastrea la tierra, es que puede verse claramente y distinguir con toda precisión el límite en que una especulación deja de llamarse negocio, comercio, para tomar el nombre de estafa ó defraudación. En el torbellino de esta vida de especulación, especialmente en las grandes ciudades, no es posible ya exigir de los hombres que en cada caso levanten su espíritu para aclarar perfectamente la índole moral del acto civil ó comercial en que intervienen. Es en consecuencia de este hecho social que los casos de incriminación de la estafa son poco frecuentes no obstante ser limitado el número de los actos que resistirían á un severo análisis moral. No hay procesos por las grandes defraudaciones, no obstante que se produzcan alteraciones profundas en el precio de los títulos de crédito de las sociedades anónimas y todos conozcan y sepan que con la ruina de muchos se ha labrado la fortuna de unos pocos; no hay procesos por maquinaciones que alteren el precio de las cosas, aunque para forjarlas se recurra á los medios más inmorales. La grande estafa, la grande defraudación, está fuera del alcance de la justicia, salvo en algún caso

extraordinariamente raro en que haya sido víctima uno solo ó pocos, con medios para obtener el resarcimiento. La estafa punible viene á ser, pues, por virtud de la costumbre, la que comete el miserable sin posición social, sin profesión lícita conocida, que se vale de un ardid cualquiera para obtener los recursos con que subvenir á las más premiosas necesidades. Las demás, ó se sustraen totalmente á la acción de la justicia, ó los damnificados procuran solamente la indemnización por los medios civiles.

**827.** Las formas que puede asumir el medio de obtener un lucro ilícito han sido en todo tiempo tan variadas que con la más completa razón dijo el sabio legislador de las Partidas que no podría el hombre contar de cuantas maneras hacen los hombres engaños los unos á los otros, por lo que se limitó á poner algunos ejemplos que sirvieran á los jueces para conocerlos (1). Hoy como entonces, es imposible determinar á qué astucias recurre el ingenio del hombre para obtener la apropiación de lo ajeno, sin la violencia que caracteriza el robo, y la mera falta de voluntad del poseedor, que puede ser condición del hurto.

**828.** Pero no solamente se preocupa la doctrina de distinguir este delito de sus congéneres los demás atentados contra la propiedad inspirados por ánimo de lucro, sino que se detiene á determinar una distinción entre ciertos actos de defraudación que no deben tener otra sanción que la de las leyes civiles, y los actos de defraudación que pueden fundar una imputación penal.

(1) Ley 7ª, título 16, Partida 7ª.

Chauveau y Hélie distinguen dos especies de dolo á que denominan el *dolo civil* y el *dolo criminal*, comprendiendo en el primero en general todas las astucias y todos los artificios que por vituperables que sean, son empleados, sin embargo, menos con el propósito de perjudicar á otro que con el designio de servir los propios intereses. "Es en esta clase, dicen, que debe colocarse los actos simplemente engañosos, la simulación en los contratos, la exageración en el precio ó en las calidades de la cosa vendida. La ley penal no alcanza á esta especie de dolo, no obstante su inmoralidad, no solamente porque es fácil defenderse de él, sino porque toda tentativa de represión perjudicaría la seguridad de las convenciones. El dolo criminal no se manifiesta simplemente por la simulación y la astucia; emplea maniobras culpables, tiende lazos, trata de rodear, de engañar; no tiene sino un fin: perjudicar los intereses de otro" (1). Pero, en mi opinión, esta distinción no tiene en vista sino un criterio de grado en la gravedad del dolo, ó no entendemos referirnos á la misma cosa al hablar de *dolo civil*. Hay dolo según los civilistas, en toda especie de artificio de que alguien se sirva para engañar á otro. El dolo vicia el consentimiento y anula la convención cuando las maniobras practicadas por una de las partes son tales que es evidente que sin estas maniobras, la otra parte no hubiera contratado. Todo esto, como observa Laurent, es muy indeterminado, pues queda siempre como cuestión de conciencia precisar cuándo existe aquella evidencia (1). Pero, resuelta esta cuestión de hecho, existirá ó

(1) *Théorie du code pénal*, número 1191.

(2) LAURENT, *Principes de droit civil*, tomo 15, página 599.

nó el dolo que vicia el consentimiento. ¿Deberá llamarse *dolo civil* al que no vicia el consentimiento? No hay por que calificarlo. Un hecho sin consecuencias jurídicas es indiferente fuera de las especulaciones de la moral, cuyo limite es distinto de las del derecho. El engaño que basta para viciar el consentimiento y anular el contrato, constituye un fraude que no puede distinguirse del fraude incriminado.

829. Se dirá que hay peligro en imputar como delito todo fraude previsto por la ley civil. Habría peligro, en efecto, en declarar fraudulento todo engaño; pero lo mismo lo habría para los efectos civiles que para los penales. Si el más pequeño engaño, la más simple disimulación de lo verdadero, fuera causa suficiente para anular un acto jurídico, sería totalmente imposible dar estabilidad á las convenciones. La ley civil debe cerrar los ojos ante los pequeños engaños ó exageraciones que son indispensables á la contratación, especialmente á la mercantil. ¿Qué sería del comercio si no fuera lícito ponderar las buenas condiciones de la cosa que se vende ó se alquila, sin pasar los límites en que la exageración del vendedor se equilibra racionalmente con la prevención del comprador? ¿Acaso no pueden tener aquellos muchas veces por objeto quitar al segundo una desconfianza infundada? No hay, pues, peligro en identificar el dolo civil al dolo criminal, cuando se coloca uno y otro en términos racionalmente justos y verdaderos.

830. Según nuestra ley civil, es nulo el acto jurídico practicado con los vicios de dolo, simulación ó fraude, y define la acción dolosa, en general, "toda aserción de lo que es falso ó disimulación de lo verdadero: cualquier

artificio, astucia ó maquinación". Pero, para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto, requiere la reunión de las cuatro circunstancias siguientes: 1ª que el dolo haya sido grave; 2ª que haya sido causa determinante de la acción; 3ª que haya ocasionado un daño importante, y 4ª que no haya habido dolo por ambas partes. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia ú ocultación dolosa. Si el dolo, acción ú omisión, no fué causa eficiente del contrato no afectará la validez del acto (1). Es, en mi opinión, con estas mismas condiciones enunciadas por la ley civil, que podría surgir la imputabilidad penal.

**831.** Pero de que se haya tenido el propósito de referirse en la ley penal al mismo hecho que motiva la disposición del Código Civil, no tengo seguridad suficiente que me autorice á una afirmación. Aunque el Código Penal castiga la defraudación por cualquier ardid ó engaño, no lo hace por una definición general, sino enumerando diversas formas y medios de cometer la defraudación. Otra cosa creo que podría afirmarse si hubiera usado términos tan generales como los que emplea el código italiano: cualquiera que con artificios ó rodeos propios para engañar la buena fé de otros, se procura á sí mismo un injusto provecho en perjuicio ajeno, será castigado con reclusión, etc. (2).

**832.** Para nuestro Código, la defraudación es un género de delitos de que la estafa es una especie particular. Otro tanto ocurría en el código Tejedor, y convendrá te-

(1) Artículos 954, 931, 932, 933 y 934 del Código Civil.

(2) Artículo 413.

ner presente esta observación para la aplicación de la doctrina extranjera á los casos que se produzcan bajo nuestra ley. "Nuestro Código Penal, decía un juez de la Cámara de Apelaciones de la Capital, no ha encontrado en la estafa, el abuso de confianza y demás defraudaciones, sino formas diferentes de una sola infracción, la cual consiste siempre en la apropiación de lo ajeno por medio del fraude, esto es, de la defraudación, ya sea que este fraude se sirva de arterías ó maniobras capaces de ofuscar la más fina y atenta sagacidad, ya consista en una mera superchería de que sólo pudiera ser víctima un cretino; quizás porque la ley, que debe protección á todas las personas, la debe más especialmente á los más débiles de cuerpo ó de espíritu y porque la astucia no es tal si no se le pone en relación con los alcances intelectuales de la víctima. La estafa y el abuso de confianza suponen una posesión legítima inicial, y la infracción penal versa directa ó indirectamente sobre la propiedad, invirtiendo el título con que se poseía: mientras en el fraude hay una extorsión moral, se hace violencia sobre la voluntad por medio del dolo para obtener simultáneamente la posesión y la propiedad. Pero estas infracciones difieren poco en el fondo y en sus resultados. Son manifestaciones de un mismo agente ó impulsión: el fraude con un único objetivo, desapropiación, sin violencia, en beneficio propio; razón por la cual todos los Códigos le imponen la misma penalidad" (1). Estas conclusiones son exactísimas y tienen su más completa confirmación en la forma en que ha sido redactada la ley.

(1) Voto del Dr. Benites en la causa de Jorge Stump, *Jurisprudencia criminal y comercial*, tomo 4º, página 399.

833. Entrando ahora al examen particular de las disposiciones del capítulo del Código Penal que son materia del presente, creo en primer término que la calificación especial de estafa, que hace la ley, se refiere á los casos legislados por el artículo 202, aunque en él no se haya empleado aquella palabra. Por su disposición se impone castigo á todo el que con nombre supuesto, calidad simulada, influencia mentida ó falsos títulos defraude á otro, aparentando bienes, créditos, comisión, empresa, negociación, ó valiéndose para el efecto de cualquier otro ardid ó engaño.

834. Es de advertir que así en el código español de 1850 como en el de 1870, con las mismas palabras que usa nuestro artículo, mejor ordenadas, se ha dado una redacción más correcta. Se comprende que tanto el uso de un nombre supuesto ó de una calidad simulada, como la apariencia de bienes que no se tiene, son meros ejemplos de ardidés ó engaños que pueden servir de medio para una defraudación. Han debido, pues, todos ellos, preceder ó seguir á la idea de defraudación enunciada en el período, y no estar divididos por ella de modo que con el uso del gerundio *aparentando*, que indica un modo de ser de alguna de las circunstancias anteriores, resulte que la apariencia de bienes ó créditos por medio de la cual se defraude á otro, no constituya estafa si á la vez no se ha empleado calidad simulada, nombre supuesto ó falsos títulos. La redacción sería más correcta diciendo: todo el que defraude á otro empleando nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos ó influencia mentida, ó aparentando bienes; ó la equivalente del artículo 327 del proyecto Villegas, Ugarriza y García.

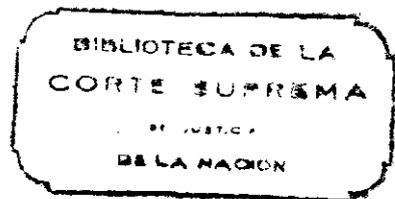
835. En el artículo citado se contiene la enumeración de los medios por los cuales se puede cometer la estafa. El elemento material del delito aparece expresado por las palabras *defraude á otros*. Corresponden aquí las mismas observaciones enunciadas con motivo de la determinación del momento consumativo del robo ó del hurto. La defraudación de la estafa queda consumada desde el momento en que se opera la tradición material de la cosa; pues, para la imputabilidad no debe atenderse á que el delincuente haya logrado el propósito de la adquisición definitiva. En la especialidad de las estafas y defraudaciones puede ocurrir que el delincuente se proponga obtener un título á la adquisición de la cosa. La entrega del título translativo ú obligatorio perfecciona en ese caso el delito. Así, ha sido juzgado en Bélgica que comete delito consumado de estafa el que titulándose falsamente destinatario de mercaderías y empleando maniobras fraudulentas, se hace entregar el *conocimiento* de esas mercaderías, en atención, decía la Corte de casación, á que siendo el conocimiento, para el tenedor, un título á la entrega y á la posesión de las mercaderías á que se refiere, su entrega y la de las mercaderías en sí mismas son dos hechos que se identifican (1).

836. Las primeras circunstancias enunciadas como medios de perpetrar una estafa, son el nombre supuesto, la calidad simulada ó el falso título. Estos hechos pueden á la vez entrar bajo la definición de la falsedad en general, y ello resulta manifiesto de los términos del artículo 293 que prevé la falsedad que se cometa supo-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 4º, página 372.

niendo, alterando ú ocultando maliciosamente la verdad, y con perjuicio de tercero, por palabras, escritos ó hechos, usurpando nombre, calidad ó empleo que no le corresponda. En el derecho francés se distingue el crimen de falsedad del de estafa por los medios enunciados, cuando el nombre supuesto ó la calidad simulada se ha usado por escrito, considerando procedente la calificación de falsedad cuando el acto en que está consignada puede producir una obligación cualquiera y causar perjuicio á otro, ó cuando el acto está destinado á constatar los hechos consignados en él. Se considera que sólo constituye un medio de estafa el acto que no encierra ni obligación ni descargo ni convención, ni disposición de cualquier otra naturaleza que pueda herir á terceros, y que por sí mismo carece de valor para constatar los hechos enunciados (1). Si se atiende á la redacción de nuestro artículo 293 que he citado, se verá que es condición esencial de la calificación de estafa que el delito se cometa con perjuicio de tercero. Siendo ese perjuicio de tercero un requisito indispensable de la falsedad, la falsa afirmación y el lucro obtenido por ella constituyen un delito único é indivisible, y no la concurrencia de dos delitos diversos, uno de estafa y otro de falsedad. Esta doctrina fué definitivamente establecida en la jurisprudencia española por sentencia del Tribunal Supremo. En una causa en que resultaba probado que el acusado fingió la letra y firma de una tercera persona, suponiendo una carta orden para que por cuenta de ésta se le

(1) NYPELS, *obra citada*, tomo 3º, página 375; CHAUVEAU Y HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 2196.



pagase una cantidad, lo que se realizó á la presentación de dicha orden, la Audiencia de Barcelona declaró que el hecho ejecutado constituía á la vez el delito de falsedad de documento privado y el de estafa; pero el Tribunal Supremo casó la sentencia declarando que, según la definición legal, para la falsificación de un documento privado constituye un requisito indispensable el que se haya ejecutado con perjuicio de tercero, y por consiguiente el daño y lucro que provengan por este medio están íntimamente unidos con la falsedad de la que son inseparables, formando un mismo y único hecho penable, el de falsedad, y no un delito de falsedad cometido como medio de un delito de estafa. Viada agrega que con esta resolución se ha puesto término á la jurisprudencia de antiguo admitida de considerar dos delitos allí donde en realidad no hay más que uno solo, pues que la defraudación ó perjuicio constitutivos de la estafa los ha tenido ya presente el legislador al describir y penar el delito de falsedad (1).

837. La apariencia de bienes, créditos, comisión, empresa, negociación ó empleo de cualquier otro ardid ó engaño, que constituye la segunda parte de la enumeración del artículo 202, es lo que en derecho francés se conoce con la designación de *maniobras fraudulentas*, términos menos precisos que nuestra enumeración. La doctrina ha interpretado que *las maniobras* son los medios empleados para sorprender la confianza de un tercero, que esta expresión supone cierta combinación de hechos, una maquinación preparada con mayor ó me-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, página 751.

nor habilidad, una trama urdida con más ó menos arte; y que las palabras artificiosas, las alegaciones mentidas, las promesas aisladas de todo hecho exterior, no constituyen *maniobras*, siendo, pues, necesario un acto cualquiera destinado á apoyarlas y darles crédito (1). Creo que el mismo alcance debe darse al término *aparentando* de nuestra ley, que indica dar apariencias, poner de manifiesto un hecho cualquiera que puede inducir la idea de que efectivamente tendrá tal ó cual consecuencia.

838. Se ha visto ya que de los elementos que enuncia el artículo 202 como constitutivos de la estafa resulta que ésta es sólo un género de defraudación.

Si se revisa los catorce incisos del artículo 203 se verá que enumera otras tantas maneras de defraudación, con excepción de los casos enunciados en los incisos 6, 9 y 11 de que hablaré después. Cometén delito los que *defraudan* en la sustancia, calidad ó cantidad de las cosas que se les entreguen en virtud de un título obligatorio; los plateros, joyeros ó prenderos que *defraudan* alterando la calidad, ley ó peso de los metales en las obras que vendiesen ó se les hubiese confiado, ó cambiando los diamantes ú otras piedras preciosas con falsos ó de inferior calidad, ó vendiendo perlas ó piedras falsas por finas; los comerciantes y traficantes que *defraudan* al comprador, vendiendo como de oro, plata ú otro metal fino, objetos que sean de distinta materia ó ley; los que hagan uso de pesas ó medidas falsas; los que *defrauden* con pretexto de supuesta remuneración á los jueces ú otros empleados públicos; los que *defrauden*, haciendo suscribir con engaño

(1) CHAUVEAU Y HÉLIE, *obra citada*, número 2207.

algún documento, los que cometan alguna *defraudación* abusando de firma en blanco, extendiendo algún documento, en perjuicio del mismo que la dió de tercero, los que cometan el *fraude* en escritura pública ó abusando de la confianza que en ellos se hubiese depositado; el que otorgare en perjuicio de otros un contrato simulado ó falsos recibos; los comisionistas que cometiesen *defraudación* alterando en sus cuentas los precios ó las condiciones de los contratos, suponiendo gastos ó exagerando los que hubiesen hecho; los que cometan *defraudación* sustituyendo, ocultando ó mutilando algún proceso, expediente, documento ú otro papel importante.

**839.** Todos estos casos son otros tantos ejemplos de la idea de defraudación en todos ellos enunciada sin estar definida en ninguno, pero cuyos elementos he mencionado al preocuparme de estudiar las distinciones entre el dolo civil y el dolo criminal. En la defraudación hay siempre engaño que produce perjuicio para uno y beneficio para otro.

**840.** La circunstancia del artificio ó engaño no aparece en las disposiciones de los incisos sexto, octavo, noveno y undécimo aunque en el segundo de ellos se haya usado la palabra defraudación. No es por medio del engaño que se cometen los delitos en ellos enunciados, es por el abuso de confianza, por la violación de la *fé* depositada, que llega á cometerse, empleándose ó nó algún artificio tendente á asegurar el aprovechamiento del delito, pero que no es su carácter distintivo. En la legislación francesa y belga estos hechos caen bajo la calificación especial de abusos de confianza.

**841.** La disposición del inciso 5º es de la mayor impor-

tancia. Según ella incurren en las mismas penas de la estafa los que en perjuicio de otros *nieguen haber recibido, ó se apropien ó distraigan* dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que se les hubiese dado en depósito, comisión, administración ú otro título que produzca obligación de entregar ó devolver.

Es fuente de esta disposición el artículo 452 del código español de 1850, redactado en la forma siguiente: los que en perjuicio de otro se apropiaren ó distrajeren dinero, efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión, administración ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla. Esta misma redacción se conserva en el código español de 1870. \*

842. Del empleo de los artículos agregados á los infinitivos *entregar ó devolver*, se argumenta con razón en el mismo código que se trata de entregar ó devolver la misma cosa recibida, no otro tanto de la misma especie y calidad. En consecuencia de este argumento se resuelve, aplicando el código español, que el que niega haber recibido ó no devuelve una cantidad que se le dió en préstamo, no será responsable del delito de que se trata. Viada opina que no viniendo obligado el mutuario á restituir *la cosa que recibió* en virtud del contrato sino á devolver otro tanto del mismo género, no puede ser criminalmente perseguido en virtud de este artículo y número, por su falta de cumplimiento al contrato, ni por el hecho de negar haber recibido la cosa, pues es evidente que en la disposición de aquél sólo están comprendidos aquellos contratos como el depósito, la comisión ó administración y demás que producen la obligación de en-

tregar ó devolver la *misma cosa* que se ha recibido (1). El Tribunal Supremo ha admitido sólo en parte esta interpretación, juzgando que no se comete delito en no devolver la cantidad que se recibió en préstamo, pero que se comete al negarse que se haya recibido, solución que Viada critica severamente por no ajustarse al texto legal (2).

843. Pero, ¿corresponderá la misma solución con nuestro texto? Si toda la argumentación que se hace interpretando el texto del código español, tiene por base el empleo de un artículo determinante que no está en nuestra redacción, no es forzosa la misma conclusión. Basta por nuestro texto que se trate de una obligación de entregar ó devolver la misma cosa ú otra de igual especie ó calidad, puesto que no autoriza la letra ni el espíritu de la ley distinción alguna. Entrego una cantidad de dinero á efecto de que sea administrada en un negocio determinado, bajo contrato en que participo de las utilidades y riesgos de negocio. Un día mi socio me anuncia que ha jugado todo lo suyo y lo mío. Bajo el texto del código español diríamos que no hay delito, porque al entregar yo el dinero para emplearlo en una adminis-

(1) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, en el número 5º del artículo 548.

(2) VIADA lugar citado *Cuestión I*, Suplemento I; mismo artículo y número, *Cuestión I* y Suplemento III, id. *Cuestión V*.—En un caso más importante se juzgó aplicable la disposición de que se trata, al hecho de haber dispuesto un escribano de cantidades que le fueron entregadas para el pago de determinadas costas de un juicio, y no haberlo verificado cuando fué judicialmente requerido.—Véase PANTOJA, *Jurisprudencia criminal*, Apéndice 3º, página 411.

tración determinada, transmiti la propiedad y el uso del dinero, renunciando á que se me devolviera *los mismos billetes ó las mismas monedas*. Pero por nuestro texto es indiferente que yo haya trasmitido ó nó la propiedad del dinero porque me basta tener en mi poder un título que obligue á mi deudor á devolverme la suma que le entrego, no los mismos billetes. Yo he sido efectivamente perjudicado, he sido defraudado, ha sido burlada mi confianza, se ha abusado de mi buena fé, y no es, ciertamente, una acción semejante la que no constituiría delito por nuestra ley, á que aquélla se ajusta manifiestamente.

844. Se podrá alegar que con esta conclusión habría confusión de la materia civil y de la penal, y que se erigiría en delito toda falta de cumplimiento á una obligación de entregar ó devolver. Pero no hay tal peligro. El artículo pertenece al título de las *estafas* y otras *defraudaciones*; esto en primer lugar. En segundo, que la ley emplea en la redacción del inciso estos términos: *los que en perjuicio de otros*, etc. Era ya necesario por el título genérico del delito que hubiera *defraudación*; la disposición especial agrega que los actos que se ejecuten lo sean *con perjuicio de otros*, lo que me parece esencial á la defraudación misma.

845. La dificultad subsistente desde este momento será la de apreciar qué circunstancias constituirían en este caso la defraudación. Hay designio de defraudar, dice Toullier, cuando el deudor conoce el mal estado de sus negocios, sabe que es insolvente y que el acto que se propone va á aumentar su insolvencia, y sin embargo lo ejecuta: hiere, pues, los derechos de su acreedor, sa-

*biéndolo*, y por consiguiente, *queriéndolo* (1). Tal entendimiento de la defraudación no difiere del de los criminalistas Chauveau y Hélie, que se resisten á considerar imputable criminalmente el hecho que puede tener suficiente garantía en el derecho civil, distinguen si el mandatario emplea en su uso personal los dineros que le han sido confiados ó si *se los apropia* en perjuicio de su comitente. En la primera hipótesis encuentran una falta de cumplimiento á la ejecución del contrato, pero no un delito; debe el interés de las sumas de que se ha servido, pero no es pasible de pena alguna. Desde que ningún pensamiento fraudulento puede serle imputado, no es más que un deudor moroso que sólo está obligado á reparar el daño que causa. La solución se hace más dudosa si *después de haber empleado las sumas confiadas, el deudor se hace insolvente, pues es más difícil admitir que lo sea de buena fe*. Por regla general, agregan, se puede decir que el deudor debe *conocer su posición y saber* que empleando en su uso los dineros que le habían sido confiados, los exponía, y *consumaba su verdadera distracción* (2). El fraude, dice Nypels, es la circunstancia que distingue este delito de la inejecución del contrato: la inejecución no da lugar sino á una acción civil; el fraude, únicamente puede motivar la acción correccional. Así, un mandatario á quien se ha entregado fondos para un empleo determinado, cediendo á una necesidad apremiante los utiliza momentáneamente para sí mismo con la firme resolución de cumplir próximamente su mandato. *Si no*

(1) TOULLIER, *Droit civil français*, tomo 3, número 349.

(2) *Théorie du code pénal*, número 2274.

es *insolvente*, si se cree perfectamente en estado de satisfacer las obligaciones del mandato, su acción no es fraudulenta; se le puede reprochar que haya desconocido sus compromisos; pero este olvido momentáneo del contrato no da lugar sino á la acción de daños y perjuicios (1). Boitard piensa que si la insolvencia del mandatario no es debida á causas imprevistas, si pudo pensar que no habia de estar en situación de restituir los valores de que dispuso, si en el momento en que se utilizó de ellos su situación era ya embarazosa, debe deducirse de estas circunstancias ó datos que en aquel mismo momento tuvo intención de apropiarse las cantidades que se le entregaron.

846. La distinción entre el que conoce su solvencia y dispone de la cosa, y la disposición que hace el insolvente, me parece eminentemente racional. Disponer de un depósito de cosa fungible, cuando se está siempre en la posibilidad de restituirla, por condiciones evidentes de solvencia, no es delito, por la falta absoluta de lesión de derecho ajeno; no hay *apropiación* indebida, porque no se apropia de nada el que sustituye cosas fungibles y cumple su obligación con la entrega de cosas de la misma especie y calidad, aunque no sean individualmente las mismas. El insolvente que dispone de lo confiado en depósito, no encontrándose en aptitud de sustituir una cosa por otra, consuma una verdadera apropiación indebida cuando le da un giro distinto del que se tuvo en vista al confiarle el depósito. ¿Puede alegar el insolvente su falta de ánimo en causar perjuicio? Aunque así fue-

(1) NYPELS, *Code pénal interprété*, tomo 3º, página 297.

ra, el delito no está aquí en el *ánimo de causar* perjuicio, sino en el perjuicio efectivamente causado, y que conscientemente causó.

**847.** Constituye otra forma de defraudación sin artificio ni engaño, el abuso de firma en blanco extendiendo algún documento en perjuicio del mismo que la dió ó de tercero.

En el derecho belga el abuso de firma en blanco constituye en todos los casos un delito de falsedad. En el derecho francés se le cuenta entre los abusos de confianza, pero puede constituir, según las circunstancias, un delito de falsedad: y los tribunales españoles, aplicando las disposiciones de su código, análogo al nuestro, han dudado en ciertos casos sobre la calificación procedente al hecho en cuestión. Conviene en consecuencia precisar los caracteres legales del hecho de que se trata.

**848.** El primer elemento material de este delito consiste en el abuso de firma. Es, pues, indispensable que haya habido entrega de una firma con un fin completamente distinto de aquel á que lo aplicó el delincuente. El simple apoderamiento de un documento firmado no constituiría el abuso, porque, según los términos de la misma definición, es necesario que alguien haya entregado el papel en que se contenga la firma. La circunstancia de que pueda causarse perjuicio á *tercero*, que no aparece en el artículo 407 del código penal francés, no cambia la interpretación de nuestro artículo. Es con la firma del que la entrega que podrá causarse el perjuicio al tercero, por ejemplo, si el que dió la firma tenía capacidad legal para obligarlo.

**849.** La segunda circunstancia consiste en que se haya

dado la firma en blanco. En este punto la jurisprudencia española ha llegado á distintas conclusiones de la jurisprudencia francesa, siendo sin embargo idénticas las disposiciones legales. En Francia se entiende por firma en blanco la que ha sido dada como tal y con un mandato cualquiera; y así, en un caso en que un individuo á quien se había entregado una petición firmada, escribió una obligación entre la petición y la firma, se juzgó que la firma cuyo abuso se imputaba al procesado, no le había sido dada en blanco, sino puesta al pié de una petición, y que suprimiendo el cuerpo de esta petición había escrito un vale á la orden en el espacio que quedaba entre la petición y la firma: que esta no era verdaderamente una firma en blanco, puesto que fué dada al pié de un escrito: que suponiendo que dicha firma se considerara en blanco, no había sido dada como tal al acusado puesto que no había llegado á serlo sino por la supresión fraudulenta de la petición: por lo que se calificó de falsedad el delito cometido. La jurisprudencia francesa ha sido aún más rigurosa en la aplicación estricta del texto de la ley. La Corte de casación ha decidido en un caso en que el nombre y apellido de una persona había sido entregado á otra á título de dirección, que había delito de falsedad y no abuso de firma en blanco, porque el nombre y apellido no se había entregado como tal al acusado (1). Idéntico caso al primero de los enunciados fué resuelto de diversa manera por el Tribunal Supremo de España; se juzgó que había abuso de firma en blanco en el hecho del que habiendo obtenido de otro la firma al

(1) CHAUVEAU Y HÉLIE, *Théorie du code pénal*, número 2257.

pié de una solicitud, suprimió el texto de ésta, redactando en el espacio en blanco una obligación del que dió la firma (1). En este caso mediaba la circunstancia de que el delincuente había indicado al perjudicado que dejara espacio para otras firmas anteriores á la suya; pero no me parece que baste esta circunstancia para tener por firma en blanco la que no se dá como tal, sino suscrita al pié de un documento.

**850.** Racionalmente no encuentro que haya una diferencia fundamental y apreciable entre el abuso de firma en blanco con propósito de defraudar y la adulteración de un documento privado hecha con el mismo propósito. Es mi opinión que en todos los casos el fin del delito debe prevalecer para la respectiva imputabilidad, cuando no hiere á la vez intereses de un orden superior. La falsedad en un documento público es un atentado contra un elemento de orden social, y por eso aquellas falsedades en el sistema de nuestro Código están bien colocadas en la segunda sección; pero la falsedad del documento privado no presenta los mismos caracteres; no hay en ella un peligro social sino una lesión de un interés particular, sin más consecuencia sobre el orden público que la que puede tener una estafa cometida por cualquier otro medio. Esta opinión respecto de la ley no alcanza á su interpretación: sobre este particular la del inciso comentado no puede ser otra que la de la jurisprudencia francesa.

**851.** Otra condición de este delito es la de que haya defraudación, es decir que se cause maliciosamente un

(1) VIADA, obra citada, Suplemento primero, página 238.

perjuicio ó se cree la posibilidad de causarlo. Todo acto que no tuviera este último efecto, aun cuando hubiere sido escrito con intención maliciosa, no constituiría un abuso punible. Así, la suposición de una obligación nula, de un billete no exigible, de una convención sin causa, no constituirían la consumación del delito, aún cuando la nulidad del acto fabricado se debiera á la ignorancia del agente; pues si esta suposición presenta aún en este caso una intención criminal, no ofrece ya el hecho material necesario para constituir delito (1). Surgiría con este motivo la cuestión de si había ó no tentativa en razón de la inidoneidad de los medios empleados, cuestión que generalmente se resolvería en sentido negativo, y respecto de la cual he consignado mi opinión en el lugar respectivo.

852. La negativa á restituir la cosa ajena que se hubiera encontrado perdida constituye otra forma de defraudación en que pueden no intervenir artificios ni engaños. Este hecho podría presentar racionalmente, más bien los caracteres generales del hurto que los de una defraudación. El apoderamiento de la cosa ajena que se halla perdida debe cumplirse siempre con ánimo de restituirla á su poseedor legítimo. Pero la mera intervención del lucro para el caso en que el dueño no fuera hallado, si bien puede ser moralmente reprobada, no puede erigirse en delito, puesto que la posesión continua y pública de la cosa puede ser la fuente de un derecho. La posesión con ánimo de lucro no es imputable sino desde el momento en que es conocido el propietario, y

(1) Véase CHAUVEAU et HÉLIE, *obra citada*, numero 2263.

esta falta de simultaneidad en el apoderamiento y en la malicia es lo que distingue esta defraudación del hurto.

853. En el inciso 10 del artículo 203 se contienen en realidad dos disposiciones: sobre fraude en escritura pública y sobre abuso de confianza, en términos generales. El inciso está tomado del proyecto Tejedor, que lo contenía en la misma forma. No se comprende el motivo de esta inclusión, pues el abuso de confianza no podría considerarse concurrente con el fraude en escritura pública, desde que aparecen perfectamente separados por la partícula disyuntiva. Pero conviene tener presente de todas maneras que, por los términos bien generales de aquel inciso, puede ser penada toda defraudación que se haya cometido por medio de cualquier abuso de confianza, no enunciado especialmente en cualquiera de las otras disposiciones legales.

854. En el inciso 11 se prevé la sustracción que cometiera el dueño de una cosa mueble de quien la tuviera legítimamente en su poder. Al tratar de los robos y hurtos he considerado que en estos delitos había en rigor un lesión al derecho posesorio, y este es el que aparece violado en el delito previsto en aquel inciso. Podría así tener éste una conveniente colocación bajo el título de hurto. Pero en el texto del inciso se agrega como condición esencial de la imputación la circunstancia de que se cause perjuicio al poseedor legítimo ó á tercero, circunstancia que no es ya un elemento constitutivo del hurto, pues este se consuma con el simple apoderamiento con ánimo de lucro. Será necesario en todos los casos examinar, para la imputabilidad de que se trata, si se ha causado ó no el perjuicio. Así lo ha entendido en

su respectiva aplicación la jurisprudencia española, con un texto idéntico al nuestro.

**855.** En la penalidad de las estafas y demás defraudaciones, el criterio aceptado por la ley para la determinación de las penas es el de la cantidad que importe la defraudación, sin perjuicio de las atenuantes que existieran ó de las agravantes que no fueran elementos constitutivos del delito mismo. Se impone pena de uno á tres meses de arresto si la defraudación no excede de cien pesos; de arresto por tres á seis meses si pasa de cien y no excede de quinientos; de arresto de seis á doce si pasa de quinientos y no excede de mil; de prisión de uno á dos años si pasa de mil y no excede de dos mil; de prisión de dos á tres años si pasa de dos mil y no excede de seis mil; de penitenciaría de tres á seis años si excede de seis mil pesos.

Estas penas han sido considerablemente aumentadas con relación á las del proyecto Tejedor, en el cual el máximo no pasaba de dos años de prisión. Quizás en algún caso y en determinadas circunstancias, parecerán excesivas, aunque en otros no lo sean; pero habrá que convenir también en que eran extraordinariamente leves las del proyecto.

**856.** Por el artículo 204 se castiga “con la pena del artículo 201” al que venda como bienes libres los que fueren litigiosos ó estuvieren embargados ó gravados, y á los que vendan, graven ó arrienden como propios, bienes que sean ajenos. Los hechos de esta especie constituyen indudablemente verdaderas defraudaciones. Pero hay motivos fundados para suponer que se haya deslizado en este artículo un grave error de copia que alterará

considerablemente la pena impuesta ó que se quiso imponer al hecho. En el artículo 201, cuya penalidad se declara aplicable al caso del artículo 204, se castiga con arresto de tres meses á un año á los deudores punibles cuyas deudas no llegaren á quinientos pesos. Si se hubiera querido fijar la misma pena al caso del artículo 204 hubiera bastado enunciarla, sin referirla, al caso del artículo 201. No así tratándose de aplicar la pena del artículo 202, en cuyo caso hubiera sido necesario repetir las diversas distinciones que se hacen en él. Otro motivo concurre también á demostrar que se trata de un simple error. El artículo tiene la misma forma del 330 del proyecto de los doctores Ugarriza, Villegas y García, y la pena que en él se determina es la del artículo 327, que es semejante en su redacción al 202 actual. Bastará, por último, leer el artículo 201 para comprender que la ley no ha podido querer que quede indeterminada la pena del hecho previsto en el artículo 204 cuando la venta de bienes exceda del valor de quinientos pesos. Pero, por graves que sean las consecuencias del error, me limito á indicarlo, y de ninguna manera á prevenir á la jurisprudencia que lo salve. Para mí es indiscutible el deber de los tribunales de aplicar la ley tal como está escrita. Pienso que en esto estará siempre la mayor garantía que el ciudadano puede esperar de la justicia.

**857.** Constituye también un delito del género de las defraudaciones, el abuso de las necesidades, debilidades ó pasiones de un menor, para privarle de los bienes muebles de que pueda disponer ó hacerle firmar documento de pago ú otras obligaciones, bajo cualquier forma que se hiciere ó disfrazare esta negociación. La pena

aplicable es la de uno á dos años de prisión y multa del uno al diez por ciento de los bienes vendidos ó de la cantidad del pagaré ú obligación otorgada.

858. Esta disposición tomada del proyecto Tejedor tiene su fuente originaria en la legislación francesa (1) y en la española (2). Pero conviene advertir que allí se la tiene como correlativa de ciertas disposiciones del código civil sobre los actos de los menores. "No basta que el código civil, decía M. Faure, declare que la simple lesión da lugar á la rescisión en favor del menor emancipado, contra toda especie de convenciones. Hay hombres sin pudor que se hacen pagar más caros sus anticipos en razón de los riesgos que corren, y toman todas las precauciones para eludir la aplicación de la ley civil. Pero el temor de una pena correccional podrá retenerlos, y los jóvenes no encontrarán tanta facilidad en procurarse recursos desastrosos para su fortuna y á veces más funestos aún para sus costumbres" (3). El artículo del código español tiene principalmente por objeto, según Viada, proteger la impericia y debilidad de los menores de edad contra los amaños, fraudes y malas artes de los prestamistas ó usureros, pues no basta seguramente para tales actos de criminal codicia el remedio civil de la restitución *in integrum* (4).

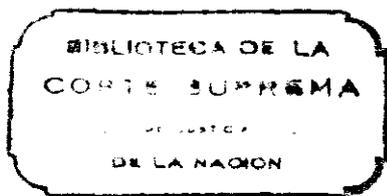
859. Los motivos que fundaron la disposición penal en las legislaciones citadas no tienen cabida en la nuestra. Según el Código Civil, la ley protege á los incapaces

(1) Artículo 406 del código penal francés.

(2) Artículo 553 del código penal de 1870.

(3) CHAUVEAU et HÉLIE, obra citada, número 2246.

(4) *Código penal reformado de 1870*, comentario al artículo 553.



pero al solo efecto de suprimir su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución ni ningún otro beneficio ó privilegio (1). El artículo 205 del Código Penal se refiere á los bienes *de que el menor pueda disponer*: y por la ley civil cualquier forma de enajenación, por cualquier motivo que se hiciera, será válida hecha por un menor en tanto tenga capacidad para disponer, en las mismas condiciones en que sería válido el acto del mayor de edad. Si la ley civil no pone traba alguna al acto ejecutado con capacidad legal, la ley penal nada debe disponer. Lo que tiene la plena confirmación de una ley no debe tener la reprobación de la otra.

**860.** La misma observación cabe respecto de la segunda parte de la disposición relativa al abuso consistente en hacer firmar al menor un documento de pago ú otras obligaciones. Si el menor tenía capacidad legal para contraer la obligación que se le ha hecho suscribir, quedará definitivamente obligado, cualquiera que sea la conducta de su acreedor. Si el menor carecía de capacidad para contraerla, la obligación será absolutamente nula, incapaz en consecuencia de causarle perjuicio, y toda la solicitud de la ley penal consistiría así en crear un delito puramente formal y sin daño real.

**861.** Impone la ley la pena de arresto de uno á seis meses á los que soliciten dádivas ó promesas y á los que las ofrezcan para no tomar parte en una subasta pública, y á los que fingidamente se presenten como postores. Este artículo es en el código español el primero del título

(1) Código civil, artículo 58.

de las *maquinaciones para alterar el precio de las cosas*, y tiene justa cabida en el título de las *defraudaciones*, como se encuentra en nuestro Código, porque tal carácter se manifiesta claramente con relación al comprador de buena fé, á quien se lleva por engaño á consentir en un precio mayor que el que correspondería según la forma aceptada de la enajenación.

862. La venta de la prenda sobre la que se prestó dinero ó su apropiación ó disposición de ella sin las formalidades legales, cae también bajo la calificación de estafa, con pena de arresto de uno á seis meses. El poseedor de la prenda la tiene para fines claramente establecidos, y que resultan de la naturaleza y objeto con que se le constituyó el derecho. La separación de aquel fin se asemeja, pues, al delito del que distrae la cosa que se le ha confiado con cualquier otro objeto; pero la imputabilidad es necesariamente menor, porque el que enajena la prenda dispone hasta cierto punto de algo que le pertenece.

## CAPÍTULO XXIV

### DE LOS INCENDIOS Y OTROS ESTRAGOS

(Artículos 208 à 218)

863. Observaciones sobre el método. — 864. La ley no determina en qué consiste el delito. — 865. Opinión de Haus. — 866. Legislación comparada. — 867. Casos en que habría mera tentativa. — 868. Crítica de la ley. — 869. Exposición del artículo 208. — 870. Crítica de la penalidad adoptada para el caso en que el incendio ocasione la muerte de una persona. — 871. La misma para el caso en que se ejecute en archivo del Estado ó de los tribunales. — 872. Incendio en casa habitada. — 873. Exposición del artículo 210. — 874. Aclaración que este artículo admitiría. — 875. Disposición general sobre el incendio. — 876. Casos que debía preverse especialmente. — 877. Criterio de gravedad derivado de la importancia del perjuicio. — 878. Estragos. — 879. Posesión de bomba explosiva, mezcla ó preparativo destinado á incendiar ó causar estragos. — 880. Observaciones sobre esta disposición. — 881. La incriminación dependerá esencialmente del destino que se dé á aquellos objetos. — 882. El culpable de incendio ó estrago no se exime de pena aunque para hacerlo haya incendiado ó destruido su propiedad. — 883. Destrucción de vías férreas. — 884. Destrucción de telégrafos. — 885. Antecedentes de estas disposiciones.

863. El objeto de las disposiciones contenidas en el Código bajo el rubro de este capítulo, no es solamente de protección á la propiedad: el incendio y los demás estragos á que hacen referencia sus disposiciones dañan la propiedad, pero es lo cierto que, aun sin perjuicio alguno á la propiedad ajena, por ejemplo, en el incendio de la cosa propia, puede aparecer la necesidad de la incriminación. La lesión de derecho causada por el hecho de un incendio puede verse, pues, en el grave peligro que causa á las personas y á la tranquilidad pública. El daño inmediatamente aparente es éste, aunque el propósito del delincuente sea satisfacer una venganza, en cuyo caso el ánimo será el mismo que en el delito de daños, á que podrá concurrir el ánimo de homicidio, ó tendrá por estímulo el lucro, por ejemplo, incendiando como medio de estafar á una compañía de seguros. Es, entonces, con suficiente razón que el incendio y los otros estragos, figuran en algunos códigos, entre ellos el italiano y el uruguayo, como delito contra la seguridad ó la tranquilidad pública, colocación que también le asigna la ciencia racional (1).

864. Nuestra ley castiga el delito de incendio sin enunciar los caracteres que lo constituyen, siguiendo el método de no definir cosas ni palabras de que por el uso común todos pueden tener una noción más ó menos clara. No necesitamos, efectivamente, la definición de lo que es un incendio. Pero si se recuerda que solamente el delito consumado se castiga con toda la pena de la ley, y que mientras el hecho se conserva en los límites de la *tenta-*

(1) Véase CARRARA, *Programma*, § 3046 y siguientes.

*tiva*, la responsabilidad es fraccionaria, por decirlo así, se verá que la noción legal del incendio ni es tan clara ni es tan sencilla como la noción común de homicidio. Tratándose del homicidio no puede, en general, vacilarse sobre la noción del delito consumado y la de la tentativa: es en el homicidio necesario á la consumación del delito un efecto consecutivo de la acción del autor: la muerte de la víctima. En el delito de incendio ¿cuál deberá ser el efecto consecutivo que determinará la existencia del delito consumado? La ley dice *el incendio será castigado*, etc. Esto dificulta la solución. En el lenguaje del diccionario, el incendio es *fuego grande que abrasa edificios, mieses*, etc. El lenguaje vulgar corresponde en cierta manera á esta definición: se dice *principio de incendio*, y no *incendio*, simplemente, cuando el fuego ha sido sofocado antes de que tomara un incremento considerable. Agréguese á esto que el delito pertenece al género de los *estrags*, pues que así se infiere del rubro del capítulo, y que la palabra *estrago* no se aplica sino á los males de mucha magnitud; y se tendrá como consecuencia que el incendio no podrá decirse consumado sino cuando haya llegado á ser un *estrago*.

865. Por análogas consideraciones, Haus entiende que estando colocado el artículo del código penal belga en el capítulo titulado *destrucciones, degradaciones y perjuicios*, es necesario que se haya causado realmente algún daño para que haya realmente incendio, y que, en consecuencia, el crimen en cuestión solamente se tendrá por consumado cuando el fuego haya hecho tales progresos que el autor ya no pueda dominarlo. En tanto que la llama no tiene este grado de intensidad no hay más que

un principio de ejecución, que una tentativa que no es punible, sino cuando no tuvo efecto por circunstancias independientes de la voluntad de su autor (1).

866. Si esta fuera la doctrina que el Código ha querido admitir podría invocársele, además, como precedente, un artículo que se proyectó para el código belga y que, admitido por la Cámara, fué rechazado en el Senado: "La infracción prevista por los artículos precedentes, se reputa consumada cuando el fuego haya tomado tal incremento (*a fait des progrès tels*) que ya no fuera posible dominarlo " (2). Pero esta solución es también rechazada generalmente por la doctrina y la legislación. En muchos códigos se tiene cuidado de evitar dudas sobre esta importante materia, y así se dice, como en el italiano, el que *pegue fuego* (*chiunque applica il fuoco*) ó como en el belga y en el francés *seront punis... ceux qui auront mis le feu*. En nuestro propio idioma, en el código español y en el oriental, no se ha usado el término *el incendio*, que es el *fuego grande*, según la Academia, sino que se emplea el verbo *incendiar*, cuyo significado propio no difiere del de las leyes que he citado: así se dice *los que incendiarén*, etc., de la misma manera que nuestro artículo 195 dice *el que mata*, etc. Incendiar es *pegar fuego*.

867. Pero, con estas conclusiones podría observarse que si la tentativa en general consiste en un principio de

(1) HAUS, *Principes du droit, pénal belge*. 429.

(2) El verdadero motivo de rechazarse este artículo fué que el crimen se consideraba consumado con sólo haber pegado fuego (*mis le feu*) según otro artículo ya sancionado. Véase en NYELS, *Legislation criminelle de la Belgique*, tomo 3º, página 721, el texto de la discusión y la nota del compilador.

ejecución del delito, y si por otra parte, el único principio de ejecución de un incendio puede consistir en el acto de pegar fuego, la tentativa quedaría en este delito equiparada al delito consumado, ó absorbida por su definición. Todo acto exterior que no fuera el de arrimar el fuego á la cosa que se intenta quemar, constituiría un acto preparatorio, porque no estaría indudablemente dirigido á aquél fin, y no tendría, en consecuencia, *relación directa* con él. Pero no creo por esto imposible, teniéndose por delito consumado el acto de pegar fuego, encontrar manifiesta é indudable la tentativa. Relación directa con el delito suficiente para demostrar la maligna intención, tendría el hecho de haber colocado combustible junto á la cosa que debía incendiarse, y dirigirse á encenderlo; y me parece aún que habría tentativa si el combustible encendido no comunicaba el fuego á la cosa, por una circunstancia independiente de la voluntad de de su autor (1).

**868.** No habría, pues, si se aceptara en la ley como delito consumado el acto de incendiar, cualquiera que fuera el evento consecutivo, el peligro de erigir en delito consumado la mera tentativa. En cambio, con el texto actual puede llegarse á tener por necesario á la consumación del delito la realidad del *estrage*, la efectividad de un grave daño. Pero me parece que esta doctrina pecaría exactamente por el mismo vicio que la que no viera consumado el robo sinó cuando no fuera posible recuperar la cosa robada. ¿Y el respeto que merece la propiedad? ¿No es suficiente violación del derecho de

(1) Puede verse CARRARA, *Programma*, desde el § 3081.

propietario, con gran daño moral por la alarma que le infunde el hecho de que se pegue fuego á su casa?

869. El artículo 208 del Código Penal castiga con presidio por tiempo indeterminado el incendio que fuere la causa inmediata de la muerte de alguna persona y el que se ejecute en el archivo general del Estado ó de los tribunales. Se trata aquí como en las demás disposiciones del capítulo, del incendio ejecutado con voluntad criminal, pues la culpa ó imprudencia, que es lo que con más generalidad produce el hecho, corresponde á la parte general de la ley. Pero la voluntad criminal debe referirse al incendio mismo, aún en el caso del primer inciso del artículo 208, que si la voluntad fuera la de causar la muerte, sería ineludible el título de homicidio como calificación del delito fin, siendo el incendio un delito medio de ejecución.

870. Para el delito de incendio en los dos casos del artículo 208 la ley adopta, como queda expresado, una pena fija, sin que haya motivo alguno que justifique esta rara excepción á los principios generales que dominan el mismo Código. ¿Por qué no admitir la existencia de circunstancias atenuantes en un delito de incendio que haya sido *causa inmediata* de la muerte de una persona? La injusticia de esta disposición resulta tanto más manifiesta, cuanto que en el caso del artículo 95 en que el incendio puede ser *medio de ejecución* de un homicidio, la pena puede variar desde la de muerte hasta la de presidio por diez años, si concurriesen en este último caso dos ó más circunstancias atenuantes. En el inciso se trata efectivamente de incendio que haya sido *causa inmediata* de la muerte de una persona, no *medio de ejecu-*

*ción*. El homicidio que se castiga sería por lo menos no deseado, aun cuando hubiera podido ser previsto. Existiría un homicidio culpable como circunstancia agravante de un incendio; y se comprende claramente que sería necesario poder apreciar en cada caso las circunstancias en que se produce y la mayor ó menor previsión que el agente pudo tener, ó que pueda imputársele según se trate de casa habitada ó de casas no destinadas á habitación.

871. Tampoco hay motivo suficiente para que la pena sea fija si el delito fuera ejecutado en archivo del Estado ó de los Tribunales. Los perjuicios que ocasionaría el incendio en estos casos serían de la mayor consideración. Pero, supóngase que hubo intención de causar un daño de menor consideración; ó que el autor del delito apenas podía darse cuenta por su edad (mayor de quince años) de la importancia de su acción; ó que procuró con celo impedir la consumación del mal; ó que obró en estado de furor sin culpa suya. Todas estas circunstancias, que pueden tenerse en cuenta en el homicidio, aún en sus más graves formas de parricidio ó asesinato, para diferenciar la pena, ¿por qué quedan excluidas en los casos del artículo 208?

872. Según el artículo 209 corresponde la pena de diez á quince años de presidio cuando el incendio se ejecute en *casa habitada*. En el artículo subsiguiente se prevé el caso de que el incendio se ejecutase en *casa destinada á morada*. Una casa está habitada ó nó según que alguien viva en ella habitualmente, aunque en cierto momento no se encuentre en la casa, ó que esté desocupada. Creo que el primer caso es el legislado por el artí-

culo 209 y el segundo por el artículo 210. Esto es claro; pero podría obstar á esta interpretación la nota que el doctor Tejedor puso al artículo del proyecto: "lo que aquí se castiga es el incendio que pone en peligro la vida de los hombres; el fuego se considera en este caso como un arma, como un medio de asesinato". Nada de esto es aplicable al texto actual del Código; y sólo conviene al comentario del código francés para el cual fué escrito por Chauveau. Si el hecho se dirijiera á causar el homicidio, sería ineludible su calificación con relación al fin. No podemos entender por *casa habitada* según la ley sino lo que en el lenguaje común se entiende por tal. Correspondería la imputabilidad por este artículo establecida, aún cuando el incendio se hubiera consumado en momento en que los habitantes de la casa no se encontraban en ella. El mal causado al quemar la *casa habitada* es ciertamente mayor que el de la *casa destinada á morada*. En la primera puede encontrarse todos los objetos de mayor afección del perjudicado; en la segunda, una parte de sus bienes. En la primera se lleva la destrucción á un *hogar*; en la segunda, á una cosa más ó ménos valiosa.

**873.** Se impone la pena de seis á diez años de presidio, además del delito de incendio en casa destinada á morada, al que se ejecute en almacén, establecimiento industrial, cualquier edificio en poblado, aunque no esté destinado á habitación, almacén de granos, bosques, viñedos, cañaverales, mieses y otras cosas semejantes.

La pena se reduce á la de tres á seis años de presidio si el perjuicio no excede de quinientos pesos.

**874.** La forma "viñedos, cañaverales, mieses y otras

cosas semejantes”, carece en esta última parte de precisión. Cuando la condición de una cosa debe servir de criterio á una pena muy grave, aquella condición debe estar bien caracterizada y no librada á una comparación con otras cosas que puedan servir de ejemplo. Por esto el código español dice “ mieses, pastos, montes ó plantíos ”; el belga, “ selvas, bosques, sotos ó cosechas no recolectadas ”, el italiano “ plantaciones de árboles, arbustos ú otros productos campestres adheridos al suelo ”.

**875.** Determinados los casos especiales de incendio, la ley adopta una disposición de forma general: el incendiario de *otros objetos* no comprendidos en los artículos anteriores es castigado con la pena de tres á seis años de penitenciaría si el incendio *se propaga* á otros objetos y si el valor de lo incendiado excede de quinientos pesos; con prisión de uno á tres años si el valor de lo incendiado pasa de cien pesos y no excede de quinientos, y con arresto si el valor de lo incendiado no pasa de cien pesos.

**876.** La generalidad de esta disposición sería admisible si estuvieran especialmente previstos algunos casos de manifiesta gravedad, sobre los cuales no hay referencia en los artículos anteriores. Más grave que el incendio en casa habitada es seguramente el incendio de un teatro, de una iglesia ú otro edificio destinado á reuniones, cuando se hallare dentro una concurrencia numerosa (1): puede serlo también el incendio de un tren en marcha: más grave que el incendio de que habla nues-

(1) Véase el código español, artículo 361, inciso 4.º; el belga, 510, inciso 3.º; el italiano, 300.

tro artículo 210 puede ser el de almacén de pólvora ó de materias inflamables ó explosivas.

877. En el artículo 211 para graduar la penalidad se une al criterio del valor del perjuicio el de la propagación á otros objetos. El artículo es aplicable siempre que el fuego se propaga á otros objetos. La frase del inciso primero sobre este punto rige la redacción de los dos subsiguientes. La circunstancia de la propagación á otros objetos, y aun la de la posibilidad de la propagación, pueden servir de criterio para estimar la gravedad del incendio cuando el objeto incendiado es de poca entidad. Más aun: si no hay posibilidad de propagación, el título de incendio puede desaparecer para dar lugar al de *daños*. Pero cuando la cosa en sí misma es de gran valor, por ejemplo, un tren de mercancías, no estimo justo tener todavía en cuenta la circunstancia de la propagación para ver un simple daño si ella no aparece. Conviene, sin embargo, notar que estas observaciones no alcanzan al proyecto de la Comisión de la Cámara de Diputados. La redacción era distinta en él: “ si el incendio se propaga á otros objetos ó si el valor de lo incendiado excede de quinientos pesos”. (1) ¿Hubo una modificación legislativa? Yo no la he encontrado. ¿Hubo un error de imprenta en la edición oficial? Pero esto importa poco para la aplicación de la ley.

878. Incorre respectivamente en las mismas penas que en los casos de incendio el que causa estragos por medio de explosión de minas, bombas ó máquinas de

(1) *Proyecto de Código Penal*, artículo 211. — Buenos Aires, imprenta del Porvenir 1886.

vapor, inundación ú otro medio de destrucción análogo ó tan poderoso como los expresados. En el código español, que es indudablemente fuente de esta disposición se dice: “y en general cualquiera otro agente ó medio de destrucción tan poderoso como los expresados”. La interpretación de estas disposiciones puede en algún caso llevar á conclusiones diferentes. En el código español es necesario que el agente de destrucción ó el medio de destrucción sean tan poderosos como los expresados: en nuestra ley el medio puede ser análogo, sin ser tan poderoso. Pero, de todas maneras, será siempre indispensable que el daño causado sea de mucha consideración. En una sentencia del Tribunal Supremo de España se declaró que “para que pueda tener aplicación la sanción penal del artículo 572 es preciso que se cause ó se intente causar algún estrago, que en el sentido natural y gramatical de la palabra significa un daño de extraordinaria gravedad é importancia, y que el agente se valga de un medio de destrucción suficientemente poderoso para producirla, aún cuando no sea de los expresamente señalados en dicho artículo”. En el caso se declaraba que habiendo consistido el hecho punible que motivó la formación de la causa en el daño importante 67 pesetas, que fué producido dentro del cuarto ó habitación parroquial de un pueblo por la explosión de un cohete de sustancia que no pudo ser apreciada, ni el daño referido merecía calificarse como estrago, ni había fundamento ninguno para presumir ó sospechar, al menos, que aun cuando no se causara, hubiera ánimo de causarle (1).

(1) PANTOJA, *Jurisprudencia Criminal*, Apéndice 5º, página 452.

**879.** Se impone la pena de uno á tres años de prisión al que sea sorprendido con bomba explosiva, mezcla ú otro preparativo conocidamente destinado para incendiar ó causar alguno de los estragos de que se habla en este capítulo, si no diese explicación satisfactoria del fin á que se proponía aplicar ese elemento de destrucción.

Esta disposición consignada, con excepción de la última parte, en el código español de 1850, no ha sido reproducida en el de 1870. De la parte agregada resulta para los delincuentes la necesidad de inventar una explicación satisfactoria á la vez que fabricar el aparato de destrucción...

**880.** Hay en la disposición que acabo de referir un acto preparatorio erigido en delito especial. Pacheco da para ello alguna razón: hay instrumentos, dice, que no pueden servir sino para lo malo; hay situaciones que llevan en sí mismas el sello de la tentativa. Cuando es así ya puede ocuparse en penarlas la justicia social(1). Y luego agrega: “La ley no ha querido dejar esta materia á la única aplicación de las reglas generales. Ha querido hacer un delito especial de la preparación para los incendios y lo ha declarado penado en el artículo precedente. Al que se sorprende, pues, con mecha ó preparativo conocidamente dispuesto para incendiar, no pregunta cual iba á ser el objeto de su crimen: impone desde luego la pena de presidio. Es una resolución que *si no desata, corta multitud de cuestiones*” (2). Esto último es exactamente la verdad; pero son muchas las cuestiones

(1) Pacheco, *El Código penal*, etc., tomo 3º, página 405.

(2) *Ib.*, página 406.

de método y de doctrina que podrían oponerse al artículo y á su colocación en el Código Penal en el capítulo que ocupa.

881. En cuanto á la aplicación del artículo, conviene tener presente que requiere que la sustancia de que se trata sea *conocidamente destinada* á incendiar ó causar algún estrago. Es el *destino* de la cosa y no su naturaleza misma lo que puede dar motivo á la acción de la justicia. Un tarro de kerosene y una caja de fósforos bastan para causar un gran incendio, pero no creo que todo poseedor de estos objetos deba ser requerido á dar explicación satisfactoria del fin á que los tiene. Con razón concluye el mismo autor citado que si por una parte el adverbio *conocidamente*, evita la injusticia de la pena, por otra hace posible una muy lata autoridad en los tribunales, como que sustituye la apreciación moral á las ideas de hechos positivos, peligro contra el cual no hay garantía que no sea indirecta.

882. El artículo 214 trae una disposición común al incendio y demás estragos de que hasta aquí se ha hablado: el culpable de incendio ó estrago no se eximirá de las penas impuestas en este capítulo, aunque para cometer el delito hubiese incendiado ó destruido bienes de su propiedad. Esta disposición es textualmente la del artículo 573 del código penal español.

Que el que incendia ó destruye su propia cosa no comete delito *contra la propiedad*, es indudable. El objeto de la penalidad es la protección del derecho ajeno; no hay lesión del derecho de propiedad en la destrucción de la cosa propia. Pero si en el incendio se viera antes que un delito contra la propiedad, un delito contra la

seguridad pública, la disposición de nuestro artículo no se limitaría á prever el caso de que el incendio de la cosa propia se hubiera propagado á la cosa ajena ; la mera posibilidad de la propagación del incendio bastaría para la incriminación. Es en este sentido que el caso se legisla en el artículo 308 del código penal italiano. El derecho lesionado con el incendio de cosa propia aparece manifestamente en el *peligro* que altera la seguridad pública.

**883.** Las vías férreas y las líneas telegráficas son objeto que merece la protección especial de los nuevos códigos penales.

Así, el nuestro castiga con la pena de uno á tres años de prisión al que voluntariamente rompa caminos de fierro ó coloque en ellos cualquier cuerpo que impida el tránsito de las locomotoras ó wagoes, ó los haga salir de sus rieles, ó emplee otro medio con este fin.

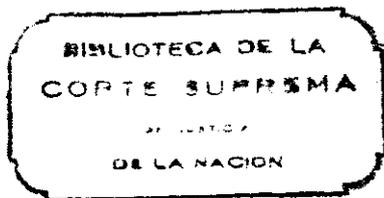
Si como consecuencia del descarrilamiento se ocasionasen pérdidas en la destrucción de los vehículos, ó en las mercaderías, que excedan de cinco mil pesos, la pena será de tres á nueve años de penitenciaría.

La misma pena de tres á nueve años se fija si el hecho hubiese ocasionado contusiones, heridas ó fracturas en alguna persona ; y si el *accidente* hubiese ocasionado la muerte de una ó más personas, la pena será penitenciaría desde diez años hasta por tiempo indeterminado.

**884.** Con respecto á los telégrafos se dispone que todo el que intencionalmente cortase los alambres del telégrafo destinado al servicio de un ferro-carril, arrancare ó destruyese los postes, ó ejecutare algún otro acto tendente á interrumpir la comunicación telegráfica, será

castigado con arresto de uno á nueve meses. Si del hecho hubiesen resultado accidentes en los trenes la pena será de uno á tres años de prisión. Si de estos accidentes resultare herida ó muerte de alguna persona la pena será de tres á seis años de penitenciaría. En los demás casos de destrucción de líneas telegráficas la pena es de uno á tres meses de arresto.

885. Las primeras disposiciones tienen su precedente en los artículos 71 y 72 de la ley nacional de ferro-carriles; la referente á telégrafos en el artículo 76 de la misma ley y en el artículo 50 de la ley de telégrafos nacionales. En el proyecto de la comisión de la Cámara de Diputados solamente se previó el caso de la primera parte del artículo 215. Pero ¿regirán las disposiciones de las leyes especiales que deyo citadas, aún en presencia de las del Código Penal? En las ligeras explicaciones que en la Cámara de Diputados se produjeron sobre los artículos referentes á ferro-carriles y telégrafos, se manifestó que los del Código no serían derogatorios de los de la ley especial. Se tendrá así en la República dos penalidades distintas para el mismo género de delitos, según que estos caigan bajo la jurisdicción provincial ó la federal.



## CAPÍTULO XXV

### DE LOS DAÑOS

(Artículos 219 á 222)

886. Elemento material de este delito. — 887. Su elemento moral. — 888. Daño causado por culpa. — 889. Agravaciones especiales. — 890. Importancia del daño. — 891. Penalidad en los casos no calificados. — 892. Origen de las disposiciones del Código en esta materia. — 893. Agravación especial del daño en animales domésticos y no del daño en ganados. — 894. Daño causados en sepulcros. — 895. En signos conmemorativos. — 896. En monumentos, estatuas y objetos de arte.

**886.** La última forma de incriminación que presenta la ley por lesiones inferidas al derecho de propiedad, es la que castiga á los que causan en la propiedad ajena algun daño no comprendido en las disposiciones del capítulo de los *incendios y otros estragos*.

En su elemento material este delito consiste en el perjuicio que se causa á la propiedad ajena, en condiciones ó importancia tal que no llegue á constituir un verdade-

ro estrago. A diferencia de lo que ocurre respecto del robo, del hurto y de las defraudaciones en general, el daño ataca el derecho de propiedad en la existencia misma de la cosa, no en uno solo de sus elementos, la posesión. El mal causado por el robo se repara con la restitución de la cosa en sí misma. Respecto del mal causado por el daño sólo se repara por indemnización pecuniaria. Pero el primer delito queda completamente consumado con el apoderamiento de la cosa; el segundo, con el perjuicio inferido por la destrucción parcial ó total.

**887.** En su elemento moral el delito consiste en la voluntad dirigida á causar un daño en la cosa para perjudicar la propiedad ajena. Puede decirse que la incriminación de este hecho deriva especialmente, ó aún más, exclusivamente del propósito del agente. Un daño en la propiedad ajena que no es inspirado en el propósito del lucro, ni movido por el odio ó la venganza, no sugiere la necesidad de preservarse por el castigo de la repetición de hechos análogos, y no infunde en consecuencia alarma alguna en la sociedad, al contrario de lo que ocurre con los demás delitos, que llevan en sí mismos la alarma del peligro común.

**888.** De la circunstancia que acabo de enunciar resulta la dificultad que se ha notado de incriminar el daño causado por culpa. Carrara piensa que “no puede admitirse la imputabilidad del daño por culpa, como no puede admitirse, en general, la imputabilidad del hecho culpable en todos los delitos que exigen como condición esencial una determinación especial dirigida á la satisfacción de una pasión determinada. Pero más especial-

mente en los delitos que tienen por objeto propio el solo derecho de propiedad, la imputabilidad política de la culpa no puede admitirse (fuera del caso de *medios perjudiciales por sí mismos al derecho ajeno*) puesto que bastan las reparaciones civiles para proveer á la seguridad privada, y no se conmueve en el público la opinión de esta seguridad por tales lesiones del derecho cuando proceden de mera imprudencia" (1). Pero en nuestro derecho la fórmula general de la culpa y su colocación en la parte general no dejan dudas sobre la imputabilidad penal del daño causado por culpa ó imprudencia.

869. La ley declara, como lo he dicho ya, que es delito de *daño* el que se causa á la propiedad ajena no estando comprendido en el capítulo de los incendios y otros estragos. Luego adopta como circunstancias que agravan especialmente, el delito, las siguientes: la del daño que se causara con lamira de impedir el libre ejercicio de la autoridad ó en venganza de sus determinaciones, bien se cometiese el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos ó de cualquier manera hayan contribuido ó puedan contribuir á la ejecución ó aplicación de las leyes; produciendo por cualquier medio infección ó contagio en aves ú otros animales domésticos; empleando sustancias venenosas ó corrosivas; ejecutándolo en cuadrilla y en despoblado; ó en archivos, registros, bibliotecas ú museos públicos ó en puentes, caminos, paseos ú otros bienes de uso público; y en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos

(1) CARRARA, *Programma*, § 2453.

de arte colocados en edificios ó lugares públicos: y por último, arruinando al perjudicado.

**890.** Con excepción de la última circunstancia, todas las demás se unen al criterio del valor del daño efectivamente causado. Si este excede de quinientos pesos, el delito se castigará con uno á tres años de prisión; si excede de cincuenta pesos y no pasa de quinientos, con arresto de seis á doce meses; y si no excede de cincuenta pesos, con pena de uno á tres meses.

**891.** En todos los demás casos de daño, no calificados por ninguna de las circunstancias especialmente mencionadas, la pena será de arresto.

**892.** Las disposiciones que dejo mencionadas están transcritas del proyecto de la Comisión revisora, que á su vez las tomó con las pequeñas variantes de que me ocuparé en seguida, del código español de 1870. Estas consisten únicamente en haber tomado como agravante especial la infección ó contagio en *aves ó en animales domésticos*, donde el código español habla de infección ó contagio en *ganados*; y en haber tomado del código belga y del francés, la del daño en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros ú otros objetos de arte colocados en edificios ó lugares públicos.

**893.** No es fácil explicarse los motivos que haya habido para la primera modificación, porque en realidad pueden haber existido los más diversos. Pero, sin ningún antecedente á la vista de los que pudo tener la Comisión, para modificar el texto que copiaba, me inclino á pensar que se haya tenido en cuenta la circunstancia de que la infección ó contagio en *aves ó animales do-*

mésticos podría ofrecer algún peligro más directo para las personas, que el que puede ofrecer la infección ó contagio en ganados. Y adopto esta explicación con mayor seguridad que la de no haberse visto en la infección de ganados sino un daño civil ó una falta que se hubiera entendido poder reprimirse en los códigos rurales, por una razón de interpretación que me parece decisiva: el daño que se cause en ganados es también castigado por el Código Penal, por quedar perfectamente comprendido en la disposición del artículo 222.

894. En cuanto á la segunda modificación, se justifica por sí misma. Conviene recordar que en nuestro Código no se castiga la violación del sepulcro por sí misma. Nuestro legislador no ha pensado en la ofensa gravísima que se infiere á los sentimientos de los que viven, con el ultraje á los que han muerto. No es, pues, la mera violación de sepulcro lo que el artículo prevé sino la destrucción parcial ó total; el perjuicio real, material que se cause. Por esto mismo, no hace derivar la gravedad del delito del carácter del objeto dañado, exclusivamente, sino también del importe de lo dañado: cualquiera que sea el móvil odioso y repugnante que revele el que cause un daño en un sepulcro, habrá que considerar, para la determinación de la pena si el perjuicio material no alcanza á cincuenta ó á quinientos pesos, ó excede de esas sumas. Me parece evidente que el motivo de la agravación no se aviene con la tasación del perjuicio pecuniario.

895. Los *signos conmemorativos* de que habla el artículo son los colocados por algún motivo especial de veneración ó de respeto. Así, en la jurisprudencia fran-