

**DELITOS**  
**QUE NO PUEDEN PESQUISARSE DE OFICIO**

MEMORIA DE PRUEBA  
PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN LA  
FACULTAD DE LEYES Y CIENCIAS POLÍTICAS,

FOR

**Manuel J. San Martín J.**



**CHILLAN**

IMP. I ENC. DE LA LIBRERÍA AMERICANA

---

**1902.**



## DELITOS

### Que no pueden pesquisarse de oficio

---

#### CAPITULO I

1.—Condiciones que debe reunir todo hecho punible. 2.— División de los delitos. 3.—Qué delitos no puede pesquisarse de oficio en nuestra legislación actual y tendencia de nuestra futura legislación á aumentar el número de estos delitos. 4.— Conveniencia é inconvenientes que presenta la existencia de esta clase de delitos en una legislación. 5.— Algunas condiciones del procedimiento en los delitos privados.

1.— Antigua como es la ciencia penal y á pesar de los progresos que ha realizado en los últimos tiempos, sin embargo aún está en su período evolutivo, no habiendo formulado sino uno que otro principio fundamental. En efecto, los códigos más modernos y de las naciones que marchan á la cabeza de la civilización se resienten de algunos errores de mayor ó menor transcendencia y de consiguiente pueden ser objeto de críticas más ó menos fundadas. Esto es debido á que la sociedad progresa ó retrocede, pero jamás permanece estacionaria de un modo absoluto. Hechos que, ayer no más, no irrogaban á nadie un gravamen ó un daño en su personas ó en sus intereses han pasado hoy á constituir un delito en virtud de una ley arbitraria. Por la inversa, hechos tales como la blasfemia, la heregía, la apostasía y otros que, por obra de un intenso fanatismo religio-

so, se consideraban como crímenes dignos de la horca, la hoguera, el garrote, etc., y de toda clase de tortamentos, hoy han desaparecido del catálogo de los hechos punibles, en las legislaciones de todos los países civilizados.

Los criminalistas no están acordes en el modo de definir lo que entienden por delito, de tal manera que todas las definiciones dadas por ellos son susceptibles de algunas observaciones. Igual cosa sucede con relación á las bases ó fundamentos en que se apoya la sociedad para imponer al delincuente el castigo á que se ha hecho acreedor para la realización del hecho criminoso.

Un tratadista frances, cuyo nombre no recuerdo, para explicar lo que es delito, considera primeramente la pena, como idea correlativa de aquel, bajo el punto de vista de su efecto espiatorio que se llama *corrección* palabra que se deriva del verbo latino *co.rrigo* que significa enmendar, enderezar lo que está torcido. De conformidad con esto simboliza el Derecho por la línea recta, y llama delito todo lo que constituye una separación ó desvío de esta línea, separación que no es otra cosa que una violación del Derecho. Del mismo modo todos los criminalistas estan acordes en considerar la violación del Derecho como la base ó circunstancia esencial de todo delito, y como más arriba hemos dicho que hai discordancia entre ellos para definirlo, esta discordancia está en la extensión de él y en su aplicación tomando en cuenta los diferentes pueblos, las costumbres, las épocas, etc.

Siguiendo la opinión de varios tratadistas, fijaremos, para darnos cuenta de lo que es delito, primeramente las condiciones esenciales y constitutivas del delito en si mismo, haciendo abstracción por completo del agente que lo comete y en segundo lugar las circunstancias que constituyen la culpabilidad personal del que lo realiza, en otros términos, los elementos subjetivos del delito.

Las primeras son;

1.º—**LA CRIMINALIDAD INTRÍNSECA DEL HECHO PUNIBLE.** Es decir que el hecho sea malo en sí, y esto sucede cuando con ese hecho se viola el Derecho, cuando se lesiona la justicia. De esta lesión de la justicia deriva el derecho de penar que ejercita diariamente la sociedad. La utilidad ó interés social no tiene la virtud de justificar ó de legitimar la aplicación de una pena inmerecida ó el castigo de un hecho que no sea malo intrínsecamente en un grado cualquiera; la lesión de la justicia es lo que la justifica porque es el mal intrínseco en el delito. La razón es porque si la sociedad tiene el perfecto derecho de proveer á su conservacion y á su utilidad, el individuo tiene el mismo derecho á la conservación de su ser, de su libertad, etc., en una palabra, del conjunto de sus facultades de que hace un lejítimo uso. «No hai derecho contra derecho» ha dicho alguien: y en efecto, si el derecho del ser colectivo ó sociedad difiere del derecho del ser individual en cuanto á su mayor volúmen, en cuanto á su mayor estension, son absolutamente iguales en cuanto á su inviolabilidad. La sociedad so pretesto de ser útil á sus intereses no puede, repito, aplicar á un individuo un castigo que no merece. La doctrina utilitaria de Jeremías Bentham ya no merece tomarse en cuenta sino como una curiosidad, sobre todo despues de haber sido refutada con tanto brillo por el conde Rossi y por Ortolán.

Pero si la utilidad social no basta para legitimar la represión de los delitos, entra, sin embargo, como un elemento, como una condición esencial en el derecho de penar. La primera regla que no falla jamás es que la aplicación de la pena sea de una justicia absoluta; pero, de que la pena sea justa no fluye lógicamente otra consecuencia sino que debe sufrirla el individuo que ha cometido un delito, pero no resulta necesariamente que la sociedad tenga el derecho de aplicarla. Más, la sociedad como todo ser indivi-

dual ó colectivo tiene el derecho de conservarse con tal que no lo haga en perjuicio del derecho de conservación de otro, y para hacerlo tiene el derecho de defenderse. Cuando un delito queda impune pone en peligro la conservación del orden en la sociedad sembrando la alarma entre los asociados que dudan de una ley que no siendo capaz de protegerse menos protegerá al individuo. La pena ejemplar que llegue á intimidar es la que tiene el poder de alejar y conjurar estos y otros peligros que puede acarrear esa impunidad. Luego, el elemento de utilidad social como una condición secundaria del derecho de penar, es de no menos necesidad que el primero. Decíamos más arriba que ningún interés ó utilidad social tendría el derecho de legitimar una pena que no fuera justa en sí. Sin embargo, debemos añadir por la inversa que la criminalidad averiguada del delincuente, la exacta proporcionalidad entre el daño causado y la represión, en otros términos, todo lo que constituye la justicia en la pena no podría legitimar la aplicación de ella por el magistrado si el interés de conservación de la sociedad no estuviera comprendido en ese castigo. Tenemos, en consecuencia, que la justicia absoluta es el principio de este derecho, y la utilidad es la medida de esta justicia y le señala su esfera de acción ó sus límites. Si se hiciera abstracción de la utilidad para no adherirnos sino á la justicia; el criterio podría estraviarse y se estraviaría en teorías ideales. A la inversa, olvidando el principio de la justicia para buscar solamente en la utilidad social el fundamento del derecho de aplicar penas, caeríamos en esas teorías utilitarias y materialistas contra las cuales se revela la conciencia. Si falta alguno de estos elementos desaparece el derecho de imponer penas: ayudándose mutuamente queda inamovible en esta doble base.

2.º—PREEXISTENCIA DE LA LEY PENAL QUE DEBE SER APLICADA. En cuanto á esta condición, como elemen-

to característico del delito parece menos absoluto y menos imperioso que la necesidad de la primera condición, porque la conciencia más inculta basta para distinguir el bien del mal y solamente algunos actos que son indiferentes en si mismos pueden llegar á constituir delitos por obra de una ley arbitraria. La historia nos dice que en los pueblos antiguos, v. gr. Grecia, Roma, los legisladores y jurisconsultos no consideraban como una necesidad la preexistencia de una ley represiva y todo quedaba al arbitrio del juez. En Roma republicana y en los primeros tiempos del Imperio, un delito no quedaba impune por no haber una ley que lo penara y algunos autores dicen que esos delitos eran juzgados *extra ordinem* por el magistrado que tenía la plenitud del poder judicial (pretor, gobernador en las provincias). La pena era arbitraria y á conciencia del juez según el grado de criminalidad del hecho. Esta facultad fué atacada por algunos y bajo el Imperio, á impulsos del cristianismo consignó la legislación romana el gran principio de Derecho Penal:—«*Ubi non est lex nec prevaricatio*».—«Donde no hay ley no existe prevaricación, o más bien dicho:—«No es delito sino el penado por la ley». Cayó el Imperio Romano y con él cayó la civilización y en consecuencia estos principios cayeron tambien y se echaron en absoluto olvido. Muchos siglos trascurrieron: los criminalistas de los tiempos modernos y muchos jurisconsultos célebres atacaron la facultad de los jueces para juzgar lo que entendían por delito y en el año 1790 á impulsos de la Revolución Francesa la Asamblea Constituyente volvió á establecer en el artículo 8 de la declaración de los derechos del hombre que: «La ley solo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada» Los códigos modernos han seguido este principio. Sin embargo, la preexistencia de la ley penal no es uno de esos principios

primeros, necesarios en el mismo grado como lo es la justicia en la pena, pero, es un progreso, una conquista de derecho positivo de que la ciencia teórica se ha apoderado y que no abandonará.

3.º—**MATERIALIDAD DEL DELITO.** Es decir la realización del delito por hechos externos. Esta materialidad para estar jurídicamente constituida necesita de la perpetración del hecho punible ó á lo menos, según algunos, de la tentativa. La intención criminal por más averiguada que esté es insuficiente para constituir un delito, es necesario como ya lo hemos dicho la realización material del hecho: La ley nunca debe castigar los hechos punibles del pensamiento que solamente á Dios es dado penar.

En cuanto al tipo subjetivo del delito, en otros términos, los elementos de culpabilidad personal del que lleva á efecto el hecho punible son:

1.º Que el individuo esté dotado de *razón*. La facultad de que aquí tratamos es la razón moral que distingue el bien del mal.

2.º Que el individuo se encuentre en posesión de su *libertad moral* de sus determinaciones y de sus actos. Esta libertad moral de hecho resulta de la facultad de elegir entre dos determinaciones contrarias: en abstenerse de ejecutar un hecho punible ó llevarlo á cabo.

3.º Que haya sido movido por una *intención delictuosa* ó más bien dicho intención (voluntad) de cometer el delito. Sin embargo no es lo mismo intención que voluntad: la primera es un atributo, por decirlo así, de la voluntad; es la dirección, la tensión especial de la voluntad hacia un fin determinado y en la cuestión de que nos ocupamos hacia la criminalidad inherente al delito. El derecho romano no exigía para la formación del delito esta intención como puede verse en la ley Aquilia.

Nada tenemos que añadir á lo mucho que acerca de estos elementos se ha dicho por distinguidos jurisconsultos y criminalistas: el propósito que me ha

guiado está cumplido y resumiendo lo dicho anteriormente tendremos que hay delito, cuando con la realización material de un hecho se viola ó lesiona un derecho, que esta violación se haya llevado á efecto infringiendo una ley penal anterior á su perpetración y que el que ha cometido el hecho punible se encuentre dotado de razón, esté en posesión de su libertad y haya tenido intención de cometer el delito.

Respecto á la definición de delito dada por nuestro Código Penal nada tenemos que agregar a las muchas críticas, en pró y en contra, de que ha sido objeto. La que más merece tomarse en consideración es la que dice que por medio de esa definición se asegura la impunidad á hechos imprevistos y dañosos no señalados en las nomenclaturas jurídicas.

2.—Estudiando nuestro Derecho Penal lo primero que se presenta á nuestra mente es la división de los hechos punibles. Así en su artículo 1.º al definir el delito dice: «*Es delito toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley.*» De esta manera dividió el delito en dos categorías: 1.ª *delitos de acción* y 2.ª *delitos de omisión*. Esta división está en la naturaleza misma de las cosas; las disposiciones de la ley penal son prohibitivas ó imperativas: en consecuencia el delito puede consistir ya en ejecutar un hecho que la ley prohíbe ya en no hacer lo que la ley ordena; si lo primero tenemos un delito que es de acción, si lo segundo un delito de omisión.

La segunda división de los delitos consignados en nuestro Código es la siguiente: Artículo 3. «*Los delitos, atendida su gravedad se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21.* El legislador siguió en esto el sistema de la división de los delitos por la pena que les asigna la ley, sistema que está reconocido en las legislaciones de todos los países civilizados. Citaremos algunos.

El Código español que sirvió de base al nuestro los divide en delitos graves cuando la ley los castiga ó reprime con una pena aflictiva; delitos menos graves cuando la ley los castiga ó reprime con una pena correccional; faltas cuando son castigados con una pena leve.

El Código francés divide los delitos en crímenes, delitos y contravenciones.

El código Napolitano divide los delitos lo mismo que el frances, etc., etc.

Los jurisconsultos y criminalistas que han tratado esta ardua cuestión están en completa discordancia acerca de ella: unos la aceptan y otros la rechazan. Entre estos últimos podemos señalar á Rossi quien con bastante amargura ha criticado esta división y dice que la ley al establecerla, da cabida al despotismo, y en este punto carece de criterio moral no sabiendo marcar los grados de culpabilidad sino recurriendo á una tarifa penal para imponer el castigo.

Entre los que la aceptan se cuentan distinguidos tratadistas tales como Ortolán, Pacheco, Treilhal, etc. Algunos dicen que no todos los hechos susceptibles de ser considerados como delito tienen la misma transcendencia y por eso á los delitos mas graves se les asigna una pena aflictiva, mientras que á los menos graves una correccional ó de policía. Treilhal dice que esta división presta una gran utilidad práctica porque señala el magistrado que debe conocer del delito fijando la competencia de los distintos tribunales. Repetiremos aquí lo que ha dicho un distinguido jurisconsulto, comentador de nuestro Código, don Alejandro Fuenzalida, que, si hubiera que guiarse por dicha utilidad práctica no aceptaríamos entre nosotros la división que hizo el legislador sino aquella que dividiese los delitos en delitos y faltas, división que evitaría dificultades y arbitrariedades, porque según la ley de 15 de Octubre de 1875 (Ley de Organización y atribuciones de los

Tribunales) corresponde á los jueces letrados el conocimiento de todas las causas criminales por crimen ó simple delito que se cometan dentro de su territorio jurisdiccional; y á los jueces de subdelegación el conocimiento de las causas criminales por faltas que se cometieren dentro de su respectiva subdelegación.

En nuestra legislación penal existe otra división, división que obedece á las necesidades del procedimiento. Es sabido que todo hecho punible dá oríjen á una *acción penal* que nace del delito contemplado desde el punto de vista de la violación de la ley penal é incumbe á la sociedad entera á quien interesa bajo el aspecto de su conservación. Dicha acción vá encaminada á pedir la imposición de la pena señalada por la ley. Nace tambien del delito, bajo el aspecto de un daño que se irroga al interés individual ó privado, una *acción civil* encaminada á obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados é incumbe á la persona directamente ofendida ó á sus representantes legales conforme á lo dispuesto por el Código Civil en el título XXXV del libro IV. La ya nombrada acción penal se divide en *pública* y *privada*. La acción penal pública incumbe á la sociedad entera quien está representada por ciertos funcionarios, y mas comunmente incumbe á cualquiera persona del pueblo. La acción penal privada lo mismo que la civil incumbe á la persona directamente ofendida; en caso que esta no pudiere ejercitarla, incumbe á sus ascendientes, guardadores, etc. y solo en rarísimos casos al ministerio público. En los delitos pesquisables por acción penal pública el juez está obligado á proceder á la investigación del cuerpo del delito, aprehensión del delincuente, etc., en cuanto llegue á su conocimiento por cualquier conducto que aquel ha sido cometido. En aquellos delitos en que la ley concede acción privada aunque tenga completa certidumbre que aquel se ha cometido no puede perseguirlo, sin que las personas á quier

nes se ha concedido el ejercicio de esta acción, autorizan esa persecución, previa su denuncia ó querrela. De aquí la división de los delitos en *pesquisables de oficio* y *no pesquisables de oficio*; ó *delitos públicos* y *delitos privados*.

Esta división de los delitos que es la más general arranca de remota antigüedad; puede decirse, sin temor de equivocarse, que fué la primera y única que consignó la legislación romana. Llamaban públicos aquellos que venían de las leyes de los públicos juicios (1) y podían ejercitar la acción cualquier ciudadano, y privados aquellos delitos que causando un daño á determinadas personas engendraban una instancia privada (*judicium privatum*).

Muchas han sido las divisiones de los delitos hechas por los criminalistas pero no entra en nuestro propósito recordarlas en esta memoria.

3.—¿Qué delitos son los que la ley quiere que no se persigan de oficio?

Dejando para otro número los motivos ó fundamentos en que se ha basado el legislador para dar cabida en nuestra legislación á esta clase de delitos nos concretaremos aquí solamente á enumerarlos.

En el título VII del Libro II de nuestro Código Penal se encuentran:

El rapto,

La violación,

El estupro,

El adulterio y

El matrimonio ilegal de menores.

En el título VIII del Libro II se encuentran:

La calumnia y

Las injurias.

---

(1) Según las Instituciones los delitos privados eran de cuatro especies y daban lugar á dos acciones: Justiniano trata de los delitos públicos en el título *De Publicis judiciis* Libr. IV y los divide en capitales y no capitales ó infamantes.

En nuestra legislación de procedimiento criminal venidera se nota una marcadísima tendencia á aumentar el número de estos delitos. Todos los proyectos de código de enjuiciamiento criminal, tanto el de los señores Reyes y Lira como el del señor don M. E. Ballesteros sometido á la aprobación del Congreso y que mui pronto será ley de la República, tienden á este fin. Para probar esto nos bastará copiar algunos artículos de este último, dejando para otro número las observaciones que nos sujere el estudio de algunos numerandos de esos artículos. Helos aquí:

*Artículo 34. No podrá ser ejercitada por el ministerio público ni por otra persona que los ofendidos ó sus representantes legales las acciones que nacen de los delitos siguientes.*

1.º *Vejación injusta contra las personas ó upremios ilegítimos é innecesarios impuestos por empleados públicos en desempeño de un acto del servicio;*

2.º *Retardo ó denegación á los particulares de la protección ó servicio que debe dispensarles un empleado público en conformidad á las leyes y reglamentos;*

3.º *Negativa para dar certificación ó testimonio, ó impedimento para presentar ó dar curso á una solicitud efectuados por un empleado público;*

4.º *Comunicación fraudulenta de los secretos de la fábrica en que el culpable está ó ha estado empleado;*

5.º *Amenazas de atentado contra las personas ó contra la propiedad;*

6.º *El estupro que puede tambien ser perseguido por los padres ó abuelos de la persona ofendida aunque no la represente legalmente;*

7.º *El adulterio que solo dá acción al marido contra la mujer no divorciada perpétuamente y contra el adúltero, debiendo iniciarse y seguirse la querrela precisamente contra ambos culpables á menos que uno de ellos falleciere;*

8.º *El mantenimiento de una manceba dentro de la casa conyugal, ó fuera de ella con escándalo, debiendo*

*perseguirse este delito por la persona en la forma indicada en el número precedente;*

9.º *El matrimonio del menor llevado á efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado á autorizarlo; entendiéndose abandonada esta acción cuando la acusación no se entablare en el término de dos meses despues de tener conocimiento de la celebración del matrimonio;*

10.º *La provocación á duelo y el denuesto ó descrédito público inferido á otro por no haberlo aceptado;*

11.º *La calumnía é injuria contra personas privadas, delitos además que pueden ser perseguidos por el cónyuge, los hijos, nietos, abuelos y hermanos legítimos, y por los hijos y padres naturales del ofendido que se encuentre moral y físicamente imposibilitado.*

*Si hubiere muerto el ofendido, las mismas personas y además su heredero pueden deducir las acciones correspondientes;*

12.º *La usurpación;*

13.º *Las faltas clasificadas en los números 20 y 21 del artículo 494; 8, 11, 28, 33 y 34 del artículo 496 y en el artículo 497 del Código Penal.*

Algunos otros artículos tratan de algunos delitos ya reconocidos por nuestra legislación actual como no pesquisables de oficio; y de desear es que estos artículos no se aprueben por el Congreso sin modificarlos. Mas adelante espondré las razones que me asisten para pensar de esta manera.

4.—Es mui conveniente que en nuestra legislación penal existan algunos hechos criminosos en que la acción penal pública no pueda ser ejercitada para la persecución de ellos, por las razones que luego apuntaremos. Gasi todos estos delitos como hemos visto por lá simple enumeración que de ellos hemos hecho, irrogan un daño al honor del individuo, honor que á ninguna persona, ni aún á la autoridad, so pretesto de que ningún hecho punible quede sin

la debida corrección, es dado divulgar cuando éste se ha perdido, como sucedería si se pesquisarán de oficio. Colardeau con muchísima razón ha dicho en una de sus máximas que «los derechos mas sagrados son los derechos del honor.» La sociedad mira con repulsión y desprecio al individuo que olvidando sus deberes mancha su honor con hechos torpes y vergonzosos y de esta manera pierde su reputación. Que la sociedad castigue con su aversión á este individuo bueno y justo es, puesto que por su propia voluntad se ha hecho reo de esos vergonzosos actos. Pero, esta misma sociedad, tal como está constituida, es injusta y cruel en muchos casos: hace recaer su sanción sobre personas que ninguna culpa tienen, que no han cometido por su propia voluntad ningún acto de que puedan ser responsables, sino que han sido víctimas de un atentado violento á su honor y solamente han cedido á amenazas ó á fuerzas mayores, ó han caido en las redes de perverso y astuto seductor quizá si despues de ruda batalla moral, ó son completamente inocentes no habiendo sido ni aún las víctimas directas del hecho consumado. Por ejemplo, una joven que haya sido robada violentamente, violada ó estuprada puede decirse que ninguna culpa tiene, principalmente en los dos primeros casos; pero á pesar de eso jamás encontrará un hombre que sabiendo lo que le ha sucedido quiera hacerla la compañera de su vida dándole su nombre, y nunca se oirá llamar legitimamente con el nombre de madre; y si encuentra ese hombre que venciendo las necias preocupaciones sociales la haga su mujer, ese marido jamás podrá acallar en su conciencia ese «que dirán» y con esto necesariamente tendrá que formar uno de tantos hogares desgraciados. La mujer adúltera arroja sobre personas completamente inocentes (su marido, sus hijos) una mancha que ni el tiempo ni talvez la distancia podrán hacer desaparecer; y ese marido, esos hijos tendrán algun día que bajar su

frente cubierta por el sonrojo de la vergüenza cuando á cualquiera se le antoje (permítaseme la palabra) recordarles la falta de su mujer y madre. Por todas las personas nombradas, por esa joven, por ese marido, por esos hijos tendrán algunos frases de compasión y dirán: «¡Pobres víctimas!» pero la sociedad, lo repito, es injusta, severa con la injusticia porque juzga y sentencia sin ninguna compasión para estos inocentes y hasta perdona al que hizo posible con su conducta estas desgracias.

La ley penal que debe tener por base la estricta justicia y que debe ser ante todo moral no ha podido mirar con indiferencia que estos delitos queden impunes, á pesar de ser mas desmoralizadora la publicidad de ellos que la no intervención de ella en esta clase de hechos, y por esto trató de conciliar en lo posible el interés de conservación del orden público, objeto de la lei amenazado con la impunidad de estos hechos y el interés de los individuos á quienes con la acción penal pública perjudicaría notablemente en su honor acarreándoles males inmensos que muchas veces no merecen como ya lo hemos dicho. Dejó, pues, lo repito, por consideracion al honor de las personas, á la disciplina del hogar doméstico y á las buenas costumbres, en completa libertad á los ofendidos y á las personas que ella designa para callarse sufriendo en silencio su deshonor, ó les concede la exclusiva facultad de hacer castigar, mediante su denuncia ó acusación, al delincuente, haciendo de esta manera pública su deshonor con el estrépito judicial y sabedora á la sociedad muchas veces de vergonzosos misterios que hieren de rechazo la moralidad pública como ya lo hemos dicho también.

Solamente en rarísimos casos autorizaríamos la persecución de oficio en estos delitos; v. gr. en el rapto cuando concurren en él circunstancias de publicidad, como sucedería en el caso que la prensa se haya ocupado de él publicando avisos para inqui-

rir el paradero de la rapta y su raptor. En el delito de violación cuando éste se ha efectuado con publicidad v. gr. en las calles, de que desgraciadamente no faltan ejemplos. También somos partidarios de la persecución de oficio cuando los mencionados delitos se llevan á cabo en personas de corta edad y á viva fuerza. En este último caso la criminalidad del agente es mui grande, tanta perversidad de sentimientos demuestra que verdaderamente vacila el espíritu en decidirse si sería más acertado y útil para la sociedad el castigo del delincuente que las preocupaciones del honor. El estupro jamás debe pesquisarse de oficio, pues acarrea á la sociedad males mucho mayores descorrer el velo que oculta las miserias de muchos hogares que la impunidad del mencionado delito. Respecto del adulterio en ningún caso admitiríamos la pesquisa de oficio por mas público y notorio que sea. Siempre debe dejarse al marido, y principalmente si hay hijos, el derecho de juzgar cuando la compañera de su vida, cuando la madre de esos hijos ha faltado. Conocedor, como es, del carácter, de las costumbres, de las inclinaciones de su mujer, etc., ó de cualquier otra causa que puede haber influido para que ésta eche en olvido sus sagrados deberes, podrá decidirse ó no á entablar una acusación que talvez la conduzca á un presidio acarreando al mismo tiempo con su condenación, la deshonor para él y para sus hijos, porque es mui sabido que la culpa de los padres recae sobre los hijos que son inocentes:—qué esto no es justo;—así será, pero el legislador para poder dictar las leyes tiene siempre que tomar en consideración el estado social. La calumnia y las injurias pensamos que nunca deben ser pesquisables de oficio; solamente haríamos exepción á este modo de pensar cuando estas últimas consistan en ciertos hechos que sin causar menoscabo en las personas o en sus intereses, sin embargo son consideradas por el público como afrentosas, como serían, escupir en el

rostro ó dar en público una bofetada á un individuo. Autorizando, en estos casos, la pesquisa de oficio se evitaría que á cada instante los ciudadanos estuvieran espuestos á recibir semejantes vejámenes. Respecto de las calumnias inferidas á empleados públicos por actos concernientes á las funciones que desempeñan, siempre que las imputaciones estén calificadas como delitos por la ley, deberían pesquisarse de oficio. Por ejemplo, si se dijera á un juez que habia dado sentencia en el juicio cual á favor de fulano porque este le dió tal cantidad de dinero, ó que un jefe de aduana habia dejado internar mercaderías sin pagar los derechos exigidos por las tarifas aduaneras. Si los hechos en referencia fueran ciertos, más que seguro es que estos empleados en vez de recurrir á la justicia se abstendrían de hacerlo por el temor natural á las consecuencias que pudiera reportarles esa acusación. Igual cosa decimos respecto á las inferidas á altos funcionarios de la nación ó á corporaciones que la representan cuando desempeñan sus funciones de tal. Esas imputaciones no recaen sobre la persona particular sino sobre individuos que representan á la nación y de consiguiente la afrenta que á éstos se infiere, se infiere á la colectividad. La honorabilidad de los individuos nombrados en todos los casos anteriores, además de ser de verdad, se necesita que el público esté convencido de ella, de otra manera sobrevienen las desconfianzas y las dudas que tanto perjudican á los que necesitan de los servicios de estas personas. Lo repito, estos son los únicos casos en que debe darse cabida á la acción penal pública en los delitos de calumnia é injuria.

El célebre criminalista Garofalo ha dicho con muchísima razón que las leyes que hacen distinción entre las acciones privadas y las acciones públicas, tratándose de delitos, favorecen á los criminales. En efecto, es una verdad que así como los delitos no pesquisables de oficio tienen sus venta-

jas, así tambien presentan inconvenientes de mayor ó menor transcendencia. Cuando se castiga alguno de estos delitos no se toman en cuenta las reincidencias y muchas otras causas como se hace con los demás hechos punibles y todo, hasta el castigo, queda sujeto al criterio de un individuo que muchas veces no obra como ofendido sino en el carácter de representante legal de éste. En otras ocasiones la persona ofendida perdona la ofensa que se le ha inferido procediendo talvez con demasiada nobleza. Otras veces el ofensor ocupa una alta posición social, ya por su fortuna, ya por sus influencias y es más que seguro que se valdrá de todos los medios que dicha posición le concede para hacer guardar silencio á los ofendidos. En todos estos casos el delito queda impune. La sociedad llamada como está á procurar la mayor suma de bien posible á los asociados reprimiendo todos los hechos que les irroguen daño en sus personas ó en sus intereses no debe dejarlos jamás sin castigo, de otra manera su repetición aumenta progresivamente. Si bien es cierto que la sociedad tiene menos que sufrir con los delitos que hemos mencionado, á la larga le irrogan un mal más ó menos formidable con esa repetición. Más todavia, concediendo á una persona la exclusiva facultad de acusar ó denunciar ese delito es concederle una patente (permítaseme la frase) para privar de su libertad a un individuo cuando mejor le acomode; es dejar al ofensor en el goce de una buena fama para el resto de la sociedad hasta que el que tiene poder para quitársela se le ocurra hacerlo, haciendo recaer sobre él una sentencia que lo infame; es hacer que este acusador, prive al ofensor hasta de sus derechos políticos, privación que acompaña siempre á las penas, impuestas por una sentencia, que revistan cierta gravedad.

Si estos inconvenientes presentan, no diré que todos, sino algunos de los delitos mencionados reconocidos ya por nuestra legislación; si se aprueba

por el Congreso tal como está el Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal, mayor será el número y se harán sentir con mas fuerza estos, por ser mayor el número de los delitos y por no militar en favor de los nuevos hechos punibles no pesquizable de oficio las mismas razones de conveniencia que justifican la existencia de ellos en nuestra actual legislación. Dijimos en otra ocasión que dejaríamos para más adelante la facultad de hacer algunas observaciones que nos ha sugerido el estudio de algunas disposiciones del citado Proyecto, relativas á los delitos privados. Temeridad de parte mía es estar en discordancia con las opiniones de tan célebres jurisconsultos como son los autores de los distintos proyectos de código de enjuiciamiento criminal; sin embargo, me parece que los artículos que he copiado más arriba son susceptibles de algunas observaciones más ó menos fundadas, sobre todo el 34 que requiere, como ya lo hemos dicho, graves modificaciones.

En efecto en los primeros numerandos de ese artículo se trata de algunos delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus funciones. Si estos empleados han sido ocupados por el Fisco á fin de que presten sus servicios á la colectividad, es con la condición de cumplir debidamente con las obligaciones á que se han comprometido buscando y aceptando esos empleos; si así no lo hacen no cumplen con su deber, defraudan al Fisco ganando malamente su dinero, acarrear males al público, el servicio anda por el suelo, etc., etc. Si á un particular que veja injustamente á una persona ó comete cualquier de los delitos señalados en esos numerandos, la ley lo castiga procediendo de oficio, con mayor razón debe castigarse del mismo modo al individuo que prevaleándose de su empleo sirve mal y á más de este mal servicio ofende á la sociedad todavía. ¿I qué ventajas reporta la colectividad con la persecución privada de estos delitos? ¿No es

dar, al empleado público una garantía para que no cumpla con su deber con esta restricción de la ley? En verdad que no veo ninguna razón que pueda justificar el modo de proceder en estas causas. Se dirá que esos hechos no ofenden sino á determinadas personas; suponiendo que esto sea una razón, lo que está muy lejos de serlo, siempre resulta que así como á esas determinadas personas ha inferido, el empleado público, las ofensas de que tratan los tres primeros numerandos, así tambien lo hará con otros y de ese modo aumentarán los males que este empleado causa, porque las personas por temor á la venganza de éste se abstendrán de denunciarlo ó acusarlo, sobre todo si por su profesión ó por cualquier otra causa se ven obligadas á tratar siempre con él.

El numerando 4.º trata de la comunicación fraudulenta de los secretos de la fábrica en que el culpable está ó ha estado empleado. Dar cabida entre los delitos privados á un hecho semejante no nos parece bastante fundado. En este delito hay un abuso de confianza puesto que al divulgar un secreto que se pretende aplicar ó que ya se aplica á la industria de la fábrica es porque en su carácter de empleado ha logrado saber ese procedimiento. Comete tambien este empleado una especie de hurto que puede reportarle inmensos beneficios, hay de consiguiente intención de lucrar; es así que todo abuso de confianza y todo hurto debe pesquisarse de oficio, luego esta comunicación fraudulenta de secretos de una fábrica debe perseguirse de la misma manera.

El n.º 5 del artículo citado coloca entre los delitos no pesquisables de oficio las amenazas de atentado contra las personas y contra la propiedad. Aunque es muy difícil saber hasta donde pueden llegar estas amenazas, hasta donde pueden llegar las malas intenciones, si embargo trata de ellas nuestro Derecho Penal. Hablando en doctrina jamás debe la ley preocuparse de penar los actos de

pensamiento, puesto que el delito no se constituye sino del modo como hemos dicho al principiar esta memoria; pero ya que el Código castiga estas amenazas deben siempre perseguirse de oficio una vez que esos proyectos hayan llegado á oídos de la justicia por cualquier conducto. No hay duda que sería muchísimo mejor en estos casos prevenir el delito haciendo vigilar al individuo que amenaza por medio de una buena policía y no imponerle un castigo ó privarle de su libertad cuando se teme que este futuro delincuente trate de llevar á efecto sus malvados proyectos; de otra manera, la pérdida de esa libertad ó el castigo que se le impusiera, contribuiría á exasperarlo y trataría más que nunca de llevar á cabo sus amenazas, sobre todo si fuera la persona directamente amenazada la que por medio de su *denuncia* ha hecho recaer sobre él el castigo señalado por la ley. De ese modo, repito, por espíritu de venganza tal vez cometería el hecho con que amenazaba, hecho que quien sabe si antes no existía en su cerebro sino como una simple fanfarronada.

Los números 6, 7, 8, 9, y 11 tratan de delitos reconocidos ya por nuestra legislación como no perseguibles de oficio.

El número 10 coloca en la categoría de los delitos no perseguibles de oficio la provocación á duelo y el denuesto ó descrédito público inferido á una persona por no haberlo aceptado. Si desde el año 1875 fecha en que comenzó á regir nuestro Código Penal, los tribunales en rarísimas ocasiones han tenido que intervenir en causas semejantes á pesar de estar autorizado por la ley el pesquisamiento de oficio, ¿intervenirían alguna vez los tribunales si el Congreso, en mala hora llegara á conceder acción privada para el pesquisamiento de este delito?—Nos parece que jamás. Para pensar de esta manera nos basta ver cuando y entre que clase de personas tienen lugar los desafíos ó retos á duelo. Un individuo del pueblo, un gañan jamás recurre á las armas para

lavar su honor como se dice en la jerga de los duelistas. Es entre las clases de elevada posición social donde generalmente tienen lugar en virtud de añejas y necias preocupaciones de honor. ¿Y estas personas irán alguna vez ante la justicia á denunciar la provocación á duelo? ¿Quién podrá más, el cumplimiento de un deber voluntario impuesto por la ley ó esas ridículas preocupaciones? El individuo que rechaza un duelo, es muy sabido, queda como un cobarde ante cierto grupo de la sociedad ¿y cómo quedaria si denunciara la provocación á la justicia para que ésta la castigara? El fin que tuvo nuestro Código al penar la provocación á duelo fué, sin lugar á duda, reprimirlo desde sus primeras manifestaciones, y tan noble propósito se echa por tierra con esa disposición del Proyecto. Ninguna observación nos merece el denuesto ó descrédito público inferido á una persona por no haberlo aceptado por ser ya un caso previsto en nuestro Código que lo califica, cuando esa provocación no está penada ni prescrita, como una calumnia y en consecuencia como tal debe castigarse.

La usurpación, si se aprueba tal como está el Proyecto, llegará á ser un delito privado. Este delito está señalado en el n.º 12 del artículo 34. El individuo que con violencia en las personas se apodera de un inmueble ó toma posesión de él mientras el dueño permanece ausente y volviendo éste lo repele violentamente, comete una especie de robo de inmueble (valga la frase.) Como es consiguiente el acusador apoya su acusación ó querrela en la posesión ó en el dominio de la cosa usurpada y el acusado ó querrellado de usurpación se exepcionará, casi siempre, afirmando que es el poseedor ó el dueño del inmueble objeto de la querrela, y de aquí resulta que la justicia criminal se verá obligada á conocer al mismo tiempo de una cuestión civil sobre la legitimidad ó ilegitimidad de la posesión y de otra cuestión criminal para imponer la pena al usurpador.

Esto puede dar origen á dos sentencias contradictorias cuando conocen de estas causas dos jueces de distinta jurisdicción, sentencias que perjudicarán notablemente el prestigio de los tribunales. Lo primero que en estas cuestiones debe hacerse, es que las acciones penales que nacen de los delitos de esta naturaleza no se hagan valer sino después de un juicio civil de lato conocimiento en que después de concienzudos y prolijos debates se resuelva á quien pertenece el dominio ó propiedad del inmueble. Si resulta que verdaderamente ha habido usurpación el juez debe proceder de oficio, tomando como base esa sentencia civil que hará plena fé respecto de quien es el verdadero dueño, para imponer la pena á que se ha hecho acreedor el usurpador; porque estos atentados violentos contra el derecho de propiedad cuyo fundamento es la Constitución y que es además una de las bases en que reposa toda sociedad bien constituida, perjudican notablemente el orden y tranquilidad pública.

No haremos observaciones de ninguna especie respecto de las faltas privadas consignadas en el artículo 34 n.º 13 por no estendernos demasiado.

Existe en nuestro Código Penal un delito que debía estar colocado en la categoría de los delitos privados, porque la persecución de oficio, que es la que rige para él, presenta iguales inconvenientes y acarrea los mismos y quizás mayores males para las víctimas de él que para las víctimas de los delitos de aquella clase. Este delito es el incesto.

5—El procedimiento en las causas criminales por delitos privados puede incoarse de dos maneras: 1.º por denuncia y 2.º por querrela ó acusación. Para la mejor comprensión de esta materia copiaremos aquellas disposiciones de derecho procesal consignadas por nuestro Código para esta clase de delitos. Respecto del rapto, la violación y el estupro son las siguientes:

Artículo 369: *No puede procederse por causa de estupro sino á instancia de la agraviada ó de sus padres, abuelos ó guardadores.*

*Para proceder en las causas de violación ó de raptó se necesita á lo menos, la denuncia hecha á la justicia por la persona interesada, por sus padres, abuelos ó guardadores aunque no formalicen instancia.*

*Si la persona agraviada, á causa de su edad ó estado moral, no puiere hacer por sí misma la acusación ó denuncia, ni tuviere padres, abuelos ó guardadores, ó teniéndolos se hallaren imposibilitados ó complicados en el delito podrá el ministerio público entablar la acusación.*

*En todo caso se suspende el procedimiento ó se remite la pena casándose el ofensor con la ofendida.*

*No produce estos efectos la proposición de matrimonio desechada por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto ó por el juez en su caso, ó cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal.*

Respecto de la calumnia é injurias, del matrimonio de menores sin el debido consentimiento y del adulterio se necesita de la instancia formal para que estos delitos puedan ser perseguidos. En cuanto á las personas que puedan instaurar la acusación en los primeros delitos (calumnia é injurias) además de la persona ofendida pueden tambien hacerlo, cuando esta se encuentre moral ó físicamente imposibilitada, el conyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos, los hijos y padres naturales y el heredero del difunto agraviado. Cuando la calumnia é injuria fuere dirigida contra las autoridades en su carácter de tales, contra el Presidente de la República, contra los ministros de las naciones estranjeras acreditados en Chile ú otros funcionarios que gocen de inmunidades diplomáticas aún de las calumnias ó injurias hechas en su carácter privado, el ministerio público es quién instaura la acusación previo el requerimiento de las personas nombradas.

En el segundo de los delitos nombrados entablan la acusación las personas llamadas á prestar al menor el debido consentimiento para que contraiga matrimonio. Y en el tercer delito mencionado solo el marido puede instaurar la querrela.

Por más que hemos meditado no hemos podido encontrar la razón porque el legislador en algunos de estos delitos exigió solamente la denuncia pura y simple al paso que en los otros exigió la instancia formal. Según mi modo de pensar creo que habría bastado unicamente la primera, puesto que si la sociedad ha renunciado á la pesquisa judicial de estos delitos lo ha hecho con el propósito único de conciliar sus intereses con los de las víctimas, ó más bien dicho en obsequio á la moralidad pública y al honor de los individuos quienes sufren más con la publicidad que acarrea el estrépito judicial. En consecuencia siendo el interés de la sociedad más remoto que el interés de estos, bastaría repetir, si estiman conveniente que se aplique al culpable la debida corrección, que hicieran presente al juez este deseo, y no obligarlos á que por los gastos que origina una instancia formal no puedan instaurarla ó tengan que abandonar la contienda por falta de recursos, quedando de esa manera impune un delito que el ofendido quiere que se castigue.

En el artículo 369 del Código Penal nos parece que hay un vacío respecto de las personas que pueden acusar ó denunciar. Si el rapto ó la violación recaen en una mujer casada ¿quién denunciará? ¿Serán los padres? Estos están ya completamente desligados de todo vínculo legal con la mujer casada. ¿Será la misma ofendida? Tampoco, porque es incapaz de parecer en juicio que no sea contra su marido, ó en causas criminales ó de policia en que se proceda contra ella. ¿Será el marido? La afirmación nos parece que carecería de fundamento suficiente, porque cuando la lei ha querido que este pueda entablar por su mujer las acciones correspondientes lo

ha dicho como sucede en la calumnia é injurias. No valdría tampoco objetar con la representación legal, puesto que cuando la ley requiere la intervención de los representantes legales en causas criminales también ha dicho: «sus padres, ó sus guardadores» pero en este caso no ha sucedido así. El Proyecto tampoco salva esta dificultad. En vista de esta omisión de la ley se irrogan otros gastos á los ofendidos, gastos de autorización del marido, ó del juez en su caso, á la mujer para que pueda parecer en juicio como acusadora.

Ahora, ¿el orden en que estan colocadas las personas en el mencionado artículo indica que es indiferente que la entable cualquiera de ellas ó indica exclusión ó preferencia de unas respecto de las otras? Nos parece mas acertado lo último, porque entendiendo de esta manera la disposición se evitan los inconvenientes que ocasionarían los conflictos entre el padre y la hija, por ejemplo, ó entre los abuelos y los guardadores si uno de ellos quisiera entablar la acusación ó denunciar y el otro nó. Si la ofendida es mayor de edad y no está bajo potestad marital nadie tendrá que inmiscuirse en sus asuntos, y ella solamente, verá lo que más le convenga si guardar silencio evitando la publicidad de su deshonor ó denunciar el hecho á la justicia; si es menor, ó es demente, etc., los padres juzgarán esa conveniencia, y así sucesivamente, pudiendo faltarse á este orden cuando los padres hayan sido privados de la patria potestad por su mala conducta ó estén comprometidos en el delito. Sin embargo, la opinión que tenemos es, que siempre debe consultarse la voluntad de la ofendida aunque sea menor, siempre que esta tenga el suficiente discernimiento, debiendo en todo caso prevalecer esa voluntad.

«Si el ofensor se casa con la ofendida se remite la pena ó se suspende el procedimiento.» «Si el ofrecimiento de matrimonio es desechado por la ofendida, ó los padres niegan el consentimiento, ó si el

matrimonio no pudiese verificarse por impedimento legal ó cualquiera otra causa no produce los efectos mencionados.» El artículo 370 del Código Penal impone al condenado por estos delitos, como vía de indemnización, ciertas cargas bastante duras para éste. Ambas disposiciones; la del artículo 369 y la del 370 respecto de las materias de que estamos tratando presentan algunos inconvenientes, y quien sabe si no sería mejor, aunque esto no lo decimos en absoluto, que no existieran tal como están esas disposiciones que en algunos casos son una arma magnífica puesta en manos de astutas mujeres para cazar algunos incautos. Y no se diga que exagero, pues por medio de perversas maquinaciones de las supuestas víctimas mucho más delincuentes que el presunto culpable, quizá, si muchas veces no se habrá obtenido cuando menos las dichas indemnizaciones: dote, y alimentos para una prole que talvez no tenga ningún parentesco con el acusado. Afortunadamente, como ha dicho alguien de congratularse es que estas penas no sean alternativas como sucedía en la antigua legislación.

El artículo 19 del Código Penal dice: «que el perdón de la parte ofendida estingue tambien la acción penal en aquellos delitos que no pueden pesquisarse de oficio». Este perdón que es una consecuencia lógica de la facultad de acusar ó denunciar estos delitos debe ser expreso para que pueda ser invocado como exepción, aunque no falta quien diga que cuando la parte guarda silencio por un tiempo más ó menos largo se presume que perdona, pero esta opinión, según mi criterio, no merece tomarse en cuenta puesto que la ley ha expresado siempre su voluntad en esta materia, como lo ha hecho en el adulterio en que el perdón del marido suspende el procedimiento ó remite la pena, aunque este perdón sea tácito como sucede cuando se vuelve á unir con su mujer; y en la calumnia é injurias en que se establece la presunción de

entenderse tácitamente remitidas cuando hubieren mediado entre el acusador y el acusado ciertos actos positivos que importen, en concepto del tribunal, reconciliación ó abandono de la acción. Sin embargo, en este caso los tribunales deben ser muy prudentes porque ¿qué mejor prueba que no se ha perdonado ó abandonado la acción que querellarse?

Ya que hablamos de plazos trataremos de aquellos en que prescriben las acciones penales emanadas de los delitos que no pueden pesquisarse de oficio. El Código Penal señala para el adulterio en el artículo 377 el plazo de un año contado desde el día en que el ofendido tuvo noticias de la consumación del hecho punible y el de cuatro meses cuando alguno de los culpables haya muerto siempre que este plazo se halle comprendido dentro del año en referencia. Cuando tratemos del adulterio en particular haremos algunas observaciones á cerca de este último plazo. En ningún caso podrá entablarse querrela por adulterio despues de transcurrido cinco años desde que se cometió el delito. Respecto del matrimonio ilegal de menores el artículo 385 señala el plazo de dos meses contados desde el día que los acusadores tuvieron conocimiento de la realización del matrimonio. La acción de calumnia é injurias, según el artículo 431, prescribe en un año contado desde el día en que el ofendido tuvo ó pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa. Más, en ningún caso podrán entablarse estas acciones despues de cinco años contados desde que se cometió el delito. Nada ha dicho la ley respecto al plazo en que prescriben las acciones emanadas de los delitos de raptó, violación y estupro como lo ha hecho con los demás delitos privados, y con este silencio de la ley el legislador ha significado que debe aplicarse la disposición general del artículo 94 del Código Penal, es decir, que estos plazos son de diez ó de quince años contados desde el momento en que se llevó a efecto el delito. Algo largo es este plazo y

no se vén las razones que ha tenido el legislador para no señalar, como lo ha hecho con los otros delitos, un plazo más corto. Este plazo, pensamos que debía ser de un año cuando más, contado desde que se cometió el delito. Si la víctima de un estupro, de una violación ó de un rapto no los denuncia dentro del año es porque ha juzgado más conveniente para sus intereses el silencio que el estrépito judicial. Además, este plazo es más que suficiente para mitigar sus sentimientos de rencor contra el culpable. El legislador no debía haber olvidado en esta materia la sabia regla de jurisprudencia que dice «que lo que se hace luego es más verdadero que lo que se hace después». Además, interesa mucho á la ofendida deducir cuanto antes su acusación, si es posible en los primeros días, porque las huellas que estos delitos dejan en las víctimas y muchas veces en el culpable suministran á la justicia uno de los más preciosos medios de prueba, desapareciendo despues de un plazo relativamente corto. La concesión de un plazo muy largo acarrea inconvenientes graves puesto que el culpable será tenido por mucho tiempo en buen concepto por la sociedad hasta que esta buena fama sea suspendida por la denuncia ó acusación.

Como en la mayoría de los casos es preferible un avenimiento extrajudicial á una sentencia condenatoria sería muy conveniente que en los casos de injurias, que muchas veces tienen lugar entre personas honradas y unidas por el vínculo de la amistad, el juez no recibiera la acusación sino después de un plazo de dos, tres hasta cinco días por ejemplo, desde que estas se infirieron, á fin de que pasadas las primeras impresiones producidas por ellas, haya lugar á que obre la reflexión calmando la cólera del ofendido, ó á fin de dar lugar á que otras personas mediante sus consejos induzcan al culpable á retratarse de sus impropiedades y á que se den mutuamente el ofensor y el ofendido leales y caballerezcas esplicaciones.

El papel del juez en los delitos no pesquisables de oficio, como un obsequio á la moralidad y buenas costumbres, debe ser más bien el de aveniror que el de representante de la ley encargado de aplicar el condigno castigo. En algunos de estos delitos ó más bien dicho en casi todos más que ofensa á la sociedad hay ofensa á un solo individuo, y aquellos que los cometen no son en la mayoría de los casos individuos criminales ó de malos antecedentes. Debe el juez, lo repito, citarlos siempre á un comparendo especial y procurar por cuantos medios legítimos tenga á su alcance, que en ese comparendo se dén por el acusado al ofendido toda clase de satisfacciones.

---

---

## CAPÍTULO II

### De los delitos privados en particular

1.º

#### DEL RAPTO

Las disposiciones de derecho sustantivo referentes á este delito son las siguientes:

Artículo 358. *El rapto de una mujer de buena fama ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será penado con presidio menor en su grado máximo á mayor en su grado mínimo. Cuando no gozare de buena fama la pena será presidio menor en cualquiera de sus grados.*

*En todo caso se impondrá la pena de presidio mayor en su grado mínimo á medio cuando la robada fuere menor de doce años.*

Artículo 359. *El rapto de una doncella menor de veinte años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

Artículo 360. *Los reos de delito de rapto que no dieren razón del paradero de la persona robada ó esplicaciones satisfactorias sobre su muerte ó desaparacimiento incurrirán en la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.*

El artículo 368 impone estas penas en sus grados máximos cuando éste ha sido cometido por autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado ó persona encargada por cualquier título de la educación, guarda ó curación de la persona ofendida.

El artículo 371 castiga como autores á los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad cooperan como cómplices á la perpetración del rapto, siendo además, los maestros ó encargados de la educación y dirección de la juventud, condenados á inhabilitación especial perpetua para el cargo y oficio. El artículo 372 condena á las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y á no ser oídos como parientes, en los casos que determina la ley, á las personas antedichas, sujetándolas además á la vigilancia de la autoridad por un tiempo que el tribunal determine.

En estas disposiciones no se define el rapto sino que se señalan las penas con que se castiga; pero hay lugar á distinguir dos especies en los cuatro casos que en esos artículos se consignan. Estas especies son: el rapto cometido con violencia y el que se efectúa con la voluntad de la rapta induciéndola á abandonar el hogar doméstico. Los cuatro casos de rapto son los siguientes:

(1) El rapto de una mujer que goza de buena fama ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas;

(2) El rapto de una mujer que no goza de buena fama ejecutado en las mismas condiciones que el anterior y con iguales propósitos;

(3) El rapto de una menor de doce años, háyase ó no empleado la violencia y sin distinguir si es ó no de buena fama; y

(4) El rapto de una doncella mayor de doce años y menor de veinte, efectuado con su anuencia.

La división del rapto en dos especies arranca de remota antigüedad. El rapto cometido con violencia se confundía en la legislación romana con la violación, y suponía que este delito tenía por objeto único aquella siendo ésta el resultado de la consumación de aquel. Si el rapto se cometía sin violencia, ó en otros términos, con el consentimiento de la

mujer, no cambiaba por esta circunstancia, de carácter para aplicar el castigo ó pena; jamás se suponía libre el consentimiento y si que estaba viciado ya por arrancarse por sorpresa ó astucia, ya por la inesperienza, ya por la debilidad de la mujer. Casi todas las legislaciones antiguas distinguían espresamente estas dos especies de rapto: RAPTO DE VIOLENCIA y RAPTO DE SEDUCCION. El primero no era sino el medio de llevar á cabo una violación y según lo definen los señores Chauveau y Hélie en su obra THEORIE DE CODE PENAL Tomo IV era: «el acto de arrebatarse de la casa paterna á una doncella ó á una mujer contra su voluntad con el objeto de gozar de ella carnalmente». El objeto como se vé era el goce carnal. El segundo lo definen diciendo que «era el acto de arrebatarse á un menor, hombre ó mujer, sin violencia y sin que sus padres lo supieran, de consiguiente contra la voluntad de estos, con el objeto ya de arrastrarlo al libertinage, ya para llevar á efecto un matrimonio clandestino». Esta última especie la llamaban comunmente los antiguos *raptus in parentes* porque suponían que robar a una persona que estaba bajo patria potestad ó bajo tutela ó curaduría, contra los padres, contra los tutores ó curadores se cometía el delito, infiriéndoles de esta manera una gravísima injuria; y por esta causa, á pesar de que este se llevaba á efecto con el consentimiento de la persona robada, la delincuencia del raptor era mucho mayor y más odiosa que cuando el rapto se consumaba por el temor ó la fuerza.

El Código Civil en su artículo 287 inciso 2.º define el rapto diciendo: «El hecho de seducción á una menor, haciéndola dejar la casa á cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza.» Tácitamente dá á entender que reconoce las dos especies de rapto, pero el rapto de seducción de la legislación civil es más comprensivo que el rapto de la misma especie de la legislación penal, pues incluye en él el rapto de toda clase de mujeres, sean vírgenes ó no,

sean solteras, viudas, etc., exigiendo respecto de la edad que la rapta sea menor de veinte y cinco años, al paso que el rapto de seducción de la legislación penal comprende unicamente el rapto de una doncella (virgen) mayor de doce años y menor de veinte.

Desde lejanos tiempos encontramos severas penas contra este delito.

La legislación romana señalaba á los raptores la pena capital.

La legislación española antigua era bastante severa en esta materia.

El Fuero Juzgo disponía que el raptor perdiera la mitad de sus bienes á favor de la ofendida, en el simple rapto, es decir cuando no se consumaba el abuso deshonesto.

Las leyes de Partidas señalaban á los raptores de mujer virgen ó casada, ó religiosa ó viuda que vive honestamente en su casa, la pena de muerte y la pérdida de todos sus bienes á favor de la mujer robada. La misma pena tenían los que á sabiendas ayudaban á robarla. Si la mujer no era de buena fama el raptor estaba sujeto á una pena arbitraria que el juez imponía atendidas las circunstancias de este y de la mujer, y del tiempo y lugar en que se llevó a efecto el delito.

La actual legislación penal española castiga el rapto con violencia y el de una menor de doce años, con la pena de cadena temporal que dura de doce á veinte años; y el rapto de seducción, con la de prisión menor que dura de cuatro á seis años.

El Código belga lo castiga con reclusión de cinco á diez años si la rapta es menor de diez y seis años y ha habido violencia, amenaza ó astucia, en caso contrario con prisión de dos á cinco años si el raptor es mayor de edad y si es menor con prisión de tres meses á un año.

El Código italiano impone al raptor la pena de uno á diez años de relegación siempre que se haya co-

metido con *violencia* y el raptor sea mayor de veintidós años, y con cárcel de seis meses á tres años si es menor. A primera vista parece que esta pena es muy subida pero examinándola bien se llega al convencimiento de que es algo suave. En efecto, la pena de relegación no es pena de las clasificadas como infamantes, y se cumple, no en las penitenciarías ó presidios, sino en un castillo ó en un lugar fortificado. También es digno de notarse que este Código no castiga sino el rapto cometido con violencia y escluye todo otro medio hasta la astucia.

El Código francés señala para este delito la pena de cinco á veinte años de trabajos forzados, si se ha llevado á efecto por medio de la violencia y la rapta es menor de diez y seis años. Si el raptor es menor de edad (21 años) la pena es presidio de dos á cinco años.

La generalidad de los códigos de las demás naciones europeas y de algunas americanas castigan este delito con una pena menor que la que señala el nuestro.

Podemos afirmar que no hay diferencia esencial entre la legislación antigua y la actual; solamente ha variado la penalidad. Nuestro Código Penal obrando de una manera justa y lógica distingue entre la buena ó mala fama de la mujer robada para imponer una pena mayor ó menor. Sin embargo, entre las mujeres de esta última clase hay lugar á distinguir, á las que han hecho del tráfico de su cuerpo una profesión habitual, como son las ramerías, y aquellas que ya han perdido su virginidad pero que no se dedican á ese infame tráfico. Según mi criterio, debía el legislador haber dispuesto que si la mujer robada hubiere perdido su virginidad á consecuencia de una violación se la considerase de buena fama para penar al raptor, ó cuando menos haberlo castigado con una pena especial como lo hizo para la menor de doce años.

El primer caso de raptó, consignado en la primera parte del artículo 358 inciso 1.º, se castiga con una pena que me parece bastante desproporcionada; es de las llamadas afflictivas y comprende de tres años y un día á diez. ¿Qué es lo que se castiga con esa disposición?—La violencia y la intención deshonesta. Ya hemos dicho en otra parte que todos los tratadistas están acordes en que nunca se deben penar las meras intenciones porque ellas no revelan si el individuo tiene voluntad firme de cometer los hechos que son objeto de esa intención, y además, porque es muy difícil, por no decir imposible, producir una prueba acerca de ellas. Si, por ejemplo, Estanislao se roba á Manuela sin la intención que requiere este delito, será castigado con una pena que está muy distante de ser tan grave como la que se le impondría en caso contrario. Es pues la intención deshonesta lo que contribuye á aumentar la penalidad de una manera considerable.

La segunda parte del artículo en referencia, pena el raptó de una mujer de mala fama ejecutado contra su voluntad y con las mismas intenciones, con presidio de sesenta y un día á cinco años. Máximum de penalidad que tambien encontramos bastante desproporcionado pues es afflictivo. Si examinamos bien este caso de raptó veremos que no entraña para el honor de las ofendidas consecuencias de mucha trascendencia, salvo el caso en que estas lo hubieran perdido á consecuencia de una violación, y ni aún asi puesto que ya nada tan importante tienen que perder.

El tercer caso de raptó, contemplado en el mencionado artículo inciso segundo, es el de una menor de doce años, raptó que se castiga con la pena de penitenciaría de cinco años y un día á quince años. Los motivos que ha tenido presente el legislador para señalar una pena que es tan severa, pues es igual a la pena impuesta al homicidio simple, crimen que jamás puede tener un punto de compara-

ción con éste, han sido proteger la inocencia y castigar el abuso que se comete al yacer con una mujer que aún no es apta para la generación. Esta edad de doce años que fijó el legislador, para declarar de conformidad con el Código Civil que sienta como una verdad incontestable que «la mujer es púber por el solo hecho de tener doce años,» carece de fundamento científico. En efecto, la ciencia fisiológica nos enseña que la aparición del fenómeno de la pubertad está principalmente subordinado á las influencias climatéricas y secundariamente al temperamento, á la herencia, á los refinamientos del lujo, etc., y á otras causas que obran en un número reducido de mujeres. Repito, para ser verdaderamente científica la base del legislador y señalar en conformidad á esta base, la edad en que aparecen estos fenómenos, debió haber tomado en consideración el clima de nuestro país que es de los mas variados, variación que obedece á su grau longitud; y por esta causa puede, decirse, que está sometido á la influencia de las tres zonas: la tórrida, la templada y la glacial. En nuestras provincias del norte con un clima ardiente la pubertad aparece más temprano que en las provincias del centro sometidas á la influencia de la zona templada, y mucho más tarde aparece todavía en las apartadas regiones australes, particularmente en Magallanes, con un clima por demás frío, pues la mayor parte del año domina una temperatura que es inferior á 0.<sup>o</sup> Además, el hecho de fijar una edad para que se pueda cometer un delito mas grave, es sentar un principio que no corresponde á la realidad de las cosas, es suponer que una muchacha, por el solo hecho de tener doce años, conoce ya la vida y sabe distinguir el bien del mal, negando á la menor de esa edad, pero que ya está muy proxima á ella, la carencia absoluta (permítaseme decirlo) de esta facultad, cuando la esperiencia diaria nos demuestra que una joven de diez años puede muchas

veces tener mayores conocimientos de la vida y razonar tanto ó quizá más que una de catorce.

En cuanto al cuarto caso de rapto, consignado en el artículo 359, es castigado con la pena de sesenta y un día á cinco años de presidio. Esta pena también la encuentro desproporcionada en cuanto á su máximo, si bien el juez tiene la facultad de recorrer esa amplia escala penal y tomar en consideración el cúmulo de circunstancias que pueden agravar este hecho y que han escapado al legislador. Siempre el legislador sentando un principio, que como ya lo hemos dicho, no corresponde a la realidad de las cosas, al fijar una edad para cometer un delito que no merezca pena tan grave ó que por el solo hecho de tenerla desaparezca. Si la mente del legislador fué. castigar como delito un hecho que no es libre y espontáneo, en vista del poco discernimiento de una jóven, ó de su poco conocimiento de la vida, debía haber dejado al juez la facultad de apreciar estas circunstancias y no fijar una edad pasada la cual ya desaparece el hecho punible.

Como hemos manifestado que encontramos desproporcionadas las penas asignadas por el Código á este delito, señalaríamos, para los cuatro casos en él consignados, las siguientes:

En el primer caso, la pena de presidio menor en su grado medio á máximo y aplicaríamos el mínimo cuando el raptor no hubiera llevado á efecto sus miras ó intenciones deshonestas; si éste hubiera llevado á efecto esas miras y hubiere cometido un estupro, debería considerarse revestido el delito de una circunstancia agravante para aplicar el máximo; y cuando hubiere llevado á efecto una violación, considerarlo revestido de más de una circunstancia agravante y aumentar de esta manera la pena. Señalamos como circunstancias agravantes dichos delitos, porque la historia de la lei nos revela que el legislador los consideró como una consecuencia necesaria del rapto.

En el segundo caso señalaríamos la pena de presidio menor en sus grados mínimo á medio debiendo aplicarse en el grado mínimo siempre que la rapta fuere una prostituta.

En el tercer caso señalaríamos la pena de presidio menor en su grado máximo á mayor en su grado mínimo siempre que constare que la mujer era impúber, y que aún no tenía el suficiente discernimiento; circunstancias que el juez podría conocer mediante el interrogatorio de la ofendida, de las indagaciones que podría hacer practicar acerca de las relaciones que hubiere tenido ésta, de la conducta de su familia, de la mayor ó menor libertad que hubiere gozado, etc; interrogatorio é indagaciones que en todo caso suministrarían también una prueba del grado de criminalidad del raptor. Para saber si la mujer era impúber, debería fijarse por la ley una edad menor en que con certeza casi absoluta se supusiere que la muchacha lo era, y otra mayor de los doce años señalados por el Código, en que con igual certeza se supusiere que esta había dejado de serlo. Entre estos dos extremos debería dejarse al juez la facultad de informarse de si la mujer es impúber ó no mediante el dictamen de médicos peritos. Si el rapto de esta clase de mujeres se hubiere llevado á efecto por medio de la violencia, debería considerarse este hecho como circunstancia agravante. Igualmente, haríamos estensivas á este caso las circunstancias agravantes señaladas en el primero cuando haya habido abuso carnal; abuso que por el solo hecho de llevarse á efecto en una impúber se presume de derecho por la ley que es violación.

Para el rapto de seducción de una menor de veinte años señalaríamos la pena de presidio menor en su grado mínimo á medio, tomando como punto de partida respecto de la menor edad una mayor de doce para suponer con certeza que esta es ya apta para la generación, y una edad algo más baja que

los veinte señalados por el Código para presumir con mayor certeza que la inteligencia de la rapta tiene el suficiente conocimiento de ciertos hechos que no pueden ser ignorados por una que tenga el completo desarrollo intelectual, para de esta manera aplicar el máximun de la pena previo interrogatorio del juez á quien se concedería la facultad de apreciar estas circunstancias. Entre esta última edad y los veinte años aplicaríamos siempre el mínimun, porque es de presumir con entera certeza que la mujer tiene el completo desarrollo de sus facultades; circunstancia que como lo hemos dicho fué el motivo porque el legislador penó este hecho, y no como una injuria hecha á los padres ó á las personas á cuyo cuidado estaba la rapta, como se suponía en tiempos que fueron.

Finalmente, encontramos muy acertadas las disposiciones de los artículos 360, 368, 371 y 372: la del primero, porque si los raptos de una mujer no dan noticias de su paradero ó esplicaciones satisfactorias acerca de su muerte ó desaparecimiento, tiene en su contra una presunción que para ellos es fatal, porque es casi seguro que en la rapta se ha llevado á cabo, quien sabe si un atentado más criminoso, talvez un asesinato que por el solo hecho del rapto presupone que ha habido premeditación y en consecuencia puede mirarse ya como calificado. Las disposiciones consignadas en los artículos siguientes que hemos enumerado son acertadas porque aplican una merecida pena á individuos cuyos sentimientos son por demás pervertidos, puesto que prevalidos de su autoridad abusan de una persona á que están obligados á socorrer y á dirigirlas por el camino del deber.

---

## DE LA VIOLACIÓN

Las disposiciones legales sobre la materia son las siguientes:

Artículo 361. *La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.*

*Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:*

1.º *Cuando se usa de fuerza ó intimidación.*

2.º *Cuando la mujer se halla privada de razon ó de sentido por cualquier causa.*

3.º *Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concurren ninguna de las causas espresadas en los números anteriores.*

Artículo 362. *Los delitos de que trata este párrafo se consideran consumados desde que hay un principio de ejecución.*

Son también aplicables á este delito los artículos 368, 371 y 372 en la misma forma que para el rapto.

La definición de violación surge del artículo 361 cuando dice en que caso se comete.

En casi todos estos delitos ha variado inmensamente la penalidad en el transeurso de los siglos y actualmente se nota, en las legislaciones de los distintos países europeos y americanos, una marcada tendencia á quitarles el carácter afflictivo propio de delitos de otra naturaleza. Sin embargo, como ya lo hemos notado al tratar del rapto y como lo veremos al tratar de los otros delitos privados, aún es muy severa la pena en los códigos modernos.

La violación cuyos elementos característicos son el ilícito ayuntamiento carnal y el no consentimiento de la mujer ó más propiamente cualesquiera de las circunstancias consignadas en los tres números del artículo 361, ha sido castigada con penas severas por demás en las antiguas legislaciones.

La legislación romana la castigaba con la pérdida de la mitad de los bienes del forzador, si la ofendida era mujer ilustre y con la pena de relegación si ésta era de condición humilde.

El Fuero Juzgo, cuando el forzador era hombre libre, con la pena de cien azotes siendo dado por siervo á la mujer que había violado.

El Código de las siete Partidas le imponía las mismas penas que al raptor. Presumía de derecho que había violación en el abuso carnal de una menor de doce años y castigaba el principio de ejecución lo mismo que el delito consumado.

Entre las legislaciones actuales citaremos solamente algunas.

El Código español, del cual está tomado el artículo 361 del nuestro, le asigna la pena de cadena temporal, pena que comprende de doce á veinte años.

El francés lo castiga con la pena de trabajos forzados pena que se estiende de cinco á veinte años. Si la violada es menor de trece años se aplica al forzador el máximun de la pena. Este Código supone que lo que constituye este delito es la fuerza ó la intimidación y nunca castiga como violación, como lo hace el nuestro, el español y varios otros el hecho de abusar de una menor de cierta edad (doce años entre nosotros) con su consentimiento, hecho que el citado código castiga, como *atentado al pudor* cometido en la persona de un *niño ó niña*, con la pena de cinco á diez años de reclusión.

El belga con prisión de uno á cinco años si ha habido astucia ú otro medio parecido, y si ha habido fuerza con reclusión. Castiga del mismo modo que el francés la violación de una menor de catorce años y

la pena de trabajos forzados dura de diez á quince años.

El alemán con la pena de reclusión que comprende de uno á quince años.

El italiano le impone la pena de uno á diez años de relegación.

En general el artículo 361 adolece de gravísimos defectos y nos parece que la comisión redactora no se tomó más trabajo que adaptar la terminología de nuestro derecho penal á la disposición del Código español y disminuir en algo siquiera la penalidad, faltando al principio de estricta justicia que debe tenerse siempre presente para imponer penas y aún á la lógica. Verdaderamente que nos causa admiración esta especie de olvido de semejantes principios cuando nos basta hojear la Gaceta de los Tribunales para ver que la práctica de ellos bajo el imperio de la antigua legislación distinguía entre la buena y mala fama de la mujer violada para imponer á los forzadores de una mujer de la última categoría, una pena que estaba muy distante de revestir tan graves caracteres como el mínimun que señala la legislación actual.

El primer caso de violación es cuando se yace con mujer usando de la fuerza ó intimidación. Cuando se emplea la fuerza no es muy fácil apreciar el grado de resistencia que ésta puede oponer al que pretende satisfacer sus brutales deseos. Esta cuestión es la que presenta más dificultades en la práctica. Los antiguos jurisconsultos daban á los jueces, poco mas ó menos, las siguientes indicaciones: » Esa resistencia, decían, debe ser constante, es decir, tan enérgica al principio como al fin, de tal manera que si la mujer cede en lo más mínimo se presume que presta su consentimiento; siendo además evidente la desigualdad entre las fuerzas físicas del hombre y las de la mujer, etc. » La sentencia de aquel célebre gobernador de la ínsula Barataria,

por tantos autores citada, suministra á los tribunales una magnífica lección para llegar al conocimiento de la verdad. También suministrarán á los jueces preciosos datos para fallar con justicia las indagaciones que pueden hacer practicar para informarse de las costumbres de la ofendida, del medio social en que ha vivido, etc., y el interrogatorio á que debe someterla. Más de alguna vez habrán tenido que intervenir los tribunales en causas en que los móviles que han inducido á algunas á denunciar á individuos que por su naturaleza débil y enfermiza se presume que son incapaces de llevar á efecto un atentado semejante, no han sido otros que escusar su debilidad con una pretendida violación, ó atrapar una dote ó un esposo que nunca podrá ser un buen marido.

El segundo caso de violación es cuando se abusa de una mujer que se halla privada de la razón ó del sentido por cualquier causa. Es muy común este caso de violación que muchas veces se efectúa en mujeres que se encuentran sometidas á la influencia del alcohol, y en otras ocasiones los autores son personas instruidas, en su mayor parte profesionales que abusan de sus conocimientos acerca de las propiedades hipnóticas del cloral, opio, cloroformo, hipnona, etc. La generalidad de los autores de semejante atentado son personas honradas que no hallando otra manera de satisfacer sus pasiones recurren á estos medios, al contrario de lo que sucede en el primer caso en que la generalidad de las violaciones son cometidas por malhechores ó bandoleros cuando llevan á cabo sus correrías.

El tercer caso de violación es cuando se lleva á efecto en una menor de doce años haya ó no intervenido la fuerza. Respecto á la edad menor de doce años, que es el requisito indispensable para que haya violación cuando la mujer ha prestado su consentimiento, ya hemos dicho en el rapto que no está conforme con aquella en que aparecen los fenóme.

nos de la pubertad y que el desarrollo intelectual de la mujer no está sujeto, ni nunca podrá estarlo á una edad fija y siempre deberá dejarse al juez apreciar está circunstancia, pues hay un cúmulo de causas que pueden influir en ese desarrollo y que pueden escapar á la previsión del legislador pero no á la perspicacia de aquel. Hallamos muy fundada y muy buena la doctrina francesa que no pena como violación el hecho de abusar de una impúber con su consentimiento y ojalá que nuestra legislación siguiera esa doctrina y no penara como tal ese abuso sino cuando realmente hubiere intervenido la fuerza.

El artículo 362 considera consumado el delito desde que hay un principio de ejecución ¿En qué consistirá ese principio? ¿En aquellos actos preparatorios, por decirlo así, del delito tales como abrazos, besos, tactos impúdicos, etc?. Evidentemente que nó. El fin primordial que ha tenido presente nuestro Código ha sido proteger el honor de la mujer, honor que puede compararse á una piedra preciosa que disminuye considerablemente de valor en presencia del menor defecto, contra los atentados violentos de que puede ser objeto. Esos actos preparatorios no pueden considerarse como tentativa, puesto que la mujer nada pierde con ellos; si tal cosa sucediera, es decir, si pudieran ser calificados como tal no habría día, me parece, que los tribunales no tuvieran que entender en negocios de esta naturaleza. La tentativa que es el primero de los principios de ejecución no puede estar caracterizada sino cuando el forzador derriba á la mujer, le tapa la boca á fin de que no pida socorro, le ata las manos y ejecuta otros actos que más vale no mencionar porque son muy sabidos; más la víctima con sus desesperados movimientos ó por cualquier otra causa consigue escapar al ataque del forzador antes que este consume ó de principios al *acto*. En este caso el honor de la mujer puede estar mancillado según

algunos, pero no es verdad que lo haya perdido. ¿Es justo que esto sea castigado con la misma pena que el delito consumado? De ninguna manera.

Veríamos con mucho placer sustituir la pena actual por una más suave y más proporcionada á los diferentes casos de violación: v. gr. presidio menor en cualquiera de sus grados á presidio mayor en su grado mínimo y cuando la mujer fuere impúber considerar revestido el delito de mas de una circunstancia agravante y aumentar la pena al grado superior al máximun que hemos designado, porque el individuo que abusa violentamente de una impúber denota un grado muy alto de perversidad. Nótese que para proceder de esta manera somos partidarios de la doctrina francesa y que el abuso carnal consumado en una impúber lo castigaríamos como lo hace el Código de esa nación. Como se vé la escala que hemos señalado es bastante amplia para que el juez pueda recorrerla tomando en consideración los caracteres que puede presentar el delito y hacer las distinciones, que la ley no hizo, entre la mujer de buena y la de mala fama; porque no puede ser igual violar á una prostituta que á otra mujer de mala fama que no se dedica al tráfico de su cuerpo; á una de estas que á una doncella que ocupa una posición buena por su fortuna; á una de estas doncellas que á otra que no tiene más patrimonio que su acrisolada virtud. La prostituta nada sufre, permítaseme decirlo, porque nada pierde; la doncella que ocupa una buena posición por su fortuna pierde lo que existía de más valor para ella y la última sufre y pierde mucho más con ese atentado que destruye juntamente con su honor un porvenir que su virtud le daba derecho á esperar; en una palabra á esta última se la arroja en el abismo de la desesperacion, se la mata moralmente, y en muchas ocasiones ese atentado hace de ella una de tantas desgraciadas que, como ya nada espera, bus-

cará en los lupanares el modo de ganar su subsistencia. El juez lo repito, con esa pena tan amplia quedaría facultado de hecho para aplicar en el primer caso el mínimun y en el último el máximun.

En el tercer caso de violación, como ya hemos dicho cuando debe castigarse y con que pena, quedaría suprimido el numerando que trata de él y solo subsistirían los dos primeros; pasando, en consecuencia, á ser un nuevo delito el hecho de abusar de una impúber con su consentimiento.

El principio de ejecución (tentativa, delito frustrado) somos de opinión que debe castigarse, sino en conformidad á las reglas generales, al menos con una pena que nunca debe ser afflictiva v. gr. presidio menor en su grado mínimo debiendo siempre aplicarse en la tentativa el mínimun. Para pensar de esta manera tomamos en consideración que en la generalidad de los casos los autores de este principio de ejecución son hombres muchas veces honrados que exitados por la pasión, por el trato demasiado familiar con la ofendida, por el alcohol, etc, no ven otra cosa que la mujer que les produce esa excitación, pero una vez que esta pasa vuelven á ser los mismos de antes, los individuos incapaces de cometer cualquier falta.



## DEL ESTUPRO

Artículos 363 *El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veinte interviniendo engaño, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.*

Son también aplicables á este delito los artículos 368, 369, 370, 371 y 372, disposiciones que ya hemos examinado en el primer capítulo en el rapto y en la violación.

Las penas que las antiguas legislaciones asignaban á este delito son las siguientes:

La legislación romana castigaba este delito con las mismas penas que imponía á la violación.

Segun las leyes de Partida, tenía lugar este delito cuando un individuo corrompía á mujer religiosa, ó virgen ó viuda que son de buena fama aún cuando probará que lo había hecho con el consentimiento de la mujer. Podían acusar este delito cualquiera persona del pueblo. La pena consistía en la pérdida de la mitad de los bienes del reo si era hombre honrado y si era hombre vil debía ser azotado públicamente y desterrado por cinco años. Algunos autores dicen que estas penas no estaban en uso porque se tomaba en cuenta la fragilidad del hombre para cometerlo y además porque se valían de toda clase de influencias, y generalmente en esta materia solía seguirse lo que disponía el Derecho Canónico en *el cap. 1. de las decret. de Greg. IX, de adult. et stupr.* á saber el matrimonio con la estuprada ó la dote alternativamente y si escogía dotarla debía sufrir otra pena leve, siendo costumbre que á instancia de

la que justificaba estar estuprada se pusiera preso al que esta decía haber cometido el delito; pero por la ley 4. tit. 29. Libro 12 de la Nov. Rec. se ordenó que no debía hacerse tal cosa sino que debían afianzar estar a derecho; y si no encontraban fiadores debían prestar caución juratoria teniendo por cárcel la ciudad ó sus casas.

Como se vé, esta antigua práctica estaba mui distante de ser tan severa como la pena que indica como máximo nuestro Código, quien, además de ella, señala las otras copulativas á saber: la dote, y los alimentos congruos á la prole que según las reglas legales fuere del estuprador. La mayoría de los códigos modernos señalan tambien penas más proporcionadas á esta especie de hecho salvo los códigos de Francia y Bélgica que señalan á este delito penas más severas como parece á primera vista, pero ello no es así, pues para esos códigos el estupro consiste únicamente en el atentado al pudor cometido en la persona de una niña menor de trece y catorce años respectivamente. Repito, el espíritu de esos códigos es castigar el abuso cometido al yacer con una mujer que aún no es apta para la generación.

El código italiano lo castiga con prisión de tres meses y una multa.

El de España con prisión correccional que dura de siete meses á tres años, etc.

Nuestro Código no define lo que es estupro, sino que dice que éste llevado á efecto con *engaño* en una *doncella* mayor de doce años y menor de veinte tiene tal pena. Condición *sine qua non* es que la estuprada sea una virgen menor de veinte años y elemento especial que el estuprador se haya prevalido del *engaño*. ¿Y que querría significar el legislador con esa palabra? ¿Todo acto que no sea el espontáneo y libre consentimiento de la mujer? Es una palabra tan comprensiva la que usa que, por decirlo así, es punto menos que imposible fijar el límite don-

de principia y el límite donde concluye dicho elemento.

Nos parece que los fines que tuvo presente el legislador para penar como delito un hecho voluntario, fueron proteger la inesperienza de la juventud y la idea, de que es muy difícil desprenderse, de que con ese hecho se infiere á los padres de la mujer una grave injuria.

Respecto á la edad requerida por el Código para que se pueda engañar a una mujer es la comprendida entre los doce y los veinte años. Siempre el legislador sentando un principio que como lo hemos dicho no corresponde á la naturaleza de las cosas al fijar una edad en que la mujer por el solo hecho de no tenerla, presume que su inteligencia no conoce ciertos hechos que supone conocidos por una mujer que tenga más de veinte años. Para no hacernos cansados con repeticiones nos concretamos á lo que ya hemos dicho acerca del rapto de seducción de una doncella de la misma edad.

El máximun de la pena señalada á este delito la encontramos desproporcionada para un engaño que en la mayoría de los casos será más aparente que real y señalaríamos la de presidio menor en sus grados mínimo á medio previa la fijación de una edad más elevada que la que señala la ley, en que se suponga que la mujer es ya púber y de consiguiente apta para la generación y otra más baja que veinte (diez y seis años en este último caso y catorce en el primero) para castigarlo con el máximun de la pena previo interrogatorio del juez quien apreciaría el discernimiento de la mujer. Entre esos diez y seis años y los veinte debe dejarse al juez la facultad de fallar en conciencia y resolver si ha habido ó no engaño suficiente. Ya hemos dicho que cuando este delito se lleva á efecto en una impúber debía penarse como delito especial y no como violación; ó si se quiere darle también el calificativo de *estupro* y considerarlo revestido de dos ó más circunstancias

agravantes y aumentar de esta manera la penalidad.

Algunos autores son de opinión que la ley jamás debe preocuparse de penar un hecho semejante que siempre se encuentra envuelto en el misterio porque la intromisión de ella en esos vergonzosos actos es más desmoralizadora que la impunidad de los mismos: lo que debe hacer es prevenir ese delito por medio de la ilustración de la mujer. «Educadla,» han dicho, «y no temáis que sean víctima de un engaño;» pero esa educación debe ser en los sanos principios de la moral cristiana que es sin duda alguna la que mejor enseña el cumplimiento de sus deberes para con la sociedad y para consigo misma y de esa manera será una buena hija y más tarde una buena esposa, de quien jamás tendrán que avergonzarse sus padres ó su marido.

---

## DEL ADULTERIO

El artículo 131 del Código Civil dice: «Los conyuges están obligados á *guardarse fé*, á socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las necesidades de la vida». En vista de esto, la primera obligación que surge del solemne contrato de matrimonio es la *fidelidad*. La violación de este sagrado deber dá derecho á la intervención de la ley en todos los países civilizados, intervención que en casi todos se manifiesta en una doble sanción: la sanción civil (divorcio) y la sanción penal que reprime esta infidelidad con un castigo ó pena.

Bastante se ha hablado del adulterio y nada de nuevo podemos añadir acerca de él, ni tampoco nos detendremos en refutar latamente la opinión de algunos individuos llamados *feministas* que, so pretexto de igualdad entre los derechos del hombre y los derechos de la mujer, pretenden que se castigue este delito con penas iguales para ambos, opinión que está reconocida por algunas legislaciones penales de Europa y América. Mal sistema según mi criterio, porque el legislador, aún so pretexto de justicia, jamás debe olvidar que la verdadera consiste en castigar con mayor pena á la mujer porque la infidelidad de esta entraña para la sociedad y la familia consecuencias de mayor transcendencia que la infidelidad de aquel. Castigue una legislación, si lo estima necesario, el adulterio del marido pero no lo castigue con una pena igual.

Entre los atentados contra el orden de la familia y contra la moralidad pública, no hay ninguno tan injurioso y tan grave como éste; el ataca las bases

mismas de las sociedades actuales, cuales son: el matrimonio monogámico y la familia porque destruye los lazos de ese matrimonio y destruye también la última entidad introduciendo en el hogar doméstico hijos que no han sido procreados por un mismo padre y produce todavía otras consecuencias por demás funestas. Por estos motivos ha sido considerado desde la más remota antigüedad como uno de los mayores crímenes cuyos castigos en esas legislaciones primitivas era por demás bárbaro y cruel. Dichos castigos consistían: ya en la castración del coautor cortándole a la adúltera la nariz, ya la lapidación para ambos culpables, ya la hoguera para la adúltera y el garrote para su co-reo, etc., etc.

En los primeros tiempos de la antigua Roma la mujer quedaba al arbitrio del marido y hay autores que dicen que se imponía al coautor la pena de castración; la ley Julia señalaba las penas de confiscación de la mitad de los bienes de la adúltera y adúltero, además perdía la primera su dote; Constantino impuso la pena de muerte para ambos culpables; por último Justiniano señaló al adúltero la pena de muerte y el encierro de la mujer en un convento.

La legislación española antigua imponía también penas severísimas. El Fuero Juzgo entregaba á los adúlteros al marido ultrajado. Las leyes de Partidas, castigaban el adulterio con la pena de muerte para el coautor cuando era hombre honrado siendó la mujer encerrada en un convento; si era hombre vil éste y la mujer debían ser quemados vivos. La Novísima Recopilación lo castigaba del mismo modo que el Fuero Juzgo.

Actualmente ha disminuido tanto la penalidad que hasta hay legislaciones que no señalan otra sanción que la civil entrando el hecho punible en los dominios de la moral como sucede en Inglaterra, en el estado de Nueva York y no sé si en algún otro de la Unión que no mencionan el adulterio como delito.

Algunos países castigan el adulterio sin tomar en consideración ninguna cuestión civil á que pueda dar origen v. gr:

El código español con prisión menor que dura de cuatros á seis años.

El francés con prisión de tres meses á dos años.

El italiano con arresto de tres á treinta meses y una multa para el coautor.

El belga con la misma pena que el francés.

El austriaco con prisión de uno á cinco meses y cuando se suscitan dudas acerca de la filiación del hijo se considera este hecho como una circunstancia agravante, etc.

Otros países lo castigan cuando ha dado lugar al divorcio, como sucede en Alemania cuyo Código Penal le señala la pena de prisión que no puede exeder de seis meses, en algunos cantones suizos que le asignan una pena tan suave como la anterior, etc.

Como puede verse, somos bastante bárbaros para castigar el adulterio, solamente nos aventajan los españoles.

Las disposiciones relativas á este delito se encuentran consignadas en los artículos 375 y siguientes hasta el 381 inclusive del Código Penal y solamente haremos algunas brevísimas observaciones que el estudio de esos artículos nos sujere.

El artículo 375 pena y define el adulterio determinando los elementos que lo caracterizan cuando dice que lo comete la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada. Con esta disposición, el legislador estableció el sistema de no penar los simples adulterios del marido, sistema que estimamos el mejor porque acarrea buenas consecuencias para la sociedad y para la tranquilidad de la familia quienes perderían más castigándolo que dejándolo impune. En cuanto á la pena con que se castiga ó re-

prime la encontramos proporcionada á las diversas circunstancias de que puede estar revestido el hecho, aunque tiene un máximun de carácter aflictivo, carácter que con más propiedad corresponde á delitos de otra naturaleza que denoten perversidad ó criminalidad en el individuo que los comete, lo que no se revela en este hecho, pues la inmensa mayoría de los delincuentes son personas honradas, cuando más las víctimas de una pasión fatal, y á estas personas con semejante máximun se las puede privar y de hecho se las priva hasta de sus derechos políticos, hasta de la patria potestad.

El artículo 376 dice que no se puede imponer pena por adulterio sino en virtud de querrela del marido. Ya hemos insinuado, en el primer capítulo, la idea de que sería muchísimo más acertado que estos delitos se pesquisarán mediante la denuncia pura y simple, por los inconvenientes que presenta una instancia formal. Respecto al derecho esclusivo que tiene el marido para acusar los adulterios de su mujer no haremos ninguna observación porque es bastante fundado. Si él es el más perjudicado, si él es quien reporta en más alto grado las consecuencias de la infidelidad de su mujer justo y lógico es, repito, que solamente él tenga el derecho de acusarla, descubriendo de esa manera la deshonor que se le ha inferido. Muy justo es también que esa querrela no pueda dirigirla contra uno solo de los culpables sino contra ambos. De esta manera la ley ha procedido con mucha prudencia evitando colusiones criminales entre el marido y la mujer en perjuicio de un tercero ó entre éste y el marido en perjuicio de la mujer.

El artículo 377 trata de la prescripción de la acción penal que nace del adulterio. Ya hemos dicho también en otra parte que encontramos buenos esos plazos, solamente haremos algunas observaciones al de cuatro meses plazo fijado por nuestro Código cuando algunos de los culpables haya muerto. Cuan-

do es la mujer la que ha fallecido este plazo no presenta inconvenientes y hasta lo encontramos un poco largo, pero cuando es el coautor no sucede lo mismo y somos de opinión que debe ampliarse hasta un año. Para pensar de esta manera nos apoyamos en la uniformidad que debe haber entre la legislación penal y la legislación civil. En efecto podría suceder que se suscitara alguna cuestión acerca de la legitimidad del hijo concebido cuando se cometió el adulterio, legitimidad contra la cual puede reclamar el marido dentro de los dos meses subsiguientes al nacimiento. Si esta cuestión se lleva á los tribunales podría suceder que la sentencia declarara adulterino ese hijo y de esta manera quedaría de manifiesto que el delito se había consumado. ¿Podría, en este caso, el marido entablar la correspondiente acusación? Nó, porque yá había transcurrido el plazo que la ley le concede para hacerlo.

Respecto al artículo 378 ha sido objeto de críticas bastante fundadas por parte de distinguidos jurisconsultos. Ven en él una garantía, una facultad para que la mujer adúltere sin ningún temor; agregando al mismo tiempo que esta disposición sería justa en aquellos países que reconocen la disolución del vínculo matrimonial, pero no en aquellas legislaciones que no reconocen esa especie de divorcio, sino aquella que siempre deja subsistente el matrimonio y por consiguiente la fidelidad que es la primera obligación que nace de ese contrato.

El artículo 379 del que nos ocupamos en el primer capítulo faculta al marido para suspender el procedimiento ó para remitir la pena impuesta por el solo hecho de volver a unirse con ella haciéndose estensiva al cómplice los efectos de esta suspensión ó remisión. Este derecho de gracia concedido al marido es efecto de la facultad exclusiva que tiene para acusar. De desear sería que se sustituyera la palabra cómplice por la de coautor á fin de conservar la terminología que tan necesaria es en materia criminal.

También somos partidarios de la reforma de este artículo en el sentido de que la remisión no alcance al coautor, porque si ya ha habido sentencia declarando el delito debe éste sufrir la pena señalada por la ley. Así lo prescriben algunas legislaciones fundándose en las mismas razones que los señores Chauveau y Hélie dan en su excelente obra que en otra parte hemos citado, razones que no repetiremos por no estendernos demasiado.

El artículo 380 es susceptible de algunas observaciones. En él se vé el propósito de amparar el delito. No nos esplicamos porque se ha de dar mas amplitud en sus efectos á la sentencia que absuelve que á la que condena; porque si en ambas se ha procedido de la misma manera, unas mismas han sido las diligencias que se han practicado, las pruebas han sido recibidas en la misma forma, etc., en consecuencia deben tener el mismo valor. Según nuestro criterio en ningún caso debe concederse á esa sentencia de divorcio el menor efecto, mas bien dicho la menor influencia en lo criminal, porque es muy sabido que un juicio de esta naturaleza requiere trámites más amplios que el juicio civil, pruebas mayores y más claras «tan claras como la luz del medio dia,» aunque no faltan personas que creen se puede probar por presunciones este delito, fundándose en una ley de Partidas que suponen no derogada por el Código Penal porque es ley de procedimientos, ley de cuyo número no puedo acordarme pero que poco más ó menos dice que «cuando los presuntos culpables han sido amonestados á fin de que no vuelvan á reunirse en parte alguna, y ellos contravieniendo á esta prohibición lo hacen se presume de derecho que adulteran.

Por último el artículo 381 trata del delito de amancebamiento que tiene lugar cuando el marido tiene concubina en la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, delito que se castiga con sesenta y uno á quinientos cuarenta días de reclusión para el

culpable y con sesenta y un días á cinco años de destierro para la manceba, perdiendo además el marido el derecho de acusar los adulterios de su mujer efectuados durante su amancebamiento. Aunque no lo hace de una manera clara y directa la ley que debe ser moral ante todo jamás debe conceder á la mujer la facultad de hacerse justicia por si misma y sobre todo con un delito igual. Pero ya que ella ha juzgado conveniente amparar este delito sería de desear que esta especie de compensación tuviera lugar cuando á la mujer le conste la falta de su marido. Pero cuando no ha tenido conocimiento del amancebamiento, lo cual es presumible siempre que la manceba no esté en la casa conyugal ó cuando por cualquiera otra causa la mujer no haya podido ser sabedora de esa falta cuando adulteraba ¿es justo que el marido pierda el derecho de acusar esos adulterios? La pena de destierro que es el único caso en que la aplica el Código Penal ¿cumple con los fines que se propuso el legislador? Nos parece que no. Como se sabe, esta pena consiste en la expulsión del reo de un punto de la República. Esta expulsión no será un motivo para que la manceba fije su residencia en los alrededores de la ciudad de que se le ha hecho salir y como es consiguiente el amancebado no tendrá otro obstáculo para reunirse con ella diariamente que hacer un pequeño viaje. Ojalá que este artículo se modificara en el sentido de hacer una exepción á la pérdida de la facultad de acusar que recae sobre el amancebado cuando se presume que á la mujer no le conste la falta de su marido i en el de imponer á la manceba otra clase de castigo, ó el mismo si se quiere pero señalándole un radio bastante extenso atendidas las vías de comunicación para que fuera de ese radio fije su residencia y de esta manera no se burlen los fines de la ley cuales son: la absoluta separación de los culpables.

También es tiempo de que desaparezca el bárbaro derecho concedido al marido por el artículo 10 n.º

II de nuestro Código. Tanto se ha hablado de esa facultad, pero nunca en favor de ella, por tantos distinguidos jurisconsultos y criminalistas que nada de nuevo podemos añadir. Todas las naciones civilizadas, permítaseme decirlo, no consignan en sus códigos semejante derecho ó ya lo han hecho desaparecer. Otras legislaciones lo miran como una causal de atenuación y solamente el Código español, el nuestro y no se si alguna otra legislación del Nuevo Mundo lo conservan talvez por el respeto á lo antiguo como una causal de exención de responsabilidad criminal.



## MATRIMONIO ILEGAL DE MENORES

Las disposiciones legales sobre la materia se encuentran contenidas en el artículo siguiente.

Artículo 385. *El menor que de acuerdo con el funcionario llamado á legalizar su matrimonio, lo contrajere sin el consentimiento de sus padres ó de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con reclusión en su grado mínimo.*

*Esta pena solo podrá imponerse á requisición de las personas llamadas á prestar su consentimiento, quienes podrán remitirla en todo caso. Deberá entenderse esto último sino entablaren la acusación dentro de dos meses despues de haber tenido conocimiento del matrimonio.*

La comisión redactora dió cabida en nuestra legislación, no sabemos porque motivos, talvez por el respeto que le merecía todo lo antiguo, á un hecho que ya es tiempo desaparezca del catálogo de los hechos punibles. En efecto ¿merece este hecho considerarse como un simple delito? ¿desde cuándo el matrimonio es un hecho inmoral, un hecho que ponga en peligro la conservación del orden en la sociedad, etc? Preguntas son estas á que es facil contestar con que no puede considerarse como tal sino como una falta cuando mucho, y con que en vez de ser inmoral es lo contrario y acarrea para la sociedad no males sino mas bien inmensos beneficios y que con el castigo que se impusiera al menor que sin el debido consentimiento contrae matrimonio acarrea muchas veces males considerables, talvez la destrucción de un hogar que empezaba á formarse, talvez la esperanza de que el contrayente perverti-

do consiga la morigeración de sus malas costumbres, cosa de que afortunadamente abundan los ejemplos. Se dirá que el delito no consiste en contraer matrimonio sino en el acuerdo que existe entre el menor y el funcionario que debe autorizarlo. Francamente que esto equivale á tomar el rábano por las hojas como vulgarmente se dice porque en este caso ¿quién es el culpable: el menor ó este oficial que no cumple con sus obligaciones? La respuesta cae de su peso; luego el único que merece castigo es el oficial civil. Ahora si el contrayente menor consiguió ese acuerdo por promesa ó por cualquiera otro medio que deje al funcionario alguna utilidad pecuniaria dicho contrayente se ha hecho acreedor á otro castigo pues ha cometido un delito previsto en el artículo 250 del Código Penal y como tal cómplice debe ser castigado.

El Código Civil para el mejor arreglo social consigna algunas disposiciones que más bien son de carácter reglamentario, para que los menores puedan contraer matrimonio y previendo por parte de los padres oposiciones muchas veces caprichosas é injustas quiere que funden su oposición en alguna de las causales enumeradas en el artículo 113 cuando el menor es mayor de veintiun años. Si siendo menor de esa edad, ó el juez en el caso respectivo ha declarado no irracional el disenso, contrae el matrimonio, la ley civil faculta á los padres ó abuelos para desheredarlo y aún para revocar todas las donaciones que le haya hecho antes del matrimonio y si así no lo hacen porque mueren intestados, la ley siempre previsora, priva al contrayente doloso de la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido por cualquier título en la sucesión del difunto. Pero el legislador no encontrando bastante proporcionada esta pena civil á un delito *tan grave* le asignó también su parte en la legislación penal.

---

## 6.º

### DE LA CALUMNIA

He aquí algunas disposiciones relativas á este delito:

Artículo 412. *Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso, y que pueda actualmente perseguirse de oficio.*

Artículo 413. *La calumnia propagada por escrito y con publicidad será penada:*

1.º *Con las penas de reclusión en su grado medio y multa de quinientos á mil pesos cuando se imputase un crimen.*

2.º *Con las de reclusión en su grado mínimo y multa de ciento á quinientos pesos, si se imputase un simple delito.*

Artículo 414. *No propagándose la calumnia con publicidad y por escrito será castigada:*

1.º *Con las penas de reclusión en su grado mínimo y multa de ciento á quinientos pesos, cuando se imputase un crimen.*

2.º *Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de ciento á trescientos pesos, si se imputase un simple delito.*

La calumnia ha sido castigada por las antiguas legislaciones con penas bastantes severas. Así para no citar más que un solo caso diremos que las leyes de Partidas la castigaban con la pena que merecía el delito imputado.

La definición de calumnia dada por nuestro Código peca por comprender más de lo que ha querido penar como tal, puesto que la imputación de una falta no se castiga en virtud de lo dispuesto por los

artículos 413 y 414 que penan únicamente las imputaciones de crímenes ó simples delitos. Cualidad esencial que el legislador no debe echar en olvido al redactar las leyes es la precisión.

Por los artículos 413 y 414 el legislador señala las penas que merecen los calumniadores. En esos artículos se nota una grave falta de conocimiento de la naturaleza de las ofensas porque en ellos no se ha tomado en consideración para imponer un castigo mayor ó menor, los perjuicios más ó menos trascendentales que esas ofensas pueden acarrear al honor ó á los intereses del ofendido, sino que se tomará en cuenta la mayor ó menor gravedad del hecho imputado y las circunstancias de haberse propagado ó no por escrito y con publicidad, mayor ó menor gravedad que se mide por la pena que á no ser cierto el delito que se imputa, se aplicaría al calumniado. Algunos ejemplos nos harán ver si es verdad lo que hemos dicho. Si, por ejemplo, Juan Bautista dice á Ildefonso que el año tal conspiró á mano armada para cambiar la Constitución del Estado y la forma de gobierno, aquel se habrá hecho reo de una calumnia que, como el hecho imputado merece una pena bastante grave porque es un crimen, se le castigaría con reclusión en su grado mínimo y multa de ciento á quinientos pesos. Ahora, Rafael dice á Miguel Anjel «el 20 de Enero de 1902 robaste con escalamiento y en lugar deshabitado doscientos pesos haciendo uso de ganzúas para abrir la caja en que estaban depositados,» ó «estafaste al Banco de Chile en la suma de trescientos pesos». Rafael se ha hecho reo de una calumnia que, como el hecho imputado se pena como simple delito, sería castigado con el mismo grado de reclusión y con una multa de ciento á trescientos pesos. ¿Cuál de estos hechos irroga al calumniado mayor afrenta? Indudablemente que el último. Lo repito, el legislador no debe tomar en cuenta la naturaleza del hecho que se imputa para castigar esa imputación

sino la mayor ó menor afrenta que recae en los ofendidos. Ahora si comparamos las imputaciones de ciertos crímenes ó simples delitos con ciertas imputaciones que á la ley no es dado castigar como calumnia resalta muchísimo más esa falta de conocimiento de la naturaleza de las ofensas. Así, no es lo mismo decir á Juan Nepomuceno que el cinco de Febrero de 1902 había provocado á duelo á Belisario mandándole sus padrinos, que decir al mismo individuo que el ocho del mismo mes había sustraído á Feliciano de su escritorio que se encontraba abierto la cantidad de seis pesos. En el primer caso se castigaría al calumniador con sesenta y uno á quinientos cuarenta días de reclusión y multa de ciento á trescientos pesos y en el segundo caso no tendría pena de calumnia pues el hecho imputado era una falta. ¿Es esto justo i lógico? Evidentemente que no porque la imputación del último hecho lo perjudica notablemente en su honradez mientras que en el primer caso esa imputación no le acarrea la menor afrenta para la inmensa mayoría de los individuos que componen la sociedad.

De desearsería que se reformaran esos artículos en el sentido de castigar la mayor ó menor afrenta que se irroge al calumniado; y no hacer divisiones, para aplicar un castigo mayor ó menor, en imputaciones de crímenes y simples delitos. El juez, atendida la naturaleza afrentosa de la imputación impondría el castigo en el mínimun ó en el máximun de la pena. Respecto á la multa que no encontramos justa, debia reformarse también. No es justa, por cuanto no hace distinción entre pobres y ricos y debia ser una sola que comprendiera desde 50 á mil pesos. De esta manera el juez aplicaría una equitativa tomando en consideración los mayores ó menores males que se irrogen al ofendido y la mayor ó menor fortuna de los ofensores; porque una de mil pesos parecerá una nimiedad para un millonario al paso

que una de cincuenta será un gravámen inmenso para un pobre obrero.

El artículo 415 dispone que quedará exento de responsabilidad criminal el acusado que pruebe el hecho delictuoso que imputa. Los fines que tuvo el legislador al dictar esa disposición no fueron otros que castigar un crimen ó un simple delito que no estando penado ni prescrito ha quedado impune. Si el acusado prueba el hecho ansilia á la justicia dejando de manifiesto el delito cometido. Si el ofendido se conforma con la imputación y no acusa es porque el hecho es cierto y de esta manera tendrá al menos un castigo, moral si se quiere, que la sociedad le aplicará con su desprecio. En consecuencia encontramos muy acertada esa disposición.



## DE LAS INJURIAS

He aquí algunas disposiciones sobre la materia, disposiciones que serán objeto de este estudio.

Artículo 416. *Es injuria toda espresión proferida ó acción ejecutada en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona.*

Artículo 417. *Son injurias graves:*

1.º *La imputación de un crimen ó simple delito de los que no dan lugar á procedimiento de oficio.*

2.º *La imputación de un crimen ó simple delito penado ó prescrito.*

3.º *La de un vicio ó falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito ó intereses de los ofendidos.*

4.º *Las injurias que por su naturaleza, ocasión ó circunstancias fuesen tenidas en el concepto público por afrentosas.*

5.º *Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y el ofensor.*

Artículo 418. *Las injurias graves, hechas por escrito y con publicidad serán castigadas con las penas de reclusión en sus grados mínimo á medio y multa de quinientos á mil pesos.*

La palabra injuria en el Derecho Romano significaba en su sentido general todo lo que era contrario al derecho, *omne quod non jure fit*. En su sentido especial tenía tres acepciones:

1.º *La de culpa:* 1.º La ley Aquilia habla del daño causado por la injuria (*damnum injuriatum*) 2.º La de injusticia como cuando se dice que el que sufre

una sentencia injusta de un magistrado recibe una injuria (accepisse *injuriam*). 3.º La de afrenta ó ultrage (*contumelia*) que era toda ofensa intencional hecha por un individuo á otro ofensa que podía provenir de palabras insultantes, de libelos infamatorios, etc.

En esta última acepción fué castigada con penas diversas según las épocas del Derecho. Así la ley de las Doce Tablas establecía la pena del Talión si se había roto un miembro á una persona. En los otros casos se establecía una pena pecuniaria que variaba según la importancia del daño causado. El derecho p̄retorio establecía una pena pecuniaria para todos los casos, pena que estimaba el ofendido y que el juez no podía aumentar y si restringir tomando en consideración la dignidad y posición social del injuriado. Finalmente la ley Cornelia estableció una condena que el juez fijaba arbitrariamente en casos de vías de hecho.

Las actuales legislaciones europeas castigan las injurias de una manera suave de tal modo que la comparación de nuestro Código con ellas nos revela que somos bastante duros en esta materia. Así para no citar sino un caso, la ley francesa le impone penas de policía unicamente.

Hay también en estas disposiciones una grave falta de conocimiento de la naturaleza de las injurias. La ley jamás debe preocuparse de si tal palabra ó tal hecho es ó no injuria puesto que es punto menos que imposible fijar las circunstancias por las que una persona puede considerarse ó no ofendida. Según mi modo de pensar en todo caso debe dejarse á estas personas la facultad de calificar de injuriosos los actos en referencia para deducir la correspondiente acusación. Así hay ciertas imputaciones que para algunas personas pueden ser una grave injuria si se atiende á su edad, estado, posición social ú otras circunstancias, al paso que para otras no

pasará más allá de una broma. Por ejemplo, si á un individuo agnóstico como Arturo le digo en público que es un incrédulo, recibirá esta expresión hasta con placer si se quiere, mientras que si le digo en la misma forma al sacerdote dominico Miguel Angel le inferiré una gravísima injuria.

El n.º 1.º del artículo 417 dice que es injuria grave la imputación de un crimen ó simple delito no pesquizable de oficio. Este artículo considera como tal que Carlos diga á Etanislao que Osvaldo había injuriado por escrito á Luis. Este hecho imputado es casi imposible que alguien lo considere como una injuria pero nadie podrá considerarla como grave. ¿Es justo que se castigue como tal? Eludo la respuesta.

El n.º 2.º dice que es injuria grave la imputación de un crimen ó simple delito penado ó prescrito. El año 1891 marca en nuestra vida política una época desgraciada en que después del triunfo de los revolucionarios fueron procesadas y condenadas un gran número de honradas personas adictas al célebre cuanto infortunado Presidente de la República don J. Manuel Balmaceda. Si á algunas de esas personas se le dijera que había sido condenada y fidelidad á este ¿sería una injuria que podría considerarse como digna de castigo? Ahora, si á un individuo cualquiera se le imputara que había sido condenado por haber hurtado á Delfín la cantidad de cuatrocientos pesos el año 1875 ¿Tendría un punto de comparación este hecho imputado con aquel? Las respuestas caen de su peso.

Sería de desear que esos numerandos se suprimieran lo mismo que el 3.º y último por estar comprendidos en el 4.º

El artículo 418 dice que las injurias graves hechas por escrito y con publicidad serán castigadas con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo á medio y multa de quinientos á mil pesos y que cuando no concurran esas circunstancias se casti-

guen con reclusión menor en su grado mínimo y multa de ciento á quinientos pesos. Nos estraña bastante que las injurias de hecho tengan siempre una pena menor que las de palabra, talvez porque esas injurias no pueden hacerse por escrito, circunstancia que contribuye á aumentar el castigo. ¿Qué será considerado como más afrentoso: dar una bofetada ó escupir en el rostro á una persona honorable en pleno público, ó decirle por escrito y con publicidad que habia injuriado á una persona determinada, á Perico por ejemplo? Hay en esto una falta de razón suficiente que deriva de no haber tomado en cuenta, como debió hacerlo, el legislador la mayor publicidad y afrenta del hecho sino que consideró esta publicidad como el resultado de haberla hecho por escrito.

En cuanto á la pena es muy grave, es mayor que la impuesta á la calumnia en igualdad de circunstancias, delito que produce efectos más desastrosos que éste; y además la injuria no es en realidad de verdades un hecho que denote criminalidad en el agente que las lleva á efecto. Sucede en la mayoría de los casos que las injurias son el resultado de acaloradas discusiones entre personas que no tienen culpa de poseer un temperamento violento y siempre acontece que pasado ese ímpetu colérico viene la calma y con ella el arrepentimiento y este es el principio de la reconciliación. Por más que se busque no se encontrará sino muy difícilmente una persona que no haya merecido la pena asignada á las injurias si por cada una que hubiera proferido se le hubiera entablado una acusación. Por estas consideraciones somos de opinión que se disminuya la pena y que nunca se admita por los tribunales una acusación de esta naturaleza sino después de trascurrido un plazo proporcionado, según ya lo hemos dicho en el primer capítulo de esta memoria, desde el momento en que estas injurias se infirieron á fin de que se calmen los ánimos y la in-

tercesión de otras personas induzcan al ofensor á dar al ofendido leales esplicaciones. Fundados en parecidas razones señalaríamos tambien un plazo menor para la prescripción de la acción penal y no un año como lo prescribe nuestro Código.

Ya hemos hablado respecto de algunas disposiciones de derecho procesal en el primer capítulo y solamente nos resta para dar término á esta memoria hacer algunas brevísimas observaciones acerca de las materias que se tratan en el Título VI § 1.º del Libro II que dicen relación con las injurias. Somos de opinión que los artículos 263 y 264 que tratan de injurias inferidas á ciertas personas y cuya persecución de oficio aceptamos debían estar colocadas sino en los párrafos 6.º ó 7.º al ménos á continuación de ellos que es el verdadero lugar que les corresponde por su naturaleza y no haber hecho de esas injurias un delito especial. (Además haremos notar que el Código hizo del hecho de injuriar y no el de calumniar un delito especial pesquisable de oficio y francamente que no vemos la razón.) Nos fundamos que el hecho de calumniar á los individuos ó corporaciones á que se refieren esos artículos es delito privado en que el legislador ha definido las palabras calumnia é injuria y sabido es (según las reglas de interpretación de la ley art. 20 del C. C.) que cuando el legislador haya definido espresamente las palabras para ciertas materias deben tomarse esas palabras en el sentido que las define y no en otro.

Si para asegurar el éxito de un examen bastara unicamente el mayor ó menor trabajo que puede revelar un estudio de esta naturaleza, tengo la profunda confianza de que mereceré la aprobación de la muy Honorable Comisión examinadora.

*M. P. San Martin D.*

---