

José Martínez Cabrera

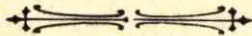
Estudio sobre algunos puntos

DE


DERECHO PENAL



MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR
AL GRADO DE LICENCIADO EN LA FACULTAD
DE LEYES I CIENCIAS POLÍTICAS.



CONCEPCION
—
IMPRESA I ENCUADERNACION PENQUISTA
—
1910



Teorías antiguas del Derecho Penal

La historia del Derecho Penal, nos da una idea completa de la evolucion por la cual ha pasado el concepto *pena* en las diversas legislaciones.

En los pueblos primitivos, tal como nos lo demuestran la Biblia, el Coran i otros monumentos literarios de pasadas edades, la pena fué una venganza, seguida de una compensacion, siendo este principio jeneral a todas las sociedades rudimentarias. La pena era entón-ces igual o mayor que el delito i se procuraba una satisfaccion amplia i una compensacion ventajosa en el castigo del criminal.

De acuerdo con el espíritu de la época, no se atendía a la posible responsabilidad del delincuente, sino solo a los efectos del delito i de ahí la máxima: "el que inocente peca, inocente se condena."

Despues de la época nacional visigoda i de la época científica romana, la época subsiguiente fué en este respecto una época de caos en la cual la legislacion variaba segun el caso, dictándose las leyes unicamente bajo la impresion del momento, i sin idea alguna que revele unidad de criterio. Los principios dominantes eran la intimidacion i la venganza, sin que se tuvieran en cuenta para nada el verdadero fin de la reprobacion, ni la proporcionalidad de éste, con el delito que la provocara.

Las penas crueles se prodigaban bastante: la muerte, la mutilacion, el fuego, la marea, el látigo para los delitos mas leves i hasta para las faltas puramente imaginarias i para los pecados; viniendo el talion i el precio de la san-

gre, a sustituir los daños i perjuicios. Lo mas extraño es la entrega del culpable a merced de su víctima a la que solo le estaba prohibido matarla. Esta entrega se verificaba algunas veces cuando el culpable no podía pagar la multa a que había sido condenado.

Causa verdadera pena, pensar en los castigos impuestos contra la insolvencia; a menudo se imponía la muerte por hambre al que no satisfacía la multa que se le había puesto como castigo.

Debe notarse, sin embargo, que con la creciente intervencion del Estado en la persecucion de los crímenes i delitos, los antiguos inconvenientes del sistema primitivo fueron reemplazados por una barbarie no menos inhumana. En efecto, de una parte el influjo de la lei mosaica del talion i de otra la idea supersticiosa, segun la cual era preciso apartar la cólera divina que el delito había provocado contra la comunidad i que era necesario separar constantemente al pueblo del crimen por el terror, no permitiendo descanso a la espada de la autoridad, llevaron poco a poco a las jentes a las penas bárbaras i a una ejecucion salvaje de esas penas.

*
* *

Durante la mayor parte de la Edad Media se produjo en el Derecho Penal Español; como lójica consecuencia de la situacion política, social i legal, la falta de unidad i el fraccionamiento mas extraordinario, existiendo graves disonancias entre los Fueros de la misma época i de ciudades muy próximas. Así de una parte adviértese la crueldad mas refinada, i de otra se incurre en una induljencia exesiva. Tal puede notarse en los siguientes ejemplos: en la ciudad de Escalona, se ahorca a los ase-

sinos; en Toledo se les lapida; i en la ciudad de Cuenca, se les entierra vivos, mientras que en otras ciudades eran condenados a pagar sólo 500 sueldos!.....

Las penas de mutilacion eran numerosas: en algunas ciudades se les cortaba las orejas al que robaba; en otras se les arrancaba los dientes al falsario; en otras se les cortaba la mano al que golpeaba a su amo i en otras se les cortaba las narices a la mujer sorprendida en fragante delito de adulterio.

Tales fueron en verdad, las nociones que sirvieron de base a las secciones de crímenes i de las penas contenidas en los códigos de aquella época.

Solo en el siglo XVIII con el movimiento filosófico i por una influencia de las ideas filantrópicas de las escuelas filosóficas entonces en auge, se dió un carácter social a la institucion de la pena i a la verificacion del delito. Al movimiento filosófico de este siglo, i debido a célebres criminalistas de entónces que operaron una verdadera revolucion en Derecho Penal, se debe la reforma que Francia, Austria, Bélgica, Portugal i casi todas las naciones europeas efectuaron en sus legislaciones, haciendo desaparecer el aspecto salvaje i cruel que envolvía el castigo de los delincuentes.

Con los progresos de la civilizacion i las ideas relativas al derecho penal emitidas por criminalistas como Filanghieri, Beccaria, Rossi, Chauveau, Hélie i muchos otros, no dejaron de dulcificarse las penas. Segun ellos, el fin de las penas señaladas por la lei, es prevenir las infracciones; pero la sociedad debe atender tambien a la mejoría del delincuente que vuelve a su seno, despues de haber cumplido la pena. Como se vé con esta teoría, que se ha difundido rapidamente en toda Europa;

muchas de las penas antiguas, como el tormento, la hoguera, el emparedamiento, han desaparecido i hasta la pena de muerte, es combatida hoy por muchos criminalistas, desapareciendo en naciones como Italia, Suiza, Portugal i otras. Al lado del progreso realizado por el cual han hecho desaparecer lo incompleto del Derecho antiguo, los nuevos códigos tenían una misión aun mas importante en el respecto material. La idea fundamental, que presidió a su confección, fué la de hacer penetrar en todas sus disposiciones un espíritu humanitario, dando en una parte al sentimiento jeneral de la justicia una expresión positiva i al mismo tiempo un guía seguro, i principalmente reproduciendo todos los resultados obtenidos por los progresos incesantes de la civilización i desenvueltos por la ciencia.

Si algunos Códigos han introducido de esta manera i con tan perfecto tacto en diversas materias, normas que están en armonía con las ideas humanitarias, que además se imponen en la práctica de la jurisprudencia, débese en parte al apoyo que ha encontrado respecto de diversos puntos en el desenvolvimiento de la ciencia que siempre aprovechan a las legislaciones.

I ¿qué diremos de nuestro Código Penal? Es evidente, que después de un lapso de tiempo de casi medio siglo, el código penal no puede ya satisfacer las exigencias todas, como en los momentos de su publicación. I a juzgar por el ardor intenso con el cual se trata de las leyes criminales en los presentes tiempos, es de presumir que en la próxima revisión de nuestro código penal, el legislador no pueda menos de tomar sus posiciones, respecto de las graves cuestiones suscitadas en primer lugar por la ciencia moderna del Derecho Penal.



De la violacion

I

Las manifestaciones del instinto sexual fuera del matrimonio, han sido siempre contempladas por las legislaciones, con criterio vario, segun el grado de cultura de los pueblos. Así, entre los salvajes, el incesto, la violacion, etc., son cosas corrientes i no constituyen delitos.

Los delitos contra el honor son una especie de delitos contra las personas, en los pueblos donde la honra es parte de la existencia. No sucederá lo mismo en aquellos otros encorbados bajo un degradante despotismo, que hace perder en los hombres todo sentimiento de dignidad. Pero en las naciones cristianas; en los pueblos europeos i países en que la humanidad tiene tan alta idea de sí propia, como los estados republicanos, en que cada cual se cree poseedor de una parte de la soberanía, igual del mas alto, noble como el mas eminente; en estas rejiones únicas que de hecho conocemos nosotros, i entre las cuales se cuenta la nuestra, ese jénero de delitos es sumamente grave; porque puede producir consecuencias de gran importancia, i reclama por tanto de las leyes un cuidado, un esmero, una severidad, que distingue y comprende perfectamente el ánimo, por poco que fijemos la vista en esa especie de consideraciones.

II

La violacion, es algo mas que un atentado contra la honestidad; es un atentado contra las personas; puesto que el empleo de la fuerza es aquí lo distintivo, lo importante. Así es que siendo o pudiendo ser bajo el aspecto de la

honestidad, menor delito que el adulterio, lo es sin duda mayor, reclamando castigos mas severos i ejemplares, pues, como hemos dicho, la caracterisca de este delito es la grocería, la brutalidad, frutos de una repugnante barbarie

III

El delito de violacion es la materia peor redactada de nuestro código penal i la que mas censuras merece. Tratan de ella los artículos 361, 362, 368, 369 inc. 2.º, 3.º, 4.º i 5.º, 370 i 371. Hai que notar que estos defectos no son solo preliminares de nuestro código: la gran mayoría de las legislaciones europeas i americanas las contienen en mayor o menor escala.

Dice el artículo 361 de nuestro Código Penal:

“La violacion de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. (1)

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

- 1.º Cuando se usa de fuerza o intimidacion.
- 2.º Cuando la mujer se halla privada de razon o de sentido por cualquiera causa.
- 3.º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias espresadas en los dos números anteriores.”

Desde luego, hai que tener presente que el Código nuestro solo castiga ese delito en el hombre que lo comete con la mujer i no se pone en el caso de que la mujer lo comete con el hombre. Los Códigos de Alemania e Italia

(1) De encierro en Presidio de 3 años i un día a 5 años, encierro en Penitenciaría de 5 años i un día a 15 años.

castigan tanto al hombre como a la mujer reos del delito de violacion. En el nuestro, como hemos dicho, la violacion solo se castiga cuando es cometida por el hombre. Esto no parece justo.

El delito de violacion produce siempre un daño absoluto e indeterminado a la ofendida i a su familia o por lo ménos a la moralidad pública; pero si recae sobre una mujer de una familia de posicion social i de sentimientos de órden i moralidad, producirá mas daño que si recayese sobre una mujer grosera de nuestro pueblo; pues las costumbres ligeras, la falta de esa educacion que eleva los sentimientos; i principalmente la circunstancia de ser entre esta jente menos fuerte la preocupacion de considerar deshonrada a la jóven violada, hacen que no solamente sea menos grave en esta clase social que en las otras mas elevadas. Por otra parte rara vez esta jente recibe en su lecho conyugal a una mujer pura, i no se inquieta por la conducta pasada que haya observado su futura.

Ahora bien: ¿Será justo que nuestro código, castigue el delito de violacion sin distinguir el estado de la mujer sobre que recae? ¿No debería haber alguna diferencia en los castigos segun la situacion social de la mujer violada? ¿No debería de distinguirse, la prostituta, la casada, la viuda, la doncella i las mayores o menores de edad? ¿No debería en fin, tomarse en cuenta para la imposicion de la pena si a causa del acto carnal, la mujer contrae una enfermedad sifilítica o venérea; i en cambio atenuarla si la contrae el acusado?

Verdad es que la pena tiene bastante estension i que los tribunales pueden apreciar esta i demas diferencias de criminalidad. Pero de todos modos, el mínimum de la pena de tres

años i un dia designada por nuestro código es demasiado severa relativamente al delito del que viola, por ejemplo, a una mujer prostituta conocida como tal o de mala fama. ¿Debe la lei garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos a una mujer, que lleva abiertamente una vida desenfrenada, que a una vírjen? Digamos sin temor de equivocarnos ni de faltar a la verdad, que el Código se ha opuesto a la lójica i lo que es aun peor faltado a la justicia, por cuanto impone a la violacion de una mujer de vida airada, que nada pierde con su honor, la misma pena que a la de una doncella inocente i caudorosa, que tanto sufre moralmente con un hecho tan infame.

Este artículo de la lei es oscuro, i al mismo tiempo demasiado severo.

En este particular nos hubiera parecido oportuno que el legislador se hubiese detenido un instante i hubiera distinguido hipótesis verdaderamente diversas, que indica como tales la razon i que se notan con mas o ménos perfeccion en otros Códigos.

Las leyes antiguas eran terriblemente duras para con el reo del delito de violacion. Así, el Código de Carlo Magno lo castigaba con la pena de muerte. Pero hoi ha desaparecido ese rigor de la lei. Esta no castiga, como pudiera creerse, el peligro de la concepcion, sino el atentado contra la libertad personal, los perjuicios causados en la salud i deshonra social de la mujer.

Segun el citado artículo 361 del Código Penal, se comete violacion, yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes: 1.º Caso: "Cuando se usa de la fuerza o intimidacion". —Aquí cabe lo que tantas veces hemos tratado en clase de Derecho Penal, acerca de las circunstancias agravantes, del artículo 12.

La fuerza ¿será material? ¿será moral? Es esta una cuestión esencialmente relativa. Se ha discutido si un hombre solo puede cometer este delito con una mujer que resista a todo trance. Muchos opinan que en tal caso el hombre no puede conseguirlo; otros opinan lo contrario.

En todo caso, la lei podía haber distinguido el grado de fuerza o de debilidad de la mujer con el acusar; pues sería ridículo que cualquiera mujer alegase como prueba de que había sido violada, la fuerza intentada por un niño que a penas contase catorce o quince años de edad. Esto daría a entender que solo buscaba un pretexto para disfrazar su debilidad o para satisfacer su apetito.

Ya que al Código no le ha sido dado allanar las dificultades que existen para apreciar el grado de fuerza o intimidación para que se constituya el crimen i ya que nos declaramos incapaces de dar reglas jenerales i precisas para salvar esas dificultades, vamos al menos a trascribir algunas de las presunciones llenas de sabiduría que sobre esta materia establecieron los antiguos jurisconsultos:

“La resistencia de la mujer decian, debe ser constante e igual, pues basta que esta resistencia flaquee un solo instante para que se presume el consentimiento; entre las fuerzas de la mujer i las del acusado debe haber una desigualdad evidente, porque no puede suponerse violación cuando la mujer tiene medios de resistencia que no emplea con energía i constancia que la defensa del pudor requiere i la víctima debe haber gritado o pedido socorro, i algunas señales exteriores e impresas en su cuerpo deben atestiguar su resistencia i la fuerza a que ha cedido”.

2.º Caso: “Cuando la mujer se halla priva-

da de razon o de sentido por cualquiera causa”.

A primera vista este precepto parece muy comprensivo; sin embargo veremos que no corresponde a algunos casos. Se refiere, en jeneral al estado de *inconciencia* de la mujer, ya se deba a la embriaguez, hipnotismo, sonambulismo, ya al hecho de haber sido narcotizada, ya a ataques nerviosos que la hagan perder el conocimiento o a enajenaciones mentales propriamente dichas.

Hai algunos casos respecto de los cuales se duda si estarán comprendidos en esta disposicion legal.

La lei no ha contemplado el caso de yacer con una persona a quien por medio de sustancias tóxicas se la haya puesto en estado de excitacion. Este hecho, que algunas legislaciones consideran como circunstancias agravantes, no la toma en cuenta nuestro código en su artículo 361, porque no puede tomarse ni como amenaza, ni como fuerza, ni como estado de inconciencia.

Tampoco está comprendido el caso de una mujer que se entrega al hombre por hallarse imposibilitada para resistir a causa de alguna enfermedad, como ser de tisis, fiebre, etc.

Un caso muy dudoso es el de la catalepsia. Es esta una enfermedad que hace perder por completo la conciencia i que permite colocar al sujeto en la posicion que se quiera. Una de sus formas es la catalepsia lúcida, que hace perder al individuo la voluntad, pero no la conciencia. Es pues sumamente dudoso afirmar que este caso se encuentre comprendido en el número 2 del artículo 361, de que nos ocupamos. Sin embargo, algunos creen, que esplayando el sentido de la expresion legal “privada de razon”, pudiera entenderse que sí.

¿El estado hipnótico estará comprendido en el número que tratamos?

Charcot, creía que a la mujer hipnotizada no se le podía obligar a hacer algo contra su voluntad i su educacion moral. Esta lei la formuló en vista de las esperiencias que hizo. Pero las esperiencias de Lombroso dicen que esa lei no es exacta. Es cierto que en tal caso la mujer persiste en su resistencia; pero la repeticion del hipnotismo acaba por avasallarla i entónces cede a las sujestiones. Puede en este estado sujerirse a la mujer que se entregue al hombre voluntariamente despues de haber salido del estado hipnótico.

¿Una persona dormida naturalmente, está privada de razon?—Algunos facultativos sostienen que durante el sueño natural se conserva la razon; i otros opinan lo contrario.

¿Estará comprendida, en el artículo 361, la union carnal lograda por astucia, haciendo creer a la mujer de que se es su marido? Indudablemente que este caso no está comprendido en ninguno de los numerandos del artículo 361, como tampoco si a una jóven se la persuade para que se desvista, diciéndose médico; ni tantas otras formas de la astucia que en este punto la perversidad humana aprovecha, tomándolas de la ciencia.

Nuestro código penal como la mayoría de los europeos, fué confeccionado hace mas de 35 años, cuando las ciencias médicas i los adelantos modernos, estaban mui léjos de alcanzar el progreso actual.

3.er Caso: “Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias espresadas en los dos números anteriores.” ¿Se hará reo de violacion un sujeto que yace con una mujer menor de doce años cumplidos, con su consentimiento?

Segun la lei, indudablemente que sí. La lei presume que una mujer menor de doce años cumplidos no puede dar su consentimiento para actos impúdicos. Esto no es lójico. Citemos un ejemplo i se verá como queda tal presuncion de la lei:

“Una jóven de once años once meses, sana, robusta, a quien los espectáculos teatrales, la lectura de libros eróticos, las conversaciones sobre lios i aventuras amorosas han relajado su sencillez e inocencia, presta su consentimiento a un galan por una simple invitacion. ¿Será éste condenado como reo del delito de violacion, cuando no ha hecho valer ni la fuerza, ni la intimidacion, en una palabra, ninguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361, sino como hemos dicho, una simple invitacion e ignorando que era menor de doce años?

La respuesta es excusada dirán unos. Otros tal vez puedan decir que la contestacion no es cosa que se vaya a resolver de buenas a primeras, i el juez que tiene que encuadrarse dentro de los preceptos de la lei penal, castigará al sujeto de nuestro ejemplo como reo del delito de violacion, lo que consideramos segun nuestro humilde sentir fuera de la lójica i de la justicia.

Si el hombre no sabe que la mujer es menor de edad, ¿cometerá delito de violacion? Aquí está en pugna el espíritu con la letra del Código Penal. Desde luego, la lei no hace distincion; de modo que no se necesita que el hombre sepa aquella circunstancia para que exista el delito de violacion. Pero el espíritu del derecho penal no es ese, ya que de acuerdo con el artículo 1 inc. último que dice: “El que cometiére delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la lei señale, aunque el mal re-

caiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarán su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúan”.

El sujeto de nuestro ejemplo, no será pues considerado como reo del delito de violación, según el espíritu de nuestro código que hemos consignado.

Como hemos visto, el artículo 361 del Código Penal fué muy mal redactado; usa términos que no comprenden todos los casos que pueden presentarse. Está completado por el artículo 362 del mismo Código, según el cual el delito de violación se entiende consumado cuando ha habido principio de ejecución ¿qué se entiende por principio de ejecución? Se entenderá como tal, ¿el hecho de levantarle los vestidos a una mujer?

El artículo 362, al decir que los delitos de que trata el párrafo se considerarán consumados desde que hai principios de ejecución, se refiere a hechos que no tienen relación con el delito mismo.

Establecer si la cópula ha sido o no completa es muy difícil de probar. La ley ha querido referirse en el artículo 362 al acto mismo, es decir, castiga el delito como consumado desde que hai principio de ejecución. De consiguiente, en el delito de violación cabe la tentativa i el delito frustrado en los hechos preparatorios de acuerdo con el artículo 7 del Código Penal. ¿No es cierto que el legislador fué en esta disposición desgraciado, faltando a la lógica i a los principios fundamentales de derecho penal? ¿Qué consideraciones le han inducido al castigar la tentativa i el delito frustrado como violación consumada?

El artículo 7 de nuestro Código Penal dispone:

“Son punibles no solo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado i la tentativa.

“Hai crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma i esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

“Hai tentativa cuando el culpable da principio a la ejecucion del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o mas para su complemento”.

Bien: Habiendo establecido en que consiste el delito frustrado i la tentativa por el artículo 7, sigamos criticando el caso que nos ocupa i preguntemos: ¿Por qué el lejislador ha establecido una excepcion al principio jeneral? No creemos que pueda presentarse como argumento en contra del principio jeneral que hemos citado, que cuando se trata del pudor de la mujer, las consecuencias de la tentativa son casi las mismas que las del delito consumado; los sufrimientos de la víctima son los mismos desde el primer acto de ejecucion. No lo creemos aceptable.

Pensar que por el solo hecho de levantarle los vestidos a la hija de una barragana, se tendría que sufrir tres años i un dia de presidio, el minimum de la pena señalada para el delito de violacion, no es justo!

La pena para que sea justa debe guardar proporcion con el daño que efectivamente haya causado. La graduacion de la pena que es de estricta justicia en el delito consumado, lo es tambien aun mas en el delito frustrado i mas aun en la simple tentativa, en la que no ha alcanzado a haber mal o daño efectivo.

Si un individuo, despues de dar principio a la ejecucion de un delito, cesa en su propósito por arrepentimiento o desistimiento voluntario, ¿será siempre acreedor a la pena establecida para el delito?

Citamos como respuesta, la opinion del célebre criminalista Rossi "Importa al individuo i a la sociedad la detencion del crimen en su carrera favoreciendo el desistimiento voluntario. Una pena cualquiera a la tentativa que se ha abandonado voluntariamente, sería un estímulo para la consumacion. El desistimiento espontáneo del crimen es muchas veces un indicio de que el delincuente es todavía sensible al honor i a la piedad, i un proceso criminal en su contra produciría el efecto de hacerle perder esos morales sentimientos."

El Señor Pacheco, agrega: "Es menester que el arrepentimiento sea una puerta que se halle siempre abierta de par en par. La naturaleza de la justicia lo quiere así i la consideracion de los resultados, el bien de la sociedad, lo quieren igualmente."

La disposicion del artículo 362, es por demas injusta. Así, pues, si la lei castiga un delito, como consumado, desde que hai principio de ejecucion, quiere decir que la misma lei sirve de estímulo para que no haya arrepentimiento, i por consiguiente para que el sujeto trate a todo trance de consumir su delito, puesto que sabe que tiene que sufrir la misma pena!...

*
* *

Digamos dos palabras sobre el delito frustrado i la tentativa.

Luego que se da principio a la ejecucion de un delito por actos externos i directos, no cabe duda alguna sobre la intension de dañar; i desde ese momento la sociedad se siente alar-

mada en vista del peligro con que se le amenaza. Estos actos primerizos son los que constituyen la tentativa. Los hechos externos deben estar tan íntimamente ligados a la acción, que esta no se concibe sin aquellos. Por otra parte la ley nos señala los requisitos necesarios a ella: 1.º, un principio de ejecución; 2.º, que se usen medios directos; i 3.º que falte uno o mas para su complemento.

Como se vé, la ley dice que debe ser necesario para que exista la tentativa, que haya un principio de ejecución por medios directos. De consiguiente, desde el primer acto de jeneración hasta la consumación del delito, pueden haber varios grados ascendentes de criminalidad que jeneralmente los tribunales solo pueden apreciar. Por esto i en cuanto a la alarma de la simple tentativa es también indudablemente menor que la que produce el delito consumado. Por otra parte interesa a la sociedad por el arrepentimiento.

Después de la tentativa no resta sino consumar el delito; pero en este estado de la jeneración, aun después que el agente ha hecho por su parte cuanto es necesario ordinariamente para consumarlo, pueda acaecer que un motivo extraño impida que se consume.

El agente, por ejemplo, no solo ha detenido a su víctima sino que ha impedido que se realice. En este caso el delito se ha frustrado.

De lo espuesto resulta que no puede haber delito frustrado sino cuando, se ha dejado de hacer el daño material, esto es, el resultado final que el delincuente se proponía. Si el daño sigue a la ejecución hai delito consumado, pero si falta queda frustrado.

La tentativa, en efecto, no contiene mas que un principio de ejecución que deja lugar a suspenderla, sea por arrepentimiento del agente o

por causas estrañas; mientras que el delito frustrado en el cual el agente hace cuanto es necesario de su parte i en que solo faltan los efectos que se proponen i no dependen de su voluntad, no admite suspension. La tentativa tiene, pues, muchos grados i a medida que esta se acerca a la consumacion debe ser penada mas severamente; pero el delito frustrado, no tiene grados; pues el agente hace cuanto es posible i su actividad cesa con el último acto que cree necesario para completar el delito.

Luego si en el delito frustrado hai menor daño que en el consumado, debe haber una pena menor. Igualarlas sería establecer una exepcion a los principios de la penalidad.

Recuérdese que la conciencia pública siente menor horror, menor alarma por el culpable de delito frustrado; la lei que tiene tambien por objeto satisfacerla, debe castigar con mas suavidad al delito frustrado. I si fuera efectivo que la lei que solo saca su eficacia de la conciencia pública, no debe atender a sus apreciaciones para imponer sus penas, sino a la moralidad intrínseca de las acciones.

Pues bien; si el delito frustrado merece un grado menor de pena que el consumado i lo mismo el cómplice con relacion al autor, se sigue que al cómplice de delito frustrado debe corresponderle dos grados menos de la pena asignada al delito, uno por ser cómplice i otro por serlo de delito frustrado.

Los cómplices de tentativa deben ser castigados con tres grados inferiores a los autores, uno por ser cómplice i dos por serlo de mera tentativa. El encubridor de delito frustrado debe ser tambien penado con tres grados inferiores a sus autores, dos por ser encubridor i uno por ser de delito frustrado. I al encubridor de tentativa bajará cuatro grados;

dos por ser encubridor, i dos por ser de tentativa.

*
* *

Apliquemos al delito de violacion los principios jenerales de nuestro Código Penal, que hemos consignado, i veremos que ellos encuadraran perfectamente: Así un individuo intentó forzar a una mujer; había conseguido ya derribarla cuando sintió ruidos de pasos i huyó. He aquí el delito frustrado de violacion. Pongamos el mismo sujeto, que ántes de consumar su delito, se arrepiente por miedo de contraer una enfermedad sifilítica o venérea. El caso no es raro. En este último caso se haría responsable de tentativa de violacion, segun nuestro humilde sentir.

Pongamos ante el tribunal a dos individuos considerados como reos del delito de violacion, diferenciándose unicamente en que uno de ellos ha consumado su delito; miéntras que el otro solo ha dado principio a la ejecucion; pues ya por un hecho contrario a su voluntad, o por arrepentimiento, no ha consumado su delito ¿Será justo que se les aplique la misma pena? El artículo 362, de nuestro Código Penal, dice que sí. El señor Groisard dice: “que entre el delito frustrado i el consumado la ciencia, el sentimiento público i la lei han encontrado una notable diferencia”.

¿Por qué el Código se separa de la regla jeneral que establece en su artículo 7, i por consiguiente del párrafo IV, libro I, que trata de la aplicacion de las penas?

Con lo espuesto creemos dejar por establecido que en el delito de violacion cabe la tentativa i el delito frustrado.

*
* *

Pasemos al párrafo VII que trata del encau-

samiento por delito de violacion i ante todo recordemos que los delitos se clasifican en públicos i privados, entendiendo por los primeros aquellos que se cometen con ánimo de lesionar de una manera directa e inmediata los intereses jenerales, i por los segundos, aquellos que tambien directa e inmediatamente tienden a herir intereses particulares i privados. En tal sentido, ¿no podríamos decir que todos los delitos son públicos, puesto que todos se persiguen en nombre de la lei? Por altas consideraciones i hasta de moralidad, hai un corto número de ellos que no pueden ser perseguidos por los poderes públicos sin previa denuncia o consentimiento de la persona ofendida. Pues a veces importa mas a dichas personas, a la tranquilidad de las familias i al bienestar de la sociedad que se mantengan ocultos ciertos delitos, de los cuales las personas ofendidas son las que califican mejor que nadie, si les conviene mas el castigo del culpable o mantenerlo en secreto.

Por esto que la accion penal pública se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio; i la privada solo pueda ejercitarse a instancia de la parte agraviada.

*
* *

Para los encausamientos del delito de violacion dice la parte segunda del artículo 369, que bastará la denuncia hecha a la justicia por la persona interesada, por sus padres, abuelos o guardadores aunque no formalicen instancia.

Como vemos por este inciso, el delito de violacion no se puede perseguir de oficio, que su tersecucion se deja a la sola voluntad o iniciativa de los ofendidos. Esto no lo considera-

mos prudente. La lei debe conceder accion pública, cuando intervenga fuerza, intimidacion o cualquiera fraude, es decir, actos que amenazando a cierto número de miembros de la sociedad, causen alarmas i peligros suficientes para que la vindicta pública tenga un interes tan sério en el castigo que importa ménos la deshonra de las personas ofendidas i de sus familias que la impunidad de los delincuentes.

Así, por ejemplo, si al delito de violacion concurriera la fuerza de que habla el numerando primero del artículo 361 i de ella resultare lesiones mas o ménos graves, ¿impondría el juez pena unicamente a las lesiones i no tomaría para nada en cuenta el delito de violacion, si la persona ofendida o sus parientes, como padres, abuelos o guardadores, no hicieren siquiera la denuncia?

La lei, como lo hemos dicho, en contra del principio jeneral, prohíbe la persecucion de oficio de este delito.

¿Qué se entiende por denuncia?

¿Ante quién deberá hacerse? ¿Ante el juez del crimen, el promotor fiscal, la policía de orden? El inc. 2.º del artículo 369, dice simplemente a la justicia.

¿Comprenderá a los jueces de subdelegacion?

Si una jóven, víctima del delito de violacion se presenta a la policía i denuncia de que ha sido violada ¿Bastará este denuncia? ¿Estará obligada la policía, como autoridad a poner el hecho en conocimiento del juez del crimen para que se instruya el correspondiente proceso?

La lei en esta clase de delitos no debería de ser tan oscura; debería de designar con mas precision ánte que personas se tendrá que presentar la parte agraviada a denunciar el delito de que ha sido víctima.

Si la persona agraviada, dice la tercera parte del artículo 369, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la acusacion o denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores, o teniéndolos se hallasen imposibilitados o complicados en el delito, podrá el ministerio público entablar la acusacion.

¿Quién deberá dar cuenta al representante del ministerio público, para que éste acuse, encontrándose la ofendida inhabilitada por su edad o estado moral, i careciendo de las personas a las cuales la lei ha limitado el derecho de acusar o de denunciar estos delitos, es decir, a los padres, abuelos o guardadores? ¿Cualquiera persona del pueblo? Si la respuesta es afirmativa, damos por establecido que el delito de violacion se persigue en algunos casos de oficio.

*
* *

La tercera parte del artículo 369 dice: “En todo caso se suspende el procedimiento o se remite la pena casándose el ofensor con la ofendida”. Segun esta parte del artículo todo ofensor de una jóven por violacion, se liberta o exime de la pena en que hubiere incurrido, casándose con la persona ofendida.

Tal disposicion la estimamos inmoral; es mas bien una puerta abierta de par en par a las maquinaciones indecorosas. Así, pues, las mujeres, con la esperanza de un casamiento que debe escusar de la pena al ofensor, se dejarán engañar o, mas bien dicho, harán caer en sus redes a los incautos ménos delincuentes que ellas mismas que se prestan como víctimas.

Por otra parte: ¿no será tambien un recurso para que algunos jóvenes inescrupulosos puedan conseguir lo que no habrían obtenido por medios mas limpios?

Citemos un caso que sin duda vendrá a confirmar nuestras aseveraciones:

El jóven E. R., quién la mayor parte de su juventud la ha pasado siendo un tunante, de la noche a la mañana quiere ganar una fortuna por medio de su casamiento; sabe que C. Z., es jóven rica; que los padres de ésta se niegan a consentir en tal matrimonio; porque saben que el preterdiente es un holgazán, un vicioso.

Por algun medio E. R., consigue violar a la que ha escojido por víctima; i cuando se procede a encausarle ofrece su mano, con lo cual quedará libre de toda pena i por consiguiente, obtenido lo que no habfa podido obtener por medios mas decorosos!...

Se nos argumentará diciendo que, segun la parte restante del artículo, el matrimonio desechado por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto o por el juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal, no suspende el procedimiento ni se remite la pena, i que por consiguiente tal jóven irá a presidio.

Bien: I, ¿qué conseguirá el padre al negarse de aceptar el matrimonio ofrecido a su hija por el jóven E. R.?

Digamos sin temor de equivocarnos: mas deshonor para toda su familia.

¿I si la parte ofendida o las personas que la representan legalmente despues de haber hecho la denuncia o entablado la querrela, se desisten, se dará por terminado el procedimiento o por remitida la pena?

A este respecto la Corte Suprema, por sent. 199 año 89 dijo: "No siendo suficientes en los delitos de violacion o rapto el mero desistimiento de los ofendidos o denunciantes para dar por terminado el procedimiento, i debiendo

proseguirse de oficio los sumarios de esa naturaleza, a virtud de la simple denuncia hecha a la justicia por la persona interesada, o por sus padres, abuelos o guardadores, aun cuando no formalicen instancia, se declara que la presente causa debe proseguirse de oficio”.

La lei al remitir la pena al culpable ha tomado en cuenta que el ofensor ha puesto cuanto estaba de su parte para evitar el deshonor de su víctima, casándose con ella. ¿Si tal matrimonio por alguna circunstancia es declarado nulo, quedará el ofensor dispensado siempre de la pena?

Nosotros nos habríamos permitido no eximir completamente de responsabilidad al ofensor, por el hecho de casarse con la ofendida, le habríamos dejado las penas accesorias de inhabilitacion para cargos i oficios públicos, derechos políticos i profesiones titulares, o bien, destierro por un tiempo igual a la pena merecida por su delito de violacion.

*
* *

Rejistrando la “Gaceta de los Tribunales”, encontramos que el delito de violacion es mui comun i respecto de! cual se han emitido fallos mui errados. Esto proviene de que no se ha fijado bien en que consiste el hecho fisiológico de la violacion. Tal defecto ha producido en la jurisprudencia de los tribunales una completa anarquía en sus resoluciones. Así, pues, en la “Gaceta” se rejistran sentencias de lo mas contradictorias

Algunos tribunales han castigado al sujeto habiéndole probado un principio de introduccion del miembro viril; otros, han condenado al individuo que ha ejecutado hechos diferentes que tendían a la perpetracion del delito; otros, a individuos que no han ejecutado nin-

gun acto tendente a su fin, sino cualquier abuso deshonesto.

Tales resoluciones no pasan de ser gravísimos errores, puesto que confunden los abusos deshonestos con el delito de violacion.

Insertamos a continuacion las sentencias de 1.^a i 2.^a instancia recaidas en un proceso seguido por delito de violacion, que encontramos en la "Gaceta de los Tribunales" de 1905, que nos ha llamado la atencion.

"Iquique, 20 de Marzo de 1905.— Vistos: se ha seguido este proceso contra Florencio Alarcon i Villarroel, de diez i nueve años, soltero, natural de este departamento, trabajador al dia, primera vez preso i que no lee ni escribe, en virtud de la denuncia que hizo Martina Barrios viuda de Rojas, como tia de la niña Francisca Barrios, a quien Alarcon, en la tarde del 9 de Noviembre último trató de violar en la pampa oficina "Pam de Azúcar".

Francisca Barrios sostiene que salió de su casa a arrojar un tiesto con aguas servidas, i al salir la sorprendió Alarcon, quien la tomó en peso, le tapó la boca i la condujo como a dos cuadras de la casa, a las calicheras en donde la arrojó al suelo i trató de violarla.

Ella se resistió, pidió auxilio i a los gritos acudieron Juan Fraujoia i Secundino Lizárraga, quienes sorprendieron a Alarcon en el momento que procuraba violar a Francisca Barrios, la que tenia las ropas interiores despedazadas i en el cuerpo moretones o señales de lucha que sostuvo con Alarcon i éste al ser aprehendido, trató de huir y se resistia.

El reo confiesa que es efectivo que fué sorprendido por los testigos, pero afirma que no ejerció violacion en Francisca Barrios, con la que habia convenido hacerlo, i agrega que si

gritó la Barrios fué seguramente porque sintió jente que la buscaba.

El señor Promotor Fiscal acusó al reo i pide que se le condene a cuatro años de presidio.

El procurador de turno por el reo contesta la acusacion i pidió que se le desminuya i aplicarle la pena respectiva de este delito, porque indudablemente Alarcon iba a cometer el acto con consentimiento de la menor i, por lo tanto, no ha habido delito de violacion.

La causa fué recibida a prueba i el término se haya vencido,

Considerando:

Que aun cuando el reo sostiene que habia concertado con Francisca Barrios, el ejecutar el acto carnal, la menor sostiene lo contrario, i la aseveracion de la ofendida se confirma con la resistencia que hizo, i las voces de auxilio que dió i que permitieron que acudiesen dos personas a defenderla los que la encontraron en el suelo con las ropas interiores despedazadas;

Que, en concepto del Tribunal, no ha habido principio de ejecucion del delito de violacion, sino delito frustrado; i

Que la menor tiene 14 años de edad.

Visto lo dispuesto en las leyes 2.^a tit. 13 i 32; tit. 15 Part. 3.^a i arts. 7, 51, 59, 68, 361 del Código Penal, condeno al reo Alarcon i Villarroel a quinientos cuarenta i un dia de presidio por el delito frustrado de violacion de que fué autor en la menor Francisca Barrios.

Esta pena se empieza a contar desde el 1.^o de Noviembre último, fecha de la aprehension del reo.

No se impone al reo suspension de cargos i oficios públicos por no constar en autos que ejerce alguno.—*Roberto Alonso.*

Tacna, 26 de Junio de 1905.—Vistos: Reproduciendo la parte espositiva i el considerando 1.º de la sentencia consultada de 20 de Marzo último corriente a fs. 18; i

Teniendo ademas presente:

1.º que el delito de violacion se considera como consumado desde que hai principio de ejecucion; i

2.º Que atendidas las confesiones del reo i las declaraciones de los testigos, hai mérito en autos para estimar que hubo principio de ejecucion del delito i por tanto, debe considerarse como consumada la violacion.

Visto lo dispuesto en las leyes 2.ª tit. 13 i 32 de la Part. 3.ª i en los arts. 361, 362 i 29 del Código Penal, se aprueba la sentencia citada, con declaracion de que el reo F. Alarcon Villarroel debe sufrir la pena de tres años i un dia de presidio menor i la inhabilitacion absoluta perpetua para cargos i oficios públicos i derechos políticos i la inhabilitacion absoluta para profesiones titulares miéntras dure la condena.

Publíquese i devuélvase.—*E. Cisternas Peñ.*—*E. Barras.*—*P. R. Vega.*—*M. N. Quirelo.*—Proveido por la Ultma. Corte.—*E. Martínez R.*, secretario".

*
**

La responsabilidad civil, esto es, la indemnizacion que todo ofensor debe satisfacer por su daño causado, es una consecuencia de todo delito, establecida ya en nuestro Código Penal. Por tanto, el artículo 370, al decir que los reos de violacion serán tambien condenados por via de indemnizacion a dotar a la ofendida si fuese soltera o viuda i dar alimentos congruos a la prole que segun las reglas legales fuere suya, no ha introducido ninguna novedad al princi-

pio jeneral que establece el artículo 24 al decir: "Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligacion de pagar costas, daños i perjuicios".

Segun el artículo 370, que acabamos de citar, tenemos dos clases de indemnizacion; la primera destinada a dotar a la ofendida si fuese soltera o viuda; i la segunda, a dar alimentos congruos a la prole que segun las reglas legales fuere suya.

La indemnizacion pecuniaria del artículo 370, ¿forma parte de la pena? Es evidente que no forma parte de la pena. Pues el artículo 2,314 del Código Civil dice: "El que ha cometido un delito o cuasi-delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnizacion; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasi-delito.

Como vemos, es una responsabilidad meramente civil; pues siendo esas obligaciones reconocidas i declaradas espresamente por el Código Civil, en todo acto de delito o cuasi-delito, este artículo 370, no hace mas que reconocer el principio de que una vez reconocido por la sentencia del proceso criminal quien es el autor del delito, ya se sabe tambien quien es el obligado a ese pago, sin necesidad de que dicha sentencia se ocupe de declarar esa obligacion, pues siempre la llevará consigo aun cuando no la espresa.

Si el condenado a pagar la indemnizacion de que habla el artículo 370 no tiene bienes suficientes para satisfacerlas, ¿podrá aplicársele por vía de sustitucion un dia por cada peso?

Contestamos negativamente por varias razones: 1.a, por no ser pena, sin una responsabilidad meramente civil; 2.a por estar claramente establecido en el inc. 1.º del artículo 49, que tal sustitucion tiene solo lugar en las

multas; i 3.a, porque la violacion tiene penas superiores a las contempladas en el artículo susodicho.

Ahora bien, ¿cual será la cantidad de la dote? La lei no lo ha dicho; lo ha dejado a la prudencia de los tribunales, quienes la fijarán tomando en cuenta tanto la clase i circunstancia de la ofendida, como las del que la ha burlado. Si la mujer ofendida fuese rica i por su parte no pidiese indemnizacion, ¿se condenará siempre a pagarla al ofensor.

¿Cuándo prescriben las acciones concedidas por el artículo 370 del Código Penal?

En esta cuestion tenemos que recurrir al Código Civil que en su artículo 2332 dice: “Las acciones que concede este título por daño o dolor prescriben en cuatro años desde la perpetracion del acto”. I el inciso final del artículo 287 del mismo Código Civil, dispone: “La accion, que por este artículo se concede espira en diez años contados desde la fecha en que pudo intentarse”. El artículo 370 del Código Penal, obliga alimentar i dotar a la ofendida.

De lo espuesto resulta; que si una i otra obligacion importa indemnizacion del daño como hemos sostenido, prescribirá la accion segun el artículo 2332 del Código Civil, es decir, en cuatro años

Si los alimentos no constituyen indemnizacion prescribirán estos segun las reglas del artículo 287 del Código Civil, es decir, en diez años.

